

Riccardo Felici

## IL DIRITTO NELL'UOMO E NELLO STATO

«Nei secoli di fede si pone lo scopo finale della vita al di là della vita»

Alexis de Tocqueville, *La democrazia in America*

*In memoria di Tommaso Marciano*

### 1. Origine metafisica del *ius*: terzietà e controfattualità

Un'impostazione filosofica tradizionale del concetto di diritto pone sempre basi di sviluppo sulla relazionalità intersoggettiva dell'uomo: la ricerca di una regola non ha mai un senso nell'asocialità; è solo la convivenza fra uomini che costituisce l'origine di quella conflittualità attribuita solo da leggi il più possibile chiare. Il diritto non è altro che un tentativo, uno sforzo della civiltà umana in lenta e più o meno costante evoluzione di darsi delle regole basate sia sul senso pratico sia sulla convinzione della bontà di certi comportamenti, siano essi codificati formalmente o frutto di consuetudini maturate nel corso di secoli.

Il rapporto intersoggettivo non è altro che il requisito di pluralità, altrimenti non sussisterebbe il bisogno di confrontarsi; questo elemento svela subito un secondo importante requisito, quello di giuridicità: l'esercizio di una pretesa verso un altro soggetto, cioè l'interazione relazionale che da potenziale (rapporto intersoggettivo) diventa immanente; da ciò la terzietà del diritto, come assoluta garanzia di giuridicità. Il rapporto duale, infatti, non ha altra soluzione se non quella di coinvolgere una figura imparziale e disinteressata ai bisogni e alle necessità soggettive dei due contendenti: il Terzo.

L'entrata in scena del Terzo è visibile nel ricorso ai tribunali (penali, civili, amministrativi), ma, data la poliedricità del concetto, non sarebbe difficile inserire la figura del notaio in materia successoria e testamentaria o ancora quella dell'estimatore di beni finalizzata alla fissazione di un prezzo equo.

Si può allora dire che c'è diritto alla presenza di tre fattori concatenati:

- rapporto tra soggetti
- pretesa di un soggetto verso un altro avanzata alla presenza del Terzo
- terzietà dell'esperienza giuridica

A partire dal concetto di alterità essenziale del rapporto sono possibili diverse costruzioni concettuali; tra queste un'accezione storicistica della terzietà medesima porta a vedere in tale esperienza il fenomeno (giuridico) di due dimensioni, menti, tenute in un'unità concretizzatesi nel tempo: ogni individuo sarebbe come pervaso da impulsi volitivi, i quali poi imbattendosi nella terzietà normativa della società subirebbero un ridimensionamento filtrato, come fosse intervenuta una censura finalizzata al convivere reciproco in assenza di contrasti. Il Terzo presentato nella costruzione-base sembrerebbe essere solo un giudice di una controversia; in realtà il filtro giuridico che lima e ridimensiona ogni progetto del singolo è anche legislativo (la normazione di leggi), nonché di polizia, votato alla sicurezza dell'ordine pubblico.

Questa descrizione-astrazione del momento giuridico sarebbe già sufficiente a spiegare come ciò possa appartenere solo ed esclusivamente al genere umano, solo l'uomo come essere pensante dotato di linguaggio, elemento distintivo rispetto agli animali e alle altre forme di vita biologica, sente il bisogno di darsi delle regole che non siano quelle di natura, basate sulla prevalenza di chi è più forte, più abile o più scaltro. La non accettazione (parziale o totale a seconda delle correnti dottrinarie) delle leggi di natura si racchiude nel concetto di controfattualità, ovvero nella tendenza a prospettare contenziosi e pretese risolvendoli esclusivamente attraverso quella componente propria solo del genere umano che è il linguaggio, trasmissione di informazioni codificate non funzionali al mantenimento della vita in senso lato. Il diritto è parola, scritta o non scritta secondo canoni definiti, ma è pur sempre un'esperienza di comunicazione tra le tante insite nell'uomo. In linea teorica, soprattutto da parte di chi vedeva nel diritto il sostrato cosmico della vita, si potrebbe distinguere tra diritto-funzione (legge di natura) e diritto-relazione (ordinamento di un contesto sociale); solo il secondo, tuttavia, ha una sua coerente logica di base, solo il secondo si rivela se non indipendente quantomeno autonomo dalla natura biologica. Tale concezione metafisica, centrata sul superamento delle categorie naturali, si presta, tuttavia, a derive pratiche molto spesso nocive al suo stesso impianto dialettico: superare la legge di natura e imporsi delle regole all'insegna della socialità immanente non implica una negazione delle regole di sopravvivenza: il linguaggio, del resto, è dominante nell'essere vivente più evoluto, ma non è elemento tale da rendere l'uomo avulso da comparazioni con altre forme di vita. Si potrebbe, quindi, intravedere nel *ius* una controfattualità non svincolata, non resasi totalmente indipendente dalla natura. Sussiste, in riferimento a una terminologia tipica della prassi dottrina, una differenza radicale e insuperabile tra il concetto di "autonomo" e quello di "indipendente": il primo comporta una libertà circoscritta a un determinato sistema di regole o di forme di vita, il secondo è invece l'assoluta assenza di vincoli, l'essere forma a sé stante.

Se innegabile è il concetto di controfattualità nella società umana, risulta parimenti evidente un'impossibilità pratica di una tutela egualitaria di tutte le componenti sociali, poiché, nel presentarsi al Terzo, non è mai veramente concepibile la neutralità della componente economica, gerarchico-sociale e pertanto timocratica: l'uomo della società controfattuale è sempre destinato a collocarsi per importanza e successivamente per compiti secondo criteri di lotta biologica, anche se ciò non implica vacuità o non-senso del diritto; se si sostenesse, infatti, che i sistemi sociali hanno la stessa struttura dei sistemi biologici, si affermerebbe l'identità tra informazioni vitali e comunicazione dei soggetti parlanti in una relazione discorsiva; sarebbe come cestinare criticamente lunghi processi di codificazione (dal XIX secolo in poi) e fatiche giuridico-letterarie o peggio ignorare antropologicamente il tradizionale e meticoloso rispetto degli usi e delle consuetudini non necessariamente giuridici.

Accertato il suo essere alternativo rispetto alla vita semplice, la controfattualità nasce dalla consapevolezza che mai nessun uomo riuscirà a prevalere in via definitiva sugli altri, di qui la ricerca di regole certe per evitare il disperdersi costoso di energie o il pericolo di soccombere in un conflitto senza vinti né vincitori. Questa fase si esplica nel momento normativo, nell'istituzione oggettiva di regole coercitive di comportamento configurabile nel processo legislativo, produttivo di norme. Le leggi, in seconda istanza, devono essere interpretate ai fini di applicazione: qualunque testo normativo o consuetudine non scritta necessita di un adattamento plastico al fatto contingente; di qui il giudice e la fase esecutiva. Infine una garanzia di messa in atto pratica si ha nella coercizione, nel rendere obbligatoria con moniti o anche con interventi di reale efficacia la decisione di un tribunale, l'applicazione di una legge, un orientamento ermeneutico scaturito dalla consuetudine: le forze dell'ordine garantiscono l'ordinamento vigente in tutte le sue accezioni.

Il contesto socio-politico che nel corso della storia dell'umanità si è plasmato acquisisce una sempre maggiore consapevolezza che si vive meglio e di più nella certezza delle regole, nel conoscere già cosa eventualmente possa accadere in caso di compimento di un'azione. La sicurezza è data dalla coercizione, che costituisce l'elemento differenziante tra diritto e morale; quest'ultima mai coercitiva nel sociale ai fini del rispetto ordinamentale e soprattutto non vincolata alla relazionalità tra due o più soggetti. La morale può costituire una regola di vita interiore di ognuno senza implicare la conoscenza da parte degli altri.

La terzietà di natura controfattuale agisce nel suo concretizzarsi secondo una temporalità distintiva di tre momenti: il terzo dell'attività legislativa si iscrive nella dimensione temporale del passato; per essere vigente, per esplicare gli effetti del suo contenuto, ad esempio, una legge deve essere stata già redatta e approvata, costituendo così il passato (ciò che è già). L'attività giurisdizionale è la dimensione

temporale del futuro, alimentata tipicamente dal linguaggio parlato, con possibilità di pronunciamento giuridico grazie a ciò che nel passato è statuito; potrebbe essere definita come il tramite temporale tra la fattispecie passata legislativa e quella futura concreta, laddove per futura si intende eventuale, possibile, verificabile ma non verificata se non in modo forse simile ma mai identico. In questo contesto il Terzo-polizia agisce nel presente: è, del resto, la manifestazione pratica di un ordinamento vigente solo per il fatto di esserci in chiave fenomenica. Diverso è l'approccio nei tre momenti in relazione al singolo individuo della comunità: il Terzo-legislatore trascura la soggettività esistenziale, produce norme sulla base di schemi tipici o eventuali (la norma stessa si distingue sempre per un'accezione generica e mai discriminante o personalistica); ecco perché l'esistenzialità del diritto, intesa come determinazione di effetti sul cittadino, si registra solo nelle altre due forme di terzietà, nelle aule dei tribunali o nei dipartimenti di polizia, laddove colui che appartiene alla comunità ha un approccio diretto con gli organi rappresentativi e di tutela dell'ordinamento stesso.

## 2. Il concetto di eguaglianza tra gli uomini dall'antichità al Novecento

Il problema di una convivenza pacifica tra le varie classi sociali aveva trovato già nel mondo greco-ellenistico delle importanti risposte, quantomeno dei tentativi di teorizzazione finalizzati comunque al concreto; già allora si avvertiva la necessità di una netta separazione del lavoro, di una istituzionalizzazione ai limiti del formalismo estremo della vita economica.

Al di là delle profonde differenze che segnano le rispettive dottrine politiche, Platone e Aristotele appaiono accomunati dall'avversione nei riguardi delle forme politiche estreme, ritenute responsabili del disastro della guerra civile, e indicano come soluzione migliore per i travagli della città delle forme costituzionali miste, che sappiano temperare esigenze diverse, riducendo a livelli fisiologici i conflitti cittadini. Ci si trova davanti ai primi tentativi di una teorizzazione del vivere civile; il pensatore contemporaneo comincia a capire l'inutilità non soltanto etica ma pseudo-risolutiva del conflitto e si accinge a compiere lo sforzo speculativo alla ricerca del modello migliore di Stato.

In Platone, dalla delineazione della città secondo ragione si passa alla definizione di proposte giudicate attuabili nelle concrete condizioni storiche e appare evidente il suo tradizionalismo nostalgico, il collegamento agli ideali della proprietà fondiaria, l'avversione nei confronti dei ceti sociali legati all'industria e al commercio marittimo. Egli parte dal presupposto che ogni società si sviluppa dalla necessità di dare risposta ai bisogni degli uomini: quanto più essi sono diversificati, tanto meno possono ricevere soddisfazione dallo sforzo isolato di un singolo e richiedono invece

la cooperazione di più soggetti. In secondo luogo, la società è articolata in componenti corrispondenti ai gruppi che svolgono una determinata attività: ciascuna comunità coopera al benessere collettivo fornendo un contributo determinato e ricevendone in cambio ciò che le manca. La società bene ordinata comporta una divisione del lavoro e una conseguente specializzazione delle funzioni. Per una vita ordinata della città non sembra bastevole, tuttavia, garantire la sopravvivenza fisica dei suoi membri; oltre alle funzioni economiche, che si esplicano nell'esercizio dei diversi mestieri, è necessario provvedere alla difesa dai nemici esterni e al suo governo, la funzione più importante. In coerenza col criterio della divisione del lavoro e della specializzazione, è opportuno che le tre funzioni siano attribuite a gruppi sociali distinti e per natura dotati delle qualità richieste nei rispettivi compiti.

Secondo Platone «nessuno nasce identico all'altro, ma con la natura diversa che si ritrova, ognuno assolve ad un ruolo diverso dall'altro» (*Resp.* 370 a-b); per il conseguimento di tale ordine è necessario determinare la convivenza politica secondo un principio di eguaglianza fondato su un equilibrio tra diseguali. Con ciò si rende manifesto che il termine "eguaglianza" per Platone è tutt'altro che univoco, presentandosi, al contrario, in due significati diversi: uno aritmetico (di misura, di peso, etc.) facile da capire per tutti, e uno geometrico, di complessa individuazione, per quanto colga l'autentica e migliore eguaglianza, l'unica su cui può fondarsi la compiuta "giustizia politica". Questo secondo tipo di eguaglianza attribuisce a chi è di più, di più e a chi è di meno, di meno dando una giusta misura secondo la natura di ognuno e, attenendosi ad un principio di proporzione, attribuisce cariche sempre più elevate a chi ha virtù più elevate (*Leg.* VI 757 a-b).

Aristotele, concordemente all'impostazione platonica, non intende in modo diverso il fondamento aristocratico della disuguaglianza tra gli uomini, basato sull'eccellenza per virtù, ma sussiste un'accurata distinzione tra relazioni di sovra-subordinazione, unificate dal principio del rapporto comando-obbedienza, e naturalità di un principio dominatore che sovrintende all'ordine armonico delle cose. Si distinguono, infatti, diverse relazioni di fisiologica disuguaglianza, la quale va da un massimo nella relazione padrone-schiavo all'interno dell'*oikos* ad un minimo in quella tra uomo di Stato e cittadino in una *polis* a forma di governo non monarchica. La giustizia, nelle sue due configurazioni, ha a che fare con il problema dell'eguaglianza che sarà proporzionale ai meriti e alle virtù per quanto concerne la distribuzione dei beni all'interno della comunità oppure assoluta in una forma riparativa o correttiva di giustizia che deve sovrintendere a quei rapporti privati cui non ineriscono le qualità dei singoli o il loro valore per la *polis*, ma soltanto l'entità del danno o del guadagno ingiustificato relativamente alle situazioni di partenza dei soggetti venuti a contatto; laddove, tuttavia, l'uguaglianza non è raffigurabile in alcun modo non si può parlare di giustizia.

Secondo Aristotele democrazia e oligarchia, come sistemi di governo, nascono da due modi fuorvianti di pensare l'eguaglianza: «così la democrazia nacque dall'idea che quanti sono uguali per un certo rispetto, siano assolutamente uguali, l'oligarchia dalla supposizione che quanti sono diseguali sotto un certo rispetto siano del tutto diseguali» (*Pol.* 301a).

Mentre la Grecia classica pensa l'uguaglianza essenzialmente come un criterio di identità collettiva a sfondo politico, assolutamente non in contrasto con la disuguaglianza effettiva e con la gerarchia ad essa connessa, nel momento in cui entra in crisi l'universo di valori politici collegati alla *polis*, il problema dell'eguaglianza si interiorizza: in ambito ellenistico non è più nella visibilità dello spazio comunitario che si colloca l'eguaglianza, ma l'idea della concordia tende a trasformarsi in una ricerca di felicità soggettiva che situa l'uomo solo di fronte al mondo. A partire dalla seconda metà del IV secolo a.C. si apre, dunque, un passaggio verso una concezione non-politica dell'uguaglianza che prende distanza dalle gerarchie stabilite nella convivenza sociale, svuotando progressivamente la vita politica dalla sua priorità nella determinazione della dimensione individuale dell'etica.

In epoca moderna, in relazione alla molteplicità delle correnti di pensiero, l'eguaglianza acquista o perde rilievo come idea politica a seconda della posizione imputata all'individuo nella società e di come quest'ultima venga pensata. Se la vita sociale appare consona a tutto ciò che è umano, altrettanto naturale sarà l'ordinamento di sovra-subordinazione che essa comporta in quanto organizzazione e controllo della forza, articolazione di ruoli e funzioni; se la vita sociale, invece, è imputata ad una scelta o ad una prestazione razionale degli uomini, il problema consisterà nella ricerca di legittimazione della disuguaglianza prodotta dalla vita sociale.

Althusius radicalizza il vecchio tema della naturale socialità dell'uomo, considerandolo strutturalmente simbiotico (laddove la stessa simbiosi è in rapporto sinonimico con la politica). L'ordine simbiotico è un episodio dell'armonia universale, fondata sulle differenze gerarchiche tra gli enti, frutto di una altrettanto universale norma di subordinazione e di governo che deve riprodursi nella *respublica*, il cui presupposto di esistenza è la disuguaglianza; in radicale opposizione rispetto a Hobbes, per il quale, invece, il presupposto da cui partire per la costituzione di uno Stato politico è proprio l'uguaglianza naturale degli uomini, la quale, pur se dotata di una forte componente fattuale deve valere come ineludibile principio normativo: ragione e esperienza dimostrano che la gerarchia può solo basarsi sul consenso degli uomini e non su presunte attitudini, capacità o incapacità naturali. Da ciò la sua tesi radicale, secondo cui «tutti gli uomini sono per natura uguali tra loro; la disuguaglianza, che ora si scorge, è stata introdotta dalle leggi civili» (*de cive* I, I, 3).

Nella cultura politica europea il nodo eguaglianza-libertà è il problema con cui si misura, dopo la Rivoluzione francese, tutto il pensiero politico, cercandone il raccordo effettivo in una realtà sociale, oltre che politica, che viene definita “democrazia” senza necessario riferimento alla teoria platonico-aristotelica delle forme di governo.

Per François Guizot il termine “democrazia” significa soltanto uguale possibilità da parte di tutti di accedere liberamente a tutte le posizioni sociali: il valore della democrazia sta solo nella mobilità sociale, strettamente connessa alle capacità individuali; ne scaturisce un assetto della società, determinato dalla stessa condizione legale, la quale permette l’emergere di una nuova aristocrazia, non più basata sul diritto ereditario ma sulle capacità personali e pertanto legittima.

In Tocqueville l’eguaglianza è essenzialmente una condizione sociale e spirituale che si dispiega con effetti omologanti nella sfera intellettuale, produttiva, ideologica dell’uomo moderno, culminando nell’assetto etico-politico. Rispetto alle posizioni neoaristocratiche del liberalismo della Restaurazione che aveva tentato di legittimare la democrazia solo nella misura in cui si limitasse ad allargare la base di selezione dei migliori, in qualità di predestinati al potere attraverso la titolarità dei diritti politici, Tocqueville considera la democrazia una nuova forma di vita che soppianta e rende impossibile ogni tipo di aristocrazia, intesa come forma desueta e superata di governo, appartenente a un momento definitivamente trascorso della storia occidentale.

La Rivoluzione francese, istituzionalizzando l’eguaglianza come conquista non universale ma soggetta alle ideologie delle diverse classi sociali, non può che simboleggiare l’avvento della contemporanea concezione ordinamentale dello Stato. Borghesia e proletariato ereditano dalla Rivoluzione due diverse idee di eguaglianza: una formale e astratta dalle effettive condizioni socio-economiche che scinde, in parallelo alla distinzione storicamente determinata società-Stato, l’uomo dal cittadino; l’altra invece effettiva o sociale che riguarda essenzialmente i bisogni reali o umani di una classe che pur facendo parte della società civile non partecipa ai beni della civiltà. Il socialismo e il comunismo, nelle diverse forme assunte prima e dopo il 1848, non negano la carica emancipativa della Rivoluzione francese, ma ne considerano parziale il risultato: essa, inquadrata e ridotta nella categoria della “rivoluzione politica”, viene semplicemente liquidata come mero adattamento della costituzione politica e dell’ordinamento giuridico alla realtà dei nuovi rapporti economico-sociali, sancendo così l’uscita dalla gestione del potere politico di quelle classi cui ormai era sfuggita l’egemonia ad opera di chi già deteneva il potere sociale, definito ormai soltanto dalla quantità e dalla qualità dei possessi. La rivoluzione sociale appare la necessaria continuazione della rivoluzione politica con obbligatorio cambiamento del soggetto storico-sociale agente in favore del proletariato.

Le società democratiche del XX secolo si sono imbattute in un notevole ampliamento dei diritti fondamentali classificabili in una prima e in una seconda generazione (dai diritti civili e politici dell'uomo e del cittadino ai diritti sociali): «il processo cominciò con i diritti umani; tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge. Ma eguaglianza di fronte alla legge significa poco se il potere di legiferare resta limitato a poche persone. L'eguaglianza giuridica dovette quindi essere integrata dall'eguaglianza politica, dalla libertà di associazione e parola, dal suffragio universale. Ma presto fu di nuovo chiaro che questo non sarebbe bastato. Cosa significano eguaglianza davanti alla legge e pari diritto elettorale se una persona non può avere una conveniente istruzione o addirittura dipende, per il proprio sostentamento, dalle arbitrarie decisioni di altri, se non è protetta quando si ammala o invecchia?» (Dahrendorf). Diversamente dai diritti di libertà, il cui esercizio esige prevalentemente il non intervento diretto dello Stato ma solo la loro garanzia attraverso limitazioni ed imbrigliamento del potere (Stato di diritto), i diritti sociali non presuppongono una forza espansiva del soggetto economicamente debole, ma postulano una sussidiarietà comparativa dato uno *status* di difficoltà a lui non imputabile, di cui la società si fa carico al fine di attutirne i potenzialmente drammatici effetti.

### 3. Il normativismo del XX secolo: astrazione del *ius*

L'idea che nella terzietà giuridica si riscontri un'astrazione pre-esistenziale al momento della normazione (terzo-legislatore) e che l'esistenzialità del giuridico sussista solo in sede giurisdizionale e nella garanzia dell'ordine pubblico è collegabile con l'impostazione normativistica, di gran lunga prevalente nel XX secolo, secondo cui i fatti giuridici hanno una struttura ontologica duale, composta da due strati di realtà eterogenei, uno sensibile, l'altro puramente intelligibile: il primo è costituito da un accadimento esteriore, predeterminato nello spazio e nel tempo secondo la legge di causalità naturale, l'altro è un significato che aderisce a questo accadimento conferendogli carattere specificamente giuridico.

Ciò che rende giuridico il fatto è, dunque, un significato, un potenziale predicato che si qualifica sulla base di conoscenze precedenti che si postulano sempre idonee. È dunque il "prima legislativo", cui si ricorre a posteriori, che conferisce l'unica connotazione essenziale valida per quel fatto o accadimento; è come se nessuna azione, nessun atto del singolo possa trovare senso separatamente dal significato che a quel determinato accaduto è stato dato. Intendendo per giuridicità la manifestazione del diritto nell'empirico, ciò che è vissuto dall'uomo nella sua vita civile non può che essere pensato secondo norme predefinite; da qui il principio di normatività del giuridico, in base al quale la realtà pubblicistica e privatistica non è



classificabile in se stessa, ma è funzione di norme: «La giuridicità di un ente dipende dal fatto che esso è oggetto di una qualche norma che nel suo contenuto vi si riferisce» (Kelsen).

La dimensione giuridica scaturisce dall'incontro del mondo naturale (inteso in senso ampio, comprendendo anche il mondo dei fenomeni mentali e psichici), al quale appartiene il sostrato esteriore e percepibile del fatto, con il mondo delle norme, dal quale scaturiscono le qualità giuridiche necessarie per la classificazione dell'evento. I fatti giuridici così concepiti (accadimenti provvisti di connotato normativo) non sono però unici nel loro genere, ma costituiscono un caso speciale di quella che, dopo Kelsen e fuori della teoria del diritto, da Ascombe a Searle è stata definita realtà istituzionale in contrapposizione alla realtà naturale. Tra i fatti istituzionali sono da annoverare non soltanto un matrimonio, un contratto, una sentenza, ma anche istituti economici o economico-giuridici, come la moneta e persino avvenimenti ludici come competizioni agonistiche. In ogni caso, entrambe le categorie, fatti giuridici in senso stretto e fatti istituzionali, presuppongono tutti il principio di normatività.

Il normativismo non afferma soltanto che il diritto oggettivo è norma o insieme di norme, ma sostiene che queste ultime costituiscono il *prius* logico, la categoria essenziale e fondamentale della comprensione del diritto: senza scansione temporale non sarebbe intelligibile la giuridicità: la norma, infatti, viene concepita come qualcosa capace di considerare, contemplare, prevedere e qualificare cose, oggetti, fatti: cioè non semplicemente in relazione ad altre cose, ma proprio in riferimento ad altre cose; la norma sembra avere dunque capacità di dire, costituendo un'entità semantica, una proposizione, in ogni caso, da non implicare una corrispondenza tra norma e testo legislativo.

Sulla base della concezione duale normativistica, la norma stessa è atto storico concreto, in cui la collocazione in un dato periodo temporale comporta l'importanza della volontà autoritativa del legislatore e nello stesso tempo entità logica, paradigma astratto di un atto discorsivo soltanto parzialmente connesso a eventi concreti. Entrambi i possibili modi di concepire le norme (atti concreti o entità logiche collegate al pratico) presuppongono necessariamente il rapporto tra diritto e realtà storica. Come affermato, il principio di normatività considera il momento giuridico dipendente da norme; tuttavia, se gli attributi giuridici di un oggetto dipendono da una norma, vuol dire che senza e prima di questa l'oggetto era privo dei medesimi attributi; «la norma agisce nel passato e nel futuro, come il *prius* logico che dà senso al fatto in se stesso e come il “poi” che consente di collocare (per esempio in sede processuale) un fatto in una categoria attraverso una fase ermeneutica di catalogazione di fattispecie» (Carcattera). Si tende, d'altra parte, ad escludere che la norma possa avere connotazione descrittiva; la fattispecie contemplata è tale in

quanto qualificata dal dettato imperativo: la realtà acquista certi caratteri in dipendenza della norma stessa. L'atto semantico che si esplica non è il conoscere piuttosto è il volere determinante della realtà giuridica. Ancora una volta è la controfattualità a dimostrarsi elemento di diversificazione inalienabile rispetto al mondo naturale: le leggi fisiche e biologiche ricavati dagli studi scientifici sono descrittive di fenomeni naturali osservati o al massimo provocati dall'uomo; le leggi di un ordinamento illustrano come deve funzionare uno Stato o un sistema sociale, con intento volitivo di modificazione. Un'ulteriore costante del normativismo è l'idea che ogni diritto oggettivo sia un ordinamento di norme culminante, a sua volta, in un imperativo fondante; conclusione data dalla combinazione del principio di normatività con quello di storicità, attraverso la quale il fatto iscritto in un'obbligatorietà non fattuale ne risulta controfattuale. La corrente di pensiero normativistica si pone in insanabile contrasto con l'impostazione immanentistica di stampo platonico-aristotelico (il mondo delle idee o il giusto mezzo), in quanto le qualità giuridiche non vengono conferite come tali all'oggetto stesso

#### 4. Informatica e nuovo mercato: la crisi della normazione

Le teorie normative contengono nel loro sostrato un presupposto di superiorità immanente del momento di astrazione giuridica rispetto alla semplice natura e al vivere biologicamente contestualizzato, considerata la precedenza logico-temporale della norma, sia essa di estrema astrattezza oppure votata alla scientifica individuazione, sull'evento. In realtà, gli accadimenti della società contemporanea hanno più di una volta indotto a una revisione empirico-naturalistica, in virtù del fatto che il progresso tecnologico-cibernetico ha prodotto fattispecie pre-giuridiche di difficilissima normazione incontrando uno sviluppo imprevisto rispetto alle leggi scritte, agli usi e alle consuetudini degli ordinamenti.

La crisi della cosmologia giuridica così faticosamente elaborata nella prima parte del Novecento sembra dovuta a due fenomeni entrambi collegati al progresso: il ricorso all'informatica in sede di produzione del diritto, con conseguente involuzione della letteratura giuridica, e le nuove economie di mercato, collegate al progresso tecnologico in chiave computeristica, ma soprattutto identificabili in recenti forme di comunicazione, come la Rete, che costituiscono attualmente un universo del "non-diritto".

Dall'inizio degli anni Ottanta, epoca alla quale si può far risalire non l'ascesa degli strumenti informatici nel mondo del diritto, ma la loro diffusione capillare in tutte e tre le componenti della categoria dei giuristi (magistrati, avvocati, teorici), si è avvertito un cambiamento da parte del giurista non solo in ambito dottrinario, ma anche nel modo di essere e di porsi nella cultura comune e nell'apporto tecnico alla

creazione e all'evoluzione del *ius* dovuto all'informatica, a partire dalla ripetitività delle citazioni di dottrina e giurisprudenza da cui, a loro volta, derivano anzitutto una eccessiva selezione dei dati che spesso si rivelano troppo sintetici, quasi caratterizzati da un'accezione nominale (un saggio può essere noto solo per il suo titolo) e, in ambito giurisprudenziale, una cura esclusiva per le massime da cui scaturiscono le sentenze, spogliando completamente il processo cognitivo della *ratio decidendi* così importante al fine di capire l'evoluzione che in sede processuale può avere avuto il caso stesso.

La “confezione” delle massime da parte dell'operatore attrae, per così dire, quelle successive, le quali si modellano sulla massima precedente; «la ripetitività delle massime trasforma un diritto vivente aperto in un diritto vivente uniforme, omogeneo, e quindi imperativo» (Alpa). Impossibile non denunciare la crisi di quel processo di comunicazione che era stato alla base della costruzione controfattuale.

L'utilizzazione del computer per la scrittura del testo (sentenza, atto difensivo, saggio) implica ulteriori operazioni che si tramutano in qualità del testo: la sua semplificazione dal momento che lo strumento meccanico suggerisce o agevola la composizione “a mosaico” (con il testo che, in altri termini, diviene il tessuto connettivo di dati dottrinali e giurisprudenziali preconfezionati); la sua spersonalizzazione, in quanto il mosaico si presenta costituito dalle medesime tessere, e la limitazione della soggettività alla sola scelta dell'ordine dell'esposizione e della utilizzazione discorsiva delle stesse componenti, cui si aggiunge la sua preconfezione che comporta l'utilizzazione di un prodotto che risulta frutto di interpretazioni pregresse effettuate dall'operatore.

In altri termini, poiché le fonti informatiche sono organizzate con riferimento alle disposizioni normative, ai significati assegnati da precedenti procedimenti ermeneutici e ai titoli delle espressioni normative, l'aderenza del ragionamento alla fonte normativo-informatica è stretta: non vi è spazio, dunque, né per una ricerca delle ragioni della disposizione o dei valori sui quali essa posa né per discorsi metagiuridici.

La fissità delle massime, da cui discende la ripetitività delle scelte interpretative, la compressione della fantasia, volta alla ricerca di nuove soluzioni o all'applicazione di nuovi metodi, il rallentamento nell'evoluzione della cultura giuridica e dei fattori portanti dell'ordinamento giuridico, l'uniformità delle decisioni con trasformazione del diritto da organismo vivente in macchina costituita da congegni meccanici e la consequenzialità delle decisioni rispetto a presupposti fattuali identici sono indubbiamente le principali ma non uniche conseguenze dell'impiego degli strumenti informatici da parte del giurista; la cui valutazione può essere positiva o negativa a seconda dei presupposti logico-culturali, ma in ogni caso

innegabile è la crisi delle concezioni tradizionali della letteratura giuridica a favore di nuove impostazioni meno propense a sbocchi metafisici.

Sarebbe un irragionevole errore argomentare che uno degli aspetti positivi dell'applicazione delle tecnologie informatiche alla produzione del diritto comporti almeno la riduzione della discrezionalità del giudizio, dal momento che è arbitraria la scelta dei dati da archiviare o delle piste da seguire.

In chiave di fattualità di mercato è impossibile ignorare i limiti applicativi del testo giuridico, ma sembra necessario, oltretutto, analizzare nell'economia l'efficacia stessa del diritto. L'espressione "analisi economica del diritto" si riferisce non a qualsivoglia indagine operata sul dato giuridico nella prospettiva delle scienze economiche, ma, propriamente, a una nuova metodologia di studio dei fenomeni giuridici avviata intorno agli Sessanta negli Stati Uniti e altrove. In prima battuta tale branca di studio lascerebbe intendere soltanto un'osservazione degli aspetti economici del diritto; tuttavia, in questa prospettiva analitica, è ipotizzabile una classificazione degli strumenti giuridici nel loro rapporto sinergico con quelli economici, conseguente alle due fasi della "creazione" e della "effettività" della norma istituzionale. In altri termini, intento comune a chi si accinge ad esaminare economicamente il diritto è tanto quello di accertare la sintonia tra esigenze economiche e strumenti giuridici, tra operare nel libero mercato e operare nel mercato regolato, quanto quello di accertare l'opportunità degli istituti giuridici, i loro effetti indotti, l'alterazione che essi producono nella situazione di mercato, i caratteri che imprimono al mercato stesso, i fattori complessi di cui si fanno tramite per determinare un particolare orientamento di mercato.

La prima fase è quella della creazione degli strumenti giuridici stessi. Gli storici del diritto hanno indagato le diverse anime del sistema giuridico, i fattori politici, religiosi, sociali che spingono collettività, rappresentanti politici, lo stesso legislatore a dettare norme di comportamento. L'aspetto economico è certamente uno dei fattori prevalenti insieme all'introduzione di norme destinate a regolare il prezzo di determinate categorie di prodotti o di servizi e alla tutela di categorie di interessi organizzati o interessi storicamente fondamentali.

Nelle fasi storiche in cui lo spirito del capitalismo ha pervaso quasi completamente le strutture dell'ordinamento giuridico le finalità economiche hanno sempre avuto la meglio: se si considera, del resto, che ancora alla fine del XIX secolo e agli inizi del successivo il rapporto di lavoro subordinato era assoggettato alle leggi del mercato libero, che il contratto di lavoro era qualificato come "locazione di opere" (assunzioni regolate individualmente nel binomio datore di lavoro-salariato), alla stregua di qualsiasi altro contratto stipulato per effetto della uguale libertà negoziale delle parti, si può facilmente intendere come la legge fosse codificata per obbedire a esigenze economiche espresse da un mercato tendenzialmente libero,

insofferente ai controlli che avrebbero potuto ostacolare la nascita o il rafforzamento della società industriale fondata sul capitale. Al riparo da una presupposta quanto falsa parità di potere contrattuale, le leggi dell'industria e del commercio affidavano già all'operatore economicamente più forte il compito di disciplinare il rapporto.

Una volta accertata l'incompiutezza della giuridicità in ambito di capitalismo e di liberismo, molti furono i tentativi di reimpostare i requisiti funzionali del diritto nel mercato: la presa di coscienza che la tutela di tutte le classi sociali vive di rapporti di forza con verdetti e esiti variabili, incerti in base ai periodi storico-sociali, ha portato a soluzioni che separano irrimediabilmente il diritto dall'etica e che inseriscono in chiave di disillusione l'uomo in un divenire più consono alla natura.

L'economista Richard Posner ha utilizzato l'espressione "economia normativa" al fine di indicare in questa la fonte ispiratrice del legislatore e, di conseguenza, del giudice e di coloro che operano nella prassi di coercizione sociale. I principi empirici da cui parte la riflessione vedono nell'economista un osservatore non più coadiuvato da una scala di valori, ma è l'economia stessa che, invece di essere legittimata dalla politica, dalla morale, dal diritto, diventa essa stessa fonte ispiratrice dei parametri di valutazione futuri; fondamento dei nuovi valori è l'efficienza economica, con l'assunto che l'uomo è razionale massimizzatore degli scopi della sua vita e delle sue soddisfazioni: nella ricerca di Posner, l'efficienza non è che sfruttamento delle risorse economiche in modo che il valore, cioè la soddisfazione umana commisurata alla volontà di pagare per prodotti o servizi raggiunga il massimo livello.

In una prospettiva economica, funzione fondamentale del diritto è dunque la modificazione degli incentivi: «Il diritto non dà ordini impossibili, dal momento che un ordine impossibile non altera affatto gli incentivi rivolti alla persona che deve eseguirlo». In tal modo, l'ordinamento giuridico si trasforma in semplice strumentario di ordini "possibili", cioè compatibili con le leggi dell'economia: il diritto ha funzione di mimesi del mercato; non si debbono dare norme in contrasto con quest'ultimo, ma solo norme che ne traducano in comportamento coatto le esigenze obiettive.

L'inconciliabilità di questa nuova subalternità del diritto rispetto alla vita economica induce a un'inevitabile rivisitazione della controfattualità; impensabile che una norma non solo posteriore nel tempo ma anche giustificativa del mondo economico (cui spesso metaforicamente si assimila il flusso biologico degli eventi e la lotta di sopraffazione) contenga ancora quel sostrato etico che la rendeva predicato dell'intera realtà. Un tentativo di catalogazione del progresso e delle nuove tecnologie è stato compiuto da Niklas Luhmann, la cui teoria sistemica della società ha definitivamente promosso una concezione binaria del giuridico. In una realtà tutta sezionata in sistemi non necessariamente sinergici tra loro il sistema-economia e il sistema-diritto entrano in contatto esclusivamente in quanto il singolo fatto

accidentale rientri in entrambi (un contratto ha un'accezione tanto economica quanto giuridica); l'incontro delle due sfere sistemiche è, dunque, una congiunzione naturale, un semplice contatto nella relatività del fenomeno: è come se nel pensiero che accompagna l'uomo alla fine del secondo millennio si fosse conseguita la definitiva consapevolezza di un'azione giuridica e sociale molto più fattuale di quanto si pensasse pochi decenni prima. La controfattualità subisce una conversione binaria; il terzo non ha più un senso nel sistema, è lo scontro tra i due a dare la risposta sulla prevalenza dell'uno o dell'altro: alla controfattualità istituita (*prius* logico della norma) si sostituisce una controfattualità numerica, immagine di una comunità che fissa prezzi e che toglie spazio alla libera contrattazione discorsiva (di qui anche la formularità crescente delle fattispecie contrattuali, data la fissità universale del prezzo). L'economia cerca di ordinarsi al fine di rendere gli operatori sempre più consapevoli dell'alea di certi investimenti o di determinate operazioni; il bisogno di comunicazione non sussiste, si concludono operazioni di calcolo non solo economico ma anche di convenienza e la supremazia oggettiva di questi accadimenti rispetto all'ormai fatiscante principio di normatività è visibile nel fatto che la legge non può che limitarsi all'osservazione di fenomeni economici e alla classificazione a posteriori, sussistendo quasi una funzionalità descrittiva che sembrava propria solo delle leggi della fisica.

#### Nota bibliografica

G.Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, Torino 1997<sup>2</sup>

B.Romano, *Ragione giuridica e terzietà nella relazione*, Torino 2000

B.Romano, *La legge del Testo*, Torino 1999

G.Carcattera, *Corso di filosofia del diritto*, Roma 2000

F.M.De Sanctis, *Problemi e figure della filosofia giuridica e politica*, Roma 1998