

Mario Barcellona

*Il diritto e il conflitto*

## 1. Conflitti come conigli

Come un vecchio cacciatore siciliano, cui si chiedesse che sa dei conigli, risponderebbe con un sorriso sardonico, così un giurista, cui si chiedesse che sa del conflitto, accoglierebbe la domanda con un sorriso, forse più compiaciuto che beffardo, e, non coltivando molto l'ironia ed essendo ben più propenso a fare mostra della sua scienza, lo accompagnerebbe con un perentorio "è il mio mestiere". Cui farebbe seguire una dotta spiegazione di questo *incipit* supponente.

In effetti, i giuristi maneggiano conflitti, anzi – si potrebbe dire – si occupano solo di questo, anche quando credono di occuparsi (anche) di altro.

Di conflitti di interesse, conflitti di attribuzioni, conflitti di competenza e giurisdizione, conflitti di legge, ecc. sono infarciti tanto le norme di cui si occupano che, necessariamente, i discorsi che su di esse imbastiscono.

Ogni settore disciplinare esibisce le sue ipotesi paradigmatiche di conflitto, quelle che ne determinano l'ambito e ne contrassegnano la specificità: ad es., si legge di norma nei manuali, che il diritto privato si occupa dei conflitti tra interessi individuali, mentre il diritto pubblico si occupa dei conflitti tra interessi individuali e interesse generale, che il compito preliminare del diritto processuale è quello di risolvere i conflitti di giurisdizione e competenza propedeutici a determinare chi può decidere le controversie, e cioè ancora conflitti, che la funzione essenziale del diritto internazionale privato è quella di risolvere i conflitti relativi all'applicazione di leggi appartenenti ad ordinamenti diversi, che, a loro volta, risolvono sempre, magari in modo un po' differente, conflitti, ecc.

Certo, non tutti questi conflitti apparentemente si riferiscono al medesimo oggetto: talvolta concernono dimensioni propriamente materiali, e cioè interessi e pretese incompatibili di individui diversi; talaltra investono, invece, dimensioni eminentemente formali, e cioè norme e principi che distinguono questi conflitti materiali e/o i procedimenti per la loro composizione e che parrebbero avanzare pretese regolative confliggenti. Direttamente o indirettamente, però, tutti questi conflitti, alla fine, attengono alla pretesa di uno verso un altro (o ad un fare proprio che interferisce con la sfera di un altro) ed al rifiuto di quest'altro di sottostarvi.

Come i conigli del cacciatore, anche questi conflitti, di cui si occupano i giuristi, sono prolifici, nel senso che la strutturazione, che una norma dà ad un conflitto (onde risolverlo), genera, a sua volta, la possibilità di conflitti successivi o derivati: ad es., l'attribuzione al proprietario del potere pieno ed esclusivo di godere della

cosa propria genera, a sua volta, la possibilità di un conflitto tra il proprietario, gli effetti del cui uso esorbitino dai confini della cosa propria, e i proprietari limitrofi. Risolvendo conflitti, dunque, il diritto istituisce le condizioni di altri conflitti, la cui soluzione lascia spesso spazio ad ulteriori successivi conflitti: un sistema giuridico, anzi, è tanto più efficiente, quanto più prefigura, e risolve, queste catene di conflitti. Mentre alle sue eventuali omissioni soccorrono i giuristi, il cui compito principale sembra proprio quello di far le bucce alle previsioni legislative per distinguerne i relativi diversi conflitti o per trovarne di nuovi e, ovviamente, risolverli.

Addirittura, una comprensione generale del diritto ancora molto influente, già quasi un secolo addietro, indicava nei conflitti di interesse e nella loro soluzione il *proprium* del diritto, l'origine pratica delle norme, il senso della loro funzione regolativa e, di conseguenza il canone che avrebbe dovuto presiedere alla loro interpretazione.

Ad una prospettiva abbastanza simile sembrerebbe corrispondere anche l'idea, più recente e, questa volta, non più dei giuristi o non solo di loro, che il diritto costituisca una tecnica di neutralizzazione del conflitto.

Già qualche millennio fa, si spiegava che il diritto serve *ne cives ad arma ruant*. L'idea, che il diritto operi come tecnica di neutralizzazione del conflitto, è, però, un po' più sofisticata di questa risalente sentenza: essa, se la si interroga a fondo, sembra alludere ad un dispositivo che vien prima di quello che solitamente si osserva riferendo una norma ad un conflitto.

Il dispositivo, che i giuristi per mestiere sperimentano, opera prefigurando modelli generali di conflitti e riferendo le posizioni che in essi si contrappongono allo schema binario lecito/illecito, dimodoché, riconducendo ad esso i termini di una concreta contesa, si possa dire a quale dei suoi protagonisti il diritto dia torto ed a quale dia, invece, ragione.

Certo, dicendo da che parte sta la legge, il diritto risolve l'insorto conflitto, e così lo compone, e – se si vuole – lo neutralizza.

Ma, a ben vedere, la reale neutralizzazione, che per tal via viene operata, si dà ancor prima, quando i protagonisti di una tale contesa si rivolgono al diritto, anzi – meglio – quando intendono il conflitto che li oppone nei termini in cui il diritto lo rappresenta e ne disputano secondo i suoi modelli.

Questa prestazione – per così dire – precedente del diritto si coglie meglio se si considera che i conflitti che in tal modo esso neutralizza non appartengono, o – meglio – sono “precedenti” rispetto, ai conflitti che esso solitamente prefigura nelle sue norme, dei quali, invece, i giuristi essenzialmente si occupano.

I conflitti considerati dai giuristi sono, per lo più, *conflitti nominati*, sono, cioè, i conflitti che il sistema giuridico, di fronte all'urgenza delle complessità sociali, ha *ridisegnato secondo il suo punto di vista*.

Tutti i conflitti nominati, perciò, sono, a considerarli attentamente, *conflitti secondi*, cioè conflitti che si presentano strutturati e determinati sulla base dei *nomi* che il diritto ha dato a corrispondenti, e – per così dire – precedenti, *conflitti primari*. Sono, dunque, secondi, perché si danno solo a partire da, e dopo, la *decisione costitutiva* del punto di vista in base a cui, ovvero dell'orizzonte di senso entro cui, saranno considerati dal sistema giuridico e da esso in conseguenza trattati.

Ad es., il conflitto che gli artt. 832 e 922 c.c. risolvono, disponendo che “il proprietario ha il diritto di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo della cosa” e determinando in via tipica chi può chiamarsi proprietario (e cioè i modi di acquisto della proprietà), sottende, evidentemente, un conflitto primario che concerne la decisione sull’appropriazione delle risorse e che investe chi (uno, tutti, alcuni, chi le mette a frutto, chi ne ha bisogno, ecc.) e come (nel proprio esclusivo interesse, nei limiti della coincidenza dell’interesse proprio con l’interesse generale, a condizione che l’interesse proprio sia reso compatibile con quello di quanti ne traggono diretto o indiretto sostentamento, mediando tra tutti questi interessi, ecc.) abbia a, e possa solo, possedere le cose e detenga il legittimo potere di goderne.

Conseguenza della “veste” che con tali norme il sistema giuridico dà a questo conflitto (primario) è che la contesa cruciale sulla appropriazione delle risorse trapassa nella latenza e che, invece, i conflitti proprietari si presenteranno solo come conflitti (secondi) ove si scontreranno soggetti che tra loro si contrappongono solo contratti, titoli successori, usucapioni, ecc. e dove prevarrà chi potrà dedurre il “titolo” legalmente prevalente: lo scontro radicale sulla spettanza delle risorse è urbanizzato nella contesa su quale sia il titolo legale che, nel caso, deve prevalere, di modo che chi si misurerà in questa contesa si ritroverà a condividere la logica generale secondo la quale l’ordinamento l’ha così ricostruita.

La funzione di neutralizzazione, che il diritto adempie *nominando* i conflitti e così *trans-ponendoli* dall’ambito esterno (la complessità sociale al netto della decisione) a quello interno (il diritto come decisione sulla complessità) si dà, dunque, in due modi:

1. rendendo latenti i conflitti primari;
2. privando i conflitti nominati della radicalità, che diversamente i corrispondenti conflitti primari esibirebbero, con il rimetterne la soluzione a criteri formali.

Si potrebbe pensare, e si sostiene dai più, che, proprio perché vengono *prima* del diritto e sono da questo resi *latenti*, questi conflitti primari rimangono esterni alla scienza giuridica e che, perciò, possono (e, secondo molti, debbono) essere da questa tralasciati.

A questa pretesa si potrebbe replicare che, in generale, una scienza, che programmaticamente ignora le origini del proprio oggetto, è una scienza dimidiata, al limite una non-scienza.

Ma ciò che qui conta è, piuttosto, che il modo nel quale il diritto rende latenti i conflitti primari si dà sempre a partire da un orizzonte di senso, da un senso nucleare che è stato “parte” di tali conflitti e si è determinato al loro interno e che però, una volta uscitone vincente, viene chiamato a presiedere al trattamento ed alla soluzione dei conflitti nominati che il diritto, incorporandolo e assumendolo a propria logica, strutturerà e risolverà. Si può, quindi, supporre che, orizzonti e sensi che sono stati resi latenti, in qualche modo, contribuiscano alla reale comprensione dell’orizzonte, del senso vincente e che, per questa via, concorrano a definire l’identità dell’ordine giuridico istituito e ne orientino la corretta implementazione interpretativa.

E conta anche, e forse soprattutto, che l'orizzonte ed il senso resi latenti, tuttavia, non siano mai definitivamente cancellati dall'"ambiente" dell'ordine giuridico istituito e ritornino, perciò, come moventi della sua critica e, magari prendendo altre forme/determinazioni, operino come agenti della sua evoluzione.

Chiarire donde abbiano origine questi conflitti primari, come si prospettino e si risolvano e come continuino ad operare entro l'ordine giuridico istituito non sembra un compito che la scienza giuridica possa, senza costi, tralasciare.

Ma per chiarire tutto questo è opportuno passare dai conigli ai cammelli.

## 2. Il conflitto, l'ordine giuridico e il dodicesimo cammello

Il modo nel quale i giuristi si rappresentano la "tecnica" (qui nel senso forte della filosofia) con cui il diritto *trans-pone* il conflitto dall'ambito esterno a quello interno e lo rende così componibile, trattabile e risolvibile, può essere illustrato<sup>1</sup> con la parabola del dodicesimo cammello.

*Un ricco cammelliere lasciò alla sua morte un testamento con il quale divideva i suoi undici cammelli ai tre figli, assegnandone metà al primogenito, un quarto al secondogenito ed un sesto al terzogenito. Quando giunse il momento di dividere l'eredità iniziarono i problemi. La metà di undici cammelli fa cinque cammelli e mezzo. Il primogenito pretendeva di arrotondare il lascito paterno esigendo il sesto cammello. Gli altri fratelli si opponevano sostenendo che era stato già troppo privilegiato dalla volontà del padre. Iniziò così tra loro un conflitto.*

*Un giorno un cammelliere molto meno ricco si trovò a passare da quelle parti e, vedendo i figli litigare, decise di donare il suo unico cammello per aggiungerlo al monte ereditario. Grazie a questo aiuto adesso fu possibile accontentare le pretese dei tre eredi. Al primo andarono 6 cammelli (= la metà di 12), al secondo 3 cammelli (= 1/4 di 12) e al terzo 2 cammelli (= 1/6 di 12). Tutti si ritrovarono d'accordo perché nessuno di loro stava prendendo più del dovuto nella nuova situazione. Il totale faceva undici cammelli. Il donatore di passaggio poté così riprendersi il dodicesimo cammello.*

Come si sa, questa vecchia storia araba è stata recuperata, soprattutto da taluni economisti, suggerendo considerazioni edificanti sulla "economia del dono" e sulla sua capacità di generare ricchezza e produrre giustizia sociale.

Ai giuristi questa storia sembrerebbe dire qualcosa di simile: il diritto (il cammelliere di passaggio), con l'artificio (l'aggiunta del dodicesimo cammello), risolve il conflitto, ripristina la pace e, soprattutto, lascia i contendenti tutti convinti di aver ricevuto quel che loro spettava.

Che il diritto operi attraverso artifici (sia cioè strutturalmente "artificiale") e che, tuttavia, solo per suo mezzo si possa disattivare il conflitto (sia cioè strutturalmente "necessario"), che tali artifici compia costruendo un doppio del mondo (= le fattispecie normative che "rinominano" il mondo di prima), dove quel che prima era indirimibile diviene dirimibile (= "rinominato" e così ordinato secondo

1 Ed è stato illustrato, ad es., da G. Teubner.

una logica) e dove ognuno, alla fine, sembra ricevere il suo (= quel che secondo tale logica gli spetta), è fuori discussione, e la storia del dodicesimo cammello lo mostra al meglio.

Ma questa storia mostra anche che questo “artificio”, benché “necessario”, tuttavia, non sembra poi del tutto imparziale e che la logica cui esso assoggetta il conflitto sembra, alla fine, privilegiare chi in esso risultava più forte.

Dopotutto, il primogenito riceve 6 cammelli invece dei 5 e  $\frac{1}{2}$ , che il padre gli aveva lasciato, mentre i suoi fratelli e coeredi, alla fine, si ritrovano privati della loro quota (quale che sarebbe stata) di quel  $\frac{1}{2}$  cammello che il primogenito ha ricevuto in più<sup>2</sup>.

Il dodicesimo cammello, e cioè l’artificio del diritto, ha, allora, istituito una razionalità che, certamente, rende componibile il conflitto, ma questa razionalità dà a taluno e toglie agli altri, coincide con la razionalità rivendicata dal primogenito, che già in origine, facendo leva sul maggior peso della sua posizione, pretendeva di ricevere 6 cammelli invece di 5 e  $\frac{1}{2}$ , e tuttavia è accolta da tutti come quella che non solo permette una composizione ma dà la giusta soluzione del conflitto: *il conflitto è sedato senza guerra, la pace è tornata, e tuttavia questa pace annovera un vincitore e dei vinti.*

Dunque, questa antica storia araba sembra restituire, a proposito del diritto, una sequenza che, grossomodo, si presenta così: conflitto, “necessità” della sua soluzione, “artificio”, suo carattere istitutivo di una “razionalità” che rende componibile il conflitto, corrispondenza di tale razionalità al riconoscimento delle aspettative

2 Il 12° cammello sembra operare il miracolo di Gesù Cristo: moltiplica i pani e i pesci. Ed infatti, il primogenito riceve 6 invece di 5,5, ( $\frac{1}{2}$  di 11), il secondo 3 invece di 2,75 ( $\frac{1}{4}$  di 11), il terzo 2 invece di 1,83 ( $\frac{1}{6}$  di 11) e per di più il 12° cammello è restituito al suo padrone: tutti sembrano avere, alla fine, più di quello che loro sarebbe spettato.

Come può accadere questo?

Il “trucco” sta nel fatto che il padre, attribuendo le diverse percentuali ai tre figli, in realtà, non ha disposto di tutto il suo patrimonio (gli 11 cammelli); infatti:  $5,5 (\frac{1}{2}) + 2,75 (\frac{1}{4}) + 1,83 (\frac{1}{6}) = 10,08 < 11$ . Vi è, perciò, uno 0,92 del patrimonio paterno che non è stato attribuito dalle disposizioni testamentarie del padre.

Che fine ha fatto questo 0,92 con l’artificio del 12° cammello?

Questo 0,92 è andato per 0,5 al primogenito (6 invece di 5,5), per 0,25 al secondogenito (3 invece di 2,75) e per 0,17 al terzogenito (2 invece di 1,83); ed infatti:  $0,5 + 0,25 + 0,17 = 0,92$ .

Dunque, con l’artificio del 12° cammello la parte dell’eredità (lo 0,92 degli 11 cammelli), di cui il padre non aveva disposto, va per la maggior parte al primogenito, cioè a chi già aveva di più (0,5 contro, rispettivamente 0,25 e 0,17). Ossia, la divisione dell’eredità, realizzata con l’artificio del 12° cammello, privilegia il primogenito, e cioè chi poteva vantare di più ed era più forte, e svantaggia gli altri fratelli e coeredi.

L’artificio non è, perciò, imparziale, non è un mero *éscamotage* tecnico, ma favorisce chi già poteva vantare di più ed era più forte in danno di chi poteva vantare di meno ed era più debole.

Per rendersi conto appieno di questa parzialità dell’artificio è sufficiente pensare che, secondo un altro punto di vista (dove il “maggior peso” non pesasse), la parte, su cui il padre non aveva disposto, ben si sarebbe potuta dividere tra i coeredi diversamente: in quote uguali o dando di più a chi aveva ricevuto di meno.

L’artificio del 12° cammello sottende, perciò, una *ratio* che suona così: *a ciascuno secondo il suo “peso”, invece che, ad es., a ciascuno in parti uguali o a ciascuno secondo il suo maggior bisogno.*

di chi può mettere sul piatto della bilancia una qualche “prevalenza” e, tuttavia, percezione di una sua “universalità”.

Questa sequenza, a considerarla attentamente, esibisce, però, una molteplicità di contraddizioni: dal conflitto insorge una “necessità” che, però, si può soddisfare solo attraverso un “artificio”; questo “artificio”, proprio in quanto tale, non può addurre a suo fondamento alcuna verità e, tuttavia, non può essere arbitrario; esso, inoltre, si può dare solo nella dimensione della “temporalità”, e, però, si presenta anche come “universale”.

Il conflitto, dunque, insedia il diritto tra le più radicali delle contraddizioni, tra necessità ed artificio e tra temporalità ed universalità, ne mostra, così, l'intrinseca ambiguità ed esige, perciò, una teoria che ne dia conto.

Ma per trovare gli elementi di una tale teoria sembra necessario abbandonare il deserto e i cammelli e, tornando ancora più indietro nel tempo, interrogare i filosofi di Atene.

### 3. Agricoltori e medici, artigiani e guerrieri: Aristotele, il conflitto e la misura

A comprendere l'ambiguità del diritto che la vecchia storia del dodicesimo cammello fa manifesta, e cioè il suo darsi insieme come necessità e come artificio, come associato all'universale e, al tempo stesso, determinato dalla temporalità, niente giova di più dell'*incipit* di Aristotele sulla giustizia: gli uomini, e con essi le loro opere, sono *physei* assolutamente differenti e di per loro incommensurabili<sup>3</sup> e, tuttavia, per entrare in rapporto tra loro hanno bisogno di una “misura” che li renda comparabili e consenta lo scambio sociale, senza del quale non si dà comunità cittadina, *polis*.

Non c'è società senza divisione del lavoro tra gli individui che la compongono. Ciò richiede che i lavori e/o i prodotti di ciascun individuo si scambino con i lavori e/o i prodotti degli altri individui. Ma ciascun individuo ed ogni sua opera o suo prodotto sono, *in natura*, del tutto diversi dagli altri individui, dalle loro opere e dai loro prodotti. In presenza di una tal radicale e generale disuguaglianza non sarebbe possibile alcuno scambio e la riproduzione sociale ne risulterebbe del tutto pregiudicata: come comparare e scambiare i prodotti degli agricoltori con l'opera dei medici o le merci degli artigiani con le prestazioni dei guerrieri?

L'istituzione e la riproduzione di una società rendono, perciò, assolutamente necessaria la *creazione* di una misura (*nomisma/nomos*) che faccia diventare generalmente commensurabile ciò che in natura è assolutamente incommensurabile<sup>4</sup>.

3 Né il nudo “esser uomini” è una soluzione di questa incommensurabilità. Ci ha provato il giusnaturalismo moderno. Ma l'assunzione dell'uomo in quanto tale a criterio di eguagliamento *en droit* si fonda, essa stessa, su di una astrazione (appunto) del diritto che è, come ogni altra, “decisa”.

4 Può giovare una precisazione, che nella teoria giuridica e nella filosofia politica ha un peso rilevante: essa, infatti, interessa la questione della universale necessità della “misura”, e dunque del diritto.

L'esigenza di questa misura è *universale*, nel senso che è *necessaria*, è di ogni società in ogni tempo. Ma la misura, che così si richiede, è *artificiale*, nel senso che non si dà in natura e non è deducibile dalla sua stessa necessità, ma è istituita, creata, di volta in volta, dalla stessa società.

In natura vi sarebbe solo l'incommensurabilità di ciascun uomo ad ogni altro uomo e di ciascun suo lavoro ad ogni altro lavoro. La misura sovrappone a questa universale diseguaglianza un universale eguagliamento.

Quell'ambiguità che colloca il diritto tra necessità ed artificio nasce, perciò, proprio da questa inevitabile originaria ambivalenza, cioè dall'essere il diritto insieme assolutamente necessario (*ubi societas ibi jus*) e, al tempo stesso, assolutamente artificiale (*auctoritas non veritas facit legem*), nel senso che l'ordine non si dà in natura, non discende dalla verità ma è creato dagli uomini, è un loro artificio.

Ciò implica, evidentemente, due cose.

La prima è che questa misura, proprio per istituire un generale eguagliamento di quel che è di per sé diseguale, comporta, di necessità, che le differenze siano sacrificate.

La seconda è che, proprio perché non si dà in natura e viene di volta in volta creata dalla stessa società, tale misura può essere variamente determinata (e, di conseguenza, può anche sempre cambiare nel tempo e nello spazio).

Come si è precisato nel testo (e come Aristotele, comprensibilmente, tralascia di precisare), questa necessità della misura, e dunque del diritto, si dà solo a partire da una aggregazione umana organizzata attorno alla *divisione sociale del lavoro*, e cioè dove uno fa cose che non servono solo a lui e che altri non fanno e dove gli altri, a loro volta, fanno cose che non servono solo a loro e che il primo non fa. Solo in queste condizioni, infatti, sarà necessaria una misura, la quale permetta di comparare i prodotti degli uni ai prodotti degli altri, sì da determinare quanto l'apporto di uno consenta di prendere degli apporti degli altri. Su queste basi, dunque, la necessità di una "misura", e dunque del diritto, non suppone necessariamente lo scambio, ma ricorre tuttavia in presenza di un qualsiasi regime di ripartizione delle risorse, il quale "misuri" quel che ognuno conferisce e vi "commisuri" il prelievo che può fare dei conferimenti degli altri.

Questa precisazione sembra importante, perché consente di capire che la "misura", e dunque il diritto, non sono propriamente legati allo scambio, ma sono necessari, al limite, anche in una società, che fosse strutturata secondo il principio "da ciascuno secondo le sue possibilità, a ciascuno secondo il suo bisogno". Anche in una tale società, infatti, ci sarebbe pur sempre un "ordine" che non è fondato sulla "spontaneità" (ciascuno faccia quel che vuole fare, e perciò al limite anche niente, e prenda quel che vuole, e perciò al limite anche di più di quel che è indispensabile alla soddisfazione del suo bisogno): a ciascuno è imposto di fare *tutto* quello che può fare ed è dato di prendere *solo* quello di cui ha bisogno. Anche in questo caso, dunque, ci sono una "misura" del dovere e una "misura" della pretesa, le quali implicano, rispettivamente, un artificiale eguagliamento degli apporti da ciascuno dovuti nonostante la loro "naturale" diversità (la cura del medico vi è fatta, contro-fattualmente, eguale al frumento dell'agricoltore) ed un artificiale eguagliamento delle pretese da ciascuno esperibili nonostante la "naturale" diversità del suo apporto (al medico spetta quel che spetta all'agricoltore, nonostante abbia conferito cure e non frumento).

Il che può sembrare dia ragione all'antico *ubi societas, ibi jus* e può sembrare renda, invece, problematica l'idea di una *estinzione del diritto e dello Stato* (almeno finché non si immagina una produzione illimitata di beni e servizi a mezzo soltanto di macchine).

Ma, poiché implica il sacrificio delle differenze e può essere diversamente determinata, a questa misura necessariamente compete che un tal sacrificio possa darsi in modo diverso, più precisante le è di necessità proprio che la sua eguaglianza reagisca diversamente sulle diversità, privilegiandone talune e posponendone altre.

La possibilità di determinare variamente tale misura e, quindi, di orientare in modo diverso il sacrificio (che nel suo eguagliamento è necessariamente implicito) fa sì che la sua determinazione implichi un conflitto, che concerne la stessa condizione di esistenza della società, della *polis*. Tale conflitto, dunque, ha, per eccellenza, carattere *politico*: attiene alle condizioni di esistenza della *polis*, si svolge nella *polis* ed in essa si sviluppa attraverso un *polemos* intorno alla “misura più giusta”.

Ma la circostanza che vi si controverta intorno alla “misura più giusta” implica che questo conflitto sulle misure si ponga sotto la condizione di “render conto e ragione” del perché l’una abbia a prevalere sull’altra, e cioè implica che esso si dia all’insegna del *logos*.

La determinazione della misura costituisce, perciò, l’esito di una deliberazione (che può anche darsi in una prassi) politica che chiude il conflitto: la misura è, di volta in volta, decisa dalla città (*polis*) attraverso un conflitto (*polemos*) che si sviluppa sempre (anche quando si accompagni all’uso della forza) all’insegna della “verità” e della ragione, cioè è *sempre decisa politicamente ma pensata universalmente*.

L’ambigua pretesa del diritto di valere in forza della decisione (*temporale*) che lo ha deliberato e, insieme, di trovar fondamento nella giustizia (*universale*), nasce, dunque, dall’origine propriamente politica (e, in quanto tale, “arbitraria”) della misura, che sancisce, e dall’essere, tuttavia, l’ordine, che incorpora, necessariamente pensato come universale, come l’ordine giusto.

Ogni misura, e cioè ogni “proto-valore”, è assolutamente artificiale, ma si radica su di un conflitto che è necessario e viene sempre pensata come universale, di modo che quella, che, di volta in volta, finisce per prendere forma di *nomos*, è sempre compresa e rappresentata come la “giusta misura”.

Essa è artificiale, arbitraria, poiché, sebbene in sé assolutamente necessaria, nella sua determinazione contenutistica è assolutamente artificiale: la misura è creata, è decisa, di volta in volta. Ma essa si presenta, al tempo stesso, come universale, perché, nonostante la sua artificialità, è, sempre, concepita (da chi la brandisce) e prospettata (alla *polis*) come universale, cioè come una misura non decisa di volta in volta ma valida per tutti, da sempre e per sempre.

Il diritto, dunque, è la Giustizia “deliberata”, l’uno e l’altra, però, si danno come *universalità arbitraria* e racchiudono il medesimo enigma: “che tale universalità arbitraria è il fondamento e la condizione di esistenza di ciò che è in effetti la cosa meno arbitraria di tutte, la comunità cittadina, la società” (C. Castoriadis).

#### 4. Vincitori e vinti

All'origine del diritto c'è, allora, un conflitto che esige una misura, la quale è sempre artificiale e che, però, al tempo stesso sempre rivendica una sua razionalità universale<sup>5</sup>.

Di questo conflitto si è detto che si dà con la stessa costituzione della *polis* e che investe lo scambio sociale. Sull'oggetto di tale conflitto primario, sulla forma in cui si rappresenta e su quel che implica la misura che lo risolve si può, però, dire qualcosa di più.

Di questo conflitto Aristotele parla in riferimento, innanzitutto, alla giustizia distributiva: questo conflitto, infatti, concerne essenzialmente il *principio di appropriazione* delle risorse. Determinare la misura che presiede allo scambio tra i prodotti degli agricoltori e l'opera dei medici o tra le merci degli artigiani e le prestazioni dei guerrieri significa determinare quanto a ciascuno degli attori della divisione sociale del lavoro vada della ricchezza che assicura il sostentamento e la riproduzione della *polis*. Questa misura, perciò, contiene la decisione su *cosa* deve rimanere indivisibile e cosa, invece, sia divisibile e su *come* quel che è divisibile deve essere diviso (giustizia distributiva), nonché sul *modo* in cui quel che viene diviso possa passare da chi lo ha ricevuto a chi ne manca (giustizia commutativa).

Cose e persone sono – come si è detto – irriducibilmente diverse, sicché una *giusta divisione* non può darsi in forma aritmetica: l'eguagliamento dei diversi può darsi, infatti, solo stabilendo una *proporzione* tra l'agricoltore e il medico o tra l'artigiano ed il guerriero e le rispettive opere.

La proporzione richiede, però, il riferimento ad un valore: il diverso può essere eguagliato solo *secondo* una *axia*. Agricoltore e medico e frumento e rimedio possono essere reciprocamente “misurati” solo stabilendo cosa ciascuno *vale* rispetto all'altro, e dunque, per lo più, cosa *vale di più*.

È per l'appunto da questo valore, da questa *axia*, che sono incorporati nella misura e che sono chiamati a garantirne la razionalità (o la “maggior” razionalità rispetto alle altre misure che le si contrappongono), che si determina l'ordine che presiede alla distribuzione e circolazione della ricchezza, ossia il *nomos* chiamato a governare la *polis* e la sua riproduzione.

Ma i valori non si danno in natura. Ché anzi si contrappongono alla realtà come il “dover essere” all’ “essere”: un valore è tale in quanto non ripete il mondo ma dice come il mondo deve essere in luogo di com'è.

Né sono attingibili attraverso la ragione. Poiché virtualmente i valori sono molti e rivali, la determinazione di quello tra essi che deve prevalere non può mai darsi per via deduttiva<sup>6</sup>.

5 È – se si vuole – storicamente determinata, ma *nel suo tempo storico* è stata concepita ed è prevalsa come la “giusta misura”, ossia come una misura *senza tempo*.

6 La prevalenza di un valore dipende, infatti, da una selezione tra molteplici valori, la quale non può che avvenire riferendosi a ciò che è essenziale (per l'uomo, per la società, ecc.). Ma la determinazione di ciò che è essenziale rimanda, a sua volta, ad un valore o a qualcosa che esibisce la medesima natura (cos'è l'uomo soprattutto, cos'è la società soprattutto, ecc., ma ancor

Tornando all'esempio di Aristotele, l'agricoltore e il medico e le loro rispettive opere, come l'artigiano e il guerriero e quel che rispettivamente essi danno, di per loro incommensurabili, in tanto si rendono comparabili in quanto ciascuno di essi e i loro rispettivi prodotti siano riferiti ad una "misura comune". Ma questa "misura comune" suppone necessariamente una proporzione e non può determinarsi che *secondo un valore*, il quale discrimini ciò che vale di più ed istituisca una gerarchia, rispettivamente, tra la laboriosità (dell'agricoltore) e la sapienza (del medico), tra l'abilità (dell'artigiano) e la virtù militare (del guerriero). Stabilire, però, cosa valga di più tra laboriosità e sapienza o tra abilità e virtù militare richiede di interrogarsi su quale tra queste virtù sia soprattutto propria dell'uomo o più utile alla società, ecc., cioè su quale di esse sia "più essenziale" delle altre. E poiché la "vera natura" dell'uomo o della società (o la priorità dell'uno sull'altra e viceversa) non è suscettibile di conoscenza, allora ad un tale interrogativo non potrà che risponderci attraverso una decisione (che – come prima si è detto – può consistere anche in una prassi), cioè decidendo di volta in volta se quel che conta innanzitutto nell'uomo è la sua laboriosità o la sua sapienza, la sua abilità o la sua virtù militare, e ancor prima se quel che conta di più è l'uomo in quanto tale o la società che ne assicura l'esistenza.

Ogni valore è l'espressione sintetica di un'interpretazione del mondo (nel senso di F.W. Nietzsche), è, cioè, il precipitato, il sedimento di una visione dell'uomo e del suo rapporto con la natura e con gli altri uomini.

Il conflitto primario, perciò, si rappresenta, si mette in scena nella *polis* come conflitto tra diverse interpretazioni del mondo, tra i valori che le riepilogano e le misure che li mettono in opera.

L'esito, e perciò la soluzione, di tale conflitto consiste nella prevalenza di un valore sugli altri, e cioè nella definizione, su cui la *polis* alla fine *in qualche modo* concorda, di ciò che soprattutto vale ed in rapporto a cui si determina il *peso relativo* di tutti gli altri valori.

Ma poiché questo conflitto primario concerne, innanzitutto, la distribuzione delle risorse, ne segue che il valore che alla fine prevale e che si insedia come misura comune, determina chi tra agricoltori e medici, tra artigiani e guerrieri ha più peso in questa distribuzione e le parti progressivamente minori che in proporzione sono appropriabili dagli altri.

E tuttavia, poiché questo conflitto primario si mette in scena come conflitto su quel che vale di più, la misura che alla fine prevale, il *nomos* che con essa si insedia, incorpora l'interpretazione del mondo, che la sorregge e ne ha assicurato la prevalenza, e dunque presiede a tutte le relazioni (anche – e va sottolineato – non propriamente appropriate) che nella *polis* si sviluppano<sup>7</sup>.

prima l'uomo innanzitutto, la società innanzitutto, ecc.). Sicché ogni selezione al suo vertice implica sempre una scelta, e cioè soltanto una decisione, e quindi si dà in forza di un atto di volontà e non di un atto dell'intelletto.

7 Per questo la contrapposizione, più marxista che marxiana, tra struttura e sovrastruttura non regge. Il problema della distribuzione delle risorse si dà sempre, e non può non darsi, entro un'interpretazione del mondo, dove sta insieme con tutte le altre relazioni sociali, con le quali, perciò, si dà un rapporto non di determinazione ma di coalescenza.

Questo conflitto, perciò, si chiude con la *legge della città*, con quel che agli occhi della comunità cittadina si rappresenta come la “giusta misura”, l’ordine incarnato di un principio di razionalità che discende da un valore (concepito come) universale e determina quel che, secondo giustizia spetta a ciascuno. Ma, allo stesso tempo, questo conflitto vede, alla fine, vincitori e vinti: l’eguagliamento proporzionale del diverso, con cui si risolve, istituisce gerarchie economiche, sociali e politiche, dove chi vince ha di più e chi è vinto ha di meno. Proprio come nella vecchia storia araba del dodicesimo cammello<sup>8</sup>.

## 5. La ragione dei vinti

Dunque, la determinazione della “misura comune” e del *nomos* che, incorporandola, ne sanziona e sviluppa il *logos* si dà, sempre e necessariamente, in una “decisione”, la quale privilegia un valore e ne sacrifica (secondo varie proporzioni) altri e, così facendo, avvantaggia talune fasce sociali e svantaggia le altre.

Dicendolo un po’ banalmente ed aggiornando l’esemplificazione: un’interpretazione del mondo che privilegi il valore della libertà e che, di conseguenza, la ponga all’apice dell’ordine giuridico nella stessa misura sacrifica il valore della solidarietà.

Dunque, i valori recati dall’interpretazione del mondo, che prevale e prende forma nel *nomos*, scartano altri valori, e perciò creano uno *scarto* (P. Barcellona):

8 Ad esiti complessivamente non molto diversi da questi si giunge anche muovendo da paradigmi antropologici e sociologici tra i più accreditati ed influenti..

I sistemi viventi funzionano secondo un *codice biologico*, che è funzionale esclusivamente alla loro riproduzione ed è cieco rispetto a tutto ciò che oltrepassa tale funzione. Ma l’esistenza di un codice biologico fa sì che ogni vivente *per sé*, in quanto esistente, semplicemente attualizza ciò che doveva essere e che non gli era dato di far essere in modo diverso.

Al contrario di ciò, il vivente umano è – osserva A. Gehlen – un “compito a sé stesso”. Non ha un *telos* naturale e un codice istintuale e si dà, piuttosto, innanzitutto come *manca*, cioè si caratterizza per ciò che non ha, per l’assenza di un fine predeterminato e di un codice istintuale indisponibile. Perciò, a questa deficienza della sua natura il vivente umano deve supplire creando egli stesso una sorta di “seconda natura”.

Questa indeterminazione del vivente umano non solo implica che esso si ritrovi costretto a darsi un codice e un *telos* artificiali, ma comporta anche che sia nella condizione, anzi nella necessità, di “decidere” il codice ed il *telos* secondo cui organizzare la propria sopravvivenza e la propria riproduzione.

A questo provvede, appunto, il sistema sociale, fronteggiando la complessità che viene da tale indeterminazione attraverso la sua distribuzione in sistemi parziali che, semplificandola, forniscono prestazioni risolutive (N. Luhmann).

Ma se non si vuol concepire il funzionamento di tali sistemi in termini radicalmente deterministici, si deve ammettere che il modo nel quale, di volta in volta, si danno la loro articolazione, i rapporti che reciprocamente intrattengono e l’ordine secondo cui provvedono a risolvere le complessità suppone, necessariamente, un *luogo*, un’istanza (o, se si vuole, un sottosistema) ove, di volta in volta, prende corpo il *senso* che essi naturalmente non hanno e ove, in coerenza, si elabora l’*identità* a partire dalla quale, di volta in volta, si struttura l’ordine artificiale che sopperisce alla mancanza di un codice irriflesso (M. Barcellona).

valori che rimangono disattesi, interessi che non ricevono soddisfazione, aspirazioni che restano deluse.

Il necessario prospettarsi della misura istituita come incarnazione di un valore universale, l'impiantarsi di tale valore su di una visione del mondo che adduce a suo fondamento l'esser quella giusta, legittimano questa selezione ed oscurano in qualche modo lo scarto: come inizialmente si è detto, la misura istituita, il diritto *rinomina* il mondo e lascia quel che è stato scartato senza nome<sup>9</sup>.

Tuttavia, questi valori, che non hanno nome nel *nomos*, non scompaiono del tutto, e tanto meno scompaiono i bisogni, gli interessi e le aspirazioni che in essi prendevano corpo e che si ritrovano sacrificati dall'interpretazione del mondo e dalla relativa misura che li hanno scartati.

Il *nomos*, dunque, istituisce sempre la misura come giusta, ma non trancia mai l'interrogazione sulla "giusta misura": ogni misura istituita supera lo scarto creato da quella precedente, ma ne crea contestualmente uno nuovo e, perciò, sempre riaccende il *polemos* per un nuovo *nomos*.

I valori scartati e le dimensioni materiali e spirituali che essi ricoprivano, già all'indomani dell'istituzione della nuova misura, intraprendono a rivendicare lo spazio che è stato loro negato, proponendo emendamenti della misura invalsa o, addirittura, nuove misure che ribaltino la gerarchia istituita.

Si è detto (J. Derrida) che con l'istituzione della legge della città il problema della giustizia, e quindi della misura comune, *aura été ... violemment résolu*, ma sarà anche contestualmente resuscitato dallo scarto che codesta risoluzione avrà istituito e produrrà l'esigenza di un *surcroit de justice*, che si dà *dans l'expérience d'une inadéquation ou d'une disproportion*, la quale postula un *surplus* di giustizia.

Ma pur impiantandosi sulle ragioni scartate l'interrogazione sulla "giusta misura" non può limitarsi a riproporne semplicemente l'orizzonte di senso: la misura che lo ha sopraffatto e l'istituzione dell'ordine che ha chiuso il conflitto, infatti, ne hanno destituito il fondamento o, meglio e soprattutto, ne hanno rideterminato le basi.

*L'expérience d'une inadéquation ou d'une disproportion*, quindi, non può che riferirsi ormai alla misura istituita e maturare, via via, attraverso una nuova *percezione sociale del conflitto* adeguata alle diverse basi in cui esso si ripropone: l'esigenza di un *surcroit de justice*, perciò, riaccende il conflitto solo quando giunge a coagularsi in un nuovo orizzonte di senso e questo intraprende ad attraversare il corpo della *polis*.

Così avviene che la misura, di volta in volta, istituita come la "giusta misura" è, sempre, sottoposta alla critica di una misura ritenuta, di volta in volta, "più giusta": *la giustizia subisce, sempre, il giudizio di una misura più giusta concepita come la "vera" giustizia*.

Quando questo accade, il diritto, concepito ed istituito come stabilizzazione della "giusta misura", come garanzia attraverso la forza della "giustizia", prende ad

9 E dove non giunge questo dispositivo di "tacita" *neutralizzazione escludente* sopperisce il diritto con la minaccia e l'uso della forza, di cui detiene il monopolio.

essere detto “ingiusto” e il suo emendamento o il suo cambiamento prendono ad essere perorati nel nome stesso della giustizia, di una giustizia più giusta.

Così, il conflitto primario, che l’istituzione della misura comune aveva chiuso, si riapre in una veste mutata.

Il nuovo conflitto si riferirà sempre alla distribuzione delle risorse ed ad una generale interpretazione del mondo secondo la quale si assume sia “giusto” che questa venga operata e sia ordinata l’intera comunità cittadina. Ma, questa volta, esso si svilupperà come conflitto sulla misura istituita in nome di un’altra misura, come antagonismo tra istituito e istituyente.

Il *nomos* istituito non ha nomi per ciò che ha scartato, ma i suoi nomi hanno origine nell’immaginario sociale (P. Barcellona), nella *polis*, che lo scarto fa essere sempre all’opera e che, perciò, può sempre crearne di nuovi.

Il luogo di questo conflitto, che si dà sempre e sempre tuttavia si rinnova, è, dunque la politica.

Nella *polis* la politica ha uno spazio anch’esso istituito (quello che nel linguaggio di oggi si dice: il sistema politico), al quale è deputato di internalizzare il conflitto, di canalizzare l’esuberanza dello scarto entro la razionalità della misura deliberata.

Proprio per essere istituita, questa politica è “seconda” e verte, sempre, sulle condizioni a partire dalle quali si dà la stabilità dell’orizzonte di senso incorporato nella misura data, ossia sull’estensione dell’indisponibilità che, necessariamente, ne segna il campo<sup>10</sup>. Nel suo spazio, quindi, il conflitto si rappresenterà sempre come disputa *sui* confini di una tale indisponibilità e sull’implementazione dell’intervallo che essi, eventualmente, concedono.

Entro questo spazio questa politica istituita (la *politica a posteriori* la chiama G. Galli) sviluppa strategie di *neutralizzazione concessiva*, attraverso le quali la misura istituita fronteggia l’orizzonte delle ragioni scartate, aprendosi alla possibilità di concessioni compatibili con la conservazione della sua supremazia.

Ma nella *polis*, accanto a questa politica istituita, ve ne è un’altra istituyente, una “politica prima” (la *Grande politica* di F.W. Nietzsche o la *Politica a priori*, come la chiama G. Galli), che sta dentro la città ma fuori dalle (o a ridosso delle) sue istituzioni: sta nella comunità cittadina e, più precisamente, nei processi attraverso cui essa, via via, si concepisce e viene rappresentandosi, laddove maturano le interpretazioni del mondo, gli orizzonti di senso, se ne sprigionano le aspirazioni ad oltrepassare il confine dell’istituito ed a competere per la supremazia e se ne misura quella reale penetrazione nel corpo sociale da cui dipende, alla fine, la sorte del conflitto.

Quando le strategie di neutralizzazione concessiva esauriscono le loro virtualità e il conflitto trapassa dalla politica istituita alla “politica prima”, una nuova interpretazione del mondo prende forma e si mette in movimento per soppiantare quella prima condivisa, una nuova misura si candida a scalzare la misura istituita e

10 Al che nella Modernità provvedono le costituzioni (A. Barbera, G. Zagrebelsky, M. Luciani).

si danno le condizioni perché possa inaugurarsi una nuova epoca nella storia della società<sup>11</sup>.

Ma l'esito di questo conflitto dipende dalle risorse che è in grado di apprestare la misura istituita, dalla intensità con cui l'orizzonte alternativo riesce ad evocare una giustizia più giusta e, soprattutto, da quell'imponderabile che è, insieme, la percezione che, in profondità, la *polis* matura della suo modo di essere e delle condizioni che possono dischiuderlo ad un nuovo, e più giusto, orizzonte e la dimensione del rischio che per perseguirlo si rende disponibile a correre<sup>12</sup>.

## 6. Più di duemila anni dopo

Quel che si è osservato fin qui muove da un paradigma antico. Che, però, è (ri) pensato (e, magari, un po' contaminato) per l'oggi.

Cosa dica questo paradigma all'oggi si può pensare sia già abbastanza chiaro. E tuttavia non è inutile interrogarlo ancora, e provare a far più chiaro per cosa, a chi e in che modo possa tuttavia giovare.

Per fare questo paradigma più eloquente è, però, il caso di tornare al Novecento appena trascorso: dal Novecento, infatti, viene una semantica che lo complica un po' ma ne accresce la forza analitica.

Questa semantica è, innanzitutto (ma, evidentemente, non solo) quella della teoria sistemica, svestita, però, dal determinismo che le è proprio<sup>13</sup>.

11 O, comunque, una sua nuova fase.

12 La sociologia ha provato a numerare e calcolare i c.d. fattori del cambiamento. Ma, alla fine, tutti i suoi tentativi, ancorché molto autorevoli, non hanno potuto fare altro che, grosso-modo, generalizzare le condizioni storiche delle esperienze "rivoluzionarie" (indebolimento del potere centrale, economia ristagnante, élites intellettuali marginalizzate, ecc.), il cui valore predittivo (che è quello che muove, per lo più, la ricerca sociologica) rimane assolutamente scarso. Ché gli stessi ingredienti, in questo campo, non fanno sempre la stessa minestra.

13 Il che – va detto, a scanso di equivoci – ne modifica radicalmente il senso.

Ma a questo proposito può essere utile qualche breve precisazione.

Non sembra discutibile che la teoria dei sistemi sociali di N. Luhmann si mostri, spesso, descrittivamente più efficace di altre. Ma potrebbe anche sembrare che le sue categorie presentino, tuttavia, un valore esplicativo ridotto e tralascino di considerare la coercizione che, alla fine, opera nei processi sociali.

In realtà, quella luhmaniana è una teoria deterministica, che opera secondo la sequenza "necessaria": accrescimento della complessità – differenziazione dei sistemi sociali. Per questo verso, anzi, non è dissimile dalla teoria marxista, che opera secondo la sequenza altrettanto "necessaria": sviluppo delle forze produttive – rivoluzione dei rapporti di produzione. Ed in questa "necessità" ad entrambe è comune una concezione evolutiva, progressiva e "finalistica" della storia: rispettivamente, la superiorità della differenziazione funzionale della società borghese su quella stratificata della società feudale e la superiorità del modo di produzione capitalistico sul modo di produzione feudale.

Certo, la "complessità" di Luhmann non nomina lo sviluppo dell'economia e la relazione contraddittoria in cui può ritrovarsi con i rapporti entro i quali si dà. Questo, per certi versi, può sembrare oscuri ciò su cui si fonda (o, almeno, si è ritenuto fin qui principalmente si fonda) la dinamica sociale e, per conseguenza, la dimensione conflittuale entro la quale si sviluppa. E

La semantica della teoria sistemica, infatti, offre un'articolazione efficace delle strategie che il diritto mette in campo nella Modernità per fronteggiare il conflitto.

Si può cominciare considerando innanzitutto cosa questo paradigma dica ai giuristi di questo tempo.

Lo dicano o no, i giuristi, nonostante tutto il pensiero eminente del Novecento suggerisca altre cose, per lo più continuano a pensare l'oggetto delle loro quotidiane speculazioni come ad un *quid* che ha a che fare con la "giustizia in generale" e concepiscono<sup>14</sup> la loro opera (interpretativa) come la ricerca della "giusta soluzione" del caso, la via attraverso la quale il diritto (positivo) si appropinqua sempre più al "giusto ed equo", cui ineluttabilmente aspirerebbe<sup>15</sup>.

La dottrina del "diritto vivente", pur nelle sue diverse versioni<sup>16</sup>, teorizza questa autorappresentazione del ceto giuridico e questo modo in cui esso intende quel che fa.

La vecchia storia araba del dodicesimo cammello e il ragionamento che si è provato ad imbastire muovendo dall'Etica Nicomachea di Aristotele mostrano, invece, che la legge si dà sempre come una *universalità arbitraria*, incorpora necessariamente una razionalità che, però, è solo quella che si dà a partire da un punto di vista, da un proto-valore, da un orizzonte di senso, che è artificiale e, di volta in volta, socialmente istituito (P. Barcellona).

Ma questo darsi del diritto come "fondamento infondato", come "*ratio* decisa" elucida il carattere delle operazioni interpretative dei giuristi, lo mostra in quel che soprattutto è loro proprio, il loro darsi come lo sviluppo evolutivo di una "misura", che non viene da fuori, che non si trae interrogando il firmamento della giustizia, ma che è, invece, incorporata nella legge e che a partire da essa si espande e si amplifica sulla spinta del *novum*, della complessità incrementale che, di volta in volta, è chiamata a normare. L'interpretazione è, dunque, una *inventio* che procede dal *positum*, la creazione di nuove strutture normative che, però, vengono sempre costruite rimettendo insieme materiali già dati e, soprattutto, interrogando l'ordine già istituito. Questo, certo, farebbe dire che questa *autopoiesi materiale*<sup>17</sup> del dirit-

però, l'indeterminazione di tale categoria potrebbe presentare anche un guadagno, se stesse a significare che la complessità sociale è più complicata dell'economia e dei suoi rapporti e che, perciò, il mondo si muove *anche* dietro altre spinte.

Quel che, comunque, di certo non manca a Luhmann è la "necessità" dell'evoluzione e la carica coercitiva (darwiniana) che in essa è insita.

Non si può escludere con certezza che questo determinismo di Luhmann, che è comune anche a Marx (o secondo il quale questo è stato, e può essere, anche letto), abbia, alla fine, un qualche fondamento: la storia – sembra – non dà loro né torto, né ragione.

E però, si può ritenere che *si debba* pensare a prescindere da esso, poiché, diversamente, ci si troverebbe dinnanzi ad una storia che è già scritta e ad un pensiero che rimane irrilevante rispetto al mondo. Su questi presupposti e con questi limiti si utilizzano di seguito talune categorie del pensiero sistemico.

14 Anche quando fanno professione di positivismo.

15 O – e non è molto diverso – verso cui i giuristi inevitabilmente lo sospingerebbero con la loro *juris prudentia*.

16 Tanto privatistiche (L. Mengoni) che pubblicistiche (A. Ruggeri).

17 Materiale, perché introduce regole nuove senza modificare formalmente l'assetto normativo dato dell'ordinamento.

to, questa sua autoproduzione che per mezzo dell'interpretazione si compie<sup>18</sup>, per essere alla fine realmente produttiva e proporsi all'altezza del suo compito sistemico, dovrebbe transitare attraverso la continuamente accresciuta comprensione della "misura" istituita, del senso nucleare incorporato nel diritto di un'epoca e nelle (diverse fasi della) sua evoluzione. Solo che, a pensarci bene, alla dottrina, che queste interpretazioni produce, non è affatto richiesto che questo suo compito evolutivo sia necessariamente adempiuto in piena contezza del quadro teorico nel quale si dà<sup>19</sup>. Accanto a questo compito, infatti, gliene è dato un altro, che è forse ancora più importante: quello di implementare i *nomina*, con cui il diritto moderno ha "sistemato" il mondo, e di mostrare le *rationes*, che in essi sono incorporate, come le uniche ragioni possibili, come "natura" e non come "decisione". E l'auto-rappresentazione dei giuristi come depositari di un arsenale argomentativo, che in ultima istanza ha sede nella *ars boni et aequi*, è, alla fine, ben più congeniale all'adempimento di questo altro compito: svolge un ruolo attivo nella mimetizzazione del conflitto, oscura le basi artificiali su cui si impianta.

Ma le risorse messe oggi in campo dal sistema sociale per fronteggiare il conflitto attraverso il diritto non finiscono certo qui: altre due ve ne sono, che danno conto delle sue evoluzioni e della stessa crisi che sembra adesso percorrerlo.

A differenza del passato, il diritto moderno si è dotato di una duplice risorsa di impareggiabile efficacia: si è costruito come autonomo e come positivo.

L'autonomia è la forma che il diritto prende differenziandosi dagli altri sistemi parziali della società<sup>20</sup>. Ma quel che conta, soprattutto, è che questa sua differen-

18 Attraverso l'interpretazione il sistema giuridico interroga la sua identità (cioè il suo senso nucleare, ciò che connota l'ordine con esso istituito), la comprende più a fondo e la mette in grado di fronteggiare le complessità rispetto alle quali le sue norme potrebbero apparire, di prim'acchito, incapienti.

19 In fondo, dalle interpretazioni "impertinenti" o "inopportune" il sistema giuridico si è protetto bene, almeno fin qui, affidando al "buon senso" della giurisprudenza ed alle garanzie della sua articolazione gerarchica di operare come filtro delle devianze dalla direzione sistemica.

20 Il senso teorico del ragionamento, che si è provato a sviluppare nel testo, consiste nell'illustrare il darsi del diritto come una *universalità arbitraria*, e cioè come un senso che universalizza un orizzonte storicamente determinato, il proto-valore di una frazione della società che *si impone* (ed il "come" alla fine non è decisivo) come la razionalità a partire dalla quale soltanto organizzare e regolare tutte le relazioni sociali.

Quando si assume che il diritto moderno (o – se si vuole – quello dell'età della borghesia), e non il diritto in generale (come, ad es. pensava H. Kelsen), si istituisce come autonomo, si vuole indicare, allora, che questo diritto, a differenza, ad es., di quello feudale, fonda la sua *ratio* e costruisce le sue proposizioni su categorie *puramente* giuridiche (il soggetto giuridico astratto, il "chiunque" dei codici dell' '800) e non politico-sociali (il signore, il servo) e che fonda la legittimazione dei diritti che attribuisce su fattispecie *puramente* giuridiche (il titolo giuridico di acquisto: il contratto, il testamento) e non sugli *status* (il sangue o la posizione sociale nella *polis*).

Ma quel che soprattutto conta è che – come si chiarisce nel testo – questa liberazione del diritto dalle determinazioni *in-mediate* della politica (dalla posizione sociale che ciascuno esibisce nella *polis*) è la condizione attraverso la quale si realizza la liberazione dell'economia dalla politica: nel disegno originario della Modernità, il potere politico non può più interferire, *in quanto tale*, sul potere economico-privato, ossia, e meglio, non ha titolo, *in quanto tale*, per rivendicare una posta nella distribuzione sociale della ricchezza.

ziazione in un sottosistema distinto istituisce, contestualmente, la differenziazione dell'economia dalla politica, ed anzi si costituisce, propriamente, in luogo ove quest'altra e determinante distinzione è garantita e presidiata: separandosi dalla politica, il diritto moderno, già nel suo *incipit*, emancipa la distribuzione e circolazione della ricchezza dagli *status* e dal potere politici e, in prospettiva, ne immunizza il principio di funzionamento dai conflitti che ciò che esso scarta può suscitare<sup>21</sup>. Ed istituisce, inoltre, l'indipendenza sua propria dalla politica: con il diaframma dei Parlamenti, infatti, non solo si esonera il sistema giuridico dal conflitto, che così nelle aule ove si amministra la legge non ha parola, ma soprattutto, proprio spostandolo all'esterno, si confina il conflitto in un apposito e distinto sottosistema, quello della politica, che tramuta il *polemos*, lo scontro sociale, in competizione elettorale e lo assoggetta (specie nel secondo Novecento, dopo che lo scontro è stato dapprima fronteggiato con la forza e con la sospensione della democrazia fino a sfociare nella guerra) alle indisponibilità costituzionali.

Alla fine, però, questa autonomia implementa una strategia essenzialmente difensiva: l'ordine sociale, per suo mezzo, si protegge dal conflitto, lo rimuove e lo urbanizza, ma non ne disattiva le ragioni immediate, non ne affronta e disarmava le istanze redistributive che esso viene avanzando. Fa piuttosto accumulare le turbolenze che le ragioni scartate, le ragioni dei vinti fanno proliferare alle periferie, ai confini dei sistemi parziali della società e che ne ingorgano la comunicazione con i rispettivi ambienti. Le autonomie dei sistemi parziali (economico, giuridico e politico) selezionano in base ai rispettivi principi di funzionamento le complessità che loro si presentano e respingono quelle alle quali non sono in grado di offrire *outputs* risolutivi, quelle intrattabili secondo le logiche loro proprie. Cosicché tutte queste complessità irrisolte, tutte queste aspettative senza speranza, rischierebbero sempre di radicalizzare il conflitto sul principio appropriativo che l'orizzonte moderno ha istituito.

È proprio rispetto a questo rischio strategico, che nell'accumulo di complessità irrisolte è virtualmente insito, che il sistema sociale, la *polis* istituita, si è dotata di

È questa – si può reputare – la grande innovazione della Modernità, o se si vuole della borghesia, e cioè che la “dipendenza” del diritto dalla razionalità economica (o – se si vuole – dal modo di produzione capitalistico) non si dà nella funzionalità di questa o quella regola all'interesse capitalistico, bensì, e ben più all'in grande, nella funzionalità della sua stessa autonomia all'autonomia dell'economico: il diritto è autonomo dalla politica perché l'economia possa sottostare soltanto alle sue “leggi economiche”.

In questo senso il diritto e la sua autonomia sono ben di più che una sovra-struttura (come ha per tanto tempo ripetuto la *vulgata* marxista), sono la condizione stessa del dominio dell'economico, della sua assunzione a *ratio* universale della società moderna.

In questo senso – come altrove si è rilevato – ha ragione Pašukanis su Stučka e Vyšinskij, se solo si capisce che l'autonomia del diritto si dà sempre sulla base della Politica (nel senso della *Grande politica* di F.W. Nietzsche), la quale, prima, lo istituisce come autonomo (perché autonomia sia l'economia) e, poi, ne continua a garantire l'autonomia (sempre contro la Politica, che volesse ribaltare decisione istituita) con la forza.

21 Il diritto, infatti, determina il principio di appropriazione delle risorse e la sua autonomia dalla politica implica, perciò, che la ricchezza si distribuisca e circoli in modo indipendente dal nudo potere politico e dall'ordine sociale in cui si sedimenta.

uno strumento formidabile, la positività del diritto, la quale include al suo interno un dispositivo, le leggi sulla formazione delle leggi, che conferisce al sistema giuridico una inaudita *flessibilità*, una flessibilità che la Modernità, solo per suo mezzo, si mette in condizione di attivare per neutralizzare il conflitto.

L'*autopoiesi formale*, l'autoproduzione, cui questo meccanismo apre in via generale il sistema giuridico, è qualitativamente assai diversa da quella prima considerata, non solo non subisce il limite del materiale normativo dato, ma, potenzialmente, non subisce neanche quello dell'ordine istituito che tale materiale governa. Il nuovo diritto, che così si produce, è, virtualmente, *signore* dello stesso ordine da cui si origina: come questo, può, sempre virtualmente, disporre del e sul principio di appropriazione delle risorse: l'oggetto immediato del conflitto diviene così il diritto, in quanto luogo del governo dell'appropriazione sociale delle risorse.

Ciò urbanizza il conflitto, lo tramuta in "lotta per il diritto", ma, al tempo stesso, ne accresce la pericolosità, lo porta là dove si può.

I parlamenti si propongono così come il luogo ove quel che è stato separato virtualmente si può ricongiungere: economia, politica e diritto si ritrovano, così, in un luogo di comunicazione – per così dire – intersistemico, ove le turbolenze si riversano e che, perciò, virtualmente sarebbe in grado di generalizzare il conflitto e di destabilizzare l'orizzonte istituito.

Queste virtualità (eversive), all'inizio, sono in radice scongiurate dal carattere rigidamente censitario della democrazia<sup>22</sup>, ma il suffragio universale e la rideclinazione del principio di eguaglianza e di sovranità popolare, che ne è la premessa, incendiano la scena politica e l'intera società<sup>23</sup> e, alla fine, demoliscono questa barriera: la storia del Novecento ne fa tragica testimonianza. Finché a scongiurare le derive sovversive dei parlamenti intervengono le costituzioni del novecento e i confini che esse apprestano al potere dispositivo dei parlamenti (R. Bin).

Ma anche così il conflitto, pur contenuto nella forma della competizione elettorale e dai limiti entro i quali le costituzioni la imbrigliano, penetra nelle istituzioni e diviene agente del loro cambiamento, motore di una transizione che non tocca il modo di produrre la ricchezza ma innova profondamente il modo di distribuirla, e introduce una nuova fase del diritto moderno.

Dentro le aule parlamentari e nell'azione delle organizzazioni sindacali il conflitto prende necessariamente la forma di *conflitto redistributivo*: la "lotta per il diritto" necessariamente si volge solo a quanto il diritto può dare e, poiché al diritto rimane precluso di destituire l'orizzonte di senso che presidia, quel che può fare è di distribuire diversamente quel che secondo il principio d'ordine istituito viene prodotto, ossia di drenare risorse là dove si trovano e di elargirle a chi ne è privo.

A questo compito soccorre, appunto, l'*autopoiesi formale* del sistema giuridico, il potere, che essa assegna ai parlamenti, di innovarlo senza altri limiti che quelli

22 Sulle tasse legifera solo chi deve pagarle, e dunque sulla ricchezza dispone solo chi ce l'ha.

23 Non è senza ragione che si sia rappresentata la Grande guerra come "guerra civile europea" e spiegata in un tal quadro la successiva deriva nazionalista e la nuova guerra che ne seguì.

scaturenti dal dettato costituzionale (che, però, presidia la supremazia dell'orizzonte di senso istituito) e dagli equilibri politici parlamentari.

Introdotte per regolare complessità minori ed essenzialmente esterne alle grandi articolazioni del sistema normativo (civile, penale e amministrativo), le leggi sulla produzione di leggi cambiano radicalmente funzione, vengono ora chiamate a mettere in opera strutture stabilmente deputate all'erogazione di quel che si è raccolto attraverso il prelievo fiscale (diretto o indiretto)<sup>24</sup> ed a canalizzarlo sistematicamente nelle direzioni ove il conflitto, sociale e politico, si accende.

Il loro oggetto muta, si rivolge al corpo forte del sistema giuridico, soprattutto alle relazioni che esso disciplina nei codici civili, e prende ad operare distaccandone sistematicamente ambiti prima da esso strutturati secondo il suo senso nucleare, il principio di libertà e di autonomia dei privati, per assoggettarli a principi diversi.

A fianco (soprattutto) dei codici civili si forma, così, una costellazione di *sottosistemi*, le c.d. legislazioni speciali, il cui senso sta in ciò, che gli ambiti da essi regolati, prima rimessi alla logica del mercato ed alla distribuzione privatistica della ricchezza che di necessità ne segue, vengono ora governati da un diverso principio appropriativo, essenzialmente il bisogno invece dello scambio, che introduce una parallela *distribuzione politica* della ricchezza.

Ma quello che fa capire meglio il segno di questo mutamento, la sua specificità, è che esso si attua senza modificare l'orizzonte di senso istituito, l'ordine che il sistema giuridico ha introdotto e sorregge: attraverso lo strumento della *differenziazione sottosistemica*, infatti, il mutamento è operato *per distacco e aggiunzione*, ossia conservando in generale la *ratio* sistemica dell'autonomia privata e del mercato e, semplicemente, staccando dall'ambito da essa regolato sotto-ambiti rigidamente delimitati che vengono sottoposti a *rationes* politiche. Dimodoché la *ratio* generale continua a vigere sovrana senza essere modificata o contaminata e le *rationes* politiche vengono chiamate ad istituire regimi speciali ove possono dispiegare pienamente le loro virtualità ma operando in condizioni di "quarantena".

Al diritto eguale dei codici si aggiunge, così, un diritto diseguale settoriale, che al soggetto giuridico astratto affianca le figure concrete dei lavoratori, dei pensionati, dei conduttori, dei senza-tetto, dei contadini, dei fittavoli, ecc., allo scambio gli ammassi, al prezzo di mercato i prezzi amministrati, ai finanziamenti governati dal merito creditizio i mutui agevolati e le erogazioni a fondo perduto, all'antico "padrone" l'imprenditore pubblico. Ed ognuna di queste figure incarna un attore del conflitto, che è riuscito, almeno in parte, a sottrarsi al dominio dell'economico ed a rifugiarsi in uno (o più) dei molti sistemi di protezione che compongono il nuovo *Welfare State*, ove vigono autonomi principi di distribuzione della ricchezza.

Questo processo può essere rappresentato secondo prospettive diverse: come l'implementazione di una astuta *strategia concessiva*, con la quale il potere consolidato, elargendo ricchezza, disarmava la carica alternativa degli esclusi, o, ancora,

24 Mentre il nuovo esercizio della leva fiscale richiede solo di elevare il livello del prelievo e di estenderne l'ambito, ma secondo moduli, tutto sommato, ben conosciuti e ripetutamente sperimentati.

come l'implementazione di una saggia *strategia inclusiva*, con la quale l'orizzonte di senso istituito, dando spazio alle ragioni scartate, mostra la superiorità del proprio ordine, ovvero, infine, come l'implementazione di una sagace *strategia progressiva*, con la quale le ragioni scartate, accontentandosi di contendere il campo del principio istituito, ne logorano tuttavia la vocazione al governo esclusivo dell'ordine sociale.

Probabilmente, esso è tutte queste cose insieme, ma è, principalmente, quel che il conflitto genera quando – come è accaduto specie nel secondo dopo-guerra – prende la forma della “lotta per il diritto”. Il conflitto rimane all'opera, perché chi dà è forzato a dare e chi riceve è costretto a lottare per averlo, ma è disarmato: il “compromesso keynesiano”, cui dà vita il *Welfare State*, non è il suo superamento e neanche un mero armistizio, è la prosecuzione del conflitto sotto il patto (costituzionale) che ognuno rinunci all'annientamento dell'altro. Così, il dodicesimo cammello non è più appropriato solo dal fratello più forte in forza della *efficienza* di cui si fa interessato vessillo<sup>25</sup> e neanche scatena una lotta fratricida, ma la sua divisione viene rimessa, seppur solo in parte<sup>26</sup>, ad una continua ed aspra contesa tra tutti i fratelli, che però si garantiscono la sopravvivenza nel nome della *comune discendenza* dal padre.

Il carattere esclusivamente redistributivo, che così il conflitto assume, istituisce la *coabitazione di due principi appropriativi*, lo scambio e (genericamente) la solidarietà, ma preserva il primato del primo, ossia dell'ordine istituito: si può redistribuire quel che è stato prodotto e, poiché la produzione rimane affidata all'economia privata, la conservazione delle condizioni della sua riproduzione, e cioè l'integrale reintegrazione e l'adeguata remunerazione dell'investimento privato, rimane l'indisponibile vincolo sistemico di questo conflitto redistributivo che attraversa tutto il Novecento.

Su questo confine si impianta il conflitto e su di esso si consuma, dopo un tempo relativamente breve, la crisi di questa fase della Modernità.

## 7. A cavallo del terzo millennio

Dunque, il conflitto si apposta sul confine tra politica ed economia e si sviluppa sotto le insegne, rispettivamente, del vincolo economico all'intangibilità delle condizioni di riproduzione del sistema produttivo e della spinta egualitaria all'inclusione sociale.

Che, alla fine, si dia un limite oggettivo allo sviluppo del *Welfare* è indiscutibile, ma altrettanto indiscutibile è che esso esibisce una flessibilità ben più elevata di quel che solitamente si pensa<sup>27</sup>.

25 E cioè la maggior produttività di un cammello vivo.

26 Rimane, infatti, indiscussa la diseguale attribuzione “originaria” (la parte maggiore, la metà, attribuita dal “padre” al primo fratello) e rimane aperta solo la disputa sulle porzioni del cammello “dispari”.

27 Non è senza ragione che il *Welfare* sia stato anche rappresentato come “il socialismo

Spiegare – come di solito si è fatto – che l'età del *Welfare*, già negli ultimi due decenni del novecento, abbia intrapreso il suo declino sulla spinta soltanto di oggettive ragioni economiche non sembra, perciò, molto plausibile<sup>28</sup>.

Piuttosto è vero che l'età del *Welfare* rimane, comunque, un'età del conflitto e che, perciò, in essa ciascuno dei contendenti (e soprattutto quello dei due che, possedendo, si sentiva tolto quel che reputava solo suo) non ha mai smesso di concepirsi come “nemico” (nel senso di C. Schmitt) dell'altro<sup>29</sup>.

Gli arsenali che in questo conflitto si confrontano risultano però, almeno nei fatti, abbastanza impari. La base sociale, che dà forza alle politiche redistributive, è costituita, essenzialmente, dalla vecchia “classe operaia”, dal suo numero e, soprattutto, dalla compattezza che le veniva dalla c.d. fabbrica fordista e dalle relazioni personali, sindacali e politiche che in essa si sviluppavano.

Ed è su questo terreno che interviene, non appena lo sviluppo tecnologico glielo permette, il sistema delle imprese: robotizzazione, informatizzazione, decentramento e organizzazione a rete della produzione assottigliano ed emarginano il tradizione lavoro operaio, lo frammentano e iniziano a scomporre le antiche solidarietà, indebolendone le tradizionali forme sindacali e politiche.

All'inasprimento del conflitto, che a questa offensiva fa seguito, la *ratio* politica non riesce ad opporre, per lo più, che il disegno di allargare il consenso al *Welfare*<sup>30</sup>. Ma la c.d. *strategia della cittadinanza*, che a questo disegno viene chiamata a dar corpo, si mostra, alla fine, abbastanza debole. Con il *Welfare* universalistico, infatti, la “protezione” viene estesa dai “soggetti speciali” della iniziale legislazione redistributiva al “chiunque” dell'eguale ordine moderno. Così<sup>31</sup>, però, essa si espo-

in una classe sola”, per indicare che esso, alla fine, era (ed è) sostanzialmente finanziato dal( prelievo fiscale sul)le “classi lavoratrici”: il che dà la misura delle permanenti possibilità di prelievo sugli altri ceti sociali e dei conseguenti margini di manovra che ancora si davano (e che, forse, ancora si darebbero se questo fosse il solo problema). Specie quando a ciò si aggiungano gli ulteriori strumenti, di cui alla nt. succ.

28 Molti erano (e, probabilmente, sarebbero ancor oggi se solo questo fosse il problema), infatti, gli interventi virtualmente praticabili: da un lato, l'oggetto del prelievo poteva sempre essere orientato verso la ricchezza improduttiva (ad es., la rendita monopolistica, immobiliare, energetica, finanziaria, ecc.), le condizioni di riproduzione (tasso di accumulazione, intensità degli investimenti, ecc.) presentavano, di per loro, carattere in qualche misura relativo (ristrutturazioni, protezioni doganali (almeno verso l'esterno della Comunità), sovvenzioni pubbliche selettive, ecc.), ecc.; dall'altro, la spesa pubblica poteva essere sempre riqualificata, resa più selettiva nei beneficiari, orientata sugli investimenti strategici, liberata da incrostazioni burocratiche e da costi impropri, ecc.; il prelievo poteva essere reso più efficace recuperando evasione, manovrandolo in funzione dell'espansione, ecc.

29 Non ha mai cessato di subire malvolentieri le concessioni spuntate dall'altro, non ha mai rinunciato definitivamente a perseguire il massimo nella distribuzione della ricchezza ed ha sempre continuato a prefiggersi il ribaltamento degli equilibri che ne limitavano le aspirazioni

30 D'altronde, per un verso, il consenso rimane la principale risorsa che il sistema politico può mettere in campo e, per un altro verso, l'espansione dell'apparato del *Welfare State* offre al sistema politico opportunità di vario genere, alle quali non è scontato rinunciare sottoponendo la spesa pubblica a incisivi processi di riqualificazione.

31 E cioè accrescendo sempre più la domanda di inclusione, e cioè di protezione e benefici, e complicandone esponenzialmente il soddisfacimento.

ne al rischio di un duplice inconveniente: da un lato, il consenso, espandendosi, rischia di perdere in coesione e di frammentarsi<sup>32</sup>; dall'altro, l'accresciuto bisogno di risorse, spingendo ad incrementare il prelievo fiscale, rischia, invece, di falciadiare il consenso di quanti sono chiamati a sopportarne il peso<sup>33</sup>.

Ma il conflitto per questo non cessa.

Le basi materiali, che durante l'ascesa del *Welfare State*, ne avevano sostenuto l'espansione erano rette da due pilastri, le sovranità nazionali e il vincolo territoriale del sistema delle imprese.

La sovranità nazionale rendeva i parlamenti, seppur entro i limiti fissati dalle costituzioni, arbitri della legge, consentiva a questa di operare redistribuzioni della ricchezza e, dunque, istituiva le condizioni perché il conflitto, prendendo forma politica, si desse come conflitto redistributivo, come conflitto per il diritto.

Il vincolo della produzione al territorio, a sua volta, subordinava il sistema delle imprese alle sovranità nazionali e impediva ad esso di sottrarsi alle politiche redistributive che nelle leggi venivano prendendo corpo.

Lo smantellamento di questi due pilastri segna le sorti del conflitto e il destino del *Welfare State*.

Le sovranità nazionali, progressivamente, si congedano dai parlamenti, si spostano nelle sovranazionali sedi comunitarie e si sottraggono così al conflitto politico ed alle pretese redistributive che negli ambiti nazionali allignavano<sup>34</sup>.

La globalizzazione dell'economia aggiunge l'ultimo tassello: la libertà di spostare altrove le produzioni ribalta il vincolo di un tempo, espone la massa degli occupati alla minaccia di perdere l'impiego, fiacca le resistenze sindacali e muta, alla fine, le forme del lavoro e la sua remunerazione.

Così a poco a poco, ma inesorabilmente, la legislazione redistributiva è costretta a regredire e, addirittura, viene cancellata nelle sue parti più altamente simboliche<sup>35</sup>.

Ma tutto questo non sarebbe potuto accadere o, più realisticamente, non sarebbe accaduto così, se dagli ultimi decenni del secolo scorso non avesse preso a mutare nell'immaginario sociale l'orizzonte che aveva introdotto ed aveva sostenuto questa fase del conflitto. L'eguaglianza e la solidarietà, che avevano dato forma sociale e politica al *Welfare* e ne avevano segnato le strutture giuridiche, cedono il passo a quello che ben presto vien detto il *pensiero unico* e che, in realtà, non è molto di più dei vecchi canoni liberisti, arricchiti (ed estremizzati) dalla mai sopita polemica antistatalistica che attraversa il Novecento.

Ma quel che lo rende vincente è l'orizzonte che, nell'immaginario sociale, riesce a dischiudere: la libertà come *chance* data a tutti di arricchirsi, la ristagnante

32 Molti consensi non sono un consenso compatto, quando chi consente lo fa *partitamente*, e cioè perdendo la percezione che il proprio beneficio si tiene con i diversi benefici degli altri.

33 Al quale rischio si cerca di sfuggire accrescendo il debito pubblico, e cioè emettendo cambiali su futuro che, però, rendendo sostenibile la spesa dell'oggi, non mettono a repentaglio il consenso.

34 Lo "spazio costituzionale" diviene così problematico (G. Barcellona).

35 Di per loro spesso ormai marginali, come scalpi vengono collezionate a testimoniare la vittoria e ad intimidire il "nemico".

sicurezza come prezzo da pagare ad una prospettiva generalizzata di consumo e opulenza, un mondo di opportunità che, liberato dai “lacci e laccioli” della solidarietà, permette ad ognuno di immaginare l’ascesa ai più alti gradini della gerarchia sociale<sup>36</sup>.

A farne le spese è, innanzitutto, il sistema politico<sup>37</sup>, nel quale aveva preso forma il conflitto. La formazione di queste nuove indisponibilità, che vengono dai Trattati e dalle determinazioni degli organismi comunitari, assottigliano vieppiù i margini delle manovre redistributive, svuotano progressivamente di molto del loro senso i dibattiti parlamentari (nel migliore dei casi deviandoli su apprezzabili obiettivi “civili” senza costi) e finiscono per travolgere la stessa identità delle forze che in essi si confrontavano: il “pensiero unico”, che prima era solo parte del conflitto, si muta, ora, in pensiero condiviso, fianco da quelli che prima ne erano stati i principali antagonisti. E così, via via che si appropinqua alla mera amministrazione (se non altro, in quello che una volta era il campo principale del conflitto), la politica rischia di non sfuggire alla sorte dei condomini, rissosi e vituperati.

Ma quel che qui interessa soprattutto è come tutto questo opera sul conflitto e, ancor di più, come si riflette sul diritto.

Quella fase della Modernità, che, nel primo Novecento, aveva inaugurato l’intervento autoritario dello Stato nelle relazioni economiche e che, nella seconda metà del secolo, aveva mostrato il suo volto splendente nella (tutto sommato breve) età del *Welfare*, si era sviluppata secondo il dispositivo sistemico della sotto-differenziazione del sistema giuridico, con cui il conflitto è reso trattabile per via di distinzioni ed aggiunzioni.

Ciò cui dà luogo il declino del *Welfare State* è una massiccia regressione della produzione legislativa che lo aveva caratterizzato. Una nuova strategia sistemica è messa all’opera, la quale si compie, ora, principalmente attraverso riduzioni e abbreviazioni: la complessità, o – se si vuole – il conflitto, viene fronteggiato per via di *semplificazione* (ad es., la disciplina del lavoro, ripercorrendo all’indietro la strada compiuta nel Novecento, torna ad appropinquarsi alla disciplina generale del contratto “tra eguali”, ecc.).

Ma questa *strategia di semplificazione* (della complessità sociale e) del diritto sembra, addirittura, volersi spingere oltre l’assetto da cui era partita la sua complicazione redistributiva, tanto sul versante privato che su quello pubblico.

Sul versante privato, ciò che sembra sempre più essere messo in discussione è la razionalità mercantile come era stata sancita nelle codificazioni dell’ottocento:

36 D’altronde, è anche vero che la sicurezza, che con il *Welfare* sembrava ormai conquistata, e l’accesso dei “figli della classe operaia” ai livelli più alti dell’istruzione postulavano un nuovo traguardo, che, non potendo questa volta essere collettivamente garantito, poteva sembrare accessibile attraverso la competizione individuale.

37 Che, secondo una logica tipicamente ricorsiva, è, allo stesso tempo, causa e vittima di questo processo: ad es., i trattati, che a questo processo hanno dato inizio, sono stati, più o meno “spontaneamente”, sottoscritti dalle forze politiche nazionali, ma sono anche l’origine della loro crisi, e più le loro debolezze le hanno spinte a cercare sostegno e alibi sovranazionali in cambio di cessioni di sovranità più la loro crisi si è venuta accrescendo.

i limiti dell'interesse generale, dell'ordine pubblico e della causa negoziale, che conformavano l'autonomia privata, ne garantivano il dispiegamento entro il campo degli "interessi particolari" e la subordinavano alla primazia della logica dello scambio, nelle proposte di diritto europeo dei contratti e nella legislazione, soprattutto finanziaria, tendono a sparire o a dissolversi in amministrazioni giudiziali delle controversie che, spesso, conservano il "torto" e, al più, lo compensano col denaro. Mentre ovunque, nel diritto privato, la "matrice" economica – giusto o sbagliato che sia – sembra prendere sempre più il sopravvento. Il diritto privato "a venire" sembra, quasi, prospettare un orizzonte, dove ci si può appropriare del denaro (altrui) senza scambio<sup>38</sup> e col denaro (proprio) si può comprare (o pagare) ogni cosa.

Ma è sul versante pubblico, che sembra debbano registrarsi le modificazioni più profonde. La politica, quella che ha sede nei parlamenti nazionali, appare sempre più l'agnello sacrificale di questa nuova fase. Divorziata dalla sovranità e ridotta ad amministrare le briciole della redistribuzione, esposta alle affettate ingiunzioni degli organismi comunitari e vulnerabile alle sanzioni delle corti soprannazionali, la sua crisi è ormai patente: essa non sembra più in grado di dar voce ad alcun reale conflitto (che abbia a che fare con le relazioni economiche) e rimane soggetta all'assalto di professionismi e carrierismi, di opportunismi e trasformismi, e financo al ludibrio degli elettori<sup>39</sup>.

La crisi (se ancora così si può chiamare) della politica (*rectius*: dei sistemi politici) infligge, però, un *vulnus* gravissimo alla democrazia. Quando il *demos* non può più decidere sul proprio modo di esistere, quando le sue istituzioni gli appaiono sotto tutela, la democrazia entra in crisi nella sostanza e nella forma. Nella sostanza, perché, costituendo la democrazia la forma che la Modernità si è data per decidere, ove il *decidendum* si assottigli, il senso della democrazia, nell'immaginario sociale, si assottiglia in pari misura. E nella forma, e perché la struttura gerarchica (magari non nella forma, ma certamente nella sostanziale struttura di decisione e di comando) dell'Unione esclude la discutibilità delle decisioni comunitarie e ne richiede, piuttosto, solo l'implementazione puntuale e tempestiva e perché l'assedio al sistema politico lo spinge inevitabilmente a immunizzarsi, via via, dalle sempre più incontrollabili scalate delle ambizioni personali, dei poteri locali, di quanti, spesso opportunisticamente, danno voce alle paure e alle insofferenze e dai sempre più spaesati orientamenti dei cittadini. Cosicché la strategia della semplificazione produce, sul versante delle istituzioni pubbliche, lo sfortimento degli istituti di bilanciamento e controllo, la rarefazione dei tavoli della concertazione, il controllo centralistico del reclutamento elettorale<sup>40</sup>, la concentrazione nell'esecutivo del potere di comando, e, più in generale, un progressivo allontanamento dall'originario

38 Si pensi al mondo della nuova finanza, all'esplosione dei derivati creditizi, 12 volte il PIL mondiale, ed alla circolazione espropriativa che così si mette in opera.

39 Spesso non senza molte, anzi moltissime, sue colpe.

40 E l'enorme potere di pressione – per così dire – (ma – varrebbe meglio dire – di disciplinamento) che, di conseguenza, chi sceglie gli eligendi conserva sugli eletti e sulle loro speranze di rielezione.

modello democratico<sup>41</sup>: una democrazia minore, controllata da pochi e senza l'entusiasmo dei più, sembra prenotare il domani.

Ma tutto questo non significa che il conflitto sia cessato o che – come anche si era immaginato – la (sua) storia sia finita. Significa, piuttosto, che il conflitto stenta ormai a trovar sede nelle istituzioni, esce dal diritto e si acconcia ad operare nell'indistinto sociale, ad agitare l'ambiente dei sistemi.

Il fronte della redistribuzione non ha più voce, forte e reale, nei parlamenti, e quando prova a prenderla si ritrova, alla fine, solo umiliato. Un apparato, normativo e politico, sovrasta ormai le sovranità nazionali, fa apparire velleitari i tentativi di sottrarvisi e produce il duplice effetto di allontanare i cittadini dal voto e di far prevalere in quanti continuano ad esercitarlo l'animo di evitare il peggio e la scelta di chi appare più in grado di spuntare benevole concessioni.

Il conflitto sembra, ormai, un arnese del passato.

Tutto questo viene, spesso, salutato come un progresso: l'età degli antagonismi, il terribile Novecento, è ormai alle spalle e il *demos* finalmente si acconcia a collaborare: ciascuno al suo posto, a remare per far avanzare la barca nazionale nelle procelle della competizione mondiale.

E tuttavia non si può negare che le ragioni del conflitto permangono tutte, ed anzi sembrano essersi accresciute: i dati dicono che le disegualianze nella distribuzione della ricchezza sono ormai spropositate, che la povertà giornalmente si estende e prende a mordere le fasce più esposte dei ceti medi di un tempo, che l'ascensore sociale si è quasi fermato, che le nuove generazioni non potranno mai ambire a lavori stabili e a trattamenti pensionistici soddisfacenti, ecc.

Per lo più si assume che la crescita mondiale possa sovvertire questo non molto consolante scenario futuro<sup>42</sup>. Questo, però, è auspicabile, ma non sembra molto realistico.

È ormai scontato che le crisi si superino solo attraverso immissioni di tecnologia nei processi produttivi, e quindi bruciando occupazione. Disoccupazione, precarizzazione e sotto-remunerazione deprimono la domanda e mettono in crisi i mercati interni. Le economie orientali si accingono a oltrepassare la fase delle produzioni povere, con l'effetto, alla fine, di contrarre le importazioni occidentali e di produrre offerta aggiuntiva (questa volta anche di prodotti tecnologicamente avanzati) sui mercati mondiali, che minaccia l'occupazione occidentale. Restano ancora, nel mondo, enormi fasce di sotto-consumo (anzi di fame), ma è verosimile pensare che per poter consumare quelle popolazioni dovranno pur disporre di quel tanto necessario a pagare il loro consumo, e perciò dovranno,

41 Anche se va detto che molti di questi istituti, tavoli, ecc. apparivano ormai burocratizzati, risultavano spesso paralizzanti, e comunque – ed è quel che più conta – mostravano livelli crescenti di autoreferenzialità.

42 E a partire da essa, e da contingenti miglioramenti dei consumi e dell'occupazione, si prende a produrre un racconto euforico, la cui efficacia tattica giova solo ad oscurare le deficienze strategiche, e cioè quel che, *alla lunga*, può riscattare una generazione presente, la quale, per larghe fasce e/o zone, rischia di rimanere bruciata, e può dare prospettiva alle generazioni future.

alla fine, produrre qualcosa e così incrementare, a loro volta, l'offerta mondiale di merci.

In un modo o nell'altro le cose, alla fine, andranno a posto: nuovi equilibri globali, certo, si produrranno. Ma non sembra facile immaginare che questi equilibri globali non continueranno a reggersi su squilibri interni che continueranno a produrre conflitto.

Soprattutto, sembra prematuro pensare che già oggi, nell'Occidente, il conflitto si sia estinto o, più plausibilmente, che sia entrato in una fase di lunga latenza.

Una lunga latenza del conflitto suppone una elevata remissività sociale o la rassegnazione ad un limite socialmente percepito come insormontabile: né sull'una, né sull'altra di queste condizioni sembra, però, si possa, allo stato, far troppo conto.

Nuove aggregazioni sono entrate sulla scena politica, le quali, talvolta, si sviluppano intorno a spinte regressive e, talaltra, centrano, invece, solo epifenomeni<sup>43</sup> della crisi<sup>44</sup>: volte all'indietro o esaurite nell'oggi, rimangono ancora senza nomi, senza identità, e perciò incapaci di produrre le parole di nuovi progetti. Esse, perciò, non si può dire, realisticamente, diano nuova voce ad un'istanza schiettamente redistributiva. Anzi testimoniano che il conflitto *in quanto tale* è, in atto, fuori dalle istituzioni, non parla il linguaggio suo proprio nelle aule parlamentari e non prende corpo in un progetto normativo. Ma, al tempo stesso, sembrano anche confermare che, fuori, esso è all'opera e che, tuttavia, è ancora alla ricerca delle parole con cui ridefinirsi.

Esistono, tuttora, rilevanti sacche di spesa pubblica che potrebbero prendere vie redistributive ben più virtuose e virtualità fiscali tralasciate che potrebbero permettere l'alleggerimento del prelievo generalizzato.

Prima o dopo, l'Unione si ritroverà di fronte all'alternativa tra cedere indietro parti delle sovranità nazionali avocate o correre il rischio dell'implosione<sup>45</sup>.

E prima o dopo, le sovranità nazionali dovranno, in qualche modo, riflettere sulla opportunità/necessità di riperequare le diseguaglianze.

Si potrebbe dare, perciò, un agenda in grado di riattivare il conflitto, di trasmetterlo alla politica e di riportarlo dentro le istituzioni.

Una tale agenda richiederebbe un personale politico del tutto nuovo, non rituale ma intimamente convinto, non "realistico" ma strategico, non autoreferenziale ma

43 Ma fino ad un certo punto: ad es., l'insofferenza verso un personale politico autoreferenziale, insincero e, a volte, vorace sembra parte non proprio secondaria della crisi della politica, e dunque del suo passo indietro rispetto all'economia.

44 Senza contare la massa crescente dell'astensionismo e l'incognita di quel che rappresenta un suo eventuale ritorno al voto.

45 Non dovrebbe essere difficile, infatti, capire che la semplice democratizzazione delle strutture dell'Unione non è affatto sufficiente: la democratizzazione delle istituzioni comunitarie (cheché ne pensi J. Habermas) lascia pur sempre una distanza, almeno allo stato, incolmabile tra *demos* e istituzioni e, perciò, ha senso (anzi ne ha molto) solo in quanto riattivi le sovranità nazionali dove continua ad aver sede la sovranità popolare, e quindi la democrazia. Almeno finché non si daranno le condizioni perché un conflitto redistributivo a livello europeo non sia percepito, nell'immaginario sociale europeo, non più come conflitto tra "greci e tedeschi", bensì come conflitto tra "abbienti e non/meno abbienti" di una medesima *polis*.

disposto a scommettersi, e soprattutto con una estrazione ed una legittimazione che non lo lascino impigliato nei luoghi del potere (di chi ha), del privilegio, della ripartizione e dello scambio. E questo, a sua volta, richiederebbe che si producano processi e luoghi ove una tale selezione possa avvenire e una tale legittimazione possa prodursi.

Ma nessuna di queste condizioni sembra possa darsi senza che il conflitto esca dalla sua provvisoria latenza e si trascenda in un nuovo orizzonte.

Se l'analisi, che fin qui si è fatta, ha un senso, esso sta in ciò, che il conflitto non si dà che entro una forma che parla alla *polis* intera, che per parlare alla *polis* questa forma deve prendere il linguaggio di una "misura" che ri-comprende il modo in cui gli uomini si concepiscono e concepiscono le relazioni tra loro, che questa "misura" prenda ad essere percepita, nell'immaginario sociale, come un nuovo orizzonte e che questo orizzonte giunga ad inaugurare un nuova fase della società.

Quando e come questo avvenga non sembra scritto, però, da nessuna parte<sup>46</sup>.

46 Queste considerazioni riprendono e portano all'oggi riflessioni già sviluppate in *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1997 e *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006, ai quali si rimanda per i riferimenti bibliografici essenziali e, soprattutto, per i molti, e decisivi, debiti contratti.