

## 1 Introduzione

Si è detto che siamo arrivati alla terza o alla quarta generazione dei diritti e che la società contemporanea starebbe attraversando l'età dei diritti. Ora, che il catalogo dei diritti sia molto ampio, non si può certo negare. Senz'altro, durante il secolo passato, in alcuni paesi, le donne hanno acquistato diritti che non avevano, gli anziani, i lavoratori, i bambini, tutti hanno acquisito diritti che non avevano. Nelle costituzioni della seconda metà di quel secolo c'è scritto persino che tutti avremmo diritto ad una vita e ad una morte dignitose.

Ma questa estesa realtà dei diritti coesiste con un'"altra" realtà, altrettanto estesa, che è concomitante, che scorre parallela e che non esisterebbe se non ci fosse la prima. O meglio: che si rende manifesta non appena si rende manifesta la prima e che viene usata come se fosse la realtà di ciò che legittima l'esistenza della prima. È la realtà di ciò che è altro, negazione, esclusione. In altri termini: il diritto può operare solo quando si determina uno spazio che non è diritto.

Qual è la "realtà" di quest' altra realtà? Cosa è l'"altro" del diritto? Qual è l'altra parte del diritto? Si tratta di ciò che è al di fuori del diritto? Si tratta, in altri termini, dello spazio della indifferenza o — non piuttosto — dello spazio della differenza? E questo spazio — comunque lo si voglia considerare — è una alterità che esiste e, per così dire, guarda al diritto o è una alterità che è costruita e che, quindi, è solo l'altra parte di un'altra parte?

Rispondere a questa domanda è fondamentale perché permette di comprendere come opera realmente il diritto. Quando noi — diciamo meglio: i giuristi, i politici, i filosofi del diritto — ci riferiamo a "diritto", indichiamo solo una parte della distinzione che permette di indicare "diritto" ad esclusione dell'altra parte, ad esclusione di ciò che l'indicazione deve necessariamente escludere per poter indicare qualcosa. In realtà, quindi, il diritto è entrambe le parti, il diritto è l'unità della differenza: senza la differenza non sarebbe possibile indicare qualcosa come diritto a differenza di qualcos'altro.

Ciò che noi trattiamo come diritto, allora, include in sé il limite che fa la differenza: oltre il limite lo spazio è occupato da ciò che viene trattato come "alterità": il diritto costruisce "alterità" come suo limite e la tratta come alterità perché essa sta oltre il limite. Oltre il limite c'è lo spazio della differenza. È lo spazio di ciò a cui si danno nomi diversi in relazione alla selettività della struttura di ciò che opera come diritto. Questi nomi saranno, di volta in volta, donne, bambini, ebrei, senza terra o senza tetto; ma anche nomi di coloro che sono inventati come malati di mente, come nemici, come minaccia, come sovversione, saranno disoccupati, i non-cittadini: ogni alterità — costruita come differenza attraverso una qualificazione giuridica che la esclude — è trattata dal diritto come altro da sé, come non-diritto.

Ora questa realtà della differenza porta impressa in sé la memoria del diritto, cioè la semantica storica della contingente concettualità del diritto che, attraverso la qualificazione normativa, attribuisce senso come significato oggettivo della realtà che costruisce. E così, se esiste una norma sulla protezione della razza, gli omosessuali possono costituire minaccia alla purezza della razza; si può proibire una riunione di studenti come sollevamento contro l'ordine costituito; trattare un immigrato come minaccia all'ordine pubblico; inventare una pericolosità, chiamarla "oggettiva" e promulgare norme che mirano all'annientamento, alla neutralizzazione, all'internamento o al trattamento di ciò che è considerate come pericoloso.

Il secolo scorso può passare alla storia come il tempo nel quale si è realizzato un raffinato lavoro alla razionale costruzione di alterità. Un secolo della produzione di eccedenze del diritto: erano eccedenze da distruggere, da internare, da sfruttare, da escludere, da tener fuori, da chiudere dentro o da dimenticare: non-persone, non-luoghi,

\* Doutor em filosofia pela *Università degli Studi di Roma La Sapienza* – UniRoma. Professor emérito da Universidade de Salento – UniSalento, da qual foi um dos fundadores. Diretor-fundador do Centro de Estudos do Risco da Universidade de Lec-ce/Salento.

non-memoria. Un secolo che si è specificato nella barbara costruzione di non-diritto e che si estende con la barbarie della sua concettualità fino a noi. Una barbarie che può essere di volta in volta più brutale o più pudica, più arrogante o più dimessa, ma che conserva sempre i tratti della selettività: entro il limite oppure oltre il limite.

E infatti: se consideriamo realisticamente ciò che in quel secolo è stato fatto con il diritto — e che, ripetiamo, continua ad essere impresso nella memoria del diritto contemporaneo — possiamo affermare che il diritto è stato il teatro della rappresentazione della commedia della politica, della tragedia della ragione e della spietata rivelazione della miseria dei suoi principi: il luogo nel quale si è rappresentato il racconto dello spirito del tempo e della sua violenza. In quel dramma del tempo, la “giustizia” operava come “formula della contingenza”: essa celebrava come naturale, come giusto, cioè come universale, ciò che era barbaramente artificiale e contingente.

Davanti alla porta di questo teatro è legittimo chiedersi chi ha scritto e continua a scrivere la drammaturgia di questa rappresentazione, la drammaturgia del diritto.

## 2 Il proprio tempo colto in pensieri

Nella Scienza della Logica (1812) Hegel scrive: *nella realtà stessa la razionalità e la legge non versano in condizioni tanto tristi da dovere, soltanto essere* (<Aber in der Wirklichkeit selbst steht es nicht so traurig um Vernünftigkeit und Gesetz, daß sie nur sein sollten>) (HEGEL, 1974, 148). Questo significa non solo che la ragione è — così come il diritto è — ma anche che il presente, che è il tempo che solo è, è il tempo della rappresentazione del suo essere, della rappresentazione del reale, è il teatro nel quale si rappresenta il dramma del reale perché è il tempo nel quale il razionale si fa reale nella forma del diritto.

Il presente, allora, — che è il teatro del tempo e del mondo — non può rischiare con sé stesso, non può lasciarsi sopraffare dalla contingenza, non può affidare il suo teatro a personaggi in cerca d'autore: ha bisogno di una teoria della rappresentazione, di una drammaturgia. Ha bisogno di lasciarsi proteggere all'ombra della semantica dei concetti dei quali è costituita la sua tessitura. Ha bisogno di mettersi alla prova della resistenza della sua trama concettuale. Non può rischiare di essere fortuito e casuale, come diceva Nietzsche: esso deve essere appreso in concetti come il luogo della rappresentazione, come presenza, appunto. La riflessione filosofico-giuridica scrive continuamente questa drammaturgia della rappresentazione della ragione, la quale cerca la sua autoconservazione, la sua *Selbsterhaltung* (EBELING, 1996), come ragione del diritto. Il presente, il tempo della rappresentazione teatro di questa rappresentazione è sempre il limite: esso è allo stesso tempo sé e altro da sé, determinatezza e indeterminatezza, è il presente come contingenza del limite e la sua storia, come determinatezza del concetto: una storia fissata nella semantica dei concetti filosofico-giuridici attraverso i quali il presente si riconosce come il tempo del diritto.

In altre parole, il diritto è la sua memoria, ma allo stesso tempo è destinatario della sua memoria: il diritto è allo stesso tempo soggetto e oggetto delle sue operazioni; esso costruisce la sua ragione, che è la ragione del diritto: costruisce ciò che usa come realtà. La drammaturgia è l'arte di narrare questa realtà sul teatro del presente nel quale si rappresenta il teatro della ragione.

Da Hegel (1820, 16, 18-19; 2006, 60-62) sappiamo che il pensiero della realtà è il pensiero del presente. Ancora nelle sue parole: *la filosofia, in quanto è l'attività di sondare il Razionale, è proprio per questo l'attività di cogliere il presente e il reale* (<die Philosophie, weil sie das ergründen des Vernünftigen ist, eben damit das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen >) e ancora: *il compito della Filosofia è comprendere concettualmente ciò che è, perché ciò che è, è la Ragione* (<das was ist zu begreifen, ist die Aufgabe der Philosophie, denn das was ist, ist die Vernunft>). E ancora: *così anche la Filosofia è il proprio tempo colto in pensieri* (<so ist auch die Philosophie, ihre Zeit in Gedanken erfasst>); „poiché c'è Realtà solo nel presente” (weil es Wirklichkeit nur in der Gegenwart hat)<sup>1</sup>.

E allora, qual è la forma e qual è il contenuto di questo apprendere il presente? Ancora Hegel: (1820, 19; 2006, 62): *In ciò, inoltre, risiede un senso più concreto di quella che in precedenza è stata astrattamente definita come unità della forma e del contenuto. Nel suo significato più concreto, infatti, la forma è la Ragione come conoscenza concettuale,*

<sup>1</sup> L'editore italiano traduce *das Gegenwärtige* e *das Wirkliche* con: la Presenza e la Realtà; noi preferiamo: il presente e il reale

mentre il contenuto è la Ragione in quanto essenza sostanziale sia della realtà etica, sia della realtà naturale. L'idea filosofica è l'identità consapevole di entrambe (<Dies ist es auch , was den konkreteren Sinn dessen ausmacht, was oben abstrakter als Einheit der Form und des Inhalts bezeichnet worden ist, denn die Form in ihrer konkretesten Bedeutung ist die Vernunft als begreifendes Erkennen, und der Inhalt die Vernunft als das substantielles Wesen der sittlichen, wie der natürlichen Wirklichkeit; die bewusste Identität von beidem ist die philosophische Idee>).

La ragione allora è il reale, la forma del reale, ma anche la sua sostanza. E il presente? qual è la sua realtà? Il presente è il limite e questo limite fa del presente la sua realtà. Questa realtà consiste nel fatto che il presente è la sua storia e quindi è in se stesso la ragione e che si rappresenta a se stessa. Nel presente la ragione si manifesta attraverso il diritto come ordine, come validità, come essere, come connessione di contingenza e necessità, come qualificazione, come attribuzione di senso, come ragione del diritto. Da qui la necessità di una drammaturgia, di un'arte di comporre drammi, di scrivere storie che parlino di se stesse, un'arte di rappresentare il diritto come racconto della ragione. E noi non sappiamo se quello che si rappresenta è una tragedia o una commedia<sup>2</sup>.

La ragione, allora: la unità della differenza di tragedia e commedia e il presente: il tempo della rappresentazione come il tempo nel quale la realtà si determina nel concetto. Il presente come limite. Ma anche noi, come osservatori siamo al limite perché la osservazione è possibile solo nel presente. Ed è qui, al limite, dove osserviamo il presente come storia, la ragione come forma e contenuto e la filosofia del diritto come drammaturgia della rappresentazione della ragione nel diritto.

### 3 Rovine circolari

Se consideriamo questo limite che è il presente, allora vediamo che esso è il limite di un orizzonte che scorre dietro di esso e che lungo questo orizzonte scorre un tempo che, più che il tempo di durevoli stabilità, è il tempo di una storia che si frammenta; un tempo nel quale si proiettano, si scontrano e si frantumano forti tensioni, grandi disegni e profondi rivolgimenti che hanno segnato la società moderna. Una lunga distesa sulla quale si sono profilati i progetti di molteplici futuri dello stato, del suo diritto, della loro società, i quali poi sarebbero stati interrotti da epocali differenze: orizzonti dell'agire politico, giuridico, sociale, sui quali si sono accesi grandi soli e sono caduti opachi tramonti, sono scese notti buie e si sono affacciate le luci degli incerti inizi di sempre nuovi futuri. Un secolo, colonizzato da grandi narrazioni, che si chiude con drammatici epiloghi o con rumorose riconquiste; una storia su cui si stende il fumo di vulcani<sup>3</sup> che con le loro eruzioni avevano lanciato in cielo enormi fuochi e ardenti detriti del passato. È stata, davvero, una storia di rivoluzioni, di guerra e di pace, di stabilità e destabilizzazione, di ordine e disordine, di aspettative e delusioni.

Questo secolo è stato come il teatro sul quale il pensiero filosofico giuridico moderno, rappresentando sé stesso, i suoi orientamenti, i suoi temi, le sue questioni, in realtà scriveva la sua costruzione del presente come una drammaturgia del diritto: perché così poteva rappresentare in concetti la realtà, rappresentare il tempo come santuario della ragione e della sua autoconservazione.

La si può guardare, quella storia, come storia lungo la quale bruciano le rovine circolari (BORGES, (1944), 1974, 451-455) del tempio nel quale il tempo della società moderna teneva al riparo le sue divinità: costruzioni di futuri, filosofie della storia, della giustizia, dell'ordine, del progresso; teorie dell'azione; teorie dell'ordine delle azioni dei singoli; rappresentazioni di ciò che è — come si diceva — e di ciò che deve essere: costrutti semantici che si materializzavano nelle forme dello stato, del diritto, della organizzazione della società. Prima che prendesse fuoco quel tempio era illuminato da una luce: una luce non proprio accecante come quella che si vedeva alle spalle del guardiano della porta della legge (KAFKA (1915) , 2002, 269), ma di sicuro sempre accesa, diffusa, capace di penetrare tutti i luoghi del tempio e di illuminare i contorni, disegnando i confini di tutti gli oggetti che vi erano raccolti: era la luce della ragione, quella luce che proveniva dal secolo dei lumi, appunto: la luce di una ragione che teneva strette intorno a sé tutte quelle creature alle quali aveva dato un volto. Quella ragione non solo illuminava il

<sup>2</sup> Riprenderemo la questione più avanti

<sup>3</sup> L'espressione *vulcani spenti* fu usata da Luhmann a proposito della ideologia marxista del socialismo reale

volto del suo diritto, che era una sua emanazione e che, per questo, si continuava a chiamare il diritto della ragione — e che prima era stato razionalmente costruito come diritto di natura. Ma: la sua luce penetrava su tutto ciò che è: di tutto essa poteva dire se era o no conforme alla ragione. Infatti, come ragione universale, essa — come aveva detto Kant — iniziava da sé, aveva in sé il suo inizio: aveva il potere di includere e di escludere, di qualificare come conforme o come difforme tutto ciò di cui essa considerava sé stessa come misura: i contorni di ciò che era altro da sé erano delineati a sua misura: la sua luce era selettiva, e la sua selettività si giustificava per il carattere discriminatorio della sua razionalità. E allora — alla luce della ragione — come si poteva derivare un diritto della ragione, così si poteva valutare la ragione del diritto, la ragione dello stato del diritto e del diritto dello stato. Quella ragione si rendeva manifesta, agiva, era presente in tutto, poteva essere riferita a tutto, tranne che a sé stessa. Se riferita a sé stessa, sarebbe esplosa nel suo paradosso costitutivo. Si sarebbe bloccata da sé su sé stessa. Si sarebbe visto che la sua funzione era quella del dodicesimo cammello, il cammello di cui aveva parlato Heinz von Förster e, con specifico riguardo al diritto, Luhmann (LUHMANN, 2000; DE GIORGI, 2007): il cammello che rende possibile effettuare operazioni, costruire ciò che viene usato come realtà: il cammello che è e non è allo stesso tempo. Nel caso specifico del diritto, essa era, in altri termini, ragione di sé e del suo doppio, del diritto che da essa emanava e del diritto che, in quanto prodotto di una decisione, rispetto al primo era altro da sé. Quella luce illuminava universalità e specificazione, ciò che era trascendente ed eterno e ciò che era mondano e contingente.

Subito dopo i suoi inizi confusi e sbandati, le trincee ancora piene di cadaveri, quel secolo, il ventesimo, rientra in sé stesso, comincia a comprendere la consistenza del suo presente, mentre il mondo, afferrandosi alle differenti ragioni della pace, tentava di raccogliere le macerie di imperi caduti in frantumi con le loro ragioni, senza che le ragioni dei vincitori e neppure quelle degli sconfitti potessero essere le ragioni di un futuro di stabilità.

Già allora incombeva una notte nera della ragione che, pochi anni più tardi, si sarebbe abbattuta con violenza diversa, con differente mostruosità, con differente intensità e durata su gran parte del mondo. Fino a sprofondare nel baratro del dolore e delle macerie di un'altra guerra del mondo, innescata da una perversa ragion di stato, una ragione di morte e di sterminio: la ragione di un diritto che, nella sua pratica, toglie sé e con sé toglie ogni ragione e annienta, condannandola al buio della degenerazione, la ragione delle opposte ragioni che avrebbero dovuto essere tutte distrutte per realizzare il nuovo mondo dell'uomo nuovo.

Dopo la catastrofe ci sarebbero sati nuovi inizi, nuovi appelli alla ragione, questa volta sostenuti dalla certezza, vissuta come fede, che il suo diritto, il diritto della ragione, sarebbe riuscito a fare giustizia di ogni rischio di corruzione di sé in cui in futuro fosse incorso il diritto dello stato<sup>4</sup>. Ma i nuovi stati escono dalle macerie del loro immediato passato avvolti da nuove manifestazioni della ragion di stato, la quale era più orientata al rispetto di equilibri politici internazionali, di una economia di mercato, di un contenimento politico delle resistenze all'esclusione e si preoccupava più della discarica delle eccedenze che l'incremento della complessità avrebbe prodotto, che non di conferire loro il riconoscimento che aspettavano da generazioni. Non potendosi più praticare la politica di colonizzazione dei decenni precedenti, quelle eccedenze, furono abbandonate a sé stesse o usate direttamente come valore di scambio. Tutto questo prendeva nomi diversi: emigrazione, per esempio e trovava la sua ragione nelle esigenze della industrializzazione, come si diceva allora. O dell'esclusione, come siamo autorizzati a dire adesso. E intanto, mentre l'occidente riusciva a trovare forme di stabilità giuridico-politica, alla fine del secolo, in altri paesi — i quali per molti decenni erano stati costretti a fare l'esperienza della universale ragione della giustizia e dell'uguaglianza — si erano distrutte da sé le ragioni della barbara violenza che avrebbe dovuto realizzare quell'esperienza: un'esperienza che doveva essere liberatoria ed era stata il carcere e la tortura delle filosofie, delle metafisiche, delle aspettative che l'avevano a lungo giustificata e delle vittime che ne erano stati i portatori. Caduto il muro della vergogna, a Berlino,

<sup>4</sup> Cioè quel diritto al quale, in passato, la ragione, sempre la stessa ragione, aveva fornito una ragion d'essere attraverso il riconoscimento della razionalità delle categorie di un sapere filosofico-giuridico che su di essa si era fondato: validità, normatività, sicurezza, minaccia, ordine, sovversione, sovranità. Ma anche: popolo, territorio, confine. E ancora altro materiale concettuale.

si poté vedere che la *Stasi*<sup>5</sup> aveva eseguito i suoi lavori di pulizia negli stessi sotterranei nei quali alcuni anni prima la *Gestapo*<sup>6</sup> aveva eseguito i suoi. La ragione era sempre la stessa.

## 4 La ragione

Sulle rovine circolari di questa ragione che avrebbe dovuto recitare la commedia umana dell'armonia di natura e società, di progresso e condizioni sociali giuste, per un secolo arderanno i fuochi che bruciavano il tempio dove erano conservate le sue divinità.

Di questa ragione, in una notte d'inferno degli anni Quaranta, quasi a metà di quel secolo, Horkheimer (1941/42, 1996,41-75)<sup>7</sup> avrebbe scritto pagine indimenticabili e sconvolgenti: sono pagine dedicate all'autoconservazione della ragione. Da quelle pagine si può evincere la perversione, la violenza, la brutalità alla quale il pensiero piega l'originario nucleo semantico che era stato condensato sotto ragione per assicurare a questa ragione capacità di autoconservazione: alla *Selbserhaltung der Vernunft* il pensiero occidentale fornisce materiale di riserva riflessiva e argomentativa in ogni ambito dell'agire sociale: politico, pratico, economico, riflessivo emotivo, estetico. L'autoconservazione della ragione piega la natura, reprime la alterità e la nega, toglie il volto all'altro da sé, in particolare quando esso appare come l'altro dell'altro; la ragione si conserva come funzione di sterminio delle altre ragioni e di ogni ragione dell'altro. Stabilizzando strumenti già sperimentati per secoli con tutto ciò che veniva rappresentato come altro, ragione ora nega, corrompe, annienta con gli strumenti di un sapere al servizio del potere e di un potere al servizio della sua insensatezza.

In quelle pagine Horkheimer dopo aver dichiarato che i concetti fondamentali della società occidentale stanno andando in rovina, pone la questione se quei concetti possano essere ancora mantenuti. Ragione è il fondamento di quei concetti, ad essa erano legati i concetti di libertà, di giustizia e di verità, i quali valevano come idee innate della ragione, da essa intuite o necessariamente pensate. Ragione stava a fondamento degli ordinamenti della natura — dice Horkheimer — ed era pensata come ciò che doveva regolare i rapporti tra gli uomini. Questa ragione vale oggi come un segno senza significato, egli scriveva. Essa non è cancellata, ma è ridotta al suo uso strumentale. Se un dittatore fa un appello alla ragione, significa che ha un sufficiente numero di carri armati; che è stato abbastanza razionale per costruirli e che gli altri devono essere altrettanto razionali per cedere. Un appello alla ragione da parte dei sudditi significa la loro impotenza.

Horkheimer segue il percorso della ragione antica e poi di quella moderna alla ricerca delle determinazioni immanenti al suo uso strumentale e ai suoi perversi intrecci con l'economia, la religione, il sapere, la tecnica, il potere, la violenza ideologica, fino alla sua autodistruzione consumatasi nell'irrazionale riconoscimento di ragioni di quella ragione nella perversione di regimi, i quali l'avrebbero sublimata come razionalità dell'inferno nel quale sarebbero bruciati. Ma anche da quell'inferno, la ragione sarebbe rinata<sup>8</sup> e avrebbe continuato a prestare i suoi servizi ad altre irrazionalità, ad altre determinatezze della sua universalità, ad altre ragioni di stato, ad altre ragioni del diritto.

In quella notte Horkheimer cercava di spiegare come mai la ragione dei lumi avesse reso possibile una tragedia autodistruttiva, una tragedia che per la ragione si concludeva con *il togliere sé stessa* (<die sich selbst aufhebende Vernunft>): con lo sguardo fisso su quei momenti, Horkheimer poteva concludere che a quella ragione non resta che l'alternativa tra la ricaduta nella barbarie e l'inizio della storia (Horkheimer (1941/42)1996, 74). Noi sappiamo che quella ragione non è ricaduta nella stessa barbarie, ma la storia che ha avuto inizio dopo il suo esser tolta, dopo il suo essersi autodistrutta, è anch'essa una storia di barbarie (Luhmann, 1996), di violenza, di impotenza, che hanno cosparso di altre macerie il percorso lungo il quale si è dispiegata la trama della sua commedia.

<sup>5</sup> *Ministerium für Staatssicherheit* (Ministero per la Sicurezza dello Stato): nella Repubblica Democratica Tedesca (DDR) organizzazione politico-militare del partito usata per spionaggio, intimidazione, detenzione, tortura di coloro che erano perseguitati come "Feindlich-negative Person", "persona-ostile negativa": cioè non-comunista, avversario politico.

<sup>6</sup> *Geheime Staatspolizei* (Polizia Segreta dello Stato), il più "potente e spietato apparato repressivo" segreto del regime nazionalsocialista.

<sup>7</sup> A p. 385 della raccolta cit. è riportata una nota dalla ed. Frankfurt a. M.: Fischer Verlag 1970, p. 5: <"Vernunft und Selbsterhaltung" entstand im Winter 1941/42 für Walter Benjamin und ist nur in dessen Festschrift, die M. Horkheimer und Th. W. Adorno herausgaben, als Typoskript enthalten>.

<sup>8</sup> Basta un semplice sguardo alla sterminata letteratura sul *Vernunftrecht* degli anni subito dopo la seconda guerra mondiale.

Il pensiero filosofico-giuridico, che nel secolo scorso si è esibito nella rappresentazione del suo presente, ha attraversato quelle rovine circolari e il fuoco che ardeva intorno al tempio delle loro divinità. E questo fa pensare al *hombre taciturno que venía del sur* del famoso racconto di Borges (BORGES, (1944), 1974, 451-455). Quell'uomo taciturno intendeva sognare un uomo<sup>9</sup>: egli fa ogni sforzo per riuscirci, ma per questo deve dormire e dormire. Ed è quello che fa fino a che comincia ad accorgersi che, è vero, riesce nel suo proposito, in questo suo sforzo titanico fa grandi progressi. E continua nel suo proposito e nel suo sforzo. Ma ad un certo punto il tempio intorno al quale lui giace e tutto ciò che lo circonda è avvolto da un terribile incendio, un incendio tremendo, inarrestabile, che distrugge tutto. Dovette affrontare il fuoco, quell'uomo taciturno, si mise a correre per salvarsi, scrive Borges, *caminó contra los jirones de fuego*. Ma quei gironi di fuoco, continua Borges, *no mordieron su carne, éstos lo acariciaron y lo inundaron sin calor y sin combustión. Con alivio, con humillación, con terror, comprendió que él también era una apariencia, que otro estaba soñándolo* (BORGES (1944) , 1974, 455).

E se l'*hombre taciturno que venía del sur* fosse il pensiero filosofico-giuridico nel quale si auto-conservava la ragione che proveniva dal secolo dei lumi? Non realizzava quel pensiero il sogno della ragione di un uguale accesso di tutti alla sua universalità? Di una uguaglianza di tutti davanti alle sue possibilità? E non pensava quel pensiero secondo gli stessi schemi e le idee, innate o no, di quella ragione? E non è vero che quella ragione si serviva di quel pensiero per sognare un uomo, per sognarlo nella sua integrità? È per questo, allora, che quel pensiero filosofico-giuridico è passato incolume tra gironi di fuoco senza che quelli mordessero la sua carne. Anzi, sembra che lo accarezzarono e lo inondarono senza calore, come dice Borges.

Anch'essa, quella ragione, così come il suo pensiero, erano soltanto sognati: come sogno metafisico anch'essi avevano altro che li sognava: la terra, il potere, il dominio, la forza; l'economia, la politica; il pensiero metafisico, poi quello razionalista, poi quello scettico, poi gli altri. Li sognavano tutte quelle strutture di sistemi sociali (LUHMANN; DE GIORGI, 1992, 340-387) che in quella ragione cercavano la via d'accesso ad una modernità, la quale richiedeva che proprio a quella ragione fosse attribuita la redazione delle indifferenti universalità che ne avrebbero costituito i requisiti.

Ma c'è una differenza: el *hombre taciturno que venía del sur* non era stato lui che aveva appiccato l'incendio. La ragione, invece — con il supporto delle sue costruzioni semantiche — è stata essa stessa la fonte alla quale è stato attinto il fuoco degli inferni che hanno devastato il tempio nel quale splendevano i suoi lumi<sup>10</sup>.

Questa ragione non è ragione tragica. Tragici sono gli eventi che il tempo ha intessuto intorno alla sua rappresentazione drammatica. Essa non ha un nucleo tragico. Il suo nucleo tragico è occultato dal racconto. Quel nucleo emerge quando la ragione entra in conflitto con sé stessa, quando include l'altro da sé che la nega, quando è la sua negazione ed entrambi lottano per la sopraffazione, quando entrambi lottano per l'unicità ed entrambi soccombono e non c'è qualcuno — una sorella, una Antigone — disposto a rappresentare ed eseguire i riti funebri. La critica della ragione non smuove nulla, essa è pienamente compresa, inglobata nella vecchia ragione, ne è assorbita. Esclusa la possibilità della riflessione tragica, sepolte le scorie esplosive del suo nucleo tragico, la ragione ha potuto scrivere la sua storia come drammaturgia di una commedia: e di questa commedia a noi interessa la trama del diritto.

E passiamo così ad un altro racconto, un racconto di Thomas Bernhard BERNHARD, 1979, 158-59), questa volta, nel quale il protagonista, una sera, vuole sapere cosa si dà a teatro: *ist es eine Komödie? ist es eine Tragödie?* chiede ad uno sconosciuto che incontra sul suo percorso. Lo sconosciuto lo accompagna, camminano nel parco verso il teatro, gli racconta di sé e alla fine lo rassicura: questa sera a teatro si rappresenta una commedia. Una commedia! Finalmente una commedia. E poi, prima di salutarlo, gli ricorda: *il mondo è un mondo completamente, profondamente giuridico, come Lei forse non sa. Il mondo intero è una grandiosa giurisprudenza* (< Die Welt ist eine ganz und gar, durch und durch juristische, wie Sie vielleicht nicht wissen. Die Welt ist eine ungeheure Jurisprudenz>). E più oltre aggiunge: *il mondo intero è una sola giurisprudenza* (<Die ganze Welt ist eine einzige Jurisprudenz>).

<sup>9</sup> < El propósito que lo guiaba no era imposible, aunque sí sobrenatural. Quería soñar un hombre: quería soñarlo con integridad minuciosa e imponerlo a la realidad > (451).

<sup>10</sup> Anche l'uomo di campagna, come dice Kafka, ora, *nella tenebra, avverte un bagliore che scaturisce inestinguibile dalla porta della legge* (<wohl aber erkennt er jetzt im Dunkel einen Glanz der unverlöschlich aus der Türe des Gesetzes bricht>), l.c.

Vuol dire forse l'incognito che la competenza universale del diritto, il fatto che il diritto possa qualificare tutto, dare a tutto un nome oggettivo, avvolgere l'intera comunicazione sociale nell'universo della sua ragione; il fatto che il diritto possa inventare ogni inizio e ogni fine, così come il senso oggettivo di ogni movimento, di ogni comportamento; il fatto che il tempo del diritto sia il tempo della rappresentazione del tempo — che tutto questo ha trivialisato il diritto e che la ragione del diritto trova il suo racconto in una drammaturgia della commedia? In una drammaturgia della indifferenza sulla quale il diritto costruisce di volta in volta le sue differenze fino a quella artificiale delimitazione della comunicazione sociale che si chiama caso singolo?

Che il diritto fosse trivialisato lo aveva detto chiaramente ancor prima dell'inizio del secolo scorso Otto von Gierke (GIERKE, 1889) e, negli anni Settanta, lo aveva ripetuto Luhmann (LUHMANN, 1987)<sup>11</sup>. E allora, l'indicazione dello sconosciuto significa che la società moderna non conosce più la tragedia, ma solo la commedia? E questo, a sua volta, non significa piuttosto che la ragione del diritto è la ragione della commedia? Senza destino, senza necessità? Che il diritto moderno non ha un nucleo eroico, ma piuttosto il nucleo senza volto della commedia, di ciò che può essere diversamente da come è, che il suo carattere costitutivo è la contingenza (LUHMANN, 2013; DE GIORGI, 1998), non la necessità, l'artificialità, non la realtà di una qualche natura, come si poteva pensare invece che fosse nelle rappresentazioni dell'essere che si avevano nelle società nelle quali l'essere aveva una sua immanenza?

A dire il vero, a metà degli anni Cinquanta, in un suo bel contributo, di fronte ad Antigone e Porzia, il grande giurista Tullio Ascarelli (1955, 756-766) guardava con più interesse alla protagonista della commedia che non all'eroina della tragedia. Così come gran parte del pensiero sul diritto avrebbe guardato con interesse rivolto piuttosto alla commedia. Certamente, nel corso del secolo Antigone avrebbe continuato ad occupare non solo le scene dei teatri, ma anche quelle delle rappresentazioni filosofico-giuridiche: su queste scene, però — più che un particolare interesse alla tragedia nell'eticità che l'assoluto rappresenta eternamente con sé stesso (HEGEL 1969b, Bd. 2, 495) — si rendeva manifesto l'inesauribile interesse alla commedia che il diritto continuamente rappresenta con sé stesso. Era la commedia di particolari dualità: il diritto naturale, il diritto positivo; l'essere, il dover essere; il fatto, il valore; la soggettività, l'alterità. Una commedia nella quale il nucleo tragico dell'Antigone era disfatto, dileguava, veniva frantumato e immunizzato come rappresentazione della ragione di stato, che ha le sue ragioni, della ragione del sangue, che ha le sue ragioni, oppure quel nucleo veniva condensato nei saggi consigli che fornisce il coro quando finalmente sull'Antigone sta per scendere il sipario: di gran lunga il ragionare di vita/degna d'esser vissuta è l'inizio; / non s'ha ai cieli da mancar rispetto; /mega discorsi che mega ferite / procurano ai superbi/ insegnano in vecchiaia a ragionare (SOFOCLE, 2013, 1348/1353).

## 5 Il secolo breve

Sarà pure stato breve (Hobsbawm, 2003) il secolo appena passato, che ha lasciato in eredità a quello attuale la polifonia semantica dei suoi concetti. Ma lo spazio breve della durata di quel secolo è stato segnato da differenze che hanno sconvolto gli uomini, le cose e il loro governo. Quelle differenze hanno investito le forme della politica e i suoi linguaggi; le forme del diritto e i suoi spazi; gli ordinamenti giuridici hanno dovuto riscrivere i loro territori, i loro popoli, ricercare sempre nuovi requisiti della loro validità; i vecchi sudditi hanno acquisito i volti di nuove cittadinanze e sono diventati portatori di nuovi cataloghi di titolarità con tutti i loro correlati di aspettative e vacuità; lo spirito ha vissuto la sua immediatezza, poi la sua negazione e poi ancora il suo superamento; la società ha stabilizzato la forma prevalente della sua differenziazione e l'ha schermata contro le minacce che provenivano dai diffusi residui delle forme precedenti della sua differenziazione (LUHMANN; DE GIORGI, 1992, 290-302). Questa società ha differenziato il suo diritto, lo ha specificato in base ad una funzione, lo ha reso suo sistema immunitario (LUHMANN, 1984, 509 e ss; 1993, 161 e ss; 565 e ss), lo ha periferizzato e centralizzato allo stesso tempo: questa società ha esteso a dismisura la sua espansione, mentre il mondo agisce come il suo limite e di questo mondo ormai ha normalizzato la presenza nella comunicazione sociale. E così si vede ormai che ciò che veniva considerato come naturale è artificiale. Ciò che veniva trattato come necessario, è contingente. Un secolo di rivolgimenti che hanno disconnesso la compattezza della vecchia stratificazione della società e hanno aperto la sua struttura ad una inarrestabile complessità.

<sup>11</sup> Su *Trivialisierung des Rechts* mi permetto di rinviare al mio *Gott mit Bart/Gott ohne Bart* (De Giorgi 2001, 78 e ss).

Questi orizzonti il pensiero filosofico-giuridico ha riflesso filtrati attraverso una accurata semantica dei concetti storici politici e giuridici. In quella semantica dei concetti si condensava l'eredità della riflessione filosofica della seconda metà del secolo diciannovesimo e della prima metà del secolo successivo e si sperimentava con la riduzione giuridica dei costrutti che quella tradizione legittimava. Il presente veniva incanalato negli schemi concettuali di quella tradizione, veniva ridotto ad un formato ad essi accessibile, modellato nel loro linguaggio, uniformato alle loro categorie.

E infatti, quando fa esperienza del presente, la semantica delle auto-descrizioni del diritto, attinge a sé stessa, al suo patrimonio concettuale, alla sua storia. Nel continuo ricorso alle risorse di senso offerte da quella storia, i contenuti di senso utilizzati acquistano un potere di definizione del presente che li trasforma, ne rende possibile la mutazione adattiva alle differenze ineludibili del presente e in questo percorso di riadattamento si delineano le figure giuridiche che conferiscono al presente i suoi significati. È così che il diritto si costruisce una realtà. Più precisamente: solo così il diritto costruisce ciò che usa come realtà. La realtà del diritto, appunto. Nella quale si rispecchia la ragione del diritto. Che è risultato di questa circolarità. La razionalità del reale: in un senso che sembrerebbe lontano da quello indicato da Hegel, ma che, in realtà, opera in modo non diverso da quello.

Ora, l'esperienza che il pensiero giuridico fa del presente, in realtà, è esperienza del pensiero giuridico con sé stesso, come dicevamo. Ma questo significa che, quando il pensiero filosofico-giuridico riflette su sé stesso, la sua auto-riflessione ha la sua determinatezza, la sua storicità, la sua temporalità nel presente. Il risultato della elaborazione riflessiva, in altri termini, è la costruzione di contenuti di senso che attribuiscono un significato, che conferiscono un volto al presente. Il presente, così, esposto alla riflessione, è il presente della riflessione. Si stabilizza così nella riflessione una particolare struttura di riduzione della complessità. Il presente, ridotto in formato accessibile, può essere trattato finalmente come oggetto di osservazione, può essere qualificato come presente, cioè come differenza.

Rispetto alle operazioni della struttura della società, la condensazione semantica dell'auto-descrizione che rende possibile la costruzione di ciò che viene osservato come presente, presenta una considerevole inerzia: questa inerzia è dovuta al fatto che la attribuzione di significato, la qualificazione del presente, in realtà materializza condensati semantici che attribuiscono senso a ciò che è già, a complessità che ha già realizzato la forma della sua temporalizzazione (LUHMANN, 1980, 9-71). Questa inerzia è occultata dalla pretesa separatezza della riflessione rispetto al tempo, rispetto a ciò che si chiama realtà. Ora: la differenza è reale, ma il paradosso di questa realtà sta proprio nella razionalità di ciò che è reale. Prende corpo così lo stato democratico, la partecipazione politica, lo stato totalitario, la libertà, la sua compressione, la estensione dei diritti civili, la soggettività giuridica, la espansione della cittadinanza, la vita, la morte. La violenza che crea e la violenza che conserva, come diceva Benjamin.

Un secolo, breve e sterminato: un tempo di limiti continuamente dislocati, un contesto davvero privilegiato per osservare la tessitura di questa struttura di riduzione della complessità che si realizza nel linguaggio della riflessione filosofico-giuridica: una riflessione dalla quale emerge continuamente la capacità di auto-stabilizzazione di cui dispone la ragione del diritto e di cui sono dotate le ragioni ad essa correlate: la ragione dell'ordine, dello stato, della forza; ma anche la ragione della natura, del singolo, della alterità. Attraverso il lavoro riflessivo che si produce, si attiva, così, l'immagine di un processo simile ad una dialettica dell'auto-affermazione di queste ragioni. È come se, attraverso quel lavoro riflessivo, ciascuna di esse lottasse per il riconoscimento e in questa lotta si rappresentasse la teatralità di una irrisolta dialettica della dualità: un processo che lascia sussistere sempre il suo doppio, l'altra parte, che riconosce la ragione dell'altra parte e la nega al tempo stesso, perché solo in questo modo ciascuna delle due parti può continuare a sussistere. È una dialettica che resta irrisolta, perché i suoi momenti sono soltanto due, non c'è nessuna *Aufhebung*, in quella dialettica, nessun *superamento*, c'è solo il temporaneo prevalere di un momento sull'altro. Dipende dal tempo e dal contesto e, quindi, dalla forza. Per questo il lavoro dello spirito si rappresenta come una commedia. Non ci sono figure tragiche in questa dialettica. La rappresentazione si svolge come una narrazione che racconta la vicenda del diritto come biografia di concetti, come la storia di una semantica dei concetti (KOSELLECK, 1979, 107 e ss) secondo il modello delle antiche genealogie, come un alternarsi degli elementi delle dualità che si assoggettano uno all'altro. Da questo punto di vista ritorna ancora ricca di significato l'espressione di Jhering ((1858) 1968, II, 2. 359), *il diritto c'è già tutto*. Si tratta solo di estrarlo, di farlo uscire dalla latenza che lo imprigiona ai livelli elementari, ai livelli più bassi della sua elaborazione concettuale. È questa la rappresentazione

della commedia. Non ci sono elementi tragici nella recitazione della commedia nella quale il diritto costruisce la sua realtà. Jhering (1857, I, 16) spiega molto chiaramente questo processo. Un concetto lascia emergere l'altra e ogni volta si ricomincia di nuovo. Sembra che il problema sia più estetico che materiale. Il racconto non finisce mai.

Ora, la rappresentazione di questa commedia occulta un paradosso: quando si dice che il dover essere è, non si vuol dichiarare semplicemente che il diritto esiste, che un ordinamento giuridico è vigente, che le sue norme sono valide e neppure si vuol affermare che l'ordine del diritto è efficace o che l'ordine delle azioni è l'ordine della loro conformità al diritto. Si vuol dire, invece, che la realtà alla quale si applica il diritto è la realtà del diritto, è ciò che il diritto costruisce come realtà. Il diritto è l'unità della differenza. Ma, quando si dice diritto — come abbiamo visto — ci si riferisce solo ad una parte della distinzione. All'altra parte ci si riferisce come a ciò a cui il diritto si applica. L'illecito è diritto così come il lecito. Ma il diritto si applica all'illecito. E infatti, come unità, cioè, come paradosso, il diritto non potrebbe operare. Il suo operare è reso possibile solo dalla differenza, che resta, però, una differenza del diritto. *Am Anfang war kein Unrecht*, è il titolo di un famoso articolo di Luhmann (1989, 11-64). All'inizio non c'era neppure la distinzione di essere e dover essere, naturalmente.

Ora, il paradosso non si può aprire, non si può sciogliere, non si può disoccultare: il diritto non potrebbe più operare. La commedia continua: diritto/illecito; produzione/applicazione; essere/dover essere; principi/regole; identità/differenza e nel racconto di quella commedia era tenuto occultato il paradosso del diritto.

Il tempo del diritto è scorso come tempo della riflessione del diritto su sé stesso, passando attraverso una semantica dei concetti giuridici che ha resistito alle pressioni del tempo e si è rinnovata senza mai allontanarsi dagli schemi che le venivano offerti dal materiale stabilizzato: essa, in questo modo, ha rielaborato continuamente ciò che veniva prodotto in altri universi del sapere, della filosofia pratica, politica e morale. Viene in mente ancora un passo di Jhering (1857, 16): occupandosi della giurisprudenza superiore, quella giurisprudenza nella quale la elaborazione scientifica e la riflessione giuridica trovano un altissimo livello di sedimentazione concettuale, Jhering diceva che una tale *Jurisprudenz*, una tale elaborazione filosofico-scientifica del materiale giuridico, *non si lascia più mettere in difficoltà dalla storia* (<läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen >).

Cosa significa? Che il pensiero deriva da sé stesso, da sue elaborazioni, dal suo patrimonio semantico il contenuto della sua riflessione sul presente? Se si trattasse di questo, non ci sarebbe affatto da meravigliarsi. È ciò che accade sempre. O forse si vuol dire dell'altro? Si vuol dire che il pensiero filosofico-scientifico si immunizza rispetto al presente e si chiude nella certezza concettuale di metafisiche già comprovate? O si vuol dire che il pensiero filosofico-scientifico piega le sue qualificazioni concettuali in modo da offrire rifugio al materiale storico senza qualificare la sua differenza e nascondendone le forme che possono aver pervertito il senso delle categorie giuridiche e il loro essere state piegate a opportunità di natura politica o di altro genere? Cosa significa non lasciarsi mettere a disagio dalla storia? Affrontare la storia? O piegarsi? Ripetere gli atteggiamenti tenuti dai giudici tedeschi nei primi anni del terrore? Ripetere quello che hanno fatto i giudici in Cile con lo sterminio dei dissidenti? Adocchiare la servile dipendenza della magistratura oggi in Cina o in Russia o in quei paesi dell'Europa che inquinano la civiltà giuridica della maggior parte degli altri paesi europei?

Il presente incombe, esso si scarica continuamente dal futuro e respinge il tempo del diritto. Il tempo del diritto rafforza sempre di più la sua inerzia rispetto alle necessità di apprendimento alle quali il diritto deve andare incontro per adeguare la inarrestabile complessità della società contemporanea. Eppure, la semantica di cui dispone ha grandi difficoltà di auto-rinnovamento del patrimonio di significati che può rendere disponibili: le auto-descrizioni del diritto sembrano più disponibili ad attivare tecniche capaci di evitare l'accesso al diritto che non di attraversarlo con aspettative di certezza della decisione.

È come se la commedia del diritto non trovasse più nuovi soggetti, nuove trame, nuovi territori.

Vorremmo ripercorrere brevemente quattro temi: natura, soggetto, limite, alterità: vorremmo farlo per vedere se, riscrivendo questi temi, si riesce a intuire che la commedia si può rappresentare anche in altro modo.

## 6 Natura

Ci sono concetti del diritto che hanno una lunga storia e che fanno sempre storia. Nella nella articolata complessità della riflessione filosofico-giuridica, ma anche della dogmatica giuridica, questi concetti operano come

linee direttrici, come fossili-guida (<Leitfossilien>) come li chiamava Blumenberg, come tracce della esperienza che il diritto fa con sé stesso; essi permettono di leggere gli strati del tempo (<Zeitschichten>) (KOSELLECK, 2000), le sedimentazioni della semantica dell'auto-descrizione della società, le stratificazioni di senso attraverso le quali il diritto costruisce la sua realtà. Natura è uno di questi fossili guida. Il suo carattere originario permette al concetto di riflettersi su sé stesso, di determinarsi e poi di specificarsi rendendo accessibili, in questo modo, una molteplicità di referenze. A partire dalla natura della natura, si rende possibile la rappresentazione giuridica di una natura della individualità del singolo, la sua delimitazione, la sua differenziazione rispetto alla natura della alterità come individualità dell'altro.

Vorremmo riflettere brevemente su: natura, uno dei fossili-guida che, come nessun altro può essere letto nella grandiosa ricchezza di tracce e di significati che porta impressi su di sé e che sono utili a decifrare il tempo del diritto.

Nella sua infinita capacità riflessiva natura tiene a distanza tutto il resto, essa è sola con sé stessa. Essa, per noi, funge realmente come uno specchio, di fronte al quale vediamo come il diritto tenta di fare esperimenti con sé stesso. Nella sua resistenza al tempo, la natura resiste a tutti gli esperimenti con i quali il diritto cerca di colonizzarla imprimendo immagini, fissando artificialità, tenendo ferme contingenze, precarietà, determinatezze, limitazioni. E per questo la natura tiene a distanza il pensiero per non rischiare di diventare casuale e senza destino. Per resistere alla conoscenza che la rende fortuita, (Nietzsche).

Come dice Oehler, il protagonista di un altro racconto di Thomas Bernhard (2018,13-14), un racconto sul continuo andare del pensiero al limite di sé stesso, *la natura non ha bisogno del pensiero, è solo la presunzione umana a voler proiettare ininterrottamente nella natura il proprio pensiero. .... con questo pensiero insolente — continua Oehler — che proiettiamo nella natura, del tutto immunizzata, com'è naturale, nei confronti di questo pensiero. .... le condizioni diventano, com'è naturale, condizioni sempre più intollerabili.*

Per secoli la natura ha tenuto lontano ogni evento distruttivo esterno, ogni violenza di coloni esterni, come quella praticata dal diritto, per esempio, che, quando l'ha occupata, l'ha separata da sé stessa, l'ha divisa, l'ha differenziata, l'ha violentata, l'ha trasformata, l'ha ridotta in proprietà, l'ha resa casuale oggetto della sua artificialità. E così anche i popoli che erano tutt'uno con quella natura sono diventati casuali e fortuiti, sono stati privati del passato e del futuro, sono diventati molteplicità di corpi addomesticati, frammenti, esteriores. È davvero difficile capire come mai si possa dire diritto naturale senza offendere la natura e la sua storia. La natura tiene a distanza il diritto perché il diritto le sottrae la sua naturalità. Perché la trasforma in concetto, le inventa un nome e poi lo cambia, quando ne inventa un altro.

Ma ci sono ancora altri motivi per i quali la natura tiene a distanza il diritto.

La natura ha in sé il suo destino: quel destino è la sua necessità, la regolare connessione dei suoi elementi, le molteplici temporalità del suo esserci che si oppone e sfida tutte le altre temporalità e si ribella resistendo alla violenza di chi le sottrae questo suo destino. La natura non fa nulla per evitare il suo destino. Il diritto ha sempre fatto violenza alla natura, ha dovuto addomesticarla, le ha imposto significati, l'ha trasformata in una sua costruzione, perché solo in questo modo poteva usarla come sua realtà.

Ora, nelle sue manifestazioni più rudimentali, il diritto ha costruito la forma della giuridicità attraverso la riproduzione normativa dei caratteri che sono impressi nella ricorsività dei fenomeni naturali: il diritto ha inventato così la sua origine nella riformulazione normativa dei principi della equivalenza, dell'uguaglianza, della ricorsività, della necessità. Sono questi i caratteri che il diritto ha sottratto alla natura e ha utilizzato nelle sue costruzioni (JHERING, 1968, I, 36). Quei caratteri li troviamo nelle prime manifestazioni della idea di giustizia in società arcaiche fino alla civiltà greca. Ma in quelle manifestazioni c'era ancora la fatalità inevitabile, c'era la tragedia, la grandiosa geometria dell'ordine della natura e del mondo: un ordine che non poteva essere violato e che, se fosse stato violato, avrebbe dovuto essere ripristinato; c'era il tempo che apparteneva alla stessa famiglia della giustizia (HIRZEL, 1907); insomma, c'era il destino.

Poi il diritto avrebbe reinventato continuamente la sua origine. Ogni volta, sempre diversa. La sua evoluzione sarebbe stata caratterizzata dalla continua espansione di qualificazioni di senso che il diritto avrebbe acquisito a partire da sé stesso, dalla continua acquisizione di artificialità che si rendevano necessarie per giustificare la sua funzione di medium della religione e del potere, sia nell'unità della loro distinzione, che nella loro differenziazione.

Nel corso della sua evoluzione il diritto ha continuato a trovare nella natura il contesto dal quale derivare ciò che veniva utilizzato come rappresentazione della verità, cioè quelle menzogne con le quali il diritto avrebbe giustificato il suo potere di attribuire significati e di renderli normativi, cioè resistenti al tempo e ai fatti. La natura della natura non è un concetto naturale, è una costruzione filosofica, cioè politica. La natura della polis in Grecia; la natura del potere nella tragedia; la natura della schiavitù; la natura delle differenze nella natura dei singoli; la natura della verità e le verità della natura nella civiltà cristiana; la natura del cosmo o dell'ordine sociale nelle altre civiltà — tutto questo non è certamente naturale, come già sapevano i vecchi filosofi razionalisti.

In realtà, nelle esperienze che faceva con la natura, il diritto cercava i significati che potessero giustificare le esperienze che il potere faceva con la struttura dell'agire dei singoli e con la determinazione dei limiti dell'agire dei singoli. Cioè con la determinazione delle possibilità della comunicazione sociale. Alle antiche idee di corrispondenza e di ordine, che avevano trovato il loro luogo narrativo nella tragedia, si sostituivano nuove idee, nelle quali si incontrano tradizione e rivoluzione, cultura romana e civilizzazione cristiana. Ma questo, ormai, è già il tempo della commedia: la narrazione giuridica dei nuovi poteri territoriali, delle nuove forme di legittimazione della natura di quei poteri, della riappropriazione della natura da parte di un diritto senza destino. Incapace di trovare alternative, il pensiero moderno si ostinerà a chiamare diritto naturale il tessuto narrativo di questa commedia.

La rappresentazione della commedia poté avere inizio quando, come dice Nietzsche, alcuni animali intelligenti inventarono la conoscenza. Fu quello l'istante più menzognero ed arrogante della storia universale: il diritto imparò a dire la verità, cioè a legittimare le sue costruzioni come verità derivate dalla natura. Fecero irruzione nella storia una lunga serie di conoscenze, di verità, con le quali il diritto, cioè il potere, penetrava nella natura, ne estraeva le menzogne necessarie e, con i paradossi che ne scaturivano, costruiva innumerevoli realtà. E queste realtà si chiamarono natura della natura dell'uomo, e poi uomo libero, uomo schiavo, donna, razza, sessualità, nativo, cittadino, e poi ancora, proprietà, contratto, colpa. Il diritto ha sottratto la natura a sé stessa e le ha attribuito la genesi della artificialità dei suoi destini.

In una sua conferenza degli anni settanta del secolo scorso, Foucault diceva che le pratiche sociali possono arrivare a generare domini del sapere che, non solo fanno in modo che appaiano nuovi oggetti, concetti e tecniche, ma che fanno nascere, inoltre, forme totalmente nuove di soggetti e oggetti di conoscenza. La semantica attraverso la quale la società descrive la forma della stratificazione, che caratterizza la nuova forma della sua struttura, è costituita da queste verità della conoscenza. Le quali renderanno possibile la formazione di un diritto delle differenze e di un diritto dell'esclusione dall'accesso alla comunicazione sociale. Questo diritto troverà la sua collocazione e il suo riconoscimento morale nell'ambito di una filosofia pratica orientata alla conservazione dell'unità dell'agire sociale (DE GIORGI, 1998). E così siamo alle soglie della modernità.

La scoperta dei nuovi mondi avrebbe reso evidente la differenza di natura e società, avrebbe fatto vedere che il presente è lo spazio di temporalità differenti, che molteplici non-contemporaneità sono contemporanee e avrebbe reso possibile inventare il concetto di cultura come equivalente semantico della differenza tra superiore e inferiore (LUHMANN, 1995, 31-54), tra nuovo centro e nuove periferie. Progresso, sviluppo, civiltà seguono anch'essi come evidenti connessioni semantiche.

Sottratta a sé stessa, la natura diventa senza destino, diventa casuale, fortuita, come abbiamo già detto con Nietzsche. La sua necessità, ormai, è di carattere giuridico, non naturale. Solo in due momenti della storia ci sarà una grande resistenza alla consumazione giuridica della naturalità della natura e alla menzogna del suo sfruttamento cognitivo ai fini della giustificazione di un diritto naturale. Nel medio evo, con la disputa teologica sulla proprietà della terra, sulla natura dei beni della terra, sulla forma della loro appropriazione e sul fine, cioè sul destino di quei beni. Di quella disputa restò, da una parte, la consumazione giuridica della natura e, dall'altra, la sublimazione del bene nella idea della povertà francescana. L'altro sforzo filosofico e politico di liberazione della natura e della naturalità del lavoro umano si trova nella concezione di Marx della naturalità dell'uomo e della umanizzazione della natura. L'uomo, come ente appartenente ad un genere (<Gattungswesen>), si realizza attraverso il lavoro, cioè si realizza come natura nel prodotto del suo lavoro e la natura si umanizza come mediazione nella dialettica della riappropriazione dell'oggetto del lavoro. Una concezione rivoluzionaria, perché già da secoli, ormai, il diritto aveva colonizzato la natura e aveva inventato il singolo nella sua individualità, cioè nella sua separatezza, come ente di natura (<Naturwesen>).

L'idea che gli uomini fossero diversi per natura era una idea molto antica che si era affermata e si era sempre più raffinata in modo concomitante con l'affermazione delle prime forme della differenziazione sociale. Nelle differenze tra le nature degli uomini era inscritto il destino dei corpi e la loro consumazione giuridica: tra la dama e la schiava non poteva esserci comunicazione perché tra di loro scorreva il limite della società. L'imperatore di Germania nobilita il contadino perché possa agire in giudizio contro il suo signore. La società non comunica con il suo esterno. E lo spazio del diritto non poteva certo occupare lo spazio esterno dell'esclusione. Essere esclusi dalla comunicazione sociale significava essere esclusi dal diritto, agire nello spazio della irrilevanza. Tuttavia, nonostante fosse determinato dalla sua naturalità, quello spazio non restava sempre uguale. Esso si popolava continuamente di nuovi caratteri, i quali appartenevano ad esso proprio perché lo spazio dell'esclusione si estendeva sempre di più. Il diritto raffina la sua concettualità specificandosi nella costruzione di distinzioni e nella continua differenziazione di quelle distinzioni<sup>12</sup>. Se la distinzione tra superiore e inferiore giustifica la distinzione tra inclusione ed esclusione, come conseguenza, allora, si rende possibile la costruzione di una cascata di altre distinzioni, le quali portano alla produzione di una sempre più estesa eccedenza nell'esclusione: gli schiavi, le donne, i bambini, gli analfabeti, i sacrileghi, i pazzi, i malati, i mendicanti, gli anormali. Gran parte di queste eccedenze vengono collocate materialmente al di fuori dello spazio della comunicazione sociale, vengono collocate al di fuori delle mura della città, vengono collocate in differenti inferni a porte chiuse. Il diritto costruisce giuridicamente i significati che qualificano le differenze: attraverso il suo sapere sulla natura, il diritto naturale adegua, si adatta alla società. Il diritto naturale colonizza in modo definitivo la natura.

Natura e società, appunto. Intorno a questa distinzione si svolge il pensiero giuridico moderno fino a gran parte del secolo scorso. La distinzione ha reso possibile la elaborazione di un sapere sul diritto articolato in un complesso di discipline le quali pretendono di poter accedere a differenti forme di conoscenza del diritto. Ora, la menzogna della conoscenza del diritto poteva essere giustificata solo sotto il regime di un diritto naturale. Ma il diritto moderno non può più ricorrere a quella menzogna. Deve inventare nuove fonti del sapere e della conoscenza. Deve trovare altri giganti da porre davanti allo specchio, come fece il vecchio Pigafetta<sup>13</sup>.

## 7 Il singolo

La forma della differenziazione della società caratterizzata dalla stratificazione (Luhmann; De Giorgi, 1992: 281 e ss) identificava i singoli attraverso la loro inclusione all'interno delle differenti formazioni sociali. Questa forma dell'inclusione, connessa alla natura del singolo, delimitava gli spazi delle possibilità di agire sociale che gli erano riconosciuti. Egli poteva essere incluso materialmente nelle specifiche formazioni sociali, ma era escluso dalla comunicazione sociale. In altri termini, la comunicazione sociale escludeva, emarginava, come abbiamo visto, determinate qualità della natura dei singoli, i quali restavano ambiente della società nell'inclusione stretta delle formazioni sociali all'interno delle quali ottenevano il riconoscimento.

Queste condizioni strutturali dell'inclusione e dell'esclusione si trasformano con l'affermarsi della società moderna e il loro riconoscimento stabilizza la modernità di questa società. I sistemi della società moderna non tollerano altra forma della selettività, cioè dell'esclusione, che non sia quella propria della loro struttura. Essi, in altri termini, operano in base alla inclusione universale di tutti in ciascun sistema. Un sistema sociale della società moderna non può essere limitato da determinatezze esterne: le specificazioni esterne vengono relegate nell'ambiente e diventano irrilevanti.

Accade così che i singoli che, in quanto natura, si differenziavano tra di loro, nella forma universale dell'inclusione, invece, sono uguali, cioè: sono costruiti e trattati come uguali. Le differenze, in altri termini, restano

<sup>12</sup> nel senso della *historisch-politische Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe* di Koselleck (1979, 211 e ss).

<sup>13</sup> Nella sua lezione per il conferimento del premio Nobel, 12 ottobre 1982, *La soledad de América latina*, Gabriel García Márquez racconta che Magalhães nel suo viaggio intorno al mondo si fece accompagnare da Antonio Pigafetta, storico e geografo fiorentino. Arrivati in Patagonia, gli occupanti incontrarono dei giganti. Pigafetta dopo aver descritto la magica mostruosità di quei giganti, racconta che "il primo nativo, incontrato in Patagonia, fu messo davanti a uno specchio e quel gigante, impressionato, perse l'uso della ragione per la paura della propria immagine".

nell'esclusione, cioè nell'ambiente della società e, come vedremo, nell'ambiente di ciascun sistema sociale, proprio come l'altra parte dell'inclusione.

Per dire tutto questo, nel secolo xvii la filosofia occidentale inventò il soggetto: lo inventò come fondamento, dice Foucault, come nucleo centrale di ogni conoscenza, come ciò in cui non solo si rileva la libertà, ma come ciò in cui poteva fare apparizione la verità.

Il diritto dimentica la *natura della natura* e si preoccupa ormai solo della *natura del soggetto*. Ora, coloro ai quali il diritto può essere attribuito, i titolari del diritto, sono trattati come soggetti del diritto. In realtà essi continuano ad essere oggetto del diritto. Ma la menzogna del soggetto impone che essi siano trattati come razionali, cioè come capaci di essere considerati come ciò da cui l'azione ha inizio: solo così essi possono essere riferimento stabile dell'azione (DE GIORGI, 1984). C'è ancora di più: perché siano trattati come soggetti, essi devono essere considerati nella loro interezza: solo così essi possono essere allo stesso tempo soggetto e conseguenza dell'azione. Il singolo è risultato delle sue azioni, il soggetto è una conseguenza, come un ragno, diceva Kierkegaard, che è appeso alla rete che egli stesso costruisce. Il soggetto è una costruzione sociale temporalizzata, cioè egli è risultato di connessioni causali di imputazione dell'azione.

Ora, perché la tecnica giuridica possa funzionare, il singolo, trattato come individuo, cioè come indivisibile, è un complesso unitario, capace di coordinare le azioni e stabilire relazioni tra fini e mezzi. Da Hobbes fino a Weber si dirà che l'ordine sociale è costruito dalla convergenza dell'agire razionale dei singoli: Parsons lo chiamerà il problema hobbesiano dell'ordine.

Adesso si dirà che la natura dell'individuo è quella di essere un soggetto razionale. E che questa natura è condivisa da tutti. Individui razionali trovano un accordo reciproco in base al quale fissano gli spazi del reciproco riconoscimento dell'agire di ciascuno. Su queste premesse il razionalismo aveva elaborato lo schema del contratto sociale: secondo questo schema i singoli dovevano essere pensati come capaci di vincolarsi e di rispettare le condizioni del patto. Queste condizioni legittimavano il potere e imponevano al potere di trattare i singoli come individui. L'ordine delle azioni stabilizza l'ordine della società e il catalogo dei diritti umani fornisce quei requisiti che, da una parte, assicurano l'accesso di tutti a ciascun sistema sociale, dall'altra, assicurano che la selettività delle possibilità di agire sia regolata all'interno di ciascun sistema sociale.

I cataloghi dei diritti umani forniscono i requisiti necessari alla stabilizzazione delle possibilità d'agire in questa società: dell'agire politico, dell'agire giuridico, dell'agire economico; essi sono schemi dell'inclusione di tutti, della universale accessibilità dell'agire sociale.

I diritti umani hanno la funzione di mantenere sempre aperte le possibilità dell'inclusione: essi lasciano aperti gli spazi entro i quali si realizzeranno le modalità reali dell'inclusione le quali, ripetiamo, sono affidate ai singoli sistemi sociali. Per questo si dice che i diritti umani sono garanzie: perché essi non possono nulla rispetto alla gestione reale dell'inclusione e alle sue conseguenze. Essi fissano le condizioni della generalizzazione, cioè della indifferenza rispetto al caso specifico. La dignità è intoccabile, dice il primo articolo della Costituzione tedesca: ma la dignità è intoccabile perché — a differenza della materialità dell'onore, che nelle società antiche era attribuito ai singoli nella loro differenza — la dignità è solo uno schema dell'autorappresentazione che permette ai singoli di sentirsi persone nella loro indifferenza, di sentirsi, cioè, indifferenze che possono ottenere il riconoscimento della loro differenza solo in base alla selettività dei singoli sistemi sociali. Solo questa differenza permette loro di non essere confuse con altre indifferenze. Che la dignità è intoccabile, allora, significa solo che essa può essere distrutta dal sibilo di un *gossip*, da un *whistle blower*, da *fake news*, mentre si può senz'altro dire che la dignità non è violata dalla tecnica giuridica che ha inventato i regimi speciali nelle carceri di massima sicurezza e neppure dai moderni regimi del lavoro schiavo.

La tecnologia giuridica costruita su questi requisiti è indifferente al fatto che quanto più è alta l'inclusione tanto più è alta l'esclusione, quanto più è brutale la violenza che crea il diritto, per usare ancora il vecchio concetto di Benjamin, tanto più è brutale la violenza che conserva il diritto: essa affida alla politica la questione reale della gestione delle differenze che essa stessa produce. E poiché lo spazio dell'esclusione è sempre più esteso, le forme dell'esclusione sono sempre più numerose, i singoli che erano stati usati come soggetti, che erano stati nobilitati come liberi e razionali, ora sono affidati alla individualità della forma della loro esclusione, cioè alla loro singolarità. Anch'essi, ancora una volta, casuali e fortuiti, senza destino, come la natura.

## 8 Il limite

Il soggetto, l'individuo, questa unità di tutte le differenze, è la costruzione intorno alla quale si organizza il diritto positivo moderno, il requisito della selettività della sua struttura. Non solo, come si potrebbe pensare, di quella parte del diritto che interessa i privati, ma di tutto il diritto. Il soggetto trova nel diritto la determinazione della sua individualità come persona, cioè come costruzione giuridica che si materializza attraverso la delimitazione degli spazi del suo agire e delle modalità della imputazione dell'azione. La qualità dell'uomo, dice Kant nella *Metafisica dei costumi* (1968, Bd. V, 111-264) è quella di essere signore di sé, di essere, cioè, *sui juris*: il diritto circoscrive lo spazio sociale nel quale si delimitano, cioè si determinano i modi attraverso i quali questa individualità — appunto: l'essere signore di sé, razionale e libero — ottiene il riconoscimento della sua differenza. È particolarmente interessante considerare il fatto che qui viene fissato il presupposto della differenza, come requisito della costruzione del sé giuridico, cioè della identità e da qui dell'uguaglianza. E nel pensiero di Kant, signore di sé è colui che è capace di provvedere al suo mantenimento economico. Anche per Fichte (1796) dal concetto del diritto — che deve essere un concetto originario della ragion pura — scaturisce la possibilità di costruire oggetti della riflessione come l'individuo razionale, gli altri individui come essenze razionali e libere, la comunità come unione. Come nella comunità la libertà del singolo presuppone la libertà degli altri, così nel mondo sensibile, l'agire razionale del singolo presuppone la proprietà, cioè una parte del mondo sensibile rispetto alla quale si esercita la libertà di agire. Fichte spiega poi che libertà e volontà si esercitano rispetto ad una situazione futura che consegua secondo regole conosciute: l'io, la individualità del singolo, si determina, allora come l'unità che è garantita dalla convergenza di volontà, proprietà, stabilità e permanenza. Persino allo Stato il diritto riconosce una ragione che lo rende libero, così come gli individui.

In questa figura del soggetto, allora, il diritto positivo moderno fissa il nucleo concettuale di tutte le sue determinazioni. È il modo d'esserci, il *Dasein* del diritto, avrebbe detto Hegel. È la forma della sua storicità, il suo presente, la forma della sua determinazione, appunto.

Ma, cosa significa determinazione?

Nella *Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften*, al paragrafo 92 ((1817)1970, I, Bd. 8, &92), in un luogo nel quale si occupa della determinazione dell'essere, Hegel scrive che *l'essere, se è fissato come distinto dalla sua determinazione, in altri termini, se è fissato come essere a sé, è una vuota astrazione. Anche il diritto, senza la sua determinazione, sarebbe solo una vuota astrazione.* L'essere è posto con la sua determinazione, dice Hegel. Ma, egli aggiunge, *nell'essere determinato, la determinazione è tutt'uno con l'essere ed è, insieme, posta come negazione, è limite, è barriera.* Nella aggiunta a questo paragrafo Hegel spiega che *nell'essere determinato, la negazione è immediatamente identica con l'essere e questa negazione è ciò che chiamiamo limite.* Ora, se è vero che senza determinazione l'essere è vuota astrazione, è anche vero che nella determinazione l'essere e la sua negazione sono tutt'uno.

Ciò su cui è necessario fermare l'attenzione è questo: l'inganno non è solo di natura logica, come potrebbe sembrare. L'inganno è allo stesso tempo una menzogna di natura storica, possiamo dire storico-evolutiva. L'affermazione di un diritto, l'apertura di uno spazio giuridico, è allo stesso tempo una negazione, una sottrazione, una ricostruzione del confine. Il limite si sposta, si ricostituisce con la determinazione, ma con il limite si espande lo spazio della negazione, cioè dell'esclusione.

Il paradosso del limite condensa in sé il paradosso dell'inclusione e dell'esclusione, che abbiamo incontrato nelle forme del paradosso dell'uguaglianza e della disuguaglianza, della identità e della differenza. In questa funzione costitutiva del paradosso possiamo vedere come effettivamente opera il diritto: come si costruisce, in altri termini, lo spazio delimitato di una selettività del dentro e del fuori, uno spazio che è, allo stesso tempo, della razionalità e della naturalità, della libertà e della necessità. Puchta (1811, Bd. I, 4) si chiedeva quale fosse il principio costitutivo del diritto e discuteva se questo principio fosse la ragione o la libertà: egli riconosceva che il fondamento del diritto era senz'altro la libertà, non la ragione, perché la ragione è essa stessa necessità e, come limite, soffoca gli spazi dell'agire. Puchta non vedeva che la libertà che egli considerava come negazione della determinatezza, della necessità, cioè del limite, in realtà aveva proprio quel limite come sua paradossale condizione. Il singolo è libero perché è determinato nel limite e dal limite. È libero perché il suo spazio è determinato ed è libero perché può superare quello spazio. Può oltrepassarlo. Può negare la norma opponendosi ad essa. Il reale senso della norma è dato dalla possibilità di negarla. Costitutivo del diritto, allora, è un paradosso, il paradosso del limite che è una contraddizione auto-costituita. Una

artificialità che, operando, apre lo spazio della libertà perché agisce come determinatezza, cioè come natura, come necessità. Chiedendosi se la cittadinanza, come spazio dell'uguale accesso di tutti al diritto, fosse compatibile con la disuguaglianza, il vecchio Marshall (1950, 9) riconosceva che essa lo è senz'altro: la cittadinanza è *l'architetto della disuguaglianza sociale legittima* — scriveva, con una argomentazione di impressionante attualità.

Senza determinazione il diritto è una vuota astrazione; esso si deve determinare, ma nella sua determinazione, cioè nella delimitazione di sé, nella sua materializzazione, il diritto produce la negazione di sé e questa negazione è il limite del diritto, un limite che lo attraversa come una barriera che penetra nel suo essere. Questo significa non solo che il diritto è al limite ma, anche, che il diritto è il limite di sé stesso. *Al limite*, conclude Hegel, *c'è una contraddizione in sé*.

Il soggetto del diritto, allora, è questo limite, questa contraddizione in sé del diritto. La forma nella quale esso si determina, la forma della sua storicità come diritto positivo, si fissa come barriera, come negazione. La validità del diritto non è più la vuota astrazione del diritto, come era nel regime del diritto naturale; essa è, invece, la forma della sua storicità, la forma della sua determinatezza storica. Il diritto è valido perché può essere trasformato: la validità, allora, è un simbolo della contingenza del diritto (LUHMANN, 1993, 98 e ss). Ma questo significa che ogni volta il diritto si determina come negazione, come barriera. Che esso produce continuamente nuove barriere. La critica del soggetto, questa idea fissa del pensiero occidentale dopo Nietzsche, è una critica storica perché il soggetto, in quanto è il limite del diritto, è una contraddizione in sé.

Il limite, dicevamo, è la traccia di una differenza nella forma della identità. Come ogni traccia, infatti, anche il limite è l'unità della distinzione che esso rende possibile. E allora, cosa c'è da una parte e cosa c'è dall'altra del limite? La risposta è sempre: diritto.

L'argomentazione di Hegel è affascinante, e trova corrispondenza nella idea del sistema del diritto come differenza, che troviamo nel pensiero di Luhmann (LUHMANN, 2006) Il limite, dicevamo, in quanto è la realtà dell'essere determinato del diritto, è ciò che fa la sua differenza. Cioè la negazione. Esso è la negazione del qualcosa, dice Hegel. È legittimo, a questo punto, chiedersi cosa significa tutto questo.

*La negazione del qualcosa*, egli dice, nella aggiunta al par. 92, *non è affatto un nulla astratto, ma un nulla che semplicemente è, oppure ciò che noi chiamiamo altro*. Finalmente: l'altro. Rispetto al qualcosa ci viene in mente subito l'altro. Ma come è costituito l'altro? *L'altro*, dice Hegel, con una chiarezza davvero unica, *non è cosiffatto che noi lo troviamo solo così, in modo tale che qualcosa potrebbe essere pensato anche senza di esso, ma qualcosa è in sé l'altro di sé stesso e per il qualcosa nell'altro il suo limite diventa obiettivo*.

Il significato dell'argomentazione è chiaro: l'alterità è costruita dal diritto, essa sta dentro il diritto ma, allo stesso tempo, è ciò che il diritto tiene fuori di sé, come minaccia, come negazione, appunto. Il diritto la colloca oltre il limite, la colloca in uno spazio senza diritto, cioè in un luogo che è non-luogo. D'altra parte, se ciò che è costruito nella determinatezza è il soggetto del diritto, la sua negazione, l'alterità, sono le non-persone, i volti senza volto che occuperanno i non-luoghi del diritto. Emerge in tutta la sua portata la fallacia delle teorie della identità o, meglio, emerge il significato ideologico di ogni teoria della identità, la sua funzione. Identità è tenere a distanza l'alterità che viene costruita, gettata nel mondo con la idea della absolutezza della identità. Ed è questo ciò che si pratica quando si identifica soggettività con identità: esclusione del volto dell'altro, suo abbandono alla indifferenza.

Figure senza volto prive di individualità, prive di riconoscimento: non-soggetti, essi non possono coordinare le loro azioni e quindi non sono altro che moltitudine, indistinzione, indifferenza. Esse sono nomi collettivi, quantità, corpi, numeri. Eccedenza della determinatezza.

Ma l'argomentazione è chiara anche in un senso ulteriore: la minaccia non viene dall'esterno del diritto, non ci sono moltitudini che occupano gli spazi del diritto: c'è sempre il diritto che si determina escludendo, tenendo a distanza. È questa la contraddizione in sé del diritto contemporaneo, del diritto al presente.

Il presente, infatti, è il tempo del diritto: il tempo nel quale il diritto sperimenta con sé stesso al limite. In altre società il diritto disponeva di considerevole materiale semantico per la costruzione della trama concettuale che doveva permettergli di adeguare la struttura della società costruendo i limiti della sua determinatezza. Si trattava di nuclei semantici che erano stabilizzati nella auto-descrizione di altri sistemi sociali e che si rivelavano utili per la costruzione di vincoli stabili del futuro. Privo, ormai, di quei sostegni, il diritto, così come la società, d'altra parte,

ormai è affidato a sé stesso. L'unica possibilità di vincolare il futuro, adesso, è il rischio. Il diritto deve affrontare il presente senza poter contare su un futuro stabile: esso può solo apprendere da sé stesso. La sua normatività, ormai, si legittima sulla base di rappresentazioni della realtà le quali, poi producono come conseguenza una continua instabilizzazione del diritto stesso. Il diritto ha la funzione di temporalizzare la complessità, diceva Luhmann: ma ora sappiamo che questa tecnica implica incremento della rischiosità del diritto e incremento della produzione di alterità. Una alterità che la politica e il diritto considerano come minacciosa.

## 9 L'alterità

Ancora verso la metà del secolo scorso si pensava che il rischio del diritto, cioè il rischio che il diritto corre con sé stesso, fosse legato alla continua produzione di contingenza, cioè alla continua instabilizzazione di sé stesso alla quale si espone il diritto positivo. Da questa idea scaturiva l'appello ai valori e il rifugio nella morale, dove si riteneva che si potessero trovare risorse di stabilità di fronte alla incertezza del futuro. Ma non era questo il problema. Il diritto positivo moderno vincola il futuro proprio nella forma della contingenza. E non potrebbe essere diversamente.

Il rischio del diritto consiste nel fatto che nella *società del mondo* il diritto non agisce più come sistema immunitario (LUHMANN, 1984, 582 e ss; 1993, 161; 565), come sistema capace di prevenire e neutralizzare disturbi e minacce che la società produce contro sé stessa. Come ci ha spiegato ancora Luhmann già trenta anni fa, la minaccia che incombe sulla società è costituita dalla stabilizzazione di un meta-codice che mediatizza tutti gli altri codici attraverso i quali operano i singoli sistemi sociali della società del mondo. È il meta-codice di inclusione ed esclusione (LUHMANN, 1993, 582 e ss.). Rispetto a questo meta-codice il diritto opera come il sistema che fornisce la tecnologia concettuale attraverso la quale si immunizza l'esclusione, le si conferisce una qualificazione giuridica che la sospende, la lascia in attesa, oltre il limite, ma al limite, appunto. È la tecnologia attraverso la quale si offre riconoscimento e legittimazione non all'agire, ma alla nuda vita delle non-persone e si creano per loro i territori corrispondenti nei non-luoghi della società del mondo. Il diritto fornisce una raffinata tecnologia della gestione di quella negazione che si produce al limite: non-soggetti, non-persone, non-luoghi, non-cittadini, non-abbienti, non-normali. Abitanti dei non-territori di non-stati: abitanti di slum, di *villas miseria*, di favelas; lavoratori-in-nero. La concettualità giuridica che offre supporto a questa tecnologia ha raggiunto livelli altissimi di raffinatezza: migrante, che significa non-cittadino di un non-luogo, si tratti di un muro oppure di una tendopoli o di un bosco o di un carcere-aperto, non importa; respingimento-umanitario, che significa annegamento autorizzato. Il bambino che da solo corre via dalla fame, diventa minore-non-accompagnato, una figura giuridica che significa abbandonato al nulla; i disperati che si lasciano annegare nel Mediterraneo sono destinatari di respingimento umanitario, una raffinata figura giuridica dell'affondamento, così come la guerra umanitaria, che il diritto presenta come un concetto dell'estetica. Ma la raffinatezza più alta è condensata nella figura giuridica che in alcuni paesi dell'America Latina, dà il nome a quella situazione di illegalità diffusa, tollerata e stabilizzata, sostenuta dalla politica e dal diritto, che si chiama *stato di cose incostituzionale* (DE GIORGI, VASCONCELOS, 2018, 480-503).

Il diritto, allora, è il sistema di produzione giuridica di una eccedenza di alterità che il diritto non può tenere a distanza.

Il limite del diritto è la traccia che occultata l'unità della differenza di soggetto e alterità, di ciò che appare come limite interno e come limite esterno, ma che in realtà è la stessa traccia che attraversa il diritto, la sua stessa determinazione; al limite si può osservare ciò che Hegel avrebbe chiamato *la loro comune diversità* (<ihre gemeinschaftliche Unterschiedenheit>).

L'assolutezza dei principi, l'universalità dei diritti umani, la sublime razionalità del soggetto, l'armonia delle reciproche aspettative, occultano la miseria e l'orrore della negazione. Essi lo occultano, ma l'orrore sta lì, ai margini del diritto, dentro il diritto.

Nel tentativo di tenere lontano la alterità che il diritto disperde sui non-luoghi che ha lasciato diffondere intorno a sé, molte regioni del globo terrestre sono diventate ormai spazi a porte chiuse: sono gli spazi nei quali trionfa una perversa ideologia giuridico-politica della chiusura, della supremazia, dell'esclusione. È una religione della identità, intesa non come patrimonio che tiene insieme differenze, ma come volontà di chiusura del sé attraverso il tenere-a-distanza. È l'ideologia macabra che orienta la follia di coloro che intendono far vedere al mondo che *l'inferno sono gli*

*altri*, come nel dramma di Sartre. Una ideologia senza destino, come fu quella che nella prima metà del secolo scorso doveva portare alcuni popoli a scrivere il destino del mondo e li portò invece a piangere sulle macerie degli inferni che loro stessi avevano scatenato.

Quella in cui viviamo è la società del mondo: è la società nella quale il mondo è presente nella comunicazione sociale. E il mondo è il limite di questa società. Quanto più la società si espande, cioè quanto più si espande la comunicazione sociale, tanto più si espande il suo limite che, come ogni limite, è al suo interno. In questa società, come sopravvivono ancora residui della vecchia stratificazione, così sopravvivono anche sistemi del diritto territorialmente delimitati; questi sistemi sono vincolati a sistemi territoriali della politica che corrono con totale cecità contro la complessità di questa società: essi sono legittimati all'interno come garanti di un ordine sociale che impongono alle condizioni di un continuo *stato di eccezione* (<Ausnahmezustand>)<sup>14</sup>, mentre sul piano internazionale essi si affidano al reciproco sostegno alle reciproche violazioni del diritto. Essi vivono così in uno stato di guerra molecolare.

La complessità è inarrestabile e i concetti della filosofia politica e giuridica dell'Otto- e del Novecento non sono certo adeguati né per comprendere la complessità, né per ridurla, né tanto meno per afferrare le grandi possibilità che sono immanenti al livello attuale della evoluzione sociale. Queste possibilità sono afferrate dalla scienza con la conseguenza di produrre conoscenza, che è una ricchezza di tutti; esse sono afferrate dall'economia e dalla finanza, con la conseguenza di incrementare allo stesso tempo la ricchezza di pochi e la povertà di molti. Esse potrebbero essere afferrate dal diritto di una politica senza territori, dal diritto dei popoli che ha come limite il mondo, dal diritto di una cittadinanza cosmopolita che deponga nei musei delle antiche nazioni le rovinose sovranità senza destino.

Mi piace concludere con un pensiero che Derrida espresse a Siracusa nel 2001: Penso, diceva il filosofo di Algeri, ad una democrazia a venire che faccia segno al di là del concetto classico di cittadinanza, e dunque di Stato-nazione e dunque di luogo. Forse anche al di là di ogni concetto tradizionale di cittadinanza, se almeno la cittadinanza restasse ancora legata ad uno Stato-nazione determinato, esso stesso radicato nella stabilità insostituibile di un territorio e di un idioma. È un'esperienza inedita, inaudita dell'ospitalità, del diritto d'asilo e delle frontiere.

Mentre Horkheimer chiudeva le sue riflessioni, quelle alle quali ci siamo già riferiti, con questi pensieri: se gli uomini atomizzati e disgregati divengono capaci di vivere senza proprietà, senza *luogo*, senza *tempo*, senza *popolo*, allora essi si sono sbarazzati anche dell'*Io nel quale*, con tutta l'*astuzia*, sussisteva anche la *stupidità della ragione storica* e tutta la sua intesa con il dominio.

Noi — più modestamente — pensiamo che il diritto di una politica senza territori, il diritto di territori senza frontiere, cioè il diritto di cittadinanze senza territori — pensiamo che questo diritto, riflettendo se stesso nello specchio delle sue distinzioni, possa vedere le ferite che ha inferto alla natura, possa vedere la opacità del soggetto che ha inventato, possa vedere l'abisso del limite entro il quale si è recluso e l'inferno dell'alterità che ha prodotto — e, allora, abbiamo fiducia che questo diritto possa costruire il suo racconto nel tessuto di nuove ragioni e scrivere una drammaturgia delle loro differenze.

## 10 Bibliografia

ASCARELLI, T. 1955. Antigone e Porzia. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, anno XXXIII, serie III, p. 756-766.

BERNHARD, T. Ist es eine Komödie? | Ist es eine Tragödie? In: BERNHARD, T. *Erzählungen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1979, S. 154-162.

BERNHARD, T. *Camminare*. Milano: Adelphi, 2018.

BORGES, J. L. Las ruinas circulares. In: *Ficciones*, In: *Obras completas: 1923-1972*. Edición dirigida y organizada por Carlos V. Frías. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974, p. 451-457.

DE GIORGI, R. *Azione e imputazione: semantica e critica di un principio nel diritto penale*, Lecce: Milella, 1984.

<sup>14</sup> Quest'anno ricorrono cento anni dalla pubblicazione della *Politische Theologie* di Carl Schmitt (1922).

DE GIORGI, R. *Scienza del diritto e legittimazione: con un poscritto*. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.

DE GIORGI, R. Gott mit Bart/Gott ohne Bart. *Rechtshistorisches Journal*, Von D. Simon (hrsg. ), 20, S. 508-522, 2001.

DE GIORGI, R. Sobre o direito: Kafka, Dürrenmatt e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do direito*, v. 4, n. 7, p. 29-43, jan./jun. 2007.

DE GIORGI, R. *Temi di filosofia del diritto*.v. II. Lecce: Pensa MultiMedia, 2016.

DE GIORGI, R. Para uma apologia construtivista do positivismo jurídico. In: LOIS, Cecília Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (org.). *Da teoria das normas à teoria do ordenamento: o positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio*. Belo Horizonte: Arraes , 2016a , p.102-114. DERRIDA, J. La différance. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, LXII, n. 3, p. 73-101, 1968.

EBELING, H. (hrsg.). *Subjektivität und Selbsterhaltung: Beiträge zur Diagnose der Moderne*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996.

FICHTE, J. G. *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*. Iena, Leipzig: Ch. E. Gabler, 1976.

FOUCAULT, M. *La verità e le forme giuridiche*. Napoli: La città del Sole, 2007.

GEISENHANSLÜKE, A. Tragödie im Sittlichen: Hegel und Sofokles, In: GEISENHANSLÜKE, A. *Narben des Geistes: Zur Kritik der Erfahrung nach Hegel*. Paderborn: Brill, Fink, 2020, S. 42-68.

GIERKE, Otto von. *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*. Leipzig: Dunker & Humblot, 1889.

HEGEL, G. W. F. *Enciclopedia delle scienze filosofiche*. Tomo primo. Roma-Bari: Laterza 1970. Trad. it. di Benedetto Croce di HEGEL, G. W. F. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, I Werke in zwanzig Bänden*. Band 8, 1817.

HEGEL, G. W. F. *Jenenser Logik, Metaphysik und Naturphilosophie: (1804/1805)*. G. Lasson (ed.). Hamburg: Meiner, 1967.

HEGEL, G. W. F. *Lineamenti di filosofia del diritto: diritto naturale e scienza dello stato*. Milano: Bompiani, 2006. Introduzione, note e apparati e trad. it. di V. Cicero di HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts: Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse, 1820*. Auf der Grundlage des Edition des Textes in den *Gesammelten Werken*, Band XIV, H. D. Brandt (hrsg.). Felix Meiner Verlag: Hamburg, 2009.

HEGEL, G. W. F. *Scienza della logica*. Tomo primo. Roma,Bari: Laterza, 1974. Trad. it. di A. Moni, riv. da C. Cesa di HEGEL, G. W. F. *Wissenschaft der Logik, I (1812)*. In: Hegel, G.W.F. Band 5, 1969a, *Werke in zwanzig Bänden*.

HEGEL, G. W. F. Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften: (1802/1803). In: MOLDENHAUER, Eva, MICHEL, Karl Markus (ed.). *Werke in zwanzig Bänden*, Band 2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1969b.

HIRZEL, R. *Themis, Dike und Verwandtes: Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1907.

HOBSBAWM, E. *Il secolo breve*. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2003.

HORKHEIMER, M. *Vernunft und Selbsterhaltung (1941/1942)*, cit. da: *Subjektivität und Selbsterhaltung: Beiträge zur Diagnose der Moderne*. H. Ebeling (hrsg.), Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996. S. 41-75.

JHERING, R. von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung: (1852/1858)*. 1852, I; 1854, II, 1; 1858, Bd. II, 2. Aalen: Scientia, 1968.

- JHERING, R. von . Unsere Aufgabe. In: JHERING, R. von. *Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. B.1, 1857, S. 1-52.
- KAFKA, F. Vor dem Gesetz (1915). In: KAFKA, F. *Ein Landarzt*. W. Kittler, H.G. Koch, G. Neumann (hrsg.). Frankfurt a. M.: Fischer Taschenbuch, 2002, S. 267-269.
- KANT, I. *Prolegomeni ad ogni futura metafisica* (1925). Seconda edizione riveduta a cura di Rosario Assunto. Bari: Laterza, 1967. Trad. it. di Pantaleo Carabellese di KANT, I. Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten können (1783). In: KANT, I. *Schriften zur Metaphysik und Logik*. Band 1: *Werkausgabe*, Band. V, 111-264, Wilhelm Weischedel (hrsg. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1968.
- KANT, I. 1968a. *Critica della ragion pura*, volume secondo, ed. riveduta da V. Mathieu, Bari: Laterza, 1969. Trad. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice di KANT, I. *Kritik der reinen Vernunft* (1787), In: *Werkausgabe*, Band. IV, 2, 1969.
- KOSELLECK, R. *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1979.
- KOSELLECK, R. *Zeitschichten: Studien zur Historik*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2000.
- LUHMANN, N. Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition. In: LUHMANN, N.. *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, Bd.1: S. 9-71, 1980.
- LUHMANN, N. Temporalisierung der Komplexität. In: LUHMANN, N. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.1, S. 235-300, 1980.
- LUHMANN, N. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1984.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1985.
- LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.
- LUHMANN, N. Am Anfang war kein Unrecht. In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 3, S.11-64, 1989.
- LUHMANN, N., DE GIORGI, R. *Teoria della società*,. Milano: Angeli, 1992.
- LUHMANN, N. Kultur als historischer Begriff. In: LUHMANN, N.. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Bd. 4 S. 31-54, 1995.
- LUHMANN, N. Jenseits von Barbarei. In: *MODERNITÄT und Barbarei: Soziologische Zeitdiagnose am Ende des 20. Jahrhundert*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 219-230, 1996.
- LUHMANN, N. Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. Heft 1. S. 3-60, 2000.
- LUHMANN, N. System as difference. *Organization*, v. 13, issue 1, p. 13-37, 2000.
- LUHMANN, N. *Kontingenz und Recht: Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*. J.F.K. Schmidt (hrsg.). Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2013.
- MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class*. Cambridge: University Press, 1950.
- MENKE, C. *Tragödie im Sittlichen: Gerechtigkeit und Freiheit nach Hegel*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996.
- PUCHTA, G. *Cursus der Institutionen*. Bd 1. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1811.
- SCHMITT, C. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Dunker & Humblot, 1922.
- SOFOCLE. *Antigone*. G. Greco (ed.). Milano: Feltrinelli, 2013.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa, *Direito & Práxis*, v. 9, n. 01, p. 480-503, 2018.