

Mario Barcellona*

*Uso alternativo e diritto vivente: gli snodi di un confronto
e i tempi cambiati*

I ringraziamenti, all'inizio di ogni convegno, sono d'obbligo. Ma questi mi vengono dal profondo, e sono rivolti innanzitutto a Bruno Montanari, che, con affetto e spirito d'altri tempi, ha concepito questa iniziativa e la ha dedicata al ricordo di mio fratello Pietro nel decimo anno dalla sua scomparsa. E con Lui voglio pure ringraziare le Professoressa Marisa Meli e Delia La Rocca: entrambe hanno gestito come meglio non si poteva gli indispensabili supporti che le Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze Politiche, dove Pietro per tanti anni aveva insegnato, hanno voluto aggiungere al generoso contributo elargito dal Magnifico Rettore, prof. Francesco Priolo.

Pietro era stato l'anima e il regista del convegno sull'Uso alternativo del diritto, che cinquant'anni fa aveva inaugurato una nuova stagione delle riflessioni giuridiche nel nostro Paese. Quella nuova stagione fu tanto feconda quanto breve: dopo dieci anni, all'incirca, lo scenario sociale, politico ed economico, nel quale essa aveva preso forma, cambiò in modo repentino e radicale. Sicché di uso alternativo del diritto si prese a parlare solo come di una cosa del passato, e, per questo, a parlarne in termini così "politicamente" generici da dimenticare le divaricazioni teoriche che in esso erano maturate. Ma i temi e le questioni, che quella stagione aveva messo a fuoco, continuano a interrogare il ceto giuridico. E continuano ad offrire a queste interrogazioni punti di vista teorici e strumenti di analisi che anche nel tempo presente appaiono indispensabili. Da qui nascono il senso e le ragioni di un confronto col modo in cui si concepisce e si rappresenta oggi il diritto nelle aule di giustizia, nella produzione dottrinale e nell'insegnamento universitario, e che nella categoria del diritto vivente trova la sua prevalente espressione.

1. Uso alternativo del diritto e Diritto vivente: tempi nuovi e

Sull'idea, di Bruno Montanari e mia, di interrogarsi sul rapporto tra *Uso alternativo e Diritto vivente* mi sembra utile soffermarsi innanzitutto poiché questo può giovare a chiarire meglio ciò su cui questo convegno ci chiede di interrogarci. Le distanze che li separano sembrerebbero irriducibili ai 20/30 anni intercorsi tra

* mbarcellona@lex.unict.it, Professore di Diritto civile, ha insegnato nell'Università di Catania.

il convegno che iscrisse l'Uso alternativo nella storia giuridica del Novecento e l'aperto avvento del Diritto vivente nelle aule di giustizia e nei discorsi dei dottori.

Queste distanze si possono cogliere su tre piani:

i. Sul piano del rapporto tra diritto e società.

Il tempo trascorso tra il convegno sull'Uso alternativo e l'avvento aperto del Diritto vivente segna il passaggio dalla società "attiva" degli anni '60 e '70 del Novecento, alla società passiva degli ultimi due decenni del secolo: l'Uso alternativo è figlio del conflitto, mentre il Diritto vivente è figlio della sua successiva latenza.

ii. Sul piano del rapporto tra diritto e politica.

L'Uso alternativo muove dal confronto/scontro con una politica forte e presente, mentre il Diritto vivente cresce nel tempo dell'incipiente "morte della politica": il primo si rivolgeva alla politica per contestarla e/o per offrirle supporto teorico e progettuale, mentre per il secondo si è trattato di operare entro un campo dove la politica non c'è, o non c'è speranza che si smuova dalla inerzia/impotenza che generalmente le si imputa.

iii. Sul piano del pensiero.

L'Uso alternativo è immerso nel tempo del pensiero, mentre il Diritto vivente vive nel tempo – che Montanari ha brillantemente definito – del post-pensiero: il primo muoveva da categorie e mirava alla loro critica e, insieme, alla messa a punto di altre categorie, mentre il secondo muove dal caso e dalla contingenza e immagina di costruire a partire da essi un altro diritto, non imbrigliato entro un sistema di concetti e di *rationes*.

2. ...antiche questioni

Eppure, queste distanze non impediscono che tra l'Uso alternativo (o – meglio – una parte delle posizioni che in esso si precisarono) e il Diritto vivente corra un filo, all'apparenza, forte e riconoscibile.

Questo filo si coglie su diversi piani.

i. Innanzitutto, su di un piano empirico (o – meglio – su quel piano che investe il modo di concepirsi e concepire quel che si fa).

Il Diritto vivente sembra riproporre un modo "missionario" di intendere il rapporto tra i giuristi e il diritto, che ripropone il modo in cui lo avevano inteso i giudici che della formula dell'Uso alternativo erano stati gli inventori e che in quel Convegno di cinquant'anni fa si opposero strenuamente all'approccio cognitivo dell'"accademia di sinistra" e alla primazia della politica che essa promuoveva.

ii. Ma, soprattutto, si coglie su di un piano eminentemente teorico.

Le questioni di teoria giuridica che la considerazione del Diritto vivente oggi solleva sembrano, alla fine, largamente sovrapponibili a quelle che emersero nel corso di quel Convegno e che dominarono il dibattito che nei successivi dieci anni lo seguì.

Da questo secondo profilo muove, per l'appunto, l'intenzione di questo convegno.

L'ipotesi, che sta alla base di quest'intenzione e che viene sottoposta alla discussione, è, infatti:

a) che le perplessità che accompagnano l'attuale dottrina del Diritto vivente trovino molti dei loro termini e delle loro ragioni nelle riflessioni maturate a partire da quel Convegno di tanto tempo fa e, segnatamente, nel confronto che in esso vide opporsi l'"accademia di sinistra" (ma non solo) alla magistratura militante;

b) che quel Convegno abbia segnato il definitivo tramonto delle grandi narrazioni che avevano dominato i cent'anni a cavallo del Novecento, e soprattutto quella dell'autarchia del ceto giuridico, che tanto la dottrina giuridica che la giurisprudenza avevano coltivato, e quella dell'autosufficienza, su cui, rispettivamente, avevano fatto conto, della *scientia juris* e della *jurisprudencia*;

c) che da allora il pensiero giuridico non sia più riuscito a teorizzare i rapporti del diritto con il mutamento sociale ed a riassetare i rapporti tra tutto quello che sta nel mezzo di queste due cose, e cioè tra la politica che dà (o ha dato) corpo alla legge e la giurisdizione che nel nome della legge è chiamata a dirimere i conflitti.

3. I nodi che ritornano: ordine, interpretazione e legittimazione

Il Convegno sull'Uso alternativo e il dibattito che ne seguì misero a tema tre questioni cruciali:

i. se la legge sia istitutiva di/incorpori un ordine positivo, riconoscibile e vincolante;

ii. se la sua interpretazione possa ambire ad oltrepassare quest'ordine;

iii. in nome di chi o di cosa la decisione (del giudice, supportata o meno dal c.d. pensiero dotto) può prendere il posto della legge e come questa sostituzione retroagisce sul pensiero generale della società e delle sue istituzioni.

Con queste tre questioni, perciò, questa discussione è, a mio avviso, auspicabile che provi a confrontarsi, o, più esattamente, che su di esse provi ad interrogare le dottrine e le prassi che si sono venute solidificando in questo tempo e che prendono il nome di Diritto vivente

Una precisazione mi sembra, però, necessaria circa il modo con cui interrogare queste dottrine e queste prassi affinché questo confronto possa essere proficuo: questo modo non deve essere accomodante, ma ha da essere – per così dire – radicale, nel senso che ha da muovere dalle radici dei discorsi e guardare senza condiscendenza a quel che, a rigore, da essi consegue.

L'intendersi suppone necessariamente il capire e per capire occorre, innanzitutto, "prendere in parola" il pensiero dell'altro, ossia – come direbbe R. Dworkin – "prenderlo sul serio". E "prenderlo sul serio" un discorso significa misurarlo su quel che implicano, in ultima istanza, le sue proposizioni e rappresentare, senza compromessi, l'alternativa che, alla fine, esse prospettano. Significa, in altri termini, andare al fondo delle questioni e da lì chiamare al confronto.

In questo modo e con questo spirito accennerò, brevemente, a quel che a me sembra stia al fondo delle tre questioni tematizzate dal Convegno sull'Uso alternativo e agli interrogativi che esse rivolgono, oggi, alla dottrina del Diritto vivente.

4. La legge: ordine o pretesto

La prima questione è “se la legge sia istitutiva di/incorpori un ordine positivo che istituisca vincoli”.

Questa, a prima vista, potrebbe sembrare una questione fuori-luogo, la quale prelude ad una risposta scontata: nel linguaggio (un tempo) comune dei giuristi, infatti, diritto/legge e ordinamento si intendono pressoché come sinonimi.

Il fatto è, però, che le risposte che si mettono insieme muovendo dal Diritto vivente non sembra siano propriamente compatibili con questa identità di diritto e ordine.

A parte tutto, l'idea di ordine implica, necessariamente, un rapporto tra il passato ed il futuro: l'ordine giuridico è proiettato verso quello che avverrà e racchiude la pretesa che avvenga nel modo in cui è stato progettato che avvenga. L'ordine giuridico, dunque, suppone un passato che ipotoca il futuro o – meglio – qualcosa che è dato prima per “misurare” quel che avverrà dopo.

Tutte le idee della legge e del diritto muovono da questo postulato: per restare al Novecento, dall'idea di H. Kelsen che rappresenta la norma come un imperativo ipotetico, alla definizione che N. Luhmann dà del diritto come di una strategia sociale per la quale un'aspettativa è confermata (con la sanzione) nonostante possa essere di fatto delusa.

La domanda è, allora: come è possibile un ordine quando quel che dovrebbe darsi prima, l'ipotesi di fatto di Kelsen o l'aspettativa e la strategia che la conferma di Luhmann, non c'è. E non c'è perché – come dice il Diritto vivente – il diritto si dà solo nel momento stesso in cui il fatto o la delusione vengono al giudizio e sono decisi.

Non si tratta – si badi – del vecchio e discutibile argomento della certezza del diritto, ma piuttosto della natura stessa della decisione e del diritto che in essa prende corpo: il diritto, così, non si darebbe più come un *a priori* del conflitto, bensì come nudo potere di deciderne *ex post* il torto e la ragione. E questo – come appresso si accennerà – muta il senso di questa questione.

Nell'implicito del modo di vedere che va sotto questo nome sembra esserci l'idea che il Diritto vivente non assume che non ci sia un *a priori* della decisione, ma si limita soltanto a negare che questo *a priori* si trovi nella legge (o solo nella legge).

Ma, se così, il Diritto vivente dovrebbe quanto meno indicare dove si trovi quest'altro *a priori* e chiamarlo, infine, col suo nome.

Nel passato, quest'altro *a priori* è stato indicato nei valori universali ed ha preso il nome di Diritto naturale. Ma dopo la critica che la filosofia del Novecento ha fatto della metafisica e della universalità dei valori (rispettivamente, e soprattutto, con M. Heidegger e F. Nietzsche) riproporre queste genealogie della decisione sembra difficile, e comunque rimane soggetto a oneri dimostrativi di cui non si ha traccia.

E difatti, il Diritto vivente non lo fa. Ripiega, piuttosto, sulla “giustizia” e/o sulla “coscienza sociale”. Ma tutti sanno che la “giustizia” non è nient'altro che il Diritto naturale scritto in minuscolo. E la “coscienza sociale” pone – come appresso proverò a precisare – il non meno arduo problema di sapere se ci sia, cosa sia e a che titolo si può pretendere di farsene portavoce.

Le versioni miti del Diritto vivente non escludono la legge dall'universo del comando giuridico ma si limitano a postulare una doppia fonte del diritto, una fonte legale positiva e una fonte extra-positiva (magari legittimata da "dilatate" lacune della legge e da un generoso intendimento delle clausole generali che essa contiene). In fondo – si potrebbe aggiungere – è questo quel che sostenevano le concezioni moderate del Diritto libero (o della libera ricerca del diritto, della *Freirechtbewegung*), alle quali il Diritto vivente talvolta viene accostato o fa esso stesso riferimento.

Ma neanche questo sarebbe sufficiente.

Un tale intendimento dualistico del diritto, infatti, si ritrova di fronte ad un'alternativa radicale, che si prospetta nei termini che seguono:

– o il conflitto di fonti è composto in una gerarchia, ossia è composto da una regola di prevalenza che determina se, quando e come, si fa luogo all'applicazione di una fonte o dell'altra, e allora il Diritto vivente sta tutto dentro il paradigma tradizionale e l'autocomprensione, che traspare dal nome che si è dato, appare ingannevole: si direbbe "molto rumore per nulla";

– oppure una gerarchia non c'è e la prevalenza è stabilita, alla fine, da chi decide, ed allora il Diritto vivente si ritrova impantanato nel problema di spiegare da dove chi decide attinge le ragioni e la legittimazione per decidere.

A rigore, quest'ultima sembrerebbe la risposta che si trae dalle proposizioni più accreditate della dottrina del Diritto vivente. Ma questa risposta, oltre alla domanda sulla legittimazione, porta con sé un interrogativo di fondo: come si concepisce il diritto una volta che sia privato della categoria dell'ordine e del vincolo che la accompagna e, più in generale, che sistema sociale è quello che viene da un tale corto-circuito di legislazione e giurisdizione.

Ma se si mettono insieme i due interrogativi che sono venuti emergendo dal ragionare su questa prima domanda (ossia: "che diritto è questo del Diritto vivente che non si dà più come *a priori* del conflitto e che si lascia cogliere solo *ex post* dalla sua decisione" e "come si concepisce il diritto, e poi una società, quando siano così privati della categoria dell'ordine") ci si avvede che la questione del rapporto tra diritto e ordine va oltre lo stesso Diritto vivente e investe, più in generale, non solo lo stesso modo d'essere del diritto in questo tempo e il modo di intenderlo e rappresentarlo, ma anche il suo rapporto con la società e lo stesso modo d'essere di questa. E li investe (l'uno e l'altro) con una domanda radicale: in questa separazione, che il Diritto vivente postula, del sistema giuridico dalla categoria dell'ordine non c'è più spazio per la ragione oppure si dà pur sempre una ragione secondo la quale si possa comprendere lo stesso abbandono della ragione? O – se si vuole – c'è, alla fine, un ordine in questo disordine che sembra prenderne il posto?

5. La decisione: interpretazione o creazione

La seconda questione è "se l'interpretazione della legge possa ambire ad oltrepassare l'ordine che questa, almeno fino a poco tempo addietro, in qualche modo incorporava".

La questione dell'interpretazione e dei suoi limiti si pone solo quando si riconosca che, in qualche maniera, la legge incorpori un ordine ed istituisca un vincolo (per chi deve applicarla).

Rivolgere al Diritto vivente una questione del genere potrebbe sembrare, perciò, un fuor d'opera, dal momento che, a "prenderlo sul serio", esso sembra negare la preesistenza di un vincolo alla legge scritta e che senza di questo vincolo il problema dell'interpretazione non si pone neanche (o – se si vuole – muta/capovolge il suo oggetto).

E tuttavia considerare questa questione sembra necessario per il fatto che il Diritto vivente attinge gran parte delle sue ragioni proprio dalla teoria dell'interpretazione o, più esattamente, dalla critica delle vecchie, ormai improponibile e fin dall'inizio solo metaforiche, sue concezioni dichiarative.

Nell'opinione comune di giudici e dottori che professano il Diritto vivente la verità dei suoi assunti è asseverata dal fatto empirico che l'interpretazione non è mai dichiarativa, ma, sempre e necessariamente, creativa: il diritto è vivente perché si è emancipato dalle morte formule della legge scritta.

Nelle versioni più colte a fondamento teorico di quest'assunto empirico si adducono l'ermeneutica filosofica, e talvolta anche le versioni più radicali dello scetticismo analitico. Ma nessuno di questi due riferimenti, seppur per ragioni opposte, sembra in grado di scongiurare ogni perplessità.

Non sembra che questo sostegno gli possa venire dall'ermeneutica filosofica, perché questa, al contrario, teorizza proprio il suo opposto.

L'ermeneutica filosofica (M. Heidegger), dice, infatti, che non si dà alcun accesso al significato di un testo se non si dia prima una costitutiva "familiarità" tra l'"orizzonte del testo" e l'"orizzonte dell'interprete". Vi è, dunque, in questo pensiero una radicale differenza tra l'interpretazione di un testo e la libera creazione di un significato: la prima ricorre solo se si dia una "continuità" tra il testo e la proposizione che si mette al suo posto, la quale suppone un orizzonte comune e si sviluppa attraverso un "dialogo" tra un testo che parla e un interprete che lo interroga e si pone all'ascolto (il c.d. circolo ermeneutico). Fino al punto che, in chi di più ha sviluppato questo pensiero (H.G. Gadamer), si legge che il presupposto basilico dell'interpretazione è la fedeltà dell'interprete, e cioè la circostanza che l'interprete riconosca l'obbligatorietà della legge e si concepisca come esso stesso obbligato verso di essa.

Cosa debba intendersi con la familiarità di Heidegger o con la fedeltà di Gadamer non è, ovviamente, scontato. Ma è certo che l'una e l'altra implicano, alla fine, l'idea dirimente che si dia una distanza tra l'interpretare uno spartito musicale e il suonare la propria musica e che questa distanza sia costituita dal vincolo della prima ad un *quid* che le preesiste, che la seconda, invece, non subisce.

Il Diritto vivente, stando a quel che dice di sé, sembra, invece, immaginare di suonare una musica senza spartito: la coscienza sociale, alla quale esso per lo più si appella, infatti, in ogni caso sta fuori dal testo, si pone in un altro orizzonte e, soprattutto, non è astretta da alcun vincolo di fedeltà.

Dunque, il Diritto vivente: o si ancora alla filosofia ermeneutica e riconosce di sottostare ad un vincolo, rinnegando la sua pretesa di indipendenza dalla legge oppure rischia di risolversi in una congettura senza teoria. Il che, trattandosi dell'esercizio di un potere sugli altri, non è poco.

Diversamente, lo scetticismo analitico, nelle sue versioni più radicali, sembra, invece, dar ragione al Diritto vivente. Esso postula, infatti, l'inconoscibilità del significato della legge e la conseguente irrecuperabile discontinuità tra l'enunciato normativo e la proposizione che lo interpreta, sicché quella che vien detta interpretazione non sarebbe altro che – come diceva G. Tarello – retorica o propaganda.

I dubbi che solleva questo radicale scetticismo semantico a proposito del diritto e della sua lingua sono, però, altrettanto radicali. In fondo, gli uomini non hanno altra risorsa comunicativa che il linguaggio e non sembra si possa dire che questo abbia loro impedito di trasmettersi sentimenti e pensieri. E non si capisce perché mai di una tale efficacia comunicativa dovrebbe essere privo, proprio e solo, il linguaggio giuridico, che, addirittura, (dal Codice Hammurabi) ha scelto la scrittura proprio per garantirselo al massimo. Ma soprattutto non si capisce perché mai dovrebbe essere intellegibile la proposizione che interpreta un enunciato e, invece, non dovrebbe esserlo, già prima, l'enunciato stesso.

Allo scetticismo semantico che investe il testo, infatti, non può, di certo, sfuggire la sua stessa interpretazione, e tanto meno la "giustizia" o la "coscienza sociale" che essa chiama in soccorso. Non solo l'interpretazione, ma anche la "giustizia", infatti, si dà soltanto nella parola. E, allo stesso modo, la "coscienza sociale" non comunica *ex se* e deve, pur essa, essere detta attraverso opinioni e proposizioni, le quali son fatte di parole, che devono anch'esse essere interpretate. Né cambia granché se con essa ci si volesse riferire alle prassi, ai fatti, visto che, già più di cent'anni fa, F. Nietzsche aveva avvertito che "non ci sono fatti ma interpretazioni": il passaggio dalla prassi ai "valori", che essa manifesterebbe, implica, sempre, un discorso che procede, necessariamente, dalla parola ed approda ad altre parole. Con il risultato che il Diritto vivente si risolverebbe nella singolare proposta di sostituire ad un enigma, quello del testo, un altro enigma, quello della sua interpretazione e dei suoi ascendenti extra-testuali.

Il Diritto vivente, perciò, rimane, alla fine, travolto dallo scetticismo generale che, filosoficamente, sopraffà lo scetticismo regionale delle correnti più radicali dell'analisi del linguaggio giuridico, che esso chiama a proprio fondamento.

Con la conseguenza che il fondamento del Diritto vivente non starebbe in un qualche esito incontrovertibile della ragione o in una qualche autoevidenza della prassi, ma semplicemente in un atto di volontà, nella decisione di prendere il posto della legge.

D'altra parte, e infine, se l'interpretazione ha lo statuto epistemologico della "propaganda", e cioè della politica, allora l'interrogativo che necessariamente ne viene è quello posto dalla terza questione, e cioè in nome di chi e con quale legittimazione l'interprete (che interprete non è più) decide la politica che consegna ai suoi *dicta* e che impone con la *force de loi* all'intera società.

6. Nel nome di chi: legge o giurisdizione ovvero *polis* o élite, ma fino a quando e per conto di chi

La terza questione è: “in nome di chi o di cosa la decisione può prendere il posto della legge e come questa sostituzione retroagisce sul pensiero generale della società”.

Tutte le considerazioni che si son fatte fin qui hanno posto in primo piano la questione della legittimazione. Ma questa questione apre l’orizzonte di questa discussione al rapporto del Diritto vivente con il pensiero della società, e cioè, alla fine, con la stessa idea democratica.

Gli antichi dei sono morti proclamava F. Nietzsche. Ma – verrebbe da dire – i giuristi se ne sono inventati di nuovi: il Novecento ha accompagnato il vecchio Diritto naturale al cimitero degli dei, ma il Diritto vivente ha provveduto a ripopolare l’Olimpo con la Coscienza sociale e con la Comunità di linguaggio.

Occorre, perciò, chiedersi che dei sono mai questi (nuovi dei).

Già nelle società industriali – spiegava E. Durkheim – la coscienza collettiva si frammenta in sottogruppi di valori e permane in generale solo come senso dell’appartenenza ad una medesima società, come coscienza del legame sociale. E difatti, su temi civili come quelli dell’aborto, del fine-vita, del suicidio assistito, delle coppie omosessuali o della procreazione eterologa e della relativa filiazione si registrano ancora, e in tutto l’Occidente, spaccature sociali e politiche estreme e si conducono battaglie elettorali senza quartiere. E ancor peggio avviene, seppur sotto-traccia, nel campo delle relazioni economiche dove vige la moltitudine dei rapporti diseguali e la percezione dei membri di una società si frammenta secondo le loro disegualianze: la “coscienza sociale” di Amazon non sarà mai quella dei suoi dipendenti.

Dunque, al posto della Coscienza sociale, dalla quale il Diritto vivente vorrebbe attingere il fondamento delle sue decisioni, esistono, piuttosto, tante coscienze sociali quante sono le condizioni spirituali e materiali di esistenza dei membri di una comunità.

Questo significa, però, che il riferimento alla Coscienza sociale, implica sempre una scelta tra le molte coscienze che abitano le odierne società.

Ne segue, allora, l’ulteriore interrogativo: chi sceglie la “coscienza sociale” da assumere, volta a volta, a criterio del decidere, e con quale legittimazione.

Su quest’interrogativo il Diritto vivente, di solito, sorvola o, quando non lo fa, si appella, con le sue espressioni più colte, alla comunità dei parlanti ed alla ragione discorsiva (e/o pratica): la coscienza sociale, che trapassa (*rectius*: è fatta trapassare) nell’universo del diritto, è quella che si forma nella comunità dei parlanti secondo le regole della ragione discorsiva di J. Habermas. Questa comunità dei parlanti, però, non è altro, alla fine, che la comunità dei giuristi e, perciò, l’opinione da essa condivisa, per quanto apprezzabile possa sembrare, è sempre l’opinione di una frazione soltanto, e per di più molto esigua, della società.

Al posto della ragione discorsiva (e/o pratica) si insedia, perciò, al vertice del diritto la volontà della comunità dei decidenti: si direbbe *stat pro ratiōne voluntas*.

Ma il senso di questa *voluntas*, che sposta il potere normativo dalla legislazione alla giurisdizione, scavalca la teoria giuridica e si lascia apprezzare realmente solo sul piano più generale della teoria della società e dell'odierna (un po' malconcia) sua forma democratica (nel cui nome, tuttavia, tutti dicono di parlare e di operare).

Questa disputa tra legislazione e giurisdizione, infatti, non può, certo, risolversi in una contesa tra élite, politica e giudiziaria. Non vi è dubbio che una tale contesa ci sia, ma è solo l'epifenomeno di una vicenda che ha ben altre basi.

Ben più di duemila anni fa, Aristotele aveva spiegato che la "misura", secondo la quale i membri di una comunità si riferiscono l'un l'altro, è assolutamente *necessaria* ma non si dà in natura ed è, perciò, del tutto *artificiale*. Ma artificiale significa che è una creazione degli uomini da essi stessi prodotta per organizzare il loro stare insieme e la sopravvivenza e lo sviluppo delle loro società secondo l'orizzonte di senso che di volta in volta si danno. Sicché la sua determinazione non è mai un affare dei *mensores* ma una questione della *polis*.

Ma se così è, allora il potere di produrre questa "misura", che prende la veste del *nomos*, non può aver sede che nella stessa *polis* o in quell'istanza alla quale essa ha consegnato la sua sovranità, la decisione su sé stessa ed il suo futuro.

Nella teoria democratica il principio che il *nomos* appartiene alla *polis* fa corpo con la stessa idea di democrazia e ne determina il senso profondo: la democrazia consiste nell'autogoverno della società e questo si dà solo quando si possa dire che ciascuno è obbligato a osservare un comando in forza di una norma che egli stesso si è data, ossia che viene dall'esercizio della frazione di sovranità popolare che gli compete.

Ma se la legittimazione democratica del comando del diritto abita solo sotto il tetto della sovranità popolare, allora lo spostamento del potere normativo dalla legge alla decisione, e cioè dal parlamento alla giurisdizione, solleva due interrogativi cruciali, che consegnano alla discussione di questo convegno.

Primo interrogativo: se il progetto del Diritto vivente manifesta un tempo nel quale la società comincia a prendere congedo dal governo democratico per incamminarsi verso un regime elitario, dove l'esercizio del comando giuridico si condensa (sembra condensarsi) nelle mani di un corpo professionale che, a dir le cose come stanno, può esibire una legittimazione solo "tecnocratica".

Secondo interrogativo: se un tale progetto, che mette da parte il parlamento e la sovranità popolare (che in esso ha/avrebbe la sua sede), non finisce per, o rischia di, incoraggiare l'ulteriore marginalizzazione della politica e consegnare il governo della società alle "potenze senza nomi e senza luoghi", contro il cui reale potere di comando una giurisdizione senza legittimazione, realisticamente, non può pressoché nulla.

7. Gli scenari del mutamento: una tecno-economia senza confini, la singolarizzazione della società e la decadenza della politica

Il compito, che mi è stato affidato, di introdurre la discussione di questo convegno potrebbe finire qui: con la formulazione delle domande che sottostanno alla

sua articolazione e all'ordine di riflessioni che si son chieste ai suoi illustri Relatori. E tuttavia qualcosa da dire ancora rimane, che è, forse, più importante delle domande che si è, fin qui, cercato di mettere a fuoco.

Questo qualcosa di ulteriore e più importante concerne la questione del rapporto tra pensiero e mondo, ossia, nella specie, del rapporto tra, da un lato, quel che si direbbero essere il diritto e la legge secondo la rappresentazione che di essi si evince dalla dottrina del Diritto vivente e, dall'altro, il modo d'essere che il diritto e la legge sono effettivamente venuti assumendo in questi ultimi quarant'anni nei quali questa dottrina è stata escogitata ed è divenuta quasi *communis opinio*.

Più esattamente, questa questione (che detta in questi termini potrebbe sembrare un po' criptica) fa chiedere se quel che questa dottrina immagina del diritto e della legge non corrisponda tuttavia ad una qualche reale modificazione dell'uno e dell'altra.

Dicendolo in modo forse un po' più chiaro:

– anche se – come a me sembra – da questo confronto risultasse che il Diritto vivente non è in grado di esibire un pensiero teorico dal quale sia argomentabile e neanche un'autorità esterna o una base materiale su cui poggiare la sua pretesa di decidere sui conflitti, la legittimazione a determinare in qualche modo gli orientamenti di una comunità,

– anche se – come a me pare – un'analisi spassionata degli orientamenti giurisprudenziali che vengono chiamati a testimoniare per la creatività del Diritto vivente facesse dire che (a parte qualche eccezione nel campo dei c.d. diritti civili, peraltro talvolta non sorretta da grande coerenza) le trasformazioni più pesanti che il diritto subisce in questo tempo non provengono, in realtà, dalla giurisdizione,

– e finanche se – come pure a me sembra – si dovesse concludere che la sua pretesa di porre la giurisdizione al posto della legge sia, comunque, destinata a rimanere, alla fine, sostanzialmente irrealistica, non solo molto discutibile ma soprattutto molto improbabile,

– tuttavia, rimarrebbe comunque difficile concepire che i caratteri che al diritto vengono da questo modo di immaginarlo, non trovino una qualche oggettiva ragione in una reale trasformazione del sistema giuridico (e dello stesso sistema sociale), e possano costituire solo il portato di una disputa (di potere o di primazia sociale) tra élite giuridiche ed élite politiche.

Questo sposta l'asse della discussione dal passato dell'Uso alternativo del diritto e del suo rapporto con il Diritto vivente al presente del rapporto tra il Diritto vivente e il modo d'essere del diritto in questo tempo. In fondo, sembra più che verosimile pensare che la disputa su legislazione e giurisdizione si sia inserita in un processo storico che investe i caratteri cruciali del diritto di questo tempo ed il suo rapporto con la società che gli corrisponde.

Ma questo è, alla fine, ciò cui mira questa discussione e di questo, perciò, questa introduzione deve in qualche modo anche occuparsi.

A pensarci su, quest'idea (del Diritto vivente) di un diritto che (proprio alludendo ad un *oltre* della positività che non esibisce più gerarchie prestabilite e non ammette deduzioni vincolanti) abbandona la stessa categoria dell'ordine e sembra affrancarsi da ogni ragione, universale o storica che sia, la quale ne orienti lo sviluppo e/o ne permetta la comprensione/rappresentazione, può essere immaginata

e divenire oggetto di discussione solo dentro lo scenario reale di un diritto positivo dove a prevalere sia sempre più la *contingenza* e che si conformi in misura crescente ad una *strategia in-mediatamente responsiva*.

Questi, per l'appunto, sembrano proprio i caratteri che, a guardarla bene, la stessa legge già prende ad esibire fin dall'ultimo ventennio del secolo appena trascorso. Sicché si può pensare che il Diritto vivente annunci, con parole e costrutti spesso impropri e improbabili, una trasformazione del diritto (positivo, piuttosto che del modo di applicarlo) che è già all'opera in questo tempo.

A dar conto di questa trasformazione del diritto e della legge sono processi che investono a cascata l'economia, la stratificazione sociale, l'antropologia collettiva e la politica, e che qui si possono solo accennare.

A metà degli anni '70 ha inizio "la guerra invisibile" dei potenti (M. D'Eramo) contro i ceti sociali che con le loro rivendicazioni e con la costruzione del *Welfare State* ormai ne insidiavano il dominio.

Le armi di questa guerra furono l'immissione crescente della tecnica nei processi di produzione e lo svuotamento delle sovranità nazionali: robotizzazione dell'economia e globalizzazione dei mercati disarmarono, via via, il lavoro, sovvertirono la stratificazione sociale, creando nuovi ceti e rideterminando quelli di prima, e modificarono l'antropologia individuale e collettiva.

Da un lato, si ruppe la piramide sociale, secondo la quale un tempo si disponevano le società e ne prese il posto una clessidra, dove ad un corpo superiore che raccoglieva le élite della ricchezza e del potere (e i loro nutriti seguiti) si contrapponeva un corpo inferiore ove si addensavano i *minores*, le aree crescenti dello scivolamento sociale.

Dall'altro, e per conseguenza, si venne producendo una modificazione profonda, e decisiva, del modo in cui gli uomini intendevano sé stessi ed il loro rapporto con gli altri, in forza della diffusione molecolare di un orizzonte ove si annuncia che "ciascuno è per sé" e che "ognuno si salva da solo". Il crollo, che si prende a percepire, delle difese di prima (il sindacato e i partiti del *Welfare*), e la riarticolazione del lavoro, che rompe la stratificazione sociale di un tempo e le solidarietà che le erano proprie, producono, infatti, una generale modificazione antropologica, che agli arcipelaghi ed alle aggregazioni di cui prima si componeva il tessuto sociale sostituisce una universale singolarizzazione: la *società liquida* descritta da Z. Bauman.

Da questi processi si origina la crisi radicale della politica. La singolarizzazione è, infatti, la decostruzione delle distinzioni, l'annientamento di quanto istituisce un principio di identità in grado di aggregare (e quindi di associare e dividere): la singolarità è distinzione assoluta, è – a ben vedere – irriducibile distanza di ognuno dagli altri, si concepisce come destino separato e, alla fine, solitario e per questo abroga le condizioni della "amicizia", che è la prima delle due gambe su cui sta in piedi e cammina la politica.

8. Le trasformazioni del diritto di questo tempo senza società e senza politica: le dogmatiche senza archetipi, la legge negativa e la privatizzazione dell'*imperium*

Simmetrica a questa crisi della politica è la modificazione del modo d'essere del diritto e dello Stato di questo nuovo tempo.

Questa trasformazione investe il diritto e lo Stato in due direzioni:

– La *prima direzione* si può dire quella della *discontinua continuità*, ed opera su due versanti:

(-) quello dell'*interventismo rivoltato*, dove ai sottosistemi welferistici di un tempo, centrati sul diritto diseguale volto alla protezione di soggetti nominati, economicamente e socialmente connotati ed aggregati (contadini senza terra, affittuari di fondi agricoli, conduttori di immobili urbani, ecc.), subentra la legislazione eurounitaria del consumatore, dell'investitore, ecc., centrata, invece, sul diritto regolativo (neoliberale) del soggetto singolare e liquido, senza qualità sociali;

(-) e quello del *diritto affrancato delle dilatazioni semantiche dei costrutti normativi*, dove le categorie giuridiche si scollano dai loro archetipi (le brevettazioni senza invenzione della "natura", i contratti senza scambio della raccolta dei dati personali e dei derivati creditizi, ecc.), ne scavalcano le *rationes* e i relativi limiti e consegnano la nuova ricchezza a "potenze senza luoghi e senza nomi".

– La *seconda direzione* è quella della *radicale discontinuità* ed opera anch'essa su due versanti:

(-) quello della *legge negativa*, che implementa l'imperativo negativo (la *Grundnorm* di questo tempo) che abroga/cancella le regolazioni, i confini e gli apparati del *Welfare* e liberalizza capitali, merci, lavoro e servizi;

(-) e quello della *privatizzazione dell'imperium*, che vede, da un lato, lo Stato perdere il controllo del comando sulle risorse e mutarsi in negoziatore della loro destinazione e distribuzione e che, dall'altro, registra il mutarsi della legge da *generalis voluntas* che garantiva la supremazia dell'interesse generale in *legge concertata*, contrattata dallo Stato con singole grandi imprese o corporazioni di settori industriali o del grande commercio, o, addirittura, in delega all'*autonormazione privata* (secondo il modello dell'*accountability*).

Tutte queste trasformazioni costituiscono l'altra faccia della crisi/morte della politica e segnano il passaggio dal *government* alla *governance*, con cui l'*imperium* cessa di identificarsi con la *polis* e con l'ordine da essa deciso, si trasferisce in larga misura ai privati e si scioglie nella universalizzazione della logica del contratto e nei molteplici e mutevoli equilibri che di essa son propri.

Di questa trasformazione Bruno Montanari ha dato una lettura epistemologica di rara lucidità ed efficacia:

In definitiva, ciò che si verifica è un passaggio epocale tra due "sequenze" [...]: a quella 'ordine-sistema-ordinamento' si sostituisce una sequenza formata da tre nozioni 'complessità-equilibrio-governance' [...] nella quale la visione di un ambiente sociale complesso deve essere rimodulata secondo un'immagine di tipo puntistico-reticolare [...] con il rischio di perderne il controllo e di ritrovarsi in un 'nuovo mondo', senza aver capito né il 'come' né il 'perché'.

Così, difatti, si presenta oggi il diritto: esso ha preso a funzionare in un modo che non risponde più alla categoria dell'ordine e che prescinde da una riconoscibile ragione. E poiché ordine e ragione sono le condizioni del pensiero, questo

diritto sembra avviato – come conclude Bruno Montanari – verso un tempo nuovo, quello del post-pensiero.

Questo situarsi del diritto nel post-pensiero significa che esso realmente non funziona (non si produce e riproduce) più secondo le categorie del pensiero, non che non possa più essere indagato dal pensiero: questo nuovo tempo destituisce l'ordine e la ragione come modi d'essere del diritto, ma non destituisce il pensiero, il quale, perciò, può chiedersi *se ci sia e quale sia* un ordine di questo disordine del diritto e una ragione di quest'abbandono della ragione nel diritto.

Un *ordine del disordine* non significa che il disordine sia solo apparente, significa, invece, che il diritto *effettivamente* si produce ed opera in modo disordinato e che, tuttavia, questo suo *modo d'essere disordinato*, all'apparenza “casuale”, corrisponde (può corrispondere) ad un altro e diverso principio d'ordine o – meglio – ad un modo contingente e anarchico delle cose del mondo e dello stesso diritto che oltrepassa il nudo *caos* e li conduce ad un approdo non casuale

Allo stesso modo, una *ragione dell'abbandono della ragione* significa che il diritto, che volta a volta si produce, *effettivamente* non obbedisce ad alcuna necessità logica o sostantiva, ad alcun suo “dover essere” precedente e che, tuttavia, questo suo *modo d'essere a-razionale, senza ragioni* corrisponde (può corrispondere) ad un'altra e diversa logica o – meglio – ad un modo incoerente di procedere del mondo e dello stesso diritto che oltrepassa il buio della ragione e li conduce ad assetti che esibiscono un perché, teoreticamente intellegibili/razionabili.

Entrambe queste proposizioni racchiudono altrettanti ossimori. E perciò la questione che pongono è come stanno insieme gli opposti che le compongono.

Per interrogarsi su questa questione occorre, però, cambiare postura, ragionare muovendo alla ricerca di – se così si può dire – “*com'è il dover essere dell'essere che è*”, e cioè di com'è (di che fattezze prende) il diritto per le trasformazioni che è venuto subendo, ma chiedendosi anche che mondo è quest'*altro mondo* che sembra volergliele imporre.

9. Gli ossimori dell'ordine del disordine e della ragione senza ragioni: il diritto a incondizionata disposizione del potere, il paradigma imperiale centro/periferia e l'antropologia del soggetto centrico

Questi ossimori, ordine del disordine e ragione senza ragioni, muovono dalle trasformazioni del diritto in questo tempo, ma la loro reale portata ne oltrepassano i confini e richiede di ragionare in tre direzioni, che sembra il caso di anticipare:

- quella del modo d'essere del diritto di questo tempo;
- quella del paradigma sociale entro cui si produce un tale diritto;
- quella dell'antropologia sottesa a tale diritto e al paradigma sociale che gli è proprio.

Il *primo passaggio/livello* di questo ragionamento è quello che mostra nell'odierno modo d'essere della legge come un *diritto a incondizionata disposizione del potere*.

Nel tempo di prima il diritto consisteva e funzionava nel fronteggiare la contingenza del suo ambiente (i conflitti e i problemi del mondo, le complessità dell'ambiente) inserendo *programmi condizionali* (specie di fatti) entro il proprio codice binario *lecito/illecito* (N. Luhmann). E però la determinazione di tali programmi non era casuale, non avveniva sulla spinta di questa o quell'urgenza/contingenza, ma era sempre operata secondo una *logica immunitaria* altamente selettiva, la quale ne operava la cernita e li vagliava secondo un senso sostantivo e/o funzionale che (attraverso gerarchizzazioni e differenziazioni) ne assicurava le compatibilità complessive.

La fenomenologia di questo tempo parla, invece, della crisi della politica, della indeclinabilità dell'interesse generale e del venir meno di una generale razionalità sociale che visibilmente governi l'agire collettivo. E questa fenomenologia restituisce nel campo del diritto la primazia epistemologica della *contingenza* e il dissolvimento della logica immunitaria del sistema giuridico in una strategia *in-mediatamente responsiva*: al posto del sistema del diritto si insedia un insieme fluttuante di fattori molteplici percorsi da connessioni agite dalla contingenza e tenute insieme da strutture latenti all'apparenza senza centro e senza fini.

Questo significa che la contingenza, che prima era esterna al sistema (giuridico) e semplicemente oggetto delle sue prestazioni, che consistevano nella semplificazione della complessità che essa suscitava, si è trasferita all'interno del sistema (giuridico) come carattere delle sue stesse prestazioni: al sistema giuridico di prima, informato ai principi della funzionalità intrasistemica e della compatibilità intersistemica, è subentrata una condizione dove la strategia immunitaria del diritto è retta *in-mediatamente* dalla stessa contingenza che dovrebbe dominare, dal principio che "può sempre essere diversamente a seconda di chi e come la guarda", più esattamente a seconda di quale sopravvenuta complessità sia, di volta in volta, presa in considerazione e di quale veduta di essa, di volta in volta, prevalga.

E questo, a sua volta, significa che la strategia immunitaria del diritto, e quindi il diritto stesso, sono posti nelle mani di chi è in grado di governare l'una cosa e l'altra, ossia il porre all'ordine del giorno una contingenza invece di un'altra e il determinare la veduta secondo la quale considerarla.

Ma, se così, il sistema viene meno (solo) nel senso che vengono meno i suoi limiti di funzionalità intrasistemica e di compatibilità intersistemica (e cioè l'ordine di prima e la ragione che lo sorreggeva) e che, al loro posto, esso introietta l'*emergenza volta a volta decisa* lasciando alla *in-mediatezza interessata* la sua logica immunitaria: il diritto non obbedisce più ad alcuna predeterminata necessità sostantiva o politica e i suoi *output*, i suoi costrutti normativi, per questo, appaiono indeterminabili *a priori*, poiché non si sa prima in che direzione sarà indicata l'emergenza da considerare e in che modo la sua strategia immunitaria entrerà in opera.

Caduto il sistema interposto della politica che mediava il rapporto tra diritto e società, infatti, la strategia immunitaria del primo è entrata in *corto-circuito* con gli interessi eminenti della seconda, che dalla politica fino a poco tempo addietro erano, invece, mediati e ricondotti ad unità.

Il che, ancora, può far pensare che il disordine del diritto e il suo esorbitare dalle restrizioni della ragione che prima lo governava liberino il potere dai vincoli di prima e mettano la *force de loi* (come la chiama J. Derrida) a sua puntualistica disposizione.

Il *secondo passaggio/livello* è quello del *nuovo paradigma imperiale* dei rapporti tra i sistemi parziali che abitano la società.

Nella costitutiva distinzione di sistema e ambiente, l'ambiente di ciascun sistema parziale era costituito dagli altri sistemi parziali dai quali muovevano gli *input* problematici, le complessità per i quali esso era chiamato ad apprestare le proprie prestazioni risolutive (N. Luhmann). Ma a questo compito ciascuno di questi sottosistemi provvedeva secondo gli imperativi sistemici della preservazione della propria autonomia (dalle invasioni mosse dall'imperialismo degli altri sistemi parziali, dalla loro pretesa di interferirlo direttamente) e della compatibilità intersistemica, cioè dal principio funzionale che la semplificazione di una complessità non poteva darsi complessificando oltremodo gli ambiti e le prestazioni propri degli altri sistemi parziali (dovendo piuttosto procedere attraverso la scorporazione della nuova complessità e la sua allocazione attraverso la differenziazione in ulteriori sottosistemi satelliti: ad es., il diritto agrario, il diritto delle locazioni urbane, il diritto industriale, ecc., ossia il pullulare delle legislazioni e dei diritti speciali del secolo scorso).

Per quel che qui interessa questo compito di salvaguardare questi limiti costitutivi del sistema sociale erano deputati fino a quarant'anni fa al *sottosistema interposto della politica*, che perciò operava come argine delle pretese di prevalenza, imperiali per l'appunto, degli altri sottosistemi, e segnatamente del sistema economico; il nome che quest'argine prendeva era quello di *interesse generale*, di *bene comune*.

La decadenza di questo sistema interposto procura, allora, la decadenza di questi vincoli sistemici e li sostituisce con i *criteri pragmatici* della *efficienza* e del *peso*: prevale, alla fine, il sottosistema che possa esibire più efficienza e più peso degli altri.

Ma efficienza e peso ridispongono i sistemi parziali secondo un nuovo modello (non più funzionale ma) asimmetrico: il *modello del centro/periferia*, un modello che è asimmetrico ma non gerarchico perché non opera secondo lo schema formale del comando ma secondo quello, imperiale appunto, di influenza/dipendenza-passività (L. Gallino).

In quest'altro modello il centro è preso dal sottosistema dominante/influente ed è conquistato da quello dei sottosistemi che può vantare il maggior grado di *universalità*: l'essere il denaro (che – si ricordi – è un *medium* della comunicazione sociale) equivalente di tutte le cose, la sua vocazione di “misurare” tutta la “materia” che ha sede negli altri sistemi parziali della società (dall'arte alla scienza, dalle relazioni personali al dolore) e, misurandola, di sottoporla alla sua logica quantitativa insedia nel trono del centro della società l'*economia*.

Questo modello del centro/periferia prende il posto della differenziazione funzionale di prima e, insediando nel centro l'economia, consegna a questa la determinazione dell'emergenza da considerare e dell'orizzonte nel quale immunizzarla. E poiché quella dell'economia è una logica quantitativa il *centro di questo nuovo centro* si determina secondo la quantità che gli è propria, quella del denaro, e perciò è occupato da (quelle che solitamente si designano come) “potenze globali senza nomi né luoghi”, e dalle loro articolazioni nazionali.

Il *terzo passaggio/livello* è costituito dall'*antropologia imperiale* che in tal modo si insedia nelle società attuali.

Decaduti l'*homo oeconomicus aequalis* del primo diritto borghese e l'*homme situé* della breve epoca del *welfare*, questo nuovo tempo produce nel campo del diritto (ma non solo) un'*antropologia scissa*, quella del *soggetto liquido*, singolare e senza qualità, del diritto regolativo (neoliberale) dei ruoli giuridici fungibili senza storia e senza archetipi e quella del *soggetto smisurato* del diritto a disposizione, che decide l'emergenza e il modo di vederla e immunizzarla.

Ma questa antropologia scissa è figlia del modello centro/periferia, il quale, perciò, opera sulla sua asimmetria ridescrivendola e rinominandola: un'*antropologia del centro* o del *soggetto centrico* misurata sul soggetto smisurato, così, emargina e subordina un'*antropologia della periferia* o del *soggetto residuale* affollata di soggetti liquidi, singolari e senza qualità, e per questo marginali nella rappresentazione di questo tempo della società.

Questo *soggetto centrico*, che ha messo il *proprio sé* al posto della *polis*, concepisce, immagina, il proprio orizzonte pressappoco come quello dello *übermensch* di F. Nietzsche, liberato dai vecchi valori, dalle loro effimere certezze e dai vincoli che ne frustravano la volontà di potenza. Ma non si avvede di essersi consegnato alla gabbia della "matrice" quantitativa che gli ha dato accesso al centro del mondo e che blocca la sua volontà di potenza su ciò che questo accesso sostiene, condanna ad una coazione a ripetere senza coscienza che è l'opposto della vita: questo soggetto centrico ha ucciso gli "antichi dei" per insediarne un altro ancora più esigente e intransigente, e così il suo spirito dionisiaco danza sulla scena di un racconto consolatorio dove prevale il *nichilismo negativo/incompleto* di una nuova metafisica (o di quel che secondo E. Severino era/è destinato a prenderne il posto), quella della tecno-economia.

A questo soggetto centrico, che abita i quartieri delle "potenze globali senza luoghi e senza nomi", è stato dato – da Y.N. Harari – un nome che più di ogni altro gli si addice al modo in cui esso concepisce e immagina sé stesso, quello di *Homo deus*. Mentre il mondo del *resto*, quello dei soggetti liquidi, sembrerebbe avviato a dar corpo a quella che vien detta la *classe inutile*, ove si addensano i *minores* dell'ampolla inferiore della nuova clessidra sociale.

Ma se così il *posmoderno*, del quale anche i giuristi, compiaciuti, vestono il diritto di questo tempo, non è altro che il *moderno senza i limiti* che gli venivano dall'alleanza, dal compromesso delle origini con il *demos*, con i *citoyens* dell'89, e che hanno segnato gli ultimi duecento anni della sua storia. Sarebbe – si può dire – il suo *compimento*: il predominio della matrice economica senza il contrappeso costitutivo della *democrazia*, e quindi della *politikà* che di essa è l'anima.

10. Brevi e provvisorie conclusioni

Qualche brevissima e provvisoria conclusione.

Questo è quel che a me pare e che mi è sembrato di dover sottoporre alle riflessioni del convegno e di quanti ne leggeranno le belle relazioni: checché se ne pensi, discuterne si può pensare serva ai giuristi, e forse anche alla politica.

Se l'ingresso dei giuristi nel tempo del *post-pensiero* (come, felicemente, lo ha chiamato Bruno Montanari) annuncia mutamenti siffatti del diritto e della società, allora tener fermo lo *spirito cognitivo* di prima, e cioè la vocazione a pensare il diritto secondo categorie, giova al pensiero giuridico e giova al diritto.

Giova al pensiero giuridico perché lo toglie dalla tentazione di barattare l'oggettività del loro sapere, quella – beninteso – che si può dare nel campo di una scienza sociale, con una supposta supplenza della legge, che rischia di farne lo strumento di un potere centrico, che del diritto prende solo l'*imperium*, il suo dispositivo coercitivo, per porlo al servizio *in-mediato* del proprio sé in luogo della *polis*.

E giova anche al diritto, perché mostrando il senso e le funzioni dei suoi presidi giuridici, impedisce che si sottovalutino gli scenari che il loro oltrepassamento aprirebbe e rende più difficile accantonare il compromesso tra potere e *demos* su cui si regge(va) il suo senso evolutivo, l'orizzonte, che custodisce da duecent'anni, di una razionalità sociale esposta al potere ma bilanciata dal *demos*, dai *citoyens* e per questo pur sempre generale.

Ma qualcosa, forse, può dire anche alla politica, o a quel che ne resta: soprattutto due cose, limitate a quell'aspetto di essa che interessa questa discussione sul diritto.

La prima è che la politica ha da custodire le forme, poiché le istituzioni e i loro principi costituiscono le condizioni, le vie della sua comunicazione, e quindi della visibilità del conflitto sociale e del suo "addomesticamento" civile, del suo permanere come competizione invece di mutarsi in guerra: nel che propriamente consiste la stessa democrazia.

La seconda è che la politica non può esaurirsi in questa custodia, poiché le vie non servono a niente se non vi è chi le percorra e non sappia dove andare.

La politica nasce, e muore, con l'immaginario collettivo, con il modo in cui uomini e donne percepiscono sé stessi e il loro rapporto con gli altri e con la natura e con il trascendimento di queste loro percezioni in immagini del mondo e modi di vederlo.

Questo immaginario agisce nelle prassi sociali come *sensu* che organizza i comportamenti degli uomini e le relazioni tra loro. E passa attraverso nuovi significati, attraverso parole e nomi delle persone e delle cose che le trascendono in un reticolo di significazioni che posiziona, distingue e unifica (C. Castoriadis e P. Barcellona).

La storia della deriva puntistica del diritto e del suo slittamento verso il paradigma (che si è detto) imperiale muove dalla diffusione molecolare dell'immaginario singolare e mostra, perciò, che la messa in discussione di quest'immaginario, che ha pressoché ucciso la politica e svuotato la democrazia, può procedere solo da una diversa significazione, *incarnata e operante*, che istituisca altre distinzioni tra ciò che conta e ciò che non conta, tra quel che ha valore e quello che non lo ha o ne ha di meno, tra quel che conviene fare e quanto non va fatto.

"Il futuro – scriveva Z. Bauman – da habitat naturale di speranze e aspettative legittime [si è mutato] in sede di incubi". E da qui sono venuti prassi e immagini dove "ognuno è per sé" e "ciascuno si salva da solo".

Un nuovo immaginario, perciò, si dà solo costruendo uno sguardo su quello che sarà.

Per chiarimenti relativi ai concetti impiegati e alle categorie qui utilizzate, che, a volte, possono sembrare un po' ermetici, e, soprattutto, per indicazioni bibliografiche sui diversi passaggi di questo ragionamento sia permesso rinviare a:

Barcellona, M., Montanari, B., *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvechi, 2023.

Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi Editore, 2022.

Barcellona, M., *Giudici Politica Democrazia*, Castelvechi, 2024.

Barcellona, M., *Dove va la democrazia. Scenari dalla crisi*, Castelvechi, 2018.