

Bruno Montanari*

Dall'uso alternativo del diritto al diritto "alternativo"

Introducendo il presente convegno, dedicato alla figura di Pietro Barcellona, desidero ricordare alcuni colleghi che hanno segnato la mia vita accademica (e non solo "accademica") nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

In primo luogo, proprio Pietro, cui appunto questo convegno è dedicato, con il quale ho condiviso, durante gli ultimi suoi anni, la cattedra di Filosofia del diritto. Anni a volte anche "impegnativi" (diciamo così), ma attraversati da una verace stima reciproca e da un affetto autentico, i quali restano per me consolidati nell'ultima telefonata che ci scambiammo alla vigilia di un incontro organizzato a Siracusa, dai colleghi civilisti e privatisti dell'Università di Messina, al quale eravamo stati invitati entrambi: "sostituiscimi tu, mi disse, nella tavola rotonda che dovrei dirigere, perché siamo intellettualmente consonanti; abbiamo la medesima visione delle questioni in gioco!" Fu l'ultima volta che ne sentii la voce.

Con Enzo Zappalà ho condiviso la conduzione della Facoltà; Enzo, in qualità di Preside, ed io, come Direttore del Seminario Giuridico. Un lavoro comune, durato anni, destinato alla valorizzazione della Facoltà; anni di dialoghi intensi, anni nei quali ci siamo conosciuti a fondo, anni nei quali è maturata una amicizia sincera e profonda. Lo vidi a Ragalna nel maggio del '23 e gli raccontai del Convegno che avevo programmato (insieme a Mario Barcellona) di lì a qualche mese (novembre) e prendemmo appuntamento per settembre. Non arrivai in tempo.

Voglio infine ricordare Cristoforo Cosentini e Luigi Arcidiacono: due presidi. Il primo mi accolse al mio arrivo in Facoltà, nel lontano novembre del 1986 con fare paterno; ricordo che regalò una finanziaria di pasticcini locali a mio figlio Andrea, allora bambino, quando andammo a trovarlo ad Acireale. Il secondo, con il quale ho sempre mantenuto un rapporto schietto e di reciproca comprensione, soprattutto riguardo alle difficoltà organizzative della vita accademica che talora si sono prospettate. Un uomo pieno di garbo e di stile; anche con lui il rapporto andò oltre la mera colleganza accademica.

Dopo la memoria, il presente. Questo incontro non avrebbe potuto essere realizzato senza la grande attenzione e generosità del Rettore dell'Università di Catania, Francesco Priolo, del Direttore del Dipartimento Giuridico, Salvatore Zappalà e del

* bruno.montanari@unicatt.it, Professore di Filosofia del diritto, ha insegnato nell'Università di Bari, Catania e Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Presidente della Associazione “I Diplomatici” Claudio Corbino. Non posso tralasciare di ringraziare, per la loro preziosa, perché indispensabile, collaborazione, Delia La Rocca, Anna Maria Maugeri, Marisa Meli, Alberto Andronico. Infine, intendo sottolineare la preziosa opera di revisione editoriale svolta da Nicola Dimitri, giovane studioso presso la cattedra di Filosofia del Diritto dell’Università di Messina, in virtù della quale la Mimesis edizioni ha potuto disporre dei testi già pronti per la stampa.

1. Alcune premesse

Innanzitutto, intendo dare spiegazione del titolo che ho dato a questo mio intervento introduttivo, che è in parte diverso dal titolo ufficiale del Convegno. Ho sostituito, infatti, la formula “diritto *vivente*”, che ormai è divenuta di uso corrente, con quella che a me è sempre parsa capace di cogliere il clima culturale del tempo che viviamo: “diritto *alternativo*” e che ho spiegato in un testo scritto da me e da Mario Barcellona, edito da Castelveccchi, sempre nel 2023, con il titolo *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*.

La spiegazione è sintetizzata appunto nel sottotitolo: il diritto al tempo di quello che ho definito più volte il *post-pensiero*. Qui aggiungo una ulteriore notazione, la quale accompagnerà sottotraccia questa mia attuale introduzione. In questo tempo, che ho qualificato del *post-pensiero*, esiste ancora un diritto? Interrogativo lecito dal momento che il diritto, nel suo concetto e nella sua elaborazione scientifica, è frutto di un “pensiero” congetturale, logico e sistematico, quale è stato quello che in vario modo ne ha attraversato la storia e che ha trovato compimento nella modernità europeo-continentale con la “scienza della legislazione”, prima, con la “scienza del diritto” incarnata dalla Scuola Storica tedesca, poi, e, infine, dalla “Teoria generale” e dalla “dogmatica”. Attualmente, invece, ciò che appare dominante è un sedicente “diritto” che altro non è che la formalizzazione normativa di una negoziazione di equilibri tra poteri di puro fatto; fattualità, rispetto alla quale il concetto di “legittimazione” funzionale è del tutto irrilevante. Ricostruire questo percorso che attraversa il ’900 e i primi venti anni del secolo successivo è il compito che mi sono dato in questa mia introduzione.

2. Per cominciare

Prendo le mosse da una felice espressione che ho trovato in uno scritto di Enrico Scoditti (Consigliere della Corte di Cassazione), dal titolo significativo *Questioni di diritto e filosofia*¹, destinato alla presentazione del libro di Robert Alexy *Concetto e validità del diritto*, nella nuova edizione italiana di Carocci, curata da Mario Ricciardi e Vito Velluzzi. In quel testo Scoditti scrive che occorre riformulare l’e-

1 Il riferimento originario è: E. Scoditti, “La pretesa di giustizia nel diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi”, in *Questione Giustizia*, 1, 2021.

spressione "filosofia del diritto" in "filosofia *nel* diritto"; espressione per me assai attraente in quanto familiare, poiché coincide con la formazione che ho ricevuto da Sergio Cotta: quella di leggere il diritto con gli *occhiali della filosofia teoretica*.

A conforto di tale intento mi viene incontro anche il titolo di un recente e impegnativo testo di Giorgio Agamben dal titolo *Filosofia prima filosofia ultima*², nel quale l'autore, ragionando attorno alle tre grandi aree del pensiero medioevale – Fisica, Matematica e Filosofia – mette in luce come la filosofia abbia costituito il fondamento degli altri due settori della conoscenza o in quanto alla origine o in quanto alla fine: o a partire da... o per arrivare a...

Seguendo questi due "viatici", intendo ora proporvi qualche riflessione.

Comincio da una lettura che costituisce il punto di partenza e di arrivo di questa mia presentazione.

L'autore del testo è un illustre professore del diritto civile, Nicolò Lipari, ed il titolo ne rappresenta compiutamente il contenuto: *Il diritto civile tra passato e futuro*³.

Scrivo Lipari:

Se una persona della mia generazione ripercorre a ritroso la propria esperienza di studio del diritto civile, constata il radicale sovvertimento, rispetto ai modelli che le sono stati insegnati, di qualsiasi paradigma classificatorio volto a definire l'oggetto o le modalità di svolgimento di un'analisi che tuttora intende caratterizzarsi in chiave di scienza. Ove si voglia oggi guardare al futuro del diritto civile, offrendo alle nuove generazioni qualche opportuno suggerimento per le sfide del domani, è possibile farlo solo liberandosi delle sedimentazioni culturali, delle categorie dogmatiche, dai modelli classificatori dei modelli sui quali siamo stati formati e dei quali abbiamo fatto raffinato esercizio.

Lipari, dopo aver sottolineato che un tale radicale mutamento non riguarda solo il diritto civile, ma la scienza del diritto in generale, prosegue:

Siamo chiamati a spostare l'asse dell'analisi da una entità linguistica individuabile secondo paradigmi lessicali ad una prassi sempre mutevole, entro la quale siamo, lo si voglia o no, necessariamente implicati. Ciò evidentemente incide sullo stesso procedimento argomentativo [...]. *Né si dica che in tal modo si finisce per determinare una sorta di collisione tra certezza e ragionevolezza perché il diritto, come regola dei rapporti intersoggettivi concretamente vissuti, deve essere 'accettabile' ed esso è tale non solo se è certo, ma anche se è ragionevole [...]*. In questa chiave è stato giustamente detto che la certezza della razionalità procedurale diviene certezza della ragionevolezza decisionale [...]. Ai civilisti della nuova generazione si aprono dunque prospettive nuove [...] dovranno abituarsi non a proporre soluzioni in funzione di presupposti normativamente definiti, ma ad indicare prospettive, linee evolutive, che sarà inevitabile percorrere [...] ripensando in radice il principio di legalità⁴.

2 G. Agamben, *Filosofia prima filosofia ultima. Il sapere dell'Occidente fra metafisica e scienze*, Einaudi, Torino, 2023.

3 N. Lipari, "Il diritto civile tra passato e futuro", *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2021, pp. 317-347. Quando scrivevo queste righe Nicolò Lipari non ci aveva ancora lasciato.

4 Ivi, pp. 332-333.

Alle parole di Lipari aggiungo quelle di un altro illustre giurista: Pietro Perlingieri, il quale in un suo testo-intervista, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, dopo aver sottolineato la forza immediatamente direttiva dei principi costituzionali soprattutto nel campo della giustizia economica, pone un interrogativo che a me pare consapevole del tempo culturale che stiamo vivendo: “[il superprincipio costituzionale] rischia di rimanere una enunciazione astratta in assenza di una classe di operatori del diritto adeguatamente alfabetizzati in tale direzione, disposti ad abbandonare categorie concettuali inadeguate – perché ispirate a valori diversi – e capaci ad un tempo di proporre in discontinuità una dogmatica giuridica ispirata alla legalità costituzionale”⁵. Perlingieri segue una strada nella quale il processo di concettualizzazione dogmatica non deve arrestarsi, ma l’interrogativo sulla adeguata alfabetizzazione delle attuali generazioni di giuristi non va sottovalutata, sicché appare poi coerente la seguente considerazione, che rinvia al primato, suggerito da una logica pragmatica, degli effetti: “gli effetti – piuttosto che configurarsi come conseguenze automatiche della qualificazione – si consolidano soltanto se sono ragionevoli e adeguati”⁶. Una mia postilla: gli “effetti”, per ragioni logico-semantiche, sono sempre e soltanto conseguenze di “cause”; se così non fosse, si tratterebbe, sempre per ragioni logico-semantiche, di meri “accadimenti”. Se si intende mantenere il termine “effetti”, allora occorre adeguare il paradigma logico, nel senso che la “causa” esiste ma è irrilevante, in quanto coincide con *il potere della decisione puntuale e pragmatica*.

3. Dal “pos moderno” al post-pensiero

Ecco la mia ipotesi interpretativa della mutazione di cui scrivono Lipari e, in parte con una qualche nostalgia per la forza della concettualizzazione, Perlingieri.

I giuristi, riprendendo una espressione di Paolo Grossi, sogliono definire il tempo attuale come “pos moderno”.

Non credo, però, che l’attuale condizione culturale ed intellettuale consenta ancora una tale definizione; e mi spiego.

Il pos moderno, infatti, ha segnato una stagione culturale nella quale il pensiero ha portato a compimento dissacrazione e dissoluzione in quella visione del mondo che la Ragione aveva allestito tra ’700 e ’800. La gran parte del ’900, nella sua esplicazione post-metafisica e post-sistemica, ne ha allestito la strada. Per fare solo un esempio, basti pensare alla torsione della teoresi intorno alla “verità” in quella della “utilità” propugnata da Jean-François Lyotard ne *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*⁷. Ma ancora prima, il pensiero novecentesco ha introdotto e costruito la post-modernità usando le medesime categorie filosofiche della modernità: Nietzsche non avrebbe mai potuto dissacrare Hegel senza la categoria

5 P. Perlingieri, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, ESI, Napoli, 2021, pp. 19 – 20.

6 Ivi, pp. 33-52. In particolare, la cit. è a p. 42.

7 J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 2014.

teoretica della "storia" hegeliana. O l'esistenzialismo non avrebbe potuto *ripensare la soggettività stessa* senza la "postilla" kierkegaardiana. E Kierkegaard stesso non vi sarebbe stato senza Hegel. E questo è stato solo l'inizio. Come potevano affermarsi una filosofia empiristica e linguistica senza mettere in radicale discussione la tradizione ontologico-metafisica? Come si sarebbero potuti affermare, in quel fatidico 1923 (e subito appresso vedremo perché "fatidico"), il Circolo di Vienna e il neo positivismo logico di Carnap, Schlick e Neurath; e, ancora, il primato del linguaggio in Wittgenstein o la falsificabilità in Popper e così via? Né avrebbero potuto esservi pensatori come Husserl e Heidegger e, più vicini a noi, Habermas e Apel senza Kant. E senza Kant non vi sarebbe stato neppure il corso invernale 1920-'21, tenuto da Ernst Cassirer presso l'Università di Amburgo, intorno ad una questione allora impellente e di rilievo epocale. Si trattava, infatti, della riflessione filosofica originata dalla teoria della relatività generale di Einstein.

E non vi sarebbe stata neppure la decostruzione della soggettività, strutturata dalla modernità razionalistica, da parte di Derrida e Foucault (sia pure un modo diverso).

In definitiva, la post-modernità, pur con la "liquidità" dei suoi concetti (Vattimo) e delle sue visioni umane, è stata, però, un "pensiero", cioè un apparato di ragionamenti capace di produrre una rappresentazione del mondo, intorno alla quale l'uomo era portato a riflettere e discutere.

E per venire all'"uso alternativo del diritto" (tema sul quale tornerò a conclusione di queste pagine), come sarebbe stato concepibile se la dialettica hegeliana non avesse costituito il fondamento del materialismo storico marxiano. E ancora, come si sarebbe affermato, sul piano teorico, il primato del prassismo, che dette vita alla tesi della "supplenza sindacale" degli anni '70 e lo Statuto dei lavoratori, senza il concetto di alienazione di Lukacs?

La questione, allora, per me decisiva, è ricostruire le linee di quella parte del '900, che va distinto dal pos moderno (o "neo moderno" come lo definiva Cotta) e che intraprende la strada che ha condotto il suo decennio finale e l'attuale secolo verso quello che ho definito il "post-pensiero".

Un tale passaggio, per essere *radicalmente anti-metafisico* (come era nell'intento di quella temperie culturale che si afferma a cavallo tra '800 e '900), deve giungere a dichiarare *puramente congetturale* e dunque *epistemologicamente indebito* il "nesso di causalità", lasciando il primato al *momento osservativo*, che porta con sé il primato della *a-temporalità* della situazione di equilibrio. L'equilibrio, infatti, è quello stato che di momento in momento è osservabile.

In questo senso può dirsi che la contemporaneità *non* è un pensiero, poiché sono venute meno le condizioni per le quali la mente umana possa "pensare". Mi spiego.

Il pensare, del quale il ragionare è la sua dimensione articolata in rappresentazioni ideali e concettuali espresse dal linguaggio, sia alfabetico che iconico, implica come premessa strutturante quella costituita dalla categoria della "temporalità". Il pensare consiste in una successione seriale di attività mentali, originate dalla esperienza materiale dell'incontro dell'uomo con il mondo. Il conoscere, che ne è un possibile esito, è poi la traduzione elaborata dall'attività della ragione dell'incontro con il mondo in rappresentazioni concettuali.

L'inizio è proprio in quella data che ho definito "fatidica" il 1923, quella in cui Werner Heisenberg chiuse la fisica classica e dette inizio alla epistemologia quantistica: "[...] la teoria descrive solo osservazioni e non quello che succede tra una osservazione e l'altra. [e si deve aggiungere l'idea] che la teoria predica solo la probabilità di osservare una cosa o l'altra": "solo osservazioni" e non quello che succede tra una osservazione e l'altra.

Bastano alcune righe di quel classico che è *La nuova alleanza*, di Isabelle Stengers e Ilya Prigogine⁸, per illuminare il peso teoretico della frattura contenuta nel passaggio epistemologico ora accennato.

"La scienza attuale non è più questa scienza 'classica'. La speranza di unificare tutti i processi naturali assoggettandoli ad un piccolo numero di leggi 'eterne' è fallita. Le scienze dalla natura ci descrivono un Universo frammentato [...] Abbiamo scoperto che il dialogo non significa più ricognizione disincantata di un deserto lunare dall'esterno, ma l'esplorazione attiva di una natura complessa e multiforme [...]. Il nostro libro tratta di questa metamorfosi concettuale della scienza [...]. Il concetto centrale di questo libro è il problema del tempo e delle sue relazioni con la complessità"⁹.

E più avanti, a proposito della distanza descrittiva tra soggetto-oggetto, che fonda l'idea di "legge", in quanto 'universalizzabilità' della conoscenza: "[In questo libro] ci accontentiamo di osservare che le leggi di Newton non supponevano invece che l'osservatore fosse un essere fisico; l'oggettività era, appunto, definita come assenza di riferimento all'osservatore come descrizione dell'oggetto. [al contrario] Questa fisica [quella che dà vita alla "Nuova alleanza", definita *fisica umana*] è soggetta a costrizioni intrinseche che ci identificano come parte del mondo fisico che stiamo descrivendo"¹⁰.

Questo è un passaggio epistemologico decisivo, poiché mette in luce come l'osservazione provenga da un soggetto *immerso* nel medesimo mondo fisico dell'oggetto osservato. Tale non-distanza tra soggetto e oggetto è ciò che determina l'assoluta *putisticità* e *a-temporalità* del dato osservato. Conseguenza: "Possiamo prevedere soltanto probabilità, non singoli eventi. Questo fu inaccettabile per chi – e tra gli altri Einstein – voleva arrivare ad una descrizione deterministica 'completa'¹¹.

Viene meno così il nesso di causalità o, meglio, diventa irrilevante (che si traduce in quel primato degli effetti di cui parlano Lipari e Perlingieri) e si afferma il principio della *a-temporalità* propria del momento osservativo.

Si determina così quel mutamento del paradigma epistemologico di fondo rappresentato dal passaggio nelle scienze sociali della fisica quantistica secondo il quale il *momento osservativo* diviene l'origine del processo conoscitivo, che resta tuttavia probabilistico, proprio perché si è ormai fuori del paradigma causalistico.

8 I. Stengers, I. Prigogine, *La Nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* [1991], Einaudi, Torino, 1999.

9 Ivi, pp. 11 – 12 *passim*.

10 Ivi, p. 218.

11 Ivi, p. 219.

Soprattutto, il primato assoluto dell'“osservativo” si collega ad una dimensione a-temporale, tipica dell'“osservatività” come *impatto*; mentre il processo causalistico, che innerva il formarsi di un pensiero, implica una dimensione temporale. Da qui trae origine il paradigma del post-pensiero. Vediamo meglio quest'ultimo passaggio.

Pensare, come premessa del conoscere, e la connessa espressione linguistica, corrispondono a specifiche attività cerebrali, come spiega Lamberto Maffei in un suo libro di qualche anno fa (*Elogio della lentezza*), nelle quali sono impegnate le aree di Broca e Wernicke, la prima legata alla formazione del pensiero, la seconda alla comprensione del linguaggio. Queste attività cerebrali hanno come determinante e, direi, strutturante per le loro operazioni, il fattore “tempo”.

Questo è il punto-chiave. È su questa proprietà, infatti, della parte sinistra del nostro cervello che si determina una diversità di risposta cerebrale che mette in forma un modo diverso di agire della persona. Si tratta della diversità tra gli effetti prodottisi a partire da eventi ricevuti in successione temporale, come avviene per la comunicazione linguistica, ed effetti derivati da stimoli visivi.

“La vera rivoluzione evolutiva nel lobo sinistro – scrive Maffei – non riguarda solo il linguaggio ma anche i meccanismi nervosi che generano le stringhe di eventi legati tra loro nel tempo in maniera tale che, nella maggior parte dei casi, solo la stringa assume significato. Per questa ragione propongo di chiamare l'emisfero linguistico ‘emisfero del tempo’. Le stringhe di eventi legati tra loro sono la base del ragionamento, e contrastano ad esempio con la comunicazione visiva, dove gli eventi nervosi concernenti un'immagine non sono in serie ma in parallelo, in quanto sono trasmessi contemporaneamente, tutti insieme. Si potrebbe dire che la comunicazione visiva, al contrario di quella linguistica, è atemporale”¹².

Il fattore “tempo”, dunque, non è solo un'idea della mente, ma appartiene allo stesso strutturarsi e svilupparsi della funzione cerebrale; la conseguenza è decisiva per il comportamento umano prodotto dalla forma dei modelli comunicativi e dalla loro frequenza e prevalenza nell'ambito dell'agire sociale. Se al modello *linguistico* si sostituisce, in modo prevalente e direi abitudinario, quello *visivo*, si avrà una sorta di riformattazione del cervello, il quale, come quello di qualsiasi altro muscolo, modifica lo sviluppo delle sue parti, rafforzando quelle più impegnate e riducendo le potenzialità di quelle meno impegnate.

4. Dalla epistemologia quantistica al funzionalismo luhmanniano

Il venire meno del *nesso di causalità* produce nelle scienze sociali il venire meno della qualificazione categoriale dei fatti, poiché la “atemporalità” empirica del momento osservativo sostituisce alla radice la “temporalità” della funzione congetturale. In particolare, poiché la qualificazione propria delle categorie dogmatiche è l'analogo giuridico dalla causalità, prende corpo quel contesto che fa saltare le

12 L. Maffei, *Elogio della lentezza*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp.54-55.

categorie cosiddette dogmatiche e concretizza il *primato degli effetti*. Il passaggio è rappresentato dal funzionalismo luhmanniano, nel quale l'idea di "complessità" sostituisce quella classica di "sistema" e l'"equilibrio" sostituisce l'"ordine".

Questo passaggio rende ragione di alcuni slittamenti terminologici di uso ormai comune.

Il più evidente di tutti: *Governance* al posto di *Ordinamento*. Ne seguono altri: *Effettività* al posto di *Legittimazione*, ovvero in altri termini, *effettività* al posto di *congettura*. *Complessità* al posto di *Ordine*. *Funzionalismo* al posto di *Causalità*

Utilizzo il termine *Governance*, come punto dal quale osservare il fenomeno, in quanto tale termine va inteso come simbolo semantico di un paradigma epistemologico diverso da quello maturato e affermatosi nella "modernità" europea, nel quale la tradizione empiristica anglosassone (la cui ragione strumentale e calcolante è anch'essa legata, nella "modernità", al più generale razionalismo europeo) assume ora la conformazione di quello che viene definito genericamente "pragmatismo".

Il centro della diversità è da ricercarsi proprio nella *evaporazione* (mi si conceda l'espressione, perché traduce esattamente il "fenomeno") del nesso "qualificazione categoriale" - "effetti giuridici", riflesso, come ho appena accennato, dell'analogo nesso, epistemologicamente fondativo sul piano "teoretico", *causa-effetto*.

A proposito della capacità individuante di tali categorie "dogmatiche" vale ancora la pena di rileggere quanto scriveva Franz Wieacker nel 1953, esprimendo un punto di vista allora indiscusso: "Non esiste un'idea fondamentale, portante della nostra cultura giuridica, neanche nelle nuove creazioni del diritto pubblico e sociale, i cui modelli fondamentali non siano stati pensati e plasmati in questa cultura giuridica della tradizione romano-giusnaturalistica, fin dai primi secoli, sia pure con altri nomi o in altri contesti. I concetti di diritto soggettivo, di contratto, [...] risalendo fino alla scoperta della persona giuridica [...] o fino alle imperiture determinazioni dell'idea stessa di diritto, sono stati ripensati in ogni momento di questa scienza giuridica, e spesso approfonditi e generalizzati"¹³.

E, in un altro saggio appartenente alla medesima raccolta, con il titolo nell'edizione italiana, *Diritto civile e mutamento sociale* (1960)¹⁴, aggiungeva: "L'unità dell'ordinamento non è affatto un semplice postulato formale, cioè un postulato della logica giuridica, o un postulato sistematico e pedagogico. Piuttosto questo ideale metodico e scientifico esprime anche l'unità e l'indivisibilità della giustizia stessa, che rientra fra le condizioni di vita elementari di ogni comunità di diritto"¹⁵.

13 F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, raccolto poi in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Fischer-Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1974, tr. it., Napoli, 1983, p. 40.

14 F. Wieacker, *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Ernst von Caemmerer, Müller, Karlsruhe, 1960.

15 Ivi, p. 53.

Ma ancora negli anni '70, e in un orizzonte speculativo già profondamente diverso da quello dell'edizione originaria dei saggi di Wieacker, finanche un "materialista-empirista" come N. Luhmann riconosceva, come dirò di qui a poco, a quelle categorie "dogmatiche" una funzione di individuazione della sfera propria del giuridico, rispetto a quella del politico.

Una notazione, quest'ultima, che vuole ricordare l'ambiguità funzionale che spesso accompagna lo svolgersi pratico di alcuni e significativi processi teorici.

Tale svolgimento approda, nel tempo, a due esiti. Il primo, più generale, genera uno *svuotamento* dell'idea stessa di concetti basilari come quello, ad esempio, di "ordinamento giuridico" a livello della percezione sociale; il secondo, decisamente specialistico, si riflette sulla cultura delle più giovani generazioni di giuristi che, per formazione tecnico-teorica e pratica professionale, hanno gradualmente perduto una vera sensibilità per il diritto come "sistema scientifico".

In definitiva, ciò che si verifica è un passaggio tra due "sequenze". Un passaggio, che definirei epocale, segnato, appunto, dall'avvicinarsi di due "sequenze" concettuali: a quella "*ordine-sistema-ordinamento*" si sostituisce una sequenza formata da tre nozioni tra loro epistemologicamente conseguenti: "*complessità-equilibrio-governance*".

Delineato il contesto rappresentato dalla attualità giuridica, intendo ora sottoporre ad un approfondimento analitico, dal punto di vista teoretico ed epistemologico, quanto ho descritto per linee sintetiche nelle pagine precedenti: e, cioè, quel mutamento di fondo che permette di ricostruire le vicende contemporanee come una transizione epocale dal piano concettuale dell'"ordinamento" a quello della *governance*. Una transizione che non sembra fare i conti con la funzione cui quella struttura concettuale assolveva, modificando nel profondo il senso dell'attività normativa.

La profondità del passaggio consiste nella considerazione che non è in questione un mero aggiornamento nozionistico-semantic, nel quale il lessico sociologico contamina quello specificamente giuridico (esemplare è la prevalenza della nozione di "portatori di interessi" al posto di "legittimazione soggettiva"); si tratta invece dell'emergere di una sottesa modalità di diversa "conoscenza" della realtà, che poi trova specifico svolgimento nella forma "regolativa" della *governance*. La differenza, allora, è da considerarsi propriamente *epistemologica*. Vediamo perché.

Stabilendo il contrappunto non solo tra due termini, ma tra due sequenze concettuali, intendo ribadire quanto ho scritto nelle primissime pagine di questa *Introduzione*: che un determinato modello giuridico, oltre a quella costruzione che è il frutto di una sua teorica interna, consegue una sua costitutiva identità concettuale, in quanto "derivata" di un contesto speculativo che si situa in altri, ma contigui, ambiti del sapere, quali la filosofia e l'epistemologia¹⁶. E sottolineare il legame sequenziale è indispensabile proprio in quelle epoche di transizione, nelle

16 Cfr. quanto scrive Mengoni nella presentazione dell'edizione italiana del libro di Alexy: L. Mengoni, *Presentazione*, in R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

quali l'abitudine del ragionare, con l'utilità che deriva dalla possibilità di realizzare immediati adattamenti pratici, può non consentire di soffermarsi, con l'attenzione necessaria, sulla portata effettiva del cambiamento in atto, con il rischio di perderne il controllo e di ritrovarsi in un "nuovo mondo", senza aver capito né il "come" né il "perché". Torno al punto.

Ho sottolineato come la differenza tra le due sequenze prospettate abbia il suo centro contrappuntistico nei termini "ordine" e "complessità". La comprensione della loro struttura categoriale va situata a livello "epistemologico", nel senso che essi si presentano come il prodotto di due diversi modelli di lettura della realtà, che implicano, tuttavia, due diversi approcci filosofico-teoretici di fondo. Ma mi limito, qui, ai "modelli", cioè al profilo epistemologico.

Il termine "ordine" fa pensare immediatamente a qualcosa che si offre come un dato e che rinvia a qualcosa di *posto* e, in più, come ulteriore ed immediata domanda logica, "posto" *da qualcuno*. In altre parole, il "porre" apre, nella logica umana, la domanda circa il "*chi pone*". E su questo si affatica tutta la Ragione Moderna, e non vado oltre.

In altre parole, l'"ordine", pur trovando rappresentazione, anche, in una forma oggettuale, è, fondamentalmente, una categoria concettuale che, al tempo stesso, è presupposto e risultato di uno specifico modello di pensiero, per mezzo del quale la ragione umana ritiene di conoscere *come* "realtà" ciò che è fuori dell'"io". Termine, quello di "realtà", che, a sua volta, sottintende il riferimento, che questa volta è teoretico-filosofico, ad un concetto "forte" e problematico: "Verità".

È questo il modello teoretico-epistemologico seguito dal pensiero antico, che, per la nostra cultura, è quello incarnato dalla filosofia greca: il punto centrale è dato dalla ricerca intorno al "Principio" *ordinatore*, come origine del mondo che si dà all'uomo. È la tematica che ruota attorno a due termini filosoficamente complessi, *Logos* e *Demiurgo*, attraverso i quali l'uomo investiga il senso umano della "realtà" nella quale è immerso, ma, al tempo stesso, traccia una distanza tra la sua umanità empirica e la dimensione di quel "Principio", che è il Tutto comprendente¹⁷.

Al pensiero "moderno" si attaglia propriamente il termine "sistema", che connota quel meccanismo della ragione secondo il quale *conoscere la realtà*, vale a dire la *verità del mondo*, consiste nel formalizzarne le "leggi" che consentono di stabilire in modo costante il succedersi degli eventi. Tale operazione cognitiva conduce alla determinazione della realtà *come fenomeno*, che si fonda su di una *relazione causale*, razionalmente stabilita, tra due eventi, sia che si tratti di eventi naturali oppure di elaborazioni concettuali.

In definitiva, il termine "sistema", nel suo concetto, va posto in relazione al termine che lo precede: "ordine". Entrambi i termini esprimono una idea di "verità", nel senso che conoscerla significa capire che le cose *stanno proprio come devono stare* o perché (in un certo senso) sono state disposte così ("ordine"),

17 Cfr., su questa sconfinata tematica, il bel saggio di E. Berti, *In principio era la meraviglia*, Laterza, Roma-Bari, 2007; cfr., anche, F. Cavalla, *All'origine del diritto. Al tramonto della legge*, Jovene, Napoli, 2011.

o perché il pensiero umano ne coglie i nessi causali, sotto il profilo razionale e logico ("sistema").

Tuttavia, nella continuità tra pensiero "antico" e "moderno" una differenza non va sottaciuta.

Se il pensiero antico manteneva la distanza, sopra accennata, tra la mente umana e la "Verità" del mondo, lasciando quest'ultima nell'oscurità dell'"enigma", nella "modernità", invece, la "Verità" diviene l'approdo di un percorso metodico e sistematico della ragione. Essa è il prodotto di quell'operazione mentale che, a partire dalla esperienza empirica, elabora concetti, trasformando la mera successione di eventi in relazioni causali che *le si rappresentano* come "necessarie".

Si comprende, di conseguenza, come il concetto moderno di sistema svolga una funzione *euristica* ed *epistemica*: solo se si ricostruisce lo svolgersi degli eventi, o delle "cose umane" più in generale, secondo una forma sistematica, si può cogliere l'"ordine" che al fondo regge il "Tutto". La "Verità" dei moderni si realizza nel colmare, tramite la Ragione, la distanza che l'antichità aveva posto tra la mente umana, e la sua "meraviglia", di fronte al "Principio".

"Ordinamento" giuridico è il terzo termine, quello cui giunge, nell'ambito giuridico, la sequenza "moderna".

Nella sua specificità concettuale, esso individua la compattezza e organicità razionali dell'attività normativa, posta in essere dallo Stato o da altri soggetti dotati legittimamente o legalmente di tale potere. Nella sua idea di fondo, esso si pone in continuità con due possibili direzioni speculative: da un lato con una idea di diritto, secondo la quale il giuridico è la traduzione normativa dell'"ordine" che cognitivamente costituisce il mondo umano (la tradizione della *scientia juris* sia nella sua versione giusnaturalistica, sia in quella "storica"), dall'altro con una prescrittività squisitamente "positiva", che si realizza, tuttavia, secondo una sistematicità razionale della volontà normativa (la *teoria generale del diritto*, nel suo insieme e nelle sue diverse e specifiche articolazioni).

5. La costitutività temporale del diritto

Vi è un elemento che contraddistingue la sequenza *ordine-sistema-ordinamento*, e che occorre mettere in luce al termine della sua spiegazione. Tale elemento è costituito proprio dalla categoria "tempo"¹⁸ precedentemente ricordata, poiché è proprio sul rilievo che assume tale categoria che può tracciarsi la differenza più evidente con la seconda sequenza: *complessità-equilibrio-governance*.

La chiave della temporalità risulta evidente negli elementi strutturali del diritto concepito secondo una prospettiva ordinamentale. Basti pensare al concetto di

18 Su questa categoria, nella sua ampiezza ermeneutica, cfr. il bel testo di J. T. Fraser, *Time. The Familiar Stranger*, The University of Massachusetts Press, Amherst, 1987, trad. it. Milano 1992.

“norma” che sintetizza semanticamente un nesso razional-causale, e quindi *temporalmente dislocato*, tra prescrizione, dovere e responsabilità.

L'esempio più facile e scontato è proprio nella struttura di quell'atto normativo denominato “legge”. Essa è un atto il cui fine è *durare nel tempo*: il “durare nel tempo” è il fattore razionale, che consente di emancipare l'atto dai soggetti fisici che lo pongono in essere, di considerarlo, cioè, un *in sé*, indipendentemente da quelli. La legge non esprime un *equilibrio nell'istante*, ma il suo fine strutturale è un *dover essere nel tempo*.

È qui che la sequenza *ordine-sistema* salda l'idea di ordinamento giuridico con il modello di conoscenza proprio delle scienze della natura.

Mi spiego. La possibilità di leggere l'ambito del giuridico in termini di relazione causale presuppone, dal punto di vista cognitivo, una certa idea della realtà pensata come ciò che si manifesta attraverso relazioni causali dette “fenomeni”.

Il fenomeno è, letteralmente, qualcosa che appare, ma *ciò che appare* viene letto e compreso razionalmente, nel suo esserci e nel suo manifestarsi, attraverso la traduzione/formalizzazione della *legge*. Di conseguenza, attraverso la lettura degli eventi secondo la figura razionale del fenomeno, si mette in forma la semantica della “realtà”, come evocativa di qualcosa di stabile che si manifesta attraverso leggi esistenti *in sé*. Il fenomeno rinvia, così, sia al concetto di ordine, razionalmente tradotto nel “sistema”, che al nesso di causalità¹⁹.

Tale modello cognitivo, proprio perché non si costruisce sulla sola osservazione empirica e istantanea, ma è una elaborazione razionale che implica una *continuità temporale*, non si limita ad essere uno strumento meramente ricognitivo, ma è esso stesso una “messa in forma” di tipo *costitutivo* di ciò che si afferma come *conosciuto*.

Non si tratta, infatti, solo di constatare che “le cose stanno così”, ma di un *constituire-conoscere* il “perché” esse stiano così; tale passaggio, operato dalla ragione dei “moderni”, sposta l'asse epistemico dall'*enigma* al “calcolo” *causale*, aprendo l'opera della mente umana alla possibilità della *previsione* (induttiva) degli effetti²⁰.

6. L'epistemologia della complessità.

La nozione di complessità è una nozione epistemologica di tipo meramente osservativo, per la quale il fattore temporale coincide con l'“istante” nel quale si può *osservare* una disposizione di elementi, quali ad esempio le particelle di un gas, tra loro in stabile “equilibrio” (entropia). Tradotto sul piano delle scienze sociali, tale

19 Ritengo sufficiente qui far riferimento, per aver chiaro il passaggio epistemologico, ad alcuni punti emblematici della speculazione kantiana. Cfr. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft* [1781], trad.it., Bari, 1972, pp. 25-27 e *Die Metaphysik der Sitten* [1797], trad.it., Bari, 1983, pp. 11-32.

20 Cfr., ancora, per un quadro delle questioni epistemologiche in gioco K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, Basic Books, New York, 1959, trad. it., Torino, 1970, 3^a ed., p. 5 e ss., in part. p. 15 e ss.

modello cognitivo trasferisce l'osservazione dell'"equilibrio" a fattispecie "umane" rilette *empiricamente* come "eventi", costituendo così la premessa epistemologica per cogliere la "complessità" dell'ambiente sociale (tornerò di qui a poco su questo punto, ma fin da subito mi sembra importante aver presenti le parole di Lipari).

Ciò da cui si deve prendere le mosse, per cogliere il passaggio dalla prospettiva dell'"ordine" a quella dell'"equilibrio", tipica delle società "complesse", è costituito dalla svolta epistemologica novecentesca, per il fatto che essa mette gradualmente in discussione la onnicomprensiva valenza euristica del nesso di causalità e conseguentemente rende "impensabile" la categoria razionale di "sistema".

La categoria della "complessità" legata a quell'"equilibrio", che costituisce la condizione per l'osservabilità della complessità stessa, coincide con una situazione strutturalmente imprevedibile, che si può soltanto constatare nel suo darsi nella contingenza. Infatti, il fatto osservato nell'istante è imprevedibile, essendo una possibilità tra le tante; sarebbe un *fatto diverso*, se osservato in un istante diverso.

E qui entra in scena Luhmann.

Trasferendo tale modello sul piano del sociale, inteso come ambiente *stabile*, occorre svolgere, intellettualmente, un'opera di "riduzione" delle possibilità, al fine di contenere e gestire la complessità stessa entro i limiti della "contingenza", la quale rimane sempre aperta, tuttavia, all'interazione con l'ambiente. Di conseguenza, la complessità sociale, e l'equilibrio, che deriva dalle operazioni di riduzione della complessità, si presentano come punti di stabilità possibile, dando forma ad un apparato di interazioni dal profilo piatto e orizzontale, radicalmente diverso da quella gerarchia verticale (e chiusa) dell'ordine, che caratterizza l'ordine istituzionale proprio dello Stato "moderno".

È noto come si debba a Niklas Luhmann l'applicazione della epistemologia della "complessità" alla comprensione delle dinamiche sociali e alla definizione di "ambiente sociale". Ed è altrettanto noto che l'epistemologia luhmanniana viene definita sistemico-funzionalista.

Passaggio semantico significativo: "sistemico" al posto di "sistematico".

Ricordando qui quanto ho già detto nelle pagine precedenti, il termine classico "sistematico" svolge una funzione teoretico-epistemica fortemente radicata nella tradizione metafisica; la conoscenza, che, per questa via, la ragione raggiunge, coincide con l'*unità* di ciò che è "Vero".

L'aggettivo "sistemico" introduce, come ho segnalato, una variazione significativa, poiché essa è determinata dal radicale abbandono di un qualsiasi riferimento metafisico. Il termine veicola sempre, infatti, un'idea di comprensione unitaria, con la differenza, però, che qui non si realizza una forma di trascendimento del molteplice nell'unità del Tutto, ma, più empiricamente, una "riduzione" di complessità a beneficio della condizione di abbracciare con un *unico atto osservativo*, con un unico sguardo, dunque, la molteplicità degli eventi-forze materiali colti nel loro *contingente equilibrio*.

Senza lo stato di equilibrio, determinato dal bilanciamento reciproco delle forze, la complessità sociale non sarebbe osservabile in modo unitario *come* una realtà. È qui che l'aggettivo "sistemico" mostra tutta la sua valenza epistemologica: da un lato mette in luce come il concetto di "realtà" non sia razionalmente disgiun-

gibile da quello di “totalità-unità”; dall’altro mostra l’utilizzazione della categoria classica nella nuova chiave empirico-osservativa.

La conseguenza è la seguente: “sistemico” sta qui a significare la sostituzione del nesso logico-causale tra eventi, con una mera interazione di bilanciamento funzionale con finalità di equilibrio compensativo, che le scienze della natura denominano “entropia”.

La lettura luhmanniana, che viene normalmente classificata come “funzionalistico-sistemica”, ha un esito epistemologico che mi sembra importante, perché, pur essendo radicalmente empiristica, mostra però la sua differenza con l’attuale pragmatismo.

Il funzionalismo sistemico produce, infatti, come suo esito applicativo, la lettura dell’ambiente sociale come articolata in “sotto-sistemi”, dotati ancora delle forme categoriali classiche, sia pure rilette in chiave puramente semantico-autoreferenziale, che si situano in reciproca distanza. È proprio quest’ultima, tuttavia, che rende leggibile un legame interattivo tra i sotto-sistemi, che si svolge secondo una dialettica funzionale.

Un esempio significativo, proprio per il presente contesto, è dato dalla permanenza categoriale della “dogmatica giuridica”, riletta, ora, come “funzione” di confine semantico del sottosistema giuridico, rispetto, specificamente per Luhmann, a quello politico. In tal modo si realizza un’autosufficienza del sottosistema giuridico rispetto al politico, al fine di tener ferma la funzione di controllo critico propria del *giuridico* rispetto alla normatività di origine politica, appunto²¹.

L’empirismo pragmatico contemporaneo, al contrario, non dà luogo a modalità di comprensione unitaria della complessità, ma conduce lo sguardo verso una situazione composta da una molteplicità di intersezioni, che fanno somigliare l’ambiente sociale, più che ad un sistema unitariamente comprensibile, ad un tessuto reticolare²².

È in quest’ultimo contesto che ritengo vada collocata la attuale nozione di *governance*, nella quale la visione di un *ambiente sociale complesso in equilibrio* deve essere rimodulata secondo una immagine di tipo puntistico-reticolare.

21 Cfr. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer W., Stuttgart, 1974, tr.it., Bologna, 1978.

22 Negli ultimi anni l’applicazione della metafora, o del paradigma, della rete allo studio delle relazioni sociali e in particolare giuridiche è divenuta corrente: tra i testi fondamentali anche per un approccio filosofico-giuridico v., a titolo esemplificativo, M. Castells, *The Rise of the Network Society (The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. I), Cambridge-Oxford, 1996, trad. it. *La nascita della società in rete*, Bocconi University Press, Milano, 2002; A. L. Barabási, *Linked: How Everything is Connected to Everything Else and What it Means for Business, Science, and Everyday Life*, New York 2002, trad. it. *Link. La scienza delle reti*, Einaudi, Torino, 2004; F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 2002; P. Heritier, *Urbe-Internet. La rete figurale del diritto. Materiali per un ipertesto didattico*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2003; U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità. Dalla ‘polis primitiva’ di Socrate ai ‘mondi piccoli’ dell’informatica: un approccio evolutivo*, Giappichelli, Torino, 2006 (spec. pp. 135-171); A. Calbucci (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Guida, Napoli, 2009. Molto in anticipo sull’emersione del fenomeno di Internet, Enrico di Robilant applicava al diritto il modello della rete già in E. di Robilant, *Il diritto nella società industriale*, “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, L, 1973, pp. 225-262.

La *governance* implica, quindi, una, ancora, diversa considerazione sia del riferimento al *funzionamento di fatto* di un certo complesso organizzativo-istituzionale, in generale, sia di quello, specifico, relativo ad un determinato ambito di regolazione normativa.

Il modello che si delinea, attraverso questa prospettiva "regolativa", infatti, non solo non è *verticale*, ma neppure "sistemico" à la Luhmann; esso è *orizzontale e aperto*, come orizzontale e aperta è l'immagine di una rete composta da una molteplicità, *a priori indeterminabile*, di intersezioni tra eventi fattuali che realizzano un equilibrio compensativo.

È in quest'ultimo contesto che ritengo vada collocata l'attuale nozione di *governance*, nella quale la visione luhmanniana di un *ambiente sociale complesso in equilibrio* deve essere rimodulata secondo un'immagine di tipo puntistico-reticolare.

Per cogliere una conseguenza epistemologica sul piano della configurazione "classica" delle istituzioni rappresentative elaborate dalla modernità – che Luhmann (è bene sottolineare) non aveva messo in discussione, pur se rilette in chiave funzionalistico-sistemica²³ – non si può fare a meno di mettere in luce, sul piano politico-istituzionale, la problematica tenuta concettuale dell'idea di Stato di diritto e di democrazia rappresentativa e, su quello giuridico, proprio della categoria razionale di "ordinamento", fondato sulla legge come fonte prevalente se non esclusiva.

In particolare, utilizzare, sul piano politico, i modelli di *governance* come equilibrio puntistico-reticolare, dà luogo ad un esito paradossale, quale è quello costituito dalla contemporanea presenza di due fenomeni strutturalmente antitetici, che non riescono a disporsi in continuità tra loro, e neppure a dialogare, sia pure secondo una modalità dialettica.

Da una parte avanzano e chiedono spazio le prassi di democrazia immediatamente partecipativa, attraverso il diretto coinvolgimento, nei processi decisionali, di coloro che alle decisioni pubbliche dovranno attenersi. Dall'altra, emergono, con sempre maggiore capacità performativa, istanze "tecnocratiche", espressione diretta degli "interessi" di soggetti che, per la loro struttura socio-economica e anche istituzionale, non hanno per proprio fine il perseguimento del "bene" pubblico²⁴.

23 V.N. Luhmann, *Politische Planung*, Westdeutscher, Opladen, 1978; trad. it., *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli 1990. Peculiari sviluppi della teoria di Luhmann si trovano, come è noto, nel pensiero di Günther Teubner. A tal proposito cfr. il suo *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, trad. it., Milano 1996.

24 Nel linguaggio comune si usa il termine "interesse" in modo promiscuo, in relazione, cioè, sia al "privato" che al "pubblico". Nelle righe del testo, invece, ho volutamente utilizzato il termine "interesse" per la sfera dei soggetti "privati", destinando il termine "bene" al fine "pubblico". Questo perché l'"interesse" è legato al concetto di "bisogno" e il criterio di valutazione è soggettivistico-utilitaristico, proprio della sfera "privata"; il "bene", invece, evoca un ambito valutativo di tipo "oggettivistico" (per quanto ambiguo ed epistemologicamente problematiche siano sia la categoria dell'"oggettività" sia quella di "bene"), che mi appare più appropriato per soddisfare la sfera "pubblica". Per questa ragione, la *costituzione pubblica* del soggetto-attore è una garanzia indispensabile, sia pure solamente "formale" (ma non potrebbe esserlo diversamente), rispetto alla *plausibile* finalità sociale degli atti performativi.

Sul piano giuridico, la crisi della democrazia rappresentativa si traduce nella crisi della legge “democratica” come fonte privilegiata dell’ordinamento, e quindi nella crisi degli elementi strutturali della generalità, dell’astrattezza, della pubblicità. Ciò conduce all’esaltazione di modalità contrattuali e giudiziarie che, snaturate rispetto alla loro classica funzione ordinamentale, si presentano come le matrici del “nuovo” diritto.

Ciò trova riscontro, ad esempio, nel darsi di prassi di *governance* in cui soggetti, la cui originaria costituzione pubblica e privata diviene indifferente, entrano in una relazione contrattuale in quanto meri *portatori di interessi*, con il fine di produrre una “regolazione” idonea a comporre tali interessi, in maniera che si ritiene più rapida e soddisfacente di quanto non possano fare gli strumenti ordinamentali.

Il ricorso a tale rete orizzontale di scambio tra soggetti pubblici e soggetti privati è reso possibile grazie a quella che potrei definire malleabilità strutturale delle figure contrattuali; in particolare, nei casi in cui queste prassi vengono utilizzate, attraverso diversi strumenti contrattuali, per la regolazione di attività che hanno evidenti ricadute, o addirittura finalità, sociali, è razionalmente legittimo chiedersi in quale rapporto si ponga il soddisfacimento dell’interesse generale rispetto alla composizione delle istanze soggettive dei contraenti, nell’inedito contesto determinato dalla indifferenza della loro costituzione giuridica²⁵.

È plausibile che, in via ipotetica, un tale processo possa essere letto come un’evenienza non nuova nella storia dell’esperienza giuridica; come una sorta, cioè, di riproposizione, sia pure in termini diversi, di quella vocazione pluralista tipica dell’epoca “pre-moderna”²⁶. La “plausibilità” di tale lettura deve tuttavia fare i conti con una differenza, che non può ridursi ad una mera diversità di forme comunicative.

Ciò di cui dovrebbe tenersi nel dovuto conto, infatti, è il nesso teoretico-epistemologico che lega la transizione dal “pre-moderno” al “moderno” e che distingue tale processo dalla contemporaneità.

Il pluralismo giuridico pre-moderno si muoveva su quello sfondo, comune anche alla modernità, incentrato sulla categoria epistemica dell’“ordine”, la quale si iscriveva in una ben determinata categoria temporale (come ho messo in luce in precedenza). Quello contemporaneo, per essere effettivamente inteso nel suo significato teorico, va messo in relazione, invece, con il contesto epistemologico costituito dal binomio “complessità-equilibrio”, nel quale la categoria temporale è costituita dalla sequenza *contingenza-istante* (puntistico-performativo).

In definitiva, la *governance* come metodica gestionale, non mi sembra possa essere rappresentata come un rinnovato pluralismo di fonti normative, poiché in un contesto caratterizzato dall’equilibrio regolativo nell’istante, non è possibile concettualizzare il termine “fonte”, che implica invece quell’idea di continuità temporale che consente di separare l’atto del governare da quello dell’ordine giuridico.

25 Cfr. quanto considerato nella precedente nota 18.

26 Cfr., il recente A. Gentili, “La sovranità nei sistemi giuridici aperti”, in *Politica del diritto*, 2, 2011, pp. 181-205, in part. pp. 203-205.

7. Considerazioni mosse dalla lettura dell'attualità

La sostituzione del concetto di "ordinamento giuridico" con quello di *governance* ha determinato alcune perdite per il diritto come "pensiero" e come "scienza". Per un verso, è evaporata la figura del "giurista" quale si è venuta costituendo tra Otto e Novecento (almeno per la gran parte di quest'ultimo), per un altro divengono irrilevanti o comunque "fuori contesto" quelle categorie concettuali che costituiscono il Diritto, dal punto di vista di una epistemologia scientifica, quali quelle che rinviano ad una distinzione di modelli di ragionamento giuridico tra ambito "pubblico" e "privato" e quelle che tematizzano figure dotate di specificità concettuale come, a titolo di mero esempio, "legge", "norma", "fonte", "soggetto di diritto", e via via, "competenza", "validità", "legittimazione", "responsabilità", "affidamento"... ecc.

In particolare, quell'autonomia o indipendenza di principio del giuridico rispetto al politico, riconosciuta come funzione storico-critica della "dogmatica" giuridica (che pure Luhmann riconosceva), al fine di non appiattire la giuridicità positiva sulla volontà del legislatore politico o sul decisionismo giudiziario, non ha realizzato, tuttavia, in taluni passaggi cruciali del XX secolo, una efficace interdizione alle degenerazioni autoritarie della politica. Da qui una qualche insofferenza per l'equazione, ritenuta sbrigativa (e non a torto), tra "ordine del diritto" (*Ordnung des Rechts*) e "ordinamento giuridico" (*Rechtsordnung*).

Distinzione che era stata chiaramente categorizzata, nel secolo ancora precedente (il XIX), dalla Scuola Storica, differenziando concettualmente la *Ordnung des Rechts* dalla *Rechtsordnung*²⁷ e che faceva sentire il suo peso anche in modelli metodologici che muovevano dalla primaria considerazione del sostrato socio-politico, come, per esempio quello della *Interessenjurisprudenz*, o in settori del diritto diversi dal diritto privato, quale quello del diritto pubblico²⁸.

Ma tale profilo, nel presente contesto, non mi appare tanto significativo, quanto un altro; quello che chiama in causa i soggetti culturali che, soprattutto nel secondo dopoguerra italiano, manifestano la segnalata insofferenza: penso a quelle aree

27 Sul punto, cfr., da ultimo, il recentissimo M. Fioravanti, "La crisi dello Stato liberale di diritto", in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011, pp. 81-93, in part. pp. 84-86.

28 Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre und Wissenschaft*, Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, trad. it. Milano, 1966; K. Larenz, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, C.H. Beck, München, 1979; W. Wilhlem, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Mein, 1958, trad. it. Milano, 1974; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 voll., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967; P. Cappellini, *Systema Iuris*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1984; mi permetto di aggiungere a questi "classici" il mio *Arbitrio normativo e sapere giuridico. ...a partire da Puchta*, Giuffrè, Milano, 1984. Cfr., anche, le modalità argomentative con le quali Luigi Mengoni distingueva tra la *Begriffsjurisprudenz* di Savigny e il formalismo pandettistico di Windscheid, che si proietta nella purezza normativa della *reine Rechtslehre* kelseniana (cfr., H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, trad. it. Torino 1966, in part. p. 9), nella relazione tenuta al XXIV convegno nazionale dell'U.G.C.I. (Roma 1973), dal titolo "Diritto e politica nella dottrina giuridica", in *Iustitia*, 1974, ora in L. Mengoni, *Metodo e Teoria giuridica. Scritti I*, Albanese A., Castronovo C., Nicolussi A. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 149-164, in part. p.150.

di pensiero che rappresentano il neo-giusnaturalismo cattolico, da un lato, ed il materialismo storico, dall'altro.

La dialettica culturale e politica istauratasi tra queste due linee di pensiero ha fatto sì che si trascurasse quel riferimento alle filosofie fenomenologiche ed ermeneutiche del '900, alle quali un importante filosofo del diritto del secolo scorso, Sergio Cotta²⁹, ha rivolto riflessioni tanto significative, quanto inascoltate. Se così non fosse stato, molte questioni che investono la nostra attuale società e che chiedono interventi normativi, anziché delegare le decisioni di contenuto all'etica (terreno sociologicamente sdrucchiolevo), avrebbero potuto trovare una risoluzione all'interno di una appropriata razionalità giuridica, scientificamente fondata.

La conseguenza è stata che il dispiegarsi argomentativo di quelle due linee culturali egemoni, ha messo in seria discussione il sostegno "scientifico" su cui si reggeva la prospettiva ordinamentale (qui, genericamente intesa). L'uno, in nome di una precedenza dei "valori" sulle norme "poste", sottovalutando in qualche misura, quindi, la funzione fondante della dimensione "scientifica"; l'altro, in virtù di una chiave di lettura "materialistico-prassistica" della realtà sociale, mettendo in radicale discussione l'idea di "sistema", in quanto strumento mistificante la finalità "classista" delle categorie costruite dalla tradizione giuridica. Sono anni, soprattutto quelli a cavallo dei decenni '70 e '80, di un dibattito molto acceso, scientificamente acuto e culturalmente "plurale". Non ho bisogno di ricordare, a titolo di esempio, opere a tutti note, quali, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* di Nicolò Lipari (Bari 1974), *L'uso alternativo del diritto (I. Scienza del diritto e analisi marxista; II. Ortodossia giuridica e pratica politica)* di Pietro Barcellona (Bari 1973), *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* di Stefano Rodotà (Bologna 1981), *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny* di Aldo Schiavone (Roma-Bari 1984), *Diritto e Valori* di Luigi Mengoni (Bologna 1985). A questi si aggiungano due testi di autori non italiani, ma che hanno avuto larga circolazione in Italia in quegli anni, significativi per farne comprendere il clima culturale; penso a *Rechtswissenschaft* di Rudolf Wiethölter (Frankfurt am Main 1968) e a *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique* di François Ost e Jacques Lenoble (Bruxelles 1980).

Tale situazione, di profonda problematizzazione critica della giuridicità scientifica in senso categoriale, finì per aprire la strada (da un lato, per una sorta di eterogenesi dei fini e, dall'altro, per una presa di distanza da ragionamenti giuridici che apparivano troppo ideologicamente condizionati) a quel pragmatismo normativo che gradatamente veniva emergendo già a partire dagli anni '80. Per poi imporsi, in vario modo, negli anni '90, soprattutto per mano del legislatore politico, che trascurava la funzione metodologica della riflessione teorica, come strumento indispensabile per l'armonizzazione ordinamentale delle innovazioni normative³⁰.

29 Cfr., in part., S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Milano, 1981 e S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di un'ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985.

30 Mi limito ad indicare un solo caso, ma piuttosto macroscopico, di innovazione legislativa che, nei suoi esiti finali, risulta ispirata più ad un pragmatismo di corto respiro che ad una seria riflessione scientifico-sistematica: è quello rappresentato dalla nuova disciplina delle società commerciali, su cui v., almeno, G. Visentini, "I principi della società per azioni come istituto giuri-

Si pensi ai testi di ricostruzione-denuncia, scritti, con la penna di un "positivista" convinto, da Natalino Irti a partire da *L'età della decodificazione* (la cui prima stesura risale al 1978 fino alla quarta edizione, riproposta dalla Casa editrice Giuffrè nel 1999), passando per il successivo *Scuole e figure del diritto civile* (vol. I), Milano 1982 e poi *I cinquant'anni del codice civile*, Milano 1992, fino al recentissimo *Diritto senza verità* (Bari 2011)³¹.

La svolta in senso "pragmatico" si radica nell'affermarsi di un più ampio e deciso contesto culturale: quello, appunto, empiristico di derivazione anglosassone e nord-americana.

Il tema della "soggezione alla legge" (pur nelle diverse modalità di interpretazione consentite dall'ordinamento) diviene, *nei fatti*, superato, proprio per l'affermarsi di un pragmatismo che ha prodotto il primato degli effetti al posto della congettura causalistica; un modo elegante per introdurre un orizzonte fattualmente decisionistico. Il sopravvivere, infatti, del modello congettural-categoriale non appare più adeguato alle esigenze regolative proprie della attuale visione del mondo. Tale tema, infatti, nella prospettiva di molti, magistrati e dottrina, non sarebbe in grado di fronteggiare efficacemente le richieste di giustizia della società contemporanea. Occorre incamminarsi, allora, in quello che ormai viene definito "diritto vivente", che si costruisce non più tramite l'interpretazione, ma attraverso una sorta di "oltrepassamento", secondo la felice definizione di Mario Barcellona³². "Il giudice – scrive, ad esempio, Tomaso Epidendio³³ – è sempre meno il tecnico che effettua operazioni di 'sussunzione' del fatto nella fattispecie descritta dalla norma ed è sempre più l'autore diretto di 'bilanciamenti' di valori, attraverso i quali ricostruisce il senso e seleziona le disposizioni applicabili [...]. Da organo soggetto 'soltanto' alla legge' [...] il giudice finisce per risultare non più soggetto a nulla: inebriato da una libertà mai prima conosciuta, non si avvede di perdere la radice costituzionale della sua legittimazione giudicante".

È vero, per restare ancora nel testo, che non si può restare *laudatores temporis acti* (neppure è possibile assumere l'accadere come l'ineluttabilità del fato – avrebbero detto gli antichi), ma occorre ancora esercitare la libertà intellettuale propria dello spirito critico formatosi nella tradizione filosofica e culturale della Modernità (con tutti i suoi inevitabili difetti).

dico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma", in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, pp. 924-947; Id., "I problemi dell'attuale disciplina delle società per azioni: esposizione per temi e ipotesi di disposizioni", in *Economia italiana*, 2007, pp. 297-341, nonché F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010.

31 Né va dimenticato l'approfondito studio critico di M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006.

32 M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Mucchi, Modena, 2022. Cfr., anche, due testi significativi per l'attuale dibattito interno alla dottrina civilistica italiana C. Castronovo, *Eclisse del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015 e S. Mazzamuto, *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra, *Trattato del diritto privato. Tomo II*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2021.

33 T. Epidendio, "La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura", in *Giustizia Insieme*, maggio 2022.

Bibliografia

- Scoditti, E., “La pretesa di giustizia nel diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi”, in *Questione Giustizia*, 1, 2021.
- Agamben, G., *Filosofia prima filosofia ultima. Il sapere dell'Occidente fra metafisica e scienze*, Einaudi, 2023.
- Lipari, N., “Il diritto civile tra passato e futuro”, *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2021.
- Perlingieri, P., *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, ESI, 2021.
- Lyotard, J.F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, 2014.
- Stengers, I., Prigogine, I., *La Nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Einaudi, 1999.
- Maffei, L., *Elogio della lentezza*, Il Mulino, 2014.
- Wieacker, F., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Fischer-Taschenbuch Verlag, 1974.
- Wieacker, F., *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Ernst von Caemmerer, Müller, 1960.
- Alexy, R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998.
- Berti, E., *In principio era la meraviglia*, Laterza, 2007.
- Cavalla, F., *All'origine del diritto. Al tramonto della legge*, Jovene, 2011.
- Fraser, J.T., *Time. The Familiar Stranger*, The University of Massachusetts Press, 1987.
- Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft*, 1781.
- Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten*, 1797.
- Popper, K., *The Logic of Scientific Discovery*, Basic Books, 1959.
- Luhmann, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer W., 1974.
- Castells, M., *La nascita della società in rete*, Bocconi University Press, 2002.
- Barabási, A.L., *La scienza delle reti*, Einaudi, 2004.
- Ost, F., van de Kerchove, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.
- Heritier, P., *Urbe-Internet. La rete figurale del diritto. Materiali per un ipertesto didattico*, Giappichelli, 2003.
- Pagallo, U., *Teoria giuridica della complessità. Dalla 'polis primitiva' di Socrate ai 'mondi piccoli' dell'informatica: un approccio evolutivo*, Giappichelli, 2006.
- Calbucci, A. (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Guida, 2009.
- di Robilant, E., “Il diritto nella società industriale”, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, L, 1973.
- Luhmann, M., *Politische Planung*, Westdeutscher, Opladen, 1978.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, 1989.
- Gentili, A., “La sovranità nei sistemi giuridici aperti”, in *Politica del diritto*, 2, 2011.
- Fioravanti, M., “La crisi dello Stato liberale di diritto”, in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011.
- Larenz, K., *Methodenlehre und Wissenschaft*, Berliner Wissenschafts Verlag, 1960.
- Larenz, K., *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, C.H. Beck, 1979.
- Wilhelm, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 1958.
- Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 voll., Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Cappellini, P., *Systema Iuris*, 2 voll., Giuffrè, 1984.
- Montanari, B., *Arbitrio normativo e sapere giuridico. ...a partire da Puchta*, Giuffrè, 1984.
- Mengoni, L., *Metodo e Teoria giuridica. Scritti I*, Albanese A., Castronovo C., Nicolussi A., Giuffrè, 2011.

- Cotta, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, 1981.
- Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di un'ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, 1985.
- Visentini, G., "I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma", in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004.
- Visentini, G., "I problemi dell'attuale disciplina delle società per azioni: esposizione per temi e ipotesi di disposizioni", in *Economia italiana*, 2007.
- Guerrera, F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2010.
- Barcellona, M., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, 2006.
- Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Mucchi, 2022.
- Castronovo, C., *Eclisse del diritto civile*, Giuffrè, 2015.
- Mazzamuto, S., Nivarra, L., *Trattato del diritto privato. Tomo II*, Giappichelli, 2021.
- Epidendio, T., "La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura", in *Giustizia Insieme*, 2022.