

IL DIRITTO NELLA SOCIETÀ GLOBALE: UN FORMALISMO PRIVATIZZATO

Giovanna Petrocco*

Abstract: uno sguardo attento del giurista alla realtà post-moderna espone l'osservatore di fronte ad una diffusa insofferenza verso le tradizionali tesi del positivismo giuridico, troppo sterili per trovare concreta applicazione nella complessa struttura della società globalizzata. Le questioni più delicate ruotano intorno alle fonti di produzione normativa che ripropongono una nuova specie di 'formalismo', lontano dall'idea del giuridico come fenomeno con-diviso. L'indifferenza verso i contenuti, insieme alle problematiche concernenti il concetto di terzietà, suscitano interrogativi sul destino dell'uomo e sul diritto, ridotti nella forma in-autentica della datità dal trionfo della tecnica e dalla perdita della questione del senso che mettono a dura prova la tesi di Bruno Romano 'la legge del testo è il testo della legge'. Il lavoro fonde ed analizza queste tematiche attraverso la critica mossa proprio da Romano a quelle dinamiche che determinano una giuridicità arbitraria e contingente, destinata a ristagnare in una dimensione pre-giuridica in cui l'ansia di forma non accede mai al diritto alla forma, appannaggio esclusivo della vita che ha più vita.

1. Introduzione

In questo lavoro non intendo riproporre la trama completa della riflessione giusfilosofica di Bruno Romano¹, quanto l'aspetto propriamente ontologico e fenomenologico delle sue riflessioni sulla giuridicità, mettendone in risalto l'essenziale contributo attraverso la discussione critica dei classici. Mia intenzione è quella di continuare nell'analisi delle domande di questo filosofo del diritto che ha avuto il

* Università 'Sapienza' di Roma.

¹ B. Romano è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Sapienza di Roma. L'intensa bibliografia che si dipana tra il 1969 e il 2009 dimostra il fervido impegno nell'attività di ricerca che lo ha reso il protagonista più insigne del dibattito novecentesco ruotante intorno al tema del diritto come fenomeno autonomo e specifico alla luce delle trasformazioni che la giuridicità ha subito nel tempo della globalizzazione. Le domande che il filosofo del diritto si pone non concernono l'eutanasia della giuridicità, quanto di una forma del diritto, quella propriamente fenomenologica, in formazione, che rischia di lasciare il posto ad una formatività formata chiusa al dirsi ipotizzante, scaturente da macchine rispondenti alla figura dell'*homo oeconomicus*

merito di sollecitare l'interesse di studiosi e studenti sulla differenziazione fenomenologica e sull'irriducibilità del giuridico ad altri fenomeni della vita di relazione come l'economia, la politica e la morale, analizzandone le trasformazioni in un momento come quello attuale, definito 'globalizzazione dei mercati'.

Se infatti la posizione di Romano rappresenta il paradigma del principio buberiano "all'inizio vi è la relazione"², oggi più che mai è legittimo chiedersi se possa parlarsi ancora di diritto, visto l'affermarsi delle tecnocrazie e del *self-service* normativo³ che hanno sostituito alla giuridicità la purezza normativa, sottraendola, tra l'altro, al tradizionalmente forte controllo statale⁴. Questo viene soppiantato da nuovi agenti che, servendosi del vuoto giuridico del "villaggio globale"⁵, si improvvisano "imprenditori del diritto"⁶, si fanno artefici di regole fattuali⁷ asservite alla contingenza, puntistiche momentaneità che poi

² M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo, 2004, p. 71, discute della genesi fenomenologica del diritto a partire dal rapporto uomo-altro-uomo, inteso come relazione di riconoscimento gerarchicamente sovraordinata al rapporto uomo-cosa o a quello uomo-altro-uomo, confinato nell'indifferenza del coesistere.

³ Sul punto L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2004, p. 341.

⁴ Secondo la dottrina monista, sostenuta da Hans Kelsen, il diritto interno non è che un "ordinamento parziale" rispetto all'universalità dell'ordinamento internazionale, la cui piena giuridicità conferisce validità ai singoli ordinamenti. Radicalmente diversa è l'impostazione di Leoni, per il quale, lo Stato moderno, sorto per dare sicurezza alle transazioni del mercato, va perdendo gradualmente la sua centralità sostituita dalle imprese. Cfr., B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1995. Anche Romano discute criticamente la possibilità di confinare la totalità del diritto nell'ambito della legalità espellendo completamente le considerazioni sulla giustizia. Tale irriducibilità trova riscontro nella differenza nomologica che rappresenta l'*ouverture* del discorso che al nostro autore sta più a cuore: la genesi fenomenologica del diritto radicata nella coalescenza di *logos* e *nomos*. Cfr., B. ROMANO, *Senso e differenza nomologica*, Roma, 1993 e *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999.

⁵ La disquisizione è trattata in modo ampio in U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, 2002, p. 73.

⁶ M. R. FERRARESE, *Diritto americano e imprenditorialità dei privati*, Bologna, 1992.

⁷ B. ROMANO, *Il diritto non è il fatto. Tre domande di filosofia del diritto su diritto e memorie*, Roma, 1998. In questo testo viene riproposta la tesi di Hegel

disapplicano al mutare delle circostanze. I rapporti di forza hanno preso il posto della relazionalità discorsiva, inizio non disponibile della giuridicità in cui ciascuno prende la parola per destinarla all'altro "presiedendo con libertà all'attività creativa dell'istituire"⁸ un senso nuovo oltre quello dato.

È quello che Romano discute come intervallo-di-senso⁹ a segnare il passaggio dallo stimolo ambientale all'elaborazione di una risposta, tra società e ordini naturali, leggi degli uomini e regole degli altri esseri viventi. Infatti, mentre gli animali, non essendo dotati di linguaggio, rimangono sottoposti alla tirannia del fattuale rispondendo istintivamente agli stimoli esterni, l'uomo è dotato della "capacità riflessiva di autocomprendersi nel trascendimento della propria onticità fattuale"¹⁰ che gli consente di interrogarsi soprattutto sul senso del funzionamento del diritto non rimanendo confinato/chiuso nello stare a vedere passivamente "quanto si afferma fattualmente".

La questione apre, per Romano, lo spettro problematico della "mistificazione degli atti nei fatti"¹¹ che funge da eco alla trasmutazione

secondo la quale "il diritto è il superamento del fatto che esclude" e di Anassimandro che concepisce la giuridicità come "reciprocità nel darsi rispetto". A questi concetti B. Romano rinvia rispettivamente nei testi *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Milano, 1969, p. 204 e *Riconoscimento e diritto. Interpretazione della Filosofia del diritto dello spirito jenesse (1805-1806) di Hegel*, Roma, 1975.

⁸ ID., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 4.

⁹ ID., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004, p. 263. Di questo aspetto discute S. KIERKEGAARD, *Briciole di filosofia e postilla non scientifica*, I, p. 323. L'intervallo-di-senso determina il passaggio alla contemporaneità doppia esclusiva dell'uomo, capace di trascendere i fatti che lo ambientano distanziandosene, prendendo posizione rispetto a quanto incontra, scegliendo con responsabilità il suo poter essere nel futuro. "L'intervallo, non è una fase di stasi, ma è la condizione esistenziale del se stesso che prende distanza nel poter scegliere e decidere, esistendo tra le cose ma non essendo una cosa". B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009, p. 62.

¹⁰ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991. p. 90. Cfr., L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, p. 136 in cui si discute dell'uomo come 'individuo', detentore in potenza di possibilità e libertà e come 'persona', impegnata nell'esercizio concreto di queste qualità.

¹¹ B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, p. 119.

del diritto a prendere la parola, nell'obbligo di eseguire le obbligazioni dettate dalle aspettative economiche del mercato di matrice luhmanniana. Infatti, il nodo linfatico della filosofia del diritto sta nell'idea del giuridico come fenomeno relazionale che, spogliato della velocità, dura oltre la fattualità che vince, è controfattuale¹², eccedendo il semplice "continuare la vita" senza interventi. Per Romano il diritto conserva la sua specificità e autonomia rispetto ad altri fenomeni se viene garantita l'apertura al *dirsi* dell'uomo¹³, inteso 'come *desiderio di interrogarsi su ciò che viene incontrato attraverso l'ipotizzare*', che ha la qualificazione temporale del futuro non "trattabile scientificamente"¹⁴. Non si identifica né con le leggi trovate, proprie dei sistemi naturali, che regolano la vita tra gli esseri privi di linguaggio, né può essere considerato come insieme di comandi imposti, espressione di una "scienza applicata"¹⁵, come quello teorizzato nel sistema kelseniano, istituito da un'autorità pianificatrice *legibus solutus*, che si sostituisce alla relazione dialogica¹⁶. Se

"l'uomo è soggetto in quanto parlante ed è parlante in quanto è nel linguaggio-discorso con gli altri"¹⁷,

¹² ID., *Filosofia del diritto, cit.*, p. 4, afferma che il diritto è controfattuale perché 'confina/vieta' l'accadere dei fatti vincenti, conferendo "durata ad una direzione giuridicizzata del coesistere" al di là di quanto si afferma fattualmente, *ivi*, p. 171.

¹³ La specificità del diritto è rappresentata dalla Terzietà, implicita nella triadicità dialogica, garanzia di ascolto e riconoscimento reciproco.

¹⁴ Vd. anche *ivi*, p. 11. F. HAYEK, *L'abuso della ragione*, Firenze, 1997, p. 7, condanna la tirannia esercitata dalla fisica e dalla biologia sulla scienza giuridica. Quest'ultima, infatti, affascinata dal rigore e dalla certezza delle prime, ha creduto di poterle imitare cadendo nello scientismo, pretendendo di ridurre il diritto a tecnica. "La visuale scienziata, all'opposto di quella scientifica, non è un tipo di approccio obbiettivo alla realtà, ma è già pregiudicata in partenza dalla pretesa di sapere quale sia il metodo più appropriato a una data ricerca prima ancora d'averne preso in esame il contenuto". Relativamente al diritto si traduce nella presunzione di trattare i comportamenti e gli effetti involontari ed imprevisi che scaturiscono dall'azione umana che è fondata su *credenze* ed *opinioni* degli uomini come un semplice fatto fisico a partire da leggi generali.

¹⁵ *Ivi*, p. 139.

¹⁶ B. ROMANO, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Milano, 1969, *passim*.

¹⁷ ID., *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos, cit.*, p. 14.

che ne è dell'uomo nella società complessa se la realtà esige solo una coscienza spettatrice che rinunci ad interrogarsi sul senso?

Se, infatti, il questionare disturba la quiete extra-umana del non-senso, il diritto si trasforma in un fatto meccanico che non lascia spazio allo spirito critico del soggetto, sul perché ci siano certe leggi e non altre. Gli effetti che produce un tale apparato, che riduce l'uomo nell'"*anonimia del chiunque*", non sono dissimili da quelli scaturenti dal sistema kelseniano, espressione di una staticità che chiede ubbidienza non condivisione o dal funzionalismo sistemico criticato da Romano,¹⁸ nel quale il diritto, chiuso nel codice binario osservanza/inosservanza, non lascia tempo all'opera interpretativa del soggetto, "*l'essere più inquietante*"¹⁹ o *δεινόν*, con la sua conseguente trasformazione nel pratico inerte sartriano²⁰ che, come

*"un mero funzionario di funzioni [...] serialmente fungibile nel ruolo-funzione dell'attività vitale produttiva"*²¹,

esiste solo in virtù della preservazione dell'organismo, sente la 'paura biologica' ma è privo del 'timore del giudizio giuridico' perché, come tutti i sistemi privi di un *io* non è autore di 'intenzioni', presupposto imprescindibile per l'emanazione del giudizio del magistrato.

2. Il mercato come 'regola di signoria'²²

"È attraverso l'istituzione di un testo che gli individui non sono costretti a ricominciare ogni volta daccapo, all'essere cioè senza storia, anzi essendo il testo accessibile agli altri consente un'ulteriore attività di trasformazione

¹⁸ ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2006.

¹⁹ L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto, cit.*, p.135.

²⁰ *Ivi, cit.*, p. 134. Il pratico inerte-sartiriano rappresenta uno dei concetti fondanti del pensiero di Sartre ne la *Critique de la raison dialectique*, Parigi, 1960. Romano affronta il tema in *Filosofia del diritto, cit.*, pp. 133 ss., dove critica l'inerzia che imprigiona la vita ed impedisce all'uomo di separarsi da essa costruendo percorsi originali.

²¹ *Ibidem*.

²² B. ROMANO, *Il diritto tra causare e istituire. Numeri del mercato e parole del diritto*, Torino, 2000, p. 99.

*creativa dovuta a quanti incontrano il testo e vi intervengono ratificandolo e compilandolo*²³.

Se, usando il lessico crociano, il diritto non è più la norma che dorme nel codice²⁴, è lecito domandarsi che senso abbia oggi parlare di un testo che possa garantire la selezione dei contenuti del dialogo e la loro durata, se la realtà mutevole, determinata dalla contingenza dei rapporti di forza, non esige la cristallizzazione del diritto in una forma definita, ma predilige una forma-informe, scatole vuote²⁵, pronte a dare veste normativa a qualsiasi accadere, giusto o ingiusto che sia.

Infatti, nell'epoca attuale caratterizzata dalla deterritorializzazione del giuridico, entrambe le teorizzazioni sopra riportate possono dirsi superate: il sistema kelseniano e l'ideologia positivista sono messe in crisi dalle nuove fonti di normazione, operatori economici privati che determinano autonomamente il rinnovo incessante delle condizioni di scambio. Il formalismo²⁶, teorizzato da Kelsen, riproduce un'ideale di oggettività e di totalità del sistema normativo che non trova riscontro nella società post-moderna²⁷ che, a quello, ha sostituito una giuridicità vuota in cui i fatti assumono veste legale. In entrambi i casi, si tratta di un diritto destinato a scadere nell'omnicomprensività dell'informe, in cui l'uso nega la genesi fenomenologica del diritto determinata dalla selezione responsabile dei contenuti attraverso la partecipazione piena al dialogo, mediato dall'opera del terzo, infatti,

²³ *Ivi*, p. 97.

²⁴ Vd. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Bari, 1907, *cit.*, p. 41. "Il diritto non è la norma che dorme nel codice, ma la legge a cui si pone mano che così cessa di essere generale e diventa azione individuale".

²⁵ A tal proposito si veda criticamente L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, *cit.*

²⁶ Con questa espressione si fa riferimento a quella dottrina filosofica che ha in massima considerazione l'aspetto formale del diritto, la struttura della norma a prescindere dai principi sottesi che la ispirano, facendosi portavoce di una visione avalutativa, intesa come estraneità ai valori. In Kelsen il diritto viene identificato con la sua validità formale come se le norme nascessero da altre norme senza considerare che esse non hanno voce nè volontà.

²⁷ Definita da Romano anche 'post-soggettiva' perché sostituisce l'esercizio della soggettività intesa come "intersoggettività nel riconoscimento [...] disciplinato dal Terzo Altro" con i rapporti di forza che rendono il sistema economico simile ai modelli biologici. B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, *cit.*, p. 118.

*"nominare la formatività è nominare la terzietà"*²⁸.

Solo in questo caso il diritto è espressione del convenire secondo il *logos*, che per mezzo delle istituzioni dello Stato, (il terzo legislatore, il terzo giudice e il terzo polizia)²⁹, viene sussunto nel legale, garanzia di certezza e presupposto imprescindibile per l'esercizio della pretesa giuridica³⁰.

È lontano il sistema logico e coerente di Kelsen, avulso dal contesto sociale, espressione di un

*"formalismo atto a rendere più deboli i deboli e più oppressi gli oppressi"*³¹.

Secondo la sua regola principale infatti,

*"la legge può avere qualsiasi contenuto, determinando il giusto"*³².

Si tratta di un'affermazione da rigettare per quanti come Romano, Hayek e i critici di Kelsen, ritengono che

*"la produzione legislativa non rimpiazzerà mai tutte le regole di giustizia già spontaneamente osservate e che forse non verranno mai formalizzate: essa tende alla giustizia ma non la crea"*³³.

²⁸ ID., *Sulla trasformazione della terzietà giuridica*, Torino, 2006, p. 13.

²⁹ B. Romano scompone la figura del Terzo al modo di Kojève e assegna a ciascuna di queste una specifica determinazione temporale (rispettivamente: passato, futuro, presente). Cfr. fra i tanti volumi dedicati all'argomento, B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998, pp. 261 ss. Per Kojève l'intervento imparziale e disinteressato del terzo fonda la giuridicità stessa che non può essere ridotta nella figura del giudice, del legislatore o della polizia, ma è data dalla loro coesistenza. A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1988, p. 92.

³⁰ Il diritto si differenzia fenomenologicamente dagli altri fenomeni della vita di relazione perché presenta il momento della pretesa assente nella relazione affettiva ed economica non normate.

³¹ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 58.

³² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960, p. 517; Cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge legislazione e libertà*, Milano, 2000, p. 243. Cfr. B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista diritto e bio-economia*, cit., p. 57.

L'esserci di principi che precedono e fondano il diritto *positum* è convincimento tipico della tradizione greco-romana, dalla quale Romano riprende l'idea delle "norme parlanti" che vivono attraverso "l'arte della parola"³⁴ nella relazione intersoggettiva, spazio in cui l'io prende forma attraverso l'alterità, infatti

*"l'uomo è venuto alla vita non integralmente definito da un sistema innato, ma abbozzato, come efficacemente dice anche Cicerone"*³⁵.

L'auspicio dell'autore è il ritorno nella globalizzazione dei mercati, in cui l'uomo è ridotto in uno stato di *solipsismo* dell'io, ad una giuridicità *in-formata* al senso di giustizia, inteso come debito di giustizia verso tutti gli uomini, unica garanzia di certezza e durata rispetto all'arbitrarietà di un diritto sciolto da qualsiasi *ratio* che non sia il funzionamento procedurale in cui tutto può diventare legale³⁶.

Questo aspetto è stato scarsamente considerato, infatti, ben pochi studiosi vi hanno dedicato l'attenzione che merita, o meglio la 'preoccupazione' che meriterebbe³⁷. A tal proposito, un altro filosofo del diritto, Bruno Leoni,³⁸ con le sue provocazioni, straordinariamente attuali, ha saputo cogliere le cause della caduta del giuridico nella tendenza ad identificare il diritto con la volontà di coloro che occasionalmente detengono il potere generando una nuova forma di

³³ F. A. VON HAYEK, *Studi di filosofia politica e economia*, Soveria Mannelli, 1967, p. 199. Cfr. ACCURSIO, (Glossa 9°, Dig. I.I.I.) "*Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fruit iustitia quam ius*".

³⁴ B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista diritto e bio-economia*, cit., p. 104.

³⁵ *Ivi*, cit., p. 110. In quest'opera sono numerosi i richiami ai classici in particolare a CICERONE, *I termini estremi del bene e del male in Opere politiche e filosofiche*, Torino, 2003, pp. 399-401.

³⁶ La critica è al concetto di giustizia che trapela dal dialogo tra Trasimaco e Socrate nel I Libro della *Repubblica* di PLATONE, a cura di F. Sartori, Roma-Bari, 1981 come 'bene altrui', strumento nelle mani del potere costituito sia esso democratico, aristocratico o tirannico. (338e-339a).

³⁷ B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, Roma, 1997, p. 116.

³⁸ Bruno Leoni è stato uno dei più importanti studiosi liberali italiani a lungo apprezzato più all'estero che in Italia, dove *La libertà e la Legge* è stato tradotto e pubblicato solo negli anni Novanta (sebbene la prima edizione inglese risalisse al 1961).

dispotismo³⁹ simile, negli effetti, ai rapporti, prodotti e consumati dal mercato, di cui discute il nostro autore. In entrambi i casi infatti, il diritto diventa funzionale agli interessi della parte, sia essa una maggioranza politica o un operatore economico privato che utilizza il giusto come forma legale, confermando la straordinaria attualità delle tesi espresse da Trasimaco nella *Repubblica* di Platone⁴⁰ che identifica la giustizia "nell'utile (sympheron) del più forte".

Si tratta di due modalità attraverso le quali si manifesta il 'formalismo giuridico' inteso come 'atteggiamento dell'uomo'⁴¹ divenuto indifferente verso i contenuti normativi. Un'impostazione diversa è quella di Romano quando, come Leoni, discute criticamente lo spegnimento dell'idea del diritto come *a-priori* indisponibile della giuridicità scaturente, per l'uno, dal questionare sul senso e sul divenire del se stesso, per l'altro, dal consolidarsi lento delle tradizioni e delle abitudini. Se Leoni attacca l'ipertrofia normativa, funzionale agli interessi contingenti di una maggioranza occasionale, Romano estende questa critica ad ogni specie di formalismo giuridico, come quello paventato da agenti economici che, animati esclusivamente dall'utile, prestano il fianco ad una "giuridicità liquida"⁴², flessibile e mutevole, sintomo dei processi vitali misurati

³⁹ Questo aspetto viene analizzato anche da Kojève che, come Leoni, discute dello Stato non come detentore della giustizia quanto di mediatore che, attraverso il terzo-legislatore, trasforma il diritto in potenza nelle leggi in atto, cfr. L. AVITABILE, *Il terzo-giudice tra gratuità e funzione*, Torino, 1999. "La giustizia infatti non diviene diritto se non nella misura in cui viene applicata dallo Stato; in caso di conflitto non ci sarà quindi diritto autentico e l'attività dello Stato non sarà giuridica perché in disaccordo con l'idea di giustizia". A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto, cit.*, p. 91.

⁴⁰ PLATONE, *Repubblica, cit.*, p. 44.

⁴¹ Il concetto è ripreso dalle lezioni del seminario su "Forma del diritto e formalismo giuridico" tenuto dalla Prof.ssa Luisa Avitabile nell'a.a. 2009-2010 presso l'Università "La Sapienza".

⁴² Bauman discute di una liquidità che coinvolge ogni aspetto della realtà, anche il diritto: "la vita liquida, è una vita precaria, vissuta in una situazione di continua incertezza (...) è una successione di nuovi inizi". Z. BAUMAN, *Vita liquida, cit.*, p. X. L'argomento viene trattato in "Homo consumens", Roma, 2007. Il riferimento alla 'liquidità' come condizione che caratterizza attualmente le relazioni umane è ripreso da Romano per descrivere una giuridicità sintomo di processi vitali che l'operatore idraulico delle tecno-norme è chiamato ad applicare ed eseguire. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto, cit.*, p. 213.

dall'emergere di un'unica legge: 'l'essere-più=funzionare-più'. La questione viene discussa anche da Hayek quando critica ne *L'abuso della ragione* coloro che narcisisticamente, credendo di avere il possesso esclusivo della conoscenza e servendosi di una posizione sociale di rilievo, dettano le regole e le impongono con violenza agli altri. Questa ideologia tralascia di considerare che la maggior parte delle istituzioni sociali, come il linguaggio, il mercato, i prezzi e il diritto, sono il prodotto *in-intenzionale* di azioni umane che, nel loro tendere al conseguimento di fini soggettivi, danno vita a situazioni imprevedute che finiscono per configurarsi come punti di riferimento per quanti si propongono il conseguimento di finalità analoghe.

Si genera, così, un processo evolutivo spontaneo, *l'ideal-tipo* sociale teorizzato da Hayek che, come Leoni e Romano constata nella realtà attuale, la proliferazione di nuove forme di positivismo che concepiscono le istituzioni sociali, *in primis* il diritto, come prodotto di un piano prestabilito, facendosi portavoce di un antropomorfismo⁴³ giuridico che porta al degrado di una giustizia 'decretata'⁴⁴.

L'ordinamento giuridico, in questa prospettiva, diventa l'espressione di staticità che postula l'esistenza di una 'fonte sovrana', appannaggio di un presunto sapere totale che elide la necessità di impegnarsi nella relazione dialogica, finalizzata al perfezionamento incessante del proprio io. Romano è convinto assertore dell'idea che l'uomo possa accedere solo ad esercitare un 'sapere parziale' che si estrinseca nella incessante ricerca-desiderio di verità e lo pone al fianco di Hayek nella critica mossa a Kelsen secondo il quale

*"il diritto è una costruzione deliberata al servizio di determinati particolari interessi"*⁴⁵

intendendo con 'diritto' quello *positum* e tralasciando di considerare quella "congenita ignoranza"⁴⁶ insita nella natura umana per cui

*"non c'è mai stato, né mai ci sarà un sistema di regole emanate legislativamente che sia privo di vuoti"*⁴⁷.

⁴³ Per antropomorfismo si intende quella concezione che spinge l'uomo ad interpretare i fenomeni a sua propria immagine, come animati da una mente simile alla propria. F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione, cit.*, p. 147.

⁴⁴ B. LEONI, *La libertà e la legge, cit.*, p. 158.

⁴⁵ *Ivi, cit.*, p. 30.

⁴⁶ *Ibidem.*

L'ipotesi contraria appartiene esclusivamente ai regimi totalitari⁴⁸, prototipi di società dirette dall'alto che sostituiscono un'autorità ipostatica⁴⁹ alle relazioni intersoggettive, rendendo obsoleta la funzione differenziante l'uomo dagli altri esseri viventi:

*"formare nella relazione il contenuto del diritto"*⁵⁰.

Questo significa che già nella relazione dialogica è presente il nocciolo duro della giuridicità, la terzietà. Nell'opera di Romano, infatti, diritto in senso pieno, è solo quello che ha la struttura del linguaggio discorso⁵¹, che scaturisce dall'uomo per l'uomo presentando i suoi stessi tratti, quelli dell'opera d'arte⁵², sempre incompiuta perché costantemente aperta verso nuovi orizzonti di senso, nuove interpretazioni che consentono di aggiornarlo attraverso l'attività ermeneutica del terzo giudice e del terzo legislatore, senza la quale oggi, ad esempio, le donne non avrebbero ancora diritto di voto.⁵³

Il diritto chiuso all'ipotizzare, invece, depurato dall'azione dialogica, si 'trasmuta' in un atto disincarnato, nutrito solo dalla violenza che

⁴⁷ F. A. VON HAYEK, *Studi di filosofia politica e economia, cit.*, pp. 198-199.

⁴⁸ La critica ad ogni tipo di regime totalitario viene affrontata da Hayek ne *La via della schiavitù*, Milano, 1995.

⁴⁹ Dal greco *hypostasis*, composto da *hypó* 'sotto' e *stásis* 'lo stare'. Si intende la personificazione di un concetto astratto in qualcosa di reale, concreto e incontestabile.

⁵⁰ L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto, cit.*, p. 75.

⁵¹ P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, Torino, 2000, p. 145. P. Legendre discute del sistema giuridico come discorso della ragione.

⁵² È Pareyson a discutere ne *l'Esistenza e persona*, Genova, 1985, p. 198, del giuridico e dell'uomo come forma-formante nella convinzione che sia possibile parlare di estetica del diritto solo se si approfondisce questa dimensione, poetica, presente prima di tutto nell'uomo che, del diritto, è autore unico e imprescindibile.

⁵³ In Italia si sono susseguiti disegni di legge finalizzati ad estendere il voto alle donne a partire dal 1861, ma tutti hanno avuto esito negativo. Risalgono alla fine della seconda guerra mondiale, esattamente il 2 giugno 1946, le prime elezioni a suffragio universale.

vince⁵⁴, espressione delle varie tipologie di totalitarismo di cui oggi sono espressione quei micro-cosmi costituiti dalle relazioni duali compratore-venditore in cui le forze economiche, dettano le regole, costringendo chi 'meno vive' ad un eseguire assoggettante. In questa dimensione scompare l'uomo che per Romano,

*"è fondamentalmente uomo in quanto è tratto nel movimento del sottrarsi, [...] è colui che indica il sottrarsi stesso"*⁵⁵,

altrimenti è dato parlare di post-uomo o di un "indifferente nessuno"⁵⁶ limitato ad eseguire una qualche funzione desoggettivata determinata dal sistema. È proprio l'archiviazione dell'individuo lo snodo concettuale del pensiero di Luhmann che sostituisce al *chi-soggetto*, che "*pensa l'istituire il diritto*" attraverso il linguaggio discorso, il sistema. L'individuo luhmanniano può essere identificato attraverso una *traslatio* concettuale nel 'simbionte' di cui discute Romano, un ente desoggettivato, un "*senza stile*"⁵⁷ per dirla con Heidegger, che non ha diritto a costruire la sua 'forma',

*"unità che dura, non dissolvendosi nell'accadere della momentaneità puntistica dell'in-forme"*⁵⁸.

Solo l'io, che non si sottrae al compito di continua costruzione del se stesso, partecipa all'istituzione oltre-fattuale della giuridicità attraverso la relazione dialogica *logos dat esse homini*,⁵⁹ eccedente l'omogeneità e precalcolabilità dei diritti della 'senzienza', espressione del principio *forma dat esse rei*, identificabile, nella teoria dei sistemi⁶⁰, nelle operazioni funzionali che chiedono solo di essere eseguite trasformando

⁵⁴ A questo proposito K. JASPERS, *Origine e senso della storia*, Milano, 1965, p. 201, afferma che: "*la violenza è incalcolabile, arbitraria, l'individuo è la sua vittima inerme. La legge (invece), è calcolabile, ordinatrice, assicura al singolo la protezione della sua esistenza*".

⁵⁵ M. HEIDEGGER, *Saggi e discorsi*, Milano, 1976, pp. 89-90. Cfr. B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, cit., p. 83.

⁵⁶ *Ivi*, cit., p. 236.

⁵⁷ *Ivi*, cit., p. 192.

⁵⁸ *Ivi*, cit., p. 94.

⁵⁹ *Ivi*, cit., p. 377.

⁶⁰ Cfr., N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, Bologna, 1991.

l'uomo in "unità senziante"⁶¹. Questa affermazione di Romano può essere considerata l'eco dell'impostazione teorica di Leoni secondo il quale

*"non occorrono rivoluzioni cruente per eliminare la persona ed avere al suo posto il suddito ubbidiente. La trasformazione può avvenire per gradi [...]. Il nostro comportamento viene allora sottoposto alla volontà di altri, che diventa con facilità l'arbitrio di altri. E alla fine lo schiavo non può nemmeno più pensare alle piacevolezze dell'esistenza: la sua massima ambizione si riduce a ricevere il trattamento dell'animale domestico sotto un buon padrone"*⁶².

Se l'uomo viene privato della sua qualità essenziale, l'arte creativa dell'ipotizzare, viene meno qualsiasi distinzione tra i sistemi sociali e i sistemi biologici: in entrambi i casi "il testo della legge" è semplicemente un accadimento vitale che prescinde

*"dall'esercizio del linguaggio che è discorso in svolgimento nella trialità del logos"*⁶³.

In questo ambito si rimane confinati nel 'fatto', non si accede mai alla giuridicità intesa controfattualmente che non si lascia attraversare da qualsiasi contenuto contingente, ma, ne prende distanza tra-dendo il presente fattualmente vincente per conferire durata ad una direzione giuridicizzata del coesistere che ciascun uomo contribuisce a selezionare con la propria condotta, anche attraverso le controversie 'di senso' esclusive del soggetto che pensa l'istituire il diritto.

3. Diritto come fenomeno e diritto come fatto

Un contesto come quello sopra descritto, in cui lo spegnimento del *logos* (trialità del linguaggio dei parlanti) coincide con l'estinzione del *nomos* (terzietà del diritto degli uomini)⁶⁴, non consente di distinguere

⁶¹ 'I diritti della *senzienza*' non appartengono alla scelta della soggettività, autrice di un "senso istituito", ma si identificano nel "senso trovato" che può essere oggetto di spiegazione scientifica. Cfr., B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, cit., p. 63.

⁶² B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, cit., p. 90.

⁶³ B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista diritto e bio-economia*, cit., p. 92.

⁶⁴ ID., *Scienza giuridica senza giurista il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 143.

tra fatto e diritto. Si registra l'affermarsi di un linguaggio controguridico che ha gli stessi tratti di quello kelseniano, infatti, secondo Romano, la *Grundnorm* o fatto fondamentale, oggi si ripropone sotto le sembianze delle merci presenti nei canali del mercato, che

*"al pari di qualsiasi bene (di mercato), sono prodotte: vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla"*⁶⁵.

Come dimostra lo scenario globale, caratterizzato dalla velocità delle relazioni dove tutto è destinato ad essere consumato, anche le regole diventano una merce di scambio che esige di essere usata e dimenticata, rendendo obsoleta l'istituzione di un testo giuridico simbolo della durata del relazionarsi⁶⁶. Romano critica, a tal proposito, in *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, l'affermarsi di una giuridicità fattuale determinata dal trionfo della tecnica e dal contestuale obliarsi della genesi fenomenologica del diritto attraverso l'analisi della trasmutazione delle 'intenzioni' degli uomini, terreno della ricerca di senso, nelle 'inclinazioni' dal carattere meramente biologico, che assecondano la necessità contingente senza interrogarsi sul senso dell'accadere, confinando l'uomo nella dimensione assoggettante dell'eseguire⁶⁷. La possibilità di incidere creativamente sul diritto posto, presuppone quell'apertura della giuridicità all' 'altrimenti', da intendersi come l'intervallo procurato da un linguaggio evocante e plurisenso che apre il confronto, per Hayek, momento imprescindibile del progresso

⁶⁵ ID., *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, 1986, p. 113.

⁶⁶ Diversa l'impostazione speculativa di Leoni che, se come Romano, accosta metaforicamente il diritto ai beni circolanti tra i canali del mercato, tuttavia auspica la sostituzione delle attuali tecniche legislative, strumentalizzate dalle maggioranze di turno, con modalità attraverso le quali, come nel mercato, tutti i 'consumatori' potrebbero partecipare direttamente e continuamente alla selezione delle 'merci' (leggi) ammesse alla circolazione facendo cadere nell'oblio quelle meno gradite. Gli operatori economici, infatti, *"sanno di dover servire il consumatore, soddisfare la sua volontà, sotto la minaccia di accumulare perdite ed essere costretti a cessare l'attività produttiva"*. Cfr. B. LEONI, *La sovranità del consumatore, cit.*, p. 118.

⁶⁷ B. ROMANO, *Filosofia del diritto, cit.*, p. 158: *"Nessun ordinamento giuridico può essere considerato completo perché ciò vorrebbe dire chiusura verso le possibili ipotesi future data la non anticipabilità della creazione di senso dei parlanti"*.

sociale, in Romano, spazio della ricerca di senso che apre il dirsi dell'uomo su quanto incontra fattualmente, oggi reso secondario da un diffuso "nichilismo vissuto" che identifica l'uomo con le connessioni sinaptiche, con un insieme di processi biologici che lo collocano al pari degli altri enti naturalistici privi di soggettività.

*"Il dialogo ha come autori gli uomini [...] non i neuroni, né le sinapsi, che certo costituiscono la condizione vitale del dialogare, ma non dialogano, né operano nella gratuità del donare accoglienza alla parola"*⁶⁸.

Questa degradazione è dovuta all'abbandono/sostituzione della relazione dialogica come momento costitutivo della forma dell'io mediante il disassoggettamento dell'uno che consente il disassoggettarsi dell'altro nella "reciprocità del darsi rispetto". Nella *new economy*, qualificata da una nuova tipologia di rapporti privi di spazio e di luogo e in cui le regole sono destinate a cambiare rapidamente, non c'è posto per la definizione anassimandrea di giuridico, ripresa e condivisa da Romano⁶⁹. Infatti, alla relazione faccia a faccia si sostituiscono rapporti virtuali che si svolgono in quelli che Augè ha definito "non-luoghi"⁷⁰, altamente rappresentativi della nostra epoca che Hayek identifica nello spazio catallattico in cui milioni di individui entrano in relazione e, perseguendo i propri interessi individuali, collaborano *in-intenzionalmente* al benessere generale.

Romano analizza la distinzione luogo non-luogo di Augè con particolare riferimento al commercio elettronico che si svolge nelle reti telematiche, un "altrove" virtuale che imprigiona l'uomo trasformandolo in un individuo topologico, risultato "di una combinatoria a-soggettiva" di immagini, quelle delle merci che condizionano il navigatore, lo invadono, impedendogli di orientare le proprie intenzioni verso fini scelti. Nel mercato telematico, caratterizzato dal linguaggio dei segni, il momento centrale è costituito dal saldo dei pagamenti che, lungi dal sollecitare riprese di senso, rimangono chiusi agli effetti dissaldanti del linguaggio evocante⁷¹. Si tratta di un procedere in nulla dissimile rispetto a quello dei sistemi biologici in cui le relazioni si aprono e chiudono nel veloce svolgimento delle operazioni vitali impersonali

⁶⁸ *Ivi*, p. 60.

⁶⁹ *Id.*, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, cit., p. 32.

⁷⁰ Il lessico è di M. AUGÈ, *Non luoghi. Introduzione ad un'antropologia sulla surmodernità*, 2005.

⁷¹ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 199.

rimanendo estranee al senso di giustizia, quel debito mai saldabile che "non si chiuderà mai, fin quando ci saranno uomini saranno impegnati ad ipotizzare un senso del futuro"⁷².

4. Logos e nomos: un'antropologia giuridica

La globalizzazione si è rivelata innanzi tutto globalizzazione dei diritti della 'senzienza', capovolgendo la prospettiva antropocentrica che riconosceva priorità all'essenza dell'essere uomo, oggi sostituito da un'entità macchinale. Nel rapporto tra la giuridicità che si va affermando esecutiva del *diktat* del mercato e quella teorizzata da Romano, si ripropone la distinzione tra "la direzione funzionale" e "la direzione fenomenologica del diritto"⁷³. Tuttavia solo in quest'ultimo caso può parlarsi di fenomeno controfattuale, originato dalla coalescenza tra *logos* e *nomos*, cioè dall'incontro intersoggettivo con l'altro stante la consapevolezza della finitudine del proprio sapere che spinge ciascun soggetto in uno spazio terzo espressione della triadicità del *logos*, specificazione in ambito giuridico della terzietà del *nomos*. La relazione comunicativa di riconoscimento è retta dal *logos*, custodito e reso duraturo dal "testo della legge", che rappresenta una selezione dei contenuti oggetto del dialogare. Questo rapportarsi, non avviene con l'uso della violenza, imposizione di sé all'altro (ordine del non giuridico), ma nel rispetto reciproco, in un regime di libertà dialogica (ordine della giuridicità)⁷⁴ che può essere garantita, secondo Hayek, solo dall'assenza di coercizione da parte di un potere totalitario e totalizzante che privi gli individui della capacità di riflessione e di reazione.

Ciò è possibile lasciando spazio all'imprevedibile e all'imprevedibile, al *pathos* che illumina il *nomos* nella scelta di una direzione di senso, mai definitiva ma strutturalmente aperta alle nuove ipotesi di senso che "nel lungo periodo avranno dimostrato di essere migliori di altre".⁷⁵

Hayek, nel descrivere il procedere dell'uomo per tentativi ed errori e la successiva formalizzazione delle prassi consolidate, ripropone la genesi fenomenologica del diritto teorizzata da Romano esponendo in termini diversi il passaggio dalle aspettative cognitive alle aspettative normative. Le prime, definite dal filosofo viennese regolarità di

⁷² ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima, cit.*, p. 16.

⁷³ ID., *La legge del testo. Coalescenza tra logos e nomos, cit.*, p. 48.

⁷⁴ ID., *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001.

⁷⁵ Cfr. F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione, cit.*, pp. 21-49.

comportamento, non riguardano cose presenti al momento, ma appartenenti al futuro, cioè all'ipotetico e al predittivo. La loro funzione principale è quella di anticipare a livello cognitivo quanto accadrà a livello fenomenologico, sulla base di presupposti stabili come le prassi consolidate, che attendono di essere formalizzate. Rappresentano, dunque, l'espressione della mutevolezza del volere non di uno solo o del più forte, ma dalla maggioranza degli individui che compongono la società: sono loro a determinare l'abbandono di certe regolarità a favore di altre più efficaci per la sopravvivenza del gruppo. Il concetto viene riproposto da Romano quando discute dell'uomo come l'unico essere vivente che, attraverso l'uso del linguaggio,

*"può manifestare la possibilità di enunciare una pretesa contro le leggi vigenti: non coincidendo con esse passivamente ma mettendole in discussione"*⁷⁶.

Esercitare la soggettività, infatti, vuol dire prima di tutto distanziarsi e non coincidere con i fatti trovati, avviando una ricerca che viene originata sempre da un 'noi' inteso come spazio del discorrere che non è né mio né suo, dove ciascuno rispetta reciprocamente l'altro.

Se non si tiene presente l'importanza e la pienezza del relazionarsi attraverso il linguaggio discusso, si nega l'ortonomia,

*"il cammino che segnala come l'uomo è lasciato nelle sue stesse mani"*⁷⁷,

espressione di una giuridicità non imposta con violenza, ma condivisa e per questo, alla luce dell'interpretazione filosofica di Hayek, spontaneamente rispettata a prescindere dall'esserci della sanzione⁷⁸.

Con il concetto di ortonomia della relazione giuridica, si descrive la genesi di quelle regole che non sono imposte da chi più-è, ma rappresentano un senso scelto tra le possibili alternative attraverso l'esercizio della soggettività attualmente svuotata dai rapporti di forza.

⁷⁶ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima, cit.*, p. 25.

⁷⁷ Il concetto è stato ripreso dalle 'Lezioni di filosofia del diritto' tenute dal Prof. B. Romano nell'a. a. 2009\2010 presso l'Università 'Sapienza' di Roma.

⁷⁸ L'esistenza del gruppo sociale spontaneo non dipende, infatti, dalla minaccia della sanzione, ma dalla condivisione degli stessi valori che informano la giuridicità. Il diritto kelseniano, invece, avulso dal contesto sociale in cui trova applicazione, vive nel momento in cui è violato attraverso l'applicazione della pena.

Infatti la "*legge del testo*", da intendersi come diritto/relazione giuridica, selezione dei contenuti oggetto del dialogare, non si coappartiene più con "*il testo della legge*", relazione discorsiva, momento costitutivo della giuridicità e formativo della soggettività, perché il diritto è sottratto a coloro che Hayek definisce la 'vera autorità', gli individui, trasformati da potenziali autori in meri esecutori della volontà del più forte, di chi più vive. Solo la relazione di riconoscimento, garantisce che l'altro venga incontrato in una condizione di uguaglianza, a prescindere dalla propria posizione sociale, come Tu, in grado di contribuire all'iscrizione di senso nella realtà in cui esiste-coesiste, che si svolge secondo il movimento dialogico del 'domandare e del rispondere che apre il tempo del futuro'. Il diritto, infatti, è temporalmente ec-statico, incide nel presente attraverso l'opera del Terzo polizista che provvede alla concretizzazione del giudizio giuridico, ma forma il futuro quando acquista i tratti del testo istituito (il passato), reso operante nell'esperienza pratica dal Terzo legislatore attraverso il giudizio giuridico.

5. La 'macchinalizzazione'⁷⁹ del giuridico

Romano afferma che il superamento e l'abbandono della relazione intersoggettiva, come momento costitutivo della giuridicità, ha determinato l'affermarsi di un diritto/tecnico asservito alla contingenza, alla forza di turno

*"che si fa macchina produttrice di norme, senza fini scelti nell'esercizio libero della soggettività"*⁸⁰.

Si tratta di una "*pratica scienziata*" prodotta da soggetti privati definiti anche *management* normativo⁸¹, insomma, da una nuova forma di "*intelligenza giuridica*" che, sfruttando i vuoti di tutela, impone le proprie

⁷⁹ La terminologia è usata da Romano in *Filosofia del diritto, cit.*, p. 25.

⁸⁰ A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003, p. 185.

⁸¹ A tal proposito L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre, cit.*, p. 341 ss., afferma che la produzione del giuridico non è più appannaggio degli Stati ma di soggetti privati che ne strumentalizzano i contenuti trasformandolo in una mera tecnica o tattica di comportamento. Legendre fa risalire questa *praxis* alle tattiche militari delle dittature del XX secolo che già agli inizi del novecento avevano dato luogo ad una progressione normativa ispirata alla attualità contingente.

condizioni. Ne scaturisce una giuridicità privatizzata⁸² attraverso la quale i *marchands de droit*⁸³ assecondano le nuove esigenze sociali in repentino mutamento e in assoluta autonomia rispetto alle istituzioni statali. Metaforicamente questa forma giuridica, come lo 'spazio geografico'⁸⁴, può essere oggetto di conoscenza scientifica rispetto al diritto fenomenologicamente inteso che, come lo 'spazio del paesaggio'⁸⁵, lascia cogliere l'invisibile, il senso più profondo, afferrabile solo attraverso l'arte del comprendere.

Infatti, secondo Romano, così come nessun'opera d'arte potrà mai dirsi compiuta, permanendo sempre aperta alle 'molteplici letture di coloro che, incontrandola, contribuiscono alla 'risignificazione' incessante dei suoi contenuti, nello stesso modo, il testo giuridico, non sarà mai in grado di cogliere le molteplici sfaccettature del linguaggio⁸⁶, plurivoco e polisenso, tanto che le norme possono essere paragonate metaforicamente ad una sineddoche, indizi di una realtà molto più articolata. Secondo Heidegger il diritto non codificato è *transcendens* puro e semplice⁸⁷, in fenomenologia è il non manifestarsi che è senso e fondamento di ciò che esiste, le leggi scritte che rappresentano ciò che appare fenomenicamente e onticamente ma che è pur sempre inizio del non manifestarsi

⁸² In questi anni si tende a privatizzare il diritto situandolo nel registro del 'debito segnico', come se tutte le relazioni potessero essere ridotte ad un *quantum* e come tale, monetizzate. Non si tiene in considerazione che la dimensione esistenziale del diritto è quella del 'debito simbolico', che ha la funzione di custodire l'uomo come forma in formazione nel suo incessante lavoro di differenziazione dal resto della massa.

⁸³ L'avvento delle tecnocrazie, come le multinazionali, incrementando la de-localizzazione\ri-localizzazione del produrre, hanno contribuito a sottrarre il processo di produzione normativa non solo al controllo degli individui, ma anche dei governi, determinando il tramonto dell'agire secondo valori ben consolidati e condivisi, annientati dal dominio della tecnica e dell'utile economico che prima o poi porterà all'indifferentismo etico.

⁸⁴ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima, cit.*, p. 97.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ "È legittimo dire che il linguaggio incatena il pensiero [...] ma è anche vero che (altrimenti) resterebbe prigioniero entro i limiti del possibile senza poter accedere nell'universo nel quale siamo" L. LAVELLE, *La parola e la scrittura*, Venezia, p. 30.

⁸⁷ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 2000, p. 99.

"la differenza tra il non-manifesto è 'senso e fondamento' di ciò che si annuncia, e quest'ultimo che del primo è semplice indizio è detto differenza nomologica"⁸⁸.

A questo proposito, è utile precisare che per 'senso e fondamento', non si intende solo la coerenza logico-formale del sistema giuridico, ma l'insieme di norme istituite dall'uomo per l'uomo. Le 'regolarità di comportamento', di cui discute Hayek, rappresentano il non-manifesto e ripropongono la distinzione di Romano tra leggi dicibili e ripetibili e diritto non esprimibile, non esauribile in nessuna forma chiusa e definitiva. Questo autore discute, infatti, di "differenza nomologica"⁸⁹ tra leggi poste, che determinano la ripetizione del detto, e diritto non scritto, aperto alla ripresa del se stesso nella formazione di senso:⁹⁰ la legge non dice tutto della ripresa, strutturalmente non anticipabile, dimensione che non si esaurisce nella ripetizione di altri saperi, che presupporrebbe una conoscenza integrale. Il diritto come il linguaggio, infatti, ha una dimensione che può essere espressa in enunciati. Ma come nel linguaggio anche nel diritto c'è una dimensione che non può essere tradotta: nel linguaggio il significante e nelle norme il diritto. Questa differenza oggi viene annullata dall'affermarsi di una nuova forma di positivismo giuridico che ha sostituito all'autorità ipostatica di Kelsen e al sistema di Luhmann un uomo topologico, risultato dei luoghi in cui il diritto è determinato dai rapporti di forza: al relazionarsi giuridico nella differenziazione nomologica diritto-norme, si sostituisce il binomio fatti-norme⁹¹ in cui il terzo imparziale e disinteressato si identifica

"con l'operare della prassi stessa che ha successo[...] consistente nel continuarsi momento dopo momento della vita del sistema"⁹².

Per Romano questo procedere nella produzione del diritto non lascia tempo né spazio al dialogo, origine non disponibile della giuridicità, eclissata da una 'macchinalizzazione'⁹³ dei rapporti che rimuove tutti i

⁸⁸ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 148.

⁸⁹ *Ivi*, cit., p. 94.

⁹⁰ *Ivi*, cit., p. 86.

⁹¹ ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 332.

⁹² ID., *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, cit., p. 85.

⁹³ Romano afferma che nel mercato viene a riprodursi quello stato di 'captazione' di cui discute Lacan. Cfr. J. LACAN, *Amleto*, ne "La psicoanalisi",

perché e ogni senso nel *caos* della necessità in cui l'uomo vive in uno stato di indifferenziazione con le cose, gli animali e i vegetali. La complessità attuale, infatti, sottopone la società ad una evoluzione pari a quella degli organismi biologici il cui unico obiettivo è l'autoconservazione.

Trova compimento la premonizione di Descartes⁹⁴ ripresa da La Mettrie quando discute dell'individuo come di una 'macchina pensante'⁹⁵ caratterizzata da

*"una meccanica proiezione di immagini su quel particolare tessuto midollare (il cervello) sul quale gli oggetti dipinti nell'occhio sono proiettati come da una lanterna magica"*⁹⁶.

Questa visione materialistica dell'uomo concepisce la mente come "*macchina nella macchina*", destinata a funzionare, meglio o peggio, in base alla precisione dell'assemblaggio. Partendo da questa impostazione, si può arrivare a ritenere che anche gli esseri viventi privi di linguaggio potrebbero parlare se fossero adeguatamente addestrati a recepire e memorizzare segni e suoni. Ciò presupporrebbe la riduzione della comunicazione ad anonimo transito di informazioni che prescindono da una consapevole scelta dei contenuti. Romano a questo proposito discute di quelle "*informazioni funzionali*"⁹⁷, definite anche *parole vuote*, che servono il flusso delle operazioni sistemiche e svuotano la *parola piena*, rinvianti alla differenziazione dell'uomo nel dirsi-sceglersi mai anticipabile⁹⁸.

L'argomentazione appena esposta, sottopone l'individuo e la società ad una evoluzione pari a quella degli organismi biologici che Romano critica coerentemente alla sua visione fenomenologica del diritto e dell'uomo, il 'chi' dello scegliersi liberamente eccedendo la nuda accettazione dell'accadere.

1989, p. 11. Infatti, così come nei regimi totalitari il partito unico nega il dissenso punendolo, nei rapporti economici chi dispone dei mezzi necessari, servendosi del privilegio acquisito, detta arbitrariamente le regole generando un processo macchinale, senza intervalli o buchi del discorso, che comanda di essere eseguito, l'alternativa è quella di ritrovarsi 'tra gli scarti del sistema'.

⁹⁴ A. PUNZI, *I diritti dell'uomo-macchina*, cit., p. 22.

⁹⁵ *Ivi*, p. 21.

⁹⁶ *Ivi*, p. 27.

⁹⁷ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 103.

⁹⁸ *Id.*, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, cit., p. 299.

Infatti, un uso meramente funzionale del diritto, non misurato dalla sua genesi dialogica, diventa un'arma nelle mani del tecnico delle norme, un funzionario di funzioni che tratta l'individuo alla stregua di una "macchina ben organizzata", "un insieme di molle", che non ha nulla del soggetto di diritto responsabile ed imputabile perché viene rimosso lo spazio costitutivo del se-stesso, la relazione, genesi della giuridicità nonché manifestazione dell'essere più profondo dell'uomo.