

Elogio del diritto

1.

Il diritto degli antichi

Elogio del diritto, è questo il mio tema. Un tema che mi sembra particolarmente appropriato per aprire questo *incontro* con il quale diamo inizio alla nostra Winter School. Nei prossimi giorni discuteremo questioni che riguardano il presente. Ma, come ogni osservazione, anche la osservazione del presente richiede che l'osservatore collochi sé stesso a considerevole distanza da ciò che intende indicare.

Riprendo il mio tema, *Elogio del diritto*, dal titolo di un contributo che il grande filologo grecista Werner Jaeger scrisse nel 1947 in onore di Roscoe Pound¹. Era appena finita la Seconda guerra mondiale. Il mondo tentava di mettere ordine sulle rovine di un tempo che si voleva che fosse passato. Quel mondo era ancora avvolto dalla polvere della guerra e tentava di manifestare a sé stesso la fiducia in una volontà di pace. Una volontà che i popoli della terra comunicavano a sé stessi, ma che presto si sarebbe rivelata vacua e illusoria. L'Europa era devastata, gli altri continenti non erano in condizioni migliori: l'Africa era stata parzialmente risparmiata dalla guerra, ma sanguinava di coloniale brutalità e di violenza che erano state praticate da quegli stati che l'avevano rapinata per secoli e che continuavano a farlo; l'America Latina intendeva aprirsi ad un futuro che le permettesse di uscire dall'imperialismo coloniale che le aveva concesso limitati e controllati spazi di indipendenza; l'Asia correva verso un futuro che, dopo quasi un secolo, ancora non comincia e l'Occidente oltre Atlantico si predispondeva ad una guerra che sarebbe durata mezzo secolo. Una guerra che un pudore semantico avrebbe chiamato fredda, per distinguerla dall'altra guerra che emanava fumo dalle rovine che bruciavano ancora. La guerra fredda avrebbe scatenato e coperto continuamente guerre calde circoscritte, avrebbe mantenuto attivi per il mondo focolai pronti ad essere accesi e sarebbe durata fino ad ora².

¹ W. Jaeger, *Praise of Law. The Origin of Legal Philosophy and the Greeks*, in: *Interpretations of modern legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, edited with an Introduction by Paul Sayre, New York, Oxford University press 1947 (ed. it. In: M. Cacciari – N. Irti, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La Nave di Teseo editore, Milano 2019)

² E. Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914–1991*, Abacus, London 1995

Quel mondo aveva fatto esperienza *dell'illecito degli stati*, come lo chiamavano Kelsen³ e molti anni dopo, anche Luhmann⁴. Erano gli stati come organizzazioni giuridiche che avevano praticato gli illeciti che avevano distrutto il mondo e che lo avrebbero esposto a future, lente autodistruzioni disseminate per tutto il pianeta. Come mai prima d'allora, l'illecito degli stati rendeva evidente il fatto che la politica è guerra⁵.

Ancora una volta quel mondo sperimentava l'uso del diritto da parte della politica come arma della sua guerra. I regimi avevano piegato la razionalità del diritto alla violenza, avevano calpestato la semantica giuridica e l'avevano costretta ad una tecnologia di legittimazione della repressione. Ma l'unica possibilità che quel mondo aveva per uscire dalla guerra, per liberarsi della politica come guerra, era la riattivazione del diritto, la ricostituzione del diritto come sistema immunitario capace di proteggere contro la politica e le sue guerre. L'unica forma di resistenza alla guerra poteva essere esercitata dalla ricostituzione della chiusura del diritto e dalla razionalità della selettività del sistema giuridico. Quasi due secoli prima, Savigny lo aveva detto e lo aveva provato con la costruzione del suo sistema⁶. Solo il sistema del diritto che è costruito su sé stesso⁷, che si riproduce a partire da sé stesso e che si rappresenta come autolimitazione della forza e come sistema di reciprocità delle libertà, poteva opporre resistenza, costruire una barriera contro la aggressione politica.

D'altra parte, alla fine degli anni Quaranta, effettivamente quel mondo cercò riparo nella riattivazione della fiducia nel diritto. I regimi della prima metà del secolo e le loro filosofie si erano legittimati attraverso la perversione semantica dei concetti giuridici, attraverso processi linguistici di corruzione dei contenuti di senso di quei concetti, attraverso la messianica sublimazione di alcuni di quei concetti e la studiata repressione di altri. Questo percorso aveva portato alla irrazionale degenerazione del diritto, il cui corto circuito si sarebbe chiamato, appunto, guerra. Ma era stato un corto circuito permanente, stabile, sistematico.

³ H. Kelsen, *Über Staatsunrecht: zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, Hölder, Wien 1913

⁴ N. Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Dunker&Humblot, Berlin 1965

⁵ M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Seuil-Gallimard, Paris 1997

⁶ F. C. v. Savigny, *Juristische Methodenlehre*, ed. G. Wesenberg, de acuerdo con la elaboración de J. Grimm, Koehler, Stuttgart 1951; *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia Verlag, Aalen 1973, Bd. 1 (reimpressione della edizione Veit, Berlin 1840)

⁷ Cfr. R. De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, UIA, México DF 1998

Adesso si trattava di riconquistare spazi di giuridicità autonomi, liberi dalla violenza della politica. Si trattava di riuscire a ridare al diritto la forza di resistere giuridicamente, cioè attraverso la selettività della sua struttura, alle minacce dell'ambiente e alla repressione che quell'ambiente esercitava sulla legittimità dell'autoreferenza continua dei suoi concetti. Il diritto doveva riacquistare a sé stesso il suo potere immunitario e doveva poter attivare quel potere per difendere sé stesso dalle aggressioni dell'ambiente. Solo in questo modo avrebbe potuto agire come sistema immunitario della società nella sua universalità. Ma l'esercizio di questa funzione del diritto poteva essere reso possibile solo da una politica che fosse disarmata rispetto alla forma della selettività giuridica. In altri termini, il diritto poteva funzionare come tecnologia di civilizzazione della società se fosse stato possibile riattivare e rendere capaci di agire quei dispositivi di negazione, di negazioni di negazioni che i regimi avevano bloccato con le loro politiche di guerra, con le loro politiche di distruzione di un nemico continuamente reinventato, con le loro politiche di sacralizzazione di ontologie inesistenti come popolo, razza, nazione, identità.

Vorrei leggere *l'elogio del diritto* di Werner Jaeger del quale ho parlato e che fu scritto proprio in quegli anni, come l'epigrafe di un passato, come una memoria di civiltà che si rende manifesta di fronte all'autodistruzione della civiltà moderna. Una epigrafe che il mondo sembrava volesse fermarsi a leggere quando si inventava orizzonti dei suoi futuri lungo i quali il diritto potesse esercitare la sua funzione di civilizzazione.

In realtà, in quel momento, l'aspettativa del futuro era aspettativa di diritto. A dicembre del 1948 si sarebbe arrivati alla *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*. Nel *Preambolo* di quella Dichiarazione, quasi a voler richiamare l'attenzione universale di tutti gli stati, quasi a voler mettere quegli stati in guardia da sé stessi, si diceva: *è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione*.

Da questa formulazione emerge con chiarezza il fatto che la questione del presente e la possibilità di costruire futuri differenti dipendevano dal diritto, dalla struttura della concettualità giuridica, dalla forma del suo esercizio, dalla costruzione giuridica degli spazi reali dell'agire della politica e dell'agire dei singoli o delle loro organizzazioni. I diritti umani, che erano stati dichiarati già diverse volte, avevano potuto coesistere con secoli di schiavitù e con il terrore dei regimi moderni. Solo il diritto positivo poteva determinare gli spazi del loro riconoscimento, gli ambiti del loro esercizio, i limiti della loro violazione. Così come solo il diritto positivo poteva soffocare quegli spazi se

l'intervento politico legittimo imponeva la loro riduzione. La storia era il luogo della materializzazione del diritto come limite, come ostacolo: cioè come universo capace civilizzare la politica, la forza, la violenza. Se avesse guardato al futuro, quella storia si sarebbe condensata nel diritto.

I diritti umani, nonostante la loro forma universale, acquistano senso solo attraverso il diritto che è limite, è determinatezza, è la modalità storica contingente della loro concretizzazione. La *Dichiarazione* del 1948, in realtà, esprimeva proprio questa consapevolezza, essa esprimeva il terrore della obsolescenza dei cataloghi e delle dichiarazioni, il terrore della loro distruzione, del loro oscuramento giuridico e formulava l'aspettativa nella funzione civilizzatrice del diritto, cioè l'aspettativa nella funzione storica del diritto. Il diritto è il limite che determina, che separa, che fa la differenza e quindi è il limite che permette di costruire realtà. Questa realtà è la materializzazione del senso, il contenuto materiale che riempie la vuotezza semantica della universalità e dà il volto reale ad una realtà che in sé sarebbe senza volto.

Il *Preambolo* della *Dichiarazione* dice che la tirannia e l'oppressione, che sono caratteri della politica, possono essere addomesticate, fermate, controllate solo dal diritto. E se il diritto è diritto della tirannia e dell'oppressione, allora diventa legittima la ribellione. In quel *Preambolo* c'è un grande *elogio del diritto*. Il diritto della società, il diritto di una società che attraverso il diritto si immunizza non solo da sé stessa, ma dalla memoria di un passato che continua ad essere presente e ad operare come latenza strutturale del suo presente. Non si può dimenticare che il presente è sempre anche la storia di sé stesso e che questa storia opera come memoria, come autoidentificazione⁸. E proprio rispetto a questa autoidentificazione *l'elogio del diritto* doveva fornire il motivo della differenza.

Nelle pagine di Werner Jaeger, alle quali ci siamo ispirati, *l'elogio del diritto* è l'elogio di una grande civiltà, la più grande civiltà del passato, la civiltà greca, che si riconosce nella sua idea di diritto e di giustizia, la quale è resa manifesta nei secoli con modalità differenti, ma con una certezza che non cambia. La posizione del singolo nell'universo è data dalla regolarità e dall'ordine giuridico. Il diritto è costume, è appropriazione, è dono divino, è nome di divinità, è virtù, è limite, è nome dell'ordine del tempo, della natura, delle aspettative. Sullo scudo di Achille, la città in pace è *rappresentata da un processo giuridico*; Ulisse, quando arriva naufrago sulla spiaggia dei Feaci, si chiede: *Ahimè! Alla terra di quali*

⁸ R. De Giorgi, *O direito na modernidade*. Futuro, risco e democracia, Vol. I, curadoria de L. Gontijo, A. E. Perez, É. Zanardi, Dialética editora, São Paulo 2024

uomini sono arrivato? Violenti, selvaggi, senza giustizia (oudè dikaioi), oppure ospitali e timorosi nell'animo degli dèi?

La differenza tra barbarie e civiltà è costituita dal diritto: la differenza consiste nel modo in cui si tratta l'altro, lo sconosciuto: cioè nel fatto che gli si riconosce il diritto di essere un cittadino e nel fatto che lo si accoglie secondo le norme della civile consuetudine che si sedimenta nel diritto di ottenere il riconoscimento. *L'altro* ha il volto del diritto e si riconosce nel suo diritto. Per *Esiodo* gli dèi hanno nomi legati alla giustizia; la trasformazione che dal primitivo ordinamento feudale porta alle grandi acquisizioni del quinto secolo è realizzata sotto l'insegna delle rappresentazioni della giustizia, del diritto, dell'uguaglianza: *dike*, *nomos*, *isonomia*. Quest'ultimo termine, *isonomia*, uguaglianza, veniva usato in luogo del più tardo *demokratia*. Nei concetti nei quali formulano l'idea del diritto, i greci vedono riprodotta la natura della realtà: per *Anassimandro*, *dike*, la giustizia, è ordine della natura che da un ordine all'universo e lo redime dal *caos*. *Eraclito* dice che, per difendere e mantenere le sue leggi, un popolo deve combattere come per difendere le mura della città. La tragedia di *Antigone* è in tutti i sensi e in qualsiasi sua interpretazione, tragedia del diritto. Se con i *sofisti* si rompe l'antica unità dell'ordine e il diritto viene concepito come artificialità, questo non esclude che la razionalità dell'ordine sia il fondamento dell'agire sociale. Così come *Platone* collocherà nella interiorità dell'uomo l'idea della giustizia intesa come armonia degli elementi e tratterà la giustizia sociale come una forma secondaria della qualità interiore dell'uomo.

Werner Jaeger conclude il suo *elogio del diritto* con una certa amarezza. Egli vede che con l'ellenismo si disintegra ciò che egli chiama la *base ontologica del diritto*, cioè quel riferimento del diritto all'essere. Egli scrive che si perde per sempre il riferimento *all'unità obiettiva del mondo come cosmos, come ordine permanente delle cose*. Il pensiero giuridico moderno, egli conclude, *in parte seguì il cammino dei classici, in parte si trovò di fronte al progressivo dissolversi dei fondamenti di quella tradizione. Una comprensione del concetto greco della legge e della sua connessione con l'ordine cosmico quale i greci lo intendevano, deve segnare il punto iniziale di ogni riflessione sulla natura del diritto e della sua posizione nel nostro mondo filosofico.*

2.

Il diritto dei moderni

Il diritto della società moderna ha caratteri differenti: il suo ordine non è l'ordine permanente delle cose, non è l'ordine delle *Erinni*, le ministre della giustizia, di cui scrive *Eracrito*, le quali, se il sole abbandonasse il suo corso, saprebbero come ritrovarlo; così come non è l'ordine concreto di cui si occupa la brutale repressione dei regimi. L'ordine del diritto della società moderna è l'ordine delle azioni di individui trattati come liberi, presupposti come uguali e differenziati come singoli ai quali può essere imputato l'agire. È l'ordine di differenze che trovano convergenza nel limite che il diritto pone allo spazio dell'agire e che il diritto controlla attraverso il suo codice; è l'ordine che scaturisce dalla possibilità di qualificare tutto ciò che accade, come conforme al diritto o come non conforme al diritto. *L'elogio del diritto* è elogio di quest'ordine che lascia aperti alla complessità gli spazi imprevedibili dell'agire. È l'elogio della forma della selettività del diritto, della sua chiusura e della sua resistenza all'ambiente. Questo diritto della società moderna non è più elemento della catena dell'essere, non è dono degli dèi: il suo elogio non ha a che fare con la connessione ontologica dei suoi concetti con l'ordine del mondo e neppure con l'ordine della natura, ma ha a che fare con la artificialità dell'ordine che scaturisce dalla razionalità del sistema del diritto, dalla organizzazione concettuale della sua semantica, cioè dei concetti attraverso i quali il diritto costruisce il mondo. Questo sistema rende possibile la comunicazione sociale attraverso la sua capacità di qualificare il mondo, di attribuirgli significati, di dargli un ordine contingente, di adattare quest'ordine alla complessità dell'ambiente attraverso il ricorsivo adattamento del sistema a sé stesso.

Liberare il diritto dai suoi legami ontologici ha reso possibile liberare la società dalla stratificazione, dalle differenze di natura sulle quali essa era restata incatenata per secoli. Ha significato liberare la società da vincoli naturali e rendere possibile la sua apertura al futuro, alle aspettative, all'ordine artificiale di una costruzione che si esponeva alla razionalità di ragioni non più naturali, ma contingenti e quindi aperte. Tutto questo è stato possibile attraverso la razionale interpretazione di concetti giuridici applicati a concetti giuridici, attraverso la sistematizzazione delle soluzioni di problemi sociali che di volta in volta si manifestavano come accettabili per la loro apertura alla inclusione di condizioni che prima erano imprevedibili. Liberare il diritto dai vincoli della natura ha reso possibile alla evoluzione della società trasformare il diritto in un sistema sociale universale della immunizzazione della società contro sé stessa.

Liberare il diritto dalla natura ha reso possibile la liberazione della concettualità giuridica dalle sublimazioni sostanziali che il potere inventava per legittimare la materialità di nemici prodotti da inesistenti ontologie e da innaturali costruzioni. I regimi fondavano la loro legittimazione su questi processi di reificazione di significati privi di referenze. Questi processi trasformavano costruzioni giuridiche o fantasmi politici in materialità legittimate da perverse ontologie il cui essere era privo di qualsiasi referenza. Il *diritto della razza* può essere uno degli esempi che nella sua tragicità occulta la più assoluta esclusione di ogni referenza di natura biologica. Eppure, su quel concetto, trasformato in ontologia, sono state costruite politiche del diritto che hanno prodotto devastazione e distruzione. Non diversamente dalla ontologia della natura, la ontologia della razza aveva la funzione di materializzare una finzione reificando un concetto privo di referenza e quindi privo di senso.

Queste considerazioni ci permettono di ripetere che, a differenza di quanto hanno scritto molti giuristi, l'ideologia giuridica dei giudici del nazismo era affetta del rifiuto di ogni teoria del diritto di tipo positivistico. Quella ideologia era intrisa di miserabile pensiero di tipo giusnaturalistico: la cecità di quei giudici era condizionata dalle idee relative alla natura, alla differenza di natura, alla degenerazione della natura.

E allora, ciò che resta del pensiero greco nell'*elogio del diritto* è la funzione civilizzatrice del diritto, la funzione di unificazione e dell'agire e la inclusione dell'ordine dell'agire nella forma della sua attribuzione di senso alla natura. Per noi, questo significa che l'ordine del diritto costruisce un ordine artificiale che include la natura come costruzione sociale anch'essa. Nel senso che il diritto costruisce l'ordine al suo interno e così può adeguare la sua complessità alla complessità dell'ambiente e resistere alle minacce dell'ambiente contro la società. La giustizia del diritto è la capacità del sistema di adeguare la minacciosa complessità dell'ambiente. Al quale il diritto conferisce senso perché il diritto è schema universale della attribuzione di senso giuridico a tutto ciò che accade e quindi anche a ciò che si continua a trattare come natura o come realtà.

La società moderna non può più presupporre un ordine esterno differente dall'ordine che essa stessa costruisce al suo interno. Si tratti dell'ordine della scienza, della religione, dell'economia, della morale o degli affetti e delle passioni. L'ordine di questi ordini non ha nulla di naturale, e proprio per questo si espone al diritto al quale chiede consistenza nella costruzione del senso che ad esso può essere attribuito. L'ordine del mondo del diritto, allora, è l'ordine che scaturisce dalla selettività della sua struttura.

Questa selettività ha il luogo della sua continua attivazione e riproduzione nella *giurisdizione*. Il lavoro giurisdizionale occupa il centro del sistema⁹. La giurisdizione non è attività di applicazione del diritto, come si dice. Essa non è neppure solo interpretazione del diritto. Essa è anche questo, ma in realtà è *costruzione* del diritto, è attivazione del sistema nella forma della sua selettività, come abbiamo detto, è ciò che il diritto realmente è: qualificazione di senso, attribuzione di senso, imputazione di eventi come azioni. In questa qualificazione di senso si rende evidente la differenza tra il diritto della politica, il diritto dell'economia e il diritto del diritto. E infatti, la politica produce diritto come risultato di decisioni che scaturiscono da programmi politici che acquistano il volto di premesse decisionali, come condensazione di aspettative politiche, come conseguenza prevedibile di aspettative di natura politica. La giurisdizione, invece, produce diritto come risultato di imprevedibilità, come risultato non programmabile di attività decisionale. Le decisioni della politica sono già decise nella costruzione politica della realtà dalla quale emergono i temi stessi della politica. L'attività giurisdizionale, invece, scaturisce dalla imprevedibilità del caso ed è vincolata solo alla motivazione giuridica della decisione. È chiaro che anche della decisione giudiziaria si può dire che sia già decisa. E si possono ricercare le premesse della decisione nei convincimenti, negli atteggiamenti, nei presupposti morali, politici o ideologici di chi decide. Ma tutto questo mondo interiore deve essere occultato, non può emergere nella decisione, deve lasciarsi filtrare dalla cultura giuridica, cioè da quel patrimonio di senso all'interno del quale si produce l'attività della giurisdizione e che ha la sua storia individuale e condivisa nella formazione del giurista. Il vincolo della motivazione e la possibilità di revisione della decisione aprono lo spazio ad una congruente, stabile, aperta imprevedibilità del diritto come risultato di sé stesso, cioè del suo essere deciso simultaneamente in luoghi diversi del sistema.

In questo modo possiamo dire, utilizzando una vecchia formula di Luhmann, si mette in opera la capacità del sistema giuridico di comprendere e ridurre la complessità e di restituire all'ambiente giustizia nella forma della congruenza tra la complessità dell'ambiente e la complessità del sistema. Ma si mette in opera, in particolare, la capacità di immunizzazione di cui il sistema dispone, si rende manifesto il potere del sistema di porre argine all'ambiente, alle sue minacce, alle sue pressioni. Nella giurisdizione si

⁹ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993: Cap. 7: *Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem*, p. 297-337 (trad. sp. *El derecho de la sociedad*, Herder editorial-Universidad Iberoamericana, Barcelona – Ciudad de México 2005)

manifesta la forza concettuale della quale è costituito il sistema immunitario del diritto, la sua capacità di resistenza: il diritto immunizza la società contro sé stessa, ma per realizzare la sua funzione deve poter immunizzare sé stesso contro l'ambiente, mantenere un livello alto di indifferenza, di chiusura. Per questo la struttura del sistema consiste nella continua ridefinizione dei limiti del sistema e questa capacità di ridefinizione, a sua volta, dipende dalla congruenza semantica dei suoi concetti.

Nell'ambiente del diritto, la minaccia immediata scaturisce dal continuo intervento del sistema politico. Questo sistema, infatti pretende colonizzare il diritto come arma della sua guerra. La politica tende a riappropriarsi continuamente del diritto per controllare e quindi per prevenire la imprevedibilità dell'agire giurisprudenziale, in altri termini per neutralizzare le conseguenze della differenziazione di diritto e politica. Una differenziazione che è tipicamente moderna, che costituisce una grande acquisizione evolutiva della modernità e che ha reso possibile l'affermazione di quella paradossale circolarità che chiamiamo *democrazia*. E che consiste nel fatto che il potere ha la sua legittimazione nel diritto che esso produce e al quale si sottomette.

A partire dalla seconda metà del secolo diciottesimo, la originaria unità della differenza tra politica e diritto si è sedimentata come programma nelle *costituzioni*: le costituzioni delimitano gli spazi della compatibilità della politica con il suo ambiente, in particolare l'economia, esse determinano i limiti della differenza di politica e diritto e la forma della loro connessione. Per questo la politica ridetermina continuamente la sua compatibilità con l'ambiente dandosi delle costituzioni.

3.

Le costituzioni

Il sistema politico ha bisogno di autoidentificarsi, di determinarsi, di darsi una autocollocazione attraverso una volontà costituente che riformula la compatibilità del sistema politico della società con il suo ambiente. Questa compatibilità si articola attraverso un complesso normativo riconoscibile il quale determina gli spazi dell'inclusione di tutti i singoli nei differenti sistemi. Questa determinazione si realizza con le costituzioni, cioè con la posizioni di limiti. In questo senso le costituzioni sono complessi di negazioni, di negazioni di negazioni. Di proibizioni attraverso le quali si

controlla la contingenza delle pressioni politico-patrimoniali-finanziarie, la complessità delle aspettative di inclusione e si rende accessibile alle decisioni politiche e giuridiche la complessità sociale di una società nella quale la centralità continua ad essere occupata dal sistema dell'economia.

Le Costituzioni non sono complessi di norme sovraordinate che regolano il comportamento: sono dispositivi di regolazione delle relazioni tra sistema politico e suo ambiente interno della società. Tanto nelle antiche società del Mediterraneo, diceva Luhmann, quanto nella moderna società borghese, il sistema politico risponde alle trasformazioni evolutive, in particolare dell'economia, con *Costituzioni*, con la produzione di contesti di senso giuridico-politico che trasformano la complessità sociale in possibilità decisionali politiche e giuridiche.

La forma delle Costituzioni moderne evolve verso la acquisizione di connessioni di senso universali che evocano il tenore delle formulazioni illuministiche e delle aspettative di universalità che ad esse erano connesse. Questo percorso evolutivo, in realtà ha a che fare con la trasformazione della differenziazione sociale, che in conseguenza della specificazione funzionale richiede universale inclusione di tutti nei singoli sistemi sociali. L'inclusione non garantisce nulla, naturalmente, se non che alle vecchie forme della selettività sociale si sostituiscono le nuove forme che sono specifiche di ciascun sistema sociale. La connessione tra differenziazione e forma costituzionale della compatibilità del sistema politico con il diritto e con l'economia rende necessaria l'acquisizione di un livello di astrazione sempre più alto della semantica costituzionale, perché sempre più alta deve essere la indifferenza della politica rispetto all'agire dei singoli e alle conseguenze della selettività dei singoli sistemi sociali.

Questo significa che, quanto più alta è la configurazione illuministica della semantica concettuale delle costituzioni, tanto più il suo vincolo con la differenziazione apre lo spazio alla legittimazione di pratiche politico-giuridiche di natura contro-illuminista. E poiché il contenuto delle Costituzioni sta in ciò che esse intendono escludere, non in ciò che esse includono, lo spazio della compatibilità del sistema politico può essere esteso in relazione alle contingenze e alla percezione politica delle contingenze. Ma quello spazio può essere anche sempre più ristretto.

Per questo lo stato costituzionale moderno ha raggiunto un alto livello di astrazione e quindi di compatibilità giuridico politica con ciò che Marx quasi due secoli fa aveva chiamato condizioni materiali dell'esistenza o relazioni economico-sociali o, in altri

termini, con la forma della selettività del sistema dell'economia e con la forma della sua resistenza ai confini interni del suo ambiente che è il limite al quale questo sistema tiene a distanza tanto il diritto, quanto la politica. È proprio qui, lungo questi confini che si realizza la convergenza delle prestazioni di negazione nelle quali consiste il contenuto di senso delle Costituzioni.

L'evoluzione delle Costituzioni verso sempre più alti livelli di inclusione, cioè di astrazione universalizzante, rende più flessibile la compatibilità tra i sistemi ai loro confini, riduce le resistenze e occulta la latenza funzionale che caratterizza in modo specifico società come quelle latino-americane.

Proprio di questa flessibilità dovremmo occuparci, perché essa ci permette di vedere come il sistema della politica espande la sua compatibilità attraverso la erosione delle costituzioni che esso si dà.

4.

Erosione delle costituzioni e contro-illuminismo neopopulista¹⁰

Le ultime Costituzioni emanate nei paesi latino-americani a partire dagli inizi del secolo scorso, fino alle più recenti degli anni a noi vicini, sono impregnate di grandi risonanze illuministe. Non è un caso, naturalmente: come per Kant, l'illuminismo significava *uscita*¹¹, *esodo*, così anche per questi paesi le loro costituzioni erano una uscita, un accesso alla età adulta della ragione democratica, una apertura verso un futuro che in qualche modo doveva cominciare.

Si chiude, con l'ultimo ventennio del secolo scorso l'ambiente politico della civilizzazione occidentale che era uscita dalle tragiche esperienze della prima metà del secolo con il ricorso a progetti giusnaturalisti che si erano condensati nelle nuove costituzioni, nelle *Dichiarazioni universali dei diritti* e nella ricostituzione di grandi organismi universali di pace e di solidarietà. Tutte le grandi costituzioni europee della fine degli anni quaranta sono di ispirazione marcatamente giusnaturalista e di grande apertura ai diritti sociali e, in modo piuttosto selettivo, ai diritti civili.

¹⁰ Ho presentato questi argomenti in una conferenza tenuta di recente presso la Universidade Federal do Rio de Janeiro al Congresso per la celebrazione dei duecento anni della Costituzione del Brasile del 1824

¹¹ I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, <Berlinische Monatsschrift>, vol. IV, dic. 1784, p. 481 e ss.

Nella seconda metà del secolo scorso il mondo era ancora facilmente accessibile. C'era l'occidente e c'era l'oriente. Anche le dittature di quegli anni erano facilmente identificabili: c'erano quelle imposte dall'Occidente e quelle imposte dall'Oriente. Poi, con la fine degli anni Ottanta, il mondo non è stato più accessibile a quella differenza. In quel mondo era necessario collocare altri mondi che il secolo aveva escluso dal mondo. Interi continenti erano stati esclusi. Il mondo ormai era presente, simultaneo, intrasparente. Così come l'illuminismo aveva inventato l'umanità, la tolleranza, la libertà del pensiero, il futuro, l'universalità della ragione¹²; così come i regimi avevano distrutto militarmente quelle acquisizioni – allo stesso modo, alla fine del secolo, la politica comincia ad occuparsi delle differenze, di ciò che separa gli stati, i territori, i singoli. Si tratta di una politica delle identità, cioè delle differenze, cioè della paura delle differenze: è una politica che vede le differenze come minaccia perché essa stessa ha paura del presente in quanto non riesce a rappresentarsi la differenza che realmente è questo presente. E così questa politica desloca sul mondo la paura del presente e la tiene a distanza come paura del mondo. Si apre un periodo di governo della paura, come ha scritto Simon¹³ alcuni anni fa. Priva di rappresentazioni plausibili del presente, la politica universalizza la paura. E si chiude in questa disseminazione della paura. E per questo ricorre ad antiche stabilità che davano garanzie per il loro carattere di sostanza, di immutabilità, di certezza. Sarebbe interessante capire perché questo atteggiamento nello stesso momento infetta la politica ad un livello quasi planetario.

La politica ricomincia ad essere politica delle identità. Identità dei singoli, identità etniche, identità territoriali, culturali, religiose occupano la semantica all'interno della quale la politica cerca temi capaci di produrre consenso in un mondo che minaccia con la sua inafferrabile complessità. Una di queste identità è popolo, per esempio. Una costruzione giuridica che viene materializzata, è trasformata in entità metafisica e diventa soggetto di una assoluta autoreferenza.

Nel concetto di popolo la politica vede il referente che le permette di costruire consenso, di controllare la complessità, di frenarla, di bloccarla attraverso la ridefinizione della semantica delle aspettative che l'avevano resa accessibile e che adesso minacciavano la sostanza immobile della identità del popolo.

¹² Basti vedere E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, J. C. B. Mohr, Tübingen 1932

¹³ J. Simon, *Governing through Crime*, Routledge, London 1997 (ed. it. con intr. note di A. De Giorgi, *Il governo della paura*, Raffaello Cortina editore, Milano 2008)

Popolo: un concetto che rende possibile recuperare i detriti dell'armamentario usato dal contro-illuminismo nella sua eterna guerra contro ogni *uscita*, per usare ancora il termine di Kant, contro ogni *esperimento di liberazione*, contro ogni tentativo di accedere alla complessità della società moderna e di mantenere il futuro aperto ad ogni possibilità di scelta.

Popolo: una identità senza volto, una sostanza priva di referenza, un concetto semanticamente vuoto viene riutilizzato da sistemi politici come sublimazione della loro incapacità di costruire una rappresentazione della complessità della società contemporanea. Intorno a questo concetto si sedimentano sacralizzazioni populiste *di destra* e sacralizzazioni populiste *di sinistra* le quali, in realtà, sono convergenti perché entrambe sono strategie che mirano a limitare le imprevedibilità di un presente nel quale la complessità è inafferrabile.

Nel linguaggio politico viene disseminata una semantica che è costituita da rudimentali detriti del passato e che viene utilizzata per costruire minacce, nemici, pericoli da combattere. La politica si rimette in azione come guerra. E questa è una guerra che usa il diritto come sua arma principale. Lo spazio del diritto deve essere rioccupato per prevenire la imprevedibilità della sua attività giurisdizionale. I suoi concetti devono essere reimpregnati di contenuti semantici recuperati dalla preistoria della modernità, i quali sembrava che fossero ormai depositati nei musei dell'orrore del secolo scorso. La mistica del popolo richiama ordine, sicurezza, protezione, confine, nazione. Riappare l'idea dell'ordine concreto del nazismo, l'idea della unità del popolo nella rappresentazione politica della sua identità che è impersonata nella figura del capo.

A queste condizioni di riformulazione della semantica politica si delinea un processo di continua erosione dei caratteri illuministi sedimentati nelle Costituzioni più recenti. Si vede quanto, in realtà, sia intrasparente la trasparenza del testo costituzionale. Nella sua volgarità il neopopulismo corrode il manto illuminista del testo costituzionale ed espone al disprezzo e alla derisione il nucleo mistico della concettualità di origine illuminista.

Quello che è accaduto negli ultimi dieci anni di vita costituzionale permette di trarre alcune conclusioni di un certo interesse. Si può vedere, per esempio, quanto sia fittizia la distinzione che fanno i costituzionalisti tra costituzione *formale* e costituzione *materiale*, quanto sia lontana da ogni plausibilità l'idea della differenza di stato e società e quanto sia metafisica l'idea di una costituzione da intendere come forma della stabilità dell'ordinamento dello stato.

In questi anni si è potuto vedere quanto sia fragile, incerta, labile, la compatibilità del sistema politico con il sistema giuridico da una parte e con il sistema economico dall'altra. In particolare si è potuto vedere quanto sia alta l'astrattezza riflessiva della Costituzione. La politica si dà una costituzione non solo quando costruisce la sua autoidentificazione in un atto costitutivo, ma anche quando, attraverso la continua erosione dell'atto costitutivo originario, lascia emergere la implicita dualità della concettualità costituzionale e ne sublima proprio la parte che l'apertura democratica dello spirito costituzionale aveva inteso tenere sotto controllo. Le garanzie costituzionali possono essere interpretate nel senso di tutela universale o nel senso di tutela di una sola parte. Inventato il nemico esse hanno la funzione di proteggere un fantasma inesistente come il popolo da un fantasma inesistente come il nemico inventato. La riflessione della costituzione su sé stessa, allora, lascia vedere l'unità della differenza tra le due parti della duplicità di cui sono costituiti i concetti costituzionali: sono due parti che si oppongono una all'altra, che si negano reciprocamente, che condensano la convergenza delle prestazioni di negazione che caratterizzano la Costituzione e, in questo modo, espongono il diritto al giogo (*jugo*) della politica che si espone al giogo (*jugo*) dell'economia. E si può vedere come, sotto il peso di questo giogo, la costituzione soccombe sommersa dai detriti delle sue interpretazioni.

5.

Giurisdizione

Il processo di continua erosione della costituzione opera nonostante il pieno funzionamento di ogni forma di controllo di costituzionalità. Si tratta di un processo di normale logoramento della semantica dei concetti costituzionali realizzato attraverso il continuo spostamento dell'intervento politico-legislativo sul versante della ridefinizione dei limiti impliciti nelle negazioni di cui sono costituite le costituzioni. La duplicità, la struttura ambivalente dei principi e delle garanzie si sottrae facilmente alla possibilità di dichiarazione di violazione della costituzione. D'altra parte, l'altra parte della duplicità è sempre rispettata attraverso l'estensione populista della affermazione delle tutele. La difesa populista di famiglia e procreazione in Italia ha distrutto ogni spazio di riconoscimento di forme di procreazione esterne alla famiglia tradizionale. La difesa dei confini ha reso legittima la deportazione degli immigrati. Il sistema delle nomine negli

Enti televisivi ha ristretto l'accesso dell'opinione pubblica alla informazione di governo. Le pratiche di discriminazione e di violenza poliziesca sui minori sono qualificate come fatti di cronaca. Anche se in altri paesi tutto questo era pratica costante, in Italia, fino a qualche decennio fa non trovava possibilità di esercizio.

E allora: se alla nave di una organizzazione umanitaria che ha salvato dei migranti si impedisce di attraccare ad un porto perché si adduce la necessità di applicare una politica di difesa dei confini nazionali, la costituzione non può impedire l'attivazione di quella politica: si produce solo un dislocamento del problema che si trasforma in una discussione sulla natura della difesa dei confini, cioè su un tema politico che si sottrae al filtro giurisdizionale fino al punto al quale non nega limiti imposti dalle negazioni di cui sono costituite le costituzioni. Ma già la dislocazione del problema ha funzione corrosiva. Restano gli organismi supranazionali e le giurisdizioni internazionali. Ma la efficacia delle loro decisioni è largamente ridotta ad un livello di condivisa mancanza di considerazione. L'erosione della costituzione opera direttamente sulla giurisdizione. Non mi riferisco solo alla situazione esplosiva che in alcuni paesi dell'America Latina è nota come *estado de cose inconstitucional*¹⁴.

Mi riferisco al sottile intervento sul linguaggio del diritto che è prodotto da una legislazione che i populismi collocano al limite della tollerabilità semantica della tradizione del pensiero giuridico. Negli ultimi trenta anni la politica aveva scaricato sulla attività giurisdizionale il peso delle soluzioni di conflitti che il linguaggio legislativo della politica lasciava privi di determinazione e imponeva alla giurisdizione la funzione esclusivamente politica di costruire percorsi di soluzione. Le questioni del lavoro, dell'ambiente, della salute sono state affrontate da un attivismo giudiziario che ha avuto una funzione suppletiva della calcolata inerzia della politica o della sua effettiva incapacità di intervenire nei conflitti che essa stessa aveva attivato. Adesso, invece, la giurisdizione si svolge in presenza di un ambiente concettuale che non può più riferirsi alle prassi interpretative costituzionali. Quelle prassi erano sostenute dalle negazioni costituzionali le quali, a loro volta, avevano il sostegno di opinioni pubbliche, di movimenti politici, di rappresentazioni di una semantica della società aperta, disposta ad uscire da passate esperienze che erano considerate tragiche. Quel sostegno scaturiva da

¹⁴ R. De Giorgi – D. de Paiva Vasconcellos, *Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa*, Revista <Direito & Praxis>, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503.

una rappresentazione della funzione dello stato come garante della accessibilità di tutti ai beni sociali. Adesso la giurisdizione è affidata a sé stessa. Negli Stati Uniti il reale tentativo di un colpo di stato è stato pienamente assorbito nello spazio della costituzione. La deportazione è una pratica largamente diffusa. La distruzione della salute come funzione pubblica è realtà quasi universale. L'analfabetismo coesiste con la promozione costituzionale dei più alti livelli di sviluppo culturale. Le armi della politica sono le stesse che usa la politica delle armi.

La colonizzazione politica dell'agire giurisdizionale viene praticata dalla erosione populista della concettualità del diritto, dalla continua rifondazione populista delle costituzioni, dal discredito della decisione giudiziaria che oppone ostacoli di conformità costituzionale alle politiche del governo della paura, dalla costruzione di fattispecie giuridiche che, con il fine dichiarato di prevenire rischi, riducono spazi dell'agire che prima considerati leciti. Ma questa colonizzazione raggiunge il suo livello più preoccupante nello stigma del controllo popolare di coloro che compongono il potere giudiziario.

Il giudice non deve essere più *la bocca che pronunzia la parola della legge*, come pretendeva il vecchio Montesquieu. La imprevedibilità di quella pronunzia deve essere fermata. 1933: Carl Schmitt scrisse un pamphlet per legittimare la *Ermächtigungsgesetz*, la *legge sui pieni poteri*¹⁵. Egli constatava che *mai la questione "quis iudicabit?" ha avuto un significato così decisivo come oggi*. Sempre sono state formulate richieste, esigenze rispetto alla "personalità creativa" del giudice. Ma la parola "personalità", egli scriveva, *era usata nel senso dell'individualismo liberale, non nel senso del concreto popolo tedesco*.

Ora, ciò che deve essere assicurato, ciò che deve essere determinato, è *la sostanza vera della personalità* e questa sostanza consiste nel *vincolo con il popolo* e nella *uguaglianza di natura*, nella identità di specie che lega al popolo *ogni uomo a cui è affidata la rappresentazione, la interpretazione, l'applicazione del diritto*. Per Carl Schmitt il vincolo della giurisdizione al messianico concetto di popolo non era una questione politica. Era una questione di teoria della conoscenza. Vi prego, ascoltate la sua argomentazione. Egli scrive: *Tutto il diritto è diritto di un popolo. È una verità della teoria della conoscenza che soltanto chi è parte della comunità che produce il diritto e appartiene ad essa nella sua esistenza, solo questi può vedere correttamente i fatti, ascoltare correttamente le*

¹⁵ *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933

espressioni, comprendere correttamente le parole e valutare correttamente le impressioni degli uomini e delle cose.

Giurisdizione senza costituzione.

Kelsen avrebbe impiegato la vita per dimostrare l'assurdità di quelle affermazioni. La storia avrebbe impiegato poche decenni per aprire l'abisso al quale quelle assurdità avrebbero portato il popolo e il suo diritto.

Noi continuiamo a scrivere il nostro elogio del diritto. Che è l'elogio della certezza di un diritto che si espone alla interpretazione e di una interpretazione che si espone alla sua revisione e ancora, di una revisione che si espone ad altra revisione. L'elogio del diritto di una giurisprudenza capace di immunizzarsi dalla politica e dalle sue mitologie condensate in norme. L'elogio del diritto di una giurisdizione capace di osservare la circolarità della struttura della sua razionalità e di riaprire continuamente gli spazi delle negazioni che costituiscono le costituzioni; l'elogio del diritto di una giurisdizione che sa di essere risultato di sé stessa e di costruire realtà attraverso la costruzione giuridica di senso; di una giurisdizione che è responsabile del mondo che costruisce perché essa stessa è parte di quel mondo e degli spazi dell'agire che essa contribuisce ad aprire per ogni sua decisione.

Il nostro *elogio del diritto* è elogio di una costruzione di senso del mondo che può immunizzare dalla mitologica contingenza di una politica del destino e della paura; di una costruzione di senso che attraverso le negazioni che sono fissate nei programmi delle costituzioni permettono di tenere a distanza il diritto dalla politica e permettono di avere l'unica sicurezza che ci è dato di avere: la certezza della libertà conforme alla legge, conforme ad una legge che deve essere interpretata da interpreti che sanno di esporsi ad altri interpreti.

Vi ringrazio per la cortesia dell'attenzione