

IL TESTO E LA LEGGE*

Bruno Romano

Capitolo I *Logos e nomos*

1. Linguaggio e diritto

Il soggetto del diritto è tale perché è soggetto del linguaggio. Questa tesi è sostenuta nel convincimento che *essere soggetto* vuol dire essere soggetto del linguaggio e vuole chiarire inoltre che il soggetto del linguaggio è tale perché è soggetto di un riconoscimento che si costituisce nella relazione interpersonale, intesa come domanda rivolta agli altri in una progettualità futura.

Secondo questa interpretazione della soggettività, il linguaggio, la relazione e la temporalità si coappartengono, costituendo l'esistenza stessa dell'uomo. Tale tesi viene qui assunta nella convinzione che, a partire dall'unità dei tre elementi menzionati, ci si possa interrogare sulla trasformazione del soggetto del diritto nella società contemporanea, in quanto società complessa e multiculturale. Le prime domande sono: che cosa ne è del linguaggio, della relazione e della temporalità nell'attuale società? In quale modo la loro qualificazione incide sulla formazione e sull'operatività del diritto e del soggetto del diritto?

Attualmente la società si sviluppa sul principio unico del suo funzionamento: è costituita dai diversi complessi di elementi che

* Il saggio è contenuto nel volume: *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, di BRUNO ROMANO, edito nel 1999 per i tipi di Giappichelli. Viene pubblicato per gentile concessione della casa editrice Giappichelli - Torino, © Giappichelli Torino.

individuano molteplici sistemi sociali. Per la teoria dei sistemi¹, ciascun sistema sociale acquista la sua fisionomia, la sua forma, secondo la funzione che lo specifica, analogamente al modo in cui le funzioni specificano i molteplici e diversi sistemi biologici. Già Nietzsche afferma, del resto, che le leggi della morale, del 'sistema morale', sono nient'altro che una 'prospettiva'², che svolge e concretizza una funzione, così come avviene per le altre forme di differenziazioni vitali. In che modo, attualmente, questo si può dire per i sistemi sociali: la politica, l'economia, etc., e dunque anche per il diritto?

Cosa si registra per quella specifica trasformazione del linguaggio, della relazione e del tempo, qualificata da una sorta di servilismo all'attuale società complessa, dunque al servizio dell'emergere di diverse funzioni dei molteplici sistemi sociali e in che modo tutto ciò comporta una trasformazione del diritto e quale tipo di trasformazione per lo stesso soggetto di diritto?

In questo insieme di questioni, ha il suo senso pieno la domanda sulla legge, la testualità giuridica e l'interpretazione. Che cosa si può intendere con il termine *testo*, con attenzione alla società complessa, dove le *intenzioni* dei soggetti diventano le *tensioni*³ corrispondenti ai diversi generi di discorso, che identificano i vari sistemi sociali?

Le considerazioni che si susseguono comportano la domanda sullo spazio per un'elaborazione specifica delle questioni giuridiche, quell'elaborazione individuata con ciò che si intende dire mediante l'espressione *filosofia del diritto*.

Il lavoro della filosofia del diritto viene qui colto nel porre le questioni che sono da ricondurre alla considerazione che *il diritto sorge come ipotesi di norme per ipotesi di condotte*, intendendo con ciò che la formazione e l'incidenza del diritto non sono di certo entità naturalistiche, già date alla conoscenza e all'esecuzione degli uomini; il diritto sorge con la formazione delle ipotesi di leggi e dunque presenta l'insieme delle questioni, che nella coesistenza sono legate all'opera esclusivamente umana di ipotizzare e istituire ciò che si ipotizza. Un'ipotesi è all'inizio della formazione delle condotte umane, così come è all'inizio della formazione di un diritto storico che disciplina tali condotte; però, sia la condotta, sia il diritto si costituiscono, in quanto tali, nell'ambito del testo dove l'ipotesi si presenta nel linguaggio e nella temporalizzazione. Proprio nel rapporto interpersonale – dunque nel

¹ Cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, Bologna, 1991.

² Cfr. F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza*, Milano, 1996, p. 147 ss.

³ Cfr. J.F. LYOTARD, *Il dissidio*, Milano, 1985, p. 173.

formarsi e nell'incidere del *testo* – sorgono le questioni che esigono la presenza del *diritto* ed il lavoro della *filosofia del diritto*.

Il diritto si mostra nella sua essenzialità proprio perché nel *testo* delle domande, si aprono le opposte possibilità di ricevere e *ratificare* oppure di non ricevere e *rifiutare*, così come è stato formulato dal soggetto al quale appartiene. Il diritto sorge proprio in quanto il *soggetto del diritto* si radica nel *soggetto del linguaggio* ed opera con riferimento al *testo*, che si mostra, in ciò che lo costituisce, in una duplice, connessa direzione:

- come *testo della domanda-aspettativa* di condotte degli altri, ai quali la parola è comunicata e

- come *testo delle regole* delle controversie che sorgono a partire dalla domanda, poiché la condizione di penuria nella coesistenza⁴ situa l'esito della domanda nell'ordine della conflittualità: non tutti possono realizzare una concretizzazione certa dei loro desideri.

Le due dimensioni del *testo* sono l'una con-costitutiva dell'altra e sollecitano l'interpretazione della tesi: *'la legge del testo è il testo della legge'*, ritenuta preparatoria per cogliere la condizione del diritto nella società contemporanea.

Si specificano le seguenti considerazioni:

- la soggettività di ciascun uomo si forma nella struttura relazionale del linguaggio, inteso non come uno strumento per perseguire qualcosa e raggiungerla, ma come continua formazione dell'uomo, nell'essenzialità della relazione comunicativa con gli altri;

- l'uomo è soggetto in quanto è parlante ed è parlante in quanto è nel discorso-linguaggio con gli altri uomini, in una relazione che non rimane destinata alla distruttività della lotta.

La chiarificazione di ciò che si intende con *testo* può essere intrapresa mediante la discussione del linguaggio, da compiersi attraverso l'analisi del nesso che unisce appunto linguaggio, diritto e temporalità. Questo itinerario è percorso qui con riferimento alle analisi di Heidegger sulla dimensione temporale del presente, che costituisce il punto di partenza per discutere la questione del tempo, considerando che la connessione tra il tempo e la questione del senso alimenta ciò che si comunica con il termine *testo*.

Quanto al presente, Heidegger sostiene che esso è incontrato dall'uomo per essere superato; *"il presente non è forse così disperato*

⁴ Cfr. J.P. SARTRE, *Critica della ragione dialettica*, I, Milano, 1963, pp. 249 ss.

che, alla fine, vale la pena di fuggire da esso, di fuggire veramente per non soccombergli del tutto ...?"⁵.

Questo brano sulla dimensione temporale del presente deve essere messo in connessione con l'interpretazione che Heidegger dà del senso; al riguardo afferma: "*ciò che viene compreso non è mai, esso stesso, senso; noi non comprendiamo qualcosa in quanto senso, ma sempre solo qualcosa 'nel senso di' ... Il senso non è mai il tema del comprendere*"⁶, ma – si può affermare – il comprendere si apre nel/per il futuro.

L'analisi di queste due tesi di Heidegger sul *presente* e sul *senso* propone un legame che consiste in questo: il presente non può essere costituito come termine di un rapporto, perché, non appena ci si vuole mettere in rapporto con il presente, il tentativo di rapportarsi si mostra già come rapporto con un passato, con un essere-stato di quel presente; analogamente quando ci si interroga sul senso e si vuole, in qualche modo, esprimere quel senso che si ritiene di poter conoscere, ci si sente immediatamente esposti alla impossibilità di entrare in rapporto con il senso conoscibile-enunciato. Il senso viene, infatti, incontrato esclusivamente nella direzione del *nel senso di*, ovvero in una direzione che sposta il conoscere e l'enunciare il senso, verso una formazione di senso in un qualche cosa che non è confinabile nell'ordine della semplice conoscenza come ripetizione, ma appartiene al registro dell'ipotizzare il futuro, di ciò che impegna il soggetto; l'impegno per il senso può riguardare solo il futuro.

L'affermazione di Heidegger sul presente, ritenuto insopportabile, capace di costringere i singoli e, si può ora dire, gli stessi sistemi sociali a soccombere e perdersi nella stasi-ripetizione, invita a chiarire il perché di questa interpretazione. Si può cogliere ed esplicitare un tale *perché* considerando che il senso è strutturalmente rinvitante, è nella direzione del futuro, non si identifica né nella dimensione del passato e neppure in quella del presente. Il presente, proprio per essere, nella sua chiusura, povero di senso, conduce ogni uomo, che si esaurisce in esso, a perdere il suo se stesso. In questa direzione, il presente è una dimensione temporale che ciascun uomo può considerare positivamente solo per quanto lo sollecita al futuro; nella condizione in cui si è presi integralmente nel presente, si è privati di senso, proprio perché si esegue quella determinata memoria dove si è ora; non si ha la

⁵ M. HEIDEGGER, *L'essenza della verità*, Milano, 1997, p. 32.

⁶ *Ivi*, p. 40.

dimensione di una memoria aperta, destinata alla formazione originale del futuro.

Queste considerazioni di Heidegger sul tempo dell'uomo sono possibili in quanto l'uomo è esposto al rapporto con ciò che lo circonda; anche gli animali sono sempre in rapporto con ciò che li circonda, però non hanno mai un loro *rapportarsi al rapporto*, non si trovano esposti, né ec-sistenti davanti alla questione della verità, che impegna l'uomo nel progettare ciò che non c'è, il futuro originale, in quanto creazione di senso. Gli uomini sono esposti alla questione della verità e la pongono nell'opera del linguaggio, situandola nella formazione e nella durata di un *testo*, ove la verità permane attraversata dagli effetti inevitabili del linguaggio stesso, che forma il testo. La struttura del testo è tale che la verità, in esso espressa, riceve l'attraversamento della possibilità, aperta alla formazione del futuro. *La questione della verità impegna il soggetto perché lo espone alla possibilità, alla formazione intersoggettiva del futuro.*

L'uomo esiste il suo rapportarsi a ciò che è nel testo per ciò che nel testo non c'è, appunto per la formazione possibile del futuro, secondo una creazione di senso; il non-umano vive, invece, per ciò che già c'è nelle leggi della sua vita, che non sono istituite con/in un *testo*, e che pre-determinano ciò che viene dopo; il futuro sorge solo con una nuova formazione di senso, una creazione di senso, estranea agli animali. Nel momento centrale della vita del diritto, che è il momento del giudizio, il riferimento alla *legge* giuridica, in quanto *testo*, è anche il riferimento a ciò che in essa non c'è, al giudizio appunto, che non è contenuto in nessuna legge, pur trovando la ragione giuridica della sua legittimazione solo nella legge e nel suo testo. In questa prospettiva, si chiarisce perché nulla può liberare il giudice, la figura del terzo-Altro, dalla sua responsabilità, creativa di senso, quanto al giudizio.

2. Filosofia, scienza ed ideologia del diritto

Considerando che il *testo* è nell'unità di linguaggio, relazione e temporalità ed analizzando la trasformazione di questo nesso nell'attuale società complessa, la filosofia del diritto si presenta come un'opera diversa da quelle proprie della scienza del diritto e dell'ideologia del diritto.

La filosofia del diritto non è destinata alla sistemazione del diritto nelle forme della scienza, di una teoria o dottrina del diritto, di una qualche costruzione dogmatica; non è neppure destinata alla concretizzazione di una particolare visione del diritto, né ad una

traduzione in pratica di una ideologia; la questione del *testo* e della *legge* si lascia trattare nella sua radicalità esclusivamente attraverso le domande filosofiche che mettono in discussione i passaggi implicati nell'interpretazione di ciò che dice il termine *testo*, ovvero attraverso gli interrogativi sul linguaggio, la relazione, le regole, la terzietà, le memorie. Questi interrogativi non appartengono né alla scienza, né all'ideologia, perché si formano nella direzione temporale del futuro, che non è oggetto di sperimentazione scientifica, né di elaborazione ideologica; il futuro è ciò che non c'è e solo per questo può impegnare la libertà, che si forma nella dimensione creativa del linguaggio, presentandosi in un *testo* che dura nell'apertura all'*altrimenti*.

Il compito specifico della filosofia del diritto consiste, soprattutto oggi, nel tenere aperta la questione sul diritto muovendo dalla questione sull'uomo, in quanto questione sul trovarsi dell'uomo nella formazione e nell'incidenza di un *testo*; per struttura il testo è sempre sospeso su rapporti non pre-determinati, non definiti dalla necessità o dati dall'occasionalità, ma aperti dall'esistenza dell'uomo nell'esercizio della possibilità; l'uomo è consegnato ad essere esposto all'ipotizzare: *il linguaggio dura in un testo ed ogni testo è un'ipotesi*. Attualmente, questo terreno ha la sua qualificazione storica nella società complessa, centrata solo sul suo stesso funzionamento.

L'irriducibilità della *filosofia* del diritto ad una *scienza* del diritto oppure ad un'*ideologia* del diritto, il suo tenersi aperta nella domanda sulla qualificazione delle regole della relazione tra gli uomini, presenta questo lavoro filosofico come orientato alla verità del diritto, intendendo, con quest'ultima espressione, il *senso della verità*, non confinabile nelle regole *logiche* dell'enunciazione. Neppure quanto al diritto, si può sostenere che la ricerca della verità sia una ricerca situata all'interno di una retta costruzione logica delle proposizioni enunciate, proprio perché, come si vedrà più compiutamente, la questione della verità non nasce come successiva alla strumentazione logica, usata nella proposizione, anzi la forma. Nel *testo*, la questione del senso non è mai confinabile in una logica *intraproposizionale*, ma ha la sua specifica dimensione nell'ordine *extra-proposizionale*.

Certamente le questioni della logica interessano il linguaggio, avendo presente, però, che il linguaggio ed il pensiero sono le modalità più iniziali e differenzianti di essere uomo. Il linguaggio è il pensiero stesso; entrambi sono strutturati in modo da manifestare la differenziazione che individua l'essere uomo. Con questo si vuole dire che il linguaggio e il pensiero si attraversano in un luogo esclusivo dell'essere uomo, che è

quello della continua, sempre ripresa, formazione del se stesso, della *soggettività come disassoggettamento intersoggettivo*.

Il linguaggio è il pensiero⁷, inteso come la formazione di un *altrimenti*, rispetto a ciò ove ci si trova ad essere; proprio in questo *altrimenti* c'è l'attività di formazione e di concretizzazione di una ipotesi, che, a sua volta, sorge sempre e solo nella relazionalità comunicativa, ove si comunica nel medio costituito dal testo, parlato e/o scritto. La distinzione tra il linguaggio ed il pensiero consiste esclusivamente nel modo in cui si ha la loro presenza; il pensiero può formarsi o essere ripreso nella memoria, senza che questo comporti un'esposizione all'accoglienza e all'interpretazione.

Questi elementi possono servire per affermare che il linguaggio ed il pensiero costituiscono e manifestano la differenziazione specifica dell'uomo e si distinguono esclusivamente per il modo del loro potere essere, o meno, destinati a venire accolti ed interpretati dagli altri. *Il testo costituisce ciò che si forma e ha una sua durata nell'esporsi del linguaggio al discorso degli altri.*

Heidegger considera che *"una filosofia del linguaggio può essere pensata se viene distinta da una filosofia della religione, da una filosofia della storia, da una filosofia dello stato, da una filosofia del diritto, da una filosofia dell'arte, etc."*⁸. In tutte queste diverse filosofie si presuppone uno specifico terreno indagato che possa essere stato definito e distinto rispetto agli altri terreni vicini; la considerazione interessa Heidegger per porre in questione se il linguaggio possa essere un terreno confinabile rispetto ad altri terreni ove si presenta l'essere dell'uomo. Il linguaggio non è, però, un sistema accanto ad altri sistemi, ma è costitutivo dell'uomo in quanto tale e, proprio per questo, si distingue da ogni altro sistema confinabile; si deve anzi dire che tutti gli altri sistemi possono appartenere all'uomo esclusivamente perché l'uomo esercita il linguaggio, che, pertanto, non è oggetto della filosofia del linguaggio – come di qualche filosofia regionale – ma è il terreno della filosofia nella sua essenzialità.

Si afferma così allo stesso tempo che il linguaggio non è uno strumento per comunicare, né un mezzo per comprendere, ossia il linguaggio non è al servizio di qualcosa, ma è all'inizio di tutto ciò che appartiene alla specificità dell'essere uomo, nella sua differenziazione, rispetto all'intero ordine del non-umano. Il linguaggio costituisce il presentarsi stesso dell'uomo e non si esaurisce nel momento puntistico

⁷ Cfr. M. HEIDEGGER, *Logica e linguaggio*, Milano, 2008, p. 32 ss.

⁸ *Ivi*, p. 23.

della sua apparizione, anzi è tale proprio perché dura nel tempo ed il medio del suo formarsi e durare è il *testo*, che si mostra come la presenza stessa del linguaggio.

3. L'uomo, il linguaggio e il testo

Si viene così a configurare un processo circolare: il linguaggio si chiarisce nel suo specificare l'essere dell'uomo, nel differenziarlo da ogni altra modalità di essere, e però simultaneamente si lascia descrivere solo a partire dall'essere dell'uomo; dunque non si può descrivere e comprendere il linguaggio se non si descrive e si comprende l'uomo, il che esige un riferimento essenziale al linguaggio, una sua *chiarificazione esistenziale*. Il luogo di questo processo circolare non è però un momento del linguaggio, slegato dagli altri momenti, ma è il linguaggio che permane nel *testo*, ovvero è il *testo* in quanto in esso si dà la possibilità che la comunicazione abbia il tempo dei soggetti, il durare nell'unità di passato, presente e futuro.

Si ha così che la domanda sul linguaggio è la domanda sull'uomo, come la domanda sull'uomo è la domanda sul linguaggio; Heidegger⁹ specifica, però, che la qualità di questa domanda circolare, interessando l'uomo, non è quella di una domanda su che cosa è l'uomo, poiché una tale domanda sarebbe in modo indifferenziato riferibile a qualsiasi cosa, domandando appunto: *che cosa è?* L'uomo è invece avvicicabile solo con una domanda che lo incontri diversamente dalle cose e dunque non chieda *che cosa è*, ma chieda *come è* e specifichi poi questo *come* domandando proprio *chi è* l'uomo.

Le domande sul linguaggio sono orientate alla chiarificazione della logica, proprio perché la logica si trova esclusivamente nel linguaggio; tali domande sul linguaggio e sulla logica sono le domande stesse sull'uomo e lo sono in quanto domande che chiedono non tanto *che cosa* oppure *come è* l'uomo, ma si volgono a chiarire il modo di essere dell'uomo, in quanto modo di essere di un *chi*, autore, soggetto. Pertanto, la chiarificazione filosofica della logica può avere un senso se si tratta non della logica del *che cosa è*, né della logica del *come è*, ma della logica del *chi è*, il soggetto.

La circolarità di questa domanda si qualifica appunto in questo: l'uomo è tale perché si manifesta nella coappartenenza di linguaggio e pensiero nella logica, ma questi due ambiti – il linguaggio e il pensiero – non sono dati e trattati come due oggetti dell'attività scientifica; non

⁹ Cfr. *ivi*, p. 51 ss.

possono essere trattati scientificamente, rimangono sempre nel lavoro filosofico come in quella domanda che non può essere sperimentata, come avviene invece nel caso della scienza. Non esiste un laboratorio per le verifiche della sperimentazione sul linguaggio e sul pensiero, perché queste due dimensioni non si lasciano ripetere, essendo attraversate dal se stesso, non ripetibile in alcuna oggettivazione.

Il modo in cui ciascun uomo si domanda sul suo essere uomo certo dipende anche dalla maniera in cui egli ha a che fare con se stesso: nella quotidianità dell'esistenza, ciascuno ha a che fare con se stesso perlopiù a partire da modi del suo essere confuso con le cose e con gli altri viventi non umani. Queste stesse modalità del comprendersi – a partire dal disperdersi nell'essersi compreso secondo il modo di comprendere le cose ed il non-umano in genere – sono pur sempre dei modi di essere un se stesso, anche se si qualificano come forme negative. Nelle modalità negative del comprendersi, si disperde la connessione tra linguaggio, relazione e tempo, così come è richiesto attualmente dalla società complessa¹⁰.

Nel tentativo di comprendere l'uomo a partire dall'esistenza nel linguaggio con gli altri, può accadere che si ritenga di poter definire l'uomo secondo il luogo e il tempo in cui si è trovato ad essere assieme ad altri uomini. Queste definizioni, però, pretendono di esprimersi sull'uomo, così come ci si può esprimere sulle cose e sugli altri viventi, ovvero muovendo dal *luogo* ove ci si trova o dal *tempo* in cui si vive. Appartiene, invece, in modo specifico all'uomo ciò che gli si può riferire come una sua *ipotesi*, del suo *chi unico* che esige riconoscimento.

L'esclusione si compie come negazione del riconoscimento – luogo della coalescenza di *logos* e *nomos*, ove si con-costituisce il testo, nella sua unità-duplicità di testo (trialità del *logos*) formato secondo le regole della relazione discorsiva e di testo (terzietà del *nomos*) contenente le regole della selezione tra aspettative normative e aspettative cognitive (attività del terzo legislatore) e della concretizzazione di tale selezione nel relazionarsi dei soggetti, nei diversi ordini-sistemi della coesistenza (attività del terzo giudice, eseguita dal terzo polizia).

Così descritta, la coalescenza di *logos* e *nomos* afferma, nella reciprocità circolare ed a-gerarchica di *nomos* e *logos*, che non c'è testo – formato e custodito nella relazionalità discorsiva (*logos*) ove i soggetti pongono in parole la relazione – senza la trialità che ne alimenta la formazione; e che non c'è testo se non c'è legge giuridica (*nomos*), ove la trialità opera ed incide come terzietà, mostrando che la trialità è

¹⁰ Cfr. il mio *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998, pp. 15 ss.

custodita dalla terzietà, così come la terzietà è retta dalla trialtà; su questo cerchio sorgono le regole per selezionare ed applicare i contenuti normativi delle relazioni umane, istituite come relazioni giuridiche, in quanto qualificate dalla reciprocità del riconoscimento, incondizionato ed universale, e non dall'esclusione.

Il superamento della dualità nella trialtà-terzietà, ove reciprocamente si alimentano *logos* e *nomos*, costituisce il testo, sia come la storia, il luogo – nuovo, durevole ed aperto – della materia lavorata/scritta, ove ciascuno entra creativamente con il noi-triale della relazione discorsiva, sia come la legge, che si specifica come legge giuridica, per la trialtà discorsiva che incide come terzietà nel selezionare le aspettative normative, istituendole come aspettative cognitive, nelle tre figure della terzietà giuridica. Si manifesta così che la tesi 'la legge del testo è il testo della legge', è riferibile essenzialmente al registro del diritto dell'uomo.

Una terzietà (*nomos*) senza trialtà (*logos*) si nega nella prassi di un terzo numerico, di un cosiddetto terzo del diritto che si esaurisce nell'espressione del potere di un qualche essere-più fattuale; una trialtà senza terzietà si nega nello scadere del linguaggio in una successione di operazioni foniche o segniche, estranee all'istituire il testo della relazionalità discorsiva.

Il linguaggio si costituisce come un sistema? Si trova nella catena degli altri sistemi? Secondo l'architettura e lo schema di funzionamento di ogni sistema, proposti dalla teoria dei sistemi, il linguaggio è, come ogni altro sistema, costituito da un codice binario di funzionamento? Questo codice è indifferente rispetto ai materiali che tratta ed è attivato dai programmi condizionali degli altri sistemi, così che saranno il sistema dell'economia, quello della politica, del diritto, etc., i sistemi che forniranno, producendo i loro programmi condizionali, la selezione dei contenuti da iscrivere in tale codice? Se fosse così, il linguaggio non apparterebbe a nessun esercizio della soggettività di un singolo parlante o di un gruppo di parlanti, ma sarebbe semplicemente lo strumento della circolazione dei prodotti degli altri sistemi, dei loro programmi condizionali. In una tale situazione, il diritto, il *testo* della legge, sarebbe pur sempre l'introduzione della controfattualità, ma in una contraddizione così descrivibile: una tale *controfattualità* sarebbe ciò che viene imposto da *una* condizione della *fattualità*, quella che, in un tempo determinato, risulta dai nessi tra i diversi sistemi.

Permanendo nella domanda 'il linguaggio è un sistema?' si potrebbe indicare come codice di tale sistema quello costituito dai due poli in opposizione: dicibile oppure non-dicibile; i materiali, che sarebbero da

ascrivere al polo del dicibile oppure al polo del non-dicibile, non sarebbero stati selezionati dall'uomo in quanto soggetto nella relazione triale discorsiva, ma sarebbero stati prodotti dagli altri sistemi, per venire posti nel 'sistema linguaggio' ed essere fatti circolare, come in un loro apparato strumentale. Secondo questa descrizione di una visione sistemica del linguaggio, si avrebbe che: non sono io che ho questa definita *intenzione* di dire, ma sono delle *tensioni* che acquistano la forma ed il contenuto del linguaggio e così 'parlano' in me e circolano nell'essere-insieme degli uomini. Proprio in questa direzione si può leggere in Lyotard che nel linguaggio non ci sono appunto delle *intenzioni* di soggetti, ma delle *tensioni* di determinati generi di discorso¹¹.

Si deve dunque chiarire che il linguaggio non è certo un sistema, posto ed operante senza alcuna gerarchia nella catena dei diversi sistemi sociali; il linguaggio è il modo di essere proprio degli uomini, nella loro differenziazione ed, in quanto tale, è nel nesso che unisce il *testo* e la *legge*. Dunque:

- una *legge* è tale perché è un testo, ovvero è posta mediante la ripresa della struttura intersoggettivo-triale della formazione discorsiva del testo: la terzietà è la ripresa della trialità;

- un *testo* è tale perché è posto secondo la struttura della legge che, in quanto terzietà, regola le relazioni tra gli uomini, nel riconoscimento di ogni uomo, chiamato a dirsi nel dire: la trialità dura ed è custodita dalla terzietà;

- le *regole del linguaggio* sono il diritto degli uomini, tenendo presente che il testo non è un fatto e che il diritto è il superamento della fattualità¹².

Le regole di formazione del *testo* sono le regole dell'intersoggettività discorsiva nella sua strutturazione triale; in quanto tali, non sono ancora le regole del diritto positivo, ma lo diventano successivamente al loro essere state istituite, secondo il processo dell'istituire che, però, è strutturato esso stesso come la relazione triale discorsiva.

Si vuole dire che le *regole della relazione discorsiva* si danno già nel darsi stesso di una relazione tra soggetti che sia pienamente discorsiva, che si formi e si mantenga cioè nella reciprocità del domandare e del rispondere, senza cadere nella fattualità del comando unidirezionale di chi vuole assoggettare a sé il destinatario della sua parola. Le *regole della relazione giuridica* si danno, invece, quando sono state istituite.

¹¹ Cfr. J.-F. LYOTARD, *Il dissidio*, cit., p. 164 ss.

¹² Cfr. G.W.F. HEGEL, *Filosofia dello spirito jenesse*, Bari, 1984, p. 86 ss.

Le *regole per la formazione del testo*, ovvero le regole dell'intersoggettività discorsiva non hanno una storia che ne segni una loro diversa modalità di essere, con diversi contenuti, nelle diverse epoche. Le *regole del diritto* hanno invece una loro qualificazione storica, che ne differenzia gli stessi contenuti, secondo il diverso loro alimentarsi alle epoche storiche, ove nascono ed ove si applicano, ove sono istituite (terzo legislatore) ed amministrare (terzo giudice, terzo polizia).

Il testo, in quanto opera della relazione discorsiva, c'è se dura e dura se diviene una forma che entra nel mondo. Una forma, però, è tale perché confina altre forme ed è da esse confinata; il testo pertanto entra nel mondo se dura e dura come una relazione discorsiva se diviene anche il testo delle norme, che regolano il passaggio e la selezione di *aspettative cognitive, relative alle forme trovate, in aspettative normative, le forme istituite*; ovvero il *testo* dura se viene istituito *anche* come 'testo della legge', così che è istituito il possibile esercizio della pretesa quanto al durare del testo delle forme istituite: la pretesa è giuridica perché è rivolta al terzo-Altro, nell'essere riferita all'altro. Nel sostenere che il testo dura se viene *anche* istituito come testo della legge, questo *anche* è essenziale e ripropone la coalescenza di *nomos* e *logos*, espressa nella tesi 'la legge del testo è il testo della legge'.

Si danno forme che sono strumentali, funzionano cioè come mezzo per il perseguimento di altre forme e ci sono delle forme che invece sono da assumere come tali, nel loro essere irriducibili ad operare come mezzi rispetto ad altre forme. Ci sono dunque *forme funzionali* e *forme essenziali*; nelle prime, le regole e ciò che viene regolato non costituiscono una unità; le forme essenziali sono date invece proprio da questa non scindibile unità di regola e regolato.

La forma essenziale è quella che non può essere oggetto di trasformazione funzionale all'incidere di un'altra forma, ma costituisce anzi la misura quanto all'incidere delle altre forme. Così, ad esempio, la forma 'comunicazione tra soggetti parlanti' non può essere trasformata dalla forma propria dell'informazione tra viventi; né *l'ordine simbolico* può essere trattato ed usato dalle forme dell'*ordine reale*, perché la forma dell'ordine simbolico è per se stessa (unità di regola e regolato), mentre le forme nell'ordine del reale sono ciascuna in e per un'altra forma (non-unità di regola e regolato).

Il *primo* ordine della relazionalità – il reale – è costituito dal rapporto in cui ci si trova, coincidendo con la fattualità che ci circonda; è l'ambiente in cui di fatto si coesiste, senza l'opera di ripresa di una scelta differenziante, che istituisce una forma nuova della relazionalità.

Il *secondo* ordine è quello che si costituisce non appena si lascia questa condizione di indistinzione con l'ambiente ove ci si è trovati, per situare l'intera relazione nella reciprocità triale Io-Tu, così che ciascun altro è un Tu per ogni Io e lo è in una relazione che si svolge nella regola del terzo-Altro. Questo secondo ordine-anello presenta già gli elementi propri del relazionare a sé una relazione-con; la relazione fattuale che si dà con il primo anello viene qui relazionata ad un singolo, parlante nel discorso con gli altri, così da avviare il suo costituirsi come soggetto, come se stesso, *chi* della sua parola-ipotesi.

Nel *terzo* ordine – quello dell'immaginario – si ha una condizione dell'io in relazione con l'altro che viene staticizzata in un momento definito del suo darsi, in un'immagine che si riproduce ricorsivamente senza l'attivarsi della ripresa.

Capitolo II Diritto e controfattualità

1. Gli elementi costitutivi del diritto

Istituire la legge vuol dire prendere atto che, con riferimento ad una determinata situazione, la legge non c'è e che – quanto a detta situazione – non c'è neppure un'unica legge possibile; ciò comporta avere la consapevolezza che l'istituire una legge è compiere un'ipotesi e che, però, una tale ipotesi non può avere, come contenuto, qualsiasi contenuto. Istituire è ipotizzare; per l'istituzione di una legge e quindi per la formazione dell'ipotesi che vi si riferisce, vale il principio 'la legge del testo è il testo della legge', che presenta la connessione di *logos* (trialità) e *nomos* (terzietà) nel sorgere e nell'incidere dell'ordine del simbolico, distinto dall'ordine del reale.

Innanzitutto si deve tenere come originariamente essenziale che il diritto c'è se c'è un rapporto tra due soggetti, poiché non esiste un diritto del singolo in una condizione di assoluto isolamento dagli altri; io non ho un diritto su me stesso, che non sia tale perché ci sono gli altri. Un primo elemento del diritto si mostra pertanto essere quello di un *rapporto intersoggettivo*; questo primo elemento ne mostra subito un secondo: il darsi dell'esercizio possibile di una *pretesa* verso l'altro soggetto, che svela un altro elemento essenziale, quello della figura della *terzietà* del diritto, come dimensione costitutiva della giuridicità; la *pretesa* giuridica è infatti tale perché è esercitata con il presentarla all'Altro-terzo.

Si può allora dire, in sintesi, che c'è diritto quando c'è

- un *rapporto* tra soggetti e quando questo rapporto ha al suo interno l'esercizio possibile di
- una *pretesa* di un soggetto verso un altro, che viene avanzata davanti ad un terzo-Altro, che è
- la figura specifica della *terzietà* del diritto.

Questi tre elementi più iniziali del diritto, specifici della sua differenziazione rispetto agli altri fenomeni della vita relazionale, sono elementi reali di un diritto storico, istituito in un *testo*; appartengono ad un diritto positivo, *istituito*, una volta compiuta la distinzione tra aspettative cognitive e aspettative normative. Ha, pertanto, senso parlare di diritto e dei tre elementi più iniziali che lo costituiscono, quando si è già in presenza dell'avvenuta differenziazione tra aspettative cognitive e aspettative normative e quando ci si riferisce in modo

specifico ai contenuti delle aspettative normative. La selezione delle aspettative normative, distinte dall'ordine delle semplici aspettative cognitive, costituisce sia il momento genetico del diritto, sia la regola della sua concretizzazione, riaffermando che *genesì e regola di svolgimento di un fenomeno, qui del diritto, si svolgono come due dimensioni tenute in un'unità che si concretizza nel tempo.*

Prima della differenziazione tra aspettative cognitive e aspettative normative, il futuro di ciascun singolo uomo è lasciato nell'ordine del semplice 'stare a vedere', della constatazione se un progetto trova oppure non trova una qualche concretizzazione nel mondo dove si esiste assieme agli altri. L'elemento della pretesa giuridica è un elemento, come si è già accennato, esclusivo del diritto ed è tale da poter essere esercitato solo a partire dall'avvenuta distinzione delle aspettative normative dalle aspettative cognitive: la pretesa è situata nell'ordine delle aspettative normative e, pertanto, esclusivamente con riferimento a ciò che è stato *istituito* come contenuto di norme giuridiche, amministrato dal *terzo giudice*, nel suo essere una delle tre figure della terzietà giuridica, assieme al *terzo legislatore* ed al *terzo polizia*.

Non ha alcun senso voler situare nell'ordine delle aspettative normative e quindi dell'esercizio della pretesa giuridica quanto è, invece, proprio di un rapporto che rimane esclusivamente affettivo, economico, etc. Io posso *pretendere* esclusivamente all'interno di una relazione giuridica; posso pretendere dall'altro rivolgendogli la mia pretesa ad un terzo-Altro, che non è riducibile né a me né all'altro. Non ha alcun senso pretendere l'amicizia, l'amore, etc., né pretendere da me stesso, rivolgendosi ad un terzo imparziale e disinteressato.

Già la descrizione di questi primi elementi del diritto – la relazione, la pretesa e la terzietà – mostra che il diritto si dà esclusivamente nell'esistenza degli uomini ed è estraneo ai rapporti che interessano gli animali o le cose, dove la figura della terzietà-terzietà è assente e dove di conseguenza è assente un diritto positivo, che si produce con l'istituire in un *testo* una differenziazione tra aspettative cognitive e aspettative normative.

Nella costruzione di Kojève¹³, ogni riferimento al diritto è un riferimento ad una relazione tra gli uomini, che certamente è una relazione ove non si danno meno di due agenti, né più di due agenti. Sostenendo questo, Kojève lascia intendere che la relazione giuridica è sempre una relazione *duale*, che si svolge nel medio del terzo e quindi è

¹³ Cfr. A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1986, p. 181 ss.

una relazione strutturalmente *triale*, perché le parti sono due ma il loro relazionarsi avviene con e nel terzo. C'è sempre una parte in conflitto con un'altra ed in tale conflitto *giuridico* c'è sempre il rinvio all'opera del terzo.

Ciascuna parte presenta una sua ragione, così che la controversia si mostra come la controversia tra due *ragioni*, pur considerando che, trattandosi di una controversia giuridica, si avrà il rinvio indispensabile ad una ragione terza, che esprimerà il suo giudizio sulle due ragioni in esame e lo esprimerà secondo un ordine di considerazioni che non è quello della ragione dell'una o dell'altra parte in conflitto, ma è il luogo terzo della *ragione giuridica*, la ragione del terzo imparziale e disinteressato. Come si è indicato, ogni volta, la controversia sarà presentata e considerata come controversia tra due parti, tra non meno di due parti e tra non più di due parti. I soggetti che danno vita ad una controversia, sottoposta al giudizio del terzo giudice, possono certamente essere più di due, ma, volta per volta, il giudizio è tra la ragione di una parte e la ragione di un'altra parte, dunque, volta per volta, interessa solo due parti, che, datosi il giudizio, diventano una parte che ha ricevuto 'un no' ed una parte che ha ricevuto 'un sì'; una di queste due parti potrà entrare in conflitto con un'altra parte, così da ricostituire ancora una volta la dualità delle parti, essenziale alla controversia giuridica. Questo è ciò che si può dire leggendo le affermazioni di Kojève, ove si sostiene che il diritto si presenta quando si danno non meno di due parti in un'interazione sottoposta al giudizio del terzo. In questa considerazione è implicita la tesi che non c'è alcun diritto del singolo su se stesso.

Oltre Kojève, si può considerare che la possibilità del darsi del diritto con riferimento ad un singolo uomo è esclusa, perché il darsi di un *soggetto di diritto* esige il darsi di un *soggetto* e perché al darsi di un soggetto è essenziale che si dia la *relazione tra i soggetti*. Questo è peraltro il senso della tesi principale di Buber, ove si afferma che, quanto all'essere di ogni singolo uomo, "*all'inizio vi è la relazione*"¹⁴.

Questo riferimento alla tesi di Buber, appena ricordata, esige che vengano discusse criticamente le affermazioni di Kojève sulla connessione tra diritto, relazione duale e relazione triale. Kojève sostiene infatti, che, nel considerare la specificità del fenomeno diritto, "*l'ipotesi di un unico agente è esclusa dal semplice fatto che la definizione esige l'intervento di un terzo C: se c'è un terzo, bisogna che*

¹⁴ M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo, 1997, p. 71.

prima di lui si dia un primo e un secondo"¹⁵. In questa affermazione di Kojève si sostiene, pertanto, che c'è diritto se c'è la relazione giuridica e c'è la relazione giuridica se c'è l'intervento del terzo; si afferma così che sia il secondo della relazione che il terzo – il giudice – sono, però, soltanto delle figure numeriche, fattuali, perché sopraggiungono alla figura di un primo soggetto, che già si dà.

In opposizione alla tesi di Buber, ove si sostiene che all'inizio dell'essere uomo vi è la relazione più iniziale, quella tra un Io ed un Tu, qui in Kojève si afferma, invece, che c'è una dualità semplicemente perché un agente si aggiunge ad un altro agente ed ancora che c'è una triadialità perché un terzo agente si aggiunge ad una condizione di dualità, ai due agenti già in interazione. Descritto così da Kojève, il diritto, in quanto relazione giuridica, più precisamente in quanto relazione triale, si mostra essere un fenomeno non radicato nella costituzione più iniziale dell'essere uomo e, dunque, neppure nel principio stesso di differenziazione dell'essere uomo, che, proprio nella direzione di Buber, assunta ora come riferimento critico principale, consiste nella relazione Io-Tu. Una lettura critica delle tesi di Kojève sulla relazione giuridica mostra che in esse si afferma l'esserci dell'uomo senza che si affermi, come origine della sua formazione, l'essere della relazione tra un Io ed un Tu. Si dice che c'è un agente senza che si affermi che per il darsi di un tale agente è necessario che se ne diano già due e che questi due siano in relazione secondo un loro interagire nella figura del terzo-Altro. Pertanto, nella descrizione di Kojève, il diritto c'è senza essere radicato in ciò che è essenziale per il darsi dell'uomo ovvero la relazione io-altro, intesa come relazione Io-Tu, nel medio del terzo-Altro.

In Kojève, la *legge del testo* – ovvero della formazione triale della relazione discorsiva tra i soggetti –, non è il *testo della legge* – non è il principio di selezione dei contenuti che sono posti, istituiti, come contenuti delle norme giuridiche; non è data alcuna centralità costitutiva alla formazione triale di ogni singolo soggetto nel medio della relazione discorsiva, disciplinata dalla figura dell'Altro-terzo. *In Kojève, vi è una terzietà (nomos) non radicata nella triadialità (logos)*. Si presenta l'essenzialità della '*lotta antropogena*' nell'itinerario formativo dell'uomo, ma non si tratta dell'uomo parlante nella triadialità, il *logos* della '*legge del testo*'.

Vengono così in opposizione due tesi interpretative del diritto, che si presentano come esemplari nella loro capacità di svelare le alternative più radicali nell'interpretazione della giuridicità: a) il diritto come una

¹⁵ A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, cit., p. 68.

funzione, b) il diritto come un esistenziale-coesistenziale. Davanti a queste due visioni del diritto, esemplari perché radicalmente opposte, si annuncia una questione principale che può essere così formulata: *la ricerca di un principio ortonomo di un fenomeno, come il diritto, non è la descrizione criticamente compiuta del sorgere di un tale fenomeno, non è, pertanto, la fenomenologia della sua presentazione originaria?*

2. Trialità e terzietà: linguaggio e diritto

Con riferimento a quest'ultima domanda si può considerare che Kojève descrive il diritto senza mostrarne una ragione interna all'uomo, senza mostrare, conseguentemente, nella ragione giuridica una specificazione della ragione dell'uomo, fenomenologicamente descrivibile come la ragione del differenziarsi dell'uomo – soggetto nella trialità discorsiva – dagli altri viventi e dalle cose.

Sempre avendo presente l'opposizione, sia pure non immediatamente appariscente, tra le tesi di Buber e quelle di Kojève, si deve dunque prendere atto che la fenomenologia del diritto di Kojève viene proposta senza che venga proposto il fenomeno diritto (terzietà) nella sua differenziazione specifica di uomo nel linguaggio (trialità), rispetto al resto, il non-umano. Centrandosi ora sulle tesi di Buber, si può confrontare questo itinerario di Kojève con quello che si sviluppa a partire appunto dall'affermazione di Buber, che consente di disegnare una via diversa per mostrare il fenomeno del diritto nella sua specificità. Questa via può descrivere il sorgere e l'operare del diritto nel loro essere alimentati da un'origine insuperabile, la relazione Io-Tu; proprio in questa relazione, il diritto mostra di avere la sua origine ed il suo principio e lo mostra perché questa relazione non è tale perché c'è già un uomo – un Io – ed a questi se ne aggiunge un secondo – un Tu –, così che quando i due sono in controversia se ne aggiunge poi un terzo. Nella prospettiva di Buber, si dice che l'uomo si presenta ed opera come tale perché alimenta la specificità del suo essere in una relazione che, in Buber, è esplicitamente quella Io-Tu, ma che, in una interpretazione più intensa, si chiarisce come *relazione Io-Tu/terzo-Altro*, nell'*ordine del simbolico*, distinto dall'*ordine del reale*.

Da una comparazione tra le due vie interpretative, quella di Buber e quella di Kojève, si apre anche la possibilità di cogliere alcuni aspetti paradossali di questo confronto; Buber non discute esplicitamente del diritto come di una relazione discorsiva, triale, non punta la sua attenzione sulla figura del terzo-Altro; Kojève, invece, costruisce esplicitamente una visione del diritto che si impianta sulla figura del

terzo. Oltre questa opposizione, si deve ricordare, però, che Buber segnala una visione di essere uomo che ha nella relazionalità il suo momento principale; Kojève tralascia l'interpretazione del differenziarsi dell'essere uomo a partire dalla relazione discorsiva, triale con l'altro, intesa come origine essenziale del formarsi di ciascun io, in quanto soggetto del linguaggio-discorso; ed ancora, la comparazione tra le due vie mostra che in Buber, se è esplicitamente essenziale la relazione con l'altro, non è essenziale, però, una regola *terza* di tale relazione, che sia la regola giuridica, ossia il diritto stesso; in Kojève, invece, se rimane oscurata l'essenzialità della relazione discorsiva (triale) per il formarsi più iniziale del se stesso di ciascuno, viene esplicitamente affermata, invece, la centralità della relazione giuridica come relazione triale.

Le due vie di interpretazione del diritto, leggibili, rispettivamente in Buber ed in Kojève, portano a far compiere il confronto tra loro proprio cogliendo come luogo di una tale chiarificazione quello ove si discute della figura del terzo-Altro e della diversificazione che una tale figura assume nel sorgere e nel concretizzarsi del diritto nella parola base genesi/uso. Se la ragione giuridica è una specificazione originaria della ragione stessa del differenziarsi dell'essere uomo, rispetto al resto del non-umano, se la ragione giuridica è questo, si deve dire che lo è come ragione della costituzione triale della relazione discorsiva tra gli uomini, come ragione della trialità-terzietà. Questa qualificazione della ragione giuridica rimane però ancora incompiuta se non si colgono le diverse qualificazioni con le quali opera la terzietà giuridica: la terzietà del legislatore, la terzietà del giudice e la terzietà della polizia.

Si vuole discutere se la terzietà, che costituisce la ragione giuridica, possa essere colta e presentata nella sua interezza quando non è presentata nell'unità/distinzione di queste sue tre figure. Si vuole domandare se c'è diritto in senso pieno, sia pure sempre nelle forme della finitezza storica, quando viene meno una di queste tre forme della terzietà giuridica. Con questa domanda si mette in questione in modo profondo la qualificazione del diritto come fenomeno radicato nella terzietà legata con la trialità; si compie questo itinerario con la ripresa della discussione se il diritto abbia la sua radice nella struttura stessa del linguaggio, ossia chiarendo se la *triale* che è all'inizio del linguaggio sia la *terzietà* che, nelle sue tre figure, struttura e specifica il diritto, se il *logos* sia il *nomos*, dunque se 'la legge (*logos*) del testo' sia il 'testo (*nomos*) della legge'.

La discussione del diritto è centrata così sulla alternativa tra situare il diritto nell'ordine duale delle informazioni vitali oppure nell'ordine triale

della comunicazione tra i soggetti, capaci di creazione di senso nell'ipotizzare attraverso il *logos*.

L'alternativa tra le informazioni vitali e le comunicazioni dell'ipotizzare è l'alternativa più radicale per distinguere due corrispondenti concezioni del diritto: il diritto come funzione ed il diritto come esistenziale-relazionale. Nel modo più intenso, l'attenzione a questa alternativa viene sollecitata da quella che lo stesso Nietzsche dice essere una sua tesi principale: "*la mia tesi principale: non esistono fenomeni morali, ma soltanto una interpretazione morale di questi fenomeni. Questa interpretazione ha una origine extramurale*"¹⁶. Con questa sua tesi, Nietzsche afferma che la verità morale, come ogni altra verità dell'agire degli uomini, così dunque anche la verità del diritto, ha esclusivamente una struttura, quella di essere una interpretazione vitale di fenomeni vitali. Questa direzione critica di Nietzsche, così intensa, attraversa diversi itinerari del pensiero moderno e contemporaneo e trova la sua espressione più esplicita nella teoria dei sistemi di Luhmann, ove appunto si afferma che i diversi sistemi sociali non sono tra loro connessi secondo verità e giustizia, ma solo secondo diverse funzioni costituite, ciascuna, da un codice binario, con un polo positivo ed un polo negativo, attivati, l'uno o l'altro, dai prodotti degli altri sistemi, ovvero dai loro programmi condizionali¹⁷.

Se ci si situa nella direzione indicata da Nietzsche, si deve dire che non c'è alcuna verità del diritto, ma c'è soltanto una interpretazione vitale degli elementi qualificati come propri del diritto, che è esso stesso un fenomeno vitale. Un fenomeno vitale è un fenomeno che ha una funzione che lo costituisce e che lo differenzia da altri fenomeni, costituiti da altre funzioni. La vita, nelle forme della finitezza, non è l'uno ma è il *molteplice*, costituito da molteplici funzioni, ovvero dalle differenziazioni funzionali, che sono ogni volta l'emergere di una funzione che si toglie dal non-differenziato, che è l'indistinto.

Questa direzione, espressamente indicata da Nietzsche, trova una sua diversa formulazione così espressa da Lyotard: "*i generi dei discorsi sono delle strategie. Di nessuno. Tanti generi, tanti modi diversi di vincere*"¹⁸. Si vuole dire così che anche gli stessi generi dei discorsi non sono niente altro che le diverse forme di differenziazione della vita, secondo le diverse funzioni che si affermano, vincendo l'una sull'altra; i

¹⁶ F. W. NIETZSCHE, *La volontà di potenza, cit.*, p. 150.

¹⁷ Cfr. N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, II, Frankfurt a.M., 1997, p. 743 ss.

¹⁸ J.-F. LYOTARD, *Il dissidio, cit.*, p. 174.

diversi generi dei discorsi corrispondono alle diverse funzioni dei sistemi biologici, sono semplicemente ciò che risulta dai loro rapporti di forza vitale; un genere di discorso vince su un altro.

Quando si sostiene che i *sistemi sociali* hanno la stessa struttura dei *sistemi biologici* si sostiene in fondo che non c'è alcuna distinzione tra le *informazioni vitali* e le *comunicazioni dei soggetti* nella relazione discorsiva, triale; in questa architettura, si può pure affermare che 'la legge del testo è il testo della legge', ma il presupposto di questa affermazione è qui che il 'testo', la relazione discorsiva, è semplicemente un accadimento vitale, dunque duale, secondo il modello delle informazioni vitali.

Permane centrale ed aperta la questione posta da Nietzsche, ovvero quella che riguarda l'identificazione delle diverse forme di fenomeni umani, come di niente altro che di forme vitali, quindi di processi che rimangono nell'ordine duale della fattualità. Tuttavia, anche in questa direzione rimane fermo che il diritto è proprio ciò che prende distanza dalla fattualità, ovvero *il diritto c'è se è controfattuale*; rimane altresì fermo che, nell'ordine delle relazioni tra gli uomini, in quanto relazioni discorsive, fattualità e controfattualità non sono riducibili ad una unità con due versanti, perché il linguaggio-discorso nel muovere dalla fattualità la supera, avvia una domanda di senso ed una creazione di senso, che divergono dal fatto che c'è, sono integralmente controfattuali.

Proprio la questione della controfattualità costituisce il punto di partenza per una discussione critica della tesi di Nietzsche, trasposta poi, da Luhmann nella teoria dei sistemi e da Lyotard esplicitamente nei termini di una certa filosofia del linguaggio. *La controfattualità non è compatibile con un fenomeno vitale e con un'interpretazione solo vitale di fenomeni vitali*; la controfattualità è, per struttura, anche controvitale, sorge oltre/contro il fatto, che si impone solo perché c'è, perché è più forte.

Proprio la dimensione della controfattualità costituisce il punto di avvio radicale per la critica delle posizioni di Nietzsche, prima, e di Luhmann e Lyotard, poi, considerando che la controfattualità, nei modi in cui interessa la coesistenza, viene introdotta specificamente dal diritto. Si potrebbe obiettare che la controfattualità è essa stessa una misura vitale, ovvero è una interpretazione vitale di fenomeni vitali ed, in quanto tale, rimane nell'ordine delle informazioni vitali, regolate dalla struttura duale di queste informazioni e mai dalla struttura triale della comunicazione. Proprio queste considerazioni mostrano come sia tutta centrata su questa ultima distinzione l'interpretazione del diritto, in

quanto fenomeno esclusivamente umano e quindi fenomeno specificato dalla triadicità-terzietà, che è una dimensione presente solo negli uomini, soggetti. Tuttavia proprio questo comporta che si abbia la ripresa di un riferimento intenso alla questione della controfattualità; si deve chiarire in che senso la controfattualità consista in una misura che contrasta ed anzi si oppone all'assolutezza delle informazioni vitali.

Perché la controfattualità, già nel suo primo presentarsi, si manifesta contraria al semplice continuare e ripetere la vita, nelle forme di ciò che vive-più, è più forte? La continuazione della vita privilegia la dimensione della certezza, del fluire senza interventi che possono mettere a rischio questa continuità stessa. Proprio la distinzione tra le informazioni vitali (ordine duale del reale) e le comunicazioni esistenziali (ordine triale del simbolico) mostra che il comunicare nella relazionalità discorsiva, poiché è nel medio di una creazione di senso, espone la vita al rischio legato alla non ripetizione, la pone semplicemente a rischio.

Lungo l'itinerario che unisce le posizioni di Nietzsche, Luhmann e Lyotard, la domanda principale è così formulabile: poiché il diritto è ciò che è perché introduce controfattualità, può anche esso essere parimenti una interpretazione vitale di fenomeni vitali, una funzione vitale? La controfattualità è immessa con il diritto, non appena è posta in opera dall'istituire le norme giuridiche; ci si deve allora chiedere: istituire è una funzione vitale al servizio di fenomeni vitali? Il linguaggio-discorso è esso stesso una manifestazione vitale di fenomeni vitali? La risposta a quest'interrogativo viene dal considerare che, come si è mostrato, l'interezza del linguaggio e della relazionalità discorsiva, ove esso si svolge, sono retti dalla dimensione del significante, che ha come suo effetto specifico quello di essere discontinuo, di provocare dei vuoti di senso e delle interruzioni di significazione in un processo lineare. Il discontinuo comportato dal significante è aperto alla ripresa di un continuare secondo diverse ipotesi, in conflitto eventuale tra di loro. Si può dire che questa descrizione del linguaggio e del suo asse principale, il significante, sia una descrizione di fenomeni vitali, sostenuti da funzioni vitali? Le interpretazioni vitali di fenomeni vitali permangono interne alla direzione del continuarsi della vita che c'è, mentre il significante opera situando il linguaggio-discorso nel discontinuo e, dunque, per e nella formazione di ciò che non c'è. I fenomeni vitali consistono nel coincidere con le leggi stesse che li costituiscono; il linguaggio consiste, invece, nel rapportarsi ai fenomeni vitali e dunque nel non coincidere con le leggi che li definiscono, ma nell'istituire le regole giuridiche delle relazioni tra i soggetti, che, ipotizzando, si rapportano ai fenomeni vitali, eccedendoli.

Secondo questa direzione interpretativa, il diritto non è riducibile ad una semplice funzione vitale di fenomeni vitali, retti dalla prima delle leggi vitali che si afferma in ciò che più vive; il diritto non coincide con ciò che più vive, con il fatto-più che è la vita-più ed anzi introduce la misura della controfattualità, che non è misurata da ciò che è più, ma garantisce il riconoscimento degli uomini in quanto tali, anche nel loro essere nella condizione di ciò che meno-vive, storicamente, fino ad oggi, il bambino, la donna, gli anziani, rispetto a ciò che più-vive.

3. Terzietà e diritto, le parole base della giuridicità

La discussione sul rapporto tra il diritto, la controfattualità e le informazioni vitali è una discussione che si ferma centralmente sulla questione della terzietà giuridica, discussa anche come la questione delle tre forme di terzietà istituite: la terzietà legislativa, la terzietà giurisdizionale e la terzietà-polizia. Queste tre figure della terzietà sono figure essenziali ed esclusive del diritto; appartengono costitutivamente al diritto e non ad altri fenomeni della vita sociale; in nessun altro fenomeno, di nessun altro sistema sociale, si danno queste tre figure in una unità, che, nella descrizione abituale, le costituisce sia nelle istituzioni, sia nella disciplina della loro diversa operatività.

Tornando a considerare che c'è il diritto solo quando c'è terzietà, ci si trova davanti ad una domanda centrale sulla terzietà nel diritto, che può essere così formulata: c'è pienamente terzietà quando manca una di queste tre figure? Diversamente da quanto si ha per la triadicità del linguaggio, si deve dire che nel diritto c'è la terzietà soltanto quando tutte e tre le forme che la costituiscono sono unitariamente operative nella loro terzietà e nella loro reale incidenza.

La chiarificazione tra queste forme di terzietà, nel loro essere sia distinte, sia unite nel diritto, esige di stabilire un confronto critico con alcune tesi di Kojève, precisamente con quelle ove Kojève argomenta sull'*imparzialità* e sul *disinteresse* del terzo. Kojève impiega queste due qualificazioni della terzietà con riferimento all'ingresso del terzo nell'interazione tra soggetti, esattamente tra due soggetti.

Da una parte, Kojève esplicitamente dice che il terzo non è soltanto il giudice o l'esecutore della sentenza, ma è soprattutto il legislatore¹⁹; dice però anche che è sufficiente che ci sia una di queste tre forme della terzietà, perché ci si trovi davanti al fenomeno diritto, nella sua specificità. Queste difficoltà a pensare l'unità/distinzione tra queste tre

¹⁹ Cfr. A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto, cit.*, p. 88.

forme della terzietà giuridica è presente in Kojève perché la sua fenomenologia del diritto si mantiene sempre interna alla contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo, mancando così di cogliere che la fenomenologia del diritto costituisce una specificazione della fenomenologia dell'uomo, nel suo differenziarsi in quanto soggetto con gli altri nell'ordine simbolico.

Si specifica qui che la fenomenologia del diritto non si esaurisce tanto nella distinzione tra il diritto naturale ed il diritto positivo, ma si rivolge alla descrizione e all'interpretazione del sorgere più originario del diritto; questa direzione si chiarisce con il situare il diritto nelle dimensioni profonde dell'esistere, presentate proprio nel loro distinguersi dall'essere esaurite nel semplice ordine delle *informazioni vitali*, essendo radicate invece nell'ordine della *comunicazione esistenziale*. In quest'ultima dimensione può trovare luce l'interpretazione dell'unità delle tre figure di terzietà, esclusive del diritto.

La questione della terzietà in generale e delle tre figure specifiche della terzietà giuridica è stata indicata come la questione che consente di discutere criticamente le posizioni stesse della fenomenologia del diritto di Kojève. La questione della terzietà, nella sua interezza, si chiarisce, a sua volta, tornando a pensare l'interpretazione data da Buber alla questione della relazione tra gli uomini. In questa direzione si possono chiarire le tre figure del terzo del diritto (legislatore, giudice, polizia) con riferimento a tre modalità della relazione con l'altro, discutendo questi due piani nella direzione dei tre ordini, del reale, del simbolico e dell'immaginario; prima però è necessario discutere ancora la questione della relazionalità nella visione di Buber.

Buber considera esplicitamente alcune cosiddette parole base e tra queste principalmente la coppia Io-Tu. Ogni io incontra un altro io, secondo un'alternativa prima, che è quella costituita dalle qualificazioni dell'altro come Tu oppure come Esso, così da avviare qualificazioni opposte dei rapporti tra gli uomini e delle norme giuridiche che li regolano.

Per cogliere come la parola base Io-Tu sia tale da costituire un riferimento di chiarificazione anche quanto al fenomeno del diritto, si deve considerare che lo stesso diritto si costruisce su alcune parole base, che sembrano essere tali da poter venire facilmente indicate nelle coppie diritto-non/diritto, giusto-non/giusto; una maggiore attenzione indica, però, che queste parole base non sono le più originarie, quelle essenziali nella descrizione ed interpretazione della genesi e dell'uso del diritto, che si connettono, invece, in modo più intenso ad altre parole base, come quelle trialtà/dualità, pretesa/rassegnazione.

Queste due ultime parole base sollecitano una discussione specifica della coppia che costituisce la parola base più intensa e più prossima alle domande sul diritto; si tratta della coppia genesi/uso, che invita a pensare l'alternativa più iniziale sul senso del diritto, quella aperta dal domandarsi se sia possibile incontrare il diritto soltanto nella sua genesi, oppure soltanto nel suo funzionamento, nel suo uso. La parola base genesi/uso esprime, come tutte le parole base, che nessuno dei due termini è possibile senza il rinvio essenziale all'altro; in questo caso, ciò vuol dire che non c'è una possibile considerazione della genesi del diritto che non implichi un riferimento costitutivo all'uso del diritto, così come non c'è alcun uso del diritto che non si riferisca alla sua genesi. È da considerare, però, che questa parola base genesi/uso esprime anche la non necessaria coincidenza tra la genesi del diritto e l'uso del diritto. Questa non coincidenza dipende essa stessa da ciò che la normatività in generale si trova in connessione con la condizione di mancanza degli uomini, intesa come il mancarsi del se stesso del singolo uomo, con il suo essere inevitabilmente esposto alla creazione di senso, nel medio della relazione discorsiva con gli altri e, dunque, della diversità e conflittualità tra le ipotesi. Con queste considerazioni si vuole mostrare che *la genesi del diritto è descrivibile fenomenologicamente, ma questo in nessun modo comporta che l'uso del diritto sia uno e necessario*. Proprio perché l'intero fenomeno della normatività, dunque del diritto, si radica sulla condizione di mancanza dell'uomo, proprio per questo, si ha che l'uso del diritto è una risposta ed un'interpretazione rispetto alla condizione di mancanza del se stesso ed in quanto tale è sempre possibile, polisenso e non necessario, ovvero può essere concretizzato in direzioni molteplici e non solo in una unica direzione: è un'ipotesi e non un accadimento necessario o casuale.

La genesi del diritto è data dalla separazione tra le aspettative cognitive e le aspettative normative e dall'introduzione della controfattualità, operativa verso le aspettative normative fattualmente deluse; tale differenziazione presenta originariamente il diritto, ma questa *genesì* non comporta poi un *uso* necessario, in una direzione unica; tra la genesi e l'uso vi è la condizione di scelta dell'uomo, il suo trovarsi esposto alla scelta nella direzione dell'incontro con l'altro, come Tu oppure come Esso.

La genesi può essere interpretata in diversi modi. Interpretandola in modo costatativo, fattuale, limitandosi a prendere atto che si dà questa distinzione tra queste due forme di aspettative e che a partire da questa distinzione sorge il diritto. La genesi del diritto si può, però, interpretare anche domandandosi se e come in essa vi sia presente il modo specifico

di essere uomo. In questa seconda direzione, la genesi del diritto ripropone la ragione dell'essere uomo, in una precisa, definita ragione, che è la ragione giuridica; dice che l'uomo si differenzia perché consiste nella ripresa mai esauribile della triadità-terzietà, a sua volta costituita dalla *positività creativa* dell'incontrare l'altro come Tu, pur sempre esposta alla *negatività assoggettante* dell'incontrare l'altro come Esso.

La parola base del diritto è pertanto costituita dalla coppia genesi/uso. La genesi del diritto può essere interpretata *costatativamente* con riferimento alla fattualità del suo darsi, oppure *costitutivamente* con riferimento al presentarsi in essa della genesi stessa della differenziazione dell'essere uomo, dunque del principio che distingue l'uomo dagli altri viventi e dalle cose. Quanto alla genesi del diritto si hanno, pertanto, una interpretazione *fattuale/generica*, oppure *esistenziale/specifica*.

La prima interpretazione della genesi è nella direzione *costatativa* e mostra che qui l'uso del diritto è aperto ad ogni possibile direzione; può servire per garantire l'esercizio della soggettività, oppure per concretizzarne l'assoggettamento. La seconda interpretazione si ha nella dimensione *costitutiva* ed indica che il diritto, già nel suo sorgere, è orientato, invece, in un suo concretizzarsi secondo la ragione della sua stessa genesi; in questa seconda visione della genesi del diritto, i contenuti delle aspettative normative sono sempre misurati dalla loro origine prima, dal loro corrispondere alla principalità della relazione discorsiva, triale con l'altro, incontrato secondo la dimensione del Tu e non dell'Esso, perché è la qualità dell'altro in quanto Tu (memoria creativa) a misurare le diverse forme dell'incontrare l'altro nei ruoli della relazione giuridica, ove vi compare in quanto Esso (memoria esecutiva). Si vuol dire così che l'attenzione alla soggettività originale di ciascun singolo forma il principio che disciplina le diverse forme di relazione giuridica, differenziate secondo i diversi ruoli in cui ciascun singolo vi è presente; il giudizio giuridico, la sentenza, interessa gli uomini nell'esercizio della loro soggettività e non le cose. Con queste considerazioni, si indica che la questione della genesi del diritto apre un'alternativa iniziale, costituita dall'intendere la genesi, ovvero la presentazione originaria del diritto, come ciò che risulta da una combinatoria dei fatti, oppure come ciò che consiste nella ripresa della concretizzazione mai ultima del sorgere di questo fenomeno, secondo il suo radicarsi nella differenziazione specifica di uomo.

Queste considerazioni avviano, pertanto, una forma di interpretazione del diritto nel suo essere descritto come ciò che libera dall'assoggettamento ai fatti, da uno svuotamento della soggettività

invasa dalla fattualità. L'incidere liberante del diritto, così delineato, si alimenta alla tesi *'la legge del testo è il testo della legge'*, progressivamente chiarita in questo lavoro. Tale tesi si mostra irriducibile a quelle visioni che vedono anche nel linguaggio e nella relazione discorsiva il concretizzarsi di ciò che più-vive; la legge del testo (*logos*) non esprime ed esegue ciò che più-vive, ma anzi garantisce la reciprocità tra i soggetti nel testo (*nomos*), al di là del loro trovarsi in una qualche forma dell'essere-più, della parola-più di qualcuno, che impone il silenzio-esecuzione a qualcun altro. Il superamento della fattualità dell'essere-più segna il passaggio dall'ordine reale all'ordine simbolico; in questo passaggio si chiarisce la questione dell'unità essenziale delle tre figure del terzo del diritto, facendo riferimento all'unità di tre dimensioni (reale, simbolico e immaginario); questo lavoro di chiarificazione delle figura della terzietà chiede di venire preparato dalla chiarificazione delle due forme dell'alterità, il Tu e l'Esso.

4. 'Principio dialogico' e questione giuridica

Oltre le tesi di Buber, si mostra che la relazione Io-Tu, in quanto relazione discorsiva, avviene in presenza della figura del terzo-Altro, perché l'Io ed il Tu sono così sottratti all'alternativa *o io o tu* e quindi sono situati fuori dalla fattualità, che funziona come regola di una relazione non discorsiva. Nel medio del terzo-Altro, la relazione avviene in uno spazio esistenziale che non è né dell'ordine del mio, né dell'ordine del tuo, ma è di quella terzietà che consente a ciascuno di essere se stesso mediante l'altro, così da confermare che all'inizio dell'essere-uomo vi è la relazione con l'altro, nel medio del terzo-Altro.

Quando l'incontro e le regole del rapporto tra due uomini rimangono posti esclusivamente nell'alternativa *o io o tu*, allora si rimane entrambi consegnati alla fattualità, (a ciò che vive-più), ove tutto è possibile, sia il prevalere del mio, sia il prevalere del tuo, sia una condizione indifferente di equivalenza. Il superamento della fattualità, ove può accadere tutto per ciascuno dei soggetti del rapporto, secondo l'emergere di un fatto-più a vantaggio dell'uno o dell'altro dei soggetti, questo superamento costituisce proprio la genesi stessa del fenomeno diritto; costituisce quel momento di formazione del sistema diritto, che è il differenziarsi stesso da una situazione omnieventuale, quella di una possibilità ove tutto è possibile. Questo momento è quello che coincide con la distinzione tra aspettative cognitive e aspettative normative, avendo presente che le prime sono consegnate alla fattualità di ciò che è più e le seconde invece

sono garantite quanto al loro realizzarsi mediante una regola, che è la prima regola del diritto: superare la fattualità, operante a vantaggio dell'uno o dell'altro, e assumere la terzietà come regola per entrambi. La genesi del diritto è negata quando si rimane in un ordine relazionale ove l'altro è solo un Esso e non un Tu, ossia è solo un'entità trattata come un qualcosa e non come un altro se stesso, secondo una regola che non è né dell'uno né dell'altro; quando questa genesi del diritto è negata, allora la parola base del diritto, la parola genesi/uso, si trasforma radicalmente, con la conseguenza che l'*uso* si pone come assolutamente gerarchizzante rispetto alla *genesì* e qualifica il diritto nell'ordine dell'usare, del funzionamento.

Quando si compie questo esito allora *la verità del diritto diviene il funzionamento del diritto*: uno strumento indifferente rispetto alle diverse qualificazioni della relazione tra uomini e della figura di ciascun uomo all'interno della relazione; il diritto può così indifferentemente garantire condizioni di uguaglianza o di sproporzione, può garantire la liberazione del singolo dal potere assoggettante degli altri o può garantire il compiersi di qualsiasi condizione di assoggettamento.

Come prima segnalato, nella genesi del diritto vi è una relazione con l'altro, ove l'altro non è solamente un Esso, un'entità come altre entità-cose, ma è un Tu; una qualificazione questa che è radicata nella figura del terzo-Altro. Nelle descrizioni del Tu compiute da Buber, si mostra in modo esplicito la centralità di questa figura dell'alterità nella relazione tra i soggetti; oltre le tesi esplicite di Buber, si intende ora mostrare come il Tu sia radicato nel terzo-Altro. Buber indica il Tu come colui che non ha confini quantificabili, perché eccede qualsiasi ordine dell'avere²⁰. Il Tu non è veduto come qualcosa accanto a qualcos'altro, non si trova nello spazio così come si trovano le altre cose, ma costituisce il centro di uno spazio. Dice Buber: "*ogni mezzo è impedimento*"²¹, solo quando ogni strumento è tolto allora può avvenire l'incontro con il Tu.

L'insieme di questi tratti costitutivi del Tu mostrano che l'altro, così incontrato, non è un mio oggetto, un'entità posseduta conoscitivamente dal mio io; l'altro è, anzi, incontrato come Tu, proprio perché viene avvicinato al di là di ogni forma di quantificazione posta al servizio di qualche funzione. L'altro è liberato da questi tratti negativi, perché è incontrato nel medio del terzo-Altro così da non essere costretto in una relazione duale, di dominio di uno sull'altro; questa figura del terzo-Altro

²⁰ M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi, cit.*, p. 60.

²¹ *Ivi*, p. 67.

specifica la relazione giuridica e segna la genesi del diritto, garantendo un diritto fondamentale: la liberazione dal dominio fattuale dell'altro.

Si possono riprendere alcune tesi di Buber; tra queste, la prima dice "all'inizio è la relazione"²²; a questa prima tesi se ne aggiunge una seconda, che sostiene "l'uomo diventa io a contatto con il tu", precisando che "solo nella trama del rapporto, nella relazione con il tu"²³ appare la coscienza dell'io.

L'insieme di queste tesi di Buber si può chiarire riferendole all'interpretazione del se-stesso, inteso da Kierkegaard come *relazionare a se la relazione-con*²⁴.

La discussione delle tesi di Buber, riferite ad affermazioni centrali di Kierkegaard, consente di chiarire come l'origine, la genesi del diritto possa essere colta riconducendola al principio di Buber: "all'inizio è la relazione". Questa tesi si specifica affermando che all'inizio della formazione dell'io vi è la relazione con il Tu e che, come si può leggere secondo le sollecitazioni di Kierkegaard, il se stesso di ciascuno consiste nel relazionare a sé la relazione con l'altro, non con le cose, poiché solo l'altro uomo – Tu –, (e non le cose), alimenta la formazione relazionale della progettualità ipotizzante che presenta il se stesso.

Il *chi*, l'autore, il soggetto delle ipotesi è se stesso in questo relazionare a sé il relazionarsi con l'altro – Tu –; non ogni tipo di relazione con l'altro avvia quel relazionarsi che fa sorgere il se stesso; non in ogni relazione dell'uomo con l'altro uomo, relazionata poi a sé, c'è il sorgere del se stesso, in quanto autore delle ipotesi di iscrizione di senso nel mondo, *chi* dell'istituzione del *testo*. Si vuole sottolineare con ciò che esclusivamente un tipo di relazione con l'altro può essere quanto avvia il 'relazionare a sé' la relazione-con, così da far sorgere appunto il se stesso, l'io soggetto ipotizzante, *chi* del *testo*. Il modo esclusivo di 'essere in relazione con', capace di alimentare il 'relazionare a sé' e quindi la formazione del se stesso, consiste nella relazione intersoggettiva e non nel rapporto con il non-umano, consiste specificamente nella relazione con l'altro in quanto Tu e non in quanto Esso. Il Tu, non le cose, né i viventi, né l'Esso sono nella relazionalità discorsiva ed ipotizzante, costitutiva del se stesso. *Poiché si è mostrato che la relazione con l'altro in quanto Tu avviene nel medio essenziale del*

²² *Ivi*, p. 72.

²³ *Ivi*, pp. 79-80.

²⁴ Cfr. S. KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia. La malattia mortale*, Firenze, 1965, p. 215 ss.

terzo-Altro, si deve dire pertanto che il terzo-Altro è essenziale alla formazione relazionale del se stesso.

C'è pertanto il se stesso, il soggetto, l'autore, se in ogni fase della doppia relazione, cioè del riferire a sé il volgersi all'altro, c'è già l'incidere essenziale dell'Altro-terzo, che orienta il volgersi dell'Io verso l'altro, come Tu e non come Esso. La genesi del se stesso è in continuo rifacimento e si compie pertanto secondo la tesi "all'inizio è la relazione"; questa tesi presuppone, però, che la genesi del se-stesso sia in una successione di relazioni, in una triplicità di ordini, che corrispondono ai tre anelli del *reale*, del *simbolico* e dell'*immaginario*, tenuti in unità da quel particolare legame che ha il suo modello nel nodo borromeo.

Si può ora avviare il lavoro per leggere il senso pieno, ma non espresso da Buber, delle sue due tesi prima discusse, ove si afferma che: a) all'inizio dell'essere uomo vi è la relazione e che b) l'uomo si fa Io nel Tu. Queste due tesi hanno il loro senso pieno nell'unità esistita dei tre anelli – del reale, del simbolico e dell'immaginario – corrispondenti ai tre ordini relazionali tenuti insieme dal legame proprio del nodo borromeo, qualificato da questa specifica proprietà: il taglio di uno qualsiasi dei tre anelli comporta anche lo slegarsi ed il dissolversi degli altri due.

Queste considerazioni, riferite ai tre ordini ed alla qualità di unità-distinzione che li tiene in connessione nella figura del nodo borromeo, consentono ora di affermare che ogni soggetto ha una struttura relazionale, in costante rifacimento nel processo del triplice relazionarsi di questi tre anelli.

Con riferimento a questo tipo di nesso tra i tre anelli, del reale, del simbolico, dell'immaginario, si può discutere una tesi di Buber, che così afferma: "*senza l'esso l'uomo non può vivere. Ma colui che vive solo con l'esso non è l'uomo*"²⁵. Proprio questa tesi sollecita la riflessione su una parola base del diritto, quella *genesì/uso*, che a sua volta corrisponde ad un'altra parola base del diritto, quella *diritto/norme*. *Genesi/uso* e *diritto/norme* sono quattro parole singole che compongono due parole base; le quattro parole compongono due coppie che si corrispondono così: *genesì* si connette a *diritto*, così come *uso* si connette a *norme*.

Si può ridiscutere ora il nesso tra i tre ordini e le tre forme della terzietà giuridica, considerando la tesi di Buber, ove si sostiene proprio che la vita quotidiana non può essere senza l'Esso e però l'uomo che se

²⁵ M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi, cit.*, p. 83.

ne accontenta nega il suo stesso principio di costituzione, la sua differenziazione, il suo essere uomo.

Queste tesi sollecitano il lavoro di approfondimento dei rapporti tra a) i tre ordini – del reale, del simbolico e dell’immaginario –, riferiti alle forme dell’incontro con l’altro e b) le tre figure della terzietà, descrivibili per la qualificazione che hanno nel loro appartenere ciascuna ad uno dei tre anelli:

- il *reale* nomina l’altro nel suo essere indistintamente una alterità fattuale, così come lo si incontra nella quotidianità secondo il suo essere stato, e nomina il terzo legislatore, ovvero le norme vigenti, poste nel *passato*;

- il *simbolico* nomina l’altro incontrato come Tu, distinto dall’Esso, e nomina il terzo giudice, che temporalmente pone in connessione il passato del diritto, il diritto vigente, con la produzione di una realtà, quella che succede al giudizio e vive nel *futuro*;

- l’*immaginario* nomina una qualificazione dell’altro incontrato come membro di una relazione che si è staticizzata, così da essere ripresa successivamente in una memoria-esecuzione e nomina anche il terzo-polizia, quella figura di terzietà, che esegue, concretizza il giudizio, nel *presente*.

C’è dunque un nesso tra i tre ordini (del reale, del simbolico e dell’immaginario), considerati con riferimento all’*altro* ed i tre ordini di questi tre anelli riferiti alle tre forme della *terzietà* del diritto; la connessione tra queste due direzioni permane anche con riferimento al tipo di nesso-unità dei tre anelli stessi, al dover prendere atto che il venir meno di uno degli anelli comporta la caduta, la dispersione anche degli altri due anelli. Se nella relazione con l’altro viene meno uno dei tre anelli, che configura una delle tre qualificazioni dell’altro, vengono meno anche le altre due forme di qualificazione dell’altro. Lo stesso vale per le tre forme della terzietà del diritto.

Quanto alla qualità del rapporto con l’altro, il venir meno di una delle tre figure dell’alterità, il venir meno, ad esempio, dell’altro qualificato dall’anello del reale costituisce il venir meno stesso della quotidianità dell’incontro con l’altro e dunque genera la costrizione di ciascuno nella condizione di un continuo e nuovo iniziare, di un trovarsi esposti allo scegliere tra l’incontrare l’altro come Esso oppure come Tu, anche nelle vicende quotidiane della relazionalità del coesistere, nella stessa abitudinarietà della vita affettiva e del lavoro.

Una descrizione ed una considerazione analoghe si possono avere con riferimento ai tre anelli della terzietà giuridica, poiché anche qui si può mostrare che ciascuno di questi tre anelli della terzietà – il legislatore, il

giudice e la polizia – è essenziale al darsi stesso del diritto; si pensi al venir meno del terzo-polizia e si registrerà che le attività del terzo legislatore e del terzo giudice risulterebbero private di garanzia quanto alla loro concretizzazione.

Il riferimento ai tre anelli è anche il riferimento alla struttura temporale dell'essere uomo, soggetto; il reale è il *passato* – il codice linguistico affermatosi –, il simbolico è il *futuro* – l'apertura compiuta con la domanda di senso –, l'immaginario è il *presente* – l'espressione formulata –. L'unità di questi tre anelli, nelle loro corrispondenti qualificazioni temporali, alimenta 'la legge del testo', il principio formativo del 'testo', parlato o scritto, presentato nella relazione discorsiva; a sua volta, 'la legge del testo' opera come 'testo della legge', ovvero come selezione fondata e consolidata di quei contenuti delle norme che sono omogenei alla formazione del testo nella relazione discorsiva e che si concretizzano nell'unità delle tre figure di terzo del diritto.

Capitolo III **Antropologia giuridica e teoria sistemica**

1. Ortonomia della terzietà giuridica

In una direzione di studi diffusa e riconducibile ad una lettura di Kant, le questioni prime di una filosofia del diritto sono individuate nella discussione sulla coercizione, meglio nella discussione relativa alle condizioni di legittimità della coercizione. Questo ordine di studi tralascia di considerare che gli elementi fondamentali di una considerazione filosofica del diritto non sono riducibili a ciò che è discusso in tale direzione, poiché tali elementi fondamentali cominciano a presentarsi con le questioni specifiche della terzietà e della pretesa, in quanto questioni individuanti il fenomeno diritto, distinto dagli altri fenomeni della relazionalità. Peraltro, sempre in visioni della filosofia del diritto svolte in una certa rilettura di Kant, viene ritenuta centrale la questione sulla compatibilità tra libertà e coercizione, con riferimento all'opposizione tra l'autonomia della libertà e l'eteronomia della coercizione. Una discussione sul diritto, confinata nell'opposizione tra autonomia ed eteronomia, viene privata, però, di qualsiasi riferimento centrale alla dimensione della triadicità-terzietà, intesa come dimensione dell'ortonomia. Nelle relazioni tra soggetti, l'ortonomia del diritto è espressa nella tesi: la legge del testo è il testo della legge.

Mancando una considerazione attenta della triadicità-terzietà e quindi dell'ortonomia, diviene difficile presentare una chiarificazione soddisfacente del diritto, perché diviene difficile pensare e presentare una immissione non contraddittoria della controfattualità, che costituisce l'opera specifica del diritto; solo all'interno della ortonomia e della terzietà che vi si alimenta, la controfattualità viene sottratta al fatto-più, alla semplice forza di chi, per il suo essere nell'ordine di *ciò che più vive*, dunque per il suo potere più, si impone all'altro, trattandolo come Esso e disconoscendolo come Tu.

Ogni considerazione filosofica del diritto, come in genere ogni sua interpretazione, posta fuori dalla genesi differenziale del fenomeno diritto, costituita dal nesso, nella relazione intersoggettiva, tra gli elementi del terzo e della pretesa, finisce per far fallire ogni comunicazione critica sul diritto, inteso come fenomeno che ha una sua specificità e che, pertanto, non è riducibile a strumento di altri fenomeni. Se si considera che la genesi differenziale del diritto si mostra proprio nell'esercizio della pretesa, garantita dalla controfattualità, si deve allora

prendere atto che *la pretesa verso l'altro è giuridica perché è rivolta al terzo-Altro*, così che proprio questa figura della terzietà distingue il diritto dalle altre forme organizzate della relazione tra gli uomini, in quanto soggetti.

Le visioni abituali del diritto, esposte attualmente nella rilettura di Kant e nella discussione sui concetti di coercizione, libertà e diritto, investono il problema della legittimità della coercizione e quindi della qualificazione specifica del diritto, distinto dal non-diritto, proprio nel presupposto che il non-diritto è ritenuto essere privo di legittimità. Questi concetti di legittimità e coercizione possono fare, in modo congruo, riferimento alla distinzione tra il diritto e il non-diritto se sono discussi oltre l'opposizione abituale ed insufficiente tra autonomia e eteronomia, ovvero se sono pensati con riferimento all'ortonomia; si può chiarire l'ortonomia del diritto se si fa riferimento alla figura della *terzietà*, intesa come quel luogo dell'esistere e del coesistere che segna la differenziazione dell'uomo, nel suo essere soggetto nella *trialità*, come tale differenziato dall'essere degli altri viventi. L'ortonomia indica anche che le regole per i soggetti della relazione discorsiva non sono né autonome (prodotte all'interno), né eteronome (imposte dall'esterno), ma sono ortonome; sono tali perché sono omogenee alla parola base genesi-uso, alla non contraddizione tra la genesi e l'uso del diritto e sono presentate dalla *trialità (logos)-terzietà (nomos)*, dal terzo-Altro come luogo-regola, ove ciascuno prende la parola per destinarla all'altro, in una relazione non duale, non di esclusione (il non-giuridico), ma triale, di riconoscimento (il giuridico). Questa figura di terzo-Altro, luogo-regola, costituisce sia 'la legge del testo', sia 'il testo della legge'; ovvero è a) sia la regola triale della relazione discorsiva che dura come 'testo', b) sia il *testo* delle regole di ogni relazione intersoggettiva disciplinata giuridicamente; in questa direzione, si intende come *testo* la selezione istituita tra i contenuti delle norme, la distinzione posta tra ciò che può appartenere all'unità della parola/base genesi-uso del diritto e ciò che non vi può appartenere, essendo in contraddizione con essa, estraneo alla *trialità/terzietà*.

Si delinea così la chiarificazione dell'ortonomia del diritto, esplicitata nella tesi: la legge del testo (*trialità*) è il testo (*terzietà*) della legge; la genesi del diritto è la ragione del suo uso.

Proprio l'attenzione alla specificità di uomo rispetto agli altri viventi, chiede ora di riprendere la considerazione di quale visione dell'uomo sia in armonia con i due momenti iniziali del diritto, appena indicati come la terzietà e la pretesa. Diviene dunque inevitabile considerare quella visione dell'uomo che consiste nel presentarlo come un osservatore,

poiché questa precisa visione dell'uomo guadagna una consistenza, sempre più diffusa, attraverso le costruzioni proposte dai teorici dei sistemi²⁶. Nel porre attenzione alla formazione del sistema, di qualsiasi sistema, come il diritto, l'economia, l'arte, la religione, etc., la teoria dei sistemi considera che il confine delimitante un sistema da un altro sistema sia in uno stato di continuo rifacimento, secondo una rete di connessioni, tra i diversi elementi dei diversi sistemi, sempre in trasformazione; questa rete di connessioni *accade* nell'uomo in quanto osservatore, ma non appartiene all'esercizio della soggettività dell'uomo.

Si deve cominciare ad aver presente che nella teoria dei sistemi, l'osservatore viene veduto come interno al lavoro stesso che egli compie mediante le sue osservazioni. Cresce sempre più la consapevolezza critica che la conoscenza umana sia una conoscenza finita e che, proprio per questa sua qualificazione, opera con un atteggiamento che si può dire costruttivistico. Alla finitezza della conoscenza umana appartengono molti elementi che sinora erano stati considerati in modo negativo, come dimensioni occasionalmente proprie di questo o di quel singolo uomo. Gli autori della teoria dei sistemi cominciano, invece, a presentare diversamente questi elementi; si sostiene che da "*questi aspetti, queste precondizioni, queste limitazioni risultano le vere e irriducibili matrici costruttive della conoscenza, di ogni cambiamento e di ogni dialogo intersoggettivo*"²⁷. Queste considerazioni avviano ed accelerano uno spostamento da una visione dell'uomo inteso come *soggetto del conoscere-rappresentare* ciò che incontra ad una visione dell'uomo inteso, invece, come *osservatore-costruttore asoggettivo* di ciò verso cui si rivolge.

Si ritiene, pertanto, che un'attenzione integrale alla condizione di finitezza della conoscenza umana chiede di rinunciare alla pretesa di poter indicare un punto centrale, ritenuto essere il fondamento del lavoro di conoscenza. Nella teoria dei sistemi, ciò che tradizionalmente è stato indicato come il soggetto umano viene ora concepito, pertanto, come l'osservatore, il luogo a-soggettivo dello scontro degli elementi delle combinazioni tra i diversi sistemi.

Si pongono delle questioni essenziali circa la consistenza di un'antropologia giuridica costruita su una radicale visione dell'uomo osservatore, così come viene proposta dalla teoria dei sistemi. Questa direzione antropologica ha certo un'incidenza non superficiale nella visione del *diritto*, nella discussione del *rapporto giuridico* in quanto

²⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., p. 866 ss.

²⁷ Cfr. M. CERUTI, *Il vincolo e la possibilità*, Milano, 1996, p. 101.

relazione triale, centrata proprio sulla figura della terzietà giuridica e, dunque, sull'ortonomia che la qualifica, esigendo la coerenza tra *genesi* ed *uso* del diritto.

2. L'antropologia giuridica è un sistema?

Cresce e si consolida l'idea di un'antropologia sistemica che non può che concepire l'osservatore come il luogo, l'incrocio tra i sistemi e le loro molte operazioni; in questa visione dell'uomo, certo non vi è più spazio per una sua concezione come soggetto di diritto, titolare di pretese giuridiche incondizionate nei confronti degli altri e rivolte al terzo-Altro, imparziale e disinteressato, luogo della trialità-terzietà. Non vi è più questo spazio, perché all'uomo osservatore non si può riferire alcuna sua scelta originale e dunque alcuna modalità di esercizio della soggettività, che si manifesti nel trovarsi davanti all'alternativa tra il *sì* e il *no*, nel dire se stesso, scegliendosi. L'uomo-osservatore è ciò che lo fa essere uno stato determinato delle funzioni dei diversi sistemi, ove la dimensione stessa della controfattualità diviene una contraddizione, perché è un effetto della condizione fattuale della catena dei sistemi.

Per discutere sulla consistenza dell'antropologia generale e della antropologia giuridica, proposte dalla teoria dei sistemi, si deve considerare che ciascun sistema sorge e si mantiene tale se permane la sua *chiusura operativa* che è, però, alimentata dalla sua *apertura informativa*. La chiusura operativa di un sistema costituisce la permanenza della sua organizzazione, dunque della sua vita, secondo la funzione che lo individua e le operazioni che alimentano tale funzione; il successo delle operazioni interne ad ogni singolo sistema si conserva proprio se le operazioni rimangono nella operatività specifica e chiusa di quel sistema, che così permane nella sua identità. Se i rapporti tra le diverse parti e i diversi elementi del sistema non dovessero rimanere all'interno della chiusura operativa di un tale sistema, si avrebbe allora il dissolversi del sistema o in un altro sistema o nell'indifferenziato, nell'ambiente. Il finire di un sistema è il suo disgregarsi, dovuto appunto al venir meno della sua chiusura operativa, ossia del mantenersi delle sue operazioni centrate nella ricorsività di quella differenziazione funzionale di quel sistema.

La *ricorsività* delle operazioni del sistema accende l'attenzione sul problema delle *memorie* ed è proprio con la discussione delle memorie del sistema che si può avviare una discussione critica della visione dell'uomo, propria alla teoria dei sistemi, e dei suoi effetti sul diritto, centrati tutti sulla trasformazione dell'uomo-soggetto nell'uomo-

osservatore. Si formano così le domande sulla permanenza, nella teoria dei sistemi, del concetto di *soggetto di diritto* e si svolgono queste domande interrogandosi sulla coerenza o sulla contraddittorietà del permanere del concetto stesso di *diritto*. Ci si interroga sulla distinzione del concetto di diritto dal concetto delle leggi della vita, così da poter cogliere la specificità della figura del terzo e della controfattualità, che sono sempre assenti nelle leggi dei viventi non umani e che costituiscono, invece, la dimensione formativa e differenziale del fenomeno diritto. Questo itinerario di domande è anche orientato ad interrogarsi sulla distinzione tra la *controfattualità differenziante (genesis)* del fenomeno diritto e la *controfattualità operativa (uso)*. Queste due forme di controfattualità possono storicamente essere non coerenti, possono essere tali che la seconda, ovvero la controfattualità operativa, si concretizzi come una negazione della controfattualità differenziante, ovvero di quella che specifica e struttura il costituirsi del fenomeno diritto. Con questa considerazione, si torna a discutere il nesso tra origine e funzionamento del fenomeno diritto, formulando così ancora la domanda sugli effetti di un *uso* del diritto che sia in contraddizione con la sua *genesis*.

Nella vita di ciascun sistema opera, infatti, un'attività selettiva, principale e determinante, quella che funziona secondo un codice binario, costituito da due poli opposti, così descrivibili: un polo accentra ciò che è *funzionale* per la continuazione della vita del sistema, l'altro polo ciò che è *disfunzionale* alla continuazione di tale vita. Nell'esistenza degli uomini si dà, invece, un'attività selettiva non confinabile nella *dualità-esclusione* di un tale codice binario, ma esistita da ciascun soggetto intersoggettivamente nella *trialità-formazione* davanti all'alternativa 'affettiva' così descrivibile: ricostituire con l'altro-Tu l'irriducibilità del se stesso nel funzionamento delle memorie-ripetizione, oppure non ricostituirla, avviare la creazione di senso oppure no.

Nel linguaggio-discorso, è operante sin dall'inizio la figura della trialità-terzietà, perché solo essa regge la comunicazione in modo che la parola di uno dei soggetti della comunicazione non sia il togliere la parola all'altro, non sia la violenza del silenzio imposto all'altro, così che la relazione comunicativa finisca per presentarsi come negazione del diritto dell'altro ad essere il 'chi' della sua parola-ipotesi; è questa la forma più iniziale di presentazione del diritto primo del parlante.

Nell'ordine dell'ipotizzare, il linguaggio prende distanza da ciò che incontra, per rendere possibile, però, un ritorno su ciò che è stato incontrato, un ritorno compiuto secondo un'ipotesi, che si concretizza in una trasformazione di ciò che è stato inizialmente avvicinato. In questo

suo operare, il linguaggio avvia e consolida un mondo diverso dal mondo trovato, consolida un definito insieme di riferimenti che si stabilizza in un *testo*, pur senza chiudersi in una sua insuperabile compiutezza. Questo mondo, diverso dal mondo trovato, da una parte fissa, staticizza l'esercizio della possibilità degli uomini e dall'altra però, attraverso questa fissità, lo libera verso nuovi accrescimenti della creazione di senso. Il testo dura e, proprio per questa sua durata, libera dall'iniziare sempre daccapo; questa specifica liberazione consente che l'attività di creazione di senso non si disperda nel suo stesso puntistico presentarsi e dissolversi, ma si accresca progressivamente, sia la storia.

Soltanto gli uomini sono capaci di storia, perché soltanto gli uomini sono soggetti nell'istituire il *testo* nella storia, in quanto continua formazione di una complessità e di una successiva, corrispondente semplificazione; entrambe queste due dimensioni si allontanano sempre più da un ordine naturale e mostrano che la storia come tale sorge sul linguaggio, nelle sue due direzioni, delle memorie-ripetizione e delle memorie-creazione. Questa seconda dimensione delle memorie non è destinata a nulla di già dato, neppure all'acquisizione di una funzione già data nei suoi elementi e però ancora da acquisire nell'esercizio.

La complessità sociale, come allontanamento dall'ordine naturale, è quanto risulta dal tessuto delle comunicazioni, poste nelle memorie creative, presentate intersoggettivamente dai soggetti. Del resto, una comunicazione si può dare soltanto nella principalità di queste memorie, mediante la loro distanza aprente, rispetto alle memorie ripetizione; all'esterno, rispetto a questa duplice qualificazione della memoria, ci sono soltanto informazioni vitali, transiti di messaggi vitali, che, negli animali privi di linguaggio comunicativo, non hanno mai portato al compiersi di una *rotazione di senso* verso l'istituire una *rotazione di mondo*. *Gli animali non fanno la rivoluzione*, non hanno diversi regimi di organizzazione della loro vita in comune, non hanno alcuna funzione simbolica; non producono le leggi, ma sono presi tra le leggi, che li definiscono. *Gli animali non istituiscono un testo di leggi, secondo la legge del testo*, perché le leggi dei loro comportamenti si danno già come semplici memorie biologiche, non sono istituite in un *testo*, assumendo, come misura (terzietà), di selezione dei contenuti posti in esse, la legge (trinità) del testo.

Discutendo sulla relazionalità del linguaggio, si chiarisce che c'è una essenzialità dell'Altro-terzo nella formazione del se stesso di ciascun parlante; la questione del comprendere se stesso (Io) è sempre attraversata dal comprendere l'altro (Tu) nel medio di un Altro-terzo. Sia nel comprendere se stesso, sia nel comprendere l'altro, il linguaggio non

può essere trattato come un apparato che funziona per se stesso; un linguaggio che dovesse funzionare a prescindere dal *sapersi nel/col sapere l'altro* segnerebbe la negazione del suo appartenere esclusivamente ai parlanti: *gli uomini dicono, perché si dicono con ed agli altri*. Il linguaggio, come apparato di un dire, funzionante a prescindere dal dirsi nel sapere/sapersi dei parlanti, opererebbe come linguaggio sistemico, come il transitare di informazioni lungo il succedersi delle operazioni del sistema, sempre all'interno dell'ordine del reale e nel non incidere dell'ordine del simbolico.

Tra la realtà ed il linguaggio vi è una scissione fondamentale, insuperabile: il tempo della realtà ed il tempo del linguaggio sono separati e hanno una diversa modalità di successione; la realtà si svolge secondo una scansione di fasi che hanno una loro velocità di scorrimento, mentre il linguaggio, che nomina questa realtà, ha una sua diversa velocità di successione negli elementi che lo costituiscono. Questa distinzione segnala che il linguaggio non è la copia della realtà, perché già la sua cronologia è diversa, è altra rispetto alla cronologia della realtà che viene incontrata e nominata.

Così come il linguaggio non ha lo stesso tempo della realtà, così non ha neppure lo stesso spazio della realtà; il linguaggio non è quel luogo di quello spazio, non è in uno spazio definito della circolazione di suoni, anzi è la possibilità di spazializzarsi dei parlanti.

La presenza così centrale della dimensione controfattuale nel linguaggio esige che si chiarisca una tesi che, nella sua estensione generale, è così enunciabile: la genesi di un fenomeno è la misura e la regola dello svolgimento del fenomeno stesso. Letta nella direzione del linguaggio, questa tesi dice che *la genesi del linguaggio è la legge del suo stesso svolgimento*; letta nella direzione del diritto dei soggetti, questa tesi si formula così: *la legge del testo è il testo della legge*. La genesi del linguaggio e del diritto è extra-fattuale; lo svolgimento del linguaggio e del diritto è contro-fattuale. Genesi e svolgimento del linguaggio (*logos*) e del diritto (*nomos*) formano gli elementi di un'antropologia che rimane estranea alla teoria dei sistemi, ove ogni visione dell'uomo è risolta integralmente nella fattualità delle operazioni omogenee alla funzione che specifica il singolo sistema.

3. Sulla scissione tra attività legislativa ed attività giurisdizionale

Facendo riferimento alla distinzione tra l'ordine del reale, costituito sempre da rapporti duali, e l'ordine del simbolico, centrato nelle figure

della tripartita-terzietà della relazione tra i parlanti, si può ora tornare a considerare e discutere la tesi 'la legge del testo è il testo della legge', esaminando alcune ragioni di un suo confronto con le visioni della terzietà del diritto nelle prospettive di Habermas e di Luhmann, considerati in questa successione, perché più radicale, più 'ultima' è la visione del diritto in Luhmann.

Nel suo lavoro dedicato ad una chiarificazione del diritto secondo i due concetti di *fattualità* e di *validità*, Habermas ricorda la visione del diritto di Luhmann, inteso come quel sistema sociale che è 'specializzato' nella stabilizzazione delle aspettative di comportamento²⁸. A partire da questa tesi di Luhmann, Habermas mostra come sia necessario che il diritto si applichi al diritto stesso, considerando come questo avvenga mediante le cosiddette norme secondarie destinate a costituire e disciplinare le competenze relative all'attività legislativa, giudiziaria ed amministrativa.

Per quanto riguarda l'*attività legislativa* viene considerato che essa si svolge certo attraverso le assemblee legislative, che rappresentano i cittadini secondo le diverse formazioni politiche, e che, però, un ruolo di produzione di norme è svolto anche dalle attività giurisprudenziali e amministrative; l'*attività giurisprudenziale* adatta il diritto vigente ad esigenze e situazioni nuove, che emergono nel momento del giudizio; l'*attività della pubblica amministrazione* disciplina costantemente se stessa, assolvendo al compito di un'inevitabile attività di programmazione.

Considerando la distinzione abituale tra i tre ordini – legislativo, giudiziario ed amministrativo –, veduti come i tre luoghi, meglio le tre funzioni principali, i tre poteri dello Stato, Habermas, dal suo punto di vista, quello della 'sua' teoria discorsiva del diritto²⁹, sostiene che "siccome tutte le comunicazioni giuridiche rinviano a diritti azionabili, il procedimento giudiziario forma il punto di fuga prospettico da cui analizzare il sistema del diritto"³⁰. Confermando questa sua considerazione, Habermas afferma, pertanto, che "la teoria del diritto resta sempre in primo luogo teoria della giurisdizione e del discorso giuridico in senso stretto"³¹. La teoria della giurisdizione viene presentata da Habermas come una teoria della razionalità

²⁸ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Milano, 1996, p. 232.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ivi*, p. 234.

³¹ *Ibidem*.

giurisdizionale, sempre intesa e discussa nella direzione della sua "teoria discorsiva ... concezione proceduralista del diritto"³².

Habermas, avendo così centrato nel procedimento giudiziario il luogo privilegiato per l'osservazione integrale del diritto, situa alcune sue considerazioni all'interno dei due concetti che costituiscono il titolo stesso della sua opera, destinata ad una compiuta *teoria discorsiva del diritto*; questi due concetti sono quelli di *fattualità* e di *validità*, che però, nella costruzione di Habermas, non fanno alcun riferimento inteso ad una considerazione del procedimento giudiziario che metta in discussione la questione centrale di tale procedimento, ovvero una definita qualificazione della figura del *terzo giudice*, secondo una considerazione critica del concetto di *terzietà*, nel suo nesso con il concetto di *trialità*.

Le questioni relative al procedimento giudiziario sono viste da Habermas come questioni che interessano i concetti di fattualità e validità, perché ad essi corrispondono, rispettivamente, il principio della certezza del diritto e la pretesa di decisioni giuste³³. Così intese, fattualità e validità interessano e si risolvono nella certezza del diritto e nella pretesa di decisioni giuste; si tralascia di mettere in discussione che fattualità e validità, così come certezza del diritto e pretesa di decisione giusta, sono tutte dimensioni diversamente interpretate secondo i diversi modi di intendere la figura della terzietà nel suo rapporto con la trialità.

Una visione intensa della questione del terzo-Altro del diritto apre un'alternativa originaria, che consiste nel discutere tutto ciò che si riferisce al diritto, situandolo in una terzietà a) ristretta nel solo ordine del procedimento giudiziario oppure b) posta nell'interesse del diritto, che comprende anche l'attività legislativa, ordinata alla produzione delle norme, e l'attività di polizia, che ne garantisce la concretizzazione.

Queste prime considerazioni intendono mostrare che la questione della terzietà è la questione stessa del diritto nella sua interezza, ovvero è la questione della distinzione del diritto rispetto agli altri fenomeni della vita di relazione.

Nel discutere la questione del terzo-giudice, si incontra una prima alternativa che consiste nel domandarsi o meno che cos'è che distingue il diritto dagli altri fenomeni; verso questa alternativa, si danno le sollecitazioni che vengono da Kojève per chiarire che, davanti ad essa, si è chiamati a cogliere nella terzietà il momento di *differenziazione*

³² *Ivi*, p. 232.

³³ *Ivi*, p. 235.

fenomenologica del diritto e non semplicemente un momento di *differenziazione funzionale*.

Questi accenni alle tesi introduttive di Habermas, quanto al tema della giurisdizione, portano a interrogarsi, confrontandosi con la costruzione di Luhmann, se ogni discorso sul diritto si possa limitare ad essere un discorso sulla *differenziazione funzionale* senza mettere in questione ed interpretare la *differenziazione fenomenologica*; ci si chiede così anche se si possa tralasciare di discutere la distinzione tra l'ordine del reale e l'ordine del simbolico, ove si forma ed incide la dimensione della *controfattualità*, specifica e formativa del diritto. Proprio con riferimento a queste alternative, si presentano i problemi relativi ad una comprensione critica del diritto nella società complessa, secondo una descrizione che si riferisce all'una oppure all'altra delle due forme di terzietà, che rappresentano la condizione di bivio quanto al diritto nella modernità: a) la terzietà corrispondente ad una differenziazione solo funzionale e b) la terzietà corrispondente ad una differenziazione fenomenologica.

La direzione funzionale e la direzione fenomenologica si chiariscono, a loro volta, secondo il negare oppure l'affermare l'attenzione alla qualità del relazionarsi degli uomini, nel rimuovere oppure nell'assumere la tesi: *la legge del testo è il testo della legge*. Questa tesi, a sua volta, ha senso pieno nella coalescenza di *trialità* (*logos*) e terzietà (*nomos*).

Nel considerare le sue tesi sulla centralità procedimento giudiziario non si può non considerare che certamente anche in Habermas il diritto viene riferito, secondo l'esplicito rinvio a Luhmann, alla "*stabilizzazione delle aspettative di comportamento*"³⁴; in questo modo, però, si deve prendere atto che c'è un riferimento ad una dimensione controfattuale, perché il diritto per stabilizzare le aspettative di comportamento le deve fissare nei contenuti delle norme giuridiche, così da poter garantire che se il procedere dei fatti, della *fattualità*, è tale da mettere a rischio una condizione di stabilità quanto alle aspettative di comportamento contenute nelle norme vigenti, allora si attiva l'incidere del diritto; la specificità di questo fenomeno si mostra nell'immettere una misura contro tale direzione della fattualità, nell'introdurre *controfattualità*, così da assolvere alla sua funzione di stabilizzare le aspettative di comportamento.

Secondo questa direzione, la controfattualità opera però soltanto contro quella fattualità che minaccia e prevale su una già definita modalità di stabilizzazione delle condotte degli uomini e delle aspettative

³⁴ *Ivi*, p. 232.

che vi si riferiscono, quella modalità che è già contenuta nelle norme vigenti. Questa controfattualità è quella che interviene solo nel funzionamento, nell'*uso* del diritto già istituito, ma in esso non ripresenta, come si vedrà, il suo intervenire nella *genesì* stessa del diritto; quanto a questa seconda dimensione, si ha che il diritto non è tanto il rimedio ad una determinata aspettativa, resa prima normativa e poi delusa dai fatti, dalla fattualità, quanto è, più inizialmente, il processo destinato alla liberazione delle relazioni tra gli uomini dall'essere lasciate al prevalere di un qualche fatto più, della fattualità, anche nelle modalità di ciò che è più perché più-vive. Queste distinzioni sollecitano a chiarire due qualificazioni della controfattualità del diritto, a) quella *costitutiva*, che lo individua nel suo sorgere (*genesì*) e b) quella *operativa*, che lo qualifica nel suo funzionamento (*uso*).

Nel suo lavoro *Fatti e norme*, Habermas ritiene centrale il momento del procedimento giudiziario, così da sostenere esplicitamente che la teoria del diritto è una teoria della giurisdizione³⁵; però, questa sua teoria del diritto non considera che la teoria della giurisdizione, pensata, come esplicitamente egli stesso sostiene, secondo la teoria del discorso, deve chiedersi se la giurisdizione possa incontrare il momento del 'diritto posto', dunque il momento dell'attività del legislatore, come un momento del diritto, estraneo alla teoria del discorso, non radicato in essa. Con queste domande si pone in questione se il trattamento del diritto nel momento della giurisdizione possa essere indifferente al trattamento del diritto nel momento della attività legislativa e dunque poi nello stesso momento della attività di polizia, che garantisce concretizzazione esecutiva ai due momenti che lo procedono.

Tutto questo ha un rilievo centrale se si considera che lo stesso Habermas dice che la sua interpretazione apre "*la strada a una teoria del discorso giuridico che adotti esplicitamente una impostazione intersoggettiva*"³⁶; teoria del discorso giuridico e dimensione centrale dell'intersoggettività possono essere confinati esclusivamente nel momento del procedimento giudiziario, senza avere riferimenti nell'attività di produzione legislativa del diritto?

Si può fare riferimento ad una intersoggettività che si qualifica diversamente nella produzione delle norme e nella loro applicazione, ad una intersoggettività che è, ad esempio, assoggettante nel fare del legislatore ed è liberante nel fare del giudice, o viceversa?

³⁵ *Ivi*, p. 234.

³⁶ *Ivi*, p. 235.

Per quanto si è già mostrato, la tesi 'la legge del testo è il testo della legge' comporta che il riferimento all'intersoggettività sia da compiere nelle tre direzioni delle tre figure della terzietà e dunque non solo rispetto alla giurisdizione, terzo giudice, ma anche rispetto alla terzietà del legislatore ed alla terzietà della polizia.

La scissione tra attività legislativa ed attività giurisdizionale è esplicita nella costruzione di Habermas ed è presentata nella scissione tra procedure razionali di produzione del diritto e procedure razionali di applicazione del diritto; sembrerebbe cioè che si possano nominare i concetti di diritto e di ragione in un modo, quando li si riferisce alla produzione del diritto, ed in un modo diverso, quando li si riferisce all'applicazione del diritto.

Si discute della "*prassi decisionale giudiziaria*"³⁷, senza mettere in questione che non discutendo le due qualificazioni della controfattualità, quella formativa (attività legislativa) e quella operativa (attività giurisdizionale e di polizia), si genera una radicale scissione tra i tre momenti della terzietà, che, invece, solo nella loro unità costituiscono le forme storiche del fenomeno diritto, quelle esistite da ogni singolo uomo, quando entra in rapporto con l'interezza di questo fenomeno. Non si può nominare il diritto che entra nel processo della giurisdizione senza nominare il diritto che lo stesso processo di giurisdizione assume come suo momento essenziale di riferimento, il diritto trattato dall'attività del legislatore.

La tesi '*la legge del testo è il testo della legge*' non consente di pensare che ci possa essere una razionalità della *giurisdizione* che non sia legata alla razionalità della *legislazione* ed alla razionalità della *polizia*. Il termine 'testo' esige che la qualità triale della relazione intersoggettiva incida già nel momento di selezione delle norme che sono poste, dunque nel momento dell'attività legislativa, e che continui ad essere presente nei momenti di concretizzazione-esecuzione, che sono quelli dell'attività di giurisdizione e di polizia.

Ogni pensiero sul diritto che si tenga nella divisione tra queste tre figure della terzietà incontra il diritto inevitabilmente in una condizione di astrattezza, rispetto all'unità inscindibile dell'essere uomo; non coglie il diritto nella sua pienezza, che consiste nell'unità dei tre momenti della terzietà del diritto, appena indicati; una tale unità è quella che si impianta nella coalescenza di *logos* (trialità) e *nomos* (terzietà). Il singolo esistente che incontra il diritto non si frantuma incontrandolo con

³⁷ *Ibidem.*

tre partizioni del suo io, confinati nei tre spazi dei tre ordini ricordati: legislativo, giudiziario e di polizia.

Proprio la considerazione dei due ordini della controfattualità, la *controfattualità costitutiva*, quella della differenziazione fenomenologica – il sorgere del diritto nell'attività *legislativa* – e la *controfattualità operativa*, quella propria del concretizzarsi del diritto nelle attività *giurisdizionale* e di *polizia*, proprio l'unità di questi due ordini della controfattualità costituisce la specificità del diritto, così come si mostra nella dimensione della *pretesa giuridica* e quindi nella qualificazione dei diritti, intesi, con i termini stessi di Habermas, come diritti azionabili. Il 'chi', il soggetto della pretesa è tale nella sua unità e lo è verso l'unità dei tre ordini del diritto, corrispondenti alle tre figure della terzietà del diritto; non c'è un io per l'attività legislativa, un io per quella giurisdizionale ed un io per quella di polizia.

Descrivendo la *controfattualità fenomenologica*, quella costitutiva del sorgere del diritto, nella sua differenziazione dagli altri fenomeni della relazionalità, si deve dire che la *controfattualità operativa*, quella posta in opera dal terzo giudice, vi è connessa in unità proprio nell'esercizio della *pretesa giuridica*, già presentato e discusso come momento originario della differenziazione del fenomeno diritto, rispetto agli altri fenomeni.

Considerando la tesi di Hegel 'il diritto è il superamento del fatto che esclude'³⁸, e, dunque, cogliendo in modo centrale l'istituzione della controfattualità, si torna a pensare che i due elementi più iniziali della giuridicità sono dati dalla a) controfattualità costitutiva, che regge l'esercizio possibile della pretesa nell'ordine della b) controfattualità operativa, che garantisce la pretesa nel suo concretizzarsi. In Habermas, la scissione tra attività legislativa ed attività giurisdizionale impedisce di cogliere la pienezza della *pretesa giuridica*, che ha il suo senso proprio nell'unità di tali due figure del terzo-Altro, quella del terzo legislatore e quella del terzo giudice, rinviati al terzo polizia. Il singolo può pretendere solo a partire dal diritto vigente, risultante dall'attività legislativa; *la pretesa giuridica è presentata al terzo-giudice, ma può essere ascritta alla specificità del fenomeno diritto se i suoi contenuti sono omogenei all'unità di 'legge del testo (logos)' e 'testo della legge (nomos)'*, l'unità che costituisce la figura del terzo-legislatore; solo così si tratta di una pretesa giuridica e non di una pretesa fattuale, contro-a-giuridica.

³⁸ Cfr. il mio *Riconoscimento e diritto. Interpretazione della Filosofia dello spirito jenesse (1805-1806) di Hegel*, Roma, 1975.

Una teoria del diritto costruita a partire da una teoria del discorso, ovvero secondo l'espressione di Habermas, "*una teoria discorsiva del diritto*"³⁹, non può evitare di chiedersi se il discutere sul discorso non sia già, sin dal suo momento più iniziale, tanto interno quanto esterno al discorso. Nello svolgimento di qualsiasi discorso, gli uomini sono sempre in una condizione che è sia interna, sia esterna al discorso stesso, perché sono sempre in un rapportarsi al discorso stesso, in un loro non-coincidere con il discorso attuale, non risolvendosi nella dimensione di ciò che è detto attualmente, privo delle domande rinviati del dirsi nel dire; queste domande non si esauriscono temporalmente nel presente (dimensione dell'attuale), ma sono nell'unità con il passato ed il futuro (dimensioni dell'inattuale). Si può certo sostenere che gli uomini non si trovano mai in situazioni extradiscorsive, ma si deve precisare che non coincidono mai con nessuna situazione discorsiva, nel suo darsi presente, poiché vi si riferiscono ec-staticamente nell'assumere il passato e nell'ipotizzare il futuro.

Anche per il discorso, si deve fare riferimento alla presenza essenziale delle memorie, al potersi dare di un qualsiasi discorso sempre e solo a partire da memorie che si sono consolidate e che si compongono in unità con le memorie che riavviano l'iniziare, come riiniziare oltre le modalità del ripetere ciò che si è consolidato. Un discorso non comincia mai dal nulla, muove sempre da una serie di elementi di uso e di significazione che si sono consolidati e sono divenuti delle memorie, funzionalmente pronte per essere ricorsivamente impiegate. Nell'intraprendere un discorso, quanti discutono si ritrovano accomunati da un medesimo codice linguistico, da un comune tessuto di significazioni, ove ciascuno può ritrovare sia i modelli del suo discutere relazionale con gli altri, sia la ripresa possibile della singolarità del suo se stesso. Ci sono, dunque, le memorie di funzionamento del discorso, che sono il *dire* il discorso e mancano del dirsi dei soggetti nel discorso, mancano di quel *dirsi* che riceve una sollecitazione quando intervengono quelle memorie che 'ricordano' non le operazioni e le fasi di un qualche funzionamento linguistico, ma il modo in cui ci si tiene aperti nel riferirsi a ciò che è già in un funzionamento, non coincidendovi, prendendone distanza. Queste ultime sono *memorie non funzionali*, le prime sono *memorie funzionali*.

Quando si discute sul discorso, queste due memorie entrano in gioco e non consentono di fare come se il discorso fosse sia il soggetto, sia l'oggetto del discorso stesso, ma anzi chiamano a considerare il discorso (memorie-ripetizione) nel suo essere il luogo dei discorrenti (memorie-

³⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 235.

creazione), 'chi' delle due forme di memorie, considerando essenziali le regole del relazionarsi tra i parlanti (terzietà/*nomos*) come regole del formarsi della relazione discorsiva (trialità/*logos*).

4. Teoria del discorso, teoria del diritto

Habermas rinvia la sua teoria discorsiva del diritto ad un "*concetto forte di razionalità procedurale ... nella dimensione pragmatica dello stesso processo di fondazione*"⁴⁰; questa via è direzionata integralmente verso il concetto di 'giustizia' dei giudizi, ovvero verso il concetto di giustizia dell'opera del terzo giudice.

Questo itinerario si svolge pur sempre nella distinzione tra *discorsi di fondazione* e *discorsi di applicazione*, nel convincimento che nei discorsi di applicazione si possa arrivare ad una descrizione la più completa possibile del caso della controversia, sino a guadagnare un orizzonte universale, così da "*rendere sempre possibile il convertirsi reciproco delle prospettive dei diretti interessati con le prospettive degli estranei consociati giuridici rappresentati da un giudice imparziale*"⁴¹. Si tratterebbe di far vivere la formazione degli argomenti migliori in una ricerca comune della verità da applicare al caso della controversia; tutto ciò dovrebbe avvenire come se nel discorso tra i molti interessati e nella ricerca di una verifica tendenzialmente universale, fosse possibile, per ogni singolo partecipante al discorso giuridico, dire e ricevere l'argomento capace di avere un'accoglienza universale, di ricevere un'accettazione razionale da parte di tutti. Questa condizione presuppone che ognuno possa prendere parte al discorso comune essendo già egli stesso così immedesimato nel ruolo del terzo sino a rimuovere il suo originale ipotizzare, tanto da essere imparziale e disinteressato, ovvero senza 'sue' ipotesi.

Criticamente e con distanza verso la costruzione di Habermas, verso la 'sua' proposta del 'discorso giuridico', si deve considerare che ciascun uomo prende parte al discorso mediante due direzioni non riducibili mai in una oppure in un'altra delle due; sono le due direzioni del *dire* e del *dirsi*, che non consentono mai un momento di chiusura, un fissarsi in una delle due direzioni. La specificità del discorso del diritto si differenzia proprio per l'essenzialità del momento di chiusura di questo discorso, centrato nella figura del terzo-giudice, distinto dal dirsi dei discorrenti, perché la sua opera è 'giuridica' in quanto si connette in unità essenziale

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ivi*, p. 273.

con le altre due figure della terzietà, il terzo legislatore ed il terzo polizia. La qualificazione temporale del terzo legislatore è quella del passato, dell'essere-stato, dunque irriducibilmente distinta da quella del continuo presente che qualifica il tempo dei discorrenti nella prassi della ragione procedurale.

Si apre così la questione del *tempo del discorso* e del *tempo del diritto*, che si può chiarire con riferimento alle tre dimensioni temporali, corrispondenti alle tre figure della terzietà.

Il diritto, il discorso del diritto, opera necessariamente attraverso il fissare, il porre in condizione di stasi il processo infinito del discorrere. Nell'operare concreto della formazione del giudizio giuridico, il terzo giudice costituisce quella figura che, davanti all'infinita del discorrere, ne avvia e ne fissa la chiusura, concretizzata poi dalle diverse operazioni del terzo-polizia, che esegue il presente, nella fissità di quell'immagine, che ha fermato il discorrere.

L'interezza dell'esperienza giuridica mostra così l'unità essenziale di tre anelli – reale, simbolico, immaginario –, pur nella priorità temporale dell'anello del *reale*, ovvero dell'attività del legislatore, proprio perché la pretesa quanto al darsi di una ragionevolezza della decisione giuridica può essere assolta esclusivamente nel presupposto dell'essersi già data dell'attività del terzo legislatore, nella sua ragionevolezza.

Considerando i tre anelli nell'ordine inverso a quello finora presentato si ha che: a) *l'immaginario*, assunto nell'opera della polizia, esegue e garantisce il momento (tempo del presente) della fissità della sentenza; b) il *simbolico*, esercitato dal terzo giudice, volge la sua attenzione al futuro delle relazioni (tempo del futuro), avendo compiuto la connessione tra la *situazione generica*, il contenuto delle norme, e la *situazione singola*, esaminata nel giudizio; c) il *reale*, costituisce il momento dell'essere stato prodotto (tempo del passato) di un insieme di norme, che legittima l'opera degli altri due anelli.

Questi tre anelli costituiscono la triplicità delle qualificazioni essenziali della terzietà del diritto, manifestata nell'anello del giudizio giuridico, ma situata nell'unità di questo anello con gli altri due, quello del legislatore e quello della polizia; si tratta di una unità che ha la struttura nel modello del nodo borromeo, ove il cadere di un anello comporta il cadere degli altri due, quale che sia l'anello che si considera venir meno per primo. Il giudizio del terzo giudice chiude la controversia e così stabilizza le relazioni, ma compie questa sua opera in unità essenziale con gli altri due anelli, dunque principalmente con l'anello del terzo legislatore e con la sua qualificazione temporale, il passato, che, oltre il suo essere-stato cronologico, presenta la priorità fondativa della *legge*

del testo’, la *trialità*, che non ha alcun altro ‘prima’, ma è l’inizio della vita del diritto.

Il ‘concetto forte di razionalità procedurale’, invocato da Habermas, ha il suo terreno di confronto critico proprio nella tesi ‘*la legge (trialità/logos) del testo è il testo (terzietà/nomos) della legge*’. Questa tesi dice che la ragione procedurale è una dimensione secondaria ed operativa rispetto alla coalescenza di logos e nomos; il cerchio costituito da ciò che è nominato con questi due termini non è il prodotto dalla prassi ‘procedurale’, ma ne costituisce l’origine; la genesi del diritto (controfattualità costitutiva) misura l’uso del diritto (controfattualità operativa).

Nessuna proceduralizzazione della giuridicità può situare i parlanti nella disponibilità della *trialità (logos)*, che opera come *terzietà (nomos)*, nell’unità delle sue tre figure; la *trialità* non è, dunque, materiale di un qualche convenire procedurale, ma costituisce l’inizio fondativo di ogni convenire, è il convenire essenziale⁴².

Il cosiddetto ‘concetto forte di razionalità procedurale’, invocato da Habermas⁴³, non si può riferire alla controfattualità costitutiva, che non è il prodotto di procedure razionali, ma è l’origine di ogni procedere della ragione nel diritto; il ‘concetto forte di razionalità procedurale’ si può riferire solo alla controfattualità operativa, perché è un concetto che, in Habermas, muove da un *riconoscere* che è solamente un *conoscere*.

⁴² Cfr. il mio *Critica della ragione procedurale*, Roma, 1995.

⁴³ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme, cit.*, p. 269.

Capitolo IV Terzo giudice e terzo funzionale

1. Complessità della decisione

Si è mostrato che l'unità delle tre figure della terzietà del diritto è radicata nella triadicità della 'legge del testo' che incide come 'testo della legge' e che questa unità ha la struttura del nodo borromeo, ovvero è tale che il venir meno di una delle tre figure comporta il venir meno delle altre due. Nell'attuale società complessa, la condizione dell'unità delle tre figure del terzo del diritto si può discutere riferendola criticamente alla trasformazione del concetto di giustizia in Luhmann.

Secondo Luhmann, nella società complessa, la giustizia si trasforma in consistenza del decidere⁴⁴; con il termine giustizia e con il concetto di *giustizia* non si tratta più di 'ciò che si deve a ciascuno', ma si discute il problema della *consistenza del giudizio giuridico*, ovvero si discute se una decisione sia consistente, considerando che lo è quando un caso concreto viene deciso in conformità al diritto inteso come sistema, alimentato, nel codice binario della sua specifica funzione, dalla catena degli altri sistemi sociali, quelli dell'economia, della politica, etc.

Nell'interpretazione di Luhmann, la condizione contemporanea della società complessa fa cadere la questione di una 'misura giusta', di un metro applicato secondo giustizia, secondo la figura del terzo, che è giusto se è il terzo imparziale e disinteressato tra le due parti di una controversia, il terzo che pone in opera la triadicità, nel suo incidere come terzietà.

Con l'affermarsi della complessità sociale e quindi delle corrispondenti strutture della società complessa, il problema del diritto, dell'amministrazione della giustizia, è ritenuto non essere quello di una misura giusta che abbia i tratti della terzietà nel senso pieno di questo concetto, nell'unità delle sue tre figure⁴⁵; il problema della giustizia diventa quello di produrre una decisione che possa avere una sua ricorsività nel sistema diritto ovvero una decisione che possa essere riprodotta all'interno della vita di tale sistema, come una delle sue operazioni, che, autopoieticamente, lo tengono in vita. Tutto ciò è annunciato da Luhmann con la tesi che indica la "*giustizia non più*

⁴⁴ Cfr. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1995, p. 227.

⁴⁵ Cfr. A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, cit., p. 184 ss.

concepita o non soltanto ancora per scopi della morale e dell'etica e come virtù"⁴⁶.

Quanto avviene nella vita del sistema diritto si compie nel momento centrale del sistema, che è il momento del giudizio giuridico; in questo momento, che costituisce dunque il nucleo anche sistemico della giuridicità, si nomina il decidere, la decisione giuridica nella sua struttura 'paradossale', perché Luhmann ritiene che *c'è la possibilità di decidere solo quando ci si riferisce a qualcosa di non decidibile*⁴⁷. In questo modo, si sostiene che, all'interno della teoria dei sistemi, si apre la questione del decidere, del giudizio giuridico e dunque della terzietà, proprio perché si è davanti alla dimensione del non-decidibile, intendendo con ciò che la decisione non è deducibile da un principio, da una verità, da un'ordine che già si danno come tali; anzi la decisione c'è proprio perché non muove da alcun momento fondativo che la regoli, secondo principi universali, comunicabili; in senso più esplicito, *il non/decidibile nomina ciò che non può essere deciso secondo una ragione argomentata nell'ordine fondazionale. La ragione giuridica della decisione diviene la ragione sistemica, in quanto ragione immunitaria, retta dalla logica immunitaria.*

Il sistema diritto opera mediante un codice binario, con due poli opposti, il polo diritto ed il polo non-diritto; l'attivazione di questo codice binario, e quindi la selezione di ciò che è assegnato al *polo diritto* o di ciò che è assegnato al *polo non-diritto*, avviene mediante i programmi condizionali, prodotti dagli altri sistemi sociali. Come si discuterà ancora, questo chiarisce perché la *giustizia*, amministrata dal terzo – in Luhmann, dal 'terzo funzione', non dal terzo imparziale e disinteressato – diventi una *formula di contingenza*, perché non possa che operare come un momento contingente che esprime un certo assetto di equilibrio fattuale tra i diversi sistemi sociali; la giustizia, in quanto formula di contingenza, esprime uno stato della catena dei sistemi sociali, sempre nella direzione di ciò che è la consistenza del giudizio, ovvero la sua ricorsività, come operazione del sistema, tra le operazioni che ripetendosi lo mantengono in vita, perché nel ripetersi, 'consistono' e consolidano il sistema.

In questa direzione, la tesi *'la legge del testo è il testo della legge'* viene sostituita dal principio *'una condizione contingente della fattualità della catena dei sistemi è la legge'*, ove scompare la centralità del 'testo', nel suo essere l'unità-distinzione di triadicità (*logos*) e di terzietà

⁴⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 227.

⁴⁷ *Ivi*, p. 229.

(*nomos*); la formazione della relazione discorsiva, che dura nel testo, *la legge del testo*, non è, in Luhmann, *il testo della legge*, l'opera dovuta alla ragione dell'unità triadica-terzietà, come principio selettivo delle norme giuridiche di una definita condizione storica.

2. L'uguaglianza funzionale

Nella descrizione di Luhmann, si arriva alla decisione, alla sentenza, quando il terzo giudice compie, anzi osserva il compiersi dell'attivarsi dei due poli opposti, diritto e non-diritto; questo attivarsi accade secondo la fattualità della catena dei sistemi che riferisce ed ascrive ad un polo, positivamente, alcuni contenuti della relazionalità umana ed al polo opposto, negativamente, altri contenuti; davanti all'accadere di questi movimenti del funzionamento della catena dei sistemi, il terzo giudice come coscienza spettatrice ed asoggettiva si trova esposto ad altri due poli, quello dell'uguale e quello del non-uguale. Queste due espressioni, uguale e non uguale, non fanno più alcun riferimento al modo di essere dell'uomo e alla qualità della relazione tra gli uomini, ma si riferiscono esclusivamente alla funzionalità operativa che serve il sistema con il trattare casi uguali in modo uguale; si è davanti solo a qualificazioni intraprocedurali, di strumenti capaci di trattare la complessità attraverso processi di semplificazione. Come la giustizia, anche l'uguaglianza consiste solo in una forma contingente delle relazioni tra gli uomini, più precisamente delle relazioni che hanno un rilievo giuridico secondo quell'attivarsi del codice binario del sistema diritto che è compiuto dai programmi condizionali degli altri sistemi sociali. Giustizia e uguaglianza dipendono ora dai programmi condizionali, prodotti dagli altri sistemi sociali, dal se-condizione di un definito programma, 'condizionale' appunto, dall'attivarsi del codice binario del sistema diritto, nel suo legame di condizione con gli altri sistemi; questo 'se' costituisce ora l'unico metro di orientamento, la sola ragione, esclusivamente sistemica e contingente, dell'opera del terzo giudice, nel suo produrre la decisione sulla controversia.

La questione del terzo, del giudizio giuridico, diviene pertanto in Luhmann esclusivamente la questione della funzionalità del giudizio quanto al funzionamento dell'intera catena dei sistemi sociali e pone centralmente una questione sola, quella della consistenza del giudizio, che diviene la qualità centrale dell'opera del terzo giudice e che significa *decidere in modo consistente con giudizi consistenti*: trattare i casi da

decidere in modo da separare casi uguali da casi non uguali⁴⁸, affinché la *complessità* delle situazioni da trattare possa essere materia di *semplificazione*. Complessità e semplificazione sono centrate nel successo dei sistemi, vi si alimentano e lo producono, mantenendo in vita i sistemi, nell'indifferenza quanto al loro incidere sul singolo e sul senso esistenziale delle relazioni tra i singoli. *Il giudizio giuridico è consistente se è funzionale al permanere del sistema diritto, funzionale, a sua volta, al permanere della catena dei sistemi*; questo esige di separare casi uguali da casi non uguali e di compiere questa separazione solo a partire dal 'se' dei programmi condizionali degli altri sistemi sociali, così da impedire la regressione nell'ambiente, nell'indifferenziato, prima, delle funzioni dei singoli sistemi e, poi, dell'intera catena dei sistemi sociali. Giustizia ed uguaglianza diventano concetti interni al diritto come sistema e risolti nei rapporti tra il sistema diritto, il suo codice binario diritto/non diritto ed i programmi condizionali, forniti dagli altri sistemi. In quanto tali, giustizia e uguaglianza sono ora concetti posti in opera dal terzo-funzione, escludendo ogni rinvio a questioni classiche del pensiero filosofico, tagliando certamente ogni nesso con una dottrina della giustizia, riferibile al nesso triadità-terzietà.

Ancora quanto ai concetti di giustizia e eguaglianza, Luhmann considera che le norme giuridiche, prima, e l'opera del terzo giudice, poi, comportano sempre una qualche restrizione della libertà e quindi producono delle condizioni di non-uguaglianza: alcuni uomini, per il rilievo giuridico-sistemico acquisito dalle loro condotte, sono differenziati e resi non uguali rispetto agli altri uomini, per i quali le loro condotte non hanno acquistato un rilievo giuridico o ne acquistano uno diverso. In questo modo, si mostra che l'operare del sistema diritto e l'intervento centrale del terzo giudice producono sempre una condizione nuova, sia di uguaglianza, sia di non-uguaglianza, riferita ad alcuni uomini e non a tutti gli uomini; quando si hanno questi effetti della terzietà sistemica si constata allora un allontanarsi dallo *stato di natura*, che è sempre un contemporaneo prodursi dello *stato civile*.

Queste considerazioni servono a Luhmann per sostenere che, già nel suo primo operare, il diritto incide in contraddizione rispetto al cosiddetto diritto naturale, perché produce una sorta di caduta del diritto naturale, proprio in quanto viene definita e qualificata una certa dimensione della condizione di natura e attraverso ciò vengono introdotte delle distinzioni, assenti in natura; *quanto più ci si allontana dalla condizione naturale tanto più si producono condizioni di non-*

⁴⁸ *Ivi*, p. 232.

uguaglianza sino al darsi di una situazione di complessità che, nella condizione post-moderna, viene trattata dai processi sistemici di semplificazione, impiantati nella logica immunitaria, destinata alla vita dei sistemi.

Per la teoria dei sistemi, nello spazio tra complessità e semplificazione, incide l'opera del terzo giudice, in quanto terzo-funzione, estraneo alla tesi *'la legge del testo è il testo della legge'*, perché *il terzo sistemico non muove dagli uomini nella reciprocità, universalità ed incondizionatezza del riconoscimento nella relazione discorsiva (trialità-terzietà), ma dal successo contingente delle operazioni dei sistemi (dualità).*

3. Il giudice 'osservatore di secondo grado'

Nella discussione sulla terzietà del diritto in generale e sul terzo giudice in particolare, diventa necessario considerare questa tesi di Luhmann: *"il fondamento del diritto non è una idea fondante in quanto principio, ma è un paradosso"*⁴⁹. Con questa tesi, Luhmann sostiene che il fondamento del diritto non consiste nella natura, nelle essenze, né, dunque, nei cosiddetti diritti naturali, ma consiste in questo: la regolamentazione giuridica non può che accadere all'interno del sistema giuridico, con la conseguenza che le limitazioni della libertà introdotte giuridicamente fanno riferimento alla non uguaglianza oppure all'uguaglianza di casi giuridici e mai, invece, alla non uguaglianza oppure all'uguaglianza degli uomini nel loro relazionarsi in quanto uomini, soggetti parlanti secondo la legge del 'testo'.

Con queste affermazioni, Luhmann sostiene che *il terzo del diritto opera come osservatore di secondo grado*, nel concretizzare il suo lavoro di trasformazione di una certa condizione, inscritta in aspettative normative, secondo le coppie libertà/limitazione, uguaglianza/non uguaglianza. Queste considerazioni interessano in modo specifico la società complessa, così come si dà attualmente, proprio perché in questa società il terzo opera intervenendo sempre più sui materiali prodotti dal modo in cui altre forme di osservazioni precedenti sono già intervenute, osservando i singoli casi, le condotte di singoli uomini o di gruppi di uomini, i singoli soggetti o le entità macrosoggettive. Qualsiasi decisione assunta dal terzo, su controversie esposte al suo giudizio, è attualmente una decisione che interviene su una catena di decisioni

⁴⁹ *Ivi*, p. 235.

precedenti ed è pertanto sempre più lontana dalle cosiddette condizioni 'naturali' degli uomini e delle cose.

La figura centrale del terzo interviene nel funzionamento del sistema diritto sempre attraverso il modello dell'osservatore di secondo grado e, dunque, sempre internamente alla giustizia come formula di contingenza⁵⁰. Infatti, secondo l'analisi di Luhmann, l'opera di un'osservazione di secondo grado permane nel suo essere contingente, perché si trova sempre ed insuperabilmente situata davanti ad un bivio che non ha una uscita argomentata secondo *logos* e *nomos*. Ogni osservazione di secondo grado permane nella condizione di contingenza, perché, indifferentemente, può osservare l'uno oppure l'altro versante della forma che essa introduce con la sua opera di osservazione; osservare è, infatti, introdurre una forma con due versanti, uno da una parte e l'altro dalla parte opposta. L'osservatore di secondo grado, osservando, osserva in modo che potrebbe muovere indifferentemente prima dall'osservatore di primo grado oppure dai materiali da questi osservati. Nella condizione moderna, quella della società complessa, l'osservatore di secondo grado muove sempre più a partire dall'osservazione compiuta dall'osservatore di primo grado e sempre meno dai materiali che questi osserva. Questo procedere non può che risentire della contingenza dell'osservatore di primo grado, che, nel compiere la sua osservazione, presenta una contingenza dovuta alla specifica struttura tridimensionale, ora ricordata, della sua osservazione, che si può tornare a formulare così: a) introdurre una forma, b) designare uno dei due versanti aperti dalla forma introdotta e c) asimmetrizzare a partire da un versante designato, invece che da un altro versante. Tutto ciò accade in modo del tutto contingente, senza un fine, coincide con il mantenersi in vita di ciò che è prodotto dall'intera attività dell'osservare, posta all'interno di una differenziazione solo funzionale, che costruisce ciascun *sistema* su una funzione, togliendolo così dall'*ambiente*, privo o povero di funzioni differenzianti, dovute alla composizione tridimensionale dell'osservare; nell'*ambiente* non c'è l'osservare, non ci sono sistemi.

Secondo queste considerazioni di Luhmann, il terzo del diritto non muove dall'esistere-coesistere degli uomini in quanto uomini, titolari di diritti incondizionati, radicati nell'unità di *totalità* (*logos*) e di *terzietà* (*nomos*), ove ogni singolo si presenta nell'originarietà del suo essere soggetto; questi diritti sono qualificati così, perché non sono disponibili dal 'se' dei programmi condizionali. Il terzo sistemico muove, invece,

⁵⁰ *Ivi*, p. 237.

solo dal suo operare come osservatore di secondo grado, con la conseguenza che ciò che egli osserva è quanto è stato osservato, sempre in regime di contingenza e funzionalità sistemiche, da un osservatore di primo grado, ossia dal legislatore. Il terzo sistemico è, dunque, sempre qualificato da una doppia contingenza.

Criticamente, è da discutere che il terzo giudice, secondo questa sua qualificazione, opererebbe in modo da trattare i casi che decide integralmente secondo un asimmetrizzare che è quello posto già dall'osservatore di primo grado. Se il terzo giudice dovesse operare sempre e solo così, come osservatore di secondo grado, dovrebbe allora trovarsi confinato, in ogni momento della sua attività, sempre e solo all'interno dell'osservatore di primo grado; le conseguenze di questa configurazione dell'osservatore di secondo grado dovrebbero essere individuate in ciò: la sua attività consisterebbe esclusivamente nel conoscere ed eseguire ciò che è proprio dell'osservatore di primo grado e pertanto dovrebbe trovare integralmente in questa figura tutto ciò che gli è essenziale per la decisione. Il terzo giudice, in quanto osservatore di secondo grado, dovrebbe trovare nell'osservatore di primo grado, nel legislatore, sia il linguaggio, sia l'interpretazione, sia la logica, sia un definito modo di intendere il concetto di relazione giuridica; dovrebbe trovare tutto questo già in ciò che qualifica la figura e il sapere del primo osservatore. Nel considerare ciò, una prima difficoltà è proprio una prima conseguenza di questo rapporto tra il terzo giudice, in quanto secondo osservatore, ed il legislatore, in quanto primo osservatore; difficoltà e conseguenza consistono nel restringere l'opera di concretizzazione del fenomeno diritto soltanto nella dimensione esecutiva delle norme pronunciate dalla *scrittura delle leggi*, dal *'testo della legge'*, tralasciando tutto ciò che, nell'esperienza giuridica, si radica nella *'legge del testo'*, che muove dalla *struttura della relazione discorsiva* e regola il lavoro interpretativo lungo il passaggio dalle *situazioni generiche*, contenute nelle aspettative normative, all'originalità delle *situazioni singole*, che costituiscono il solo materiale concreto del giudizio giuridico; in questo passaggio, la terzietà storica, il contenuto di un determinato diritto positivo e, dunque, le *regole* si mostrano insufficienti, esigono l'intervento dei *principi*, che costituiscono la presentificazione continua ed inesauribile del *logos* (trialità) nel *nomos* (terzietà); i principi sono essenziali alla formazione del giudizio e sono pienamente tali nel loro non coincidere con l'osservatore di primo grado e nell'eccedere la sua condizione di integrale contingenza.

Nella direzione della terzietà sistemica, si avrebbe la negazione di tutto ciò che si lega al termine *'testo'*, nella sua centralità quanto alla

tesi la 'legge del testo è il testo della legge'. *Il 'testo' non è un materiale contingente dell'osservare, non è un formare, ordinare e fissare sistemicamente delle parole, ma è il dirsi dei parlanti, in quanto soggetti della relazione discorsiva, esistita come relazione triale di riconoscimento, nello svolgimento del linguaggio, irriducibile ad un sistema.*

La tesi 'la legge del testo è il testo della legge' viene sostituita dalla funzione dell'osservare il movimento di un insieme di operazioni funzionali e contingenti, formative di una direzione così esprimibile: *uno stato contingente dell'intera catena dei sistemi sociali è la decisione, contingente ma assoluta, osservata e prodotta dal sistema diritto, che la situa nelle parole del terzo-funzione, coscienza spettatrice dello spettacolo dei sistemi.*

La ragione procedurale di Habermas si svolge nella pienezza della sua coerenza facendosi la ragione sistemica di Luhmann, che è una ragione immunitaria e, dunque, fattuale, contro-a-giuridica.

4. Il tempo del giudice: l'attuale, l'inattuale

Nella direzione di Luhmann, la questione del giudizio giuridico e quindi il modo di intendere il terzo giudice hanno un luogo di riferimento centrale nel nesso tra il tempo e l'attività di selezione compiuta con il formarsi ed il concretizzarsi della decisione del terzo giudice. L'opera del terzo si trova davanti al compito di decidere, inevitabilmente, perché sempre, nella storia del diritto, c'è il divieto di non decidere. Come si è ricordato, per Luhmann, l'opera del decidere interessa una decisione che intanto c'è perché è non decidibile, perché, come si è detto, la decisione non ha alcun fondamento quanto al suo venire decisa, non è ancorata in un passato e rivolta verso un futuro, ma è nel presente, che è l'attuale, rispetto al passato ed al futuro, che sono inattuali; nella condizione di scissione, di isolamento del presente, non si può non decidere e si deve decidere solo con il presente, nella sua absolutezza e contingenza.

Il presente, l'attuale, è esercitato come decisione e lo è, in Luhmann, perché consiste in una selezione. La decisione è pertanto una selezione e questa selezione, osservata dal terzo giudice, è operativa solo per e nel presente in cui si dà. La selezione ha la stessa qualificazione temporale della corporeità, vive e si svolge nel presente in cui si svolge secondo la sua memoria-funzione. Tuttavia, se si sostiene che la selezione si può dare soltanto nel presente/l'attuale, si deve allora prendere atto che la selezione non può avere alcun ancoraggio nel passato, né alcun volgersi verso il futuro. Il chiudere ed il confinare la

decisione nella selezione svolta nell'attuale comporta che la decisione stessa si formi secondo ciò che si afferma nella momentaneità presente, pertanto secondo il prevalere, *ora e qui*, di un qualche *fatto/più* rispetto ad altri fatti.

Nella visione di Luhmann, la configurazione del terzo giudice corrisponde allo spostamento del diritto dai *soggetti delle controversie* alle *operazioni del sistema*; in coerenza con questo spostamento, ciò che diventa essenziale non è che il terzo sia non-disponibile dalle parti in conflitto, equidistante rispetto ad esse, imparziale e disinteressato, ma che sia un'entità efficace nel funzionamento del sistema, capace di presentare la sua unità solamente nelle divisioni delle operazioni, che, a loro volta, paradossalmente sono efficaci solo se vivono nella dimensione temporale del presente, dell'attuale, il successo ora e qui. *Il momento presente, l'attualità, chiarita come fattualità, assenza di argomentazioni, è, però, la negazione stessa del diritto, nel suo presentarsi controfattuale, come il superamento del fatto che produce esclusione.*

Ci si deve allora chiedere ancora che significa e che cosa comporta che il terzo è l'attuale. Significa e vuol dire che il terzo presta il suo essere parlante affinché si compiano le operazioni del sistema diritto, destinate a loro volta a mantenere la vita del sistema. Il terzo è pertanto l'operatore funzionale, il funzionario della logica immunitaria, quella logica interessata esclusivamente alla continuazione della vita del sistema diritto, in quanto sistema che ha la sua funzione nel garantire la vita degli altri sistemi, sempre nell'indifferenza verso il 'come' delle relazioni tra gli uomini. *Questa figura di terzo permane integralmente all'interno della logica immunitaria.*

Nell'architettura di Luhmann, acquista una significazione peculiare lo stesso principio che vieta di negare il giudizio giuridico; questo principio viene ora ambientato nella società complessa, ove ha conferma nell'esigenza di interrompere una ricerca infinita della verità nell'amministrazione della giustizia. Nella società complessa, infatti, si punta a guadagnare l'efficacia della decisione, tenendola pur sempre nella dimensione temporale dell'attuale, del presente, capace di un intenso potere di autoosservazione, di riflessività autoadattantesi, lungo i processi di crescita della complessità e di corrispondente semplificazione, che strutturano la condizione attuale della complessità.

In Luhmann, la discussione sul terzo del diritto, sul giudice, incontra il concetto e le questioni della *ratio decidendi* nel prendere atto che diversi sono i contenuti della decisione, secondo i diversi modi di intendere il concetto di ragione giuridica, così che ad una sua qualificazione

all'interno della ragione sistemico-immunitaria corrisponderà una determinata omogenea *ratio decidendi*.

L'attenzione alla *ratio decidendi*, nel discutere la qualificazione stessa della *ratio*, esplicita alcune difficoltà per la teoria sistemica del diritto, che sono date proprio dal compiersi dell'amministrazione della giustizia in una sentenza, emessa dal terzo⁵¹. Queste difficoltà sono così riproponibili: da una parte il sistema diritto dovrebbe dire esso stesso, nel suo autofondarsi, che cos'è che attualmente appartiene al *diritto* e che cos'è che rimane nel *non-diritto* e dovrebbe fare ciò nel presupposto che sia *già dato* che cosa è di diritto e che cosa è di non-diritto; invece, l'attività stessa del sistema diritto, nel suo concretizzarsi nella figura centrale del terzo giudice, come terzo-funzione della ragione sistemica, mostra proprio che non è mai *già dato* che cosa è di diritto e che cosa è di non-diritto, perché ciò, volta per volta, dipende dallo stato contingente dell'intera catena dei sistemi sociale, che, con i loro programmi condizionali, attivano il codice binario del sistema diritto. Tuttavia, pur non essendo mai *già dato* che cosa è di diritto, accade che il sistema diritto debba emettere una sentenza, debba cioè arrivare ad una decisione, che dice il diritto. Con queste considerazioni Luhmann vuole indicare che *la sentenza non ha un fondamento che è già dato*, non ha un suo ancoraggio nel passato; la sentenza rimane sempre interamente nella dimensione temporale dell'attuale, del presente, nella sua momentaneità, nel qui ed ora delle operazioni sistemiche che così si svolgono.

Si deve considerare del resto che il terzo giudice non svolge un'attività che può compiere oppure non compiere, perché gli è vietato di rifiutare il suo giudizio; ciò a differenza delle attività legislative e contrattuali, rispettivamente proprie degli organi pubblici e delle volontà dei privati, che possono essere sia compiute sia non compiute. Proprio perché il giudice non può rifiutare il giudizio, la sua attività è tale da poter far dire che in confronto "*nessun altro organo ha una tale posizione*"⁵², così paradossale: deve decidere, tenendosi nell'ordine del non-decidibile, ovvero nella condizione di indifferenza verso la ricerca e l'assunzione di un qualche fondamento del decidere, situato oltre l'attuale, il successo fattuale delle operazioni del sistema. L'essere sempre tenuto ad emettere un giudizio segnala come questa figura di terzo giudice sia non riconducibile ad alcuna entità diversa, che non sia quella dello stesso giudizio; sostenere, come avviene sempre nella storia

⁵¹ *Ivi*, p. 319.

⁵² *Ivi*, p. 320.

del diritto, che il giudizio non può essere rifiutato diviene ora l'affermare che non c'è nulla prima e dopo il giudizio, ovvero che il giudizio è autofondantesi, come del resto esige la qualificazione temporale sistemica del giudizio, che appunto è integralmente risolto nella momentaneità dell'attuale, nel presente.

Nella prospettiva di Luhmann, il giudizio è l'attuale e non può essere rifiutato perché non c'è nulla a cui si possa rinviare, rifiutandolo; paradossalmente *il giudizio giuridico diviene contingente ed assoluto; è contingente perché dipende dallo stato attuale dell'intera catena dei sistemi sociali ed è assoluto perché è solo attuale, è l'assolutezza della momentaneità fattuale; la giuridicità (durata) si dissolve nel suo contrario, la fattualità (momento).*

In Luhmann, la figura del terzo del diritto, è integralmente confinata nell'ordine di un comunicare, che, nella stessa amministrazione della giustizia, non esce mai dall'ordine intraproposizionale del linguaggio dei sistemi, che dice solo ciò che è lo stato della catena dei sistemi sociali e lo dice nel sistema diritto; questo terzo dice solo l'attuale, ovvero mette in parole una decisione, una sentenza che esprime un equilibrio che, per essere confinato nell'attuale, è, come si è mostrato, solo fattuale e quindi esclude la dimensione della controfattualità, quella alimentata dal passato e dal futuro, l'inattuale.

Sommario

CAPITOLO I: *Logos e nomos* **p.1**

1. Linguaggio e diritto – 2. Filosofia, scienza ed ideologia del diritto – 3. L'uomo, il linguaggio e il testo

CAPITOLO II: Diritto e controfattualità **p.14**

1. Gli elementi costitutivi del diritto – 2. Trialità e terzietà: linguaggio e diritto – 3. Terzietà e diritto, le parole base della giuridicità – 4. 'Principio dialogico' e questione giuridica

CAPITOLO III: Antropologia giuridica e teoria sistemica **p.33**

1. Ortonomia della terzietà giuridica – 2. L'antropologia giuridica è un sistema? – 3. Sulla scissione tra attività legislativa e attività giurisdizionale – 4. Teoria del discorso, teoria del diritto

CAPITOLO IV: Terzo giudice e terzo funzionale **p.50**

1. Complessità della decisione – 2. L'uguaglianza funzionale – 3. Il giudice 'osservatore di secondo grado' – 4. Il tempo del giudice: l'attuale e l'inattuale