

## **La Inautenticita' del Derecho Positivo. Consideraciones sul Principio di Eguaglianza tra Codificazione e Decodificazione\***

**Vittorio Olgiati\*\***

### **1 Premessa**

Come è noto, la irrimediabile variabilità della dinamica sociale è sempre stata una delle questioni più problematiche per la operazionalizzazione – validità, efficacia e legittimità – di ogni tipo di diritto in ogni tipo di società.

Naturalmente non si tratta soltanto della difficoltà di mettere in forma, e quindi movimentare tecnicamente, principi e strutture ordinali corrispondenti ai più diversi e mutevoli interessi espressi da non meno diversi e mutevoli attori sociali. Si tratta anche della pretesa – vera e propria fatica di Sisifo – di modellare in modo ideologicamente plausibile e socialmente adeguato strategie di governabilità tali da garantire (quanto più a lungo possibile) la posizione egemonica rivendicata da gruppi di potere perennemente instabili, in quanto sempre e comunque numericamente minoritari e reciprocamente competitivi.

Il fatto empiricamente incontrovertibile che anche le leggi, così come gli esseri umani, sono – come diceva Tito Livio – mortali induce, quindi da sempre, ad interrogarsi sulla relativa (momentanea ed imprevedibile) durata storico-sociale delle oscillanti corrispondenze e/o asimmetrie – emergenza, maturità e decadenza – dei cicli di vita delle une e degli altri. Ma, soprattutto, induce ad operare continuamente “di conseguenza”, ordinando e/o prolungando artificialmente, ovvero ostacolando e reprimendo, per quanto possibile, il “rendimento” – i potenziali d’azione e di impatto – di tali precarie entità. Cioè, ben si può dire che l’inesausto mutamento delle più diverse forme di interazione sociale e dei connessi “adeguamenti” o “correttivi” istituzionali costituiscono senz’altro, ad un tempo, il nodo di fondo e il criterio di misura di qualunque ipotesi di “costruzione sociale della realtà” attraverso il diritto (Bretone, 1989).

\* Relazione presentata al convegno internazionale “Tra interpretazione e comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio transdisciplinare”, Università di Messina, Messina 18-20, Maggio 2001.

\*\* Vittorio Olgiati. Professore associato. Facoltà di Sociologia, Libera Università degli studi di Urbino, Via Saffi 15, 61029 Urbino, e-mail: [olgiati@soc.uniurb.it](mailto:olgiati@soc.uniurb.it)

Data straordinaria rilevanza delle strategie costruzionistiche in atto per “gestire” il rapporto tra diritto e società in questo particolare momento storico – estremo stadio dell’Età Assiale della Modernità “razionalizzatrice” (eurocentrica e occidentale) (Wallerstein, 1996) – la discussione che segue si pone senz’altro nell’alveo delle più recenti analisi “longitudinali” dedicate allo studio della ascesa e declino di quella specifica conformazione del moderno diritto continentale che va sotto il nome di “codificazione”.

Scopo della discussione non è quello di esaminare in dettaglio il sistema codicistico in quanto “regola del gioco” della società a dominanza borghese – tema da tempo oggetto di ampia e ben documentata osservazione scientifica (per tutti: Arnaud, 1973; Tarello, 1976; Caroni, 1998) – bensì di offrire qualche spunto per tornare a riflettere criticamente sul rapporto tra i caratteri costitutivi di quel tipo di diritto e l’effettivo ordinamento socio-tecnico della reale dinamica sociale.

Naturalmente, dovendo fare riferimento ad un modello normativo e ad un contesto sociale straordinariamente complessi, il discorso sarà circoscritto alla tematizzazione di una variabile, scelta per il suo immediato valore esplicativo: il principio di uguaglianza. Si avrà così modo di notare – sia pure di succinto – come le finzioni giuridiche che presuppongono la costruzione formale ed astratta di questo principio in tanto segnano il passaggio epocale dalla “età della codificazione” alla “età della decodificazione” (Irti, 1979), in quanto operano come un vorace e corrosivo “tarlo” – per riprendere la nota espressione di Gumplowicz – dell’intero progetto/ordinamento della società borghese (Gumplowicz, 1926).

## 2 Il Carattere “Inautentico” del Diritto Positivo

Prima di entrare nel merito dell’argomento proposto, è opportuno ricordare brevemente i tratti salienti del diritto moderno in relazione alle variabili spazio-temporali, umane ed ambientali.

Come è noto, nel caso dei diritti antichi, sia la questione del mutamento cronologico e topografico delle diverse forme di coordinamento e controllo politico-sociale, sia la questione della differenza qualitativa tanto dei soggetti quanto delle rispettive opportunità/condizioni di vita, trovavano soluzioni tecnicamente plausibili e socialmente adeguate nel rinvio logico e fattuale ad una superiore natura “delle cose” ed ai cicli perenni dell’Alma Mater. La ratio juris di questo particolare rinvio escludeva, quindi, che occorresse creare delle leggi ex novo e che – per dirla col Bentham – “lo stampo dell’autorità dia loro corso per iscritto”. D’altra parte, ove tale criterio non fosse ritenuto confacente al mutare degli eventi, si faceva ricorso all’esperienza giuridica consolidata e affinata attraverso una puntuale revisione casuistica, condotta attraverso i secoli e per intere generazioni, e tale quindi da rendere superflue, inutili, se non del tutto dannose – come ebbe a dire Savigny citando Cicerone – la stesura e la

promulgazione di “sintesi meccaniche” di norme nella forma della codificazione (Bretone, 1989; Olgiati, 1998).

In modo del tutto opposto si presentano, viceversa, le medesime questioni nel caso del diritto moderno.

Infatti, il diritto moderno, cioè – come è ben noto – quel tipo di diritto alla cui produzione ed applicazione sovrintende, per definizione, direttamente lo Stato mediante atti di volontà sovrana, si contraddistingue dai sistemi giuridici pre-moderni proprio per la sua natura razionale-artificiale e quindi non “naturalistica”, ma costruttivistica. Di qui la duplice caratteristica (a) di essere posto mediante decisione da chi, in forza di circostanze fortuite, detiene al momento il potere e (b) di valere in forza di decisioni, altrettanto estemporanee, poste al fine di stabilizzare in modo controfattuale tanto l’inesorabile scorrere del tempo, quanto la irreprensibile dinamica sociale (Luhmann, 1977). La reiterazione di questa specifica “positività” ha consentito, a sua volta, di ridefinire – come è ugualmente ben noto – significati e prestazioni di qualunque variabile in ogni ambito sociale ed ambientale: al punto che persino lo spazio ed il tempo della stessa dinamica sociale, pur essendo pienamente riconosciuti e costruiti quali veri e propri limiti, o impedimenti reali, rispetto alla realizzazione di scopi sociali o personali, sono stati cionondimeno altrettanto pienamente sussunti, sia in teoria che in pratica, come vere e proprie risorse, strumentalmente utili per implementare grandiosi progetti di ingegneria sociale o assecondare il desiderio di potenza e dominio sulla natura e sulla società (Olgiati, 2002).

Naturalmente, per rendere operativo un siffatto artificio – per cercare di nascondere la precaria realtà di questo paradosso costruttivistico – è stato necessario produrre e applicare il diritto stesso come vero e proprio “fatto sociale inautentico”, cioè come espediente meramente tecnico, ideale, formale ed astratto. E ciò è avvenuto assemblando tale un quantità di finzioni giuridiche – tecniche, terminologiche, concettuali e teoretiche (si pensi, ad esempio, alla teorica del “contratto sociale”) – da indurre le menti più lucide e politicamente avvertite a riconoscere ben presto che “il soffio pestilenziale” – come ebbe a dire Bentham – che esse diffondevano sulla vita di relazione poteva costituire il punto di partenza per una radicale contestazione del sistema dominante, ove non se ne fosse neutralizzata la consapevolezza sociale con “invenzioni” dottrinarie ancor più estreme (Olgiati, 1997).

Date tutte queste componenti costitutive, è agevole comprendere quindi come il passaggio evolutivo del diritto positivo moderno dalla tecnica della mera legislazione alla tecnica della codificazione – avvenuto proprio ai tempi di Bentham e a seguito di rivolgimenti rivoluzionari epocali – rappresenta un momento davvero epocale per l’esperienza giuridica moderna. E ciò perché segnala non solo l’impiego sistematico di un nuovi artifici tecnico-giuridici, ma anche la emergenza storica di due conseguenti esigenze ideologico-politiche, entrambe problematiche perché, di fatto, controfattuali: da un lato la pretesa della vincente borghesia liberale di perseguire l’appagante illusione di un dominio eterno ed universale mediante la radicalizzazione della modellistica

decisionistica soprarichiamata; e, dall'altra parte, la pretesa dei giuristi borghesi di poter proprio in tal modo ridurre gli effetti indesiderati di quel "soffio pestilenziale", mediante "chiusura" sistemica del diritto stesso in quanto ordinamento autonomo e autoreferenziale (Luhmann, 1997; 1990). Dunque, positivizzazione del diritto positivo mediante codificazione, per affermare il principio di "distinzione" (separatezza) dell'ordinamento – dell'ordine ideale tecnicamente ordinato – rispetto alla caotica effervescenza naturale (disordine organico) della dinamica sociale reale (Viola, 1987). Ma anche, e soprattutto, codificazione come vera e propria scelta strategica per un progetto politico che aspirava ad una egemonia "irreversibile", ma al quale peraltro – essendo stato reciso il vincolo della legittimazione tradizionale - mancava la sicurezza di un solido appiglio di legittimità "costituzionale", salvo quello – hobbesiano/kantiano – della metafisica della paura (ancestrale) mediata dall'imperativo (categorico) dell'autoconservazione (Arnaud, 1973).

Naturalmente, il successo storico di questa "scommessa" evolutiva del moderno diritto positivo codificato nell'arco di circa un secolo, non può certo essere misconosciuto o sottovalutato. Certo è tuttavia che quanto più il finzionalismo giuridico è giunto infine, muovendo dall'individualismo "proprietario" (Barcellona, 1987), alla costruzione di uno Stato del tutto "immaginario" (Costa, 1986) tanto meno è stato in grado di far fronte, in teoria come in pratica, le mai sopite, ed anzi sempre più incalzanti "dure repliche della storia".

Per rendersene conto, è sufficiente assumere come referente uno dei luoghi più frequentati sia dalla apologetica che dalla critica al sistema codicistico: il principio di uguaglianza.

### **3 La Codificazione come "Motore Immobile" di una Ipotetica Società "Egualitaria"**

Lo stile, la struttura e i fini della moderna codificazione borghese non vanno confusi con quelli propri delle codificazioni più antiche. Certamente è vero che in entrambi i modelli dominano esigenze sistematiche per garantirne la più estesa e coerente applicazione. Ma mentre i codici dell'antichità – da quello di Hammurabi a quello di Giustiniano – pur modificando volontariamente la esperienza giuridica dell'epoca, sono, in realtà, raccolte e sistematizzazioni di disparati materiali giuridici preesistenti, la codificazione moderna è un vero e proprio atto originario di nuova produzione giuridica ispirata da nuovi principi ordinamentali. Tanto è vero che se è indubbio che in entrambi i tipi si ritrova l'assoluto divieto di revisione del testo per assicurarne la più lunga e duratura osservanza, tuttavia è altrettanto indubbio che questo divieto trae motivo da presupposti del tutto diversi. Infatti, mentre la (pretesa) non mutabilità degli antichi codici rinviava comunque ad una ratio juris storicamente necessitata, la (pretesa) non mutabilità della codificazione moderna è un postulato interno alla logica costitutiva della stessa codificazione, vale a dire la possibilità (controfattuale) di poter tecnica-

mente dare garanzia giuridica della prevedibilità del comportamento particolare di individui singoli, suppostamente agenti in modo conforme a ragione e in quanto persone giuridiche astratte (Cerroni, 1972; Tarello, 1976). Inoltre tanto il divieto di revisione tecnica, quanto i principi della immutabilità e della certezza delle norme, poggiano a loro volta sul presupposto teorico – non solo scientificamente infondato, ma anche politicamente pretestuoso – secondo cui la vaghezza e la mutevolezza del diritto, specie se abbinate alla variabilità delle istanze macro-sociali (incognite del mercato, rivolgimenti istituzionali, ecc.) sono ben più che dannose e pericolose, giacchè “il discontinuo ed il mutevole, non soltanto alterano i calcoli e deludono le attese dei singoli, ma sono in contrasto con le leggi di natura, che hanno sancito, una volta per sempre, le prerogative dell’individuo” (ove per “legge di natura” si intende, evidentemente, la sicurezza circa “il diritto di proprietà, la libertà contrattuale, la successione per causa di morte” quali “istituti perenni, a cui i codici aggiungono la tutela del potere dello Stato, ma che non potrebbero nè sopprimere, nè modificare”) (Irti, 1979:7; corsivo mio).

Come si vede, la caratteristica precipua della moderna codificazione borghese non è solo quella di proporsi come un vero e proprio “motore immobile”, cioè come un semplice strumento-di-lavoro la cui “fissità” è tesa a garantire la certezza delle condizioni generali utili al libero perseguimento dei fini soggettivi. E’ anche quella di dare auto-evidenza materiale – eterna ed incontrovertibile – a postulati teorici privi di qualunque fondamento di verità scientifica.

Orbene: è proprio in virtù di queste fantasiose premesse teorico-pratiche – assunte come assiomi assoluti ed incontrovertibili – che si deve alla codificazione il “merito” di aver alimentato e quindi portato a compimento il progetto (individuale) della borghesia liberale come progetto (collettivo) della società europea e occidentale.

La sintesi comunicativa di tutto ciò è notoriamente racchiusa in una formula – Libertà, Uguaglianza, Fraternità – il cui corrispettivo tecnico-giuridico si riassume nella non meno nota formula “la Legge è uguale per tutti”, ove per uguaglianza (politica e normativa) si intende la garanzia tecnica della uniformità e della certezza del trattamento giuridico di fronte allo Stato, nel quadro – come si è visto – di una rappresentazione assolutamente ideologica sia dell’una che dell’altro.

Secondo una opinione diffusa, questa sintesi comunicativa è stata uno dei maggiori punti di forza del progetto borghese. Ma – come dimostra l’andamento storico – è stata anche il suo maggiore punto di debolezza. L’uguaglianza proclamata dalla codificazione non solo non ha escluso pratiche discriminatorie, ma si è persino configurata come vera e propria ingiustizia.

Chi sostiene dunque ancor oggi la validità di quel progetto e rivendica la importanza della codificazione stessa come suo asse fondamentale non può esimersi dal riconoscere la realtà delle finzioni tecnico-giuridiche e delle mistificazioni ideologiche che obiettivamente ne costituiscono il presupposto. Pertanto, sia che non si voglia accelerare ulteriormente la decadenza dell’impianto codicistico e la decomposizione di quel progetto, ovvero si intenda evitare la banalizzazione di ideali che, sotto altra veste,

potrebbero ancora essere considerati tutt'altro che superati, si tratta – in ogni caso – di porsi quantomeno la domanda: che ne è stato e che ne è oggi del trattamento giuridico delle irreprimibili diseguaglianze sociali reali in un contesto condizionato da un processo di codificazione storicamente determinato come quello di tipo liberale-borghese ?

#### **4 Il Principio di Uguaglianza come Finzione Giuridica**

Per dare risposta alla domanda di cui sopra occorre innanzitutto aver ben chiara la distinzione tra codificazione e legificazione. Per motivi ideologici, è infatti invalso l'errore di confondere il processo di codificazione proprio del progetto politico-istituzionale liberale-borghese con il processo di positivizzazione del diritto mediante legificazione proprio della modernità occidentale e quindi intendere il primo come compiuta affermazione, lineare sviluppo ed irreversibile coronamento del secondo. Poichè inoltre questa mistificante linea interpretativa non solo ricorre con riguardo all'ascesa, ma persiste anche nella fase del declino del sistema codicistico, conviene qui soffermarsi un attimo e rievocare il passato.

Senza dubbio il processo di codificazione perseguito dopo la Rivoluzione Francese è un evento che storicamente segue il processo di legificazione avviato dall'Assolutismo. Tuttavia non vi è affatto una correlazione necessaria tra una legislazione prodotta dall'alto (anche eventualmente nella forma della codificazione *in tantum*, come suggerito dalle raccolte di fonti dell'antichità) e la affermazione di un processo sistematico di codificazione in quanto sistema di diritto positivo: quest'ultimo infatti presuppone un *quid pluris*: vale a dire un più elevato e particolare livello di differenziazione funzionale tra sotto-sistemi sociali, ivi incluso il diritto (Luhmann, 1977). Lo stesso dicasi, poi – *mutatis mutandis* – per la fase storica attuale. E qui, appunto, stanno i termini qualificanti e decisivi del problema. Facciamo dunque un raffronto esemplificativo.

Se ben si considera, tra la legificazione dello Stato Assoluto e la codificazione dello Stato liberale-borghese esistono non meno di tre differenze fondamentali. In primo luogo, una differenza di quadro politico-costituzionale e dottrinale, tale per cui mentre la legificazione assolutistica prendeva le mosse dalla teoria giusnaturalistica degli obblighi di ceto e quindi imponeva un ordinamento di doveri oggettivamente differenziati, la codificazione borghese ha preso le mosse dalla teoria giusnaturalistica dei diritti soggettivi e quindi ha imposto un ordinamento di facoltà nella forma di garanzie "allargate", cioè di diritti individuali. In secondo luogo, una differenza di finalità giuspolitiche, tale per cui mentre la legificazione assolutistica escludeva poteri concorrenti e mirava all'intervento diretto (assoluto) nei rapporti attuali tra soggetti, intesi come enti naturali e concreti e quindi diseguali, la codificazione, viceversa, si è radicata attorno agli ideali dello Stato "guardiano notturno" e – come si è già osservato – della "libertà" dell'iniziativa privata dei singoli, intesi come persone astratte e quindi

razionalmente “eguagliabili”. In terzo luogo, infine, una differenza di governabilità sociale, tale per cui mentre la legificazione assolutistica “registrava” le naturali diseguaglianze sociali e quindi propendeva tecnicamente per la segmentazione gradualistica delle norme, la codificazione borghese ha “dichiarato” la formale uguaglianza dei soggetti e quindi ha optato tecnicamente per la uniformità e la universalità delle norme (Tarello, 1976; Caroni, 1998).

Come si vede si tratta di differenze davvero notevoli, e tanto più rilevanti quanto più riguardano i punti nodali della “ri-costruzione sociale della realtà” imposta dalla borghesia. L’interrogativo di cui sopra circa il trattamento giuridico delle irreprimibili diseguaglianze sociali reali in un ordinamento codicistico liberale-borghese può pertanto essere più chiaramente riformulato così: come è stato possibile ipostatizzare la finzione di una società di eguali – e dunque espungere la realtà delle diseguaglianze reali – attraverso la schematizzazione sistematica della legislazione nella forma della codificazione ?

La risposta è paradossalmente semplice, nel senso che la si può sintetizzare così: quella finzione – in sè stessa rischiosa e problematica per la stessa classe borghese – è stata resa possibile dal fatto che, non già una parte, ma l’intero universo di discorso giuridico e l’intero campo d’azione delle sue pratiche e dei suoi meccanismi è stato sottoposto ad una totale ristrutturazione tecnica interna, sistematicamente imperniata sulla accentuazione (artificiale) della differenziazione – la cosiddetta “autonomia relativa” – del sistema giuridico rispetto ad ogni altro sistema sociale (Poulantzas, 1975). In virtù di questa (illusionistica ed illusoria) separatezza, è stato pertanto possibile sviluppare (di fatto) tre distinti, ma complementari, processi: (1) dislocare la dinamica delle irreprimibili diseguaglianze sociali reali fuori dal sistema giuridico – logica ed effetto di espunzione; (2) fare astrazione delle stesse diseguaglianze dentro il sistema giuridico – logica ed effetto di oscuramento; e (3) praticare la riassegnazione di senso al tema delle diseguaglianze dentro e fuori il sistema giuridico – logica ed effetto di manipolazione. In breve, in questo modo si è potuto procedere “legittimamente” (ma controfattualmente) alla neutralizzazione politica e alla rimozione ideologico-culturale del più basilare principio vitale della realtà sociale, e cioè la sua irreprimibile complessità differenziale.

Senonchè – come è del tutto ovvio – il problema sociale delle concrete diseguaglianze non è affatto venuto meno: espunto, occultato, rimosso... eppure, sempre vivo e presente ! Ineludibile. Tant’è che oggi di quella titanica opera di ristrutturazione – tesa, si ripete, alla eternità ed alla universalità del progetto borghese – non rimangono che il mito ed alcuni grandiosi reperti architettonici, operanti quasi – si potrebbe dire – a scopo di rappresentazione scenica (Warat, 1988; Arnaud, 1990). Contrariamente a proclami e agli auspici ufficiali, la “profezia” infatti non si è auto-avverata, poichè – proprio a causa di quel problema – si è passati ad un’altra fase epocale: quella della decodificazione.

Come è avvenuto questo vero e proprio tracollo ? Come si è configurato il trattamento delle diseguaglianze sociali reali nella “età della decodificazione” ?

## 5 Il Declino della Codificazione come Progetto

Affinche' la neutralizzazione politica e la rimozione ideologico-culturale delle reali diseguaglianze sociali potesse essere giuridicamente "efficace", date le caratteristiche tecniche del modello codicistico, si è reso fin da subito necessario dotare la codificazione stessa di una duplice rete di protezione tecnico-giuridica. Da un lato si è minuziosamente definito, al suo interno, un vasto repertorio di fattispecie idealtipiche, in modo da dare l'impressione della completezza e della certezza e quindi escludere qualunque tipo di deroga, glossa o interpretazione più o meno analogica rispetto al testo. Dall'altro lato, si è lasciato alla legificazione il compito – aggiuntivo e collaterale – di normare solo e soltanto con leggi eccezionali – e non con leggi speciali – i casi concreti particolari non riconducibili alle fattispecie codificate (in base al principio secondo cui "l'eccezione non contraddice, ma al contrario conferma la regola").

Senonchè nè l'uno, nè l'altro espediente hanno avuto duraturo successo. Di contro a questa sorta di "gessatura" ordinamentale si è infatti parallelamente dispiegata tutta la forza creativa e innovatrice della dinamica sociale reale, mostrando nei fatti non solo l'impraticabilità di qualunque contenimento, ma anche il crescente disincanto per la intrinseca vanità dei capisaldi teorico-pratici imposti dal progetto borghese. Così, mentre la prassi giuridica si è vista costretta a ricorrere sempre più spesso a fonti diverse e persino superiori al codice (es.: la carta costituzionale) e ad avvalersi della produzione, sempre più generalizzata, di clausole e norme speciali, la dottrina si è, a sua volta, vista costretta a rinunciare addirittura all'idea di codice come "obiettivo" strumento di garanzia per la "libertà dei fini" dei singoli individui, e ad affermare, viceversa, che anche lo Stato, in quanto persona ficta et rapraesentata non solo persegue fini propri, ma "pre-determina" selettivamente (orienta e indirizza secondo il proprio "arbitrio") quelli dei singoli, reali, attori sociali. Insomma: il moderno diritto positivo codificato, pensato e creato come universale, astratto, immutabile e certo, si è anch'esso, via via, trasformato in diritto particolare, concreto, contingente, mutevole. A tal punto che – come bene ha mostrato Irti – quanto più la legislazione speciale, estendendosi, si è giuridicamente consolidata, tanto più lo stesso codice, espropriato della originaria validità generale, ha dovuto mutare addirittura la propria prestazione funzionale: e cioè valere come mero diritto residuale ad integrazione dei più diversi micro-sistemi di norme emergenti (Irti, 1979).

Insomma, nell'arco di circa un secolo si è passati dalla centralità univoca della (fittizia) fissità del codice alla (reale) "motorizzazione" (flessibile) dell'intero sistema giuridico, ovvero – il che è lo stesso – dalla de-codificazione dello stesso diritto codificato al particolarismo riformistico della iper-legificazione e al riconoscimento del pluralismo giuridico (Schmitt, 1972; Romano, 1918). Il che – conseguentemente – ha aperto spazi di manovra per la ripresa ordinamentale delle fieramente represses ma mai sopite esperienze del cosiddetto diritto "intuitivo e vivente" e persino occasioni per imporre decisionisticamente istanze giusnaturalistiche pre-moderne.

Ma non è tutto.

Benchè quanto si è appena detto sia fondamentale per capire la svolta epocale implicata da questo radicale capovolgimento di fronte – di questo progressivo svuotamento dell'originario progetto borghese – occorre tuttavia guardare ben oltre la mera dinamica tecnico-giuridica della ri-produzione normativa. Solo un esame parallelo e contestuale dell'altra faccia della medaglia della positivizzazione – e cioè la materialità dell'enforcement – può infatti fornire una visione davvero comprensiva del processo in esame, posto che – come giustamente ha osservato Varga – “according to the logic of forced path, deformation of the conditions deforms the result as well” (Varga, 1989).

Se dunque si esamina il contiguo terreno dell'enforcement materiale, non si può non notare come il percorso forzato verso la realizzazione “universale” degli (irrealistici) ideali borghesi mediante codificazione si è bensì sostanziato – come si è detto – nella astrazione delle diseguaglianze reali dentro il sistema, nella dislocazione delle stesse fuori dal sistema e nella riassegnazione di senso dentro e fuori di esso, ma al prezzo di una straordinaria perdita di capacità regolativa dell'intero universo di discorso tecnico-giuridico. Infatti, al conclamato – ma apparente – dominio del diritto ha in realtà corrisposto – come ha dovuto riconoscere lo stesso Weber – l'effettivo, incontenibile, dispiegamento della “irresistibile potenza” degli apparati del controllo tecnico-scientifico-amministrativo. Certamente il diritto, specie se ufficiale-formale, si è sempre avvalso di siffatti apparati strumentali. Nè – come la storia insegna – potrebbe essere altrimenti. Ma mai si è verificato in modo così sistematico ciò che è accaduto al diritto borghese: e cioè che ad apparati tecnico-scientifico-amministrativi orientati alla “razionalizzazione” venisse affidato il compito di inverare un sistema e un progetto giuridico-politico costruiti su di una tale quantità e varietà di finzioni, tutte e ciascuna così razionalmente “incredibili” sotto il profilo scientifico-manageriale, da pregiudicare la “credibilità” complessiva del diritto stesso.

Come è agevole comprendere, il riscontro è assolutamente decisivo. Esso merita perciò di essere precisato. Per il momento basti qui rimarcare con forza che non è nella combinazione discorsiva di quelle tre strategie soltanto – cioè nella mera semantica della comunicazione giuridica – ma è nel loro conseguente e ben più sostanziale radicamento nell'azione microfisica di tali apparati che va individuato ben oltre l'ascesa e il declino della codificazione borghese, addirittura – e questa è davvero la cosa più rilevante – la sussunzione e quindi la “perdita di senso” del moderno diritto positivo rispetto alla “razionale” capacità “normativa” – vincolante – del sapere/potere tecno-scientifico istituzionalizzato, e dunque il declassamento epocale del diritto stesso come meccanismo generalizzato di regolazione sociale anche per il futuro.

## **6 Dal Governo della Legge alla Governabilità Tecnico-Scientifico-Amministrativa**

Come si è detto più sopra, la crisi del modello codicistico non deriva (soltanto) dal crescente “riformismo” legislativo – cioè da una logica autoriproduttiva interna al sistema giuridico – ma anche (e soprattutto) dal fatto che quanto più il progetto borghese

ha tentato di “neutralizzare” una volta per sempre la concreta dinamica sociale, tanto più ha dovuto gestire questa velleitaria pretesa ed i suoi inevitabili effetti sociali in termini fattuali, concreti ed operativi, attraverso apparati operanti secondo una propria razionalità strumentale.

Ora, se si esamina il trattamento forzato delle reali disegualianze sociali dentro e fuori l’ambito del diritto positivo codificato, ci si rende immediatamente conto che anche questi apparati sono stati sollecitati a promuovere logiche e competenze specifiche e a sviluppare processi di differenziazione funzionale sub-sistemica, dovendo costitutivamente combinare gli opposti, vale a dire, rendere operante un diritto-di-carta sempre più farraginoso sul corpo vivente e dinamico del più ampio sistema sociale. Di qui il crescente ricorso al sapere/potere tecnico-scientifico, data la maggiore rispondenza – prevedibilità, efficacia, ecc. – dei suoi metodi e dei suoi esiti concreti rispetto alle fallaci previsioni normative.

La risultante di questo complesso intreccio di variabili spiega quindi la affermazione di una ulteriore deformazione del progetto borghese: e cioè – come si accennato – il venir meno del (conclamato, ma impraticabile) Governo della Legge, a favore della (effettiva) Governabilità per mezzo degli apparati tecnico-scientifico-amministrativi.

Circa il nesso sapere/potere di questi apparati si può qui senz’altro rinviare il lettore alle ben note, acute analisi di Foucault, a cui va il merito di aver messo il luce le caratteristiche salienti di questo particolare passaggio evolutivo. Per quanto riguarda l’impatto socio-istituzionale della loro azione si possono qui evidenziare quantomeno i momenti di svolta più significativi. Innanzitutto, il fatto che alla definizione tipico-ideale di fattispecie giuridiche da parte del legislatore si è affiancata e poi ha prevalso la modulazione microfisica delle pratiche di controllo e di coordinamento dei soggetti reali, in quanto azione politica di ingegneria sociale non pseudo-scientifica e finzionale, ma rigorosamente “scientifico-manageriale”. Cosa che, a sua volta, abbinando finzione e realtà, ha di fatto incrinato l’appealing ideale della ideologia dominante, ha svelato la realtà della “mano invisibile” ed ha creato “disincanto” in seno alla stessa classe borghese. In secondo luogo, il fatto che alla centralità universalistica e astratta della Legge invocata dai giuristi e alla Governabilità reale praticata dai “funzionari” si è contrapposta la rivendicazione della autonomia e della auto-regolazione della Società civile, quali esigenze di principio – di civiltà, non meno che di razionalità sostanziale – già proclamate sulla carta, ma poi non realizzate nei fatti. Da ciò hanno pertanto tratto alimento aspettative cognitivo/normative diffuse e rivendicazioni di diritti di status e entitels non previsti ma consequenziali, ovvero non soddisfatti, ma astrattamente “promessi”. In terzo luogo, infine, il fatto che alla applicazione formale del diritto da parte degli apparati tecnico-scientifico-amministrativi si è sovrapposta la pervasività informale della crescente “trasposizione dei fini” attivata dagli stessi apparati, in quanto meccanismo di condizionamento e di scambio nella lotta politica tra Stato politico e Società civile. Il che ha accresciuto a dismisura il potere dispositivo di questi apparati e, di conseguenza, anche la distanza tra l’uno e l’altra.

In sintesi, si può dunque dire che proprio in virtù dei potenziali (ipotetici) e dei limiti (reali) della codificazione, la Governabilità materiale degli apparati ha sempre prevalso sulla Sovranità formale della Legge, o - se si preferisce - che la sovranità dei cittadini, come cifra della uguaglianza politico-giuridica, è diventata bensì, sia pure formalmente, un diritto - un privilegio allargato - ma si è nel contempo immediatamente dissolta nelle pratiche e nei meccanismi microfisici del disciplinamento e del controllo tecnico-scientifico-amministrativo.

La teoria del cosiddetto "Stato-di-diritto", sviluppatasi - come è noto - nel momento della massima affermazione del progetto borghese è stata ed è - come è altrettanto noto - la più compiuta espressione apologetica di questo stato di fatto, ancora sorretto da un alone di consenso sociale in virtù dell'implicito rinvio alla tensione costitutiva tra "essere" e "dover essere" del diritto. Ma già con la "Dottrina pura del diritto" apparsa alla fine della Belle Epoque si è giunti infine al più estremo - tanto raffinato quanto effimero - modello di finzionalismo giuridico moderno - tutto impernito solo e soltanto sulla cortocircuitazione di un "dover essere" puramente ipotetico - e con ciò, non a caso, si è giunti anche alla fine della età a dominanza borghese.

Da questo momento in poi, infatti, lo Stato-ordinamento - l'insieme di tutti i suoi apparati e di tutte le sue logiche - ha addirittura "colonizzato" - come direbbe Teubner - la Società civile, provocando al proprio interno una triplice crisi - fiscale, gestionale e di legittimazione - tutt'ora in atto. Nel contempo e di conseguenza tutti i capisaldi teorico-pratici della codificazione sono stati abbandonati, per non dire, più esattamente, rinnegati. Come ha lucidamente riconosciuto Luhmann, funzione primaria del diritto positivo contemporaneo non è affatto quella di rendere univocamente certi, stabili e sicuri i rapporti sociali, bensì quella di generalizzare le aspettative, consentire la variabilità strutturale e favorire la selezione di alternative potenziali. E' del tutto irrilevante se sussistano o meno leggi "immutabili" o di rango superiore: la mutabilità del diritto è considerata un semplice fatto di routine. La legittimità del diritto non riposa su valori condivisi e tantomeno su principi universali e perenni, ma su punti di vista modificabili e sulla legittimazione politica procurata tramite procedimento (Luhmann, 1990). Come si vede, chi cercasse in questi nuovi criteri la affermazione normativa delle grandi "promesse della Modernità" - anche solo, ad esempio, il riconoscimento formale della eguaglianza - non potrebbe che rimanere sostanzialmente deluso (Habermas-Luhmann, 1973).

Insomma: è finita un'epoca. Ma già ne incomincia una nuova: quella del diritto positivo cosiddetto "sostenibile". Cosa questo aggettivo possa significare, non è affatto chiaro. Ma tant'è: anche in questo caso sarà poi il tempo storico della dinamica sociale reale a dettare - come sempre - la sua regola.

### Referências Bibliográficas

- ARNAUD, A.J., *Analyse structurale du code civil français*, LGDJ, Paris, 1973.
- \_\_\_\_\_, *El derecho sin mascara. laboratorio de sociologia juridica*, San Sebastian, 1990.
- BARCELLONA, P., *L'individualismo proprietario, .....*, Torino, 1987.
- BENTHAM, J., *The works of Jeremy Bentham*, J.Bowring ed., Edimburgh, 1838-1843.
- BRETONE, M., *Le norme e il tempo tra tradizione classica e coscienza moderna, materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIX, n. 1, 1989.
- CARONI, P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998.
- CERRONI, U., *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1962.
- COSTA, P., *Lo stato immaginario*, Giuffrè, Milano, 1986.
- GUMPOLOWICZ, L., "Ausgewählte Werke", vol. II, *Grundriss der sociologie*, Innsbruck, 1926.
- HABERMAS, J.; LUHMANN, N., *Teoria della società o tecnologia sociale?*, Etas Compass, Milano, 1973.
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- LUHMANN, N., *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1997.
- \_\_\_\_\_, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- OLGIATI, V., "Iura Inania. Illusions and virtuality of legal fictions", paper presentato a *IISL-Onati Workshop The Hidden Structures of Law*, (in stampa), 1997.
- \_\_\_\_\_, "The paradigm shift of a key concept", *Norm Production in Contemporary Sociology of Law in Europe, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 41, 1998, Special Issue. 1998.
- \_\_\_\_\_, "Risk, Professions and the claim for human rights", in V. OLGIATI, L. ORZACK, M. SAKS, (eds.), *Professions, identity and order in comparative perspective*, Onati Papers, n. 4/5, IISL-Onati, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Spazio e diritto. La dimensione spaziale del diritto e la costruzione giuridica dello spazio*, Ed. RAI-ERI, (in stampa), 2000.
- POULANTZAS, N., *Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*, Maspero, Paris, 1975.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1918.
- SCHMITT, C., *Le categorie del politico (a cura di G. Miglio e P.Schiera)*, Il Mulino, Bologna, 1972.
- TARELLO, G., "Storia della cultura giuridica moderna", Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.
- VIOLA, F., *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987.
- VARGA, C., "Liberty, equality and the conceptual minimum of legal mediation", in N. MACCORMICK and Z. BANKOWSKI (eds.), *Enlightenment, rights and revolution*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989.
- WALLERSTEIN, I., *Social science and contemporary society: The vanishing guarantees*

*of rationality, international sociology*, vol. 11, n.1, 1996.

WARAT, L.A., *Manifesto do surrealismo juridico*, Ed. Academica, Sao Paulo, 1988.