

JACQUES LENOBLE

Il diritto secondo il modello della «legge della legge».
I limiti della teoria del riconoscimento
di Axel Honneth e dell'interpretazione antropologica
del diritto di Alain Supiot*

ABSTRACT

The article critically examines two contemporary theoretical proposals, namely those made by Axel Honneth in *Struggle for Recognition* and by Alain Supiot in *Homo Juridicus*, both aiming at dismissing the contemporary formalistic accounts of the law. The article underlines that the two authors give similar answers to the same question as they share a similar epistemological approach, although they choose different options. While Honneth aims at re-thinking the Hegelian tradition of the *Sittlichkeit* in post-Metaphysical terms, Supiot questions the contemporary contractualisation of the law by highlighting the impossibility of a self-sufficiency of the subjects of the agreement without making reference to some third external instance. Both these positions, although in different ways, do not question the conditions of the realisation of their premises by assuming them as guaranteed at the epistemic level whereas they are pragmatical, and therefore cannot be anticipated in purely speculative terms.

KEYWORDS

Legal Anthropology – Struggle for Recognition – Anti-formalism – Positivism – Contractualisation of the Law.

1. IL DIRITTO E LA TEORIA DEL RICONOSCIMENTO

La teoria di Axel Honneth può essere sintetizzata per mezzo di tre semplici idee. La prima è quella consistente nel ricostruire il processo di trasformazione sociale come processo guidato da esigenze normative strutturalmente iscritte nella relazione di riconoscimento reciproco¹. In questo modo Honneth intende prolungare il pensiero di Hegel, che ha inaugurato un movimento di pensiero nel quale i disaccordi sociali sono ricollegati, contro Machiavelli e Hobbes, all'esperienza del rifiuto di talune esigenze morali².

* Traduzione dal francese di Guido Gorgoni.

1. Cfr. A. Honneth, 2008a (ed. or. 1992); trad. it. 2002 (di seguito faremo riferimento alla traduzione italiana [N.d.T.]).

2. Cfr. A. Honneth, 2002, 21.

Queste esigenze normative – ed è la seconda idea – si sviluppano nelle tre forme di riconoscimento da parte dell’altro (l’amore, il diritto e la considerazione sociale) che condizionano, per ogni persona, la possibilità di una relazione armoniosa a sé.

Il diritto moderno, per limitarsi a questo, risponde alla seguente questione: quali sono i diritti e gli obblighi che bisogna riconoscere alle persone nella misura in cui queste si rispettano come esseri uguali? Nel quadro post-convenzionale del diritto moderno, il sistema giuridico non può essere inteso che come l’espressione di interessi universalizzabili, ossia come espressione di diritti e obblighi adottati da persone libere e uguali.

La relazione di reciprocità insita in questo riconoscimento giuridico di carattere universalistico implica che ad ogni persona venga riconosciuta la stessa autonomia giuridica. Questo fondamento universalistico del riconoscimento giuridico, su cui si fonda l’obbligo di obbedienza alla legge, implica nondimeno un lavoro di «concretizzazione».

Il fatto è che, se pur è vero che nel diritto moderno i soggetti liberi ed eguali si riconoscono come reciprocamente responsabili sul piano morale, restano comunque da definire le capacità – e dunque i diritti e i doveri – che devono essere riconosciute in base alla qualità di persona moralmente responsabile. Secondo Honneth la fondamentale indeterminazione di ciò che costituisce lo statuto di una persona responsabile iscrive nel cuore del diritto moderno un’apertura strutturale a ulteriori precisazioni e integrazioni³.

Questo cambiamento sarà il frutto di un processo storico orientato dalla lotta per «il rispetto della propria qualità di persona giuridica» e per i diritti che le devono essere riconosciuti in nome dell’uguaglianza dei soggetti di diritto. Questa lotta per il rispetto prende la forma di conflitti che sono alla base della trasformazione della normatività giuridica e dell’estensione dei diritti riconosciuti ai soggetti di diritto.

Infine – ed è la terza idea – se la lotta per il riconoscimento costituisce la forza morale che alimenta lo sviluppo e progresso della società umana, questa trova il suo fondamento motivazionale nelle tre forme di misconoscimento che possono toccare le tre forme di riconoscimento (la violenza fisica, l’esclusione giuridica e l’offesa alla dignità umana): «l’esperienza del misconoscimento è all’origine di una presa di coscienza, affettivamente segnata, da cui nascono i movimenti di resistenza sociale e le sollevazioni collettive». L’idea è che le «reazioni emozionali negative» al misconoscimento costituiscano i sintomi psichici a partire dai quali un soggetto può prendere coscienza del fatto di essere privato del riconoscimento sociale in modo illegittimo. Axel Honneth si basa sulla teoria delle emozioni sviluppata da Dewey in rapporto alla sua teoria dell’azione, secondo cui le emozioni, in senso generale, sono le

3. Ivi, 137.

reazioni affettive al successo o all’insuccesso delle nostre intenzioni. Di conseguenza, sottolinea Honneth, tali emozioni negative suscite dall’esperienza del misconoscimento delle esigenze di riconoscimento possono indurre il soggetto alla resistenza politica. Senza dubbio una tale resistenza si svilupperà solo laddove questa presa di coscienza si possa appoggiare su di un movimento sociale già costituito. Ma lo sviluppo di tali movimenti collettivi necessita di essere esplicitato all’inizio della «dinamica delle esperienze morali»⁴.

Queste tre idee traducono l’operazione epistemologica di Axel Honneth. La società moderna riposa sul fondamento dell’esigenza normativa espressa dall’idea di autonomia kantiana nella sua duplice forma di libertà e di egualianza universali. Questa idea di autonomia, tuttavia, si esprime solo attraverso un processo di autorealizzazione, ossia attraverso la progressiva realizzazione storica delle esigenze normative portate dall’idea di riconoscimento. Questa autorealizzazione del principio di autonomia attraverso il progresso del diritto traduce in questo modo un processo di razionalizzazione progressiva della realtà sociale che permette, attraverso i conflitti sociali, di assicurare un progressivo superamento delle patologie sociali della libertà.

Questo processo di razionalizzazione si basa come in Habermas su di un’operazione di apprendimento morale. Certo, a differenza di quanto avviene in Habermas, quest’operazione di apprendimento non si basa sulle competenze comunicative degli attori e sulle esigenze normative che si suppone che esse implichino. In Honneth, l’operazione di apprendimento riposa sulla dinamica degli affetti legata all’esperienza dell’offesa connessa alla violazione dei principi intuitivi di giustizia⁵. Ma questa operazione di apprendimento è qui unita ad una capacità che si suppone data, di conseguenza senza dare alcun peso all’operazione che consiste nell’imparare a imparare. Si suppone così che sia la sola spinta dell’esperienza affettiva del misconoscimento a rendere il soggetto consapevole delle proprie aspettative normative di riconoscimento e a suscitare il bisogno intimo di modificare ciò che ne impedisce la realizzazione.

Riguardo al concetto di diritto, Honneth intende superare gli abituali approcci che riducono il diritto al solo gioco formale della normatività statuale, iscrivendosi così in quello che egli stesso individua come il gesto teorico posto da Hegel nella *Filosofia del diritto*.

4. Ivi, 168 ss. D’altronde questo porta Honneth a caratterizzare in modo diverso l’essenza delle tre forme di riconoscimento dal punto di vista della dinamica dei conflitti sociali, affermando che queste tre sfere non inducono tutte delle tensioni morali in grado di scatenare dei conflitti o dei confronti sociali: infatti non si può qualificare una lotta come “sociale” se non quando i suoi obiettivi, superando l’orizzonte delle intenzioni di individuali, sono generalizzabili e fanno da base a un movimento collettivo. L’amore come forma elementare di riconoscimento non implica esperienze morali tali da comportare di per sé l’emergenza di conflitti sociali.

5. O. Voirol, 2008, 17.

Hegel, sottolinea Honneth, ha voluto intendere con “diritto” qualcosa che non coincide con quello che i filosofi suoi contemporanei intendevano: contrariamente a Kant o a Fichte⁶ – i quali con il concetto di diritto designavano l’ordine statale della vita collettiva regolata dalla legge e di conseguenza insistevano sul momento della coercizione statale –, con quello stesso concetto Hegel designa l’insieme dei presupposti sociali che si possono ritenere indispensabili alla realizzazione della “volontà libera” di ogni singolo soggetto⁷.

È a questi presupposti sociali che Hegel fa riferimento con l’espressione di *Sittlichkeit*, quale insieme etico delle condizioni sociali dell’autorealizzazione individuale. Honneth riprende a sua volta quest’idea, ma sforzandosi di pensarla in un’ottica post-metafisica. Il diritto può assicurare la propria finalità regolativa (assicurare la realizzazione delle esigenze normative legate al principio di autonomia) solo facendo leva su di un’operazione di apprendimento morale che garantisce l’interiorizzazione, da parte dei soggetti, delle condizioni motivazionali necessarie per garantire il rispetto delle esigenze normative del riconoscimento. Ma allo stesso tempo, come si è visto, se il diritto formale è in questo modo subordinato a una condizione che gli è esterna, questa condizione tuttavia si suppone che sia sempre già realizzata. Indubbiamente questa supposizione non impedisce la dinamica storica. Il diritto non cessa di trasformarsi in parallelo alla dinamica dei conflitti sociali, attraverso cui si costruisce storicamente l’autorealizzazione delle esigenze del riconoscimento intersoggettivo. Tuttavia, questa dinamica è concepita in termini di regole. È essa stessa l’effetto di un’operazione le cui condizioni di successo sono supposte come sempre già date. In questo modo, si potrebbe dire, il diritto continua a essere pensato in termini di regole: la capacità delle regole legali di assicurare il vivere insieme dipende da una condizione a loro esterna e che funziona quale garanzia esterna. È quindi l’effetto dell’operare di una meta-regola (quella che garantisce l’operazione di apprendimento richiesta per l’autorealizzazione sociale delle condizioni del riconoscimento) a garantire la idoneità della regola legale a svolgere la propria funzione regolativa e, in questa prospettiva, a tradurre la progressiva considerazione delle esigenze normative legate alla libertà e all’uguaglianza universali.

Per mettere alla prova l’approccio di Honneth ed evidenziarne le conseguenze problematiche, ripercorreremo il cammino di un autore che ci aiuterà ad approfondire la concezione del diritto che tale approccio implica. Si tratta di Alain Supiot, e in particolare delle riflessioni che ha recentemente sviluppa-

6. Qui Honneth cita Fichte a sproposito. Marc Maesschalck ha bene mostrato come anche Fichte intendesse, benché in modo più radicale ed epistemologicamente più conseguente, legare la capacità regolativa del diritto a un’operazione di apprendimento morale che il solo operare della forma giuridica non può assicurare di per sé. Sul punto si veda M. Maesschalck, 1996.

7. A. Honneth, 2002, 42 ss.

to nella sua opera *Homo juridicus*⁸. Quali sono i vantaggi di allungare in questo modo il percorso? Innanzitutto la riflessione di Supiot si sviluppa a partire dall’evoluzione attuale del diritto delle democrazie avanzate. Ora, questa evoluzione – segnata da una diminuzione del ruolo della legge statale e da un’estensione del ruolo del contratto, in un contesto di mondializzazione e di ascesa della regolazione attraverso i meccanismi del mercato –, lungi dal tradurre il perseguitamento della crescente autorealizzazione delle esigenze di riconoscimento sociale, sembra al contrario rappresentare una minaccia per i diritti sociali e per i meccanismi di solidarietà che erano stati promossi dalle nostre democrazie sociali. La tesi di Supiot è che questa evoluzione, che mortifica le esigenze portate da una teoria del riconoscimento sociale (per riprendere l’espressione di Honneth), si basa su una concezione inadeguata del diritto e su di un’errata comprensione delle condizioni giuridiche necessarie affinché il diritto possa assicurare la propria funzione antropologica e regolativa. Già questa prima osservazione permette di mettere alla prova la tesi di Axel Honneth. Il fatto che il diritto si trasformi in una forma di normatività che sembra minacciare il processo di autorealizzazione delle condizioni del riconoscimento, non obbliga forse a problematizzare la tesi di una dinamica autorealizzatrice e della sua manifestazione quasi automatica nel diritto? Questo indica quanto meno che una delle condizioni di tale dinamica sarebbe condizionata dall’adozione, da parte di un gruppo sociale, di un approccio al diritto che rispetti le condizioni di quella che Supiot chiama la funzione antropologica del diritto, ossia le condizioni necessarie all’emergere di una soggettivazione degli individui e al mantenimento di un legame sociale. Ma il carattere problematico della tesi di Honneth è ancora più profondo. In effetti, il vantaggio di questo passaggio attraverso le tesi di Supiot, sta nel fatto che questi adotta un approccio epistemologico simile a quello di Honneth per mettere in evidenza quelle che, a suo giudizio, sarebbero le condizioni necessarie: il diritto potrebbe assicurare la propria finalità instauratrice di un vivere insieme che risponde alle nostre attese normative, soltanto appoggiandosi a un principio esterno che ne garantirebbe l’operatività. Il vantaggio delle riflessioni di Supiot sta nel fatto di rendere più esplicite, sul piano propriamente giuridico, i presupposti e la natura di questo rinvio a una meta-regola che garantirebbe la capacità della norma giuridica di realizzare la propria funzione sociale, il rinvio cioè a una «legge della legge». In questo modo saremo in grado anche di mostrare il carattere altamente problematico di un tale approccio epistemologico.

Riprendiamo dunque questi diversi elementi. In un primo tempo definiremo i tratti caratterizzanti del recente fenomeno della cosiddetta contrattualizzazione del diritto (2); in seguito considereremo la natura degli elementi

8. A. Supiot, 2005.

essenziali del concetto di diritto che sarebbero disconosciuti dall'ideologia sottostante a questa contrattualizzazione, e che quindi secondo Supiot condizionerebbero la capacità del diritto di assicurare la realizzazione effettiva delle esigenze dei principi di libertà e di uguaglianza universali (3); infine mostrerebbe il carattere problematico della prospettiva epistemologica adottata da un simile approccio al concetto di diritto (4).

2. DINAMICA DEL DIRITTO E CONTRATTUALIZZAZIONE

L'approccio di Supiot consiste nel denunciare gli effetti dannosi dell'orientamento attuale del diritto, quantomeno laddove fa riferimento alla rappresentazione dominante che ne viene data. Si tratta in particolare della cosiddetta «contrattualizzazione» del diritto, che trova la sua formazione più esplicita nel movimento *Law and Economics*, e che consiste nel promuovere la sostituzione della regolazione attraverso la legge con quella prodotta dallo scambio e dal contratto.

Il contratto starebbe diventando una categoria universale

a dimostrazione del fatto che la modalità occidentale di concepire l'Uomo e la società sarebbe destinata a estendersi al mondo intero. Questo, almeno, il Credo della mondializzazione, che celebra parallelamente le virtù del libero scambio e quelle del contratto, un contratto giudicato flessibile, egualitario, ed emancipatore, in opposizione alla macchinosità degli Stati e alle tare della legge, giudicata rigida, unilaterale e coercitiva. A questo proposito si può parlare a tutti gli effetti di contrattualismo, ideologia che non va confusa con il processo di contrattualizzazione. Il contrattualismo, vale a dire l'idea che il legame contrattuale rappresenterebbe la manifestazione più compiuta del legame sociale e sarebbe votata a sostituirsi ovunque agli imperativi unilaterali della legge, è una componente dell'ideologia economica, che concepisce la società come un insieme di individui che si muovono unicamente in virtù del calcolo del proprio interesse. La contrattualizzazione designa l'estensione oggettiva del ricorso alle tecniche contrattuali. Nel suo processo di attuazione, essa genera effetti molto diversi rispetto alle promesse del contrattualismo⁹.

Questa differenza di effetti si può constatare su due piani.

Innanzitutto sul piano della tecnica normativa e della stessa tecnica contrattuale. Lungi dal designare la vittoria del contratto sulla legge, la contrattualizzazione

9. A. Supiot (2005), trad. it. 2006, 108-9. Notiamo che l'autore sembra collocare il movimento di proceduralizzazione del diritto sotto l'insegna del contrattualismo, poiché qualifica questo movimento come una «manifestazione del paradigma di mercato» (ivi, 131). Ma questa denominazione sembra identificare in realtà un processo di trasformazione tecnica dei dispositivi normativi, indipendentemente dalla lettura teorica e dalla sua legittimazione (ivi, 167).

tualizzazione della società è piuttosto il sintomo dell'ibridazione tra la legge e il contratto e della «rifeudalizzazione del legame sociale»¹⁰. Innanzitutto

l'indebolimento dello Stato non può che essere accompagnato dallo smembramento della figura del Terzo garante dei patti; da ciò deriva anzitutto il proliferare di quelle Autorità indipendenti incaricate di vigilare sui contratti all'interno di un'area regionale (Commissione europea) o in uno specifico settore di attività (borsa, settore dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni, degli audiovisivi, delle biotecnologi, della sicurezza alimentare, settore informatico, ospedaliero, farmaceutico ecc.)¹¹.

In secondo luogo il ricorso al contratto e alla negoziazione di questioni che prima erano trattate dalla legge «conduce a una diversificazione del regime giuridico del contratto in base al suo oggetto, vale a dire ad un pullulare di "contratti speciali" che riporta alla tecnica dei "contratti nominati" del Diritto romano»¹². Inoltre vengono progressivamente meno alcuni dei tratti costitutivi del modello contrattuale concepito come uno scambio tra uguali liberamente consentito. Ne sono testimonianza il moltiplicarsi delle violazioni del principio dell'effetto relativo dei contratti¹³, del principio di egualianza tra le parti¹⁴, o ancora l'uso della tecnica contrattuale non tanto per scambiare beni o per concludere un patto tra uguali, bensì al fine della «legittimazione dell'esercizio di un potere»¹⁵.

10. Ivi, 128. Supiot riprende qui un'espressione di P. Legendre (1997, 201).

11. A. Supiot (2005), trad. it. 2006, 128.

12. Ivi, 129.

13. «Il principio dell'effetto relativo delle convenzioni si trova oggi messo in crisi dal diffondersi di accordi che, sul modello della convenzione collettiva, non si limitano a istituire un vincolo fra le persone contraenti ma coinvolgono anche le collettività che esse rappresentano. Il contratto assume dunque i tratti del regolamento, estendendo il proprio effetti a dei gruppi formati da un numero indeterminato e invariabile di persone» (ivi, 130).

14. «Anche il principio di uguaglianza rischia di essere compromesso, specialmente nell'ambito delle politiche di decentralizzazione delle organizzazioni (pubbliche o private), nei casi in cui il contratto è finalizzato a gerarchizzare gli interessi delle parti o di coloro che rappresentano, a stabilire un potere di controllo degli uni sugli altri, o a metter in opera imprevedibili non negoziabili di interesse collettivo. Esempi di simili modalità contrattuali abbondano nel diritto pubblico, nel diritto sociale, nel diritto internazionale, nel diritto degli affari, dal contratto di inserimento ai contratti di piano, dalle convenzioni di previdenza sociale ai contratti di subappalto» (*ibid.*).

15. *Ibid.* Supiot osserva che in questo modo emergono due nuovi tipi di contratto che rispondono a questa vocazione di essere uno «strumento di assoggettamento»: i *contrats de dépendance* e le nuove forme di organizzazione della vita economica nel campo della distribuzione, del subappalto, dell'integrazione agricola «colgono alla sprovvista il diritto del lavoro e diritto della responsabilità spianando la strada a forme inedite di potere sugli uomini» (ivi, 131), mentre i *contrats dirigés*, sotto forma di accordi-quadro, sono «chiamati a definire delle regole di interesse generale alle quali dovranno sottostare i contratti rientranti nel loro

Ma questa differenza di effetti può essere constatata anche e soprattutto sul piano delle conseguenze sociali. L'ottimizzazione dell'efficienza ricercata attraverso l'estensione dell'ambito del contratto porta alla distruzione delle vecchie politiche di solidarietà e alla diminuzione delle tutele sociali¹⁶. Inoltre, e forse più profondamente, il fatto che la contrattualizzazione venga oggi pensata principalmente nei termini dell'ideologia contrattualista porta con sé il pericolo della progressiva dissoluzione del legame sociale. E se pure la funzione di terzo garante dei patti può anche non essere indissolubilmente legata allo Stato, il primato accordato alla sola figura del contratto e la promozione di un ordine sociale pensato a partire dal calcolo dell'utilità individuale rendono difficile e obsoleta questa funzione di terzo garante della parola data e della fiducia. Ora, questa funzione

strutturale di guardiano dei patti [...] non potrebbe restare vacante senza con questo intaccare l'idea stessa di ordine giuridico, perché senza garante della parola data conta solo la forza. [...] La fiducia, il cui valore è incalcolabile, qui non ha più alcun valore. Perché un mondo in cui ciascuno è vincolato ai propri impegni solo nella misura in cui ciò gli fa comodo è un mondo in cui la parola non vale più niente. Una società fondata su simili premesse non può che diventare progressivamente una società violenta e di polizia¹⁷.

campo di applicazione» (quali, ad esempio, i *contrats de plan*, le convenzioni mediche, o ancora gli accordi regolativi [*conventions légiférantes*] introdotti nel diritto sociale comunitario) (ivi, 132).

16. «Gli stati vengono quindi sollecitati a smantellare tutte quelle leggi che, disciplinando forme di solidarietà "locali" (servizi pubblici, mutua, sovvenzioni statali) appaiono oramai come un ostacolo al libero scambio dei prodotti, dei servizi e dei capitali. Le organizzazioni deputate alle "questioni sociali" (ILO, UNESCO, OMS ecc.) in compenso non hanno soldi né certezze da dispensare, e si vedono costrette a ridimensionare progressivamente le proprie ambizioni. Se ieri queste ultime consistevano nel garantire a tutti gli uomini la possibilità di godere del benessere occidentale, oggi si riducono invece alle rivendicazioni più basilari, le stesse che avevano mobilitato i primi filantropi sociali del XIX secolo: contenimento delle epidemie, divieto del lavoro forzato, riduzione del lavoro minorile... Questa tendenza del contratto a oltrepassare le barriere impostegli dallo Stato si manifesta nel passaggio in secondo piano di tutto ciò che, nella definizione delle persone, delle cose o del tempo, potrebbe risultare d'intralcio al libero gioco della negoziazione. A essere messe in discussione sono dunque tutte quelle costruzioni giuridiche tese a conciliare la dimensione "economica" e quella "sociale" del lavoro sotto l'egida degli Stati. La deregolamentazione del diritto del lavoro da un lato e la diffusione di ammortizzatori sociali dall'altro non sono altro, infatti, che le due facce di una stessa medaglia, i due poli opposti di una condizione in cui lavoro rappresenta una cosa avulsa dalla persona, libera di essere comprata e venduta, e in cui la persona viene chiamata in causa solo in caso di "bisogni" estremi, tali da non poter essere ignorati dalla collettività» (ivi, 126-7).

17. Ivi, 134-5.

3. IL DIRITTO E LE CONDIZIONI DELL'AUTONOMIA DEL SOGGETTO

La minaccia di dissoluzione del legame sociale generata dall'ideologia contrattualista è legata a quella che Supiot chiama la funzione antropologica del diritto. In effetti, secondo Supiot, il riferimento a un Terzo garante esprimerebbe una dimensione costitutiva della soggettività. Ne risulterebbe così condizionata la possibilità stessa di costruire l'identità di un soggetto, sia esso individuale o collettivo? Se così fosse, un sistema giuridico che non la rispettasse si rivelerebbe incapace di fondare il legame sociale, vale a dire di rendere possibile l'esistenza stessa di una società, con tutto ciò che essa implica in termini di senso condiviso. Ciò rivela, osserva Supiot, quella che Pierre Legendre definisce la dimensione «dogmatica» in cui si radica ogni soggettività, sia essa individuale o collettiva.

È a Pierre Legendre che dobbiamo l'inclusione di questo concetto di dogmatica al centro dell'analisi della modernità. [...] La dogmatica oggi viene percepita nel linguaggio corrente come l'antitesi della ragione. E tuttavia la ragione umana si fonda, oggi come ieri, in Occidente come altrove, sull'esistenza di un «luogo della verità legale, postulato e socialmente inscenato come tale»¹⁸.

L'accesso alla parola, che è proprio dell'umanità, è anche una porta aperta a ogni delirio. La dogmatica è là esattamente per chiudere questa porta. Questa dimensione dogmatica della ragione umana non sfuggiva nemmeno ai padri fondatori delle scienze umane. Secondo Tocqueville «le credenze dogmatiche [...] possono cambiare forma e contenuto; ma non si può far sì che non esistano, ossia che non esistano opinioni che gli uomini accettano sulla fiducia e senza discutere»¹⁹⁻²⁰.

Questo carattere dogmatico del diritto²¹ non sarebbe quindi che l'espressione del carattere dogmatico della lingua: «la libertà di parola e la possibilità di comunicare non sarebbero possibili senza la dogmaticità della lingua»²². In effetti ci si può chiedere come sarebbe possibile fare uso del linguaggio senza

18. Ivi, 21. Cfr. P. Legendre, 1999, 78. In questo senso, osserva Supiot, l'uomo non nasce razionale, bensì lo diventa accedendo a un senso condiviso con gli altri uomini. «Ogni società umana è, a modo suo, istitutrice della ragione» (ivi, 2), allo stesso modo bisogna ammettere che «ogni essere umano viene dunque al mondo con un credito in un senso, il senso di un mondo a lui preesistente, in grado di conferire un significato alla sua esistenza (ivi, 1).

19. A. Tocqueville, 1981, 496.

20. A. Supiot, 2005, 21, nota 15.

21. «In fondo nessuno Stato, nemmeno quello che si proclami assolutamente laico, riuscirebbe a sopravvivere senza chiamare in causa un certo numero di credenze fondatrici, credenze che sfuggono a qualsiasi dimostrazione empirica e guidano il suo modo di essere e di agire» (ivi, 9-10).

22. *Ibid.*

accettare le regole preesistenti della semantica e della sintassi. Proprio l'importanza di questa anteriorità rivela, osserva Supiot, la struttura dogmatica e normativa che condizionerebbe ogni identità. La soggettività, sia essa individuale o collettiva, non sarebbe possibile che a condizione di riconoscere questo limite costitutivo della legge che si impone. È precisamente qui che si rivela, continua Supiot, il «delirio fantasmatico» dell'ideologia contrattualista che domina il nostro presente, l'idea cioè che oramai tutto sarebbe l'effetto della nostra libera scelta e della nostra volontà²³. Una simile ideologia disconosce il rapporto costitutivo che ogni autonomia intrattiene con una dimensione di eteronomia. Essa disconosce il limite che condiziona ogni soggettività. L'identità tanto individuale quanto collettiva avrebbe così un duplice volto. La concezione dell'essere umano

che si inscrive nella storia dell'Occidente cristiano, di cui noi siamo gli eredi, è quella dell'*imago Dei*, dell'Uomo concepito a immagine di Dio e in quanto tale chiamato a farsi padrone della natura. Al pari di Dio, egli è un essere unico e indivisibile; Al pari di Dio, è un soggetto sovrano, dotato della potenza del Verbo; Al pari di Dio, infine, è una persona, uno spirito incarnato. Sebbene concepito a immagine di Dio, tuttavia, l'uomo non è Dio. La sua particolare dignità non gli deriva da se stesso, ma dal suo Creatore; egli la condivide con tutti gli altri uomini. Da cui l'ambivalenza di questi tre attributi dell'umanità che sono l'individualità, la soggettività e la personalità. In quanto individuo, ogni uomo è unico, ma al tempo stesso simile a tutti gli altri; in quanto soggetto, egli è sovrano, ma al tempo stesso assoggettato alla Legge comune; in quanto persona, egli è spirito, ma al tempo stesso materia. Questa costruzione antropologica è sopravvissuta alla secolarizzazione delle istituzioni occidentali, e i tre attributi dell'umanità continuano tutt'ora a contraddistinguere, in tutta la loro ambivalenza, l'uomo della Dichiarazione dei diritti. Se il riferimento a Dio è scomparso dal diritto delle persone, non è però scomparsa la necessità logica di riferire ogni essere umano a un'istanza garante della sua identità e che simboleggia il divieto di trattarlo come una cosa²⁴.

23. «Separata dalla sua radice religiosa, la legge ha liberato anche il “desiderio di potenza insito nell'uomo e che nega ogni distanza”. Divenuto vacante il posto della legge divina, l'Uomo non poteva non cercare di occuparlo e produrre lui stesso il discorso fondativo di ogni legge» (ivi, 102).

24. Ivi, 33. «Una costruzione antropologica del genere non può essere fondata sulla scienza: postulando che l'Uomo è un soggetto conoscente capace di osservare se stesso in quanto oggetto di conoscenza, la scienza dimostra infatti di essere anch'essa fondata su questa costruzione. Al contrario di ciò che oggi è divenuta la fede religiosa, la nostra fede in questa concezione dell'uomo non rappresenta una questione privata, ma una credenza condivisa da tutti. Essa suppone l'esistenza di un Riferimento ultimo che simboleggi e garantisca ciò che la Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti chiama “verità per se stesse evidenti”, conferendo loro un valore dogmatico» (ivi, 49). Per questa stessa ragione sulla scorta di Legendre, Supiot ritiene che le parodie dell'ideologia contrattualista, «privata della fede in un Terzo garante delle identità, la

Si comprendono allora le conseguenze che derivano per il diritto da un simile quadro di pensiero. Innanzitutto viene squalificato un approccio di tipo positivistico, che riterrebbe di poter di rendere conto delle norme senza far riferimento ai valori che le nutrono e fanno loro da fondamento. L'idea non è tanto quella di un fondamento divino o razionale nel senso del diritto naturale, quanto piuttosto quella che, se non si considerassero questi valori «dogmatici» che costituiscono la base dogmatica lasciataci dalla nostra tradizione, si perdesse il limite e la struttura «ternaria» costitutivi a ogni soggettività e che le fungono da garanzia.

«Il diritto non viene né rivelato da Dio né scoperto dalla scienza, ma rappresenta un'opera totalmente umana, alla quale partecipano tutti coloro che si dedicano al studiarlo e che non possono interpretarlo senza prendere in considerazione i valori che esso veicola»²⁵. Questi valori che si sono progressivamente costruiti in seno alla nostra tradizione costituirebbero il fondamento della coerenza interna a partire dalla quale il diritto si costituisce come sistema. Ed è qui che si può comprendere anche l'opera della secolarizzazione. Agli antichi fondamenti di tipo religioso si sarebbero progressivamente sostituiti dai fondamenti secolarizzati, che si tratti dello Stato o, come oggi, dell'idea che il diritto costituisca un sistema. Quale che sia questa sostituzione, in un simile approccio dogmatico al diritto rimane sempre la presupposizione di un fondamento che ne garantisce l'unità dogmatica, anche se evidentemente questa unità deve essere sempre reinterpretata. Il riferimento trascendente non vieta, malgrado il suo statuto di postulato, una sua proiezione all'interno di un orizzonte che solo l'opera dell'interpretazione permette di abbordare nonostante questo cammino sia sempre incompiuto. Con un'immagine potremmo dire che la dimensione teologica si è trasformata, senza con questo perdere la propria religiosità profetica, in un'ermeneutica che colloca nel tempo l'unità

costruzione antropologica occidentale continua dunque a disgregarsi sotto i nostri occhi, e sulle sue macerie si moltiplicano discorsi deliranti. Sprovvisti della loro base istituzionale, del loro aggancio a una legge comune che si imponga a tutti e non dipenda dal libero arbitrio di nessuno, i principi di uguaglianza e di libertà individuale possono infatti venire utilizzati per giustificare l'abolizione di ogni differenza e di ogni limite, divenendo così oggetto di interpretazioni folli. Ce lo dimostrano le rivendicazioni oggi in voga nei paesi occidentali, come ad esempio quelle relative all'abolizione della differenza tra i sessi» (ivi, 59). Del resto è proprio la dimensione di un luogo della verità legale inaccessibile all'umano, di un Terzo garante del senso, a far dire a Supiot che «l'Occidente abbia fatto della storia il dispositivo atto a comprendere l'uomo. Allo stesso modo in cui lo spirito della persona si rivela nella sua storia individuale, così, agli occhi degli occidentali, la storia dell'Umanità ha sempre avuto un senso, si tratti del cammino verso la Salvezza, della rivelazione dello spirito umano a se stesso o del progresso scientifico e tecnico. Per noi la storia possiede una dimensione profetica [...] L'ideologia del progresso si fonda dunque su dei presupposti teologici che ci sono stati trasmessi insieme alla concezione cristiana della persona» (ivi, 47).

25. Ivi, 15.

come promessa di una *parusia* allo stesso tempo sperata e garantita²⁶. È con questo stesso spirito che Supiot ritiene che, in alternativa all'ideologia della contrattualizzazione, la strategia da seguire per scongiurare le conseguenze nefaste che essa comporta, è assicurare così un'estensione delle esigenze normative dei principi universalistici di libertà ed egualanza (vale a dire nel linguaggio di Axel Honneth delle esigenze di una teoria del riconoscimento), consisterebbe nel richiamarsi nuovamente al fondamento dogmatico del nostro diritto, vale a dire ai valori dei diritti umani e, su questa base, riprendere la dinamica di realizzazione delle esigenze assiologiche che li fondano²⁷.

Come si può vedere, evidentemente al di là delle differenze di contenuto, le riflessioni di Supiot e Honneth riposano su di un analogo posizionamento epistemologico, e di conseguenza portano a risultati simili sul piano politico. Iniziamo dal risultato politico. Il fatto che gli attori sociali si richiamino al potenziale assiologico dei principi di libertà e di egualanza portati dall'esigenza di riconoscimento intersoggettivo e dal principio di autonomia che gli è legato, genera una dinamica giuridica che garantisce, in ultima analisi, la traduzione giuridica e l'autorealizzazione di queste esigenze normative. Questa certezza o automaticità dell'autorealizzazione attraverso il diritto è garantita – ed è qui che interviene il quadro epistemologico – dal presupporre l'esistenza di una disposizione del sociale ad auto-trasformarsi in funzione delle esigenze della ragione. Honneth pensa questa disposizione nei termini di una garanzia di riuscita dell'operazione di apprendimento, che permette ai soggetti individuali e collettivi di auto-adattare le proprie pratiche al fine di costruire progressivamente il sociale in linea con le esigenze del riconoscimento intersoggettivo della libertà e dell'egualanza reciproche. In termini più rigorosi potremmo dire che Honneth presuppone l'esistenza di una legge

26. A. Supiot da questo punto di vista non ha torto nel sottolineare l'importanza del XII secolo in questa lenta mutazione che ha conosciuto il senso della legge in Occidente, in questa lettura della legge come sistema che ha reso la nostra società una società del testo e dell'interpretazione. «La rivoluzione dell'interprete è consistita non soltanto nel pensare la legge come principio di causalità, ma anche nell'iscrivere l'insieme delle leggi all'interno di un corpus sistematico di testi. Il concetto di *Corpus Iuris*, assente dalla compilazione di Giustiniano, è stato introdotto nel Medioevo. Già allora aveva preso piede l'idea che nessuna legge basti a se stessa e che ogni legge abbia senso e valore solo se riferita a un insieme a essa superiore. La nozione di *relatività delle leggi*, così come quella di un *sistema di regole*, di una matrice logica delle leggi, erano dunque già state poste» (ivi, 83).

27. Beninteso, Supiot sottolinea che i diritti dell'uomo, intesi come risorsa dogmatica, devono essere concepiti quali fonti di un'interpretazione aperta all'insieme delle culture toccate dalla mondializzazione. In questo stesso spirito egli tenta ulteriormente di dimostrare che questi valori, pur essendo sviluppati e portati dalla nostra tradizione occidentale, nondimeno sono oggi divenuti una risorsa universale, se non altro perché oggi si può prendere atto della diffusione oggettiva del modello dello Stato e del riconoscimento dei diritti dell'uomo da parte della società internazionale (cfr. ivi, 237).

dello spirito che garantisce il successo dell'operazione di apprendimento necessaria affinché gli attori sociali producano e rispettino la progressiva realizzazione, da parte del diritto, delle esigenze di riconoscimento intersoggettivo. In questo senso Honneth presuppone una «legge della legge». Un analogo modello epistemologico è all'opera nel pensiero di Supiot. Qui la «legge della legge» è garantita da un'istanza esterna a qualsiasi norma positiva, da questo Terzo garante che si trova in posizione di condizione trascendentale di qualunque ordine giuridico. Il riconoscimento di questo limite all'onnipotenza dei soggetti individuali e collettivi garantisce allo stesso tempo il supposto successo dell'interpretazione giuridica, per mezzo della quale si dispiegano i significati, in costante estensione, di quei fondamenti antropologici e dogmatici che sono diritti umani.

4. UN CAMBIAMENTO IDEOLOGICO NECESSARIO O I LIMITI DEL MODELLO DELLA LEGGE

Il percorso argomentativo di Supiot aiuta a cogliere il carattere problematico del modello della «legge della legge». Senza dubbio egli sottolinea a ragione il carattere fondamentalmente erroneo e le conseguenze nefaste di un'ideologia che presupporrebbe l'onnipotenza dei soggetti. Non vi è dubbio del fatto che il riconoscimento della nostra finitezza o di un limite costitutivo condiziona ogni possibilità di soggettivazione. In questo senso, tanto il riconoscimento necessario della differenza, quanto l'*impasse* di ogni *mimesis* narcisistica portata dall'immagine del simile non sono in fondo che l'espressione di questa esigenza allo stesso tempo antropologica ed epistemologica. Ma il supporre che l'unica maniera di pensare la finitezza della ragione o (il che è lo stesso) il limite costitutivo di ogni soggettività nei termini di un Terzo garante, ossia nei termini della legge della legge, significa ignorare un buon numero di riflessioni sia psicanalitiche che filosofiche. Al contrario, si può ritenere che questo modo di pensare la finitezza sia contraddittorio e rafforzi la posizione che si sforza di superare. Infatti se ogni pensiero è segnato dalla finitezza, allora cosa giustificherebbe il fatto che si possa addirittura pensare l'esistenza di un'istanza che si sottrarrebbe a questa finitezza? In fondo è questo il gesto di Fichte quando pretendeva di radicalizzare il pensiero di Kant. In effetti, se ogni oggettivazione dell'essere disconosce il fatto di essere a sua volta posta da un soggetto che conosce, in compenso ogni presupposizione di un soggetto, che sia pensato come soggetto trascendentale o come terzo garante, porterebbe di nuovo a cedere al miraggio di una possibile oggettivazione dell'essere. Per dirla in altro modo: se effettivamente l'essere è radicalmente diviso (nel linguaggio di Supiot, se ogni soggetto è radicalmente limitato) e non può quindi essere identico a se stesso, allora come non vedere che il supporre l'esistenza di un terzo garante porta a disconoscere questa «legge dell'essere» che lo rende non iden-

tico a se stesso? È proprio questa riabilitazione dell'idea di una possibile identità di sé a sé – contraddittoria dunque – a spiegare perché la credenza in un luogo che faccia eccezione alla non identità di sé a sé porta a pensare la storia come profetica, ossia come promessa di una *parusia*.

È avendo preso atto di questa contraddizione interna a ogni approccio in termini di Terzo garante o di «legge della legge» che, nel campo della psicanalisi, Lacan ha riconosciuto dal 1959, in opposizione alle sue prime posizioni, di dover abbandonare la propria teoria della metafora paterna e riconoscere che non c'è un Altro dell'Altro, che non esiste un Terzo garante della legge, che non esiste una legge della legge²⁸. Chiaramente Lacan non soccombe al fantasma della presupposta onnipotenza del soggetto, bensì questo lo obbliga a ridefinire la natura del fantasma, il fine dell'analisi e lo statuto del reale nella sua differenza con il simbolico e con l'immaginario. Non è questa l'occasione per approfondire questa dinamica interna al pensiero lacaniano, ma si vuole segnalare questa importante rottura interna alla teoria lacaniana in quanto Supiot, assumendo la posizione di Pierre Legendre, lascia intendere, come se fosse una verità stabilita dalla psicoanalisi lacaniana, che la credenza nello statuto d'eccezione di questo Padre freudiano che proibisce, di questo Terzo garante del divieto di incesto, è la condizione di ogni soggettivazione.

La finitezza dev'essere pensata in modo più radicale di quanto non faccia Supiot. Questi si rende incapace di vedere che, definendo la finitezza come limite in relazione a un terzo soggetto, individuale o collettivo, lascia non interrogato l'atto stesso attraverso il quale il soggetto si rappresenta questa istanza esterna, questo Terzo che si suppone garante. Non soltanto ciò trasgrede la legge della non identità di sé ma, allo stesso modo, ignora del tutto il fatto che, rappresentandosi questa istanza esterna limitante, la rende un oggetto suscettibile di essere rappresentato a sua volta. Così facendo, come detto, disconosce la verità che già Kant aveva permesso di intravedere, vale a dire che ogni rappresentazione è l'effetto di un'attività di coscienza o di pensiero. Per dirlo correttamente, ogni rappresentazione è un vedere e, dunque, non si può presupporre che «ciò che è visto» sia questo supposto oggetto «esteriore nella sua oggettività» alla dimensione di pensiero costitutiva di ogni rappresentazione. È proprio questa esternalizzazione della finitezza a viziare il ragionamento di Supiot (e di Legendre). Il limite dev'essere pensato come «autolimitazione». La finitezza, in questa prospettiva, dev'essere «internalizzata», e risiede precisamente nel fatto che ogni rappresentazione non è altro che un vedere; essa appartiene alla dimensione del «vedere di vedere» come dice Fichte. L'effettuazione nel «reale» di questa rappresentazione resta un'operazione che non si può in alcun modo considerare risolta dalle condizioni interne all'attività di rappresentazione. E questa finitezza dell'essere, che non è

28. J.-A. Miller, 2013.

dunque rappresentabile, ha delle conseguenze radicali, che gettano più di un'ombra sulle proposte di Supiot e di Honneth.

Innanzitutto ciò permette di vedere che non è mai possibile rappresentare le condizioni di uscita della razionalizzazione del reale. Il che è un altro modo di dire che non esiste una legge della legge. Presupponendo come sempre già riuscita l'operazione di apprendimento, che condiziona in ultima istanza l'autorealizzazione da parte del diritto delle esigenze della lotta per il riconoscimento, Honneth finiva per presupporre anche l'esistenza nello spirito di ciascun soggetto di una regola in grado di garantire la riuscita dell'operazione di auto-adattamento, attraverso la quale si ritiene che ogni soggetto sia capace di imparare a soddisfare le condizioni del riconoscimento intersoggettivo a partire dagli insuccessi patiti nella realtà sociale. Proprio questa «mentalizzazione» delle condizioni di riuscita del processo di razionalizzazione del reale è resa impossibile da una comprensione più adeguata dei limiti della ragione. La ragione (dunque, ad esempio, la realizzazione nella vita sociale delle esigenze normative della lotta per il riconoscimento) non può trovare in alcuna regola la garanzia della propria riuscita. Se dunque non si può supporre il successo dell'operazione di apprendimento richiesta affinché sia possibile la realizzazione progressiva delle esigenze della lotta per il riconoscimento, ciò implica che bisogna portare un'attenzione specifica alla creazione delle condizioni possibili affinché i soggetti possano «imparare a imparare».

Sul punto può essere utile fare ricorso alla psicanalisi. A partire dalla seconda topica di Freud e da quella che egli chiama la «pulsione di morte», non si è forse obbligati a riconoscere che ciò che guida i soggetti non è tanto una capacità spontanea di cambiare la propria rappresentazione del mondo, quanto piuttosto una logica di ripetizione? Rompere con il fantasma di una possibile identità di sé è il risultato di un'operazione specifica che Freud chiama «cura analitica», la cui riuscita (mai garantita) non può essere pensata secondo un modello comportamentalista, ossia quello di un intervento esterno che sarebbe garantito da una legge.

La stessa osservazione vale per Supiot. Egli infatti suppone che il solo riconoscimento della dimensione dogmatica del diritto sia sufficiente a garantire l'obbedienza alla legge, assicurando così il successo dell'operazione di applicazione delle regole, e tutto quindi avverrebbe come se la funzione regolatrice del diritto fosse garantita in questo modo. Gli obiettivi perseguiti dalle norme troverebbero così nella sola forma dei meccanismi giuridici le condizioni della propria realizzazione all'interno della realtà sociale. Motivo per cui Supiot suppone che agli stati in via di sviluppo sarebbe sufficiente, nel contesto dell'attuale mondializzazione, avere accesso istanze internazionali quali l'ILo o l'UNESCO, davanti alle quali poter invocare i diritti dell'uomo rivendicandone l'effettività, perché il sociale si adatti alle nuove esigenze normative conformi a quegli imperativi (esattamente come avrebbero fatto gli attori sindacali nel

quadro dello *Welfare State* secondo Supiot). L'appello al cuore dogmatico del diritto e all'opera di interpretazione cui esso si presta sarebbe sufficiente ad assicurare la possibilità di realizzazione delle esigenze normative e la conseguente trasformazione della realtà sociale. Ancora una volta, si tratta di una posizione che rischia di non essere attenta alle operazioni che devono essere prese in considerazione per poter essere sicuri che tali trasformazioni siano anche effettivamente realizzate. Rimettersi al solo gioco formale delle procedure giuridiche basate sull'invocazione dei diritti fondamentali rischia di non prestare attenzione agli usi effettivi delle soluzioni normative che saranno elaborate dal diritto. Da dove verrebbe questa capacità della norma di anticipare gli effetti della propria applicazione e, di conseguenza, di controllare le condizioni necessarie affinché il reale si adatti alla rappresentazione che essa intende darne? La stessa filosofia del linguaggio contemporaneo obbliga a mettere in dubbio questa anticipazione, affermando che il significato dev'essere trovato nell'uso. La questione non è tanto semantica quanto pragmatica. La finitezza della ragione infatti comporta l'impossibilità di controllare le condizioni di questo uso attraverso un'anticipazione di carattere puramente formale. Tre osservazioni conclusive possono essere utili per rendere esplicita questa forma di indeterminazione pragmatica.

Una prima osservazione consiste nel mettere in questione la posizione di cui parla Supiot. Nel suo ragionamento tutto avviene come se la rappresentazione critica che egli fa della contrattualizzazione fosse di per sé sufficiente, in virtù della propria verità argomentativa, a modificare anche il modo di funzionamento della realtà sociale, sostituendo l'ideologia contrattualista, ritenuta perversa e non conforme alle condizioni di possibilità di un sistema giuridico, con una rappresentazione più esatta. Indipendentemente dalla esattezza o meno di questa denuncia, bisognerebbe allora chiedersi se non sia necessario prestare un'attenzione specifica a ciò che potrebbe modificare la rappresentazione effettiva degli attori dei nostri sistemi sociali, iscritti in un contesto di contrattualizzazione oggi dominante. Cosa renderebbe possibile questa trasformazione? Un'argomentazione intellettuale sarebbe sufficiente? Come rendere possibile questa trasformazione delle rappresentazioni dominanti che sovradetermina la maggior parte dei comportamenti degli attori sociali, inclusi coloro che sembrano essere le vittime? Quest'operazione di trasformazione non è affatto regolata dalla sola rappresentazione datane dall'intelletto. Trascurare la questione della trasformazione degli attori è tipico delle posizioni intellettuali di quanti, al fine di limitarsi a restare sul solo piano della rappresentazione, non considerano la dimensione genetica della ragione, vale a dire di ciò che rende possibile una trasformazione effettiva delle rappresentazioni, spesso poco coscienti che gli attori non cessano di ripetere e che guidano i loro comportamenti effettivi.

Una seconda osservazione riguarda il modo in cui Supiot analizza la trasformazione attuale del diritto, che egli chiama contrattualizzazione del diritto. Il suo errore epistemologico lo porta infatti a disconoscere tanto la natura quanto la portata di questi mutamenti. Supiot immagina che l'unica alternativa a una visione «economicista» del diritto, ancorata nella fiducia in un potere senza limiti del soggetto, consista nella restaurazione di un approccio tradizionale al diritto, in cui la legge trovi all'infuori della volontà dei suoi destinatari (Terzo garante, legge della legge) la garanzia della propria applicazione e della propria capacità di fondare un legame sociale ancorato a valori comuni. Per questo motivo, egli non può vedere che lo sviluppo di quella che egli chiama «contrattualizzazione della legge» è avvenuto in risposta alle difficoltà che le forme tradizionali di regolazione centralizzata sembravano inadatte a risolvere. Come un'attenta osservazione della trasformazione delle nostre forme di regolazione sociale e giuridica insegnava, soprattutto nel diritto americano in cui il fenomeno è emerso per primo a partire dalla fine degli anni Cinquanta²⁹, è l'insufficienza delle risposte messe in campo dal *New Deal* al fine di assicurare l'effettiva concretizzazione di valori di libertà di uguaglianza, messi in primo piano dalla democrazia americana, ad aver condotto al tentativo di inventare nuove forme di regolazione. Una delle ragioni invocate al fine di spiegare queste insufficienze delle risposte tradizionali era il fatto che la regolazione centralizzata si basava sull'illusione dell'esistenza di un sapere sostanziale che gli esperti consiglieri dello Stato avrebbero potuto fornire ai governanti. In ultima istanza, un tale sapere «sostanziale» – che permetterebbe di «calcolare» il contenuto delle misure necessarie ad assicurare l'*optimum* del benessere collettivo e l'effettività delle esigenze normative portate dai diritti fondamentali – si rivela inadeguato, o meglio inesistente, se non altro in virtù del fatto che gli effetti di una norma sono sempre funzione dell'uso che ne viene fatto da coloro che devono applicarla. È in questo nuovo contesto che emergono, dopo la Seconda guerra mondiale, alcuni tentativi di inventare nuove forme di regolazione maggiormente decentralizzate, incluse nuove forme di esercizio della funzione di giudicare³⁰. Questi tentativi, e le consecutive trasformazioni dei nostri modi di regolazione, rispondono a un problema che deve essere risolto al fine di garantire in modo più efficace le esigenze portate dalle nostre democrazie. Essi rimandano, quindi, all'obbligo che abbiamo di identificare in modo adeguato l'insufficienza dei nostri approcci

29. Sul punto si vedano L. Lenoble e M. Maesschalck, 2009, 15-42.

30. Si pensi all'innovazione rappresentata dal *public law litigation* in cui il giudice tenta di associare le decisioni prese dai rappresentanti di tutti gli interessi il gioco, al fine di definire una politica pubblica conforme del principio uguaglianza, come ad esempio nell'ambito delle politiche scolastiche, delle politiche penitenziarie o delle politiche di salute mentale. Per una riflessione recente su questo tentativo di funzione di giudicare, si vedano C. F. Sabel e W. H. Simon (2004).

tradizionali alla democrazia e alle forme di regolazione che questi richiedono. Questo problema è al centro di una ricerca che si svolge contemporaneamente tanto nell'ambito delle scienze sociali ed economiche, a partire dall'ultima parte del xxi secolo, quanto in quello della ricerca filosofica, nella misura in cui questa implica una comprensione adeguata del modo di operare della ragione (teoria della ragione) quanto del modo di operare normativo (teoria della norma). Purtroppo la teoria del diritto, se non altro quella europea, è restata piuttosto lontana dal portare un'attenzione seria a questo tipo di ricerche, oppure si è concentrata sulle sole risposte proposte dalla teoria economica. Indubbiamente, come abbiamo cercato di mostrare altrove³¹, è vero che le risposte che la teoria economica recente ha creduto di poter dare sono inadeguate in virtù dei loro stessi presupposti epistemologici. Ma è altrettanto sbagliato tanto il non prestare attenzione ai problemi reali che queste ricerche forzano di risolvere, quanto il farne una caricatura riducendole a un semplice «manifestazione del mercato»³².

Un'ultima osservazione mira a ritornare brevemente sull'idea che l'effetto di una norma è sempre funzione dell'uso che ne viene fatto da coloro che devono applicarla. Questa idea, come abbiamo appena detto, è al centro della continua ricerca di modelli di organizzazione collettiva più «efficaci» al fine di garantire gli effetti della lotta per il riconoscimento. Questa idea è anche la traduzione, sul piano della teoria della norma, di una comprensione più adeguata della radicale finitezza della ragione. È precisamente questo a essere compreso in modo insufficiente tanto dalla posizione hegeliana di Honneth quanto dall'epistemologia sottostante all'approccio giuridico di Legendre e di Supiot. È un'idea che dev'essere compresa.

A prima vista, si potrebbe credere che questa idea sia stata fatta propria dai giuristi già da tempo. A partire dalla fine del xix secolo, la critica sociologica e realista del positivismo ha messo in evidenza l'indeterminazione semantica del diritto e, di conseguenza, l'importanza del momento interpretativo da parte del giudice. Il mettere l'accento su questa dimensione interpretativa è diventato oggi un luogo comune del pensiero giuridico, che oggi trova la sua espressione più nota nell'approccio ermeneutico al diritto sviluppato da Dworkin, la cui teoria, del resto, costituisce una versione teorizzata dell'immagine del diritto proposta da Supiot, in ragione dell'importanza accordata alla coerenza narrativa e al ruolo fondatore dei principi assiologici. Ma questo

31. Per una ricostruzione di questi dibattiti e per una critica delle diverse risposte che la scienza economica ha cercato di portare, si vedano L. Lenoble e M. Maesschalck, 2011.

32. Indipendentemente da quelle che possono essere secondo noi le insufficienze delle risposte ispirate ad Habermas, che vanno sotto il nome di «proceduralizzazione del diritto», è quanto mai riduttivo, per non dire assurdo, affermare come fa Supiot che «il movimento di proceduralizzazione del diritto non sarebbe altro che una manifestazione del paradigma del mercato» (A. Supiot, 2005, 131, n15; per il riferimento a Habermas si veda ivi, 123, nota 4).

modo «semantico» di intendere l'irriducibilità dell'uso alla norma è del tutto insufficiente. Infatti questo approccio ermeneutico conduce a definire le condizioni di legalità facendo riferimento a una morale sostanziale che si suppone condivisa dal gruppo sociale, nonché a un giudice idealizzato in grado di assicurarne la reinterpretazione costante in funzione delle esigenze di adattamento alle trasformazioni del contesto sociale, e in grado di dedurre il significato del diritto dalle esigenze interne alla «morale istituzionale» del gruppo cui appartiene. Questo approccio ermeneutico presuppone l'esistenza di regole innate che permettono al giudice di sussudere la varietà delle situazioni particolari sotto le categorie generali della morale istituzionale (i principi). In questo senso Dworkin, per limitarsi a questo esempio contemporaneo, mentalizza l'approccio del giudizio normativo, iscrivendo cioè nelle capacità mentali del giudice le regole che permettono di dedurre i significati normativi del diritto dalle esigenze della morale istituzionale, nonché di tradurre, per riprendere l'espressione di Paul Ricoeur, le ingiunzioni del reale storico.

Per evitare questa mentalizzazione, l'idea che l'effetto di una norma sia sempre funzione dell'uso che ne viene fatto da coloro che devono applicarla dev'essere intesa non tanto semanticamente quanto pragmaticamente. In ragione di questa incompletezza o indeterminazione pragmatica che limita la capacità regolativa del diritto, si può comprendere il limite dell'approccio di Honneth e la necessità di aggiungere elementi ulteriori rispetto all'operare formale del diritto, al fine di assicurare l'autorealizzazione delle esigenze proprie della lotta per il riconoscimento. Un semplice esempio tratto dall'evoluzione attuale del diritto della filiazione aiuta a semplificare, evidentemente in modo puramente allusivo, una delle dimensioni portate da questa indeterminazione pragmatica.

È noto come, sotto l'influsso positivo della Corte costituzionale belga, il principio di egualianza ha fatto sì che non si possa più attribuire ai criteri della prescrizione del possesso di stato il ruolo categorico e assoluto che il legislatore belga aveva avuto la tentazione di riservargli³³. Certamente questo conferisce al giudice chiamato a decidere su questioni relative al vincolo di paternità un potere di interpretazione particolarmente ampio, se pur difficile e scomodo. Ma questo è un effetto, senza dubbio inevitabile, di un contenzioso in cui la pluralità delle situazioni particolari renderebbe contraria all'interesse

33. Come afferma P. Martens, 2007, nel commentare una decisione della Corte costituzionale belga del 9 agosto 2012, la giurisprudenza della Corte «conferma una concezione più pragmatica che dogmatica in materia di filiazione, e un approccio pacifico alle questioni sessuali. La Corte censura ancora una volta un legislatore che, a partire dalla decisione *Marckx* della Corte europea dei diritti dell'uomo (13 giugno 1979), si sforza di armonizzare il diritto della filiazione con una società in cui l'emancipazione dell'individuo prevale sulla pace delle famiglie e sul rispetto dei simboli, ma che, almeno stando alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, spesso ha una lunghezza di ritardo».

prioritario del bambino la volontà di fissare dei criteri assoluti³⁴. Per questo motivo, situare il dibattito sul piano dell'ipotetico governo dei giudici è del tutto inadeguato, anche se possiamo dire insieme a Charles Panier, nel commentare una decisione del Tribunale civile di Namur, che in questa materia, considerata l'assenza dei «principali criteri» e delle «guide più determinanti», la valutazione verrà fatta in un certo senso in equità e buon senso, e sarà necessariamente tributaria tanto delle rappresentazioni simboliche proprie del singolo magistrato quanto delle specificità dell'informazione e della formazione di cui egli dispone³⁵. Questa dimensione di «buon senso» non rende affatto illegittimo l'esercizio di una funzione di decisione che si impone nella vita sociale. Al contrario, si tratta di una dimensione diversa alla quale bisogna essere sensibili. Nell'esercizio di questa missione nelle situazioni controverse che si troverà sempre più spesso a dover decidere, il giudice dovrà tentare di trovare il miglior equilibrio possibile tra la posizione di chi può rivendicare una paternità biologica e quella di chi potrebbe invece far valere una forma di paternità sociologica. Questi non sono gli unici casi ipotizzabili, ma sono quelli che meglio rivelano le forme di «bilanciamento degli interessi» che il giudice dovrà effettuare. È legittimo supporre (ed è esattamente questo a giustificare il fatto che il legislatore abbia voluto farne dei criteri decisivi) che il giudice si sforzerà di definire la filiazione mettendo in evidenza gli elementi che permettono di garantire la maggiore effettività nell'esercizio della paternità, e dunque a far prevalere la realtà biologica, laddove a questa si affianchi un contesto affettivo anche minimo, nel caso in cui mancasse un'alternativa più efficace tra gli eventuali partner della madre. Al contrario, laddove di fronte al «padre biologico» vi fosse un legame affettivo del bambino stabile ed effettivo con uno dei partner della madre, si può supporre, in base al buon senso, che la maggior parte dei giudici farà prevalere il «padre sociologico». Nella realtà del contenzioso le difficoltà nascono dal fatto che le situazioni raramente sono categorizzabili e chiaramente identificabili. Qui si rivela la precarietà di simili ragionamenti, senza che tuttavia – è bene dirlo – questo invalidi in alcun modo l'esercizio della funzione di giudicare. Infatti la validità del ragionamento riposa sempre su di una forma di generalizzazione orientata verso il futuro (la prevalenza accordata alla realtà biologica in ragione di una possibile instabilità dei partner della madre lascia indeterminata la questione dell'esercizio effettivo nel futuro della funzione paterna da parte del padre biologico, e viceversa). Tutto avviene come se il ragionamento anticipasse un futuro che non può tuttavia anticipare formalmente. Questo è un piccolo esempio dell'incidenza

34. Paul Martens lo dice molto bene citando Jean Carbonnier, «la giurisprudenza ha questo di superiore rispetto alla legge: "ascolta i costumi" e, si potrebbe aggiungere, ascolta anche le persone» (ivi, 1287).

35. Sentenza del Tribunale Civile di Namur del 3 maggio 1989.

del fattore temporale sulla dimensione applicativa. Più in generale, questa possibilità di anticipare rispetto ai comportamenti è il segno del fatto che è formalmente impossibile definire le condizioni di esercizio della «funzione paterna quale condizione della soggettivazione». Ciò non significa che il diritto non può definire secondo buon senso quale sarebbe il miglior contesto possibile per l'inquadramento affettivo del bambino. Questo significa che ciò che il Padre freudiano aveva il compito di assicurare, vale a dire il limite che garantisce interiorizzazione da parte del bambino dell'impossibile identità di sé a sé, è una funzione che non può essere definita da alcun dispositivo di carattere formale.

Ma lasciamo la psicanalisi e torniamo ai meccanismi giuridici. Ancor più sintomatico è il fatto che l'evoluzione recente dei nostri sistemi giuridici, in particolare nelle recenti riforme del diritto di famiglia, sembra tradurre la percezione della necessità di aggiungere, ai meccanismi tradizionali della funzione giudicante, ulteriori dispositivi che associano alla decisione i destinatari delle regole. Non è questo, in fondo, ciò che si ricerca attraverso l'importanza crescente accordata ai dispositivi di mediazione? Certamente nella realtà la mediazione si afferma anche a causa dei costi della giustizia. E tuttavia la promozione della mediazione è un sintomo della accresciuta percezione del fatto che la riuscita degli obiettivi perseguiti dal diritto non può essere assicurata solo tramite dispositivi formali. Evidentemente questi sono indispensabili, se non altro laddove la collaborazione tra gli attori ha poco successo. Ma la soddisfazione effettiva degli obiettivi idealmente perseguiti (quali ad esempio il perseguitamento dell'interesse del bambino inteso quale condizione della sua possibile soggettivazione) richiede delle disposizioni soggettive in capo a tutti gli attori coinvolti che possono essere assicurate soltanto da forme cooperative di costruzione e da un'attenzione alle indispensabili trasformazioni soggettive che essa implica. Una volta ancora, bisogna sottolineare il fatto che la mediazione si incentra spesso unicamente sull'ottenimento del consenso, e per questa ragione rischia di trascurare le trasformazioni identitarie necessarie al fine di garantire la trasformazione effettiva dei comportamenti richiesta dagli obiettivi formativi perseguiti. Questa valorizzazione della mediazione cooperativa in relazione alle forme tradizionali di esercizio della funzione normativa dev'essere tenuta in considerazione, in quanto rivela in modo esemplare i limiti intrinseci alle figure tradizionali. Questa incapacità pragmatica, propria di ogni regola formale, di assicurare la realizzazione degli ideali che porta, obbliga a rifiutare e a superare tanto gli approcci ermeneutici quanto quelli positivistici all'idea di diritto. Non è il caso qui di sviluppare questo argomento³⁶. Ma allo stesso tempo è questa concezione del diritto a fare da sfondo alle difficoltà delle nostre democrazie. Sono esattamente queste difficoltà che la

36. Si vedano L. Lenoble e M. Maesschalck, 2011, 27-130.

ricerca di forme più cooperative e maggiormente decentralizzate di regolazioni intende superare, associando attori privati a dispositivi regolativi tradizionalmente appannaggio dei soli attori pubblici. Certamente, l'accento che tanto Honneth quanto Supiot mettono sui tradizionali attori collettivi, protagonisti delle lotte sociali che hanno permesso lo sviluppo dei nostri *welfare states*, è parte di questa stessa ricerca. Tuttavia queste lotte non possono essere pensate, date le condizioni che rendono possibile il loro successo nel generare trasformazioni sociali che assicurino soddisfacimento della lotta per il riconoscimento, come l'espressione di un processo di razionalizzazione della realtà sociale che si auto-sviluppa progressivamente. Al contrario, queste condizioni obbligano a portare un'attenzione specifica allo sviluppo delle condizioni necessarie per poter permettere agli attori di trasformare le proprie identità, a fare quindi l'esperienza della non-identità di sé a sé, e ad adattare le proprie rappresentazioni in funzione dei nuovi contesti³⁷. Una specifica attenzione dovrà essere accordata alla loro capacità di «imparare a imparare», senza la quale non cesserebbero di ripresentarsi le patologie della libertà che la lotta per il riconoscimento vorrebbe risolvere, esattamente come le forme di ripetizione che nutrono le patologie della libertà sul piano individuale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- HONNETH Axel, 2008a, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. française par P. Rusch, Cerf, Paris; trad. it. *Lotta per il riconoscimento*, il Saggiatore, Milano 2002.
- ID. 2008b, *Les pathologies de la liberté. Une réactualisation de la Philosophie du droit de Hegel*. La Découverte, Paris; trad. française par F. Fiesbach; trad. it. *Il dolore dell'indeterminato. Una attualizzazione della filosofia politica di Hegel*, Manifestolibri, Roma 2003.
- LEGENDRE Pierre, 1997, «Remarques sur la reféodalisation de la France». In *Etudes offertes à Georges Dupuis*, LGDJ, Paris.
- ID. 1999, *Sur la question dogmatique en Occident*. Fayard, Paris.
- LENOBLE Jacques, MAESSCHALCK Marc, 2009, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*. Éd. RDUS, Sherbrooke.
- IDD., 2011, *Droit, Démocratie et Gouvernance*. Éd. RDUS, Sherbrooke.
- MAESSCHALCK Marc, 1996, *Droit et Création sociale chez Fichte*. Edit. Peeters, Louvain-Paris.
- ID., 2013, «L'éthique de l'aide public au développement au prisme des réorientations stratégiques des partenariats institutionnels sur le terrain». *Éthique Publique*, 15: 35-54.
- MARTENS Paul, 2007, «Inceste et filiation: égalité et tabou». *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (J.L.M.B.)*, 27: 1286-7.

37. Su questo si veda, nel contesto delle strategie di sviluppo che Supiot crede di poter rinvenire per il solo mezzo dell'ermeneutica dei diritti dell'uomo, M. Maesschalck, 2013.

IL DIRITTO SECONDO IL MODELLO DELLA «LEGGE DELLA LEGGE»

- MILLER Jacques-Alain, 2013, «L'Autre sans Autre». *Mental – Revue Internationale de Psychanalyse*, 30, in http://amp-nls.org/downloads/JAM_Athenes2013.pdf.
- SABEL Charles F., SIMON William H., 2004, «Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds». *Harvard Law Review*, 117: 1015-101.
- SUPIOT Alain, 2005, *Homo Juridicus Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Seuil, Paris; trad. it. *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006.
- TOCQUEVILLE Alexis, 1981, *La democrazia in America* (1848), a cura di Nicola Matteucci. UTET, Torino.
- Tribunal Civil de Namur (4e ch.), Sentenza del 3 maggio 1989. *Journal des Tribunaux*, 1989: 539.
- VOIROL Olivier, 2008, «Prefazione». In A. Honneth, *La Société du mépris*, trad. française par O. Voirol, P. Rusch et A. Dupeyrix, La Découverte, Paris.

