

# RIVISTA CRITICA

# DEL

Anno XLIV - 1  
Marzo 2026  
Trimestrale

# DIRITTO PRIVATO

**Duncan Kennedy: quarant'anni di idillio con la cultura italiana**

**MARINI**

INTRODUZIONE

**FRANKENBERG**

I CRITICAL LEGAL STUDIES IN CINQUE ATTI

**BARCELLONA**

I GIUDICI, LA LEGGE E LA POLITICA

**MARINI**

LO STRANO DESTINO AMERICANO DI MARX

**MONATERI**

DUNCAN KENNEDY E LA DIALETTICA DI FORMA E SOSTANZA

**MATTEI**

POSA IN OPERA DI UNA CRITICA A' LA DK

**NICOLA**

L'ANALISI DISTRIBUTIVA NELLA TEORIA DI DUNCAN KENNEDY

**RIBEIRO**

UN GIUDICE COSTITUZIONALE AL LAVORO

**MARELLA**

IL "DENTRO E CONTRO" COME STRATEGIA

**JOVENE EDITORE NAPOLI**

**Fondata da**

Stefano Rodotà

**Comitato di direzione**

Maria Rosaria Marella (coordinatrice) - Rosalba Alessi - Adalgiso Amendola - Gaetano Azzariti - Mario Barcellona - Angelo Belfiore - Francesco Donato Busnelli - Bruno Caruso - Carlo Castronovo - Paolo Cendon - Giorgio De Nova - Adolfo di Majo - Gilda Ferrando - Lucio Francario - Alfredo Galasso - Stefano Giubboni - Carlo Alberto Graziani - Giuseppe Grisi - Bruno Inzitari - Mario Libertini - Giovanni Marini - Ugo Mattei - Salvatore Mazzamuto - Marisa Meli - Pier Giuseppe Monateri - Paolo Napoli Luca Nivarra - Roberto Pardolesi - Andrea Proto Pisani - Alessandra Quarta - Pietro Rescigno - Giorgio Resta - Enzo Roppo - Cesare Salvi - Silvana Sciarra - Oberdan T. Scozzafava - Alessandro Somma - Marina Timoteo - Roberto Weigmann - Paolo Zatti

**Comitato scientifico**

Guido Calabresi - Emanuele Conte - Duncan Kennedy - Jorge Esquirol - Luigi Ferrajoli - Maria Rosaria Ferrarese - Isabel Cristina Jaramillo Sierra - David Lametti Kerry Rittich - Mikhail Xifaras

**Comitato editoriale**

Giacomo Capuzzo - Gennaro Di Martino - Maurizio Di Masi - Marianna Marini Veronica Pecile - Mario Renna - Sara Tommasi

**Comitato di valutazione**

Enrico Al Mureden - Marzia Barbera - Elena Bargelli - Vittoria Barsotti - Massimo Brutti - Fausto Caggia - Valentina Calderai - Carmelita Camardi - Remo Caponi Donato Carusi - Roberto Caso - Raffaele Caterina - Francesco Denozza - Andrea Di Porto - Raffaele Di Raimo - Giuseppe Ferri - Antonio Fici - Antonio Gambaro Aurelio Gentili - Orsetta Giolo - Michele Graziadei - Giuseppe Guizzi - Antonio Iannarelli - Claudia Irti - Umberto Izzo - Francesco Macario - Manuela Mantovani Paolo Morozzo della Rocca - Emanuela Navarretta - Silvia Niccolai - Fernanda Nicola Elisa Olivito - Andrea Orestano - Ilaria Pagni - Pina Palmeri - Paolo Pardolesi Beatrice Pasciuta - Giovanni Pascuzzi - Salvatore Patti - Enza Pellecchia - Cesare Pinelli - Fabrizio Piraino - Giulio Ponzanelli - Barbara Pozzo - Antonio Preteroti Francesco Prospero - Giorgio Repetto - Giovanni Maria Riccio - Enrica Rigo Claudio Scognamiglio - Roberto Senigaglia - Michele Spanò - Mariachiara Tallacchini Daniela Valentino - Vincenzo Varano - Marco Ventura - Maria Carmela Venuti Simone Vezzani - Vincenzo Zeno Zencovich - Andrea Zoppini

## **Duncan Kennedy: Forty Years of Engagement with Italian Culture**

by Giovanni Marini

On April 4, 1987, Duncan Kennedy delivered a lecture in Rome, later published in our Rivista with the significant title «Radical Jurists, Intellectuals, and the State in American Culture, or My Address to the Gramsci Institute», as part of a conference («Legal and Democratic Models in the USA») attended by several prominent jurists – among them Stefano Rodotà and others – who already sat on the editorial board of the «Rivista critica».

Topics under discussion were the identity of the jurist, the role of left-wing intellectuals, and their relationship to law. Italian jurists were then coming out of the season of the *Uso alternativo del diritto* [alternative use of the law], and the project they had advanced – instill doses of democracy into legal relations among private parties – had suffered a setback. The encounter with the "Americans," who were living through the experience of Critical Legal Studies, had accordingly aroused considerable curiosity.

In the course of the debate, the differences between the Italian jurists and the Crits were soon made apparent. However, Duncan was not deterred. On the contrary, from that point onward his interest in Italian jurists grew steadily, as did his presence in Italy. Duncan overcame initial skepticism and captured larger and larger audiences, well beyond that initially narrow left-wing circle, even in venues and contexts that would have been difficult to imagine. In short, a real idyll with Italy had begun.

Through his scholarship, Duncan has been able to represent – and certainly still represents – a key figure for all those scholars who, despite the disappointments they had experienced, continued to cultivate critical ambitions. Duncan's presence in Italy and in Europe has indeed made it possible to keep the critical tradition alive during a period as difficult as the present one, a period that seems as though it will never end.

Duncan succeeded in rescuing critical analysis from the fate of a mere deviationist doctrine, confined to deconstruction alone, endowing it instead with tools capable of providing operational guidance on the consequences of applying legal rules and the dynamics that follow their eventual change. At the same time, he demonstrated how to deploy concepts "from Europe" and use them in creative new ways.

Duncan's fascination with the Baroque is therefore not an accident. Here's a little secret: Every trip he's taken to Italy has

included the pursuit of Baroque architecture. Indeed, in Rome, Duncan has his own personal itinerary of Roman Baroque sites that he revisits without fail as soon as he arrives.

The Baroque represents not merely an epoch of rupture, but also one of creative recovery. Its eccentricity and paradoxicality are the product of a historical moment of crisis and transition – the story of a “center” losing its power, yet seeking to mask that loss through the exaggeration of forms. Yet it is precisely this exaggeration that gives rise to a suspension of the (universal) canons of the Renaissance, one that nonetheless produces autonomy and creativity.

The extreme use of forms, even when it leads to their dissolution, nevertheless reveals an intent to treat them with the utmost seriousness. The coherence of these constructions disintegrates, but their fragments remain available for new constellations. The Baroque generates a dissonance that opens new perspectives, lending forms extreme vitality and dynamism, and suggesting that the transition awaits nothing but its own completion. All of this goes well beyond mere deconstruction.

Duncan has thus offered us an incomparable example of what it means to be a critical jurist, providing in this way a conclusive answer to the very question raised at that meeting at the Gramsci Institute.

It is in this spirit that we celebrate a long history of exchanges, conversations, dinners, and encounters that have profoundly changed us. We do so with this special issue of the “*Rivista critica del diritto privato*”, gathering the contributions of the friends who owe so much to Duncan Kennedy.

## **G. Frankenberg**

This contribution revisits the history, internal dynamics, and enduring legacy of the Critical Legal Studies (CLS) movement through five interconnected narrative “scenes” that combine autobiographical reflection, intellectual history, and critical legal theory. Rather than providing a conventional historical reconstruction, the essay interrogates the emergence, development, fragmentation, and alleged demise of CLS by examining the tensions that shaped its intellectual trajectory and political ambitions. Particular attention is devoted to the foundational role of figures such as Duncan Kennedy and Roberto Mangabeira Unger, the movement’s critique of legal indeterminacy and legitimacy, and the controversies surrounding the critique of rights that contributed to its internal

divisions. The article argues that the proclaimed "death" of CLS should not be understood as the disappearance of critical legal thought but rather as its transformation into a constellation of successor projects – including Critical Race Theory, feminist legal theory, NAIL, TWAIL, and other critical approaches – that continue to challenge the epistemological and political assumptions of mainstream legal scholarship. Through irony, personal recollection, and theoretical reflection, the essay ultimately contends that CLS survives as an intellectual legacy whose critical methods, aspirations, and modes of inquiry remain deeply embedded in contemporary legal theory, despite the formal dissolution of the movement itself.

### **M. Barcellona**

This article revisits the 1972 conference on *L'uso alternativo del diritto* to reassess its theoretical legacy and its continuing relevance to contemporary debates on the relationship between judges, legislation, and politics. Challenging both the view that the movement reduced law to political strategy and the claim that it failed to embrace judicial lawmaking, the article reconstructs the intellectual context in which *uso alternativo del diritto* emerged, emphasizing the convergence of legal, political, and epistemological crises. It argues that the conference marked a decisive shift from a formalist conception of law towards a structural and functional understanding inspired by Marxist legal theory, while preserving the central role of legislation and democratic institutions. The article concludes that the enduring significance of *uso alternativo del diritto* lies in its attempt to reconcile critical legal analysis, constitutional democracy, and the transformative potential of law without collapsing legal interpretation into judicial activism.

### **G. Marini**

This article compares the American Critical Legal Studies (CLS) movement with the Italian experience of *uso alternativo del diritto*, arguing that both should be understood as expressions of a broader transnational tradition of critical legal thought. Moving beyond national narratives, it reconstructs their common roots in social legal thought, legal realism, and Marxist critique, while highlighting their different intellectual and constitutional contexts and the substantial differences in the interpretation of Marxian

theory. The article examines how both movements challenged legal formalism, exposed the ideological and distributive dimensions of law, and redefined legal interpretation as an instrument of social transformation. It concludes that, despite their historical decline as organized movements, both CLS and *uso alternativo del diritto* have left a lasting methodological legacy that continues to inform contemporary critical legal scholarship.

### **P.G. Monateri**

This essay examines Duncan Kennedy's critique of legal formalism by engaging in an interdisciplinary dialogue between comparative law, literary theory, and critical jurisprudence. It revisits Kennedy's analyses of Blackstone, Form and Substance, and Gramscian hegemony and argues that the relationship between legal form and substance must be understood in the context of broader debates on narrative, interpretation, and meaning as developed by thinkers such as Hayden White, Northrop Frye, Paul de Man, and Franco Moretti. Furthermore, the essay connects Kennedy's theory of ideological critique with Rodolfo Sacco's concept of the cryptotype. It suggests that both theories illuminate the hidden structures, implicit meanings, and political assumptions underlying legal discourse and the circulation of legal models. The essay concludes that the convergence between Critical Legal Studies and the Italian tradition of comparative law is not based on shared political commitments, but rather on a common methodological effort to reveal the unspoken dimensions of legal reasoning and the ideological forces embedded within legal interpretation.

### **U. Mattei**

This article reconsiders the legacy of Critical Legal Studies, and particularly the thought of Duncan Kennedy, as a framework for developing a renewed critical theory of property capable of addressing the transformations of neoliberal capitalism. Focusing on the progressive marginalization of property within Italian private law, the article argues that the fragmentation and decodification of property law have weakened its capacity to function as a coherent legal institution and as a counter-hegemonic instrument protecting subordinate interests. It advocates a systematic recodification of property law that takes account of digital technologies, surveillance capitalism, common goods, and new forms of economic power,

while restoring property's role as a central organizing category of private law. The article concludes that Kennedy's critical methodology offers valuable guidance for rethinking legal doctrine, strengthening the political role of legal scholarship, and confronting the challenges posed by an emerging post-neoliberal legal order.

### **M.R. Marella**

This paper develops a comparative framework for understanding critical strategies of transformation in law and architecture through the distinction between acting “outside” and “within and against” existing structures. Drawing on Italian workerist theory, radical architecture, the experience of *uso alternativo del diritto*, and American Critical Legal Studies, it examines how architecture and law have confronted the challenge of resisting capitalist modes of production. The article argues that transformative projects based on the rationalization of existing institutions ultimately reveal significant limitations, while approaches operating “within and against” dominant legal and spatial orders offer more promising – albeit necessarily partial and contingent – forms of resistance. In its final part the essay discusses a later, harsher reformulation of the “within and against” strategy in Rem Koolhaas and Duncan Kennedy, whose shared rejection of grand theory and attention to the distributive effects of legal and spatial forms culminate, in Kennedy's housing scholarship, in a tactical, redistributive use of property rights against dominant hierarchies.

### **F. Nicola**

This essay explores Duncan Kennedy's concept of distributive analysis as a critical methodology for understanding the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU). Challenging the formalist tradition of EU legal scholarship, it argues that judicial decisions inevitably produce distributive consequences that reshape the allocation of rights, resources, and power among social groups. Through an examination of European consumer law and the CJEU's case law, the article demonstrates how combining internal doctrinal critique with external empirical analysis reveals the political, social, and economic dimensions of legal adjudication. It concludes that distributive analysis provides an essential framework for exposing the unequal effects of seemingly neutral legal rules, while also suggesting that a genuinely critical theory of

EU law must move beyond distributive outcomes to confront the structural assumptions of liberal legalism, including its capitalist, colonial, and patriarchal foundations.

### **G. de Almeida Ribeiro**

This article reflects on Duncan Kennedy's phenomenological account of legal reasoning through the personal experience of a constitutional judge. Combining intellectual memoir with judicial self-analysis, it reconstructs the process of deciding a constitutional tax case to illustrate how adjudication unfolds as a continuous interplay between legal constraint and creative interpretation. Challenging formalist conceptions of constitutional reasoning, the article argues that judges neither mechanically apply predetermined rules nor exercise unconstrained discretion; rather, they engage in a situated and reflective practice in which legal materials, institutional context, and normative commitments mutually shape both the decision and the decision-maker. The essay ultimately presents constitutional adjudication as a form of practical craftsmanship, confirming the enduring relevance of Kennedy's critical phenomenology for understanding judicial reasoning in contemporary constitutional law.

SOMMARIO

DUNCAN KENNEDY:  
QUARANT'ANNI DI IDILLIO CON LA CULTURA ITALIANA

- 3 G. MARINI, *Introduzione*
- 5 GUNTHER FRANKENBERG, *I Critical Legal Studies in cinque atti*
- 13 MARIO BARCELLONA, *I giudici, la legge e la politica. A cinquant'anni dall'uso alternativo del diritto*
- 53 GIOVANNI MARINI, *Critical Legal Studies vs. Uso alternativo del diritto. Lo strano destino americano di Marx*
- 109 PIER GIUSEPPE MONATERI, *Critica giuridica e comparazione: Duncan Kennedy e la dialettica di Forma e Sostanza*
- 121 UGO MATTEI, *Trasformazioni neoliberali e dinamiche proprietarie. Posa in opera di una critica sistemica à la Duncan Kennedy*
- 135 FERNANDA NICOLA, *L'analisi distributiva nella teoria critica del diritto di Duncan Kennedy*
- 153 GONÇALO RIBEIRO, *Un giudice costituzionale al lavoro*
- 161 MARIA ROSARIA MARELLA, *Fare cose con diritto & architettura: il "dentro e contro" come strategia di trasformazione*



## Introduzione

Giovanni Marini

È il 4 aprile 1987 quando Duncan Kennedy tiene a Roma una conferenza, che verrà poi pubblicata sulla Rivista con il significativo titolo “Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana, ovvero il mio discorso per l’Istituto Gramsci”, nel quadro di un incontro (“I modelli giuridici e democratici in USA”<sup>1</sup>) a cui parteciparono diversi autorevoli giuristi, fra cui Stefano Rodotà ed altri che già erano presenti nel direttivo della Rivista critica.

I temi in discussione erano l’identità del giurista, il ruolo degli intellettuali di sinistra ed il loro rapporto con il diritto. I giuristi italiani erano reduci dalla stagione dell’uso alternativo del diritto ed il progetto che avevano avanzato, iniettare dosi di democrazia all’interno delle relazioni fra i privati, aveva subito una battuta d’arresto. L’incontro con gli “Americani”, che stavano vivendo l’esperienza dei Critical Legal Studies, dunque aveva destato molta curiosità.

Nel corso del dibattito non tardarono ad emergere le differenze fra i giuristi italiani ed i Crits. Questo non doveva però scoraggiare Duncan. Anzi, da allora in poi il suo interesse per i giuristi italiani è progressivamente cresciuto e anche la sua presenza in Italia è diventata assidua.

Vincendo lo scetticismo iniziale, Duncan è stato capace di conquistare platee sempre più vaste, in luoghi e contesti allora difficilmente immaginabili, ben al di là di quella iniziale ristretta cerchia di sinistra. È insomma scoppiato un vero e proprio idillio con l’Italia.

Con i suoi studi, Duncan ha saputo rappresentare – ed ancora certamente rappresenta – una figura chiave per tutti quegli studiosi che, nonostante le delusioni vissute, hanno continuato a coltivare ambizioni critiche. La presenza di Duncan in Italia e in Europa ha infatti permesso di mantenere viva la tradizione critica in un periodo difficile come questo, un periodo che sembra non avere mai termine.

Duncan ha saputo sottrarre l’analisi critica al destino di semplice *deviationist doctrine*, votata alla sola decostruzione, e l’ha dotata di strumenti capaci di offrire indicazioni operative circa le conseguenze dell’applicazione delle regole giuridiche e le dinamiche che determinano il loro eventuale cambiamento. Ha, al tempo stesso, mostrato la possibilità di utilizzare concetti “che vengono dall’Europa”, riuscendoli a declinare creativamente, in forme del tutto nuove.

Non è allora un caso che Duncan provi anche un fascino particolare per il barocco. Bisogna qui rivelare un piccolo segreto. Non c’è

<sup>1</sup> Il convegno è ancora interamente ascoltabile grazie a Radio Radicale (<https://www.radioradicale.it/scheda/20639/i-modelli-giuridici-e-democratici-in-usa>).

stata volta che un suo viaggio in Italia non abbia avuto fra gli obiettivi anche la ricerca dell'architettura barocca. A Roma Duncan ha addirittura un itinerario personale attraverso il barocco romano, che ripercorre sempre appena arrivato.

Il barocco non rappresenta solo un'epoca di rottura, ma anche un'epoca di ripresa creativa. L'eccentricità del barocco, la sua paradossalità sono il prodotto di un momento storico di crisi e di transizione. È la vicenda di un "centro", che sta perdendo potere, ma cerca di mascherarlo attraverso l'esagerazione delle forme. Ma è proprio questa esagerazione a dar vita a un momento di sospensione dei canoni (universali del Rinascimento) che tuttavia produce autonomia e creatività.

L'uso estremo delle forme, anche quando conduce alla loro dissoluzione, rivela comunque l'intento di trattarle con estrema serietà. La coerenza delle costruzioni si disintegra, ma i loro frammenti rimangono disponibili a nuove costellazioni. Il barocco produce una dissonanza che permette di aprire nuove prospettive che conferiscono estrema vitalità e dinamismo alle forme, suggerendo che la transizione non aspetta altro che di essere completata. E tanto va ben al di là della mera decostruzione.

Duncan ha dunque saputo offrirci un esempio impareggiabile di cosa voglia dire essere un *giurista* critico, dando così una risposta conclusiva a quell'interrogativo che ci si era posti proprio nell'incontro all'Istituto Gramsci.

È con questo spirito che celebriamo una lunga storia di scambi, conversazioni, cene e incontri che ci hanno cambiato3 profondamente. Lo facciamo con questo fascicolo speciale della Rivista critica del diritto privato che raccoglie i contributi delle amiche e degli amici che a Duncan Kennedy tanto devono.

## Cinque scene dai Critical Legal Studies

Guenter Frankenberg

SOMMARIO: Prima Scena: Dublino, Lenin e Roberto. – Seconda Scena: Morte, Distruzione e Detroit. – Terza Scena: Scissioni, Incertezze e Implosioni. – Quarta Scena: Parricidio, Cannibalismo e Zombie. – Quinta Scena: Deneuve, Seduzione e Critica.

Prima Scena: *Dublino, Lenin e Roberto*

Nella profonda campagna irlandese, a un viaggiatore che domandava «Qual è il modo migliore per raggiungere Dublino?», un abitante del luogo si grattò il capo e rispose: «Non partire da qui». Una sensazione analoga si avverte allorché ci si accinga a interrogarsi su come accedere ai Critical Legal Studies (CLS) – e auspicabilmente andare anche oltre – per finire poi a partecipare ad una festa di compleanno.

Dopo il primo ictus, il secondo bypass e il terzo divorzio, si è naturalmente portati a evitare lunghi viaggi, eventi celebrativi e sollecitazioni cerebrali di rilievo. Piuttosto che cercare ancora una volta una risposta alla domanda «Che fare?»<sup>1</sup>, pare più opportuno interrogarsi, finalmente, su: «Come stai oggi?». Domanda che non ci conduce affatto nelle vicinanze del luogo e del momento in cui i CLS furono da noi vissuti e praticati per l'ultima volta – né, del resto, ci avvicina a Duncan Kennedy (DK). Conviene dunque verificare prima la pressione arteriosa e il livello del colesterolo, per poi intraprendere la ricerca della criticità.

Va da sé che è stato nel 1983 che il mondo venne ufficialmente messo al corrente di ciò che i CLS – intesi come singolare collettivo – «sono», o piuttosto «erano». Per essere precisi, ciò accadde già nel 1981, quando, in occasione della Conferenza CLS di Harvard, Roberto Mangabeira Unger tenne il suo discorso inaugurale sul «The Critical Legal Studies Movement», dinanzi a un pubblico animato e leggermente in preda ai fumi dell'alcol, di aspiranti compagni d'idee<sup>2</sup>. Da allora, i CLS sono stati presentati al mondo giuridico dall'interno e dall'esterno, da prospettive continentali e non continentali, in modi intelligenti e meno, da ribelli e amanti irriducibili e – per quanto possa sembrare inverosimile – anche da esponenti del pensiero liberale e da

<sup>1</sup> W.I. Lenin, "What Is to Be Done" (1902), *Collected Works I*, Moscow, 1961, 347-530.

<sup>2</sup> R.M. Unger "The Critical Legal Studies Movement", 96 «Harv. L. Rev.», 563 at 563 (1983) – una superba performance retorica: due ore e quarantacinque minuti, nessun appunto, nessun lapsus.

altri soggetti di più difficile collocazione<sup>3</sup>. La molteplicità degli approcci e dei distanziamenti critici non costituisce un ausilio ermeneutico; al contrario, risulta disorientante e fuorviante, rendendo ardua l'individuazione della Tavola Rotonda dei *Critcs*. Del tutto simile, in ciò, alla via per Dublino.

## Seconda Scena: *Morte, Distruzione e Detroit*

Per di più, i CLS potrebbero trovarsi in uno stato di grave compromissione, se non addirittura di definitivo esaurimento. O quasi. A decretarne la fine avrebbe potuto essere una domanda.<sup>4</sup> Oppure il tempo. O le figure di riferimento, o anche soltanto una di esse. Duncan Kennedy (DK, da qui in poi), in effetti, non esitò a scrivere e a dichiarare ripetutamente – già nel tardo corso degli anni Ottanta – che i CLS erano «morti», che si erano estinti in quanto movimento. Defunti, scomparsi, dissolti, esauriti, tramontati, non più esistenti, o quantomeno obsoleti, inoperanti, fuori uso.

Noi, i fedeli, i membri tesserati, siamo rimasti scioccati, persino sconvolti. Come ha osato?

Agli albori dell'intero mondo critico vi erano i CLS. È vero che DK conferì al gruppo la sua forma e la sua sostanza. (O era forse sua propria?) Egli fece ciò che i padri hanno sempre fatto – privi della potenzialità e del potere materno di dare alla luce – vale a dire: legittimaron. L'oggetto della legittimazione, come è noto o come si apprenderà a proprie spese, può essere un figlio, ma anche un'idea, una teoria o persino una pratica politica. E il diritto<sup>5</sup>.

La legittimazione opera attraverso il riconoscimento pubblico di qualcuno o qualcosa come proprio. Con riferimento ai CLS, DK aveva originariamente affermato – e in verità si era trattato di qualcosa di più simile a un'investitura che a una mera dichiarazione: «Stiamo cercando di fare una scholarship giuridica radicale»<sup>6</sup> – proclamando e definendo in tal modo i CLS come «l'emergere di una nuova intelligenza di sinistra, impegnata al contempo nella teoria e nella pratica, e intenta a creare una visione del mondo radicalmente di sinistra in un

<sup>3</sup> Si veda, preferibilmente, il resoconto (ancora incompleto) di Alexander Somek delle innumerevoli introduzioni e critiche e controcritiche nel suo ponderoso articolo (ne cita circa 30): Somek, "From Kennedy to Balkin: Introducing CLS from a Continental Perspective", 42 «Kansas L. Rev.» (1994), 759-783, Fn. 2.; G. Frankenberg, "Down by Law," in 83 «Nw. L. Rev.» (1988), 360; John H. Schlegel, "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies," 36 «Stan. L. Rev.», 391 (1984).

<sup>4</sup> R.M. Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies", in 17 «Law & Social Inquiry» (1993), 779-820.

<sup>5</sup> Ad esempio Kimberlé Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment. Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, Routledge, 2009.

<sup>6</sup> Duncan Kennedy, "Cost Reduction Theory as Legitimation", 90 «Yale L. J.», 1275 (1981).

ambito in cui un tempo esistevano soltanto variazioni sul tema della legittimazione dello status quo»<sup>7</sup>. (Eccola di nuovo, la legittimazione!)

Ciò avveniva nel 1981, quando i CLS erano avviati a divenire un movimento di straordinaria energia e di immensa produttività<sup>8</sup>. Il movimento prosperava, invero, sotto la supervisione dei benevoli civilizzatori esercitata dalla generazione dei padri fondatori. A metà degli anni Settanta, i costituenti avevano annoverato, con notevole rilievo, Morton Horwitz, Karl Klare, Peter Gabel, Roberto Unger, Mark Tushnet, John Schlegel, Mark Kelman e, soprattutto, DK. Fin dai primi tempi, Dave Trubek, coniugando la riflessione teorica con la ricerca empirica, aveva operato a cavallo di due movimenti – i CLS e il Law & Society. Nel corso della fase puberale o adolescenziale del movimento, la generazione successiva si orientò maggiormente verso il post-strutturalismo, il post-modernismo, o verso altre declinazioni del «post-». Questi esponenti della seconda e della terza generazione si unirono al movimento – e mi scuso se non riesco a ricordarne tutti – tra i quali Gary Peller, Gerald Frug, Joe Singer, Pierre Schlag, Jack Balkin, Kim Crenshaw, Janet Halley, Mary Jo Frug e David Kennedy di Detroit. Alcuni di loro erano stati esposti agli insegnamenti e agli scritti di DK; altri no.

### Terza Scena: Scissioni, Incertezze e Implosioni

A quel punto, il primo gruppo di infedeli stava abbandonando il Movimento. Forse lo aveva già abbandonato. Altri seminavano il dubbio<sup>9</sup>. Eppure, una schiera ancora considerevole rimaneva unita sotto l'ombrello gradualmente assottigliato di ciò che i loro nemici<sup>10</sup> ritenevano essere non già un'intelligenza critico-giuridica, bensì nichilista<sup>11</sup>, persino comunista, poiché i CLS minavano le idee centrali del pensiero giuridico moderno senza collocarvi al loro posto una conce-

<sup>7</sup> Duncan Kennedy, "Critical Labour Theory - A Comment", 4 «Ind. Rel. L.J.», 503/506 (1981). Si veda anche Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition*, New York: New York University Press, [1983] 2004.

<sup>8</sup> La produzione letteraria dei CLS è sbalorditiva e potrebbe aver spaventato gli studiosi tradizionali delle *law school*: Duncan Kennedy/Karl E. Klare, "A Bibliography of Critical Legal Studies", 94 «Yale Law Journal», 461 (1984) (che elenca oltre 500 pubblicazioni del CLS o influenzate dal CLS); Richard W. Bauman, *Critical Legal Studies: A Guide to the Literature*, Boulder, CO: Westview Press, 1996.

<sup>9</sup> Alan Hunt, "What is 'Critical' About Critical Legal Studies", 14 *Journal of Law and Society*, Critical Legal Studies (1987), 5-19; Joan C. Williams, "Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells", 62 «N.Y.U. L. Rev.», 429 (1987).

<sup>10</sup> Ad esempio Paul D. Carrington, "Of Law and the River," 34 *Journal of Legal Education* 222-228 (1984).

<sup>11</sup> Vedi Daniel C.K. Chow, "Trashing Nihilism", 65 «Tul. L. Rev.», 221v (1990-1991) e Joseph Singer, "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", «Yale L. J.», 1-70 (1984).

zione alternativa del diritto. Gli oppositori<sup>12</sup>, si è tentati di supporre, nutrivano invidia tanto per l'acume intellettuale e per il piacere del pensiero radicale, quanto per l'indulgenza in quelle orge come condizioni filosofiche di possibilità della critica che si svolgevano in occasione delle conferenze annuali.

I membri più attivi dei CLS erano destinati a disperdersi nelle direzioni teoriche più disparate, nel momento in cui si accingevano a interpretare il ruolo del diritto e dei diritti nel mondo. La critica dei diritti, più di qualsiasi altro tema, fu sostenuta da alcuni gruppi e contestata in particolare dai *RaceCrits* e dai *FemCrits*<sup>13</sup>. Essa si rivelò non l'unica, ma certamente una ragione cruciale e divisiva all'origine dell'esplosione dei CLS. A determinarla fu il Simposio «Critique of Rights» del 1984. O si trattò, forse, di un'implosione? Con «The Critique of Rights in Critical Legal Studies»<sup>14</sup>, DK tentò di rimediare a quanto era stato fatto, offrendo un approccio che operava dall'interno di entrambi i progetti confliggenti da lui indicati con i termini “sinistra” e “modernismo-postmodernismo”<sup>15</sup>.

Ciononostante, i *crits* più intransigenti mantennero ferma la propria critica alla critica dei diritti. Essi continuarono a opporsi a uno, ad alcuni o a tutti i seguenti assunti<sup>16</sup> concernenti il pericolo o l'im-

<sup>12</sup> Come Phillip Johnson, “Do You Sincerely Want to be Radical?” (1984), 36 «Stan. L. Rev.», 247, che sostiene, come altri, che la mancata identificazione degli standard di riferimento toglie significato alla critica (261).

<sup>13</sup> Delgado, “The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?”, 22 (1987) «Harv. C.R.-CL.L. Rev.», 301; Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge: Harvard University Press 1992; Kim Crenshaw et al., *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement* (1996); Mary Jo Frug, “A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft)”, 105 «Harv. L. Rev.», 1045 (1992).

<sup>14</sup> Elaborato da Duncan Kennedy probabilmente come tentativo di salvataggio dei CLS per riconciliare le diverse fazioni: “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, in Wendy Brown/Janet Halley, eds., *Left Legalism/Left Critique* (2002), 178-228: “This piece presents a critique, developed by a faction of the group that called itself critical legal studies, of rights as they figure in legal and general political discourse. This rights critique, like critical legal studies in general, operates at the uneasy juncture of two distinct, sometimes complementary and sometimes conflicting enterprises, which I will call the left and the modernist/postmodernist projects. The goals of the left project are to change the existing system of social hierarchy, including its class, racial and gender dimensions, in the direction of greater equality and greater participation in public and private government. The analytic part of the project includes a critique of the injustice and oppressiveness of current arrangements, a utopian part, and a positive theory of how things got so bad and why they stay that way. Modernism/postmodernism (mpm) – a no less contested concept – is a project with the goal of achieving transcendent/aesthetic/emotional/intellectual experiences at the margins of or in the interstices of a disrupted rational grid. The practical activity of mpm centers on the artifact, something made or performed (could be high art, could be the most mundane object, could be the deconstruction of a text, could be the orchestration of dinner)”.

<sup>15</sup> D. Kennedy, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, 178.

<sup>16</sup> “Critical Perspectives of Rights” - <https://cyber.harvard.edu/bridge/Critical-Theory/rights.htm>.

patto negativo dei diritti e del discorso sui diritti: in primo luogo, i diritti sono indeterminati e incoerenti; in secondo luogo, soffocano l'immaginazione degli individui e ne mistificano la comprensione del reale funzionamento del diritto. Il discorso sui diritti, in terzo luogo, riflette e produce un individualismo atomistico, ostacolando la solidarietà sociale e l'autentica connessione umana. In quarto luogo, tale discorso è suscettibile di impedire concretamente la democrazia genuina e la giustizia sostanziale. Si tratta, come si usa dire in Germania, di "Starker Tabak".

Un'ulteriore ragione per cui i CLS si trovarono invischiati in dibattiti interni – oltre agli incessanti attacchi esterni – fu ciò che Fischl, o qualcun altro, definì il «Principio di Indeterminazione di Heisenberg»: l'impossibilità di conoscere simultaneamente con esattezza sia la posizione che la velocità di una particella (si legga: il diritto) e quanto più si riesce ad individuare la posizione della particella (del diritto), tanto meno si può avere conoscenza della sua velocità e viceversa. Questo "principio" operava (e opera tuttora) nelle strutture retoriche del pensiero giuridico americano e non, identificato dai critici dei CLS come l'ossessiva attenzione dei giuristi accademici mainstream per le questioni normative: «Dove dovremmo andare? Che cosa dovremmo fare? Che cosa mettereste al suo posto?»<sup>17</sup> Tale «principio» fu sottoposto dagli studiosi critici, in una mossa radicalizzata a partire dal realismo giuridico e al di là di esso<sup>18</sup>, al fine di affrontare il predicamento attuale del diritto, della teoria giuridica e della formazione giuridica, «per vedere dove già ci troviamo e riconoscere ciò che già facciamo»<sup>19</sup>.

#### Quarta Scena: *Parricidio, Cannibalismo e Zombie*

Quando la strategia volta a neutralizzare il conflitto sui diritti non ottenne i risultati sperati, DK tolse i guanti e commise un infanticidio, fondato su un palese fraintendimento di *Totem e Tabù* di Freud. Si riporta di seguito una citazione, nel caso in cui essa fosse stata dimenticata o non fosse mai stata letta nell'originale:

"One day, the brothers and sisters who had been driven out came together, killed and devoured their father and so made an end of the patriarchal horde. United, they had the courage to do and succeeded in doing what would have been impossible for them individually, critical legal studies. [...] Cannibal savages as they were, it goes without

<sup>17</sup> R.M. Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies", 783, citando Pierre Schlag, "Normativity and the Politics of Form", 139 «U. Pa. L. Rev.», 801/804-5 (1991).

<sup>18</sup> Cfr. Karl Llewellyn, "Realistic Jurisprudence" (1930), 30 «Colum. L. Rev.», 441, 45; Frankenberg, "Down by Law".

<sup>19</sup> P. Schlag, "Normativity and the politics of form", nota 14.

saying that they devoured their victim as well as killing him. The violent primal father had doubtless been the feared and envied model of each one of ... them; and in the act of devouring him they accomplished their identification with him, and each one of them acquired a portion of his strength. The CLS Conference, which is perhaps mankind's earliest festival, would thus be a repetition and a commemoration of this memorable and criminal deed, which was the beginning of so many things – of social organization, of moral restrictions and debauchery”<sup>20</sup>.

I CLS erano un'orda patriarcale? Non ufficialmente. DK era stato un violento padre primordiale? Non violento, in ogni caso. Eppure, occorre ammettere che l'identificazione era intensa. Freudiana? È preferibile non percorrere quella strada.

Ciò che accadde ai CLS ha dunque senso come *actus contrarius*: in coerenza con la teoria della legittimazione sopra menzionata, DK delegittimò il figlio e legittimò la morte del Movimento, cannibalizzandone l'ultimo respiro – ammesso che ciò sia possibile. In qualità di notaio paterno, si astenne dal consultare, né nella forma né nella sostanza, i co-padri e le co-madri, i figli e le figlie, in una situazione discorsiva ideale all'interno e all'esterno della Harvard Law School. Il co-padre Roberto ha concorso in tale determinazione – il che non rende meno ignominiosa la cosa – e ha dichiarato che il Movimento «continuò come forza organizzata soltanto fino alla fine degli anni Ottanta. La sua vita come movimento durò appena più di un decennio»<sup>21</sup>.

*I membri più giovani (a onor del vero, non tutti erano giovani), in momenti di umile autoflagellazione, bruciarono i loro certificati di appartenenza ai CLS, rinunciarono all'orgia, revocarono la propria precedente affiliazione intellettuale e invocarono un pensiero eterodosso profondo sotto etichette sempre mutevoli e serialmente aggiornate: NAIL (New Approaches to International Law), TWAIL (Third World Approaches to International Law) e IGLP (Institute for Global Law and Policy). Tali aggiornamenti risuonavano – ciascuno con la propria peculiare, denigratoria e minuziosa analitica – dello spirito del Movimento ormai estinto e ne perseguivano, inizialmente in abiti da lutto, la gioia di ciò a cui tutti si sentivano nuovamente sedotti a credere potesse essere il pensiero giuridico critico. Al di là del consueto – e prevedibile – ciclo generazionale e dell'inevitabile arrivo di nuovi adepti, le nuove associazioni – tutte ufficialmente non-movimenti – furono costituite e incarnate in definitiva, occorre ammetterlo onestamente, dalle stesse persone. Le loro esotiche orientazioni teoriche, volte in particolare a*

<sup>20</sup> S. Freud era generalmente ossessionato dal parricidio e dai CLS: *Totem e tabù - Modificato*, New York/Offenbach: 1913/2023.

<sup>21</sup> R.M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, New York: Verso (2005), 5.

confrontarsi finalmente con il colonialismo, implicavano certamente viaggi più lunghi e un maggiore jet lag.

Sullo sfondo, quasi irriconoscibile, il defunto era tuttavia ancora presente, sia pure sotto diverse spoglie. Come una fitta nebbia. Che lo si creda o no: i CLS – ormai relegati all'esistenza umbratile di uno Zombie.

#### Quinta Scena: *Deneuve, Seduzione e Critica*

Catherine Deneuve, che non è mai stata riconosciuta per il suo contributo al pensiero giuridico critico e non ha mai partecipato alle Conferenze dei CLS, ha compiuto 80 anni il 22 ottobre 2023. È interessante, anche se un po' criptico, ciò che aveva da dire sui CLS, il cui *Movimento* era chiaramente seducente, anche se sopravvalutato, e perché rimpiangeva di non *esserci* mai stata:

“Dilettantes you recognize by the blatancy of their compliments. The experienced seducer ventures on critique”.



# I giudici, la legge e la politica

## A cinquant'anni dall'Uso alternativo del diritto

Mario Barcellona

SOMMARIO: 1. I giudici, la legge e la politica in un celebre convegno di cinquant'anni fa. – 2. La crisi del ceto giuridico: un arsenale concettuale in disarmo e lo spaesamento della giovane accademia. – 3. La crisi sociale e politica dei contraddittori e violenti anni '60: grandi speranze, sangue e complotti. – 4. Il marxismo per una nuova teoria generale del diritto: dalla legge come nudo dominio del potere al diritto come forma istitutiva della universalizzazione delle relazioni sociali borghesi. – 5. Il ruolo del diritto nei processi di trasformazione della società e la divaricazione tra il marxismo dei giuristi accademici e la "giurisprudenza alternativa". – 5.1. Breve excursus sulla manovra delle contraddizioni: il principio di eguaglianza, l'astrazione normativa e la concreta diversità dei fatti. – 5.2. Breve excursus sulla manovra delle contraddizioni: gli "interessi esclusi", lo "spazio interpretativo" e le prassi emancipatorie. – 6. Il tempo breve dell'uso alternativo e i lasciti del Convegno catanese. – 7. La deriva autoreferenziale della giurisprudenza e la dottrina del Diritto vivente: dal diritto alternativo al miraggio del potere alternativo. – 8. Il sovrapponibile percorso della dottrina e il suo annichilimento nella retorica della "coscienza sociale": la deriva puntistica e il tempo del post-pensiero. – 9. Il diritto, la politica e la democrazia: alla radice di questa discussione in un mondo cambiato.

1. Cinquant'anni fa, nella primavera del 1972, si svolgeva a Catania il convegno su *L'uso alternativo del diritto*, i cui atti, a testimonianza di un interesse che scavalcava i confini disciplinari, furono pubblicati l'anno successivo da Laterza<sup>1</sup>.

Il Convegno prendeva il suo titolo dalla proposta teorica, che Magistratura democratica, la corrente di sinistra dell'Associazione Nazionale Magistrati, aveva elaborato nelle sue assise e che ne riassumeva, efficacemente, il progetto di dar vita ad una "giurisprudenza alternativa" orientata all'uso controfinalistico dei corpi normativi ereditati dal regime fascista.

Questo era il titolo del Convegno, ma non ne fu anche la linea: relazioni e interventi, infatti, lo assunsero come il punto di vista a partire dal quale interrogarsi in generale sul rapporto cruciale tra giudici, legge e politica.

A distanza di cinquant'anni questo tema non solo si è trasferito dai luoghi dell'accademia e delle dispute tra giudici alle pagine dei giornali e alle zuffe dei *talk show*, ma vi si è trasferito con un bagaglio argomentativo che sembra mutato nel linguaggio ma che è rimasto lo stesso nella sostanza teorica e nelle implicazioni politiche.

<sup>1</sup> P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, e *L'uso alternativo del diritto*, II, *Ortodossia giuridica e prassi politica*, entrambi Bari, 1973.

Da qui l'interesse a capire ciò di cui si discute in quel Convegno<sup>2</sup> e, soprattutto, come si è continuato a discuterne dopo che i linguaggi di quel tempo sono stati abbandonati. Anche perché questa veduta retrospettiva sembra decisiva per mettere a fuoco i termini reali di ciò di cui oggi si contende a proposito di questo tema cruciale per le istituzioni di questo Paese.

Di quel convegno catanese si son date due letture, entrambe parziali e per questo fuorvianti.

Esse si sono fermate al titolo del convegno e gli hanno rivolto due critiche opposte.

La prima di queste critiche fu quella di aver ridotto il diritto a mera strategia politica e, per di più, politicamente ingenua: quei giuristi non si sarebbero resi conto che un uso alternativo del diritto avrebbe destabilizzato le stesse conquiste delle classi subalterne una volta che avessero raggiunto il potere. «Muove bensì dalla norma – scriveva N. Irti<sup>3</sup> –, ma per rovesciarla contro sé stessa a protezione di interessi opposti a quelli che ne determinarono la nascita ... [con la conseguenza] che se i partiti di opposizione ... assumono poteri di governo, la teoria del diritto alternativo o diventa inutile o distrugge i propri autori».

Questo risalente intendimento era figlio delle critiche che da subito all'uso alternativo del diritto erano state rivolte dai più accreditati esponenti della vecchia dogmatica, i quali gli contrapponevano il paradigma della neutralità del diritto e della costituzione imparziale del ceto giuridico addetto alla sua interpretazione e custode di una scienza giuridica insensibile alla temporalità.

Questo intendimento ed il giudizio negativo, che ne veniva tratto sembrano, però, fermarsi al titolo del Convegno e dei volumi che ne raccolsero gli atti. E mostrano che chi lo formulava non ne aveva considerato abbastanza tutti gli interventi, o che non ne aveva colto il senso, che, invece, andava in tutt'altra direzione.

<sup>2</sup> L'iniziativa degli incontri romani, promossi da Gaetano Azzariti, Alessandro Somma e Alessandra Di Martino a cavallo tra il 2022 ed il 2023, (da cui muovono queste osservazioni), che ne commemorano il cinquantennio, infatti, attesta un rilievo di quel convegno catanese che va oltre la stessa storia (pur importante) di una generazione di giuristi: è soprattutto la storia di una sinistra giuridica che supera la precedente posizione difensiva e si inserisce nella crisi del pensiero giuridico di quel tempo con un'altra comprensione del diritto e della sua analisi, la quale riesce a farsi egemonica per circa un decennio.

D'altronde, già prima, il convegno di Palermo del luglio del 2006, i cui atti sono raccolti in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, conferma questo giudizio: in tutte le relazioni di quest'altro successivo convegno sono riprese le tesi del 72 e vengono approfonditi molti dei passaggi che qui si trovano solo accennati: v. L. Nivarra, *Ipotesi su il diritto privato e i suoi anni settanta*, 3 ss. e A. La Spina, *Le politiche della sinistra e il diritto*, 31 ss.

<sup>3</sup> N. Irti, *Diritto civile*, in «Dig. disc. priv.», VI, Torino, 1990, 147.

Di segno opposto è, invece, la seconda critica, formulata vent'anni dopo, che al Convegno imputava il carattere incompiuto della svolta che aveva annunciato: il riconoscimento della fondazione giurisprudenziale del diritto vi era rimasto a metà per il pregiudizio positivista che ancora bloccava i protagonisti di quel Convegno. «Il paradigma dell'uso alternativo del diritto – scrive ora N. Lipari<sup>4</sup> –, mentre scuoteva alle fondamenta l'assetto della democrazia liberale di stampo ottocentesco, si collocava pur sempre all'interno di un'ottica di segno positivista asserendo che il diritto non è altro che un ordinamento coattivo», «non arriva[va] – aveva già detto F. Gentile<sup>5</sup> – ad insidiare la concezione, positivista, della funzionalità del diritto rispetto al potere». L'obiettivo mancato dai giuristi riuniti in quel Convegno era, perciò, l'aperto riconoscimento della funzione normativa del giudice in quanto sensore e collettore delle istanze sociali e, per questo, effettivo autore dell'innovazione del diritto positivo secondo i “nuovi tempi” della società.

In quel Convegno, però, il riconoscimento del “diritto giurisprudenziale” non fu affatto un obiettivo mancato: la resistenza verso l'intronizzazione del giudice al posto della legge fu, invece, l'esito di un'analisi teorica approfondita, di una strategia politica ponderata e di una filosofia generale della società.

Dunque, mentre per la prima lettura il Convegno sarebbe andato troppo oltre fino a celebrare il declassamento del diritto positivo a mero arnese della politica, per la seconda, invece, si sarebbe fermato troppo presto sacrificando l'aperto riconoscimento della creatività giurisprudenziale sull'altare del diritto positivo.

In realtà, in quel Convegno le cose non andarono affatto nel modo che entrambe queste critiche lasciano supporre.

All'origine di quel Convegno stavano due crisi risalenti, distinte ma che in quella eccezionale congiuntura si sovrapposero:

– una crisi del ceto giuridico, che riguardava lo statuto epistemologico della sua scienza e l'incapacità delle sue categorie tradizionali a reggere il mutamento sociale; e

– una crisi dell'equilibrio politico che aveva retto l'Italia per quasi un quarto di secolo, la quale aveva scatenato un conflitto cruento e minaccioso.

Questa seconda crisi drammatizzava la prima e spiega i linguaggi e i toni accesi con cui nel Convegno se ne trattò.

Queste due crisi sollevavano questioni di per loro distinte, rispettivamente:

<sup>4</sup> N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in <https://www.dimit.it/news/l-uso-alternativo-del-diritto-oggi>.

<sup>5</sup> F. Gentile, *Equivoci e paradossi della giurisprudenza politicizzata, Intelligenza politica e ragione di stato*, Milano, 1983, 216.

– quella in prima battuta principalmente *speculativa* del come si riscattava la scienza giuridica dalla “deriva retorica”, cui sembravano condannarla il neopositivismo logico e la filosofia analitica; e

– quella propriamente politica del ruolo che potevano avere il diritto e i giuristi nel conflitto sociale che si era scatenato.

Su entrambi questi piani l’orientamento, che nel Convegno prevalse, fu del tutto opposto a quello che queste letture lasciano credere.

2. All’indomani della caduta del fascismo, Salvatore Pugliatti, uno dei massimi giuristi del novecento, icona dell’accademia siciliana e raffinatissimo intellettuale, aveva scritto che i giuristi si erano sottratti alle pretese egemoniche del fascismo in forza del formalismo che praticavano e della neutralità che così attribuivano al diritto e alla sua interpretazione.

In realtà, le cose non erano andate proprio così.

Una parte dei giuristi di quel tempo, combattiva e culturalmente attrezzata, non si era affatto sottratta al compito di considerare i mutamenti che principi e normative del Regime introducevano nello statuto teorico delle loro categorie: lo testimoniano, al meglio, gli aspri dibattiti degli anni ’30 sulla “funzione sociale” della proprietà e quel che un giurista di caratura europea come Emilio Betti veniva scrivendo sul radicamento nel sociale del potere di autonomia conferito ai privati.

È pure vero, però, che vi era stata una “maggioranza silenziosa” dell’accademia e della magistratura che aveva continuato ad indossare un abito conservativo impermeabile alle lusinghe del Regime, il quale era confezionato sul modello della neutralità del diritto e della sua interpretazione.

Il presidio di questa neutralità era costituito dall’idea di sistema che essa coltivava: il diritto e i suoi codici vi erano concepiti come l’articolazione operativa di un sistema di concetti universali e per questo generali e astratti, di essenze giuridiche che andavano oltre il tempo e lo spazio<sup>6</sup>, il quale, perciò, si situava al di là della politica e dell’economia e secondo il quale, perciò, dovevano essere interpretate le leggi.

Alla caduta del fascismo quei giuristi rivendicarono su questa base la loro innocenza e concepirono un ritorno aperto e dichiarato ai presidi di quella loro ideologia, ai concetti generali e astratti del sistema della tradizione ed alla indifferenza della loro attività interpretativa alla politica ed all’economia. E così si acconciarono ad espungere dal quadro concettuale con cui riferirsi al diritto positivo tutto

<sup>6</sup> Solo raramente integrato dall’idea che le sue regole avessero anche a che fare con la composizione di conflitti tra interessi strettamente individuali ispirata al canone di un loro equo bilanciamento secondo una misura, fra l’altro, sempre eguale a sé stessa e indifferente alla diversità del sociale.

quanto di non neutrale, e cioè di politico ed economico, era stato introdotto nei nuovi codici dal fascismo.

Solo che quei codici costituivano anche l'interpretazione (autoritaria e corporativa) che il fascismo e la sua dottrina dello Stato avevano elaborato di un cambiamento del mondo e della sua economia, che li trascendeva e che non poteva essere messo da parte.

Il sistema, che quei giuristi avevano assunto a fondamento della neutralità del diritto e del loro lavoro interpretativo, non aveva solo il compito di legittimare la legge e di accreditarne l'autonomia dal potere, mettendola al riparo dal conflitto sociale. Aveva anche, se non soprattutto, la funzione di flessibilizzare le sue regole, e cioè di operare il loro necessario adeguamento ai mutamenti sociali.

A questo compito quel sistema aveva adempiuto in modo egregio, permettendo l'adeguamento di regole nate nei primi anni dell'ottocento ad un'economia che aveva attraversato la rivoluzione industriale e ad una società che di pari passo era cambiata.

Ma le sue capacità espansive erano insufficienti a fronteggiare i nuovi mutamenti che l'economia e la società incontravano con lo sviluppo della produzione industriale di massa e con le nuove dimensioni che in essa assumevano i conflitti individuali e, soprattutto, collettivi<sup>7</sup>.

I concetti di quel sistema nascevano da un'eccezionale opera di astrazione ma rimanevano pur sempre legati ad archetipi che riflettevano un altro tempo: una proprietà come dominio solitario, un contratto misurato sullo scambio tra borghesi, una responsabilità civile legata all'attività di artigiani e bottegai ed a città dove circolavano solo cavalli, carri e carrozze.

Con concetti siffatti comprendere il nuovo mondo era impossibile: il *novum* sociale rimaneva oscurato nell'irrelevanza giuridica e il *novum* normativo veniva sterilizzato entro le vecchie categorie del sistema oppure degradato al rango di eccezione.

Lo aveva già capito il legislatore fascista, che, difatti, aveva introdotto nell'impianto del vecchio Codice del 1865 cruciali innovazioni: dall'articolazione dell'originario modello unitario e astratto della proprietà fondiaria nei sottosistemi della proprietà rurale e della proprietà edilizia, all'inserimento nella disciplina degli scambi di regole sulla negoziazione di massa, sui contratti imposti e sui monopoli, fino alla previsione di nuove fattispecie di responsabilità legate alle attività pericolose ed alla circolazione degli autoveicoli.

Già questo dà la misura delle insormontabili difficoltà che il tradizionale arsenale dei concetti inevitabilmente incontrava nel mettere in ordine una normativa che gli sfuggiva da tutti i lati.

<sup>7</sup> Ma su questi limiti del sistema della tradizione si v. M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modena, 2022, 4° ss.

Il ritorno al vecchio sistema, che i giuristi del dopo-fascismo immaginavano, era, perciò, impraticabile. Ma lo divenne ancora di più per le nuove generazioni dell'accademia e della magistratura, dato che l'universo normativo che ad essi si presentava, invece di tornare al vecchio modello auspicato dai loro maestri, prese a complicarsi sempre di più: la riforma agraria a cavallo degli anni '50 e '60, i Piani verdi, l'abolizione della mezzadria e la riforma dei patti agrari degli anni '60 avevano reso improponibili le definizioni tradizionali della proprietà e dell'autonomia privata; l'introduzione del divorzio nel 1970 sovvertiva l'impianto codicistico della famiglia; lo Statuto dei lavoratori del 1970 rideterminava dalle fondamenta le relazioni tra classe operaia e datori di lavoro nelle fabbriche. Ma fu soprattutto l'entrata in funzione della Corte costituzionale, nel 1956, che sancì la crisi definitiva degli assetti consolidati del sistema privatistico della tradizione: la Costituzione operava una riconfigurazione dei poteri privati che innovava l'intero quadro normativo del diritto privato.

L'inquadramento nelle architetture dei vecchi "concetti", che dominavano le operazioni interpretative di un tempo, mortificava un mutamento che li trascendeva, che inaugurava un altro tempo e altre forme della società e dei suoi conflitti e della loro considerazione ad opera del diritto.

Già nel 1957 Giovanni Tarello aveva intitolato una sua breve monografia al problema della *crisi del diritto*<sup>8</sup>. Ma, dieci anni dopo, l'insostenibilità della dogmatica tradizionale e la necessità di un altro modo d'essere dei giuristi erano ormai apertamente denunciate nelle inquiete prolusioni di giovani studiosi del diritto privato<sup>9</sup>.

La critica formulata dal Convegno alla postura dei ragionamenti giuridici costruiti a partire da quest'arsenale concettuale fu radicale: «se tutto questo è veramente da imputare al metodo sistematico – si legge nella *Prefazione* di P. Barcellona<sup>10</sup> – ... il superamento di questo atteggiamento mentale o di questo modo di fare cultura giuridica ... deve essere la rinuncia al sistema», più precisamente «la rinuncia all'elaborazione di concetti che si risolvono in astrazioni generalizzanti ... [poiché] i meccanismi di mediazione tradizionali ... risultano inidonei anche rispetto alle istanze del capitalismo maturo».

Quella generazione di giuristi si ritrovò così ad abitare un altro mondo, che i loro vecchi occhiali non riuscivano più a decifrare: un altro modo di intendere il diritto ed il suo rapporto con la società era divenuto ormai improcrastinabile.

<sup>8</sup> G. Tarello, *Sul problema della crisi del diritto*, Torino, 1957.

<sup>9</sup> V., soprattutto, S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in Riv. dir. comm., 1967, 83 ss. e P. Barcellona, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, Napoli, 1968, e poi anche N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in Riv. dir. civ., 1968, 297 ss.

<sup>10</sup> P. Barcellona, *Introduzione a L'uso alternativo del diritto*, I, cit., XVII.

3. Ma i termini e gli interrogativi del dibattito, che in quel Convegno si sviluppò, non si possono capire se non si considerano la crisi sociale e politica che negli stessi anni si consumava e il collasso dell'equilibrio politico e sociale che aveva retto per quasi un quarto di secolo il dopoguerra.

L'epilogo di questa crisi matura alla fine degli anni '60 e porta due nomi: l'autunno caldo e la contestazione giovanile. Ma, in occasione del cinquantennio del fatidico 68, è stato scritto (da M. Cacciari), con molte buone ragioni, che il Sessantotto era cominciato, in Italia, già nei primi anni '60 e sarebbe finito solo nella seconda metà degli anni '70<sup>11</sup>.

La c.d. contestazione giovanile veniva da oltre-oceano e inizialmente si alimentava, soprattutto, della critica di H. Marcuse al totalitarismo delle società neocapitalistiche e sovietiche e all'alienazione che esso produceva. Essa ebbe un ruolo importante nella messa in discussione dei saperi secondo i quali erano strutturate la scuola e, soprattutto, le università. E da questo punto di vista essa si saldò al disagio del ceto giuridico e contribuì non poco al superamento delle "pigrie" conservatrici che attardavano l'accademia giuridica e le magistrature superiori. Ma i suoi riferimenti culturali ed i suoi stessi contenuti materiali ben presto furono soppiantati dalle categorie che venivano dalla tradizione del movimento operaio e dalle loro interpretazioni più intransigenti: nelle domande che gli studenti rivolgevano ai loro docenti, Marx prese ben presto il posto di Marcuse. E questo avvenne perché il conflitto generazionale, cui la contestazione giovanile dava voce, incontrò l'onda lunga di un conflitto di classe che, per l'appunto, era all'opera in Italia dall'inizio degli anni '60 e che, transitando per il c.d. autunno caldo, si sarebbe protratto fino a tutta la seconda metà degli anni '70.

Le rotture del governo di unità nazionale e dell'unità sindacale avevano fiaccato i partiti della sinistra e le organizzazioni del lavoro e avevano permesso un regime di bassi salari alimentato dalle migrazioni interne, che, da lì a qualche anno, avrebbe dato inizio al "miracolo economico". Custode di questo equilibrio squilibrato era il grande partito di centro, la DC, che, dopo quelle rotture, aveva preso il governo del paese e monopolizzato il potere politico.

Ma – com'era nelle cose – proprio l'espansione economica di quegli anni ridiede forza alle organizzazioni sindacali e ne accrebbe le rivendicazioni e la combattività.

A questo nuovo protagonismo del lavoro si opposero il sistema industriale e le correnti più conservatrici dei partiti di governo. Ma – ed è questo il punto – vi si opposero in termini così radicali che mutarono il conflitto sociale in un conflitto politico aperto e virulento: il

<sup>11</sup> Per un recente quadro di quel tempo critico v. M. Gotor, *Generazione set-tanta. Storia del decennio più lungo del secolo breve. 1966-1982*, Torino, 2022.

conflitto di classe prese così la via del sangue, dei complotti e della lotta armata.

Cosa avvenne in Italia tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso si sa. Ma mettere in sequenza quei fatti lascia incredulo anche chi li ha vissuti e, soprattutto, dà la misura di un periodo torbido della storia della Repubblica che è stato rimosso dalla memoria collettiva. In breve: nel 1960 la svolta a destra del governo Tambroni esitò nei morti di Genova e nell'eccidio di Reggio Emilia; l'avvio del centro-sinistra nel 1962 ebbe come risposta il tentativo di golpe del gen. De Lorenzo del 1964; il protagonismo sindacale della seconda metà degli anni '60 finì nel bagno di sangue dei morti di Avola del 1968; all'avvio dell'"autunno caldo" del '69 rispose l'inizio della c.d. strategia della tensione con la strage di piazza Fontana del 1969 e quella di Gioia Tauro del 1970, cui corrispose il tentativo di golpe del principe Borghese dello stesso anno; dopo appena un paio d'anni, alla proposta del compromesso storico lanciata da Berlinguer seguirono la strage di Milano del 1973, quella dell'Italicus e di Piazza della Loggia del 1974, le trame eversive dei Servizi segreti e di organizzazioni clandestine come Gladio e la P2 e l'ennesimo tentativo di golpe, il c.d. golpe bianco, programmato nel 1974 da Edgardo Sogno e Randolfo Pacciardi.

Per questo non si capisce granché di quello di cui si discuteva in quel Convegno sull'Uso alternativo (e dei termini radicali in cui se ne parlava), se non si considera che esso cadeva nel cuore della rottura di un equilibrio, che aveva scatenato un conflitto di classe senza precedenti e vedeva la politica messa in scacco da una reazione spinta fin oltre il confine della repressione cruenta e della minaccia di sovversione violenta. La radicalità di tale reazione, infatti, rimetteva in circolo, fra le generazioni più giovani (ma non solo), vecchi, e altrimenti inconcepibili, scetticismi della sinistra di mezzo secolo prima sulla riformabilità per via politica e democratica del diritto e dello Stato<sup>12</sup>. Che, tuttavia, – va detto – potevano sembrare meno inverosimili di quel che oggi si direbbe se si considera che il fascismo era caduto appena vent'anni prima, che, ad est dell'Italia, era del 1967 il colpo di stato dei Colonnelli in Grecia, e che, ad ovest, in Spagna, era ancora all'opera il regime di Franco e che la dittatura di Salazar, in Portogallo, sarebbe caduta solo nel 1974.

Piaccia o no, di questo si parlava nelle aule universitarie, ed anche nei convegni dei giovani magistrati di sinistra che operavano più a

<sup>12</sup> Lo spiega bene R. Guastini, *Fondamenti teorici del cosiddetto «uso alternativo del diritto» nel marxismo*, in «L'uso alternativo», II, cit., 10. Questi scetticismi erano rappresentati apertamente nel convegno, e con forza, da C. Amirante, *Giuridicizzazione della politica e analisi delle contraddizioni*, in *L'uso alternativo*, II, 261 ss. e da P. Picone, *Riformismo giuridico o socialdemocrazia?*, *ibidem*, 211. Ma su questa linea più intransigente si muovevano in buona parte anche le relazioni dei tedeschi: U.K. Preuss, R. Wiethölter, J. Seifert e T. Blanke.

ridosso dei conflitti e che subivano, quotidianamente, il disagio suscitato dall'origine fascista delle norme penali che si vedevano costretti ad applicare e di una disciplina del lavoro che era rimasta ancora abbastanza impermeabile ai nuovi assetti costituzionali<sup>13</sup> e che, proprio per questo, avevano elaborato la strategia e la formula dell'uso alternativo del diritto. E di questo, perciò, il Convegno era chiamato anche a discutere.

4. La sovrapposizione di queste due crisi spiega perché la partecipazione al Convegno fu vasta e perché, tuttavia, il dibattito finì per addensarsi su quel che la comprensione del diritto poteva attendersi dal pensiero di Marx.

Il marxismo – come nessun'altra teoria della società – sembrava offrire categorie del pensiero e strumenti di analisi in grado di declinare e comprendere insieme tanto la questione del rinnovamento dell'arsenale culturale della scienza giuridica che quella del conflitto sociale<sup>14</sup>.

Il Convegno aveva chiamato a raccolta tutte le espressioni del pensiero critico e progressivo sul diritto, la politica e la società. E registrò la presenza di molti dei loro più significativi esponenti.

Le relazioni introduttive si attestarono su due posizioni di fondo:

(a) quella che muoveva da postulati riconducibili al neopositivismo logico ed alla filosofia analitica, la quale, grossomodo, tendeva a svalutare il vincolo dell'enunciato normativo, spostava il baricentro del ragionamento sul suo rapporto con le proposizioni che lo interpretavano e, alla fine, assegnava l'attività interpretativa al campo della retorica/politica<sup>15</sup>, e

<sup>13</sup> Si v. F. Mazziotti, *Uno alternativo del diritto del lavoro*, in «L'uso alternativo», I, cit., 195 ss. e G. Ghezzi, *Gli obbiettivi del diritto del lavoro nell'attuale fase di ristrutturazione economica*, in «L'uso alternativo», II, cit., 195 ss.

<sup>14</sup> Lo nota bene A. Cantaro, *Uno alternativo del diritto. Ieri oggi domani*, in G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma, *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Napoli, 2024, 487 ss.

Certo c'erano già giuristi di grande spessore che, come Emilio Betti e Tullio Ascarelli (spesso citati ma raramente praticati), erano andati oltre i paradigmi della dogmatica tradizionale ed avevano travolto i consueti confini che separavano il diritto e la sua interpretazione dalla politica e dall'economia (come pure – dopo – Falzea, Giorgianni e Scognamiglio). Ma il fatto è che lo storicismo evolutivo, che in modo diverso contrassegnava il loro pensiero (L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955), non era in grado di leggere l'incrocio di crisi dell'epistemologia giuridica e crisi sociale, che segnava in modo irripetibile quel tempo. E poi, da un lato, non li metteva al riparo dalla corrosività del neopositivismo logico e della filosofia analitica e, dall'altro, non sembrava abbastanza per lo spirito di innovazione e le istanze di rifondazione che dal conflitto sociale giungeva a quei giovani giuristi, che, di lì a poco, avrebbero promosso l'iniziativa del Convegno catanese.

<sup>15</sup> Si v. G. Tarello, *Orientamenti della giurisprudenza e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in «L'uso alternativo», I, cit., 61 ss.

Questa posizione non ebbe nella discussione visibilità autonoma. Essa, tutto sommato, non aveva obiezioni teoriche da opporre al dispositivo della "giurispru-

(b) quella che variamente si rifaceva all'analisi marxista della società e che, però, presto si divise tra due diverse posture teoriche e politiche.

Segnatamente, il confronto si accese fra quanti si ritrovavano su posizioni di – per così dire – *imperativismo strumentale* e quanti, invece, ragionavano in termini *struttural-funzionali*<sup>16</sup>.

Il primo di questi due orientamenti aveva origine in una risalente postura teorica della sinistra giuridica e corrispondeva al modo essenzialmente strumentale nel quale in quel tempo era concepito, nel marxismo “ortodosso”, il rapporto tra diritto e società: P.I. Stučka e soprattutto A.J. Vysinskij lo avevano teorizzato al meglio.

«Il diritto – aveva scritto Vysinskij<sup>17</sup> – è l'insieme delle regole di condotta esprimenti la volontà della classe dominante ... la cui applicazione è garantita dalla forza coercitiva dello Stato al fine di tutelare, sanzionare e sviluppare i rapporti sociali e gli ordinamenti vantaggiosi e convenienti alla classe dominante».

Questa definizione del diritto – come già aveva chiarito N. Bobbio<sup>18</sup> – non rappresentava altro che il normativismo di H. Kelsen declinato con una sociologia, anche abbastanza rozza, di stampo marxista.

denza alternativa” (a misura che, in fondo, considerava i testi giuridici pressoché illimitatamente manipolabili) e ne spostava la critica sul terreno politico: un uso alternativo del diritto non era teoricamente inconcepibile ma era politicamente criticabile, o – meglio – era accettabile e praticabile solo a condizione che non si spingesse troppo oltre, provocando guasti all'assetto democratico del paese e alla sua tenuta complessiva. Essa, perciò, finì per esibire una tendenziale convergenza teorica con lo strumentalismo giuridico della “giurisprudenza alternativa” e una netta divergenza politica dai suoi approdi operativi che la avvicinava, invece, al funzionalismo del marxismo accademico.

D'altronde, la stessa “giurisprudenza alternativa”, spesso e volentieri, si rappresentava la decisione come “scelta” tra più interpretazioni tutte virtualmente possibili (L. Ferrajoli, *op. cit.*, 107) e così finiva, anch'essa, per adottare, almeno sul versante interpretativo, un'epistemologia giuridica non distante dal neopositivismo logico.

<sup>16</sup> La questione dell'apporto che l'analisi marxista e le sue categorie potevano offrire alla teoria giuridica aveva già cittadinanza, seppur abbastanza decentrata, nella filosofia del diritto e della politica (dal libro di U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1962, fino al lungo saggio di R. Guastini, *La «teoria generale del diritto» in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista*, in G. Tarello, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1971, 331 ss.).

Ma il marxismo non era neanche del tutto ignoto ai giuristi positivi: un'esigua minoranza, guidata da U. Natoli, lo praticava ma, nel solco del vecchio “socialismo giuridico”, lo intendeva, soprattutto, come struttura della società da giustapporre all'ordinamento, onde legittimare la scelta di interpretarne le norme nel modo che più proteggeva le classi subalterne.

<sup>17</sup> A.J. Vysinskij, *Problemi del diritto e dello stato in Marx*, in U. Cerroni, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, 283. Ma per questo aspetto non molto diverse, sebbene ben più colte, erano anche le cose che scriveva P.I. Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, *ibidem*, 5 ss.

<sup>18</sup> N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino, 1955, 155, ma anche *Studi di teoria generale del diritto*, Torino, 1955, 100 ss. Ma già prima anche H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto*, Milano, 1956.

Essa, postulava la riduzione dell'ordinamento a *nudo comando*, a *pura forma imperativa* depositaria di una *voluntas* che per suo mezzo veniva garantita dalla forza.

Ciò significa che per questa concezione strumentale del diritto, allo stesso modo di Kelsen, la norma rappresentava solo un *contenitore coercitivo sempre eguale a sé stesso*, nel quale il potere politico poteva riversare i contenuti materiali che intendeva imporre e, per questo, rimaneva padrone non solo di modificarli a suo piacimento ma anche di intendere il loro significato nel modo che riteneva più conveniente attraverso l'opera degli organi da esso stesso deputati a darvi applicazione.

In termini più generali, dunque, il dispositivo teorico di questo imperativismo strumentale funzionava pressappoco così: poiché il valore del testo normativo si esaurisce nella contingenza contenutistica del comando, il suo senso si situa interamente al suo esterno (e cioè nella *voluntas* della politica) e poiché il rapporto tra interno (la forma imperativa) ed esterno (la *voluntas* politica) del diritto è retto dalla nuda strumentalità, al testo normativo non si può accreditare alcun fondamento di "verità" e la sua interpretazione ricade nel campo delle scelte di chi la conduce, nella sua soggettività, a soccorso della quale restano solo l'ideologia e la retorica<sup>19</sup>.

A questo *background* teorico-strumentale si faceva corrispondere – a torto o a ragione – la strategia della "giurisprudenza alternativa", la quale anch'essa muoveva dall'idea del diritto come nudo strumento del "dominio di una classe sociale sulle altre"<sup>20</sup>. Sicché è anche verso quest'ultima che si rivolsero le riserve teoriche e politiche, che nel Convegno si avanzarono nei confronti di questo strumentalismo teorico e interpretativo.

Queste riserve, che muovevano dall'opposto orientamento strutturale-funzionale, provenivano, principalmente, dai giuristi di estrazione accademica, molti dei quali si ritrovavano già nella rivista *Demo-*

<sup>19</sup> Esattamente come per H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1977, 66 ss. e 123 ss., che alla rappresentazione della norma come puro e nudo imperativo ipotetico (*se un fatto allora una sanzione*) faceva seguire un intendimento dell'interpretazione come mera questione politica: ciò che contenutisticamente dice la norma «risiede nella libera opinione dell'organo chiamato a realizzarla».

<sup>20</sup> Questa strategia era esposta nel Convegno da L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in «L'uso alternativo», I, cit., 105 ss. Ma v. già prima M. Ramat, *Un solo padrone*, in «Qualegiustizia», 1970, 5 ss., D. Greco, M. Coiro, *La giornata della giustizia*, *ibidem*, 1971,

Va tuttavia considerato – e questo vale anche per le numerose citazioni che appresso si faranno – che Ferrajoli esponeva – come mostra lo stesso titolo della sua Relazione – le posizioni della corrente di Magistratura Democratica e aveva il compito di difenderle dalle critiche che, anche nel Convegno, le venivano rivolte.

Per questo si v. ora L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione Giustizia», 4/2016, 13 ss.

*crazia e Diritto*, che – è utile ricordarlo – costituiva a quel tempo l'organo della Associazione giuristi democratici e divenne poi una sezione dell'Istituto Gramsci.

Ciò che quella nuova generazione di giuristi accademici cercava era esattamente l'opposto di una tal riduzione del diritto a ideologia e del declassamento del loro sapere da scienza ad appendice del potere o ad arte della convinzione. Il loro tema era, piuttosto, come riportare il diritto a ridosso della società senza risolvere quest'operazione in una scelta soggettiva tutta e soltanto ideologica: come evitare «la riduzione del richiamo ai testi di legge a mero espediente retorico ... la degradazione del diritto a strumento al servizio di forze che lo trascendono»<sup>21</sup> e come non vedersi costretti alla «rinuncia al proprio ruolo, alla propria storia individuale di "tecnici"»<sup>22</sup>.

Fu così che sulla comprensione radicalmente strumentale di A.J. Vysinskij finì per prevalere, nel corso del Convegno catanese, l'analisi di E.B. Pašukanis, che intendeva le norme come «oggettiva funzione» delle relazioni sociali.

Per quest'altra concezione del diritto la norma – come meglio appreso si vedrà – non rappresenta una forma/contenitore sempre eguale a sé stessa bensì una forma/contenitore il cui modo d'essere si determina diversamente nella storia delle società a seconda del modo in cui organizza le relazioni sociali per le quali appresta le proprie regole. Questo, però, implica anche che allo studio del diritto spetta il compito di esplicare il rapporto genetico che lega lo storico modo d'essere delle norme, delle loro forme, al tipo di relazioni sociali che esse perseguono, dimodoché quest'opera esplicativa esibisce carattere propriamente scientifico<sup>23</sup>.

E.B. Pašukanis aveva teorizzato circa cinquant'anni prima che su quel che il marxismo diceva alla scienza del diritto bisognava ragionare non mettendo insieme i brani sparsi di Marx, ma interrogandosi sul diritto con lo stesso metodo con cui Marx si era interrogato sulla merce, e sulla specifica qualità della sua forma<sup>24</sup>.

Il normativismo kelseniano, e insieme ad esso gran parte delle principali riflessioni teoriche di quel tempo, muovevano dalla distinzione tra forma giuridica e contenuti materiali e dall'assunto della pu-

<sup>21</sup> P. Barcellona, *Introduzione*, in «L'uso alternativo», I, cit., XII.

<sup>22</sup> G. Cotturri, *L'ideologia della separazione e il recupero dell'analisi del reale*, in «L'uso alternativo», II, cit., 87.

<sup>23</sup> U. Cerroni, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, in «L'uso alternativo», I, cit., 3 ss. e B. De Giovanni, *Significato e limiti del riformismo giuridico*, cit., 253.

<sup>24</sup> E.B. Pašukanis, *La teoria generale*, cit., 94: «Una critica della giurisprudenza borghese deve prendere a modello la critica dell'economia politica come l'ha sviluppata Marx ... non deve mettere da parte le generalizzazioni che sono state elaborate dai giuristi borghesi ... ma, sottoponendo ad analisi queste categorie astratte, deve dimostrare il condizionamento storico della forma giuridica».

rezza/universalità della prima e dell'empirica storicità dei secondi. Per E.B. Pašukanis, perciò, la critica del normativismo doveva passare attraverso indagini che valessero a mostrare la contaminazione storica della stessa forma giuridica e delle categorie su di essa costruite dai "giuristi borghesi".

Questo programma teorico lo aveva portato ad esaminare il "diritto moderno" nella sua specifica e storica forma "astratta e generale", a mostrare già in tale forma la struttura essenziale della società moderna ed a sperimentarne ed illustrarne analiticamente la reciproca connessione<sup>25</sup>.

A cosa questo conduca si può dire in breve così: la norma generale e astratta suppone necessariamente che i suoi destinatari vi siano considerati a prescindere dalle loro determinazioni sociali ed economiche e dunque suppone necessariamente la loro eguaglianza (non il servo e il signore ma semplicemente il proprietario e il contraente, ossia il "soggetto giuridico eguale" nato dalla Rivoluzione dell'89 e sviluppato dai codici civili dell'800); la loro eguaglianza suppone necessariamente la loro libertà e la loro libertà suppone necessariamente che essi si possano relazionare tra loro solo sulla base del reciproco consenso; cosicché la forma generale ed astratta del diritto si mostra "funzione" di relazioni sociali fondate sull'accordo reciproco e dunque sullo scambio, ossia di una società ad economia mercantile-monetaria<sup>26</sup>.

In quel Convegno, anzi, questo dispositivo teorico di E.B. Pašukanis venne assunto con un emendamento cruciale, che, illustrando il ruolo costitutivo della "forza di legge", svincolava il diritto dalla dimensione sovrastrutturale a cui il "marxismo ortodosso" lo aveva consegnato<sup>27</sup>.

La forma generale e astratta, che nel diritto moderno assumevano i suoi dispositivi imperativi, le sue norme, sanzionava con la forza l'ordine della libertà e comandava l'universalizzazione dei rapporti di scambio, istituiva il mercato in mediatore esclusivo di ogni

<sup>25</sup> E.B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in U. Cerroni, *Teorie sovietiche*, cit., 80: «La concezione angustamente empirica e tecnica della connessione tra questi due elementi [base economica e sovrastruttura giuridica] si manifesta nelle discussioni sul fatto che lo sviluppo del commercio esige garanzie per la proprietà ... Ma ad uno sguardo più approfondito appare chiaro che non soltanto i vari dispositivi tecnici dell'apparato dello stato sorgono sul terreno del mercato, ma che tra le stesse categorie dell'economia mercantile monetaria e la forma giuridica esiste un nesso interno indissolubile».

<sup>26</sup> Per questa spiegazione v. M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 65 ss. e *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 119 ss.

<sup>27</sup> Lo aveva rilevato bene nel Convegno R. Guastini, *Fondamenti teorici*, cit.: «non si coglie che le sovrastrutture sono ben più che una mera forma ...: sono le condizioni generali e contestuali di esistenza della struttura stessa ... senza forma giuridica di proprietà e di contratto il modo capitalistico di produzione non potrebbe funzionare».

connessione sociale, e così poneva le condizioni basiche del modo di produrre capitalistico<sup>28</sup>. In questa forma, perciò, era oggettivato un senso epocale che trapassava i suoi contenuti empirici e vincolava le loro possibili interpretazioni.

Quest'approccio cognitivo esaudiva l'aspirazione dei giuristi accademici a preservare e valorizzare lo statuto scientifico del loro sapere. Per un verso, infatti, lo ricentrava sull'analisi delle forme giuridiche che stava dentro il grande pensiero giuridico del novecento e lo riscattava dalla deriva retorica in cui la filosofia giuridica che si faceva strada nella sua seconda metà avrebbe voluto confinarlo. E, per un altro verso, lo situava a ridosso della struttura basica della società, affrancandolo dalla posizione servente in cui lo relegava l'assegnazione del diritto alla sfera della sovrastruttura.

Ma quest'approccio cognitivo retroagiva anche sull'altra questione, quella politico-strategica, che percorreva il Convegno: spostava il peso del diritto nei processi di innovazione/trasformazione delle relazioni sociali dalla giurisdizione alla legislazione, dalle aule di giustizia ai parlamenti, e dunque alla politica.

5. La necessaria connessione tra forme giuridiche e rapporti di produzione, che sul piano teorico era prevalsa, non implicava affatto la definitiva intrascendibilità di queste forme e degli assetti delle relazioni sociali che incorporavano e sanzionavano<sup>29</sup>. La cornice costituzionale e democratica, entro cui queste forme ormai si iscrivevano, dischiudeva piuttosto la possibilità che al "diritto eguale" della società borghese (quello delle norme astratte e generali che, disciplinando in modo eguale tutti gli uomini e le cose, davano vita al soggetto eguale dell'ordine borghese) seguisse, o si accompagnasse, la formazione di un "diritto diseguale" che ne modificasse/correggesse le logiche, e cioè di un diritto che, scomponendo il soggetto eguale di prima in una molteplicità di soggetti socialmente connotati dalle comuni condizioni materiali di esistenza (inquilini, contadini, lavoratori subordinati, ecc.), riferisse loro discipline di favore volte a perequare le situazioni deteriori in cui versavano.

Il "diritto diseguale", che già nei fatti aveva cominciato a prendere campo da circa un quindicennio e che, però, solo da quel Convegno prese forma teorica adeguata, divenne così l'insegna della sinistra giuridica degli anni successivi: il senso della democrazia e della politica, entro una formazione sociale "borghese", consisteva, anche dal

<sup>28</sup> Al riguardo v. M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 91 ss.

<sup>29</sup> Lo sottolineava nel Convegno S. Rodotà, *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati dall'intervento pubblico*, in «L'uso alternativo», I, cit., 233, osservando che «il diritto ... non può che essere la risultante della lotta tra le classi, non può non riflettere ... i rapporti di forza esistenti tra le varie classi sociali».

punto di vista di una concezione marxista del diritto e dello Stato, nella produzione di equilibri sociali più avanzati attraverso, per l'appunto, la produzione di "diritto diseguale"<sup>30</sup>.

Quanto si allontanasse da Marx questa strategia del "diritto diseguale" e l'opzione costituzionale che l'accompagnava e quanto in essa vi fosse di Gramsci e Togliatti e se in un "paese occidentale" ad una forza politica di impianto marxista si dessero altre strategie politiche è una questione su cui si possono coltivare idee diverse<sup>31</sup>.

Quel che è certo, e che qui soprattutto serve rilevare, è che questo "marxismo accademico" incontrava le forze politiche della sinistra, ma, al tempo stesso, tagliava fuori dal progetto di rinnovamento della società per mezzo del diritto quella "giurisprudenza alternativa" che aveva guadagnato la ribalta proprio nel nome dell'uso alternativo del diritto: quel "diritto diseguale" era una produzione della legge, che interpellava la politica e spartiva per strati la società, e perciò escludeva che potesse essere implementato *singulatim* dalla giurisdizione.

Per il vero, della proiezione operativa del "diritto borghese" si erano pure fatti carico quei giuristi accademici, ma spostando il *focus* dell'applicazione del diritto dal suo uso strumentale e controfinalistico alla marxiana "manovra delle contraddizioni" interne allo stesso sistema giuridico<sup>32</sup>: il dispiegamento dell'efficacia propulsiva del principio costituzionale di eguaglianza e la ricerca di spazi di legittimità per le prassi emancipatorie erano i compiti che esso assegnava alla giurisdizione.

Ma questa prospettiva, che "riduceva" la Costituzione da disegno piano e lineare della società "a venire" da mettere in opera *in-mediata-mente* a vertice di contraddizioni da comporre affinando le tecniche dell'argomentazione giuridica, non bastava ancora a soddisfare l'ansia di intervento e la ricerca di un nuovo ruolo del giudice, che animavano la "giurisprudenza alternativa": pretori e giudici di prima istanza vivevano quotidianamente la contraddizione di dover maneggiare norme e interpretazioni che collidevano con le prassi sociali e con lo spirito del tempo, uno spirito che sembrava loro li sospingesse a rendere subito integralmente "veri" gli scenari emancipatori della Legge fondamentale.

Queste urgenze, del resto, non erano rimaste estranee neanche ad alcuni relatori del Convegno, che, pur riconoscendosi nell'approccio cognitivo infine prevalso, tuttavia subivano la fascinazione del movi-

<sup>30</sup> P. Barcellona, G. Cotturri, *Stato e giuristi: tra crisi e riforma*, Bari, 1974 e P. Barcellona, *La Repubblica in trasformazione*, Bari, 1978.

<sup>31</sup> Su questo aspetto si v. L. Nivarra, *L'uso alternativo del diritto tra passato e presente*, in G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma, *L'uso alternativo del diritto*, cit., 337.

<sup>32</sup> A proposito della quale si v. U. Cerroni, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione*, cit., 10 e B. De Giovanni, *Significato e limiti del «riformismo giuridico»*, in «L'uso alternativo», I, cit., 265.

mentismo e dello spirito militante della “giurisprudenza alternativa” e sollecitavano ad «avere il coraggio di vivere politicamente il proprio mestiere»<sup>33</sup>.

Accadde così che la divergenza da cui aveva preso le mosse la discussione del Convegno non si compose e che, da allora, il “logo” dell’uso alternativo prese a significare due cose diverse<sup>34</sup>: la comprensione funzionale del sistema giuridico con la sua strategia del “diritto diseguale” elaborata dal nuovo marxismo della cattedra e lo scavalcaimento giurisprudenziale del diritto positivo sostenuto dalla “giurisprudenza alternativa”.

Questa divergenza rimase latente fin quando i dispositivi teorici di entrambe queste posizioni continuarono a vestire i panni della semantica marxista, ma divenne aperta allorché la magistratura, negli anni ’80, si affrancò da questo linguaggio.

5.1. Per cogliere la misura di questa divergenza operativa fra la prassi invocata da questa “giurisprudenza alternativa” e la prospettiva della manovra delle contraddizioni che le veniva contrapposta sembra utile riferire, brevemente, delle due questioni sulle quali nel Convegno più si accese la discussione.

La prima di queste questioni concerneva il rapporto fra fatti e norme e il procedimento di sussunzione della concretezza dei primi nell’astrattezza dei secondi.

Nella percezione di quei giudici la contraddizione principale correva tra norme e fatti, stava essenzialmente nella «violenza del giuridico sul reale», e cioè nella sopraffazione che l’eguaglianza delle prime sistematicamente operava sulla diseguaglianza dei secondi. La strategia, che la “giurisprudenza alternativa” proponeva, era, perciò, quella del «capovolgimento del rapporto tra norma e fatto», «sicché non sia il fatto a piegarsi alla norma ma la norma al fatto, non sia la realtà ad adattarsi al diritto ma il diritto ad adattarsi alla realtà»<sup>35</sup>.

Questo programma della “giurisprudenza alternativa”, almeno nelle dichiarazioni di principio, presentava margini abbastanza elevati di ambiguità<sup>36</sup>, tanto sul piano teorico che su quello pratico. Dal Con-

<sup>33</sup> Così A. Di Majo, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull’«uso alternativo» del diritto privato*, in «L’uso alternativo», I, 159. Ma su questa linea v. anche F. Mazziotti, *Usi alternativi del diritto del lavoro*, cit., 204; M. Bin, *I limiti del progressismo «accademico» e l’esigenza della pratica politica*, *ibidem*, II, 201 ss. e C. Amirante, *Giuridicizzazione della politica e analisi delle contraddizioni*, cit., 265.

Vi era, dunque, in alcuni giuristi della sinistra una qualche ambivalenza che, successivamente, avrebbe esercitato un peso sull’atteggiamento di una parte di questo settore dell’Accademia verso dottrine come quelle del “primato dei rimedi” e del “principio di effettività”.

<sup>34</sup> A. Cantaro, *op. cit.*, 487 ss.

<sup>35</sup> L. Ferrajoli, *Magistratura democratica*, cit., 117.

<sup>36</sup> Con L. Ferrajoli, *Magistratura democratica*, cit., 116, infatti, essa si dichiarava «una giurisprudenza che non vuol essere disapplicazione della legge né libera

vegno, perciò, vennero indicazioni che investivano contemporaneamente entrambi questi aspetti. Le quali muovevano dalla prospettiva della “internalizzazione” delle contraddizioni, che quella giurisprudenza denunciava, e miravano a riorientarne le operazioni interpretative.

Segnatamente, si osservò, soprattutto da quanti erano più propensi ad avvalersi delle categorie dell’analisi marxista, che il disvelamento delle diseguaglianze occultate dal “diritto eguale” doveva procedere di concerto con il disvelamento di punti di vista “altri” già “interni” al sistema giuridico<sup>37</sup> e che l’attivazione di questi punti di vista “alternativi” andava riferita essenzialmente al campo dei “conflitti di classe”<sup>38</sup>.

Dietro queste indicazioni si intravedono premesse più generali che si possono sviluppare nei termini che seguono.

L’astrattezza e generalità delle norme non è solo il rispecchiamento di rapporti sociali storicamente determinati, ma incorpora, innanzitutto, una strategia verso la società. La quale consiste nel relegare nell’irrelevante giuridico tutto ciò che rende ogni uomo ed ogni fatto diverso dagli altri e che, però, questo fa sulla base di un criterio selettivo che risponde alla funzione di universalizzazione del mercato racchiusa nell’eguaglianza *en droit*.

Che il diritto moderno tratti in modo eguale situazioni diseguali, perciò, più che istituire una contraddizione tra norme e fatti, implementa la funzione sistemica che le prime assolvono verso i secondi.

creazione di diritto, ma applicazione vincolata di un fondamentale precetto costituzionale: che non vuol dire negazione della legalità, ma solo del modo borghese di intendere la legalità come strumento esclusivo della classe dominante; che non si fonda su di una arbitraria scelta di parte, ma sulla fedeltà a una scelta in favore delle classi subalterne già operata dalla Costituzione repubblicana).

Questa dichiarazione sembra del tutto irreprensibile. Ma il fatto è che il suo senso reale potrebbe anche essere del tutto diverso da quel che appare. Quella giurisprudenza, infatti, concepiva Costituzione e Codici come due corpi assolutamente separati, sicché la «fedeltà» alla prima implicava la necessaria «disapplicazione» dei secondi e la loro sostituzione con una «libera creazione del diritto» «vincolata ad un fondamentale precetto costituzionale». il che, per capirsi, è una cosa che va ben oltre la *Drittwirkung*, poiché – come si mostra appresso nel testo – il «precetto fondamentale», cui essa fa riferimento, è l’art. 3 cpv e la sua «fedele» applicazione comporterebbe – secondo il disegno di questa giurisprudenza – il potere del giudice di accantonare il consueto «procedimento di sussunzione», e cioè la fatiscie legale, per accedere *in-mediatamente* alla concretezza del caso onde rendergli piena giustizia.

<sup>37</sup> Scriveva, infatti, G. Cotturri, *L’ideologia della separazione e il recupero dell’analisi del reale*, cit., 88 che «una diversa via è stata qui prospettata da Cerroni, Di Majo, De Giovanni, che hanno fatto cenno alla “manovra” delle contraddizioni della società capitalistica, all’affermazione di un punto di vista alternativo “interno” al sistema e perciò dirompente». Ma sul tema del giudizio di sussunzione sarebbe tornato da lì a poco G. Cotturri, *Analisi del fatto e qualificazione giuridica*, in «Dem. e Dir.», 1973, 19 ss. e 1974, 269 ss.

<sup>38</sup> Scriveva sempre G. Cotturri, *op. cit.*, che «dove non v’è conflitto di classi, non è ipotizzabile neppure un uso alternativo del diritto».

D'altra parte, una contraddizione si dà solo quando ad una medesima cosa si riferiscano predicati opposti, mentre diritto e fatti rimangono, comunque, cose diverse, sicché ciò che si predica dell'uno non può stare in rapporto di contraddizione ma solo in "rapporto di funzione" con quel che si predica dell'altro. Operare nella direzione della generale discrasia tra norme e fatti, quindi, non può valere ad attivare alcuna reale contraddizione.

L'unica alternativa a questa strategia del diritto verso il mondo può essere, allora, solo quella del suo disvelamento, dell'esplicazione della radice funzionale dell'eguaglianza formale, e cioè della riscoperta della determinazione materiale che muove questa astrazione selettiva.

Perché da questa strategia di disvelamento si passi ad una strategia di attivazione di una contraddizione è necessario che la discrasia tra eguaglianza del diritto e diseguaglianza delle relazioni sociali sia *internalizzata*, e cioè sia ritrovata all'interno dello stesso diritto. Una strategia di manovra delle contraddizioni, perciò, non può arrestarsi al rapporto generale fra astrazione della norma e concretezza del reale, e cioè al rapporto tra *interno* ed *esterno* del diritto, ma deve entrare *dentro* il diritto e scoprire all'*interno* della tessitura astratta del sistema normativo le faglie che possono metterla in crisi<sup>39</sup>. E questo si può fare solo riferendosi a principi positivi che, contraddicendo il canone di indifferenza verso l'*esterno* (nel quale propriamente consiste il carattere storicamente determinato dell'astrazione moderna), impongono di guardare all'*esterno* del diritto e che tuttavia, proprio per essere positivi, albergano al suo stesso *interno*.

L'art. 3 della Costituzione, tanto nel divieto del 1° comma di trattare in modo diseguale situazioni assimilabili che nella prescrizione del 2° comma di superare le diseguaglianze materiali, è il prototipo dei luoghi del sistema normativo ove questo recupero della concretezza dei rapporti reali appare giuridicamente prescritto e dove, perciò, il generale comando dell'eguaglianza formale si ritrova in virtuale contraddizione con la necessità giuridica di scavalcarla. Una strategia di manovra delle contraddizioni non può che consistere, allora, nello sviluppare tutte le virtuali antinomie che da questo principio si originano e nel portarle all'effettività.

Anche la "giurisprudenza alternativa" si appellava all'eguaglianza sostanziale dell'art. 3. Ma lo faceva in un modo ambiguo, in un modo che poteva sembrare attribuisse a tale principio il valore di prescrivere generalmente (già al giudice ordinario) la concessione o il diniego di un rimedio anche in assenza delle condizioni cui la norma lo sottoponeva. Il generale primato del fatto, che essa ne traeva, sembrava, infatti, accreditare l'idea che il mandato che l'eguaglianza sostanziale dell'art. 3 consegnava al giudice fosse quello di oltrepassare la norma

<sup>39</sup> Così A. Di Majo, *Proposte per un avvio di discorso teorico*, cit., 199.

tutte le volte in cui il caso concreto poteva essere descritto in termini tanto diversi dalla fattispecie legale da mostrare l'*ingiustizia* della soluzione che essa gli apprestava. Di guisa che con questo senso e questo raggio l'eguaglianza sostanziale si mutava in un generale, e indistinto, *dare giustizia alla diversità del concreto*.

Così, però, questa indicazione non poteva funzionare e, comunque, rischiava l'arbitrio. E lo rischiava da due diversi punti di vista: quello della competenza a disporre l'eguagliamento/diseguagliamento e quello del parametro secondo cui accertare la violazione del principio di eguaglianza.

Dal primo punto di vista, la ragione dell'arbitrio è ovvia e consiste nel fatto che la Costituzione, accanto all'art. 3, prevede anche l'art. 134, il quale attribuisce alla Corte costituzionale la competenza esclusiva sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi<sup>40</sup>. Dunque, al giudice ordinario compete di interpretare la legge, e la regola che essa pone, in modo conforme all'art. 3, ma quando constatati che quest'interpretazione non sia praticabile non può "sostituire" la regola con un'altra regola da lui stesso creata e deve, invece, rimettere la questione della sua costituzionalità alla Corte. E questa – a ben vedere – non è una semplice questione di competenza fra magistrature gerarchicamente strutturate, quando si pensi che la Corte costituzionale per 2/3 è composta da membri *extra ordinem* designati da soggetti (il Presidente della Repubblica e il Parlamento) che, direttamente o indirettamente, costituiscono espressione della sovranità popolare. Il senso profondo di questa competenza sta, perciò, nel principio che il fare la legge, anche quando si tratta di fare cadere una regola già posta, appartiene, alla fine, alla sovranità popolare, e dunque a chi può esibire, in ultima istanza, una legittimazione non tecnica ma in qualche guisa (vale a dire: anche indirettamente) politica<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Ovviamente non mancarono di rilevarlo nel Convegno gli accademici più tiepidi: per tutti A. Cataudella, *L'uso alternativo del diritto privato e del diritto del lavoro e i pericoli di interpretazioni «involutive»*, in «L'uso alternativo», II, 135 ss. E non avevano torto, anche se le preconizzate interpretazioni involutive non si verificarono, ed anzi la Corte costituzionale prese a produrne di sempre più avanzate.

<sup>41</sup> Qui è detta in un modo probabilmente troppo abbreviato una cosa che in realtà è molto complessa. La Corte costituzionale, infatti, da un altro punto di vista si dà come un limite alla sovranità popolare, e quindi come una sorta di giudice addirittura antidemocratico che custodisce la legalità contro la legittimazione democratica del Parlamento. È anche vero, però, che la legalità, che essa custodisce, è pur sempre una *sovranità concentrata*, quella che è racchiusa nella Legge fondamentale che la stessa sovranità popolare si è data, e che la composizione e i modi della designazione dei suoi membri la pongono rispetto alla legalità che così custodisce in una postura "politica" che rimane qualitativamente diversa da quella che un giudice ordinario esibisce verso la legge ordinaria. Essa può fare quello che a nessun giudice ordinario è dato di fare, e cioè cancellare una legge del Parlamento, perché decide secondo una *sovranità concentrata* la cui interpretazione è riservata non ad un'istanza strettamente tecnica ma prevalentemente eletta dagli stessi organi cui risale l'atto di *sovranità limitata* su cui è chiamata a decidere.

Dal secondo punto di vista, la ragione dell'arbitrio attiene al parametro secondo cui discernere quando la *diversità* del caso concreto integri una *differenza*, e cioè un trattamento diseguale, che per l'art. 3 deve essere eguagliata/o.

L'astrazione implica sempre e necessariamente un tralasciamento delle diversità, ma, di per sé, rappresenta anche un costo inevitabile di ogni regolazione sociale che non voglia cadere nella giustizia del Cadi. L'attivazione delle contraddizioni introdotte dall'art. 3 richiede, perciò, un criterio atto a distinguere quando la discrasia tra l'astrattezza della norma e le diversità del caso concreto ricade nel campo dei costi inevitabili della regolazione giuridica e quando, invece, rappresenta una "intenzionale" strategia del diritto intesa alla conformazione delle relazioni sociali ad un ordine storicamente determinato, quello implicato nel "diritto eguale" della Modernità.

L'internalizzazione della contraddizione, e cioè la sua dislocazione all'interno del sistema giuridico, rispondeva a questo problema. Ed infatti la sua costruzione intorno al principio di eguaglianza dell'art. 3 non lascia la rilevanza della diversità tra caso concreto e *casus legis* al sentimento di giustizia, ma vincola l'eguagliamento/diseguagliamento ad un ragionamento sulla funzione della norma ed al trascendimento del caso concreto nella struttura del reale, e cioè nella struttura dei rapporti sociali (ossia, come già recitava Corte cost. n. 28/1957, pensando con «valutazioni di natura politica» e «per categorie di destinatari e non *ad personam*»).

L'eguaglianza del 1° comma investe, in linea di massima, le norme che trattano in modo diseguale situazioni eguali ed opera in modo essenzialmente inclusivo secondo il paradigma di ragionamento che è proprio dell'analogia: quest'eguaglianza c.d. formale impedisce che siano esclusi dal trattamento (positivo/favorevole) concesso da una norma *serie/specie di casi* che secondo tale *parametro costituzionale* siano "assimilabili" a quelli da essa considerati e perciò opera estendendone l'ambito di applicazione sulla base del raffronto, sempre secondo tale parametro, tra *ratio* della regola concessiva e *ratio* della (implicita) regola preclusiva che designa la *specie* di casi esclusi.

L'eguaglianza del 2° comma<sup>42</sup>, invece, investe, in linea di massima, le norme che trattano in modo eguale situazioni diseguali ed

<sup>42</sup> Per il vero, il 2° comma appare, per lo più, assorbito nel 1° comma, cui viene affidato il doppio contenuto di vietare il trattamento diseguale di situazioni eguali e, al tempo stesso, di vietare il trattamento eguale di situazione diseguali. Il ragionamento sopra fatto con riferimento al 2° comma, perciò, si riferisce anche a questa seconda direzione di operatività del 1° comma. Sempreché non si ritenga, secondo il risalente orientamento di Corte cost. n. 28/1957, che il differenziare la regolazione secondo la diversità delle situazioni regolate appartenga alla discrezionalità del Legislatore, che non spetti alla Corte di sindacare il mancato esercizio di questa discrezionalità e che, perciò, l'eguaglianza sostanziale operi come ragione di legittimità del diritto diseguale e non anche come ragione di illegittimità del diritto eguale.

opera in modo prevalentemente esclusivo: quest'altra eguaglianza preclude l'applicazione della norma eguale a quella *serie/specie di casi* che esibiscano una "dissimiglianza" rilevante secondo il parametro della c.d. *eguaglianza sostanziale*. Anch'essa, dunque, si avvale necessariamente dello stesso tipo di ragionamento e se ne avvale due volte. Innanzitutto, se ne avvale secondo un paradigma – che si potrebbe dire – di un'analogia negativa/rovesciata, a misura che la "dissimiglianza" passa sempre attraverso il raffronto, secondo quest'altro parametro costituzionale, tra la *ratio* della regola eguale inclusiva e la *ratio* della virtuale regola diseguale che esclude i suoi destinatari diseguali dal trattamento (negativo/sfavorevole in ragione della loro diversità) per essi disposto dalla prima regola. Ma mette capo anche alla successiva necessaria applicazione di un'analogia positiva. Ed infatti, una volta liberata dal dominio della regola eguale, la *serie/specie di casi* così esclusa configura una lacuna, la quale, a sua volta, richiede che essi siano risolti attraverso l'analogia che la colma.

Dunque, ricondotta all'interno del sistema normativo e centrata in questo modo sull'art. 3, la contraddizione non solo si sposta dal raffronto tra l'astrattezza della norma e la concretezza del caso sottoposto al giudizio alla funzione che l'astrazione normativa esercitava sulla struttura generale delle relazioni sociali. Ma, soprattutto, la sua manovra cessa di interpellare genericamente la giustizia e si trasferisce sul terreno del ragionamento giuridico e da esso attinge anche i suoi necessari limiti<sup>43</sup>.

Quel che la corretta implementazione del principio di eguaglianza impone, perciò, non è una decisione misurata sul caso concreto, bensì, rispettivamente, la caducazione della regola che *irragionevolmente* tiene fuori la *serie/specie di casi*, cui esso si lascia ricondurre, dal suo ambito applicativo o la disattivazione della regola che *irragionevolmente* li include quando l'eguagliamento che essa dispone integri un disciplinamento di relazioni sociale strutturalmente diseguali inteso a traferire/sottoporre la loro diseguaglianza materiale nella/alla formale eguaglianza delle corrispondenti relazioni giuridiche.

Ma questo trascorrere dalla *diversità singolare* alla *differenza funzionale* retroagisce sulla qualità della funzione giudiziaria e ne ridisegna i limiti: proprio perché interna allo stesso sistema normativo e mediata dalle *rationes* delle sue norme, la strategia della manovra delle contraddizioni sfugge al "congiunturalismo" del render giustizia al caso concreto, che – a torto o a ragione – si imputava indistintamente all'uso alternativo del diritto, non muove – come spesso si diceva – da alcun "apriorismo fideistico", ma si esperisce attraverso un'analisi oggettiva, che investe innanzitutto le norme per scoprirne le specifiche

<sup>43</sup> In proposito si v. R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 1992, 61 ss.

funzioni e considera i fatti e le loro differenze solo dal punto di vista propriamente giuridico, quello dei dispositivi contraddittori da cui sono investiti.

Il principio di eguaglianza non era, certo, un'invenzione del Convegno, ma la sua rilettura come "luogo" di una contraddizione interna dell'ordinamento e la prospettiva di farne l'oggetto di una strategia di manovra delle antinomie giuridiche dischiudeva un campo vasto e nuovo (testimoniato dalla cospicua giurisprudenza costituzionale che ne è seguita).

Le sollecitazioni della "giurisprudenza alternativa" venivano così raccolte, ma il suo generoso, anche se esorbitante, programma ne risultava significativamente rideterminato o – al dire di non pochi – urbanizzato.

5.2. La seconda questione concerneva, invece, il rapporto tra il diritto e le prassi collettive che andavano sviluppandosi.

Sempre appellandosi all'art. 3 e alla sua vocazione emancipatoria, la "giurisprudenza alternativa" rivendicava a sé «la promozione di scelte giudiziarie nelle quali si affermasse la prevalenza degli interessi funzionali all'emancipazione delle classi subalterne» e perciò il dovere di perseguire «la prevalenza del diritto di sciopero sulle esigenze del "bene comune" o dell'"interesse generale", dei diritti di libertà sulle ragioni dell'ordine pubblico, dei diritti sindacali sugli interessi della proprietà o della produzione»<sup>44</sup>.

Anche questa rivendicazione, però, presentava margini rilevanti di ambiguità. Poteva sembrare semplicemente la corretta riaffermazione del primato della Costituzione nella gerarchia delle fonti. Ma nei termini generali in cui veniva enunciata avrebbe potuto intendersi anche come una prevalenza pressoché assoluta degli «interessi funzionali all'emancipazione» sugli «interessi ad essi virtualmente contrapposti che [invece] non sono protetti da analoga garanzia costituzionale»<sup>45</sup>. Il fatto è, però, che questi altri "interessi contrapposti", in realtà, ricevevano spesso anch'essi tutela costituzionale e il condizionamento, che pure essi spesso esibivano, rinviava sempre all'intervento legislativo, e dunque agli equilibri politici che si potevano formare in Parlamento. In questa rivendicazione, allora, se non l'obliterazione di questi condizionamenti, si sarebbe potuto leggere, almeno, l'aspirazione ad una generale funzione di supplenza della "giurisprudenza alternativa" rispetto alle inerzie del legislatore, e dunque della politica. Solo che questo stravolgeva il primato della politica, e perciò della legge, che nelle riflessioni generali sul rapporto diritto/società veniva maturando.

Anche su quest'altro versante dal Convegno vennero indicazioni che provavano a coniugare insieme la legittimazione delle prassi

<sup>44</sup> L. Ferrajoli, *Magistratura democratica*, cit., 115.

<sup>45</sup> L. Ferrajoli, *op. loc. cit.*

emancipatorie che portavano alla ribalta gli “interessi esclusi” con la metodologia della manovra delle contraddizioni e il primato della politica che essa preservava.

La questione per questo messa in campo fu quella delle condizioni e dei modi in cui si sarebbe potuto riconoscere «una riserva di liceità per i comportamenti collettivi rivolti a rimuovere gli ostacoli di cui parla l’art. 3»<sup>46</sup>.

Si trattava solo di un’ipotesi e di un inizio di ragionamento che possono essere sviluppati, grossomodo, nei termini che seguono.

I principi sanciti dalle norme di un ordinamento sono molti e, di per loro, virtualmente antinomici.

L’operazione principale della dottrina giuridica, da sempre, consiste, perciò, nella costruzione di un sistema in grado di comporre queste virtuali antinomie istituendo tra questi principi gerarchie e servitù, vale a dire, in ultimo, assegnando loro ambiti distinti: si riduce il campo di applicazione di un principio (della norma che lo reca) nella misura necessaria ad evitare che un altro principio (un’altra norma) possa concorrere alla sua regolazione e introdurre così nel sistema una contraddizione.

Con queste operazioni di ridislocazione della complessità sociale procede, essenzialmente, l’adeguamento interpretativo del diritto: principi sovraordinati (come quello dell’art. 3) determinano a cascata riposizionamenti degli altri principi e impongono ridistribuzioni dei conflitti alla cui soluzione presiedono.

Dunque, la virtualità di un’antinomia e il procedimento della sua soluzione istituiscono uno *spazio interpretativo*, quello sottratto al principio posposto e agli interessi che esso protegge, che, di solito, viene occupato dal principio antinomico che privilegia altri e antitetici interessi oppure rimane uno “spazio vuoto” assegnato allo Stato e rimesso al suo apprezzamento dell’interesse generale.

È in questo dispositivo, per l’appunto, che si possono immaginare le condizioni di una manovra d’altro tipo delle contraddizioni, volta alla legittimazione normativa delle prassi emancipatorie.

Nell’un caso e nell’altro questo dispositivo è solitamente fatto operare entro un cerchio che rimane chiuso agli interessi che non risultino già considerati dall’ordinamento, e cioè agli “interessi esclusi” dalla sua logica strettamente individualistica. Precisamente, avviene così perché, ampliando lo spazio liberato dal principio posposto al principio antinomico, si privilegiano gli interessi individuali da questo considerati e si ribadisce, perciò, l’irrilevanza degli “interessi esclusi” ovvero perché, non concedendo tale spazio al principio antinomico, si rinvia la loro soddisfazione alla mediazione pubblica. Nell’un caso e

<sup>46</sup> P. Barcellona, *Uso alternativo e riserva di liceità a favore delle prassi «emancipatorie»*, in «L’uso alternativo», II, 129.

nell'altro, perciò, le prassi sociali, che diversamente avrebbero la possibilità di svilupparsi a partire da questi "interessi esclusi", non avrebbero modo di superare il confine che le separa dal diritto.

Tuttavia, l'ordinamento conosce, nell'attuale configurazione costituzionale, anche un altro dispositivo di trattamento della prassi, quello tracciato negli artt. 39 e 40 della Costituzione e sperimentato nelle relazioni sindacali, il quale consiste nell'istituzione di uno spazio che non è né privato né pubblico, che non è quello degli interessi individuali (privilegiati dall'espansione del principio antinomico) né quello della mediazione statale (introdotta dall'assegnazione al soggetto pubblico della competenza a disporre dello spazio rimasto vuoto), uno spazio nel quale è istituita una competenza collettiva nella regolazione delle relazioni sociali, e cioè ove il diritto sanziona un altro modo di produzione delle regole e conferisce così legittimazione autonoma alle prassi emancipatorie. Ad una giurisprudenza progressiva quest'apporto offriva, allora, anche la via della valorizzazione di quest'altro modello delle relazioni tra diritto e prassi, un modello proveniente dall'esperienza sindacale ma espressamente validato dai principi lavorativi della Carta costituzionale. Sicché il compito del giudice non era di normare questo spazio ma di garantirne i confini.

Questa valorizzazione si sarebbe potuta perseguire, a seconda dei casi, in due direzioni. Da un lato, per via *intensiva*, ampliando le competenze dell'autonomia collettiva (ad es., legittimità dei c.d. scioperi per le riforme). E, dall'altro, per via *estensiva*, riferendo tale modello agli spazi ricavabili, per l'appunto, dalla contemporanea vigenza di principi antinomici (ad es., pretese collettive di partecipazione alle decisioni che coinvolgono collettività). A sorreggere giuridicamente questa strategia stava, ancora una volta, il dettato costituzionale del 2° comma dell'art.3. A pensarci bene, infatti, accanto alla funzione disapplicativa che prima si è considerata, ad esso si sarebbe potuta (e si può) riconoscere una primaria funzione propulsiva, quella di legittimare non solo le leggi ma, per l'appunto, anche le prassi intese a rimuovere gli ostacoli "che impediscono ... la partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese". E questo non solo avrebbe giustificato lo sconfinamento in questa direzione dell'iniziativa sindacale che già si era venuto sviluppando. Ma permetteva anche, rispetto agli "spazi virtualmente vacanti" istituiti dal disinnescamento di una virtuale antinomia, di emancipare il sistema giuridico dal pregiudizio della dicotomia pubblico/privato, di riconoscere – quando si desse – la dimensione collettiva degli "interessi tralasciati" e – in tal caso – di conferire protezione alle prassi partecipative che venissero maturando a ridosso dei conflitti che in tali spazi si accendevano.

L'implicito riferimento alla nuova prassi, inaugurata alla fine degli anni '60, degli "scioperi per le riforme" e alle iniziative collettive che rivendicavano la partecipazione dei "controinteressati" alle deci-

sioni che investivano comunità di utenti e cittadini mostra il senso di questa strategia. Anch'essa, piuttosto che rimettere il conflitto alla sede giudiziaria, lo consegnava ad un'altra veste della politica e ad un'altra dimensione della democrazia: un'altra veste della politica, perché anche le forme dell'organizzazione collettiva del sociale si situano ad egual titolo nel terreno del rapporto tra popolo ed istituzioni nel quale consiste la politica; un'altra dimensione della democrazia, perché la stessa Costituzione ne ha prefigurato una doppia articolazione, strutturando la regolazione sociale sul concorso del Parlamento e dell'autonomia collettiva.

Dunque, a prendere corpo era un'idea ben precisa a proposito del rapporto tra diritto e società: quella che, nonostante i generosi propositi della "giurisprudenza alternativa", il compito della regolazione dei conflitti sociali non poteva essere affidato all'udienza che tali conflitti ricevessero nelle aule giudiziarie e all'uso strumentale delle norme che in esse si potesse praticare. Tanto la prospettiva teorica del "diritto diseguale" che la strategia operativa della "manovra delle contraddizioni" assumevano ad interlocutrici dell'uso alternativo del diritto la legge, e per suo tramite la politica, e perciò affidavano l'emancipazione sociale e il riscatto degli esclusi agli equilibri che si venivano producendo nelle aule parlamentari e nel confronto collettivo organizzato. E questo, non tanto per una ragione pratica di *efficacia*<sup>47</sup>, ma essenzialmente per una ragione teorica di *legittimazione*: l'emancipazione della società può venire solo dalla società, da un cambiamento del modo di intendere lo stare insieme di uomini e donne che spetta alla politica di promuovere ed alla legge di sancire<sup>48</sup>. Diversamente non c'è emancipazione ma solo la sostituzione di un potere ostile con un potere benevolo.

6. Durante tutti gli anni '70 gli orientamenti maturati nel corso del Convegno trovarono riscontri pratici e sviluppi teorici di rilievo.

Il "diritto diseguale", che aveva rappresentato l'approdo principale del marxismo accademico, costituiva niente di meno che la teoria giuridica del *Welfare*, il dispositivo giuridico fondamentale entro cui prese corpo la breve stagione nella quale le classi subalterne ebbero parola nel governo del paese e il compromesso keynesiano prospettato dalla Carta costituzionale raggiunse il suo apice<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Fra le altre, la comune, e non infondata, obiezione circa l'efficacia limitata del giudicato alle parti processuali rispetto all'efficacia *erga omnes* della legge.

<sup>48</sup> A questo si riferiva B. De Giovanni, *Significato e limiti del «riformismo» giuridico*, cit., 253, quando avvertiva della «impossibilità di una riduzione "tecnica" del problema del riformismo, [del]l'impossibilità, ancor meglio, di una delega che la società offra ai giudici ed agli scienziati del diritto su questo problema».

<sup>49</sup> Così allo Statuto dei lavoratori seguirono la generalizzazione della Scala mobile, l'istituzione del Servizio sanitario nazionale, l'introduzione dell'Equo ca-

Ma dal Convegno germinò anche un rinnovamento della cultura giuridica: videro la luce nuovi manuali e nuovi studi monografici, che decostruivano le vecchie architetture dogmatiche e prendevano a coniugare insieme diritto, economia e politica, a scoprire nessi tra saperi che erano rimasti seppelliti sotto anni e anni di intransigente specialismo ed a proporre nuove comprensioni delle norme e dell'universo giuridico.

Tutto questo, però, durò poco: l'uccisione di Moro e la marcia dei quarantamila chiusero quella stagione. Così, già tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80 il vento cambiò<sup>50</sup> e di uso alternativo del diritto quasi più non si parlò. Ma questo non significa affatto che il diritto ed il pensiero giuridico tornarono ad essere quelli di un tempo.

Il marxismo giuridico si ispessì coniugandosi con altri pensieri del '900 e proseguì nella strada intrapresa, intestandosi la comprensione storica del diritto moderno, l'analisi delle modificazioni cui esso andava incontro in forza delle mutazioni del potere che a partire da quegli anni venivano producendosi e la decostruzione delle ideologie chiamate a sorreggere i processi materiali attraverso cui si venivano sviluppando<sup>51</sup>.

La giurisprudenza, invece, mantenne il dispositivo teorico che aveva sperimentato al tempo dell'uso alternativo, ma ne modificò radicalmente il racconto fondativo. E sulla strada dell'antipositivismo del Diritto vivente si ricongiunse al nuovo corso della dottrina prevalente.

Il lascito del Convegno prese così due vie, riproponendo la divaricazione che in esso si era prodotta.

Il ricorso alla "coscienza sociale" e al Diritto vivente, invocato per darle dignità fondativa, finì per prevalere e divenne il "figlio spurio" dei fatidici anni '70.

none, l'inaugurazione del Piano casa, ecc. E questo spirito del cambiamento, che attraversava i rapporti economici, esondò sul versante della persona e delle sue relazioni: dopo il Divorzio e la vittoria referendaria venne il tempo della Riforma del diritto di famiglia, della disciplina dell'Aborto, della legge Basaglia, ecc.

<sup>50</sup> Iniziò lo smantellamento dalle fondamenta degli apparati di intervento dello Stato, si avviò la liberalizzazione dei sistemi bancari e finanziari e intraprese i primi passi la globalizzazione dell'economia; neoliberalismo estremo (almeno nelle declamazioni) e darwinismo sociale occulto presero ad erodere il terreno del welferismo, fin quasi a cancellarlo dal discorso pubblico; la politica ne fu stravolta in ambedue le gambe su cui era avanzata, quella del parlamento e dei partiti e quella della contrattazione collettiva e del movimento sindacale.

<sup>51</sup> Per questo percorso che muove dalla forma generale e astratta del diritto moderno e dall'ordine liberale che incorpora, attraverso il tempo del diritto moderno e dell'ordine liberale che incorpora, attraverso il tempo del diritto diseguale dello Stato sociale e giunge al diritto regolativo ed al primato del potere economico che esso sancisce si v. M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, cit., 79 ss.; *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 107 ss., 291 ss.; *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Roma, 2024, 60 s.; *Il soggetto e i beni*, in «Trattato del diritto privato» diretto da S. Mazzamuto, vol. I, t. IV, Torino, 2026, 1 ss., 129 ss.

Lo spirito prevalso nel Convegno, per il quale l'attività del giurista cade più nel campo delle scienze sociali che nel regno della volontà, non andò, però, disperso ed alimenta ancora oggi pensieri generali e indagini particolari, soprattutto del diritto privato: alle generali riscritture dei rapporti tra il diritto privato e i processi storici di costruzione della società moderna dei primi anni<sup>52</sup> è seguita una ricca e multiversa produzione monografica su istituti e categorie centrali del sistema privatistico<sup>53</sup> che è giunta fino all'elaborazione di quadri complessivi delle trasformazioni giuridiche in questo tempo della globalizzazione<sup>54</sup>.

Queste riflessioni hanno svolto un ruolo non secondario nell'orientamento di quella parte della dottrina che, congedandosi dall'apparato della dogmatica tradizionale, ha tenuto fermo il legame della materia privatistica con lo storico-sociale e con le funzioni che in esso il diritto è chiamato a svolgere, e che ha continuato a concepire le proprie ricerche come qualcosa che ha a che fare con la *scientia juris* piuttosto che con la sola *jurisprudencia*<sup>55</sup>.

Ed è anche su questo terreno teorico generale della qualità, "scientifica" (per come si può concepire delle "scienze umane") o (prevalentemente e variamente) "affabulatoria" del lavoro dei giuristi che il marxismo giuridico, nato da quel Convegno, ben presto si trovò a doversi misurare.

Nel cinquantennio appena trascorso la scienza giuridica si è ritrovata stretta tra due pensieri influenti, che, da punti di vista assolutamente opposti, ne contestavano, tuttavia, la stessa possibilità, e cioè la possibilità di concepire un'oggettività del ragionare dei giuristi sulla legge positiva e di operarne interpretazioni che tenessero conto dei suoi vincoli:

<sup>52</sup> P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973 e F. Galgano, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974.

<sup>53</sup> Solo per ricordare alcune delle opere a carattere più generale: sul soggetto giuridico, ad es., P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984 e D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in «Enc. del dir.», XXXIII, Milano, 1983; sul principio proprietario, ad es., P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987, M.R. Marella, *Oltre il pubblico ed il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012 e C. Salvi, *Teologie della proprietà privata*, Catanzaro, 2017; sull'autonomia privata, ad es., C. Salvi, *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, del 1978, A. Somma, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007 e M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2016; sulle obbligazioni, ad es., A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1975 e S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Milano, 1978.

<sup>54</sup> C. Salvi, *Diritto civile e capitalismo. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015; L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Palermo, 2011; e M. Barcellona, B. Montanari, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Roma, 2023.

<sup>55</sup> V. al riguardo G. Grisi, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2017, 431 ss.

– da un lato, il funzionalismo sistemico, che esclude qualsiasi conoscenza non sociologica del diritto e degrada teoria generale del diritto e dogmatica giuridica a sottosistemi serventi del sistema giuridico deputati solo ad occultarne i paradossi e le asimmetrie sociali<sup>56</sup>.

– dall'altro, un pensiero pervasivo che, muovendo dalla singolare, e un po' spuria, solidarietà di filosofia analitica ed ermeneutica giuridica<sup>57</sup>, apre la via ad un «indebolimento discorsivo» del valore normativo della legge, il quale, però, torna a divaricarsi nella diagnosi affabulatoria dell'attività interpretativa e nella sua nuda politicità della prima (la filosofia analitica) e nell'opposto accreditamento di una "verità" del discorso giuridico *oltre la legge* della seconda (l'ermeneutica).

Queste dottrine mettevano in discussione la vocazione cognitiva del nuovo marxismo giuridico da tre punti di vista: (a) il carattere storicamente determinato del diritto e, soprattutto, il suo darsi come sede di un orizzonte epocale della società; (b) la sua comprensibilità entro una struttura sistemica senza, però, oscurare il senso storicamente determinato a partire dal quale essa si istituisce e funziona; e (c) l'intelligenza dell'attività interpretativa entro un quadro teorico in grado di riconoscerne, ad un tempo, la creatività e il vincolo alla legge.

La riflessione si è, perciò, sviluppata in tre direzioni, che sembra il caso di indicare brevemente, perché muovono dal dibattito del Congresso ed intersecano i suoi successivi sviluppi:

(a) quella del paradosso di universalità e temporalità e di necessità ed artificialità che contrassegna dall'origine il *nomos*, del suo costituire sempre un "fondamento infondato", del suo darsi di volta in volta in una "forma sensata" che nella sua storica diversità racchiude già in sé il "senso nucleare" di un'epoca della società e della questione della giustizia come perenne conseguenza dell'inevitabile scarto tra il "senso" di volta in volta prescelto e incorporato nella forma ed i "sensi" respinti che ritornano come sua critica e gli si contrappongono nel nome di una giustizia più giusta;

(b) quella della comprensione secondo le categorie ed i dispositivi della teoria sistemica dei connotati che il sistema giuridico assume in ciascuna delle sue epoche, la quale mostra come nella Modernità il diritto si dia come un (sotto)sistemi della società, la cui identità si articola in *rationes* funzionali dalle quali attinge le risorse per processare il *novum* del suo ambiente sociale e adeguarne i mutamenti;

(c) quella della comprensione dell'interpretazione come la principale di queste risorse evolutive, come autopoiesi del sistema giuridico,

<sup>56</sup> N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978.

<sup>57</sup> Per un brillante quadro sintetico v. G. Zaccaria, *Testo giuridico e linguaggi: una prospettiva ermeneutica*; R. Guastini, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione* e F. Viola, *Interpretazione e indeterminazione della regola giuridica*, tutti in «Diritto privato, VII-VIII, L'interpretazione e il giurista», Padova, 2003, rispettivamente 5 ss., 35 ss. e 49 ss.

la quale consiste intrinsecamente in una creazione cognitiva, in un *novum exposito* a misura che esita sempre in una nuova regola alla quale, però, giunge – ed è questo il punto – sulla base di un processo cognitivo che attiva reciproche interazioni delle norme e delle loro *rationes*<sup>58</sup>.

Ma – come si è detto – il *mainstream* di giurisprudenza e dottrina è stato, ed è tuttora, un altro e va in tutt'altra direzione. E tuttavia anch'esso – come si è detto – ha qualcosa a che fare con l'Uso alternativo.

7. La magistratura non fu più quella di una volta. Ma per capire bene come essa cambiò occorre distinguere tra la reale portata delle sue prassi giudiziarie e l'immagine di sé che prese a coltivare.

Fin dagli anni '80 la giurisprudenza si è ritrovata al centro di una evoluzione radicale dell'ambiente sociale e del sistema giuridico, che sembrava richiedere un'innovazione altrettanto profonda di compiti e senso della giurisdizione.

La parità dei coniugi e il primato dell'interesse del minore mandavano in soffitta la vecchia famiglia patriarcale, ma anche chiamavano i giudici a funzioni di mediazione familiare prima inconcepibili. La scienza e la tecnica prendevano il posto della procreazione naturale, ma anche coinvolgevano la giurisprudenza nelle inesauribili contraddizioni di legge, costituzione e arresti delle Corti sovranazionali. L'introduzione dell'aborto e lo sviluppo delle tecniche di sopravvivenza artificiale costringevano i magistrati a prendere la parola sulla vita e sulla morte.

La responsabilità civile rompeva gli argini della tutela dei diritti soggettivi e dell'art. 2059 e investiva i tribunali del compito di determinare i confini del danno risarcibile e le condizioni e i limiti dell'accesso del danno non patrimoniale alla tutela aquiliana. Fino a dover apprezzare il valore del corpo umano, della stessa vita e dei sentimenti.

La sovrapposizione alla disciplina codicistica delle normative a tutela dei consumatori moltiplicava i principi regolativi delle relazioni contrattuali, ma anche accresceva in modo generalizzato le aspettative sociali in cerca di protezione nelle aule di giustizia.

Lo sviluppo delle relazioni finanziarie costringeva la giurisprudenza ad affrontare i problemi della responsabilità delle banche e dei derivati creditizi, e così a confrontarsi con tecnicità esasperate, con sofisticati raggiri e con aspettative di protezione inedite.

La primazia del caso e la "visibilità" di chi lo risolveva contribuiscono, così, a costruire la percezione di un giudice costretto ad inseguire i mutamenti del mondo e l'incalzare delle leggi ma divenuto an-

<sup>58</sup> Per il chiarimento di queste proposizioni si deve rinviare a M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, cit.; *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006 e *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze espropriative e interpretazione funzionale*, cit.

che un soccorso provvidenziale all'incertezza sul modo di intendere i processi evolutivi della legislazione. Insieme a questa percezione, però, prese a crescere un modo di concepirsi della magistratura che mutava in profondità i rapporti tra giurisdizione e legislazione. E che veniva da lontano, veniva, appunto, dai paradigmi della "giurisprudenza alternativa" di un tempo.

Nelle parti motivate delle sentenze e nelle occasioni in cui la magistratura si trovava ad illustrare l'immagine di sé che aveva maturato a prevalere fu, in breve tempo, l'idea che il decidere fosse una prestazione schiettamente creativa.

Clausole generali e principi costituzionali, di cui questa giurisprudenza prese sempre più ad avvalersi (non sempre a proposito), cominciarono ad essere immaginati come vie che riconoscevano al giudice un accesso diretto alla giustizia, il quale, però, le si sarebbe dato comunque, in virtù del suo compito di dare attuazione *in-mediata* ai valori costituzionali e in forza del primato assiologico del diritto sulla contingenza politica della legge<sup>59</sup>.

Questo "stile" del decidere, anzi – più precisamente – di rappresentare le proprie decisioni, è figlio della generalizzazione a pressoché l'intero corpo giudiziario del modo di intendere la giurisdizione maturato agli inizi degli anni '70 dalla "giurisprudenza alternativa" e della mutazione che esso subisce una volta spogliato dei suoi originari riferimenti ideologici.

Quando, già agli inizi degli anni '80, cominciò a prendere corpo la sconfitta della sinistra e la riscossa dei poteri consolidati, il riferimento alla "emancipazione delle classi subalterne" e l'idea di un giudice che per esse "prende partito" regredirono rapidamente e vennero sostituite da due diverse ma complementari retoriche, quella del giudice chiamato ad essere interprete della "coscienza sociale" e quella della magistratura come "potere indipendente" deputato a sopperire alle mancanze di una politica ormai incapace di star dietro ai cambiamenti della società<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Anche se – va detto subito, la realtà è un po' più modesta: tali riferimenti, spesso, sono serviti solo ad abbreviare l'onere dimostrativo di soluzioni intuitive ma di complicata dimostrazione.

<sup>60</sup> Dunque, il paradigma rimaneva pressappoco quello di prima, ma la sua fondazione prendeva una veste diversa, più urbana e soprattutto irenica. Questa veste, infatti, poteva essere indossata da tutti i magistrati senza la necessità di sbilanciamenti ideologici e, soprattutto, conferiva peso e potere all'intero corpo giudiziario, affrancandolo dalla subordinazione alla politica, che il vincolo alla legge, alla fine, sembrava loro implicasse.

Accade così che il vecchio strumentalismo sia riassorbito nel triangolo di giudice, giustizia e società, cada definitivamente nel non-detto e che quel che rimane sia il suo nocciolo originario, e cioè la pretesa/convinzione che il giudice sia il "signore" della legge.

Ma questo spiega anche perché questo paradigma vestito a nuovo finì presto per divenire il luogo comune intorno al quale l'ordine giudiziario si unificò e, al-

Questo nuovo “stile” della giurisprudenza, che al posto della urtante eguaglianza sempre più di frequente insediava l’ecumenica solidarietà, abbisognava, però, di una nuova fondazione teorica, che venne ben presto trovata nell’escogitazione del “diritto vivente”.

Nella presentazione ad un recente seminario, organizzato da Magistratura indipendente e tenutosi presso la Corte di cassazione<sup>61</sup>, si legge che «formante fondamentale del “diritto vivente” è la “coscienza sociale” ... [la quale] trova espressione negli orientamenti consolidati della giurisprudenza ... che attribuiscono alle norme una portata ed un significato effettivi che possono divergere anche notevolmente dal significato assunto dalla proposizione normativa scritta ... [sicché alla] illusoria stabilità del diritto positivo scritto ... [si contrappone] la concreta effettività del “diritto vivente”, fondato sulla continua evoluzione dei valori».

Da queste enunciazioni, che mettono in chiaro cosa tra la *crème* dei magistrati si intenda per “diritto vivente”, traspare un’autorappresentazione della giurisprudenza più influente che poggia su tre pilastri: l’assumere in proprio la responsabilità e il merito delle decisioni, l’intestarsi il cambiamento al posto della politica e il costituirsi in fonte ultima del diritto in luogo della legge.

Questo salto non era, però, necessario: quando se ne sappiano leggere le sentenze e non si scambino i *verba* delle motivazioni con la *ratio* reale delle soluzioni, le decisioni assunte nel nome del “diritto vivente” erano, e sono, per lo più condivisibili e nove volte su dieci corrispondevano, e corrispondono, ad appropriate implementazioni evolutive di *rationes* già presenti all’interno del sistema giuridico<sup>62</sup>.

Questo, però, suscita una questione che si può porre così: se questa divaricazione tra la reale portata delle prassi giudiziarie, dove la creatività sta dentro le ordinate di un’interpretazione evolutiva indispensabile all’adeguamento del diritto alle nuove complessità, e l’opposto racconto che la giurisprudenza più influente ne fa, e fa di sé stessa, dove invece la creatività è rappresentata come giustapposizione al potere della legge di un altro potere normativo distintamente fondato, costituisca solo un caso di eccedenza retorica (magari un po’ narcisistica) o sia indicativa di processi sociali più profondi.

A questa seconda ragione fa pensare quel processo che risale ai cruciali anni ’80, nel quale si susseguono e si intrecciano la migrazione

meno in parte, perché quest’ordine altrettanto presto entrò in rotta di collisione con la politica.

<sup>61</sup> V.la in <https://www.magistraturaindipendente.it/convegno-il-diritto-vivente>.

<sup>62</sup> In realtà, la barriera delle *rationes* sistemiche è stata forzata pressoché solo nel campo dei diritti strettamente personali (v. suicidio e procreazione) e sempre ad opera di quella sorta di ircoervo che è la Corte costituzionale, la quale per il carattere politico di 2/3 dei suoi elettori e per i requisiti di eleggibilità dei suoi membri presenta natura per metà politica e per metà “tecnica”. Ma sul punto v. M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche*, cit., 19 ss.

della sovranità verso altre sedi, la crisi devastante della politica e la frantumazione della società, dei suoi assetti e delle sue gerarchie, le quali, tutte insieme, contribuiscono a creare una condizione generale dove le *élite* prendono a contendersi le spoglie del re.

Il trono del re (che una volta era stato della politica in nome del suo primato) sembra ormai vuoto e si apre la contesa per stabilire chi conta di più nella nuova scala sociale: il manifesto del “diritto vivente” è largamente controfattuale ma si può pensare abbia qualcosa a che fare con questa vicenda.

L'estroverso progetto di un “diritto alternativo” sembrerebbe così aver lasciato il passo all'introverso miraggio del “potere alternativo”<sup>63</sup>. Se non fosse che il potere, quello vero, ha preso da tempo altre direzioni.

8. Pressoché sovrapponibile a quello della giurisprudenza è il percorso della dottrina, ed entrambi si alimentano reciprocamente.

Una parte della dottrina, soprattutto quella che operava più a ridosso del diritto degli affari, si convertì presto al nuovo *trend* neo-liberale e prese a farsi promotrice, da un lato, del dispiegamento della concorrenza (sui due versanti dello smontaggio dei “lacci e laccioli” fraposti al libero dispiegamento dell'iniziativa economica privata e dell'efficientamento delle discipline *anti-trust*) e, dall'altro, del rafforzamento delle capacità competitive del sistema delle imprese uniformandone la disciplina alle regole comuni dei mercati finanziari globali.

Un'altra parte, forse preponderante, si incamminò, invece, su di un altro percorso, che conservava l'abbrivo sociale del tempo dell'Uso alternativo, ma lo addomesticava, diluendone la dimensione conflittuale nella dicotomia, moderata e dai toni talvolta un po' pietistici, di “forti” e “deboli”, e ne “civilizzava” così l'argomentazione.

La semantica degli anni '70 incontrava ormai ineludibili controindicazioni e la vecchia dogmatica era ormai insostenibile. E così questi giuristi presero ad avvalersi di altre dottrine che erano sorte nella seconda metà degli anni '60: clausole generali<sup>64</sup>, prima, e diritto effettivo<sup>65</sup>, poi, divennero ben presto, e sono rimasti fino ad oggi, gli arnesi principali di larga parte della nuova letteratura giuridica.

Seppur in modo diverso, clausole generali e diritto effettivo, però, spostano entrambi il baricentro del ragionamento giuridico sul caso e su chi era chiamato a deciderlo. E questo, alla lunga, finì per generare

<sup>63</sup> Tutto questo, però – e va sottolineato due volte – non permette affatto di derubricare a semplice eccesso di legittima difesa i continui attacchi del ceto politico all'indipendenza della magistratura ed alle discipline di poteri e mezzi di indagine di cui essa si avvale.

<sup>64</sup> S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., 38 ss.

<sup>65</sup> C.M. Bianca, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo*, in Estudios Castàn Tobeñas, II, Pamplona, 1968, 61 ss.

un'altra concezione del diritto e un altro modo di concepirsi dei giuristi.

Il *focus* sul caso e l'urgenza dei valori fanno accantonare il rapporto con quel che c'era prima, con la legge e le sue ragioni, e liberano concetti e categorie dai loro archetipi, lasciando che si muovano senza "istruzioni" al solo impulso di quel che sembra più nuovo e più giusto.

Cambia così lo "stile" della produzione giuridica: nel viatico verso la ricerca della "giusta soluzione del caso" i valori si ritrovano posti in corto-circuito con i fatti del caso e la storia dei testi normativi si riduce a stereotipo sull'inarrestabile ascesa del personalismo giuridico, del principio solidaristico e della effettività della tutela dei diritti.

In questo quadro, le clausole generali, forzate ad una vocazione estroversa, divengono solo un vagone per veicolare la "coscienza sociale", l'espedito per metterla al posto del tessuto normativo quando si crede che il caso non trovi in esso adeguata soluzione. E il "diritto effettivo" è chiamato a scavalcarle per attuare in modo generalizzato la medesima operazione, dissimulandola con il linguaggio del realismo giuridico<sup>66</sup>.

Così, progressivamente, il *puntismo* (e cioè l'esser retto di ogni intervento dall'occasione, dalla congiuntura e il suo essere trattato a

<sup>66</sup> In realtà, le clausole generali costituiscono una tecnica speciale di normazione che, di fronte a fenomenologie irriducibili allo schema della norma generale e astratta, conferiscono all'interprete una delega alla *produzione controllata di norme generali-concrete* (generali, perché si riferiscono a "chiunque" si venga a trovare nelle medesime situazioni, e concrete, perché considerano dettagli del fatto mai esaustivamente tipizzabili in fattispecie astratte) sulla base delle *rationes* fondamentali del sistema e del suo positivo orizzonte di senso, e, talvolta, delle prassi risultanti dalla "colonizzazione" che il diritto sempre opera delle relazioni sociali. Per questo esse hanno, per lo più, un senso essenzialmente *introverso*. Il punto è, allora, che la dottrina non solo prende, invece, a attribuire ad esse la funzione di guardare sempre e solo "fuori" dal sistema giuridico, ma soprattutto che intende questo "fuori" come "coscienza sociale", come attingimento all'esterno del diritto di valori che si muovono in una direzione diversa da quelli in esso incorporata. Ma a questo riguardo v. M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006 e *Sul senso delle clausole generali: il diritto tra giudice e legge*, in «Dem. e Dir.», 2009, 261 ss.

Quanto al principio di effettività vi è da dire che i valori, cui esso si vorrebbe riferire, spesso (ma non sempre) convivono con altrettanti valori di segno opposto. Nel disegno costituzionale lo spazio che corre tra questi diritti/valori antinomici non costituisce l'oggetto di un bilanciamento tendenzialmente univoco, di una sorta di loro equo arbitraggio, bensì il campo di una discrezionalità del Legislatore che ne rimette la composizione agli equilibri politici che si vengono via via formando. Sicché la mancata attuazione di un tale bilanciamento non è mai una "inadempienza" del Legislatore, una lacuna che può essere colmata dal giudice, bensì una scelta squisitamente politica. Con la conseguenza che pensare di attuare questo bilanciamento per via giudiziale rappresenta necessariamente la pretesa, illegittima, di prenderne il posto del Legislatore (nel decidere se, come, quando e in che misura normare questo spazio) per fare quello che ha deciso di non fare (lasciando l'equilibrio della legge di prima) o farlo diversamente da come lo ha fatto. E considerazioni analoghe valgono anche quando in questi casi si volesse ricorrere alla c.d. *Drittwirkung*. Ma al riguardo si v. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

prescindere dalla cornice, dal quadro sistemico) diviene lo “stile” prevalente di questa letteratura giuridica e inaugura nel campo del diritto il *post-pensiero* di questo tempo ( e cioè l’attitudine di ogni conclusione ad essere determinata più dall’immediatezza reattiva che dalla riflessione, dal ragionamento volto innanzitutto a capire ciò di cui in realtà si tratta): senza più storia e senza più categorie che hanno presa sul mondo, la contingenza sembra insediarsi al posto dell’ordine e la nuda strategia immunitaria del diritto, magari chiamata giustizia, sembra soppiantare il ragionamento e la giustificazione.

Il fatto è che a fondamento di questa “rivoluzione” è invocata la “coscienza sociale” come fonte eminente del diritto (vivente)<sup>67</sup> e che l’argomentazione a partire dalla “coscienza sociale” procede per asserzioni e non per dimostrazioni.

Ma questo nuovo fondamento non è in grado di reggere il peso che gli si vorrebbe far sostenere.

Sono molti i saperi che, occupandosi della “coscienza sociale”, ne mettono in dubbio il valore speculativo e la rilevabilità empirica. Ma le difficoltà ad assumerla a fonte del diritto si percepiscono già da due semplici interrogativi: cosa si intende per “coscienza sociale” e cosa mai permette al giurista di averne conoscenza.

Il primo interrogativo nasce dalla considerazione che la “coscienza sociale” sembra postulare un *quid* che sia comune a pressoché l’intera società. La sociologia informa, però, che le società contemporanee sono diseguali, fratturate, frammentate, addirittura liquide<sup>68</sup> e questo, a sua volta, rende poco verosimile che esista una “coscienza sociale” che si possa imputare a tutti con i medesimi contenuti.

Già nelle società industriali – spiegava E. Durkheim<sup>69</sup> – la coscienza collettiva si frammenta in sottogruppi di valori e permane in generale solo come senso della comune appartenenza ad una medesima società, come coscienza del legame sociale.

Come che sia, certamente niente del genere si dà quando il *sentire* sociale sia riferito alle relazioni economiche, ove vige la diversità

<sup>67</sup> In quanti invocano la “coscienza sociale” a fonte ultima del diritto sembra di leggere il “vitalismo” in cui si mutava lo strumentalismo di Vysinskij, che dell’uso alternativo, difatti, non sapeva proprio che farsene: «La teoria del diritto – scriveva in *Questioni della teoria dello Stato e del diritto*, Mosca, 1949, citato da U. Cerroni, *Introduzione a Teorie sovietiche del diritto*, cit., XXVI – è un sistema di principi giuridici sulla cui base si costruisce tutta la scienza del diritto ... l’elaborazione di questi principi non può prendere il suo inizio dalle norme del diritto positivo. Al contrario le norme del diritto positivo, come tutto il diritto positivo nel complesso, debbono costruirsi in corrispondenza della teoria del diritto ... Ma elaborarli [questi principi e la loro teoria] li si può non già ricorrendo al diritto, sia pure al diritto positivo, ma alla vita, da cui appunto traggono la loro origine, traggono le loro radici e traggono tutta la loro forza».

<sup>68</sup> Basta leggere Z. Bauman, da *Modernità liquida*, Bari, 2011 a *Retrotopia*, Bari, 2017.

<sup>69</sup> E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2021, che – come si sa – ne parla come della «coscienza collettiva».

dei rapporti diseguali e la percezione dei membri di una comunità si frammenta secondo le loro diseguaglianze: la “coscienza sociale” di Amazon non sarà mai quella dei suoi dipendenti.

E, perciò, si daranno tante diverse “coscienze sociali” quante sono le diverse condizioni materiali di esistenza.

Il secondo interrogativo nasce, invece, dalla considerazione che perché si argomenti a partire dalla “coscienza sociale” è necessario, comunque, che essa sia conosciuta. I giuristi, però, non hanno per lo più di queste conoscenze nel loro bagaglio professionale, né per decidere i casi che sono sottoposti al loro giudizio si avvalgono di trattati di sociologia o di indagini di opinione. E d'altra parte niente fa supporre che il Buon Dio abbia provveduto a munirli di speciali sensori sociali.

Dunque, quel che al più si può dire quando essi si avvalgono della “coscienza sociale” è che argomentano dall'idea che si son fatti interrogando sé stessi e/o chiedendosi quel che si pensa solitamente nel loro ambiente. Dunque, una sorta di “senso comune”, che non solo è un'altra cosa, ma soprattutto è una cosa che è comune soltanto al ceto giuridico.

Né cambia granché quando, per nobilitarla, si prende a coniugare questa “coscienza sociale” con la comunità dei parlanti e la ragione discorsiva<sup>70</sup>. Resta il fatto che questa “comunità dei parlanti” non è altro che la “comunità dei giuristi” e che, perciò, l'opinione da essa condivisa, per apprezzabile che possa essere, è l'opinione di una frazione soltanto della società.

Questa “coscienza sociale”, perciò, è semplicemente il mondo come piace ad un pezzo soltanto dei suoi molti abitanti.

Come per la giurisprudenza, anche per questa dottrina gli approdi di questa mobilitazione della “coscienza sociale” si mostrano, alla fine, ben più modesti di quello che ci si sarebbe aspettato: difficilmente è accaduto che le sue soluzioni si siano discostate da qualche sbavatura equitativa di norme e principi positivi. Ed anche in questo caso, perciò, viene da chiedersi come si possa capire questa sorta di salto antipositivistico che finisce per atterrare nel vecchio terreno del diritto positivo.

Lo *sbocco puntistico* del pensiero giuridico ha ragioni di fondo che risalgono ai cambiamenti del modo d'essere del diritto nel tempo del neoliberalismo (v. par. succ.). Ma vi concorre anche la storia interna di questo ceto.

Gli anni '70 avevano consegnato ai giuristi un duplice lascito, sfocato ma radicato: il tramonto dell'ideologia della neutralità del diritto

<sup>70</sup> Come sembrerebbero voler fare, puntando su J. Habermas, R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998 e F. Viola, *Interpretazione e indeterminazione della regola giuridica*, in «Diritto Privato» 2001/2002, cit., 49 ss. A proposito dei quali si v. M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 279 ss.

e un immaginario di ceto che li voleva dalla parte dei “deboli” nel nome della “giustizia”. Entrambi questi lasciti, però, impattavano su di un mondo radicalmente modificato da processi economici, sociali e antropologici che si erano sviluppati già all’indomani del tempo dell’Uso alternativo.

L’evaporazione della politica e l’indebolimento dei sindacati e delle formazioni sociali intermedie, che a questi processi si accompagnavano, già allora avevano *singularizzato* la società e avevano prodotto un immaginario collettivo dominato dai codici dell’“ognuno per sé” e del “ciascuno si salva da solo”.

Così avviene che, chiuse tutte le altre porte, a questo cittadino singolarizzato della “società liquida”, a questo individuo-massa, che riesce a concepirsi solo nella sua affollata solitudine e che non conosce più altri santi cui votarsi, non resti che bussare alla porta, istituzionalmente altrettanto singolare, del giudice. Sebbene questa porta, alla fine, non si apra se non a condizioni che non dipendono dalla buona volontà di chi vi sta dietro.

A questa *illusione singolare* di sostituire il giudice alla politica va ascritta, per l’appunto, l’idea di questa dottrina (o di una parte di essa) di volgere la giustizia in *pietas* e di cercare nel giudizio il riscatto sociale dei deboli.

9. È ora il tempo di chiedersi cosa ci fosse alla radice dello scontro che attraversò il Convegno catanese e che senso ha ritornare oggi su di esso.

Oltre duemila anni fa, Aristotele aveva spiegato che la *misura*, secondo la quale i membri di una comunità si riferiscono l’un l’altro, è assolutamente *necessaria* ma non si dà in natura ed è, perciò, del tutto *artificiale*. Sicché la sua determinazione non è un affare dei *mensores* ma una questione della *polis*<sup>71</sup>.

Ma se così è, allora il potere di produrre questa *misura* non può aver sede che in quell’istanza alla quale la *polis* ha consegnato la sua sovranità.

Nella teoria democratica questo principio fa corpo con la stessa idea di democrazia e ne determina il senso profondo: la democrazia consiste nell’autogoverno della società e questo si dà solo quando si possa dire che ciascuno è obbligato ad osservare un comando in forza di una norma che egli stesso si è data<sup>72</sup>.

Ma se la legittimazione democratica del comando abita solo sotto il tetto della sovranità popolare, allora lo scavalco della distin-

<sup>71</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, Firenze, 2000, 187 ss., e la lettura che ne dà C. Castoriadis, *Gli incroci del labirinto*, Firenze, 1989, 276 ss. su cui dal punto di vista della teoria del diritto v. M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, cit., 260.

<sup>72</sup> Solo due citazioni: L. Canfora, *La democrazia. Storia di un’ideologia*, Bari, 2016 e R.A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 2005.

zione tra potere legislativo e potere giudiziario manifesta un tempo nel quale la società prende congedo dal governo democratico per incamminarsi verso un regime elitario<sup>73</sup>, dove la determinazione dell'ordine spetta ad una *élite* professionale che può esibire solo una legittimazione "tecnocratica" (o – più realisticamente – ad una costellazione di *élite*, di cui questo ceto professionale aspira a far parte, che nel depotenziamento della legge, e con essa della politica, trova lo spazio per il proprio governo della società).

Questa ragione democratica era ciò che muoveva i giuristi accademici di quel Convegno a contrastare la deriva giudiziaria della "giurisprudenza alternativa". Ma a questa ragione se ne accompagnava anche ad un'altra, una ragione in più che stava oltre e che si situava sul terreno più generale del modo in cui essi concepivano la società ed il suo mutamento.

La cultura della sinistra e la formazione di quegli intellettuali affondavano le loro radici in due principi cardinali: che l'emancipazione della società fosse un processo intrinsecamente sociale e che la politica costituisse l'unico terreno possibile di questo processo.

Deviare sulla giurisdizione il potere di regolare i rapporti sociali avrebbe significato, perciò, non solo accantonare l'idea democratica

<sup>73</sup> Inteso in quel senso paretiano, dove le *élite* si autolegittimano in forza soltanto della loro competenza e per questo non soggiacciono ad alcuna verifica elettorale. Il quale – per intenderne meglio il senso – si contrappone radicalmente all'*elitarismo democratico* (à la J.A. Schumpeter, *Socialismo, Capitalismo, Democrazia*, Milano, 1964, 257 ss.), che, invece, immagina *élite*, che si formano attorno agli interessi che attraversano le relazioni sociali, si candidano alla loro promozione e fondano la loro legittimazione sulla competizione elettorale secondo il paradigma della democrazia rappresentativa.

Il presupposto consueto di questo modo di pensare, che coinvolge anche chi mai si sentirebbe di appartenervi, è l'idea che per ogni questione, anche la più grande, si dia sempre una soluzione che faccia il bene di tutti e che, perciò, il governo della società debba essere rimesso a chi abbia la competenza per individuarla ed implementarla. Il fatto è, però, che questo "bene comune" esiste solo come luogo di un eterno e inesauribile conflitto su quel che è meglio per la società. Il meglio per la società suppone necessariamente un valore a cui riconoscere la supremazia sugli altri valori: è meglio assicurare la dignitosa sopravvivenza della parte di popolazione che ne è priva o favorire le condizioni che accrescono il PIL, ad es., è una questione che non si può decidere in alcun modo senza stabilire prima se a prevalere debba essere il valore della persona *hic et nunc* o il valore dell'aspettativa di una futura maggiore ricchezza che possa mutarsi in un maggior benessere di quanti abbiano concorso a produrla (anche a costo di sacrificare chi in atto ne è del tutto privo). Decidere non si può senza privilegiare un valore e scartare gli altri. Solo che se qualcosa di incontrovertibile c'è in questo mondo è che i valori sono sempre ed intrinsecamente controvertibili. E quindi ogni decisione non è mai neutrale, ma implica di necessità sempre una scelta, la quale, perciò, non ha mai carattere tecnico, né mette in campo solo una questione di competenza. Il senso della democrazia, in fondo, sta tutto qui, nel rimettere alla società di decidere quale sia il meglio per essa. Mettere la competenza al posto della democrazia significa, perciò, far decidere ad altri cosa sia bene per sé. E mascherare di incontrovertibilità scelte che sono sempre e necessariamente controvertibili e che necessariamente privilegiano taluni interessi in sacrificio di altri.

ma, a monte, sovvertire la “filosofia generale della società” cui essi affidavano la costruzione della “futura umanità”.

Da allora il mondo è cambiato: il Parlamento ha visto largamente compromessa la propria sovranità; la politica sembra essersi ridotta a poca cosa; i sindacati sono da tempo sotto scacco, inermi dinnanzi al ricatto delle ristrutturazioni robotiche e informatiche e delle delocalizzazioni; la democrazia è in una crisi della quale si stenta ad immaginare lo sbocco e il potere e la decisione sono migrati altrove<sup>74</sup>.

E tuttavia lo spirito di quel Convegno sembra avere ancora qualche buona ragione da spendere.

Questi processi economici, sociali e istituzionali hanno assottigliato peso e funzioni della politica nella formazione della legge, talvolta fin quasi a cancellarli. La decadenza di questo “sistema interposto” tra diritto e società, perciò, ha messo i Parlamenti in *cortocircuito*, con gli altri sistemi parziali della società e con la diversa capacità di influenza che ciascuno di essi esibisce.

In questi processi la giurisdizione non ha avuto alcuna parte: il diritto è cambiato, e molto, ma non certo per effetto dei suoi arresti. E tuttavia i giuristi non sono innocenti: le loro narrazioni del “diritto vivente” legittimano l’antipolitica che fa da cornice e collante a questi cambiamenti e assecondano il vuoto ove si sono insediate le “potenze senza nomi e senza luoghi”.

Di cosa il diritto deve occuparsi e come se ne deve occupare non è più elaborato da un sistema, quello appunto della politica, appositamente deputato a governare la *misura* e ad aggiustarla sugli *input* della complessificazione dell’economia e degli equilibri sociali, ma viene influenzato *in-mediatamente* dai sistemi parziali ove le nuove complessità si manifestano e dalla diversa capacità che ciascuno di essi ha di porre all’ordine del giorno le questioni che lo interessano e, soprattutto, di ispirare l’orizzonte nel quale, di volta in volta, considerarle.

Il *puntismo* e il *post-pensiero*, che segnano il nuovo stile di giudici e dottori, riflettono proprio questo nuovo primato della contingenza e il dominio di chi ora la governa.

Così, dietro la destrutturazione delle categorie giuridiche nel nome della “giustizia” avanza il “diritto negoziato di un ordine a disposizione”, dove alla centralità delle potenze concentrate (verrebbe da dire: imperiali) si giustappone la liquidità dispersa del “resto” della società<sup>75</sup>.

Il racconto del “diritto vivente”, costruito – com’è – sull’incapacità del Parlamento di star dietro ai “tempi nuovi” e alla giustizia, ali-

<sup>74</sup> Per questi processi si v. M. Barcellona, *Dove va la democrazia. Scenari dalla crisi*, Roma, 2018.

<sup>75</sup> Sui mutamenti del diritto e dello Stato che sembrano annunciarsi in questo nuovo tempo si v. M. Barcellona, B. Montanari, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, cit.

menta, al contrario, il discredito in cui è caduta la politica e così concorre ad indebolirla ed a lasciare il diritto nelle mani del nuovo potere, che è poi quello di prima concentrato e ridislocato.

E così i giuristi, senza saperlo, si ritrovano trascinati nell'antipolitica delle *élite*<sup>76</sup>, e degli apparati della tecno-scienza e della finanza ai cui margini esse si sono accampate.

Ma grandi poteri possono essere bilanciati solo da un'autorità che si approssimi alle loro dimensioni. E la politica, forse e nonostante tutto, può ancora sembrare l'unica autorità in grado di contenere l'influenza di "chi può di più" e restituire ai Parlamenti la dignità perduta.

Certo, rievocare la politica, dopo quello che se ne è detto, non sembrerebbe molto plausibile. A parte tutto, il personale che la mette in scena non possiede, da tempo, l'autonomia e la credibilità per dar vita alla svolta che per questo compito immane sarebbero indispensabili. L'empatia di questo personale con le strategie dei poteri che contano e la sua indifferenza verso tutto quello che da esse è sacrificato vanno oltre quanto è già iscritto nell'odierno esaurimento della politica. E le compromissioni in cui esso va inciampando lo spingono a progettare "normalizzazioni" dei sistemi di controllo, a cominciare da quello giudiziario, che accrescono la sfiducia dei cittadini.

Ma verso tutto il nuovo di questo tempo la giurisdizione non ha nulla da opporre. Non ha, né può avere, le risorse culturali, organizzative e comunicative necessarie a costruire un orizzonte in grado di ricomporre la dispersa moltitudine attorno a progetti di società. Non ha, né può avere, accesso agli apparati e alle relazioni sovranazionali senza dei quali questioni cruciali già per l'oggi (come quelle dell'ambiente, dell'economia, dei poteri finanziari, della brevettabilità della natura, delle intrusioni e delle espropriazioni perpetrate dai nuovi mezzi di comunicazione, ecc.) non sono assolutamente trattabili. Né ha potere di disposizione sulle risorse da distribuire e sugli strumenti con cui combattere le precarietà, le insicurezze, le esclusioni e le solitudini. Semplicemente non può nulla.

Può darsi, allora, che neanche la politica basti. Ma una società che immagina di sostituirla, anche in parte, con la giurisdizione è una società cui, tutto sommato, sta bene che il mondo vada come va.

Anche da questo punto di vista, perciò, lo spirito prevalso nel Convegno sull'Uso alternativo può sembrare abbia ancora qualcosa da dire.

<sup>76</sup> Le quali – come spiegava C. Lasch, *La rivolta delle élite. Il tradimento della democrazia*, Vicenza, 2017 – hanno fatto secessione dal popolo.



## Critical Legal Studies vs. Uso Alternativo Del Diritto: ovvero il destino Nordamericano di Marx

Giovanni Marini

SOMMARIO: 1. C'è una teoria marxista del diritto in USA? – 2. La diffusione transnazionale del diritto ed il pensiero sociale. – 3. Il pensiero sociale in Italia. – 4. L'onda lunga del sociale in Italia. – 5. Il declino del sociale. – 6. L'ascesa dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti. – 7. L'influenza del realismo giuridico: A) La critica "interna". – 8. Pubblico e privato nella prospettiva giusrealistica. – 9. La dimensione distributiva del diritto (privato). 10. Genealogia della critica fra gli anni settanta/ottanta: il trashing. – 11. Il conflitto nella critica: razionalismo vs. irrazionalismo. – 12. Sulla funzione "costitutiva" del diritto. – 13. L'ideologia del diritto per i CLS. – 14. Dalla critica dei diritti alle "avvertenze per il loro uso". – 15. Al di là della critica identitaria. – 16. L'incontro con il postmoderno. – 17. I cls, l'egemonia, Foucault e le dinamiche del potere. – 18. Critical Legal Studies v. uso alternativo del diritto. – 19. Uso alternativo del diritto o diritto alternativo? – 20. Allora che ci fa Marx fra Cohen, Hale e Llewellyn?

1. All'interrogativo del titolo, un testo di Jurisprudence statunitense nel quale mi sono recentemente imbattuto in modo del tutto casuale, aprendo il capitolo dedicato ai Critical Legal Studies, risponde così:

"Carlo Marx vive ancora in un solo posto: la cultura accademica americana. L'affermazione che il ventesimo secolo possa essere illuminato dal marxismo può essere infatti seriamente sostenuta soltanto in questo paese. Ad opera della maggior parte degli europei, inclusi gli appartenenti al vecchio blocco sovietico, un'affermazione del genere suonerebbe invece ironica... D'altra parte, il marxismo accademico in America – privo di storia, politicamente irrilevante, marginale nella sua stessa cultura – continua a scimmiettare le mode intellettuali del mercato culturale europeo... Anche il pensiero giuridico americano conosce il suo ultimo rigurgito di teoria marxista con il movimento dei Critical Legal Studies. Gli aderenti al movimento (i "Crits" come vengono chiamati) negano però che la loro teoria sia caratterizzata da un approccio marxista" (...).

Non credo che valga la pena di soffermarsi sulle sviste e sui fraintendimenti di vario genere che accompagnano queste poche righe, peraltro non rari in una certa manualistica divulgativa, preoccupata di sbarazzarsi al più presto del ricordo di quell'esperienza. Del resto, basta cambiare scaffale e soprattutto genere, sfogliare alcune riviste (perché no anche giuridiche) per trovare una facile smentita a questa opinione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il dibattito su Marx ed il marxismo non è certamente morto né in Europa, né tantomeno negli USA. Solo sul diritto cfr. M. Tushnet, *Is There a Marxist Theory of Law?*, in «NoMos» XXVI: MARXISM 171; A. Hunt, *Marxism, Law, Legal Theory*

Certo – già da queste parole – è però possibile cogliere un singolare destino che accomuna l'uso alternativo del diritto e le teorie critiche negli Stati Uniti.

Oggi, infatti, anche l'uso alternativo del diritto, nei rari casi in cui viene ancora ricordato, viene presentato come un fenomeno singolare, tipicamente italiano, prodotto da una congiuntura tutta particolare, come quella che venne a crearsi in Italia negli anni della crescita economica, in cui quadro politico, attivismo giudiziale e rinnovamento degli studi giuridici vennero a trovarsi<sup>2</sup>.

Né sono lusinghiere le parole che, in queste occasioni, gli sono state riservate: dallo “strumentalismo alternativo” con il quale lo aveva liquidato Natalino Irti, al fenomeno “scarsamente innovativo” per Rosario Nicolò fino a quelle ancor più sprezzanti con cui, nella sua recente intervista, lo ha bollato Pietro Perlingieri, definendolo un'esperienza “infantile” e “velleitaria”<sup>3</sup>.

Certamente più equilibrata ed interessante ai fini di un discorso veramente scientifico sul tema è la chiave di lettura che ci ha offerto invece, in un prezioso “libricino” che anticipa il genere, Pietro Rescigno, la cui pagina merita di essere riportata per intero:

“Non a caso l'epoca, circoscritta e contrasta, dell' suo alternativo sembrò a molti un atteggiamento pericoloso di ribellione e di instabilità, e tuttavia servì in maniera preziosa non solo a rimettere in discussione le categorie ed i concetti tradizionali, ma anche a incoraggiare e sostenere scelte dichiaratamente opposte, di ispirazione riformistica o di stampo garantista, sino a quelle ancora più lontane che hanno riscoperto il problema della codificazione e delle leggi speciali e nella lettura delle norme che hanno intrapreso una neoesegesi”<sup>4</sup>.

Non si può dissentire, anzi, alla lista potrebbero aggiungersi anche ulteriori anticipazioni come il superamento della logica patrimonialistica del codice, la costituzionalizzazione del diritto privato, l'apertura alla responsabilità civile come tecnica di tutela a presidio dei diritti fondamentali e degli interessi collettivi. Dunque sarebbe

*and Jurisprudence*, 1991; C. Douzinas & A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The political philosophy of Justice Oxford*: Hart Publishing (2005); H. Collins, *Marx and the law*, 1982. Sul rapporto fra marxismo e CLS, la possibilità cioè di ridurre il metodo elaborato dall'analisi critica nordamericana alle famiglie delle teorie marxiste del diritto cfr. Hunt, A. (1986). *The Theory of Critical Legal Studies*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 6(1), 1-45. <http://www.jstor.org/stable/764467>.

<sup>2</sup> Il rapido sviluppo economico ha enfatizzato le disuguaglianze e le discriminazioni sociali, cfr. N. Rossi, *Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell'oggi*, in *Questione Giustizia*, 11 aprile 2023, on-line.

<sup>3</sup> P. Perlingieri, *Stagioni del diritto civile*, a colloquio con S. Sica e P. Stanzone, ESI, Napoli, 2021.

<sup>4</sup> P. Rescigno, G. Resta, A. Zoppini, *Diritto privato. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, 171.

possibile sostenere che se l'uso alternativo oggi ci sembra scomparso è solo perché – com'è nel destino di gran parte delle teorie critiche – molte delle idee che ha prodotto o di cui è stato un prezioso incubatore hanno avuto indiscutibilmente successo, sono state riciclate, rielaborate e cooptate per finalità diverse e messe a servizio di progetti spesso di tutt'altro segno.

2. Prima di addentrarci nella trattazione, sarà intanto necessario sgombrare il campo dagli equivoci e cercare di restituire un quadro più preciso e meno parziale di quell'esperienza, abbattendo il recinto che gli è stato costruito intorno e riconsiderando quel carattere "locale" o peggio "provinciale" che gli hanno cucito addosso molti dei suoi detrattori.

Entrambe le esperienze, infatti, meritano di essere collocate in un quadro molto più ampio: quello della diffusione transnazionale del diritto e del pensiero giuridico. Le particolarità che, come tutti i fenomeni di recezione, certamente presenta, non escludono infatti la dimensione globale del fenomeno<sup>5</sup>.

Basterà sollevare gli occhi e provare a guardare al di là dei confini nazionali per rendersi conto che l'uso alternativo è parte di una tendenza critica emersa – sia pure con caratteristiche diverse in diversi paesi – anche in altri sistemi<sup>6</sup>.

Secondo una più accurata genealogia può dirsi che l'uso alternativo rappresenti infatti l'estremo lembo di un territorio ancora lambito dall'"onda lunga" del pensiero sociale.

Com'è noto l'istanza sociale comincia a farsi strada fra la fine dell'Ottocento e gli inizi del secolo scorso in tutto il quadrante europeo<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Il modello è quello della sedimentazione o stratificazione usato da Du. Kennedy, *Three globalization of law and legal thought*, in D. Trubek, A. Santos (a cura di) *The new law and development: a critical appraisal*, Cambridge, 2006.

<sup>6</sup> Basterà ricordare Michel Miaille, «*Épistémologie d'une Critique du Droit*», intervention au séminaire d'André Paris, Jean Arnaud, Onâti, 18 avril 1990, ed il dibattito tedesco sollevato dalla Rechtskritik.

<sup>7</sup> La rottura che dà vita ad una vera e propria globalizzazione (la seconda dopo la prima del pensiero classico) doveva trovare il suo principale punto di riferimento in Germania soprattutto con Jhering e la sua costruzione del diritto come mezzo per la realizzazione di scopi sociali (cfr. R. von Jhering, *Der zweck im Recht*, Leipzig 1923, trad. it. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972). E continuare in Francia con Saleilles e Gény. Da qui dovevano prendere vita (fra il 1880 ed il 1920) tutta una serie di scuole che avrebbero collaborato per offrire una visione alternativa al diritto ufficiale: dalla giurisprudenza degli interessi alla scuola del diritto libero, dalla giurisprudenza sociologica al realismo giuridico. Sulla varietà dei filoni che possono iscriversi al suo interno cfr. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, A.M. Hespana, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 227. Classico è ormai L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Sul punto ora utili riferimenti in F. Mazzarella, *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 2015, 381.

E conosce adattamenti anche al di là di quei confini, dove diventa addirittura dominante – dando vita ad una vera e propria globalizzazione, la seconda – soprattutto quando riesce a sposarsi con visioni ideologiche e culturali più comunitarie e solidaristiche.

Dell'“istanza sociale” la “periferia”, infatti, doveva appropriarsi per rielaborarla, in modo significativo. E spesso, proprio per esercitare una forma di “resistenza” rispetto al diritto metropolitano dei colonizzatori, ai quali contrappone un diritto “sociale” più moderno e flessibile capace di adattarsi e rispondere più facilmente alle esigenze di società in via di rapido sviluppo.

Nelle “periferie”, la critica sociale è rimasta viva fino a qualche decennio fa, costituendo la base – in una delle sue possibili versioni – per progetti di riforma delle società post-coloniali, spesso in una interessante miscela con interpretazioni più o meno *native* o nazionali della cultura locale<sup>8</sup>.

Questi sono, però, anche gli anni in cui al “centro” la critica sociale invece comincerà a conoscere un lento declino, non per scomparire del tutto, ma per venir metabolizzata – insieme ad altre acquisizioni tipiche dell'epoca che la precede, quella classica – all'interno di un più complesso assetto intellettuale che ancora caratterizza l'epoca contemporanea<sup>9</sup>.

3. Varrà la pena allora ricordare, sia pure brevemente, alcuni dei punti portanti della critica sociale.

Con l'appello al “sociale” ci si voleva contrapporre all'individualismo ed al formalismo concettualista che il pensiero classico aveva adottato<sup>10</sup>, rimproverandogli di aver ignorato il contesto economico e sociale e denunciando il gap che si era venuto a creare fra le specu-

<sup>8</sup> Ciò produce una sedimentazione o stratificazione in cui però le acquisizioni delle epoche precedenti subiscono un cambiamento di segno ancora secondo il modello di Du. Kennedy, *Three globalization of law and legal thought*, cit.

<sup>9</sup> Per questi sviluppi si veda, volendo, G. Marini, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in «Riv. it. sci. giur.», n. 7/2016, 95 ss.; nonché Id., *Trasformare la critica: l'eredità di Stefano Rodotà (in margine a “Vivere la democrazia”)*, in «Riv. crit. dir. priv.», n. 4/2019, 615 ss.

<sup>10</sup> Il fondamento sulla quale questa fase poggia è rappresentato ovviamente dalla combinazione dell'idea di “sistema” con la teoria della volontà, combinazione dalla quale dipendeva la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, organizzata secondo un ordine gerarchico nel quale il secondo precede il primo ed occupa una posizione privilegiata al centro del sistema. La capacità di assorbire nell'idea di sistema l'espressione del *Volkgeist*, permetteva a livello locale ai giuristi nazionali di presentarsi al tempo stesso come eredi della tradizione del diritto romano e della scienza giuridica europea, mentre rimanevano esponenti del loro particolare universo normativo, facilitando l'integrazione nell'ordine globale senza tradire la loro origine nazionale. Sul punto bibliografia vastissima, torna sul punto ora con spunti originali cfr. Du.Kennedy, *Savigny's Family/Patrimony distinction and its place in the global genealogy of classical legal thought*, 58 *Am J.Comp.L.*(2010), 811.

lazioni teoriche ed i problemi concreti che il diritto doveva affrontare<sup>11</sup>.

Nella nuova prospettiva che si afferma è la società, con la sua struttura fortemente interdipendente, a prendere il posto dell'individuo al centro del sistema. Il sociale così sosteneva ovunque la necessità di limitare i poteri individuali e promuoveva una visione pluralistica, riportando l'attenzione sul diritto nato dalle istituzioni sociali<sup>12</sup> e sul diritto giurisprudenziale, riscattando al tempo stesso il ruolo del giudice<sup>13</sup> e le possibilità del diritto nella costruzione della società<sup>14</sup>.

Il sociale era infatti compatibile con due diversi progetti quello di una maggiore legislazione (sociale) e quello dell'intervento del giudice<sup>15</sup>.

C'era bisogno insomma di un diritto diverso più solidaristico e flessibile, che rendesse i soggetti responsabili per tutte le conseguenze

<sup>11</sup> Il costruttivismo concettualistico, che all'inizio costituiva una tecnica di avanguardia, era diventato nel tempo puramente "imitativo" o "mimetico", sollevando dubbi e perplessità perché giustificava diverse soluzioni interpretative non sulla base della loro capacità di rispondere alle esigenze sociali, quanto piuttosto rifugiandosi dietro il ragionamento logico-deduttivo.

<sup>12</sup> E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des rechte*, Berlin, 1913, tr. id. *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1975.

<sup>13</sup> La giurisprudenza veniva considerata una forma di consuetudine oppure una vera e propria fonte di diritto (E. Lambert, *Une reforme nécessaire des études de droit civil*, in «Rev. int de l'enseignement», 1900, 232), lasciando aperta la possibilità di interpretare diversamente i testi sulla base delle ispirazioni della coscienza e del diritto comparato per andare "au-delà du Code civil, mais par le Code civil": R. Saleilles, Prefazione a F. Génys, *Méthode d'interprétation e sources en droit privé positif*, Parigi, 1899, oppure ancora ad occupare gli spazi lasciati liberi dal legislatore attraverso una "libre recherche scientifique" (cfr. F. Génys, *Méthode d'interprétation e sources en droit privé positif*, cit.).

<sup>14</sup> Le innovazioni furono molteplici. L'istanza sociale riuscì a tradursi sia in singole ricostruzioni dottrinali, che in un più complessivo ribaltamento dell'ordine concettuale caratteristico del precedente pensiero classico in tutti i settori del diritto: il diritto non costituìse più, come nell'immagine liberale, un limite nei confronti del potere statale, necessario per difendere la libertà individuale, ma diventa uno strumento di organizzazione sociale capace di limitarla, sottomettendo il suo esercizio ad una serie di esigenze sociali che sono ritenute prevalenti e fondando teoricamente l'intervento dello stato nella società ed i programmi di "diritto sociale". Cfr. G. Gurvitch, *L'idée du social: Notions et système du droit social*, Paris 1932. Anche nel diritto commerciale lo "spirito sociale" assume connotati più definiti, traducendosi nella tutela giuridica di interessi dei consumatori, dei depositanti, degli assicurati, dei lavoratori, della cooperazione di fronte al potere economico delle società e dei commercianti e di fronte alla conseguente soppressione di ogni reale libertà contrattuale in nome della libertà delle convenzioni (cfr. C. Vivante, *I difetti sociali del codice di commercio*, Monitore Trib. 1899, e Id. *Le nuove influenze sociali nel diritto privato* in Ann. della R. Università Roma a.a. 1902/03, P. Sraffa, *La lotta commerciale*, in *La Scienza del diritto privato*, II, 1894).

<sup>15</sup> Nel diritto privato, questo orientamento spesso si affiancava ad una rilettura delle clausole generali, che non riassumevano più principi già presenti nel codice, ma permettevano con la loro elasticità di adeguare ai tempi e correggere nel segno di un maggiore equilibrio i risultati a cui conduceva l'applicazione meccanica delle norme. G. Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2010.

delle loro azioni e proteggesse i più deboli, ricercando proporzione ed equilibrio fra le diverse parti che compongono l'organismo sociale.

Soprattutto è con il sociale che si avvia quel tipo di critica che porta in esponente il carattere discriminatorio del diritto borghese.

Non vi è dubbio infatti che il pensiero sociologico avesse da tempo avviato in Italia, ancor prima che i francesi operassero la "rottura"<sup>16</sup>, una analisi sui "difetti sociali" ed una critica del modo in cui i codici e gli istituti del diritto privato erano considerati e trattati dalla cultura ufficiale, delineando una "nuova tendenza" o aprendo "nuovi orizzonti" al diritto civile<sup>17</sup>.

La "quistione sociale", posta al centro delle indagini, aveva prodotto un'ansia di riforma che troverà ampio spazio nei successivi dibattiti sulle proposte di ricodificazione (il codice italo-francese delle obbligazioni) e poi in singoli interventi ad opera della legislazione speciale ("legislazione di guerra"). Il programma di rifondazione integrale della società e delle sue strutture politiche dovrà però attendere ancora alcuni decenni e troverà spazio – ma anche un significativo ridimensionamento – soltanto più tardi con l'avvento del nuovo ordine corporativo promosso dal regime fascista<sup>18</sup>.

A differenza dell'epoca classica che lo precede, i cui tratti sono saldamente delineati, il "sociale" infatti può conoscere adattamenti di

<sup>16</sup> Del resto è lo stesso Saleilles a riconoscerlo, ricorrendo proprio nel *Livre du Centenaire* per descrivere quest'ansia di rinnovamento del diritto privato a questa espressione "cara agli Italiani" la stessa con la quale Cavagnari aveva intitolato alcuni anni prima uno dei suoi libri (Saleilles, *op. cit.*, 114) in riferimento ai *Nuovi orizzonti del diritto civile in Rapporto colle istituzioni pupillari*, Milano 1891.

<sup>17</sup> Nell'opera di G. Salvioli, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operarie*, Palermo 1890, e G. Vadalà Papale, *Diritto privato e codice privato sociale*, in «La scienza del diritto privato», I, 1893; E. Cimbali, *La nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, 1895; A. Tortori, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in «La scienza del diritto privato», III, 1895, 575. cfr. F. Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità. La "nuova tendenza" di Giuseppe Vadalà Papale*, in «Quaderni fiorentini», 2010, 583, G. Cazzetta, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in «Quaderni fiorentini», 2011, 781).

<sup>18</sup> Rispetto agli obiettivi di ridurre le disuguaglianze del liberismo democratico, la logica del fascismo è diversa dunque: tiene ben ferma la logica proprietaria, ma pone l'interesse pubblico al di sopra di essa, come limite esterno all'iniziativa privata che rimane "lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della nazione". La via italiana si propone di conservare sia il profitto che l'accumulazione privata del capitale in alternativa sia al liberalismo che al collettivismo. Il liberalismo democratico e l'obiettivo di eliminare o ridurre le differenze sociali viene accusato di produrre un eccessivo livellamento sociale non funzionale agli obiettivi economici del regime, l'obiettivo del fascismo invece è servirsi del capitalismo, tenere ferma l'iniziativa individuale ingabbiata nelle esigenze della solidarietà sociale, distaccandosi così anche dal nazismo e dalla sua logica della comunione di interessi nella prospettiva dell'annullamento del singolo in una comunità organica cfr. A. Somma, *L'asse culturale*, cit., 197. Altre declinazioni in A. Somma, *I giuristi francesi e il diritto della "grande trasformazione"*, in AA.VV., *Le droit sous Vichy*, Frankfurt-am-Main, 2006, 437 ss.

versi poiché è un'esperienza aperta a progetti di vario segno che vanno da una versione moderata ad una versione più dirigistica che poteva assumere colorazioni politiche diverse e persino confliggenti. Se, nella prima versione, l'obiettivo è assicurare l'armonia fra individui, ineguali, che costituiscono la società, mediare i conflitti fra i gruppi (e le classi) contrapposti allo scopo di salvaguardare l'esistenza e la compattezza stessa della società. Nella seconda, il sociale poteva dare vita ad un sistema dirigistico che svisava in forme di autoritarismo, che dissolvevano variamente l'individuo nella nazione, nelle istituzioni<sup>19</sup> nel gruppo, di cui lo stato si candidava a diventare principale e talvolta unica espressione, subordinandolo del tutto ai propri fini.

All'interno del sociale, c'era spazio anche per la cultura marxista che, sebbene diffidasse del diritto borghese, prodotto dallo stato, con il sociale entrava in un rapporto complesso che spesso diventava conflittuale.

4. Sebbene vi siano state indubbiamente delle degenerazioni nel corso della sua diffusione su scale transnazionale, la complessità della società e la necessità di portare a termine un processo di trasformazione in senso democratico, in conformità con i valori sociali, riconosciuti in molte delle nuove Costituzioni del dopoguerra indurranno a non considerare definitivamente archiviata l'esperienza del sociale. Di essa, anzi, apparirà opportuno recuperare tutte le potenzialità di fronte alla "restaurazione" che ha seguito il secondo conflitto mondiale. Così, negli anni '60, il sociale conoscerà – in diversi siti – un suo ritorno. In particolare, il pensiero sociale permette di portare a termine il processo di relativizzazione dei concetti classici per renderli "idonei a sopportare le sollecitazioni a cui erano sottoposti da una interpretazione teleologicamente orientata all'attuazione dei nuovi principi (costituzionali)"<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Il diritto nato dalle stesse istituzioni sociali esisteva indipendentemente dalla volontà individuali ed al di là della volontà statale e su di un piano superiore tali da imporsi alle une ed all'altro. La "funzione sociale" di Duguitt, il "diritto sociale" di Gurvitch, come del resto l'Io-sociale di Santi Romano (almeno inizialmente) rifiutavano l'autoritarismo ed ogni forma di potere giuridico superiore. In alcune versioni, però, l'enfasi posta al tempo stesso sulla funzione regolatrice dello stato come espressione politica di un organismo superiore (la nazione) poteva servire ad attenuare questo profilo, ripristinando un primato della legge nella costituzione del diritto di cui lo statualismo autoritario del fascismo ne è un esempio.

<sup>20</sup> Così R. Nicolò, voce *Diritto civile*, in «Enc. dir.», XII, Milano, 1964, 71. Viene recuperata tutta l'apertura delle regole del diritto privato da una parte verso all'intervento legislativo che può trovare la sua "naturale" collocazione all'interno delle strutture tradizionali dell'autonomia privata e dall'altra verso quello del giudice il quale può, in modo altrettanto "naturale", operare via via i contemperamenti necessari fra solidarietà sociale e i valori della razionalità economica. Emblematica tutta l'opera di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; Id., *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna, ult. ed., 2013.

Un ruolo fondamentale è giocato, da noi, dall'art. 3 della Costituzione che, individuando nella rimozione degli ostacoli economico-sociali all'uguaglianza uno dei compiti principali della Repubblica, costituisce uno dei punti cardini per dare senso a tutto il "nuovo" che il sociale aveva messo in campo.

Sempre in quel torno d'anni, il sociale torna di nuovo ad incontrarsi con la tradizione marxista proprio nell'*uso alternativo del diritto*<sup>21</sup>. Con essa, anzi, il "sociale" entra in un rapporto complesso che, a causa della visione antagonistica che questa impostazione sposa, diventa – come dicevamo – talvolta conflittuale.

L'elemento teleologico e l'individuazione degli interessi che sottostanno alle categorie giuridiche rappresentano il punto in comune con il sociale. Come nella prospettiva tardottocentesca, la società e la sua osservazione da una parte e la rivalutazione delle fonti giurisprudenziali e dottrinali dall'altra costituiscono gli elementi chiave dell'innovazione.

Vi è però una variante significativa: se, nella prima versione, la società dalla cui osservazione ricavare soluzioni è considerata in una prospettiva prevalentemente statica, un complesso di elementi vari che costituisce la "natura delle cose" di cui bisogna riprodurre gli equilibri; nella seconda e più moderna versione, invece, ad essere presa in considerazione è la società nella sua proiezione dinamica, di cui la cultura marxista tenderà a sottolineare le "contraddizioni" che la attraversano per produrre un cambiamento.

La "realtà sociale" viene analizzata criticamente, scomposta in "classi sociali", all'"evoluzione" viene sostituito il "conflitto", viene denunciata della "falsità" della neutralità del diritto borghese e portata alla luce la dimensione ideologica del diritto. L'antiformalismo così viene trasformato in un'esigenza di rottura il cui significato era rintracciato nella prefigurazione di un'alternativa e nella possibilità di una trasformazione<sup>22</sup>.

Così, di fronte ad "opzioni teoriche differenziate", la presenza di un principio chiave come quello dell'eguaglianza sostanziale, sancito dal secondo comma dell'art. 3, doveva autorizzare il superamento l'astrattezza della norma ed il recupero in sede interpretativa dell'effet-

<sup>21</sup> Il riferimento è a AA.VV., *L'uso alternativo del diritto: I, Scienza giuridica ed analisi marxista. Ortodossia giuridica e pratica politica* (a cura di P. Barcellona), Bari, Laterza, 1973. Ora il tema è ripreso in L. Nivarra, *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008 e poi Id., *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>22</sup> A.M. Hespanha, *La cultura giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2012, 317. A dominare è soprattutto il tema della contraddizione, intesa però nella prospettiva offerta dalla presenza di una "reale" ed "oggettiva" struttura profonda della società capitalista che si protende nell'ordinamento giuridico, e che si trova alla base di tutti i conflitti in cui una legislazione "di classe" entrava in rotta di collisione con "principi incompatibili". Vedi P. Costa, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni settanta*, in «Mat. st. cult. giur.», 50.

tiva dimensione del reale allo scopo di realizzare un'interpretazione funzionale all'"emancipazione delle classi subalterne".

5. Questa lunga premessa non solo è servita a restituirci un quadro più complesso ed articolato nel quale situare l'uso alternativo, ma ci permette anche di comprendere meglio legami e differenze fra le varie esperienze<sup>23</sup>.

Del sociale infatti, anche nella sua seconda versione, l'Italia costituisce uno snodo importante, una semi-periferia, che – come tale – ne veicola anche la diffusione in tutta l'area dell'Europa meridionale ed in Latinoamerica<sup>24</sup>.

E ci dovrebbe forse permettere anche di comprendere meglio – al di là delle singole contingenti vicende politiche italiane che lo hanno segnato – alcune delle ragioni che hanno contribuito al suo declino.

Ci si riferisce, innanzitutto, alle difficoltà di rispondere alle critiche che un intervento più incisivo sulla società con una forte caratterizzazione in chiave redistributiva andava sollevando. Ci si domandava infatti se questi interventi non avessero prodotto meccanismi troppo macchinosi, costosi ed imprecisi per poter essere considerati davvero socialmente utile. Ulteriori perplessità riguardavano le conseguenze degli interventi. A detta di gran parte degli osservatori questi, molto spesso, si rivelavano inutili se non addirittura controproducenti proprio per coloro che, trovandosi nelle posizioni più basse della scala sociale, avrebbero dovuto esserne invece i beneficiari.

In secondo luogo, ad essere denunciate erano le tensioni che andava generando la progressiva scomposizione del soggetto astratto che lasciava emergere una serie profili identitari diversi (in ragione della materialità dei rapporti in cui gli individui sono collocati e delle relazioni sociali che li caratterizzano) difficilmente coordinabili fra di loro<sup>25</sup>. Ci si domandava fin dove la scomposizione può arrivare. Ognuno di noi, infatti, può averne più di una e queste possono anche mutare nel tempo ed entrare in conflitto fra di loro. Ci si domandava, ancora, se questa frammentazione non occultasse le condizioni economiche e sociali che nella realtà connotano le diverse identità, facendo

<sup>23</sup> Tale modello subiva ovunque adattamenti locali significativi, è il caso della tradizione giuridica italiana in cui "...l'ordinamento giuridico deve essere interpretato sulla base dei suoi principi interni. Questo è il significato che la positività ha per il giurista italiano il quale, erede di una gloriosa tradizione ha svincolato la positività e la sistematicità dalla statualità del diritto" (cfr. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, 117 il quale considera la tradizione italiana come la realizzazione più piena di alcuni dei motivi dello storicismo tedesco fra cui la extrastatualità del diritto ed aggiunge "nella considerazione del diritto, quale dato presupposto al lavoro della scienza, la Scuola storica sostanzialmente concordava con la scuola dell'esegesi e veniva preparando la strada sia alla concezione normativistica del diritto... sia alle correnti sociologiche (*op. cit.*, 119)).

<sup>24</sup> A.M. Hespanha, *op. cit.*

<sup>25</sup> Per chi fosse interessato si rinvia a G. Marini, *L'Italian style*, cit., *passim*.

perdere così l'orientamento al preciso disegno promozionale contenuto in Costituzione.

6. Ora però è davvero tempo di lasciare l'Italia per vedere cosa è accaduto al di là dell'Oceano ed in particolare negli Stati Uniti d'America, dove l'uso alternativo ha trovato nei *Critical Legal Studies* un analogo assai interessante, ma di cui è fondamentale ricostruire la diversa genealogia.

Anche i *Critical legal studies* infatti meritano di essere collocati in una prospettiva più adeguata, evitando così di rimanere prigionieri di quelle visioni municipali e non che li riducono ad una eccentrica espressione della più recente cultura accademica statunitense sempre in cerca di novità. E, come tali destinati alla marginalizzazione, se non alla completa estinzione.

Vi è però un interesse particolare che i Crits – sopravvissuti che siano o meno, poco importa ai nostri fini – possono oggi rivestire per i giuristi ed è dovuto al loro tentativo di reinsediare davvero il diritto (positivo) al centro di un discorso autenticamente e radicalmente critico.

Ma chi sono in definitiva i partecipanti a questa impresa?

I Crits provengono tutti da una scissione del *Law and Society*, il movimento che mirava ad approfondire l'indagine della *sociological jurisprudence* studiando le relazioni fra diritto e società, il modo in cui il diritto influisce sulla società, la ricerca empirica e la *policy analysis* consumatasi a Madison Wisconsin nel 1977 che rimarrà in vita dalla fine degli anni '70 fino all'inizio dei '90.

I partecipanti a questa impresa sono, almeno inizialmente, classici intellettuali statunitensi – prevalentemente professori delle Law Schools e dunque emarginati rispetto alla vita politica nazionale – assai raramente presenti nelle istituzioni pubbliche, molti di loro partecipano attivamente alle lotte per i diritti civili ed alla contestazione dell'istruzione universitaria tradizionale che considerano un vero e proprio “allenamento alla gerarchia” di cui denunciano appunto il carattere conservatore e spesso repressivo, la preclusione nei confronti delle donne e delle minoranze razziali.

Molti di loro, assai giovani, appartengono alla generazione influenzata dalla cultura giovanile ed underground i cui miti sono Jack Kerouac, Allen Ginsberg e Andy Warhol e condividono i temi pacifisti, “alternativi”, solidaristici, espressi dai movimenti studenteschi e dai movimenti anti-imperialisti.

Lontani dai centri di potere, nessuno di loro (forse nella consapevolezza dell'impossibilità di raggiungerlo) aspirava al potere, anzi erano istintivamente ostili all'idea di impossessarsene e di gestirlo. Né pretendevano di influenzare l'opinione pubblica (forse nella consapevolezza dell'estrema difficoltà di riuscirci). Cercavano, invece, più sem-

plicemente di promuovere una cultura ed una educazione giuridica di sinistra all'interno delle Law Schools, lottando per l'istituzionalizzazione accademica del gruppo per la quale erano disposti a mettersi in gioco in prima persona<sup>26</sup>. E cominciarono a preoccuparsi subito del "proselitismo" e poi della proiezione transnazionale del gruppo<sup>27</sup>.

E questo porta in esponente un tratto caratteristico importante: i "crits" infatti rimangono interessati prevalentemente al diritto positivo ed alla sua critica.

Sebbene oggi l'esperienza dei Crits possa considerarsi conclusa come movimento, cioè come un gruppo di persone che condividono e perseguono un progetto comune, i crits possono certamente vantarsi di aver raggiunto l'obiettivo della istituzionalizzazione, sono infatti presenti nel diritto statunitense come scuola di pensiero, il cui approccio metodologico ed i cui prodotti intellettuali sono largamente diffusi e spesso trasmigrati all'interno di parecchi networks, attualmente attivi come quelli di diritto del lavoro<sup>28</sup>, del pensiero *queer* e transnazionale e che continuano a dialogare con il nucleo iniziale<sup>29</sup>.

Con la tradizione neo-marxista continentale, i crits condividono la critica nei confronti del determinismo economico e l'insoddisfazione per le risposte date all'individuazione della "logica" secondo la quale la componente sovrastrutturale (giuridica) può correlarsi alla struttura (economica) e dunque anche la perenne ricerca di una teoria che spieghi il modo in cui il diritto si colloca in questo quadro.

Al di là del richiamo continuo alle loro radici europee, sono saldamente ancorati al panorama giuridico statunitense, di cui riescono ad assemblare alcune componenti tradizionali come l'analisi giusrealista con i temi della *new left* e successivamente le teorie critiche continentali<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Il punto è ben espresso nell'originale tesi di E.M. Pedrelli, *Taking Doctrine Seriously. I beni comuni nella prospettiva dei Critical Legal Studies*, on-line al link <https://www.labsus.org/2021/05/i-beni-comuni-nella-prospettiva-dei-critical-legal-studies/>, dove una ricostruzione anche alla luce del convegno "I modelli giuridici e democratici in USA tenuto all'Istituto Gramsci nel 1987 (che i cultori del genere possono interamente riascoltare grazie a Radio Radicale su <https://www.radioradicale.it/scheda/20639/i-modelli-giuridici-e-democratici-in-usa>).

<sup>27</sup> Cfr. C. Douzinas, *Critical Jurisprudence*, cit.; E.M. Pedrelli, *Taking Doctrine Seriously*, cit. Opinioni peraltro autorevolmente espresse circa il loro "esaurimento" trovano una smentita nella presenza di interi capitoli dedicati ai Critical Legal Studies nei libri di Jurisprudence e Philosophy of Law più recenti.

<sup>28</sup> Karl E. Klare, *Traditional Labor Law Scholarship and the Crisis of Collective Bargaining Law: a Reply to Professor Finkin*, 44 «Md. L. Rev.», 731 (1985).

<sup>29</sup> J. Halley, *Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation*, in «The Politics of Law», 115, 120 (David Kairys ed., 3d ed. 1998); Danielsen D., & Engle K. (Eds.), (1995). *After Identity: A Reader in Law and Culture* (1st ed.). Routledge.

<sup>30</sup> "I Critical legal studies si sono dedicati ad appropriarsi di tutto ciò che può essere considerato utile del neo-marxismo, particolarmente nella sua versione gramsciana, e mirano a sintetizzarlo con la tradizione progressista del realismo

Dalla fusione di questi diversi filoni nasce un metodo impuro, crocevia di apporti diversi, non chiuso nel rispetto filologico delle proprie radici, però in grado di adattarsi alla relatività dei concetti giuridici e di convivere con la “crisi” del sistema fino a farne il fulcro della propria “teoria”<sup>31</sup>.

Come i realisti giuridici, ai quali sono strettamente legati, i Crits devono essere letti infatti nella genealogia del “sociale”.

Ancora all’inizio del secolo passato gli Stati Uniti, almeno per quanto riguarda il diritto privato, possono considerarsi una “periferia” estremamente aperta agli influssi europei ed in particolare a quello del pensiero sociale. È stato sicuramente Roscoe Pound a riproporre negli Stati Uniti la critica europea alla *Begriffjurisprudenz* e la visione teologica del fenomeno giuridico, in cui il diritto è considerato un mezzo per conseguire degli scopi sociali<sup>32</sup>. Anche se certamente non si può negare che Holmes, ancor prima dei francesi ed in modo indipendente da Jhering, avesse già largamente preparato la strada ad una revisione critica del pensiero classico<sup>33</sup>.

La critica al modello classico doveva continuare, in modo originale, con il realismo giuridico. Pur nell’estrema varietà delle sue manifestazioni<sup>34</sup> – il realismo infatti non fu mai identificato, già al mo-

giuridico che considerava il marxismo ortodosso del suo tempo come qualcosa di ‘estraneo’” cfr. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, 1997, 263.

<sup>31</sup> Ancora nelle parole di D. Kennedy “Queste mie appropriazioni sono ispirate a ciò che Levi Strauss chiama bricolage, il che significa che mentre lavoro sul mio tema mi ‘approprio’ di pezzi delle loro teorie o pratiche, che mi sembrano adeguati in base ad una pratica appropriativa essenzialmente intuitiva. Questo è alquanto diverso dal considerarsi uno che sta formulando una teoria sociale da applicarsi al diritto o, in questo caso, alle pratiche sessuali comuni. Una cosa è dire che intendo studiare degli autori per trarne spunto, un’altra è pensare di poter o voler elaborare in astratto una teoria critica al livello di questi grandi pensatori per poi applicarla a qualsiasi argomento mi possa interessare. Non è una mia ambizione”.

<sup>32</sup> R. Pound, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, in 19 *Green Bag* (1907), 607; Id., *Law in Books and Law in Action*, 44 «Am. L. Rev.» (1910), 12; Id., *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in 25 «Harv. L. Rev.» (1912), 489.

<sup>33</sup> Holmes, infatti, aveva enfatizzato la necessità di abbandonare le astrazioni e di guardare al modo in cui il diritto funziona nella società (“il diritto non è logica, ma è esperienza” O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Little Brown and Co. 1881, I), considerando l’impatto del fenomeno giuridico sulla dinamica sociale (“il diritto come profezia di ciò che i giudici faranno” cfr. O.W. Holmes, *The Path of the Law*, in 10 «Harv. L. R.» (1896-1897), 457, 461). L’opera di Holmes è aperta ovviamente ad interpretazioni di tipo diverso: da una parte, per la sua ferma convinzione dell’autonomia del diritto dalla morale è stato posto alla base di tutte quelle correnti che miravano a recuperare scientificità al diritto attraverso l’analisi degli *standards*. Dall’altra, però, non si può negare ad Holmes di aver riportato anche al centro dell’analisi le considerazioni di policy e l’inevitabilità per i giudici, nelle loro decisioni, di procedere ad un bilanciamento degli interessi in conflitto.

<sup>34</sup> Gli stessi confini fra realismo giuridico e *sociological jurisprudence* sono estremamente difficili da tracciare con nettezza e sono rimasti sempre aperti alla ridefinizione. La stessa collocazione di giuristi come Holmes, Pound e Hohfeld è sempre rimasta in bilico. Emblematiche le varie interpretazioni di Holmes cfr.

mento della sua “nascita”, con un orientamento metodologico coerente ed unitario com'è testimoniato chiaramente dallo stesso dibattito fra Llewellyn e Pound<sup>35</sup> – il realismo giuridico indubbiamente presenta alcuni tratti condivisi.

Al di là della controversia sulla collocazione dei vari autori, due sono i motivi che per la loro originalità possono ancora interessarci: la critica interna della ragione giuridica e l'analisi distributiva. Entrambi costituiscono infatti uno dei tratti differenziali che distingue il pensiero sociale europeo da quello statunitense. Ed entrambi entrano nel bagaglio teorico dell'analisi critica.

7. Il realismo non solo attaccava i concetti tradizionali per il loro carattere puramente “metafisico”<sup>36</sup>, ma metteva sistematicamente in discussione i modelli argomentativi classici per la loro incoerenza, offrendo l'esempio più probante dell'inadeguatezza delle vecchie teorie e della concezione individualistica del diritto sulla quale si basavano<sup>37</sup>.

T. Grey, *Holmes and Legal pragmatism*, 41 «Stan. L. Rev.» (1989), 787, R.W. Gordon, *The path of the lawyer*, 110 «Harv. L. Rev.» (1997), 1013. Dalla versione estrema del realismo di Jerome Frank J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's 1930 che, riprendendo la teoria di Hutcheson (14 J.C. Hutcheson, Jr., *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*. 14 «Cornell L. J.» (1929), 274, enfatizzava le componenti psicologiche della decisione giudiziale, considerandola frutto di un *hunch*, cioè di un'intuizione del giudice, che solo successivamente ricorre al diritto per offrirne una spiegazione.

<sup>35</sup> La controversia riguarda infatti la sua definizione e sugli autori che potevano esserne considerati parte cfr. K. Llewellyn, *A realistic jurisprudence. The Next Step*, 30 «Col. L. Rev.» (1930), 431 - *The, Id., Some realism about - Responding to Dean Pound*, 44 «Harv. L. Rev.» (1931), 1222; R. Pound, *The call for a realist jurisprudence*, 44 «Harv. L. Rev.» (1931), 697. Sul consolidamento del termine e le vicende vedi la ricostruzione di W. Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, London, 1973, 70 e N.E.H. Hull, *Roscoe Pound and K. Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, Univ. Of Chicago Press, 1997.

<sup>36</sup> Cfr. F. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in 35 «Columbia L. Rev.» (1935), 809.

<sup>37</sup> È il formalismo langdelliano a continuare l'esperienza della giurisprudenza analitica (la vicenda è documentata per la proprietà da A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property, Propriété, Eigentum (corso di diritto comparato)*, Padova, Cedam, 1992, 3 ss.), su Langdell e i c. d. trattatisti nordamericani, sui quali, volendo, cfr. G. Marini, *Ipotesi sul metodo nel diritto privato. Piccola guida alla scoperta di «altri» itinerari*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1990, 343. La distanza fra il diritto americano e quello inglese è destinata ad aumentare con Langdell, il quale combina il positivismo con l'empirismo, considera i casi come fatti osservabili, gettando così un ponte fra la tradizione benthamiana ed il realismo. I casi riflettono alcuni principi che sono alla base del diritto e che possono essere ricavati – attraverso un processo induttivo tipico delle scienze sperimentali – dalle decisioni delle corti, ma solo una parte minima e non tutte li incorporano; è necessario quindi scoprirli anche al di fuori della tradizione nazionale. In questo modo, il diritto americano si differenzia, non solo rispetto ai sistemi continentali, ma anche nei confronti della stessa common law inglese, in cui il valore del diritto era indipendente dal riferimento ad una volontà e ad una fonte determinata; con Langdell, invece, è la fonte, cioè la corte, a

Bisogna subito chiarire, però, che la critica, anche nelle sue frange estreme, era sempre di tipo *minimale*<sup>38</sup>. La critica cioè metteva in luce, caso dopo caso, i difetti logici che le singole opinioni dei giudici contenevano, ma non presupponeva assolutamente – anche negli esponenti più radicali – una critica globale del diritto, cioè non doveva condurre all’idea che il diritto – per la sua stessa origine o per il linguaggio di cui si serve – fosse sempre necessariamente indeterminato.

La contestazione del modello classico si svolgeva infatti sul terreno tecnico dell’individuazione dei precedenti e delle *doctrines*, che – una dopo l’altra – venivano passati al vaglio di una serrata critica “interna” per metterle alla prova la tenuta sul piano della coerenza.

Ciò che i realisti mostravano era come il fondamento che, nelle declamazioni ufficiali, veniva enunciato come presupposto delle diverse organizzazioni dei materiali giurisprudenziali e delle relative *rationes decidendi*, non fosse coerente: esistevano infatti ricostruzioni diverse che conducevano a soluzioni del tutto antitetiche rispetto a quelle privilegiate dai giudici, precedenti ignorati o erroneamente interpretati davano vita ad una sequenza del tutto diversa rispetto a quella scelta dai giudici, conducendo ad un esito diverso<sup>39</sup>. Oppure, al contrario, che lo stesso risultato sarebbe stato raggiungibile anche attraverso l’adozione di *doctrines* e precedenti assolutamente diversi<sup>40</sup>.

In questo modo, il passaggio da un caso all’altro o dalla regola generale alla particolare perdeva ogni possibile ancoraggio e, dunque, le soluzioni a cui si perveniva non erano logicamente “necessitate”<sup>41</sup>.

Anzi, al contrario, Llewellyn poteva affermare con una certa decisione che “in ogni caso le autorità disponibili...sono almeno due... e... contraddittorie quando vengono applicate al caso in questione... allora c’è una scelta...una scelta che può essere giustificata solo sulla base di policy...poiché le autorità tradizionali parlano con lingua biforcuta”<sup>42</sup> ed ugualmente di fronte ad uno *statute*, quando osserva che la scelta a

dare valore al diritto (cfr. A. Giuliani, *Dal positivismo “benthamiano” al realismo giuridico*, cit., 141).

<sup>38</sup> Così Du. Kennedy, *The critique of adjudication*, 1999, 86.

<sup>39</sup> Fondamentale R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 «Col. L. Rev.» (1908), 605.

<sup>40</sup> Così, ad esempio, contrariamente all’affermazione condivisa che il diritto dei contratti fosse fondato sulla *consideration*, non erano venute meno soluzioni che riconoscevano il vincolo contrattuale sulla base di *doctrines* di origine *tortious* come la *reliance* riconosciuta come “substitute of consideration” Emblematico, fra gli altri, proprio il giudice Cardozo in *Allegheny College v. National Chautauqua Country Bank* (1927), 159 N.E. 173. E dunque a considerazioni fondate sul consenso si affiancavano dentro lo stesso contratto a considerazioni diverse derivate dalla *law of torts*. Con riferimento a diversi aspetti del contratto Cohen, *The Basis of Contract*, 46 «Harv. L. Rev.» (1933), 553, Hale, *Bargaining, Duress, and economic Liberty*, 43 «Col. L. Rev.» (1943), 603, Fuller-Perdue, *The reliance interest in contract damages* 46 «Ya L.J.» (1936-37), 52, 373.

<sup>41</sup> Cfr. F. Cohen, *The ethical basis of legal criticism*, 41 «Yale L.J.» (1931), 201.

<sup>42</sup> Così espressamente K. Llewellyn, *Some Realism*, cit., 1239.

monte sul canone interpretativo da adottare da parte del giudice determina anche il risultato finale del caso.

“*Washed in cynical acid*”<sup>43</sup> qualunque problema doveva ridursi ad una analisi dei comportamenti dei giudici, un’indagine volta a scoprire da una parte quali fossero i fattori che determinassero le loro decisioni e dall’altra quali fossero le conseguenze di tali decisioni in un determinato contesto sociale.

I realisti insomma mettevano in evidenza come tutte le decisioni dei giudici venissero raggiunte sulla base di un complesso di fattori vari “*the notions of the court as to policy, welfare, justice, right and wrong*”. Dove *policy* significava decidere i casi in modo da adattare il diritto ad una serie limitata di necessità funzionali della società come l’efficienza della produzione o la sicurezza degli scambi o altri interessi di rilevanza sociale.

E quando la miscela non era considerata adeguata, poteva ben passarsi ad una combinazione diversa e più adatta<sup>44</sup>.

Così, la critica mentre evidenziava l’indeterminatezza del diritto sgretolava al tempo stesso irrimediabilmente logica individualistica che governava il sistema. I realisti pongono le basi infatti per riconoscere all’interno del diritto la presenza di una serie di principi di matrice diversa: altruistica o solidaristica. Ad essi, ora, la nuova sensibilità permetteva di attribuire una più spiccata visibilità<sup>45</sup>. Quanto poteva, a prima vista, sembrare soltanto il casuale residuo di un’epoca precedente (rispetto a quella classica) si rivelava invece un fenomeno molto più comune e diffuso nell’intero corpus classico della *case law*<sup>46</sup>.

Le categorie a cui faceva ricorso il pensiero classico non si potevano allora presentare più come entità coerenti, distinte l’una dall’altra, ma rappresentavano invece il luogo di un compromesso fra poli opposti, assomigliavano piuttosto ad una linea continua che collegava

<sup>43</sup> L’espressione è di F. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, cit., 840: “*Washed in cynical acid, every legal problem can thus be interpreted as a question concerning the positive behavior of judges*”.

<sup>44</sup> La critica riconosceva come la regolamentazione delle attività private fosse già apertamente realizzato dalla common law e pertanto la visione individualistica sulla quale si basavano le ricostruzioni del *mainstream* fossero ormai superata (cfr. M. Horwitz, *The transformation of American Law, 1870-1960, The crisis of legal orthodoxy*, 1992, 36). Il significato che la ricostruzione assume nei confronti della giurisprudenza costituzionale è già chiaramente presente in R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1922, 264 e M. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 «Harv. L. Rev.» 553, 581 (1933).

<sup>45</sup> Queste venivano rintracciate in un’epoca precedente allo stesso pensiero classico in cui era all’opera una struttura feudale che enfatizzava la relazione fra i soggetti ed i relativi doveri (cfr. R. Pound, *The End of Law as Developed in Juristic Thought, II: The Nineteenth Century*, 30 «Harv. L. Rev.» (1917), 201).

<sup>46</sup> La successione dei due Restaments of contract, il primo, individualista, ad opera di Williston ed il secondo, più sociale, di Corbin, poi ne costituiva la prova più evidente. Cfr. American Law Institute, *Restatement of Contracts*, 1932; Id., *Restatement (Second) of Contracts*, 1981.

i due poli estremi, al cui interno era possibile ritrovare combinati in varia misura gli elementi caratteristici dei due poli.

Se la risposta ricostruttiva inclinava verso la configurazione di categorie più elastiche che tenessero presente questa evoluzione, permettendo il bilanciamento fra le *conflicting considerations*<sup>47</sup>, la critica però aveva reso evidente come molto spesso i giuristi non tenessero fede alle promesse di coerenza sulla quale basavano il proprio metodo.

Una volta destabilizzato il metodo classico, i realisti però passano tutti – sia pure in una varietà di sfumature diverse – ad una fase ricostruttiva. I realisti infatti non avrebbero perso la fiducia nelle regole quali strumenti di controllo della condotta individuale. Avrebbero piuttosto corroborato le regole giuridiche con le scienze sociali, nella convinzione che queste avrebbero offerto un ausilio più solido per risolvere i problemi fondamentali dell'amministrazione del diritto e sottrarre i giudici alle accuse di essere considerati arbitrari o di "fare politica"<sup>48</sup>.

La ricerca dei "tangibles" che si trovano "beneath the words"<sup>49</sup>, avrebbe dovuto permettere di comprendere la vera "ratio" delle decisioni dei giudici, di rendere il diritto meno astratto, consentendo di sbarazzarsi di categorie giuridiche troppo generali ed astratte che non riflettevano più le "attuali condizioni" della realtà<sup>50</sup>.

8. Il realismo, dunque, si muoveva in direzione del recupero di tutto quanto fosse osservabile, procedendo a sostituire la *law in action* al posto della *law in the books*, i rimedi al posto dei diritti, le prassi al posto delle teorie, i fatti al posto delle declamazioni<sup>51</sup>.

Del resto, non bisogna dimenticare la ragione principale per la quale i giusrealisti americani attaccavano il formalismo dominante: perché aveva contribuito ad offrire una forte resistenza alla penetrazione di una legislazione di ispirazione sociale, incardinando l'azione

<sup>47</sup> Entrano in gioco categorie che fanno ricorso ad una serie di *standards* elastici che permettevano ai giudici di bilanciare degli interessi già cfr. O.W.Holmes, *Privilege, malice and intent*, 8 «Harv. L. Rev.» (1894),

<sup>48</sup> Cfr. A. Giuliani, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, cit., 155 ss. Riportare l'attenzione sulle modalità e sulle procedure con cui le decisioni devono essere prese. È insomma il rispetto per questa *inner morality of law* che legittima le decisioni dei giudici negli *hard cases*.

<sup>49</sup> K. Llewellyn, *Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound*, in 44 «Harv. L. Rev.» (1931), 1222, 1223.

<sup>50</sup> In Llewellyn vi è l'idea che l'osservazione dei fatti precede ed è in qualche modo separabile dalla loro classificazione in schemi concettuali dai quali è necessario non farci fuorviare cfr. K. Llewellyn, *The Bramble Bush: on our law and its study* (1930) e Id., *The common law tradition: deciding appeals* (1960).

<sup>51</sup> Sul ruolo della scienza sociale cfr. J. Schlegel, *American Legal Realism and empirical social science: from the Yale experience*, 28 «Buff. L. Rev.» (1979), 459, R.Summer, *Instrumentalism in American Legal Theory* (1982) e R. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 «Stan. L. Rev.» (1984), 57.

dell'autorità pubblica e del legislatore al rispetto di concetti generali ed astratti come quelli che di *property* e *contract* aveva dato il pensiero classico<sup>52</sup>.

La critica non è immediatamente rivolta contro i difetti sociali della common law, quanto alla rimozione dello steccato che separa common law e legislazione interventistica, dimostrando come le ricostruzioni dei giudici, quanto ad effetti, non fossero qualitativamente diverse da quelle dei *policy-makers* per eccellenza, e cioè del legislatore<sup>53</sup>. Con il risultato di mettere in crisi uno degli assi portanti della c.d. "dottrina Lochner", con la quale la Corte Suprema, attraverso una versione sostanziale della *due process clause*, vincolava la legislazione di ispirazione sociale al rispetto della autonomia individuale paralizzando qualunque intervento che ne comprimesse la libertà<sup>54</sup>.

In questo modo, riconoscendo l'inevitabile carattere di *policy-making* di molte decisioni giudiziali, i realisti potevano spianare la strada all'interventismo del New Deal, preparando il terreno all'overruling della dottrina Lochner e candidarsi come l'élite che avrebbe dovuto forgiare gli strumenti per guidare il Paese durante il New Deal<sup>55</sup> strumenti per guidare il Paese durante il New Deal<sup>56</sup>.

Così, da una parte la ricerca, talvolta spasmodica, di un dato oggettivo al quale ancorare la ricostruzione del diritto positivo, ha indotto ad accostare il realismo al formalismo che lo precedeva. Dall'altra, invece, è stata la genealogia della sociological jurisprudence

<sup>52</sup> Per la proprietà classico è M. Cohen, *Property and Sovereignty*, in 13 «Cornell L.Q.» (1927), 8. Il diritto di proprietà non può essere astrattamente definito perché è costituito da un bundle of rights un insieme di relazioni giuridiche non deducibili logicamente le une dalle altre, né immutabili, né assolute; non è un diritto preesistente che lo stato riconosce, ma un *bundle of rights* creato dallo stato che riconosce al titolare la possibilità di escludere gli altri dal godimento delle cose (non soltanto materiali). In questo modo, il diritto non protegge i proprietari, ma li crea. Motivo, questo, ripreso da Du. Kennedy, F. Michelman, *Are Property and Contract Efficient?*, in 8 «Hofstra L. Rev.» (1980), 711.

<sup>53</sup> R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in 38 «Pol. Sci. Q.» (1923), 470.

<sup>54</sup> Il celeberrimo *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). In questo modo, costituzione federale e costituzioni statali non consentono la compressione della proprietà e della libertà senza *due process*, con il risultato che ogni modifica legislativa del sistema costruito dalla common law intorno a questi concetti fondativi è interdotta. Lochner verrà overruled da *West Coast Hotel Co. V. Parrish* (1937).

<sup>55</sup> In seguito, la concezione del diritto come complesso di istituzioni di cui comprendere il funzionamento verrà sviluppata diversamente dagli esponenti del *legal process*. Cfr. H.M. Hart, Jr and A.M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, tent. ed. 1958, reprinted 1994, New York, Foundation Press (eds. P. Frickey, W. Eskridge).

<sup>56</sup> In seguito, la concezione del diritto come complesso di istituzioni di cui comprendere il funzionamento verrà sviluppata diversamente dagli esponenti del *legal process*. Cfr. H.M. Hart, Jr and A.M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, tent. ed. 1958, reprinted 1994, New York, Foundation Press (eds. P. Frickey, W.Eskridge).

poundiana ad essere ricondotta al formalismo per la sua insistenza a voler tradurre meccanicamente i dati di realtà in regole (social conceptualism) in contrapposizione alla critica devastante di ambedue operata dal realismo<sup>57</sup>.

9. Il secondo fondamentale elemento che caratterizza la critica realista rispetto al pensiero sociale europeo e che ritroviamo nei lavori dei Crits è costituito dalla dimensione distributiva del diritto (privato).

Diversamente da tutte le immagini accreditate dal *laissez faire*, i realisti erano convinti che non vi fosse alcun terreno “naturale” lasciato al libero gioco dell’iniziativa individuale e fosse invece lo stesso diritto ad offrire ai privati, proprio attraverso l’elaborazione delle regole della common law, gli strumenti attraverso i quali i singoli possono confrontarsi<sup>58</sup>. Anche quando sembra apparentemente il semplice prodotto di un accordo “volontario” fra le parti, il risultato del contratto è infatti profondamente condizionato dalla common law. Attraverso l’allocazione dei titoli di proprietà ed i rimedi per la sua difesa, attraverso la configurazione delle regole (del gioco) della contrattazione – come quelle che definiscono cioè la legittimità o meno dei comportamenti o dei mezzi con i quali si arriva alla divisione del prodotto congiunto (dello scambio) – il diritto è in grado di determinare anche l’esito degli scambi<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Le preoccupazioni per aver ridotto a “fatto” la scienza del diritto si affaceranno presto alla ribalta, sollevando l’accusa di riduzionismo cfr. L. Fuller, *The morality of law*, New Haven, Yale Univ. Press, 1965, la stessa che sarà fatale alle correnti sociologiche sul continente (cfr. A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia cit.*, 240 ss.). Cfr. A. Giuliani, *Dal positivismo “benthamiano” al realismo giuridico*, cit., 146 ss. la critica secondo la quale il giusrealismo americano non è altro che una variante del positivismo inglese in quanto tenta di ancorare il diritto ad un dato oggettivo offerto dalla osservazione della realtà è già in L. Fuller, *The law in quest for itself*, Chicago Foundation Press, 1940, 47 il quale ritiene poi che l’oggettività così realizzata nella visione positivistica avrebbe aperto la strada ad un diritto amorale in modo non dissimile a quanto accaduto in Europa (ancora cfr. L. Fuller, *The morality of law*, cit.).

Da una parte la ricerca, talvolta spasmodica, di un dato oggettivo al quale ancorare il ragionamento giuridico, ha permesso di affiancare il realismo al formalismo che lo precedeva. Dall’altra, invece, è stata la *sociological jurisprudence* ad essere collocata sulla stessa scia del formalismo per la sua insistenza a voler tradurre meccanicamente i dati di realtà in regole (social conceptualism) in contrapposizione al realismo che produce una critica devastante di ambedue

<sup>58</sup> M. Cohen, *The Basis of contract*, in 46 «Harv. L. Rev.» (1933), 553; L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press 1965; ma cfr. J. Feinman, P. Gabel, *Contract Law as Ideology* in D. Kayris (ed.), *The Politics of Law: a Progressive Critique*, New York, 1998, 373.

<sup>59</sup> Il potere contrattuale da cui dipendeva il consenso delle parti in un contratto è anche il risultato delle stesse regole che determinano ciò di cui ci si può appropriare ed assicurano ai titolari il diritto di difenderlo dai terzi. Sul legame fra property e contract cfr. Du. Kennedy, F. Michelman, *Are Property and Contract Efficient?*, in 8 «Hofstra L. Rev.» (1980), 711.

Il diritto dunque non si limita a costituire una struttura all'interno della quale gli individui sono liberi di perseguire i loro obiettivi, va molto al di là<sup>60</sup>.

La loro ricostruzione, generalizzando dalle relazioni fra capitale e lavoro<sup>61</sup>, riportava in piena luce la forza del diritto che, attraverso le varie regole giuridiche, costruisce una serie complessa di proibizioni e permessi, la quale, non solo sceglie chi può giocare e determina le regole del gioco, ma distribuisce la posta ai propri giocatori e dunque ne configura l'identità<sup>62</sup>.

La presenza di questa dimensione distributiva, che il diritto privato può esercitare, apriva interessanti prospettive. Non si poteva infatti negare che ogni modifica di quelle regole (siano esse di origine legislativa o giurisprudenziale) implica un effetto redistributivo, non solo sulle parti di quella singola controversia, ma anche sui gruppi e categorie a cui quelle parti appartengono. Tutto ciò riattribuiva importanza al modo in cui sono operativamente disegnati istituti chiave come *property* e *contract*, non tanto nelle loro definizioni generali, ma

<sup>60</sup> Pur ponendosi nella scia della giurisprudenza analitica, volta alla ricerca delle componenti fondamentali del diritto nel quadro di una teoria generale (Jurisprudence) è merito di Hohfeld (Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, 26 «Yale L.J.» (1916-17), 710) aver completato il progetto analitico, dissolvendo alcuni dei luoghi comuni che lo accompagnavano e chiarendo che il modo in cui queste varie componenti (fotografate nella sua tavola di opposities e correlatives) si assemblano in ogni situazione giuridica determinata (*legal interests*) non dipende dalla logica del sistema, ma da precise scelte di policy. A causa del carattere relazionale delle situazioni giuridiche, poi, la questione circa il contenuto del diritto è inevitabilmente destinata a trasformarsi in una questione distributiva, il riconoscimento di un diritto ad una parte implica l'imposizione di un duty all'altra e lascia sul campo vincitori e vinti. In questa prospettiva anche il rifiuto di intervenire nella misura in cui permette un comportamento ad un altro soggetto è una scelta di policy. cfr. J.W. Singer, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 «Wisc. L. Rev.», 975; J. Balkin, *The Hohfeldian approach to law and semiotics*, 44 «U. Miami L. Rev.» (1989-1990), 1119; P. Schlag, *How To Do Things With Hohfeld*, 78 «Law and Contemporary Problems», 185-234 (2015) Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol78/iss1/8>.

<sup>61</sup> "I proprietari costringono i lavoratori, ricorrendo al loro diritto giuridicamente protetto di non dare denaro se non gli è offerto in cambio lavoro, ma i lavoratori costringono i proprietari, ricorrendo al loro diritto giuridicamente riconosciuto di non dare lavoro se non gli è offerto in cambio denaro. Quando comincia la contrattazione, i lavoratori minacciano scioperi, picchettaggi, boicottaggi, tutto nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, mentre il capitalista minaccia di chiudere, di mettere in cassa integrazione e licenziare, tutto ugualmente nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico. Il "potere contrattuale" è un concetto complesso e strano, in definitiva una scatola nera che si riferisce a tutti i fattori che consentono ad ogni parte di ottenere qualcosa e non di più, all'interno di un determinato contesto (istituzionale)" (cfr. Du. Kennedy, *Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, 41 «Md. L. Rev.» (1982), 563).

<sup>62</sup> Cfr. Du. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in 1 «Eur. Rev. Priv. L.» (2001), 7; G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2009, 66.

soprattutto nelle ulteriori “piccole” regole di fondo (*groundrules*) che ne determinano l’applicazione perché è dalla loro configurazione che dipendono i risultati concreti che le parti possono raggiungere nelle singole contrattazioni.

Il progetto realista metteva in luce il modo in cui il diritto costruisce i meccanismi istituzionali che rappresentano l’intelaiatura all’interno della quale possono essere condotte le relazioni economiche e sociali fra i diversi gruppi, meccanismi che determinano anche la posizione di forza degli appartenenti ai gruppi stessi.

La ricostruzione andava al cuore del problema del potere nelle relazioni private e del ruolo che l’ordinamento assume di fronte ad esse. In questa prospettiva, la figura centrale è quella di Robert Hale, il quale ribalta del tutto la prospettiva classica e presenta un quadro in cui il diritto della proprietà, dei contratti e della responsabilità, non può più essere considerato come il terreno della libertà dei privati, bensì al contrario un complesso meccanismo attraverso il quale lo Stato “delega ai privati la possibilità di esercitare la coazione”<sup>63</sup>. Così diventava anche possibile ribaltare la descrizione del contratto, operata dal *mainstream*, in termini di libertà contrattuale, per proporre invece una visione secondo la quale la libertà contrattuale non è altro che un regime più sofisticato che consente agli individui di esercitare legittimamente forme di coazione. I risultati a cui i singoli contratti conducono sono inevitabilmente determinati dal potere che è concesso alle parti, attraverso le regole del diritto privato, dallo Stato. In questo senso, libertà e coazione, in primo luogo, non esistono in modo indipendente dal diritto statale e, in secondo luogo, sono reciprocamente collegate: libertà è tutto ciò che non è considerato dall’ordinamento come una forma illegittima di coazione.

L’attacco continuava, arrivando ancora una volta al cuore della distinzione fra pubblico e privato sulla quale il pensiero classico aveva costruito il suo impianto, e provocava un ribaltamento dei termini del discorso e con esso dell’ordine gerarchico sul quale erano fondati gli istituti del diritto privato.

<sup>63</sup> La prospettiva istituzionalista differisce da quella marxista classica. Per la prima, la distribuzione delle risorse è un elemento centrale. Nella ricerca dei fattori che ne influenzano i risultati, sono determinanti le contrattazioni individuali, in cui il potere esercitato dai capitalisti sui lavoratori li costringe ad accettare condizioni giugulatorie in cambio di lavoro, conducendo ad una sistematica disuguaglianza economica. Per la seconda, invece, è ancora cruciale il momento della contrattazione sul prodotto congiunto dello scambio, ma con qualche modifica rispetto alla visione marxiana. Anzitutto la coazione, che per Marx è a senso unico, per i giusrealisti può diventare invece bilaterale, poiché nessuna delle due parti ottiene esattamente cosa vuole (cfr. R. Hale, *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, in 43 «Col. L. Rev.» (1943), 603, 627-628: “bargaining power would be different were it not that the law endows some with rights that are more advantageous than those with which it endows others. It is with these unequal rights that men bargain and exert pressure on one another”).

Questo capovolgimento della gerarchia non solo doveva assicurare una maggiore deferenza all'intervento legislativo, che era stato, in precedenza, sempre considerato una interferenza con la libertà individuale e come tale confinato nel ristrettissimo recinto della “*public health, security and morality*” disegnato dal caso Lochner, ma doveva ribaltare anche la gerarchia all'interno delle dicotomie costruite dal pensiero classico – come quella fra *contract* e *tort o fault* e *strict liability* – aprendo la strada a più penetranti forme di controllo delle attività private.

10. Questi due profili caratterizzano il realismo giuridico statunitense e lo distinguono, almeno in parte, dal pensiero sociale europeo. Al tempo stesso, sono gli elementi che entrano a far parte dello strumentario critico dei CLS<sup>64</sup>.

Nei primi anni settanta, infatti, uno dei temi ricorrente è proprio la critica interna di stampo realista che i critici dispiegano contro la *legal necessity*, cioè l'appello alla coerenza del diritto ed al carattere necessitato delle soluzioni che la dottrina tradizionale invoca.

All'interno dello stesso *corpus* di regole, sostenevano i Critici, possono convivere principi ordinatori antitetici che giustificano per ogni caso esiti diversi. La logica individualistica del sistema del diritto privato si rivela irrimediabilmente attraversata da una serie di principi che rivelano una origine diversa di matrice altruistica o solidaristica<sup>65</sup>. Questo che potrebbe, a prima vista, sembrare soltanto il frutto di residui del passato o dell'episodica rilevanza che è destinata ad assumere una qualche legislazione speciale, attraverso gli *statutes*, si rivela invece un fenomeno molto più comune e diffuso anche nell'intero *corpus* classico del diritto privato tradizionale. Sarebbe possibile costruire due diversi sistemi di diritto dei contratti uno “individualista” e l'altro “sociale” in ispirazione, contenuto e metodo.

Ogni procedimento interpretativo è allora costretto, prima di poter cominciare, a scegliere fra due prospettive antitetiche dalle quali muovere, perdendo qualunque ulteriore connotazione di processo ra-

<sup>64</sup> I. Pupolizio, *Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2010, 73-104; Id., *I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale*, in G. Campanesi, I. Pupolizio, N. Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale: introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Carocci Editore, Roma, 2009, 213.

<sup>65</sup> “Le generalizzazioni della teoria contrattuale rivelavano, insieme ai principi dominanti della libertà di concludere il contratto e di determinarne il contenuto, anche i principi antagonisti secondo cui la libertà contrattuale non avrebbe potuto comprimere valori solidaristici e condurre all'azionabilità di contratti eccessivamente squilibrati. Sebbene questi principi antagonisti avrebbero potuto essere confinati in un angolo, non avrebbero potuto né essere completamente eliminati, né soggiogati da un sistema di metaprinциpi che avrebbe potuto determinare, una volta per tutte, la loro relazione con i principi dominanti”: R. Unger, *The critical legal studies movement*, 96 «Harv. L. Rev.», 81982, cit., 578.

zionale che muove da un nucleo predeterminato e condiviso di premesse<sup>66</sup>.

Il contributo più importante dei Crits era di portare alla ribalta come attraverso i materiali giuridici a disposizione potessero essere assemblati due diversi sistemi o “forme di coscienza”, ognuno rispondente a logiche diverse antitetiche fra di loro<sup>67</sup>. Una “contraddizione fondamentale” definita così perché rispecchiava una tensione più profonda fra l’individuo e gli altri, fra i valori individuali e quelli altruistici che attraversava l’intero sistema e l’intera società.

Vi erano differenti versioni della struttura in differenti campi del diritto, ma non vi erano dubbi circa il fatto che ognuno avesse una struttura interna.

Conflitto e scelta in termini extra-dottrinali, dunque, non sono una sporadica eccezione frutto di qualche incidente di percorso, ma sono presenti dappertutto nella costruzione e nella legittimazione della “realità” giuridica.

È così che la critica viene radicalizzata. A differenza però dei realisti giuridici, i crits si pongono il problema ulteriore della ragione per la quale la complessità sociale viene tradotta in un sistema semiologico apparentemente neutrale come quello giuridico. E, dunque, all’idea dell’inevitabile invasione dell’area del diritto da parte della politica (del diritto) si affiancano e si sostituiscono visioni più *hard* che metteranno in evidenza il dato ideologico presente nelle varie rappresentazioni dottrinali della realtà giuridica.

11. Fin qui sono emersi due elementi fondamentali: da una parte l’apertura del sistema giuridico, la presenza al suo interno di principi e ricostruzioni in conflitto fra di loro, dall’altro la legittimazione del diritto attraverso l’ideologia.

Bisogna, però, sottolineare che se fra i crits vi era un’ampia condivisione circa la falsa neutralità del sistema giuridico e le conseguenze

<sup>66</sup> Classico è ormai Du. Kennedy, *Form and substance in Private law adjudication*, 89 «Harv. L. Rev.» (1976), 1685, la tensione fra individualismo ed altruismo è un dato storicamente ricorrente e segna l’avvicinarsi fra epoche dominate ora da uno ora dall’altro principio, la contraddizione è però presente anche in altri lavori di Unger, *The critical legal studies movement*, 96 Harv.L.Rev. 81982), 561 identifica nell’area del contratto una serie di principi ognuno dei quali è in tensione con un altro principio concorrente 616, altre forme di contraddizione sono rilevante da Tushnet, *Legal scholarship: its causes and its cures*, 90 «Yale L.J.» (1981), 1205.

<sup>67</sup> La versione originaria della contraddizione fondamentale è in Du. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication* (1976), 89 «Harv. L. Rev.», 1685 (una versione italiana è *Forma e Sostanza nella Giurisprudenza di Diritto Privato*, trad. A. Carrino, ESI, Napoli, 1992), ma l’argomento è riprodotto in gran parte dei lavori dei crits fra i quali Frug, *The ideology of bureaucracy in American Law* (1984), 97 «Harv. L. Rev.», 1276, Dalton, *An Essay in the deconstruction of contract doctrine* (1985), 94 «Yale L.J.», 997. La rielaborazione è formulata in Kennedy Du. - Gabel, *Roll over Beethoven* (1984), 36 «Stan. L. Rev.», 1.

prodotte sulla società in particolare per l'ingiustizia sociale che ne risulta, le strade erano divise sull'analisi e sul modo in cui procedere, delineando due differenti percorsi: uno razionalista e l'altro irrazionalista.

Secondo una prima ricostruzione infatti era proprio la constatazione dell'allargamento delle maglie del sistema giuridico a renderlo abbastanza penetrabile all'azione di fattori esterni (inizialmente l'economia) in modo da poter essere modellato alla luce dei suoi bisogni ed interessi. Il diritto attraverso le sue regole particolari, che non sempre si possono rivelare strettamente necessarie allo sviluppo capitalistico – gli stessi risultati del resto sarebbero comunque raggiunti attraverso l'uso della forza “alla base” – si rivela però estremamente utile per sostenere e legittimare il sistema liberale. Sarebbero giudici e dottrina, in quanto esponenti dell'*élite*, a tradurre un materiale giuridico sufficientemente indeterminato in norme e regole capaci di soddisfare volta per volta gli interessi di classe o la “logica del sistema” organizzandolo in modo da assecondare *policies* ben precise<sup>68</sup>.

In questa prospettiva il diritto può ancora essere considerato una sovrastruttura in grado di rispondere, sostenendola in vario modo, all'evoluzione complessiva della società. Del resto, questa stessa visione non si allontana dagli schemi teorici che hanno a lungo dominato il pensiero sociologico statunitense secondo le quali il diritto risponde all'evoluzione della società<sup>69</sup>: è sufficiente che – nelle ricostruzioni – una parte della società, quella capitalista, prenda il posto della società, che “le leggi della storia” sostituiscano le grandi tendenze e che la “lotta di classe” subentri al gioco delle forze economiche.

Allo stesso modo, il modello si presta a veicolare anche interessi di tipo diverso all'interno del sistema giuridico senza richiedere variazioni significative, così il conflitto economico potrà lasciare il posto ad altri tipici conflitti come quelli prodotti dalla dominazione razziale o dal patriarcato<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Un classico esempio è il passaggio dal controllo sull'equilibrio dello scambio alla rilevanza per la volontà delle parti Horwitz, *The transformation of American law 1780-1860*, 1977, 181 (maggiore attenzione per l'autonomia delle categorie e la dimensione ideologica di esse, Horwitz, *The transformation of American law 1870-1960: The crisis of legal orthodoxy* 1992).

<sup>69</sup> Cfr. R.W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 «Stan. L. Rev.», 57, 1984, assimila tutto il precedente pensiero sociologico a quello che chiama “evolutionary functionalism” che caratterizza la modernità, le cui caratteristiche sarebbe riducibili a cinque punti: diritto e società sono due diverse categorie sociali che possono essere descritte senza riferimento l'una all'altra; le società hanno dei bisogni; nel realizzarli le società seguono un percorso “progressivo”; i sistemi giuridici possono essere descritti in relazione alla loro capacità di rispondere ai bisogni sociali; e i sistemi giuridici si adattano alle necessità sociali.

<sup>70</sup> Ovviamente il quadro esclude le critiche ad opera delle femministe e delle minoranze che hanno generato un altro importante capitolo della storia dei Crits sulle quali potremo tornare più avanti. Per tutti Crenshaw, *Race, reform and Retrenchment: Transformation and legitimation in Antidiscrimination Law*, 101

Sono infatti gli stessi anni in cui la società statunitense è dilaniata dai conflitti razziali e viene portata alla ribalta la questione della differenza sessuale. In entrambe le direzioni il diritto è il prodotto di un conflitto, nel quale però non rimane neutrale, ma prende posizione a favore di una delle parti.

Nella prima direzione, infatti, il diritto con le sue categorie riflette la differenza (fra bianchi e neri) ed assicura la supremazia razziale (dei primi sui secondi), nella seconda è ancora il diritto a realizzare la subordinazione della donna, sostenendo una struttura patriarcale e sessista della società in cui la donna è considerata come oggetto erotico e sottoposta al dominio sessuale dell'uomo<sup>71</sup>.

12. Il costante lavoro sul diritto positivo permette ai Crits di mettere alla prova, caso dopo caso, l'effettiva possibilità di una corrispondenza fra istituti e costruzioni giuridiche da una parte e realtà economica dall'altra con esiti però quasi mai convincenti<sup>72</sup>. Sebbene fattori esterni possano talvolta influenzare l'evoluzione del regime giuridico, questi non sono comunque mai in grado di imporre ad esso alcuna logica determinata. Con ciò mettendo in scacco il funzionalismo dominante ed allontanandosi anche dall'ortodossia marxista<sup>73</sup>.

«Harv. L. Rev.» (1988), 1331; Delgado, *The Ethereal scholar. Does critical legal studies have what minorities want?* 22 «Harv. C.R.-C.L. L. Rev.» (1987), 301; Matsuda, *Looking to the bottom: critical legal studies and reparations*, ivi, 323; Williams P.J. *Alchemical notes: reconstructing Ideals from deconstructed rights*, ivi, 401; Rhode, *Feminist Critical Theories*, 42 «Stan. L. Rev.», 617 (1990); Schneider, *The dialectic of rights and Politics: perspectives from the women's movement* 61 «N.Y.U.L. Rev.», 586 (1986). Alle quali rispondono Du. Kennedy, *A Cultural Pluralist case for affirmative action in legal academia* 1990 «Duke L.J.», 705 (ora anche in Id., *Sexy dressing etc., Essays on the power and politics of cultural identity*, Cambridge-London 1993); Peller, *Race consciousness*, ivi, 758; Michelman, *Conceptions of democracy in constitutional argument: the case for pornography regulation*, 56 «Tenn. L. Rev.», 291 (1989).

<sup>71</sup> C. MacKinnon, *Feminism Unmodified. Discourses on life and Law*. Harvard University Press Cambridge (Ma.), 1967 e Id., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge (Ma.), 1989 il dibattito sulla violenza sessuale e la pornografia, la prostituzione.

<sup>72</sup> Del resto, la critica portava alla luce come alle stesse forme giuridiche corrispondono differenti economie oppure che alle stesse economie corrispondevano diverse forme giuridiche. Occorreva una indagine storica che mostrasse i nessi, gli analoghi funzionali. Vedine la critica in Gordon, *Critical legal histories*, cit. e a sua volta la critica di Tomlins.

<sup>73</sup> Il superamento della visione ortodossa è già avvenuto in varie direzioni: la struttura economica opera soltanto "in ultima istanza", consentendo che agli altri livelli si sviluppino logiche di organizzazione relativamente autonome e perché non anche conflittuali con la logica del sistema; oppure sarebbe da considerare come "sovradeterminata", cioè ulteriormente o localmente determinata dalle relazioni sociali specifiche di questi diversi livelli delle pratiche sociali; oppure ancora attraverso l'estensione del concetto di "modo di produzione", riservato nella versione ortodossa all'"economia", ma suscettibile di essere esteso ad altri livelli della produzione sociale (giuridica, culturale etc.), che rimarrebbero relativamente autonomi, interagendo con la struttura (economica) per condizionarla o modificarla.

Comincia ad affacciarsi l'idea che il diritto non rifletta meccanicamente una componente strutturale come l'economia, ma svolga una funzione più complessa, abbia cioè la capacità di creare esso stesso qualcosa.

È la funzione "costitutiva" ad essere portata alla ribalta<sup>74</sup>. In modo non lontano dal meccanismo delle "condizioni di esistenza" del capitalismo teorizzato Marx – secondo il quale il diritto insieme ad altre componenti sovrastrutturali ha un impatto sulla struttura, ma ne viene poi a sua volta da questa ridefinito – viene riconosciuta l'interrelazione fra i diversi elementi fino a porre in luce l'"interattività" fra diverse prassi e forme di regolamentazione.

Gradualmente viene alla luce come la struttura che avrebbe dovuto determinare la sovrastruttura non poteva fare a meno, a sua volta, di essere definita ad opera dal sistema giuridico attraverso i suoi concetti chiave come proprietà, contratto, lavoro, bene<sup>75</sup>. E se è dalle regole giuridiche che dipende la definizione della struttura, non vi è dubbio che quest'ultima sia altrettanto indeterminata delle prime.

E una volta riconosciuta la natura costitutiva del diritto è necessario fare i conti ancora con la critica realista e con la difficoltà di individuare una "logica" di queste regole: se la proprietà non è altro che un "*bundle of rights*", un *fascieux de droits*<sup>76</sup>, la sua presenza non assicura niente di determinato vi potranno essere infatti una pluralità di regimi giuridici ai quali conseguono con esiti allocativi e distributivi diversi.

Certo, rimane sempre possibile dimostrare come certe regole o costruzioni giuridiche abbiano favorito o protetto, in alcuni casi ed in alcuni periodi particolari, interessi economici specifici, diventava però assai difficile – se non impossibile – dimostrare l'esistenza di un nesso preciso fra diritto ed economia ad un più generale ed astratto livello: cioè quello del capitalismo o della crescita economica.

Le perplessità che si accumulano sul tema del rapporto struttura-suprastruttura non determinano però il venir meno del collegamento

<sup>74</sup> Sulla base di una critica della "autonomia relativa" delle strutture giuridiche Klare, *Law making as praxis*, 40 «Telos», 128 (1979) il quale evidenzia lo stretto legame e la dinamica "interattiva" che si instaura fra regolamentazione giuridica e prassi economiche nel campo del diritto del lavoro.

<sup>75</sup> Questo elemento viene messo in luce in un primo tempo dalla c.d. autonomia relativa del diritto. Il diritto non è soltanto uno strumento attraverso il quale il capitalismo viene favorito, ma è essenziale al suo sviluppo poiché permette l'universalizzazione delle relazioni economiche (cfr. Pashukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo* in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto* (a cura di U. Cerroni) Milano, 1964 per il quale le relazioni giuridiche – proprietà e contratto – sono le stesse relazioni economiche viste da un'altra prospettiva) cfr. Balbus, *Commodity Form and Legal Form. An Essay on the Relative Autonomy of the Law*, 11 «Law & Soc. Rev.» (1977), 571.

<sup>76</sup> Sulla relazione fra queste due costruzioni per tutti cfr. A. Gambaro, A. Candian, B. Pozzo, *Property, propriété, Eigentum*, cit.

fra regole giuridiche e contesto economico-sociale. È all'ideologia, un altro tema classico del marxismo, che spetta la ricostruzione del legame interrotto<sup>77</sup>.

Determinante si rivela il collegamento con le teorie critiche continentali che a cominciare da Gramsci fino alla scuola di Francoforte, hanno preso da tempo le distanze nei confronti del determinismo del marxismo ortodosso, lasciando emergere un quadro più complesso in cui vengono messi a nudo le profonde radici che i rapporti di potere hanno all'interno della cultura e dei vari saperi.

Anche per i "crits" l'ideologia è fondamentale<sup>78</sup>. Se però nella prospettiva marxista l'ideologia è un'interpretazione della realtà consciamente o inconsciamente condivisa nell'intero orizzonte politico e sociale, un elemento che può essere spiegato da una causa che si trova alla sua base (rapporti di produzione o necessità del capitalismo) e che l'ideologia appunto legittima perché gli individui, ai quali questo genere di discorso è indirizzato, sono persuasi ad accettarla, accettando insieme ad essa l'ordine sociale da cui dipende. E, come tale, offre una falsa visione della realtà.

Nella rilettura dei Crits l'ideologia non legittima un particolare tipo di società, ma soltanto lo *status quo*: il suo campo d'azione non è l'intero quadro politico e sociale, ma soltanto un numero ristretto di soggetti: l'*élite* degli operatori del diritto, dei giuristi e dei giudici.

L'ideologia dei Crits opera dunque nel senso di negare la presenza di un elemento ideologico nella scelta che determina la soluzione di un conflitto da parte dei giudici o di una costruzione giuridica da parte del giurista per riaffermarne invece il carattere neutrale del ragionamento giuridico.

L'idea dei Crits è stata sostanzialmente quella di considerare la dottrina giuridica come una forma di (falsa) coscienza della teoria marxista, seguendo lo schema dell'alienazione i giuristi negano infatti l'elemento ideologico e cioè il carattere costruttivo di "lawmaking" del loro operato, servendosi di un tipo di discorso che legittima lo *status quo* (con tutte le sue disuguaglianze ed asimmetrie di potere), poiché contribuisce a far apparire i risultati che hanno raggiunto come il semplice prodotto della fedeltà interpretativa ai materiali giuridici di

<sup>77</sup> Diversi sono i punti in cui Marx sottolinea il ruolo dell'ideologia a cominciare da Ideologia tedesca, che sarà ripresa da Gramsci, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo stato moderno e Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*, ma il tema sarà ripreso in tutta la tradizione marxista (Lukacs, Althusser, Habermas) cfr. Greer, *Antonio Gramsci and "Legal Hegemony"*, in *The politics of law*, cit., 304.

<sup>78</sup> Così Du. Kennedy, *A critique*, cit. ma enfatizzano la distorsioni Peller, *The metaphysics of American Law* (1985), 73 «Cal. L. Rev.», 1152 o le conseguenze negative prodotte Feinman-Gabel, *Contract law as ideology in The Politics of law*, cit., 183. Più recentemente Lucy, *What is wrong with ideology?* «Oxf. J. Leg. St.» (2000), 283.

cui si servono e della correttezza e coerenza del ragionamento tecnico adottato (“*reasoned elaboration*”). Ed è ideologia proprio perché questa spiegazione del loro operato e delle particolari regole giuridiche a cui danno vita contribuiscono a rendere “naturalì” le attuali relazioni di potere. Questi discorsi, sia a livello generale che particolare, contribuiscono infatti a presentare le *background rules* frutto delle strategie interpretative degli operatori giuridici come il prodotto di ragionamenti meramente tecnici. In questo modo, negare la componente ideologica produce un ulteriore pregiudizio che incide sulle proposte di cambiamento soprattutto quelle che rimangono fuori dei canoni nei quali si riconosce il mainstream: queste, nella visione dei CLS, rimangono escluse non sulla base del loro merito sostanziale, ma perché le argomentazioni e giustificazioni a loro sostegno non sono considerate dal mainstream tecnicamente praticabili<sup>79</sup>.

Il collegamento dunque fra teoria e contesto storico nel quale agisce è ricostruito, ma è ora un collegamento molto più debole di quello proposto dall’analisi marxista. Da una parte permette ancora di rivelare il meccanismo che contribuisce a stabilizzare un tipo particolare di società e di delegittimare l’ordine giuridico esistente, completando per la dimensione istituzionale quanto Marx aveva fatto per l’economia politica<sup>80</sup>; al tempo stesso però esclude che il sistema possa essere compreso e descritto attraverso una legge o semplicemente lo sviluppo di una tendenza.

Visto in questa prospettiva il progetto dei Crits si colloca ancora nel filone principale del marxismo occidentale ed in particolare dell’interpretazione gramsciana, ma anche della grande tradizione sociologica che va da Weber fino ad Habermas, le cui premesse fondamentali sono basate sulla necessità della “legittimazione” dei detentori del potere. Rispetto ad esso muove da presupposti diversi poiché enfatizza il carattere “irrazionale” dei prodotti dei giuristi, mettendone in dubbio

<sup>79</sup> Du. Kennedy, *The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law*, 1 «European Review of Private Law», 7 (2001), ed. italiana in «Riv. crit. dir. priv.», 2002, 317 ss.

<sup>80</sup> Il feticismo delle merci viene di solito interpretato come la trasformazione delle relazioni fra esseri umani in relazioni fra cose e dunque come una denuncia del materialismo che producono i rapporti economici. Ma questa interpretazione culturale si affianca ad una psicologica poiché il feticismo è anche un errore di prospettiva. In realtà feticismo significa credere che le decisioni circa cosa produrre e come distribuirlo siano determinate “naturalmente” dai valori delle merci, cioè dalle caratteristiche di quanto producono e dunque che la “natura” con tutto il corollario di necessità, spieghi il funzionamento dell’economia...e quindi “alienano” i loro poteri. La falsa coscienza è molto di più di un semplice errore di prospettiva, ma preclude l’accesso alle reali condizioni...come tale è una causa ma anche un effetto di un determinato modo di produzione, portando a compimento il circolo dialettico, il pensiero è costitutivo ma è anche costituito dalla realtà sociale che sembrerebbe soltanto riflettere (Kennedy Du., *The role of law in economic thought: essays on the fetishism of commodities*, 34 «Am. U.L. Rev.» (1985), 939).

la coerenza interna<sup>81</sup>. Ciò che viene legittimato, in definitiva, è l'insieme eterogeneo di elementi che compone lo status quo.

Una volta che l'ideologia ha assunto un ruolo centrale nella prospettiva critica, è inevitabile che l'attenzione si sposti sull'architettura complessiva del sistema, sulle categorie e sulle tassonomie attraverso le quali sono organizzati i discorsi dei giuristi e sui dispositivi che ne assicurano la coerenza.

Il diritto torna allora al centro dell'analisi critica e non tanto come categoria generale, bensì come diritto positivo: sul modo in cui crea sistemi di classificazione e di gerarchia, sul modo in cui questi condizionano o addirittura creano relazioni di potere nella società, sul modo in cui operano i presupposti epistemologici e culturali che sono alla base delle rappresentazioni giuridiche, sul modo in cui si relazionano e/o occultano altre forme di disciplina.

Il pensiero giuridico edifica, organizza e mantiene spazi diversi governati da principi e logiche antitetiche, come il pubblico è contrapposto al privato, il mercato è contrapposto alla famiglia – il mercato è considerato nella sfera privata rispetto al potere pubblico, ma è nella sfera pubblica rispetto alla famiglia e così via<sup>82</sup> – e dipende a sua volta da queste contrapposizioni per organizzare le argomentazioni che conducono alla soluzione delle controversie.

La critica sposta allora la sua attenzione su quella che potremmo definire la dimensione estetica del diritto, cioè il modo in cui le rappresentazioni operano, interessandosi alla organizzazione testuale ed estetica del testo. Ciò non significa soltanto rivelare quanto il testo nasconde, ma precisare i modi in cui l'occultamento avviene, i dispositivi retorici di cui ci si serve per organizzare i testi<sup>83</sup>.

13. L'attacco dell'ala irrazionalista del movimento a quella scientifica mentre ripropone la questione della intrinseca plasticità e flessibilità del diritto, vulnera al tempo stesso inevitabilmente anche tutte le teorie che potrebbero offrirgli una maggiore chiusura, ben al di là della penetrazione dell'economia nel diritto, generando uno scetticismo nei confronti di qualunque ricostruzione che pretenda di offrire una *Grand Theory*.

<sup>81</sup> Una diversa visione dell'ideologia è in J. Balkin, *Ideology as constraint*, 43 «Stan. L. Rev.» (1991), 1133.

<sup>82</sup> La preoccupazione principale della visione liberale è che il potere statale non invada del tutto la sfera privata ed è dunque il diritto stesso che crea un confine. D. Kennedy, *The role of law in economic thought: essays on the fetishism of commodities*, 34 Am.U.L.Rev. (1985), 939; Id., *The stages of the decline of the Public/Private distinction* 130 «U. Pa. L. Rev.» (1982), 1349; Horwitz, *The history of public/private distinction*, *ivi*, 1432; Olsen, *The Family and the Market: a study of ideology and legal reform*, 96 «Harv. L. Rev.» (1983), 1497.

<sup>83</sup> P. Schlag (1988). *Cannibal Moves: An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction*. Stanford Law Review, 40, 929-963; e Id., *Missing Pieces: A Cognitive Approach to Law*, 67 «Tex. L. Rev.», 1195 (1989).

Da qui la torsione nichilista che sembra talvolta assumere il percorso critico in cui la delegittimazione dei ragionamenti dei giuristi potrebbe preludere ad un progressivo superamento del diritto a favore di una realtà diversa, un mondo in cui cioè diventino sempre minori le occasioni per l'esercizio di forme di coazione attraverso i meccanismi giuridici ad opera dello Stato.

Di fronte a questo stato di cose, secondo il modello dell'alienazione, è la demistificazione cioè la rivelazione delle implicazioni ideologiche del diritto che può rivelarsi cruciale perché esorta i giuristi a liberarsi del giogo della "legal necessity".

All'interno di questa fenomenologia, rimane sempre una dose di consapevolezza residua che permette di mettere in discussione la chiusura imposta dalle ideologie dominanti e conduce, in varia misura, al recupero di quella parte della realtà che rimane esclusa dal discorso giuridico. Insomma, una volta liberati dalle costruzioni, è possibile raggiungere un *unalienated self*.

Lo *storytelling* che femministe e *critical race theory* utilizzeranno in una certa fase del loro sviluppo percorre in un certo senso questo cammino<sup>84</sup>.

Per i giuristi positivi, però, più interessanti appaiono gli sviluppi di un altro percorso: quello che accetta la sfida di operare all'interno di un sistema nel quale non vi è posizione al di fuori delle ideologie.

A questo punto è anche possibile comprendere più precisamente il modo in cui l'analisi critica incontra un'altra componente del pensiero continentale a cominciare dalla linguistica strutturale di de Saussure, dello strutturalismo di Roland Barthes e Levi Strauss fino alla decostruzione di Derrida.

In particolare, due sono le chiavi di lettura che gli vengono offerte: una è la presenza di un ordine sottostante alle diverse manifestazioni della cultura (e dunque del diritto), l'altro è la riduzione di ogni sistema di pensiero e dunque anche del diritto ad una forma di linguaggio. Secondo questa visione le parole assumono il loro significato non dai loro referenti extralinguistici (dalle cose o dalle idee che cercano di esprimere), ma dalla loro relazione con altri segni che caratterizzano un dato linguaggio e dai quali si differenziano. È dunque solo all'interno di questo sistema (culturale) che è possibile attribuire un significato determinato.

Se le categorie rappresentative mediano il modo con il quale la realtà viene "costruita", queste pratiche rappresentative però lasciano anche tracce della loro contingenza, delle esclusioni e delle differenze dalle quali dipende l'asserzione della loro validità. È dunque sempre

<sup>84</sup> Sia consentito il rinvio al mio *Il colore nel diritto: costruire la soggettività ai tempi della Critical Race Theory*, in *Teorie critiche del diritto*, a cura di O. Giolo e M.G. Bernardini, Pacini, Pisa, 2017, 51 ss.

possibile “decostruire” tali categorie, nel senso di portare alla luce quanto è rimasto latente. E ciò non per invertire la gerarchia, ma per mostrare la difficoltà di stabilire una gerarchia e dunque un ordine razionale (le argomentazioni degli altri non mantengono fede ai loro presupposti di coerenza o di *legal necessity*), i cui confini non sono mai definitivamente determinati.

Qui l’argomento decostruttivo opera per riportare alla luce proprio quegli aspetti che le ricostruzioni dei *mainstreamers* hanno oscurato, per mettere in luce un *dangerous supplement* che destabilizza il ragionamento giuridico. La critica denuncia un’aporia, sottolinea insomma che una particolare costruzione non mantiene fede ai suoi presupposti, fa leva su una parola, una categoria, una distinzione che non funziona. La sua aporia consiste che in ognuna delle parti che danno vita alla distinzione riemergono come elementi subordinati o sottovalutati, i tratti o le caratteristiche che si sono escluse e fanno parte, come elementi caratterizzanti, dell’altra parte della distinzione.

Classica è la decostruzione della dicotomia pubblico/privato che riprende l’argomento della critica realista, ribadendo come il privato non possa esistere al di fuori del pubblico, anzi sia esso stesso il prodotto della regolamentazione pubblica dal quale viene costituito. Due aspetti dunque inseparabili poiché ognuno trova nell’altro la propria giustificazione. Uno schema che sarà applicato poi anche ad altre dicotomie (mercato/famiglia, patrimoniale/non-patrimoniale).

La critica si svolge allora lungo questi passaggi principali:

- la ricostruzione storica dei processi con i quali la dottrina tradizionale costruisce le sue intelaiature concettuali ed ordina interi settori del sapere giuridico per proporre e legittimare particolari visioni della realtà sociale;

- la ricerca dei momenti più significativi di emersione della crisi della razionalità e del modo in cui nella cultura giuridica moderna e contemporanea gli autori hanno risposto ad essi;

- come la presenza di una “traccia” derridiana anche nelle più accurate descrizioni consente sempre la critica, destabilizzando un testo ricorrendo ad un altro testo<sup>85</sup>;

<sup>85</sup> Un’ avvertenza è necessaria: la decostruzione non è identificabile con il relativismo linguistico, né con la completa libertà dell’interprete nella ricostruzione dei significati dei testi. La decostruzione si interessa delle opposizioni concettuali presenti nei testi che ne costituiscono le strutture fondative e descrive il processo con il quale si favorisce uno dei due poli. Ogni dicotomia crea una relazione gerarchica, in ogni antinomia due proposizioni si pongono in contrapposizione (dipendenza reciproca) fra di loro, ogni termine contiene però una traccia del suo opposto, il *dangerous supplement*, un elemento pericoloso proprio perché crea una instabilità della contrapposizione, poiché i confini non sono mai definitivamente determinati una volta per tutte, i giuristi sono assai pratici di queste dicotomie poiché molti dei loro concetti sono costruiti proprio intorno alle contrapposizioni fra pubblico e privato, forma e sostanza, interpretazione ed applicazione, diritto privato e commerciale, danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

– la critica alla contrapposizione fra visioni alternative ad opera della dottrina, recuperando quelle “soppresse” o “alternative” non allo scopo di costruire un sistema alternativo, ma di sviluppare nuove aperture interpretative per un progetto radicale.

Lungo questi percorsi si svilupperà tutta la rielaborazione della critica del realismo giuridico *fin de siècle*.

Il movimento per i diritti civili infatti aveva realizzato significative vittorie attraverso l'uso della clausola costituzionale dell'*equal protection*. Sebbene dimostratasi chiaramente insufficiente a rimuovere le condizioni di inferiorità dei gruppi subordinati, la pratica del *trashing* promossa nella prima fase della critica rischiava però – a detta di alcuni dei partecipanti all'impresa – di pregiudicare anche gli scarsi risultati ottenuti fino ad allora dalle minoranze.

Si cominciava a delineare infatti una ulteriore spaccatura all'interno del fronte dei CLS che vedeva contrapporsi gli studiosi di colore ai *leaders* bianchi del gruppo a cui veniva imputata disattenzione nei confronti dei gruppi minoritari. Un conflitto che avrebbe dato poi luogo alla nascita di una formazione autonoma: quella che si definirà la *Critical Race Theory* (CRT) e poi a cascata di altre formazioni identitarie come i *Lat(inAmerican)Crit*, che rappresentano le posizioni di altri gruppi marginalizzati.

Queste ultime ritenevano tutte necessario ricorrere ai diritti ed al potere statale per ottenere le stesse identiche condizioni di esistenza di cui godeva quello che veniva considerato il “normale” ed “astratto” cittadino e di ottenerle nello stesso identico modo in cui facevano tutti gli altri<sup>86</sup>.

In realtà, al di là dei possibili fraintendimenti che pure furono numerosi, la critica non mirava a travolgere il sistema dei diritti fondamentali, ma soltanto a mettere in guardia circa le conseguenze legate al linguaggio attraverso il quale dovevano essere filtrate tali rivendicazioni.

Proprio come ogni altra forma di linguaggio anche il linguaggio giuridico non rappresentava una semplice traduzione neutrale delle pretese dei gruppi subalterni, ma le ristrutturava secondo i valori e gli schemi che incorpora, aprendo la strada ad una progressiva assimilazione all'interno dei modelli dominanti.

Intanto la traduzione nel linguaggio dei diritti, cioè in regole particolari che richiedono una certa struttura, impone all'interprete lo stesso tipo di argomentazioni e di *closure* che veniva adottato dal pensiero classico con l'inevitabile privilegio per la fedeltà ai materiali e la correttezza del processo interpretativo che invece, nella prima fase della critica, erano stati gli oggetti principali della critica.

<sup>86</sup> Sul punto Minow, *Interpreting rights: an essay for Robert Cover*, 96 «Yale L.J.» (1987), 1860; Schneider, *The dialectics of rights*, cit., 589; Delgado, *The ethereal scholar*, cit., 301; Crenshaw, *Race, Reform*, cit., 1331.

Al tempo stesso, l'indeterminatezza che veniva riconosciuta al diritto dall'analisi critica esponeva costantemente i risultati ottenuti al rischio di essere rimessi sempre in discussione.

Da tempo, poi, nel dibattito nordamericano erano stati sviscerati i problemi posti dalla richiesta di un gruppo, con una precisa identità, di rimuovere limitazioni ed ostacoli nei confronti dell'espressione di quelle particolari caratteristiche che ne connotano appunto l'identità, di ottenere sostegno pubblico per gli interessi del gruppo e potersi contrapporre a chi – individui o gruppi – avesse cercato di sopprimere tale identità<sup>87</sup>.

In particolare, i Crits si dimostravano diffidenti rispetto a tutti i progetti di rivendicazione dei diritti fondati sull'identità. Come poi diverrà assolutamente evidente nel dibattito sulla *politics of recognition* il riconoscimento di una identità richiede sempre scelte "tragiche": intanto pone di fronte al classico dilemma della differenza ed al rischio conseguente di reificare l'identità che si vuole proteggere; e poi mette di fronte ad una altrettanto cruda alternativa poiché ad ogni inclusione segue un'esclusione.

La critica denunciava le possibili ambiguità (*dark sides*) ed i lati oscuri (*blind spots*) che può talvolta presentare la domanda di emancipazione realizzata attraverso un discorso sui diritti. Sottolineava infatti la delicata forma di mediazione fra gli interessi del gruppo dominante che vengono universalizzati e quelli del gruppo che aspira a farvi parte che i diritti sono chiamati a svolgere. E gli aspetti problematici che, come tutti i processi di inclusione, il discorso sui diritti presenta.

Intanto l'inclusione rende necessario tradurre i diritti del gruppo "minoritario" nel modello dei diritti del gruppo dominante e dunque modellare il diritto che si vuol far valere negli stessi schemi con cui questo viene fatto valere dai gruppi dominanti, con il rischio di annacquare le caratteristiche ed indurne l'assimilazione.

In secondo luogo, il progetto di individuare identità sulla cui base rivendicare diritti implica un potenziale conflitto fra queste ed altre possibili forme di identità interne al gruppo o di altri modi di essere in contrasto con il modo in tale identità viene riconosciuta<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> La critica alla decostruzione dei diritti muove dalla disattenzione manifestata per l'uso da parte dei gruppi marginali ed emarginati dei diritti.

<sup>88</sup> È il problema dell'*intersectionality* sollevato dall'intransigenza del *cultural feminism* rispetto ad altre possibili identità femminili, ma anche dei *gays* rispetto alla costruzione dell'identità maschile ad opera delle femministe o ancora dalle donne di colore rispetto all'identità della gente di colore elaborata dagli uomini di colore. Nel primo emblematico caso fu rimessa in discussione la funzione normativa di creare una identità femminile definita, la voce femminile non poteva essere valorizzata come tale e contrapposta a quella maschile, questa contrapposizione era destinata ad essere riassorbita già con l'emersione dello "essenzialismo strategico", in cui la scelta di essenzializzare particolari gruppi era chiaramente ricollegata ad una finalità puramente strategica. Uguaglianza e differenza non sono argo-

In realtà, la critica dei diritti rifletteva e rispondeva a preoccupazioni largamente simili a quelle che Marx stesso aveva potuto sollevare nei confronti dell'atomizzazione prodotta dall'affermazione dei diritti individuali già nella Critica al programma di Gotha<sup>89</sup>.

Se, però, in quello scritto, Marx focalizzava la propria attenzione sulla rottura dei legami comunitari che consegue all'affermazione egoistica dei diritti individuali nei confronti di un altro soggetto e sull'alienazione che vulnera la capacità dei singoli di trovare soluzioni alternative o di avanzare un'azione collettiva, ora il problema è costituito dalla soppressione delle differenze e dalla segmentazione presente all'interno delle categorie identitarie<sup>90</sup>.

Ma è un'ulteriore forma di alienazione a costituire un'altra preoccupazione per i Crits<sup>91</sup>. Ancora non troppo diversamente da Marx quando esortava i lavoratori a non illudersi che il riconoscimento di tutti i diritti politici e delle libertà borghesi avrebbe posto definitivamente fine al loro sfruttamento ed assicurato la loro emancipazione<sup>92</sup>, anche i Crits ritengono che finché non verranno rimossi i meccanismi giuridici che consentono ad una parte di avvantaggiarsi sull'altra, non si porrà fine alla subordinazione dei gruppi minoritari.

Seppur in disaccordo con il determinismo materialista, la teoria critica statunitense ritiene certamente valida la sua intuizione di fondo:

menti sulla natura degli esseri umani, ma questioni che derivano dal fatto che gli standards neutrali svantaggiano sistematicamente coloro che non vi rientrano. la strategia dovrebbe essere quella di "descrivere le differenze fra inclusi ed esclusi in modo da non rinforzare gli stereotipi ed elaborare accordi sulle strategie più effettive da mettere in piedi per trattare questi standards neutrali (Joan C. Williams, *Dissolving the Sameness/Difference Debate: A Post-Modern Path beyond Essentialism in Feminist and Critical Race Theory*, 1991 «Duke Law Journal», 296-323 (1991). Sul punto M.R. Marella, *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. Pelissero, A. Vercellone (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, Giappichelli, 2022, 31 ss.

<sup>89</sup> questa valutazione doveva poi saldarsi alle preoccupazioni per il carattere potenzialmente antistatalista della rivendicazione di diritti individuali.

<sup>90</sup> In un primo momento queste preoccupazioni sono riprese e discusse in Tushnet, *An Essays on rights* (1984), 62 «Tex. L. Rev.», 1363; Olsen, *Statutory rape: a feminist critique of rights analysis* (1983), 63 «Tex. L. Rev.», 387 ed in Gabel-Kennedy, *Roll over Beethoven* (1984), 36 «Stan. L. Rev.», 1.

<sup>91</sup> Kennedy Du, *A Critique*, cit., 337 che ritiene qualunque processo di alienazione incompatibile con il dialogo che si dovrebbe creare con coloro i quali guardano ai diritti come a qualcosa di concreto per modificare la propria posizione.

<sup>92</sup> «È un progresso della storia che ha mutato gli stati politici in stati sociali, in modo che... i singoli membri del popolo sono eguali nel cielo del loro mondo politico e ineguali nell'esistenza terrestre della società. ...la rivoluzione francese condusse a termine la trasformazione degli stati politici in sociali, ovvero fece delle differenze di stato della società civile delle differenze solo sociali, delle differenze della vita privata che sono senza significato nella vita politica.

Dove lo Stato politico ha raggiunto la sua vera fisionomia, l'uomo conduce una doppia vita, non solo idealmente, nella coscienza, ma nella realtà, nella vita, una vita celeste e una terrena... la separazione della società civile dallo Stato politico appare necessariamente come una separazione del cittadino politico, dalla società civile, dalla sua propria empirica realtà" Marx, *Sulla questione ebraica*, Bompiani, 2007.

l'importanza attribuita alla dimensione materiale del diritto. Se si vuole davvero modificare la società in senso più egualitario, allora è necessario intervenire sulla distribuzione del potere e delle risorse materiali nella società. Qualunque allargamento nella base dei diritti politici non riesce da sola a raggiungere risultati soddisfacenti, se non è coniugata anche alla redistribuzione del potere (economico e sociale).

La critica dei diritti può essere meglio compresa allora come un'avvertenza nell'uso dei diritti come strumento di emancipazione, per mettere in guardia nei confronti del pericolo che, in situazioni particolari, il loro uso possa legittimare o rinforzare le strutture a cui ci si contrappone, che possa produrre conseguenze imprevedute o indesiderate che ne indeboliscono l'intervento o che possa addirittura generare ulteriori fenomeni di subordinazione ed esclusione.

L'aver metabolizzato la lezione del realismo giuridico li porterà ad offrire l'esempio – al contrario dei giuristi positivi continentali – di com'è possibile riconoscere la funzione costitutiva del diritto senza dover necessariamente fermare là la propria analisi alla dimensione ideologica, cercando di scoprire i vari modi in cui il diritto – molto spesso attraverso le sue regole o la semplice interpretazione di singoli meccanismi che le costituiscono – contribuisce invece a determinare le posizioni di forza dei soggetti<sup>93</sup>.

In questa direzione muoveranno allora i Crits.

14. È qui infatti, nel corso del confronto *never ending* con l'analisi economica del diritto, che ritornano i temi dell'analisi distributiva che i realisti giuridici, Hale in testa, avevano cavalcato nel corso degli anni 20/30.

Non diversamente da altri movimenti post-realistici anche l'analisi economica cerca di rispondere alla critica giusrealistica, coniugando l'antiformalismo con la pretesa di recuperare una dimensione scientifica all'analisi giuridica. La connessione fra diritto ed economia serve a ricostruire allora una griglia razionale all'interno della quale riordinare la logica delle istituzioni giuridiche pesantemente coinvolte dalla critica giusrealista, offrendo lo strumento per il recupero dell'oggettività e possibilmente della neutralità<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Inevitabile doveva essere l'incontro con Foucault e la sua analisi del potere come elemento determinante non solo della distribuzione delle risorse, ma anche della conoscenza e dunque del modo in cui i soggetti sono "costituiti" cfr. Du. Kennedy, *The stakes of law, or Hale and Foucault!*, 15 «Legal Forum Issues» (1991) (ora anche in *Sexy dressing*, cit., 83).

<sup>94</sup> La critica alla razionalità della scienza giuridica si accompagna la fiducia nella razionalità delle altre scienze a cominciare da quelle sociali ed economiche che permette di recuperare coerenza al diritto. Nella sociologia poundiana il mercato è considerato preesistente alla regolamentazione giuridica e quest'ultima deve rispondere alle sue necessità strumentali fino alla sofisticazione attuale offerta dalla analisi economica del diritto in cui la legge dell'offerta e della domanda ri-

Il disaccordo riprende però sul se e sul come l'ordinamento debba intervenire sul mercato, si va infatti da un estremo per il quale qualunque tipo di intervento, anche sui costi transattivi, finisce per essere eccessivamente costoso ad un altro nel quale, premettendo esigenze di giustizia a quelle di efficienza, lo si ritiene giustificato finanche per operare una redistribuzione capace di ridurre le disparità di benessere prodotte dal funzionamento del mercato<sup>95</sup>.

Però questa impostazione trascura un dato essenziale: il vantaggio di cui alcuni gruppi sociali godono quando si tratta di dividere la "torta". Dove, ben inteso, non è solo il livello di ricchezza relativo degli appartenenti ad un gruppo a conferire loro un maggior potere nella spartizione, ma è soprattutto la strutturazione del mercato – realizzata attraverso il sistema giuridico – a favorire alcuni gruppi sugli altri nel processo di ripartizione di quanto, secondo alcuni, sarebbe prodotto da un aumento dell'efficienza allocativa.

Lasciato il terreno dell'efficienza allocativa della *law and economics* classica<sup>96</sup>, l'analisi critica si muove decisamente sul versante distributivo, indaga cioè sul modo in cui le regole del diritto (privato) possono determinare o modificare l'esistente distribuzione delle risorse. E, così, cerca anche di rispondere all'interrogativo sul se e quando sia possibile fare appello ad esse per realizzare una migliore giustizia sociale fra gruppi senza dover ricorrere ad un gigantesco processo di redistribuzione attraverso l'imposizione fiscale.

Ancora una volta è la combinazione dell'analisi marxista, con quella dei realisti giuridici, che consente di aprire prospettive interessanti.

Per entrambe, infatti, la distribuzione delle risorse è un elemento centrale e per entrambe il diritto gioca un ruolo rilevante. Per l'analisi marxista, però, il potere esercitato dai capitalisti sui lavoratori, attra-

flesse nella teoria del prezzo o dei processi di *free-riding* o *hold out* sono considerati fatti inerenti alle relazioni sociali alle quali il diritto può adattarsi strumentalmente (la sua autorità dipende dal fatto di evitare l'*infinite regress* implicito nell'analisi costi-benefici di giustificare quali sono caratterizzati come costi e quali sono considerati benefici) cfr. P. Schlag, *The Problem of Transaction Costs*, 62 S. «Cal. L. Rev.», 1661, 1675 (1989).

<sup>95</sup> Attacco di Dworkin a Posner Dworkin, R.M. (1980). Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, 9(2), 191-226. <http://www.jstor.org/stable/724129>; G. Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2016.

<sup>96</sup> L'immunità di alcuni dei suoi fondamenti essenziali alle critiche non è scontata. Quando è usata in modo complesso e contestuale l'analisi economica non può prescindere da quel tipo di valutazioni soggettive che cerca di evitare (la definizione degli "starting points", *offer/asking* problema, effetti sui terzi, asimmetria informativa, equilibrio instabile, path dependency e una serie complessa di problemi cognitivi fra i quali la bounded rationality): la neutralità del calcolo efficientistico si dissolve. E la proposta di lasciare la distribuzione alla legge e l'efficienza ai giudici non è istituzionalmente, né analiticamente coerente. Du. Kennedy, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 «Stan. L. Rev.», 387 (1981).

verso il diritto, costringe questi ultimi ad accettare condizioni giugulatorie in cambio di lavoro, conducendo ad una sistematica disuguaglianza economica. Per i secondi invece, con qualche modifica rispetto alla visione marxiana, la coazione può essere bilaterale.

Sono le regole giuridiche approvate, volta per volta, dal legislatore o dai giudici a determinare i risultati della singola contrattazione.

Proprio per questi motivi il diritto del lavoro ad esempio si è sempre preoccupato del modo in cui gli organismi che rappresentano il capitale ed il lavoro devono essere organizzati e dei limiti che è necessario porre alla loro azione, regolando i comportamenti ed i mezzi che è legittimo utilizzare nei rapporti di cooperazione e conflitto che intercorrono fra di loro.

L'analisi critica si preoccupa così dei meccanismi istituzionali che rappresentano l'intelaiatura all'interno della quale sono condotte le relazioni economiche e sociali fra i diversi gruppi e dai quali dipende la posizione di forza degli appartenenti.

Le regole che compongono tali meccanismi, pur in costante divenire, diventano una posta in gioco nel conflitto<sup>97</sup>. Attraverso la definizione di queste regole (*groundrules*) – ma anche di quelle che determinano le eventuali alternative nel caso in cui l'accordo non si concretizza (*background rules*) – dipende in gran parte l'esito del conflitto fra le parti (e la relativa distribuzione delle risorse che ne consegue).

C'è da sottolineare, però, come i Crits, tenendo fede al carattere indeterminato del diritto, non attribuiscono a nessuna regola o complesso di regole abbastanza forza e precisione da riuscire ad incanalare il sistema in una logica particolare (quella del capitalismo).

Pur non avendo una forza tale, queste regole non sono meno importanti perché possono assicurare la vittoria ai contendenti in una miriade di conflitti locali con una posta più limitata<sup>98</sup>.

Costituendo la base a partire dalla quale gli individui possono accordarsi e decidere di cooperare o meno, l'analisi distributiva è suscettibile di estendersi dalle relazioni economiche a tutte le relazioni di potere: nelle relazioni fra uomini e donne, fra bianchi e neri, fra citta-

<sup>97</sup> Du. Kennedy, *A Critique*, cit., 58, "The rules affect outcomes that ideological intelligentsia care about by changing the balance of power between groups, their ability to get more for themselves in their relations of conflict and cooperation" Kelman, *a Guide to Critical legal Studies* (1987), 258 Per la verità il contesto delle regole di fondo è sempre in continua evoluzione, ogni nuova situazione può indurre tattiche di contrattazione la cui legittimità può essere messa in discussione o non è chiara finché non si verifica un intervento.

<sup>98</sup> E ciò vale anche quando i costi del processo rendono assai improbabile il ricorso alle corti per la soluzione del conflitto, le *background rules* non smettono di influenzare la soluzione della controversia, condizionando pure le contrattazioni "in the shadow of law", nel cercare cioè una soluzione al di fuori del sistema giudiziale le controparti non possono ignorare quello che accadrebbe se non riuscissero a raggiungere l'accordo.

dini ed immigrati, il potere degli uni nei confronti degli altri dipende infatti dal diritto<sup>99</sup>.

Non vi è dubbio, allora, che questo genere di relazioni siano inserite in un complesso tessuto regolamentare che determina e condiziona il risultato dei loro reciproci rapporti di cooperazione e conflitto. Così, ad esempio, la misura in cui viene sanzionata e perseguita la violenza degli uomini nei confronti delle donne nelle relazioni domestiche, insieme ad una miriade di altre regole che vanno da quelle che riguardano il diritto di porre fine alla gravidanza alla protezione contro gli illeciti endofamiliari, dalle regole sul divorzio a quelle che riguardano gli assegni di mantenimento, gli alimenti e la custodia dei figli incidono direttamente sul potere contrattuale degli uomini nei confronti delle donne quando entrano nei rapporti di cooperazione o di conflitto da posizioni “sessuate”<sup>100</sup>.

Alla luce di queste considerazioni diventa possibile riconsiderare anche la semplicistica attribuzione dei risultati negativi in questo genere di rapporti alle consuetudini o a ruoli sociali consolidati. Non vi è neanche dubbio che – proprio come accade nei rapporti fra capitale e lavoro – sia la regolamentazione giuridica a “costituire” il soggetto da regolare e rendere le donne – come nell’esempio richiamato, ma ciò vale pure per tutte le altre forme di soggettività – “deboli”, costringendole ad accettare uno *status* subordinato ed una identità predeterminata<sup>101</sup>.

L’analisi critica così ha ormai perduto del tutto i caratteri di una mera *deviationist doctrine* che si limita alla decostruzione, ma si dota di strumenti tali da offrire indicazioni operative sulle conseguenze delle regole giuridiche e delle dinamiche che condizionano un loro eventuale cambiamento.

Rimaniamo, però, sempre distanti dall’aver raggiunto una formula precisa: il tipo di analisi richiede però valutazioni sempre complesse.

Per chiarire ulteriormente, siamo lontani dall’analisi economica convenzionale perché non si tratta più di valutare il grado di efficienza (in qualunque delle possibili versioni conosciute) delle diverse regole e

<sup>99</sup> Du. Kennedy, *Sexy dressing etc. Essays on the power and politics of cultural identity*, 1993, 83.

<sup>100</sup> Nella misura in cui il discorso giuridico occultava tali elementi è possibile parlare di una funzione ideologica svolta da tale discorso (sul modo in cui è possibile parlare di ideologia nel diritto le precisazioni sono in Du. Kennedy, *A critique of adjudication*, cit.). È appunto ricollegandosi a questo filone critico che anche i *critical legal studies* si possono considerare eredi del realismo giuridico (ancora cfr. Du. Kennedy, *op. ult. cit.*; G. Peller, *The metaphysics of American law*, cit. e J. Boyle, *The politics of reason: critical legal theory and local social thought*, 133 «U. Pa. L. Rev.» (1985), 687).

<sup>101</sup> I lavoratori sono resi passivi dalle strutture giuridiche che regolano il mondo del lavoro, così la donna diventa acquiescente di fronte al regime patriarcale dalla tolleranza nei confronti della violenza nei rapporti con gli uomini.

neppure di procedere ad una valutazione quantitativa o monetaria dei costi e dei benefici prodotti dal *decision-making*. Si tratta invece una versione molto più debole, ma altrettanto complessa che richiede di comprendere l'impatto della regola giuridica sulle persone a cui è destinata e del modo in cui condizionerà le loro relazioni con gli altri. Di comprendere se la regola sarà gradita o meno, se sarà aggirata o fatta propria, se porterà – tenuto conto delle preferenze e dei desideri – a situazioni che si possono prefigurare come positive o negative<sup>102</sup>.

Una operazione complessa che richiede al giurista di saper disaggregare e considerare separatamente le conseguenze delle regole in termini di preferenze. Una regola che conferma un'amara verità, spesso sottovalutata o nascosta, cioè gli ulteriori fenomeni di esclusione e subordinazione che l'applicazione di regole, anche quando sembrano emancipatorie, può comportare.

La strada è aperta alla critica della *politics of recognition* quando assume come punto di riferimento identità uniformanti e conduce "*beyond identity*" verso l'analisi intersezionale<sup>103</sup>.

15. Quest'ultimo dibattito, com'è noto, muoveva dalla serrata critica all'astrazione del soggetto e delle categorie (giuridiche), condotta dal femminismo che considerava questa operazione responsabile di aver reso la donna invisibile e di aver così aperto la strada alla sua oppressione.

Tutte le ricostruzioni che si fondavano su questi presupposti venivano messe in discussione e così anche tutte le categorie associate con il lato maschile del binarismo moderno uomo/donna.

L'esigenza era quella di correggere questa neutralità, riportando alla luce le differenze che connotano le singole forme di vita a partire dalla differenza declinata come differenza di genere (ma radicata per alcune pensatrici nella differenza sessuale). In ogni caso, il soggetto che veniva contrapposto al soggetto astratto dalla prima e seconda ondata di studi femministi tendeva però ad assumere, a sua volta, un carattere universale ed omogeneo destinato per questo ad essere messo

<sup>102</sup> In questo senso l'attenzione viene riposta non sui risultati della singola controversia, ma sulle conseguenze che la scelta della regola e di una sua determinata interpretazione ma anche il modo di ricostruire certi elementi della fattispecie (che cosa può essere considerato danno), operata dai giudici o proposta dagli interpreti nella singola controversia, potrà avere sugli interessi dei gruppi in conflitto fra di loro. Per un tentativo di applicazione M. R. Marella, G. Marini, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, in «Riv. crit. dir. priv.», n. 1/1999, 3 ss.

<sup>103</sup> Sul punto i fondamentali lavori di K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality: Identity, politics and Violence Against Women of Color*, 43 «Stan. L. Rev.», 1241 (1991); Ead., *On intersectionality: essential writings*, Print Book, English, 2017. Ora, volendo ulteriori indicazioni in G. Marini, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in «Riv. crit. dir. priv.», n. 4/2021, 473 ss.; Id., *Il colore nel diritto: costruire la soggettività ai tempi della Critical Race Theory*, cit.

in discussione (dalle femministe nere) per rappresentare solo una particolare posizione (quella della donna bianca *middle-class* che si oppone all'ordine bianco). Allo stesso tempo anche il modello stereotipato di identità maschile presupposto da quegli stessi studi era destinato d'altra parte ad essere messo in discussione (dal movimento gay). Tutto questo dibattito venne riassunto e convogliato nella critica anti-identitaria del postmoderno in nome dell'anti-essenzialismo e poi successivamente ancora nella teoria *queer*<sup>104</sup>.

In quanto prodotto di una costruzione sociale, le categorie identitarie e tutte le ricostruzioni che facevano leva su di esse erano così divenute sospette: producevano una demarcazione e la demarcazione produceva una esclusione e l'esclusione produceva a sua volta ineguaglianza. Una volta abbandonato il soggetto astratto, tutte le differenze potevano apparire forme di ineguaglianza, prodotte dalla differente distribuzione del potere.

La difficoltà anzi l'impossibilità per la regolamentazione giuridica di adeguarsi all'infinita pluralità delle forme di vita ha ingenerato anche la consapevolezza che questo stato di cose non può essere modificato attraverso la promozione di nuove forme di soggettività: ogni categorizzazione finisce infatti per produrre a sua volta un'esclusione e si rivela pertanto inadeguata.

Questo genere di studi hanno così continuato ad analizzare le molteplici forme di esclusione realizzate attraverso il diritto. A differenza di quanto accaduto talvolta con il postmoderno, queste analisi non si sono però lasciate andare ad una sterile celebrazione della contingenza e della complessità, ma, al contrario hanno cercato di individuare il modo in cui il diritto contribuisce alla costruzione delle categorie e delle strutture che mediano e producono asimmetrie di potere, evitando al contempo di reificarle e cercando gli strumenti adatti ad evitare il riprodursi di divisioni e gerarchie o correggerne gli effetti.

Questo genere di critiche va, allora, ben al di là di una generica decostruzione di tutti i prodotti che si proclamano razionali. Al contrario, queste operazioni mirano a sviluppare tutte le risorse intellettuali e tutti gli strumenti giuridici disponibili per correggere quelle asimmetrie allo scopo di riaffermare la presenza degli esclusi nella sfera pubblica e di assicurarli la pienezza delle loro esistenze individuali.

16. La critica non doveva però limitarsi a mettere in discussione l'omogeneità delle categorie giuridiche in funzione anti-identitaria, ma era anche il segno anzi di una più profonda crisi destinata a propagarsi e a minare l'intero edificio del pensiero occidentale, toccando fi-

<sup>104</sup> Sul punto M.R. Marella, *Queer eye for a straight guy. Sulle possibilità di una analisi giuridica queer*, in *Teorie critiche del diritto* a cura di O. Giolo e M.G. Bernardini, Pisa, 2017, 249.

losofia, storia, linguaggio e tutte le diverse forme di sapere. Una crisi che doveva prendere il nome di postmoderno.

Della teoria postmoderna – nata nell'architettura e poi importata per esigenze diverse da altri saperi – si appropriano inizialmente alcuni giuristi critici per sostenere la critica interna di stampo giusrealista contro la *legal necessity*, cioè a quel modo di descrivere e confezionare regole giuridiche come il prodotto necessitato di una miscela di deduzione, ordine sistematico coerente e bilanciamento degli interessi in gioco, ben consolidato nel mainstream.

Successivamente, il postmoderno diventa invece uno strumento teorico che viene riproposto in quel conflitto interno alla critica di cui abbiamo già fatto cenno. L'instabilità delle rappresentazioni viene giocata allora contro tutti coloro che ritenevano che il diritto potesse consistere in qualcosa di così determinato da poter condurre necessariamente verso certi risultati specifici come lo sfruttamento economico, il dominio del patriarcato o la discriminazione razziale.

Teorie tutte che, mimando la teoria marxista del dominio di classe e rimpiazzando il modo di produzione con la sessualità o la razza, ne riproducevano il funzionalismo senza spiegare però i modi in cui il diritto operava per realizzare o stabilizzare questa subordinazione funzionale<sup>105</sup>.

Le contraddizioni si riproducono infatti anche all'interno di ogni singola "ricostruzione" sistematica contrapposta e riguardano non solo questa ma anche le ideologie, gli stili argomentativi contrapposti e tutto quanto fa parte dell'apparato intellettuale che i giuristi utilizzano nelle loro costruzioni in modo da creare un intreccio difficilmente razionalizzabile. Né l'economia, né le policies, né le altre pratiche sociali a cui può farsi ricorso sono provviste di una coerenza logica interna più soddisfacente.

La critica dell'universalismo, delle verità trascendenti e dell'oggettività veniva trasposta alle rappresentazioni del diritto e fondata sulla logica "self-defeating" del concetto stesso di rappresentazione<sup>106</sup>.

Ogni descrizione della struttura rappresentativa all'interno della quale il significato è generato è semplicemente una rappresentazione della struttura secondo il linguaggio dell'interprete. La descrizione stessa ha dunque significato solo in termini di un'altra struttura, poiché è essa stessa situata all'interno di una pratica rappresentativa e

<sup>105</sup> Mackinnon mima la teoria marxista del dominio di classe, rimpiazzando il modo di produzione con la sessualità come forza trainante. La struttura binaria è artificialmente costruita per realizzare il dominio ed il diritto serve questa finalità (C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 «Signs», 635, 635-40 (1983) ed Id., *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).

<sup>106</sup> Il postmoderno sviluppa la consapevolezza che non è più possibile mantenere in piedi i presupposti della modernità: la fiducia cioè nella ragione e nella razionalità e nell'ordine, nella stabilità e nella continuità delle rappresentazioni.

non vi è alcun possibile centro di orientamento che sia in grado di arrivare a stabilizzare definitivamente la struttura.

Questo non significa però che sia possibile arrivare a qualunque conclusione. Le varie ricostruzioni ci ricordano come il diritto sia, al suo interno, altamente strutturato. Ed è proprio per questo che il diritto riesce ad essere costitutivo della società. Dunque il gioco, cioè la possibilità di arrivare a conclusioni diverse in presenza degli stessi materiali giuridici, può essere considerato libero soltanto all'interno di una struttura. Nel contesto semiotico, si può parlare di indeterminazione solo a patto di intenderla 'strutturata', cioè ricondotta ai vincoli formali che la grammatica (quella giuridica ovviamente) impone.

È a questo punto allora che si può anche rivalutare l'ansia post-strutturalista e rimetterla in gioco per assicurarci che questa lingua, questa struttura non coglie un dato universale, rimane sempre e soltanto un semplice linguaggio: un simulacro, una immagine, uno stile.

È questo complesso che determina come i giuristi, in determinati momenti storici, possono muoversi, determina cioè le loro condizioni di possibilità, il modo in cui possono condurre la conversazione.

Questa impostazione, allora, spiega anche assai bene la questione della contraddizione fondamentale che aveva animato tutta la fase iniziale del dibattito all'interno dei Crits e la sua riconsiderazione. La contraddizione a cui si allude è quella fra individualismo ed altruismo che sarebbe presente all'interno delle regole giuridiche, impedendogli di raggiungere la chiusura e la coerenza interna.

Questa contraddizione non era necessariamente il riflesso di una tensione irrisolvibile intrinseca alla natura umana stessa o al sistema liberale<sup>107</sup>, di un conflitto presente in una realtà che pretendeva di riflettere "oggettivamente" e di spiegare, ma poteva essere localizzata ad un livello diverso, in un conflitto interno agli schemi intellettuali o agli orientamenti filosofici o culturali, utilizzati dalle *élites*, per la ricostruzione del sistema giuridico.

L'analisi dei Crits cerca proprio di riportare alla luce il rapporto, l'inevitabile tensione fra soggetti e strutture, come ad esempio il fondamento esistenziale della contrapposizione fondamentale di Duncan Kennedy, senza la pretesa però di aver individuato la struttura "reale" in grado di determinare univocamente il significato<sup>108</sup>. La struttura insomma è uno stile, una immagine, un prodotto culturale a sua volta.

<sup>107</sup> Frutto cioè di una "reale" tensione fra l'individuo e gli altri, le relazioni con gli altri costituiscono la base della libertà individuale, ma anche la sua principale minaccia, e nel secondo della riduzione all'individuo separato.

<sup>108</sup> Sempre alla fine degli anni ottanta il pensiero critico si occupa della costruzione sociale del soggetto, principalmente dell'interprete e delle sue conseguenze per la teoria del diritto. Sul punto Schlag, *Fish v. Zapp, The Case Of The Relatively Autonomous Self*, 76 «Geo. L.J.» (1987), 679; Schlag, *«Le Horse de texte, c'est moi»: The politics of form and the domestication of deconstruction*, 11 «Cardozo L. Rev.» (1990), 1631; Schlag, *Normative and Nowhere to go* 43 «Stan. L. Rev.» (1990),

Non poteva essere più netta la distanza che separa questi sviluppi dalla neutralità tecnica del *social engineering* e del funzionalismo. Una prospettiva che metteva l'interprete, in quanto osservatore scientifico distaccato, in condizione di studiare i fatti in modo del tutto indipendente dallo stesso apparato intellettuale di cui serviva per farlo.

La critica problematizza invece la posizione dell'interprete, mette in discussione l'idea che l'interprete possa in qualche modo tirarsi fuori dalle sue stesse costruzioni, che l'interprete possa esistere "out there", fuori dal testo, cioè indipendentemente dalle pratiche rappresentative che lo riguardano e dalle strutture interpretative dalle quali è costruito<sup>109</sup>.

Sono proprio queste che limitano il campo in cui si situano le varie condizioni di possibilità degli interpreti e determinano i risultati che è possibile raggiungere<sup>110</sup>.

In tale prospettiva diventano centrali la *legal consciousness* o *belief systems*, le strutture di pensiero che orientano in modo implicito ed esplicito il modo di pensare degli interpreti.

È questo complesso che determina come i giuristi, in determinati momenti storici, possono muoversi, il modo in cui possono condurre la conversazione, con effetti su ciò che è deducibile nel discorso oppure deve rimanerne fuori.

167; Winter, *Bull Durham and the uses of theory*, 42 «Stan. L. Rev.», 639 (1990), Winter, *Indeterminacy and incommensurability in Constitutional Law*, «Cal. L. Rev.» (1991).

<sup>109</sup> In questo modo il soggetto stesso appare come qualcosa di estraneo al potere sociale, la posizione nella quale si trova l'interprete non viene mai problematizzata. La reificazione, che nella prospettiva marxista caratterizza il processo economico, sembra estendersi a macchia d'olio e coinvolgere tutti i processi attraverso i quali la realtà sociale viene percepita come qualcosa di oggettivo che preesiste all'osservazione e che deve soltanto venire descritta. Nella prospettiva critica la realtà sociale è considerata come il prodotto di una dialettica fra strutture sociali ed azione e pensiero individuali, questi ultimi sono prodotti dalle prime, le quali a loro volta sono prodotte precedentemente dai secondi. Sul punto Heller, *Structuralism and critique* 36 «Stan. L. Rev.» (1984), 127, Boyle, *The politics of reason. Critical legal theory and local social thought*, 133 «U. Pa. L. Rev.» (1985), 685; Peller, *The metaphysics of American law*, 73 «Cal. L. Rev.» 1152 (1985).

<sup>110</sup> Sarebbe superficiale, allora, identificare la critica indotta dal postmodernismo con l'infinita apertura delle ricostruzioni e l'impossibilità di ogni fondamento. O meglio allora da esso deve essere distinta la prospettiva strutturale/poststrutturale da cui vengono evidenziati invece i limiti di ciò che è possibile dire. È questo il significato, spesso frainteso, di "morte dell'autore" e di altre espressioni foucaultiane come "non siamo noi che parliamo un linguaggio, ma è il linguaggio che ci parla". Al suo interno le posizioni si diversificano circa la possibilità di identificare accuratamente queste strutture, di definire i confini fra profondità e superficie, di collocare la posizione di chi fa l'analisi dentro o fuori della struttura, di decidere se il carattere di questa struttura sia trascendente o meno, ma si conviene sul punto che le costruzioni intellettuali attraverso le quali esaminiamo i fatti sono plastiche, ma largamente strutturate. Sul punto ci sia permesso, G. Marini, *Ripensare le dicotomie, al di là di pubblico e privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3/2024, p. 345 ss.

Ciò ribadisce che il diritto non è riducibile a semplice politica, non è assolutamente discrezionale, né è già solo tutto lì nei testi. Significa invece ricostruire le componenti della legal consciousness, andare alla ricerca della loro genealogia, del luogo da dove vengono, come e da chi sono stati selezionati, quali erano i conflitti che hanno accompagnato il processo di selezione, chi ha vinto e chi ha perso nel confronto.

La comparazione e lo studio della diffusione transnazionale del diritto e del pensiero giuridico diventa un terreno sul quale questo tipo di analisi avrà presa maggiore<sup>111</sup>.

Il comparatista non meno di qualunque altro giurista è “situato”, procede cioè a partire da un punto determinato sia spazialmente che temporalmente che incide sulla sua capacità di analizzare la società<sup>112 113</sup>.

Il diritto comparato dovendo elaborare un progetto intellettuale in grado di comprendere sistemi e culture diverse ha dovuto fare presto i conti con il fatto che somiglianze e differenze non possono essere considerate preesistenti all’attività interpretativa, ma dipendono invece dall’angolo visuale nel quale l’interprete si colloca per guardare ai diversi sistemi<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> Du. Kennedy, *Three globalizations*, cit.; Id., *Proportionality and ‘Deference’ in Contemporary Constitutional Thought*, in *The Transformation or Reconstitution of Europe, The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union* (T. Perišin and S. Rodin eds.), (Hart, 2018). Lo studio delle tradizioni giuridiche e delle modalità attraverso le quali vengono costruite fa parte di questa tendenza (cfr. G. Marini, *Diritto e Politica. La Costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, in «Polemos», 2010, 31).

<sup>112</sup> Impostazione che ha lasciato trasparire lo spettro della assoluta incompatibilità da una parte o dall’impossibilità di superare le distinzioni (cfr. P. Legrand, *European systems are not converging*, 45 «Int. Comp. L. Q.» (1996), 52, riprendendo l’idea della dipendenza del diritto dalle condizioni locali o dal Volkgeist e dunque particolare ad ogni nazione si contrappone all’universalismo, scoperta di principi comuni a tutti i sistemi giuridici “civilizzati”). La presenza di strutture cognitive assolutamente differenti infatti rende qualunque progetto di trapianto o di armonizzazione assolutamente insensato, la somiglianza non produce sempre gli stessi risultati.

<sup>113</sup> Un modello che conduce alla creazione dell’“altro”: l’altro è caratterizzato come qualcosa che si contrappone al soggetto che opera l’analisi del quale non condivide i tratti essenziali e dal quale è considerato del tutto indipendente Peters-Schwenke, *Comparative law beyond post-modernism*, 49 «Int. Comp. L.Q.», 800 (2000). La priorità dell’uno rispetto all’altro è però una costruzione interpretativa arbitraria che può essere ribaltata semplicemente assumendo la prospettiva dell’altro.

<sup>114</sup> Anche il diritto comparato trova nella tradizione antiformalistica le sue radici. Nella sua fase formativa i comparatisti riprendono la tradizione della *Zweckjurisprudenz* o della *Interessenjurisprudenz* il cui punto di partenza è “lo scopo sociale delle norme ed il servizio dei concetti a questo scopo”. Abbandonata l’impostazione classica fondata sulla descrizione sinottica di norme e delle istituzioni, la loro attenzione si sposta sul contesto sociale in cui norme ed istituzioni vivono. La ricerca ed individuazione degli equivalenti funzionali dei vari istituti nei

La comparazione può diventare, consciamente o inconsciamente, un progetto egemonico proprio attraverso l'assimilazione di culture diverse ("normalizzazione") o la loro esclusione ("esoticizzazione")<sup>115</sup>.

Non vi è infatti alcuno spazio al di là delle forme, non vi è alcuna forma di pensiero che può emanciparsi definitivamente dai legami nei quali è avvolta.

La sfida e l'ulteriore stadio della critica con il quale ci si comincia a confrontare alla fine degli anni novanta è di accettare l'inevitabilità di questo dato senza farsene travolgere.

17. È l'incontro con Foucault ad esercitare una grande influenza. E non certo per l'idea che Foucault aveva del diritto, legata com'era ad una visione sanzionatoria e repressiva della norma tipica del diritto penale. È invece l'accurata analisi dei meccanismi di produzione e riproduzione dei rapporti di potere, fra i quali il diritto, che attira l'attenzione dei Crits. E questo per due ragioni.

Intanto Foucault enfatizzava il carattere pervasivo del potere nella società. A differenza delle teorie moderne, l'indagine foucaultiana valorizza la natura plurale della stessa modernità, una epoca in cui non c'è più stato un unico centro di potere, né soggetti che lo detengono, ma vi è una pluralità di centri, più contatti circolari e collegamenti, più siti in cui la persistenza del potere ha avuto presa. L'analisi foucaultiana, così, rifiutava il carattere unilaterale ed unidirezionale del potere per affermare invece che il potere è ovunque nella società, che non ha un preciso centro di irradiazione e che la sua natura è instabile. Ciò significa che se è sempre soggetto ad essere messo in discussione attraverso la resistenza, è però anche sempre pronto a riprodursi all'interno delle relazioni individuali.

differenti sistemi conduce gli interpreti a chiedersi prevalentemente quale sia la funzione a cui un istituto giuridico o una norma risponde in una determinata società e se questa funzione possa essere assolta attraverso altri istituti e tecniche giuridiche, da quale dei diversi istituti è assolta meglio oppure sarebbero preferibili soluzioni differenti. Per tutti Rheinstein, *Teaching comparative law*, 5 «U. Chi. L. Rev.», 615 (1938) e Zweigert-Koetz, 31. Sui vari approcci Riles, *Wigmore's treasure box: Comparative law in the era of information*, 40 «Harv. Int'l L.J.» (1999), 221.

<sup>115</sup> Il problema fondamentale delle strutture conoscitive ed epistemologiche del diritto comparato è in Frankenberg, *Critical comparisons: Re-thinking Comparative Law*, 26 «Harv. Int'l. L.J.» (1985), 411 ed ancora Id. *Stranger than paradise: identity & politics in Comparative law*, 1997 «Utah L. Rev.», 545 dove vengono sottolineate le qualità "strategiche" dei progetti di armonizzazione, sul punto anche Da.Kennedy, *New Approaches to Comparative law omparativism and International governance*, ivi, 545 e Grosswald Curran, *Cultural immersion, difference and categories*, in U.S. Comparative law, 46 «Am. J. Comp. l.» (1998), 43; Grosswald-Wellman, *Dealing in difference: comparative law's potential for broadening legal perspectives*, 46 Am.J.Comp.Law (1998), 657. In prospettiva storica, T. Giaro, 'Comparamus!'. *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2001, 539 ss.

Questo carattere pervasivo, bilaterale, circostanziale ed indeterminato del potere si dimostrava peraltro assolutamente in linea con l'analisi distributiva dei realisti. Ed anche con l'idea che, se contro questo potere in quanto non ha più alcun centro di irradiazione, è sempre possibile opporsi attraverso una forma di resistenza di carattere locale, non si ha mai però la certezza di avere successo. Non si ha mai infatti alcuna sicurezza che il cambiamento nella distribuzione del potere possa consolidarsi in maniera permanente a favore di quei soggetti che – per ragioni materiali, culturali o giuridiche – si trovano in condizione di subordinazione.

Per Foucault, in secondo luogo, nella società disciplinare, le tradizionali forme di potere giuridico-politico sono state soppiantate o meglio si sono intessute con altre forme tecniche che mirano alla sorveglianza, alla classificazione ed al controllo. Queste forme di potere non sono negative, né unidirezionali; non reprimono ma, al contrario, sono positive, operano attraverso tutta una serie di tecnologie e strumenti culturali per orientare le esistenze individuali, producono cioè forme di soggettività.

Prima ancora di Foucault, Gramsci non riteneva infatti che il dominio potesse essere assicurato attraverso forme semplici di coercizione, riteneva invece che avesse bisogno di forme più complesse, fra le quali gioca un ruolo cruciale proprio la condivisione di una comune visione del mondo, in cui si formano tutte le espressioni “molecolari” e collettive di vita<sup>116</sup>. La sua modernità è data dal fatto che, anticipando alcuni dei temi della governamentalità di Foucault, Gramsci insiste su un modello di potere di carattere non repressivo, ma produttivo, un modello di potere che, agendo sulle forme della conoscenza, crea relazioni fra esseri umani e verità, produce cioè soggettività e forme di vita.

L'ideologia si materializza dunque in una serie di istituzioni e di pratiche che assicurano il consenso e l'egemonia. Un'egemonia però non è mai totale e assoluta, all'interno di ogni complesso di rappresentazioni ci possono essere infatti sempre elementi che possono emergere tali da minacciare continuamente di rompere l'equilibrio raggiunto.

Gramsci attribuiva un grande valore all'autonomia dell'ideologico, considerandolo un importante terreno di conflitto per esercitare una contro-egemonia.

Il pensiero di Gramsci ed il concetto di egemonia sono stati posti recentemente al centro del dibattito globale sul postcoloniale<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> la contrapposizione fra forza ed egemonia verrà ripresa, fra gli altri, da Althusser nel binomio “*repressive state apparatus*” e “*ideological state apparatus*”.

<sup>117</sup> Gramsci ha certamente influenzato tutti i cultural studies, offrendo attraverso l'egemonia un modo per mediare gli eccessi a cui l'unilateralismo dell'impostazione culturale classica e di quella strutturale avevano dato luogo (fra i moltis-

Gramsci ha costituito infatti un invito a pensare o ripensare i presupposti della esperienza coloniale. In questa prospettiva la teoria ha suggerito diversi percorsi di analisi, a partire dalla considerazione della colonizzazione stessa come esperienza planetaria, realizzata anche attraverso la universalizzazione delle rappresentazioni, monopolio delle vecchie potenze coloniali. La visione ideologica dei colonizzati da parte dei colonizzatori si è infatti diffusa e trasformata in uno strumento per realizzare il dominio sulle società non europee, vulnerando tutte le istanze di rappresentazione mosse dai “subalterni”.

L'analisi si è preoccupata allora del modo in cui funziona il potere di definizione e di rappresentazione dei vincitori e di trovare il modo adatto in cui i “subalterni” possano prendere parte alla discussione<sup>118</sup>.

In questa prospettiva non bisogna trascurare l'esistenza di relazioni assai complesse di gerarchia, dominio ed egemonia che, in un quadro transnazionale, viene necessariamente a crearsi fra le diverse tradizioni: i giuristi che appartengono ad una tradizione possono esercitare sugli altri varie forme di influenza sugli altri attraverso meccanismi che vanno dall'“imposizione” attraverso la forza, all'imitazione sulla base del semplice prestigio, alla negoziazione concordata.

Questa dimensione gerarchica però è tale da rendere il più delle volte assai difficile la diffusione e la circolazione di modelli, concetti ed idee giuridiche che si sono sviluppate in luoghi “periferici”. La loro importanza e spendibilità, in un dato momento storico, dipende dal prestigio di cui godono i loro luoghi di origine. In questo quadro, infatti, non solo risulta estremamente difficile difendere e diffondere questi modelli, concetti ed idee al di fuori dei confini nazionali, ma altrettanto difficile risulta anche difenderli all'interno nei confronti della globalizzazione di modelli, concetti ed idee egemoniche<sup>119</sup>.

Naturalmente è sempre possibile che modelli, concetti ed idee egemoniche possono essere ristrutturati e riformulati in modo tale da esprimere valori ed interessi (politici) molto differenti da quelli originali. Ed in molti casi le “periferie” (consapevolmente o meno) hanno utilizzato proprio i prodotti del “centro” per questi scopi, stabilendo con essi una complessa relazione di trasformazione, riciclo e persino

simi S. Hall, *Cultural studies: two paradigms*, in *Culture, Ideology and Social Process*, London, 1981 e C. Mouffe, *Hegemony and Ideology in Gramsci*, *ivi*, 219) e con essi anche il dibattito sul postcoloniale.

<sup>118</sup> Questa operazione deve però tenere presente che se l'Europa è il soggetto che ha prodotto questa situazione è anche lo stesso soggetto che offre gli strumenti per contrastarla (è qui che l'analisi postcoloniale si distacca dal pensiero “decoloniale”). Sulle difficoltà insite al processo di destabilizzazione del paradigma culturale, muovendosi al suo interno e ricorrendo ai suoi stessi strumenti concettuali, “provincializzando l'Europa” cfr. D. Chakrabarty, *Provincializing Europe*, PUP, 2007.

<sup>119</sup> Cfr. G. Marini, *The politics of space*, cit.

“cannibalizzazione”; ma è anche sicuro che certi prodotti difficilmente riescono ad essere rimodellati per esprimere o rappresentare valori e posizioni differenti.

Per il comparatista e non solo, diventa allora essenziale andare alla ricerca delle varie componenti che caratterizzano la *legal consciousness*, della loro genesi, del luogo da dove vengono, come e da chi sono stati selezionati, del modo in cui sono stati assemblati, quali erano i conflitti che hanno accompagnato il processo di diffusione.

18. A questo punto può apparire davvero evidente la distanza che separa l'uso alternativo del diritto dai Critical Legal Studies.

Certamente entrambi possono collocarsi nella genealogia dall'antiformalismo e, come tali, essere considerati come ulteriori episodi nella diffusione transnazionale del pensiero sociale. Di questo, certamente, entrambi rappresentano una versione assai più “conflittuale”.

Diverso, però, il modo in cui l'antiformalismo del sociale viene giocato: poiché mentre i Critical Legal Studies ne accentuano la dimensione critica, l'uso alternativo apre la strada ad una versione scientifica in cui finisce per prevalere la dimensione “ricostruttiva”.

Sarà proprio questa diversa versione nella quale, in modo del tutto originale, alcuni classici temi di Marx e del marxismo sono stati adattati alla sfida che la critica realista aveva posto alla coerenza e razionalità del sistema giuridico e delle sue costruzioni logiche, a renderla ancor oggi attuale.

L'assemblaggio di queste diverse componenti doveva, infatti, permettere ai critici di immunizzare il pensiero critico dalle conseguenze più vistose della c.d. crisi del diritto che si è verificata (su scala globale) a cominciare dal dopoguerra.

Dalla nostra parte dell'Oceano, però, i *critical legal studies* sono quasi sempre apparsi *partners* assai poco interessanti. E così, per tutti coloro che, lavorando nella tradizione continentale, avevano bisogno di accordare abbastanza coerenza interna al diritto per criticarlo (nella sua globalità) prima e metterlo poi in grado di realizzare – temporaneamente o meno – un progetto di trasformazione.

La critica ha, infatti, preso una direzione diversa, collocandosi in posizione che potremmo definire appunto “globale” o “esterna”.

La teoria marxista, sin dall'inizio, si è preoccupata di dimostrare la coerenza delle costruzioni (proprietà e contratto) sulle quali si basa il sistema giuridico. Solo così, infatti, sarebbe stato possibile al diritto rispecchiare le relazioni di produzione capitalistica con tutti gli effetti negativi che genera nella società; cosa che rappresenta poi anche la ragione principale per cui viene delegittimato dalla critica<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> Fra i molti P. Barcellona, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, 1995.

Questa forma di critica, dunque, condivide con i suoi avversari la fiducia nella coerenza interna del sistema giuridico, che non viene scossa, e proprio per questo può essere definita “esterna” in contrapposizione a quella giusrealistica<sup>121</sup>.

Anche da noi, la tradizione antiformalista ha costituito la base di una rilettura critica del diritto<sup>122</sup>. Proprio come il realismo giuridico<sup>123</sup>, l'uso alternativo sottolineava inizialmente come l'ordinamento giuridico fosse caratterizzato da lacune ed aporie, percorso da contraddizioni interne, frutto della polisemia e dell'ambiguità delle norme<sup>124</sup>. L'uso alternativo metteva in luce poi la presenza di principi antagonisti che riflettevano la centralità che andavano guadagnando i “nuovi” valori attraverso la Costituzione, di cui la legislazione speciale aveva contribuito ad accreditare la presenza all'interno del sistema<sup>125</sup> sia pure in posizione talvolta riconosciuta come minoritaria<sup>126</sup>.

L'ortodossia non offriva risposte soddisfacenti per il progetto che l'uso alternativo cercava di rappresentare, non disponeva di strumenti sufficientemente articolati da generare, in modo relativamente determinato risposte soddisfacenti a questioni controverse di giustizia sociale.

Era dunque giocoforza guardare all'armamentario offerto dagli antiformalisti. In definitiva la loro aspirazione realistica riportava alla

<sup>121</sup> La contrapposizione fra una critica “interna” ed una “esterna” è in Kennedy Du., *A Critique of Adjudication*, cit., 92.

<sup>122</sup> Nel diritto privato, ma non solo lì, si muovevano da tempo personalità la cui opposizione agli eccessi del formalismo li portava ad essere caratterizzati come studiosi “atipici” rispetto alle tendenze dominanti. Ciò che li teneva uniti era una comune sensibilità, caratterizzata dal rifiuto per le astrazioni, piuttosto che un comune approccio metodologico. Concordavano tutti, però, sulla fragilità dei discorsi dei giuristi fondati su categorie troppo generali idonee ed astratte. E sulla necessità di interrogarsi sui reali rapporti fra storia e diritto (cfr. stesso R. Orestano, *Verso l'unità della conoscenza giuridica*, in «Riv. trim. dir. pub.», 1984, 647 e ss.; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981) tra dottrina e giurisprudenza (ancora cfr. G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, 1941), tra sistematica giuridica e politica (cfr. R. Nicolò, *Codice civile*, in «Enc. dir.», VII, Milano, 1960, 246; Id., *Diritto civile*, in «Enc. dir.», XII, Milano, 1964, 71).

<sup>123</sup> Un contributo rappresentato da Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962. R. Guastini, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento*, in «Mat. st. cult. giur.», 1976, 511.

<sup>124</sup> Il riferimento è a AA.VV., *L'uso alternativo del diritto: I. Scienza giuridica e analisi marxista, Ortodossia giuridica e pratica politica* (a cura di P. Barcellona), Bari, Laterza, 1973.

<sup>125</sup> In tale prospettiva l'individuo non si presenta in modo isolato, ma domanda di realizzarsi proprio nella società, proprio nelle relazioni con gli altri e dunque il diritto non può che mediare necessariamente fra i due mondi, portando alla ribalta insieme alla libertà individuale altri valori fra i quali la solidarietà. “La concezione “obiettivistica” e quella subiettivista” non sono semplicemente “due punti di vista” del medesimo fenomeno, a seconda che ad esso si guardi dall'angolo visuale della norma obiettiva o della volontà dei soggetti, ma due sistemi compiuti in se stessi e reciprocamente esclusivi in cui si esprimono diverse e contrastanti concezioni dell'individuo e più in generale del diritto privato: ancor più diremmo noi, di tutto ciò che assumiamo per diritto, nel suo insieme”.

luce la complessità del dato normativo di cui è necessario recuperare tutto l'insieme e la storicizzazione delle categorie giuridiche, spostando l'attenzione sulla questione degli interessi in gioco e sulla loro individuazione come momento ineliminabile dell'indagine giuridica<sup>127</sup>. L'enfasi posta sulle clausole generali e sulle "nozioni a contenuto variabile" di cui l'antiformalismo si era servito nel tentativo di adeguare il diritto alla realtà economico-sociale, facilitava ora il collegamento fra diritto privato e valori costituzionali.

Proprio su questa base, il giurista antiformalista aveva tentato di accreditarsi come "interprete" della società ed autore del suo mutamento, costituendosi cioè come élite alternativa alla politica.

L'antiformalismo doveva incontrarsi con la tradizione marxista nell'uso alternativo del diritto. La scomposizione della "realtà sociale" in "classi sociali", la sostituzione dell'"evoluzione" con il "conflitto", la denuncia della "falsità" della neutralità e la scoperta della dimensione ideologica del diritto sono tutti elementi che concorrono a trasformare l'antiformalismo in un'esigenza di rottura il cui obiettivo era rappresentato dalla possibilità di una trasformazione e di realizzare una alternativa<sup>128</sup>.

A dominare è soprattutto il tema della contraddizione, intesa però nella prospettiva offerta dalla presenza di una "reale" ed "oggettiva" struttura profonda della società capitalista che si protende nell'ordinamento giuridico, e che si trova alla base di tutti i conflitti in cui una legislazione "di classe" entrava in rotta di collisione con "principi incompatibili".

La presenza di una fonte sovraordinata come la Costituzione e di un principio chiave come quello dell'eguaglianza sostanziale, formulato magistralmente dal secondo comma dell'art. 3, dovevano rappresentare il fondamento che permetteva, di fronte alla presenza di diverse possibilità interpretative, di optare per quella funzionale all'"emancipazione delle classi subalterne".

<sup>126</sup> Sarà sufficiente ricordare Solari, *Filosofia del diritto privato*. II, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940.

<sup>127</sup> Emblematica la rielaborazione degli istituti più importanti del diritto privato nel tentativo di adattarli all'attuazione dei nuovi principi operata dalla dottrina degli anni sessanta (emblematici i lavori di Rodotà). Nel campo della proprietà la "funzione sociale" aveva posto le basi per apprezzare nel merito le scelte compiute dai proprietari circa l'uso dei beni, cercando di bilanciare il perseguimento della razionalità economica con il principio di solidarietà sociale; nella responsabilità civile era l'ingiustizia del danno a portare alla ribalta tutta una serie di "nuovi" interessi ritenuti meritevoli di protezione; ed anche il contratto era profondamente rivisitato, come regolamento prodotto da una pluralità di fonti ed aperto all'integrazione ad opera dell'equità e della buona fede, permetteva di ridisegnare le posizioni dei contraenti ancora una volta secondo il principio di solidarietà sociale.

<sup>128</sup> De Giovanni, *Significato e limiti del "riformismo giuridico"*, in AA.VV., *L'uso alternativo*, cit., I, 254 e Barcellona-Cotturri, *Stato e giuristi tra crisi e riforme*, Bari, Laterza, 1974, 84.

In questo modo, l'astrattezza della norma era superata attraverso il recupero in sede interpretativa dell'effettiva dimensione del reale<sup>129</sup>. Il riferimento all'art. 3 implicava infatti di recuperare la "totalità" dell'esperienza per tenere conto del reale modo di essere dei rapporti di produzione e dell'effettiva posizione che i soggetti (contrapposti) occupavano nella realtà socio-economica. Ed è rispetto a questo obiettivo che si doveva misurare la correttezza delle costruzioni.

L'uso alternativo cercava la risposta all'indeterminatezza del linguaggio nel sistema. Il diritto privato infracostituzionale veniva riletto ed aggiornato sulla base della norma costituzionale, la quale costituiva allora al tempo stesso una base per la soluzione interpretativa delle dicotomie, ma anche il "sostegno istituzionale" al quale ancorare le decisioni e dunque offriva la sponda per un ritorno all'interno del diritto positivo, della scientificità e della coerenza dell'interpretazione. Il rinnovamento nel segno della "fedeltà alla Costituzione" era affidato alla capacità di concretizzare le soluzioni innovative in un "discorso tecnicamente corretto, utilizzando tutti gli strumenti culturali acquisiti o acquisibili dalla c.d.'scienza giuridica'"<sup>130</sup>.

Il marxismo offriva, dunque, un apparato concettuale capace di radicarsi nei processi socio-economici, restituendo al lavoro dei giuristi l'oggettività perduta<sup>131</sup>.

Nella tradizione marxista, infatti, la "scientificità" è un asse portante della critica: l'attacco alle entità reificate ed alle forme di necessità proiettate sulla natura o sulla società produce la crisi e la caduta del sistema e permettere agli intellettuali il recupero di pieni poteri sulla "realtà" in modo da comprenderla e trovare la soluzione "giusta" cioè quella in grado di raggiungere il risultato desiderato, correggendo tutti quegli errori che avevano prodotto conseguenze negative<sup>132</sup>.

Il marxismo si poteva candidare così a mettersi alla guida del processo di cambiamento, cercando il sostegno anche da parte di tutti coloro che ritenevano necessaria una pianificazione e una politica sociale, ma non credevano affatto che il diritto incorporasse un ordine determinato.

<sup>129</sup> Ma anche la base per permettere all'indagine civilistica di arricchirsi delle acquisizioni di altre discipline che mai avrebbero potuto godere di spazio nell'interpretazione di tipo tradizionale.

<sup>130</sup> P. Costa, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni settanta*, «Dem. Dir.», 2010, 241. Il merito di ogni singola categoria è giudicato dalla sua capacità di risolvere particolari problemi e si appoggia ad una sorta di *instrumental morality* dworkiniana che rifiuta la presenza di moralità confliggenti (cerca nei valori diffusi nella società una garanzia di unità e stabilità).

<sup>131</sup> Precisamente M. Barcellona, *La scienza giuridica italiana e il marxismo prima e dopo l'uso alternativo del diritto*, in «Riv. crit. dir. priv.», n. 4/2000, 715 ss.

<sup>132</sup> La perdita della fiducia nella teoria che emerge chiaramente nella prospettiva critica non significa fare a meno di essa, ma riconoscere semplicemente la sua funzione retorica e di prassi ideologica necessaria per legittimare i risultati, significa fare soltanto a meno dell'idea di aver trovato la "giusta" interpretazione.

Abbandonato il percorso della critica, sarà più tardi la comparazione a percorrere fino in fondo, in modo originale, l'altro itinerario aperto dall'antiformalismo<sup>133</sup>.

Qui, però il tema del conflitto è limitato al campo del diritto, sganciato da ogni preoccupazione di tipo sociale o materiale. Infatti, con il metodo strutturale in particolare non viene negata l'indeterminatezza del diritto, anzi – a causa della pluralità dei formanti e delle diverse forme di dissociazione che possono esistere fra di loro ed all'interno di ciascuno di essi – si produce una critica alla coerenza interna del diritto assai simile a quella realista<sup>134</sup>.

19. A differenza di quanto accadrà negli Stati Uniti, dunque, la rivalutazione del dato oggettivo conduce gran parte degli autori ad aderire alla critica della reificazione, ritenendola valida, ma applicabile soltanto al concettualismo ereditato dalla tradizione.

Non aver risolto questa tensione è ancora oggetto di dibattito.

A differenza di quanto accadrà negli Stati Uniti, l'indagine infatti si orientò sull'affermazione di Marx che “il diritto è trattamento eguale di condizioni diseguali”. Da questo presupposto si evinse che il diritto borghese in questione fosse classista proprio in quanto diritto “formale” che, trattando in modo “formalmente eguale” condizioni in-

<sup>133</sup> Anche il diritto comparato trova nella tradizione antiformalistica le sue radici. Nella sua fase formativa i comparatisti riprendono la tradizione della *Zweckjurisprudenz* o della *Interessenjurisprudenz* il cui punto di partenza è “lo scopo sociale delle norme ed il servizio dei concetti a questo scopo”. Abbandonata l'impostazione classica fondata sulla descrizione sinottica di norme e delle istituzioni, la loro attenzione si sposta sul contesto sociale in cui norme ed istituzioni vivono. La ricerca ed individuazione degli equivalenti funzionali dei vari istituti nei differenti sistemi conduce gli interpreti a chiedersi prevalentemente quale sia la funzione a cui un istituto giuridico o una norma risponde in una determinata società e se questa funzione possa essere assolta attraverso altri istituti e tecniche giuridiche, da quale dei diversi istituti è assolta meglio oppure sarebbero preferibili soluzioni differenti. Per tutti Rheinstein, *Teaching comparative law* 5 «U. Chi. L. Rev.», 615 (1938) e Zweigert-Koetz, 31. Sui vari approcci Riles, *Wigmore's treasure box: Comparative law in the era of information*, 40 «Harv. Int'l L.J.» (1999), 221.

<sup>134</sup> La presenza di diversi formanti genera una molteplicità di soluzioni. Ogni formante, a sua volta, può dar luogo ad una dissociazione interna fra la regola operativa (cioè gli elementi di fatto e di diritto necessari a produrre un determinato risultato giuridico) e una regola declamatoria che la illustra ed influisce sul modo in cui tali regole sono comprese e valutate (cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980). Vi è dunque una molteplicità di possibili soluzioni, ma anche una molteplicità di possibili giustificazioni. E queste ultime, come vedremo, si possono porre in varie relazioni rispetto alle prime, possono essere in sintonia oppure rivelarsi superflue o addirittura contraddittorie (ideologia). Come tali possono incoraggiare una “falsa coscienza” di ciò che in realtà il sistema produce (con riferimento alla sineddoche, figura retorica con la quale si evidenzia una parte per il tutto, la cui presenza consente e facilita la divaricazione fra regola operativa e declamazione cfr. P.G. Monateri, *La sineddoche*, Milano, 1984). In generale sul punto, volendo G. Marini, *L'Italian style*, cit.

dividuali diseguali, produceva la totale astrazione dai rapporti reali<sup>135</sup>.

Per Pashukanis la forma giuridica come manifestazione della forma economica determina il potere della classe capitalista sulla classe proletaria. Il linguaggio dell'astrazione giuridica "mette in forma" i propri soggetti e i propri rapporti in modo precisamente simmetrico alla produzione di merci. Attraverso il diritto "eguale" lo stato legalizza e legittima, mediante la sua forza e le sue norme, il processo di sfruttamento degli uni sugli altri allo scopo di garantire la riproduzione del capitale.

Questa visione darà vita ad una vera e propria pregiudiziale marxista sul diritto e sulla sua effettiva capacità di "rottura" con il vecchio sistema. Il diritto, infatti, in quanto prodotto dello stato borghese, appare affetto da una ineludibile parzialità che gli preclude di poter operare in chiave sociale al servizio di una efficace politica redistributiva (segnando una frattura all'interno del movimento ed il relativo allontanamento rispetto a tutti coloro che proponevano la deformalizzazione del diritto ed il suo uso alternativo ad opera dei giudici).

All'interno del dibattito, com'è noto, alcuni giuristi si erano già espressi polemicamente sull'identificazione del diritto con il diritto "borghese", che consideravano non corretta. Anche all'interno del marxismo si era sottolineata infatti l'autonomia, almeno relativa, della sovrastruttura ed il carattere dialettico di una realtà ("unità di due opposti") che si presentava conflittuale, percorsa da fratture e contraddizioni, di cui era necessario sfruttare la presenza per realizzare un programma di emancipazione attraverso i giudici e la creazione di contropoteri sociali, con esiti redistributivi immediati anche se settoriali<sup>136</sup>.

Una questione complessa che tende ciclicamente a riproporsi. Ancora oggi infatti, riflettendo retrospettivamente sulle sorti dell'uso alternativo, il suo declino viene imputato proprio all'abbandono del marxismo e della relativa visione della progressiva estinzione del diritto (e dello stato), alla mancanza di una fase capace di promuovere la socializzazione e la democratizzazione, trasferendo i processi di governo all'interno della comunità. E dunque all'incapacità di aver elaborato una possibile alternativa<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> Si vedano i contributi di U. Cerroni e R. Guastini ne *L'uso alternativo del diritto*, cit. Non si tratta della forma astratta, quella alla quale si riferisce Marx, ma alla specifica configurazione sociale che assume la forma. Come tale non è opposta al contenuto, ma lo determina (un tipo di relazione sociale materiale che si attua attraverso l'incontro di volontà e non mediante il vincolo diretto del produttore, e che dunque sviluppa la relazione di produzione come scambio (Cerroni).

<sup>136</sup> Il ceto degli intellettuali svolge una critica nei confronti delle istituzioni ma per "rifare le istituzioni" (alleanza fra giuristi e movimento operaio: i partiti di sinistra (Rodotà) comunità locale ed autodeterminazione collettiva (Galvano), movimento di massa più giudici (Barcellona, Cotturri, Ferrajoli).

<sup>137</sup> Cfr. L. Nivarra, *La grande illusione*, cit., per il quale un diritto della tran-

Più che un uso alternativo del diritto allora l'opzione è a favore di un diritto alternativo. È questo il percorso che sembra seguito ancora oggi in Latinoamerica da esperienze come la *critica Jurídica* in Messico, il *derecho insurgente* in Brasile, la *teoría crítica del derecho* in Argentina, il *nuevo derecho* in Colombia ed Ecuador che, facendo leva sul pluralismo giuridico, propongono un modelli partecipativi e comunitari caratterizzati da forme alternative di produzione di giuridicità in chiave emancipatoria (il diritto della strada, il diritto insurgente, i meccanismi alternativi di soluzione dei conflitti, le istituzioni del comune)<sup>138</sup>.

Significativamente, però, anche chi non condivide una posizione del genere, ritenendo non estranea alla teoria marxista e dello stato la possibilità di ricorrere al diritto per operare una significativa redistribuzione all'interno della società borghese, deve collocarla fuori del diritto comune (borghese) e precisamente in un diritto "disuguale", cioè attraverso il "distacco di ambiti di complessità dal codice e dalla sua logica attraverso la legislazione speciale ed il welfare"<sup>139</sup>.

Questo punto segna uno stallo significativo nella traiettoria della critica. In realtà la rendita che capitalisti e proprietari conseguono non può essere considerato il prodotto diretto della forma giuridica astratta della proprietà e del contratto, ma è la conseguenza di singoli accordi prodotti a partire dalle regole sulla proprietà e sul contratto che costituiscono, a loro volta, il risultato del conflitto fra forze sociali (e solo marginalmente influenzate dalla fedeltà all'astrazione). Lo stesso Marx, peraltro, conveniva sul fatto che l'astratta forma giuridica non è una verità eterna, ma solo un prodotto storicamente contingente.

Ciò che si può pensare del diritto, allora, non dovrebbe influenzare su ciò che si può fare con il diritto.

20. Diversamente i CLS facevano leva su due punti importanti che meritano di essere ricordati.

Il primo è l'idea secondo la quale all'interno del sistema giuridico, complessivamente inteso – dunque anche di quegli altri ordini

sizione alla luce del postulato marxiano non potrebbe esistere, né sarebbe teoricamente possibile, un *quid* che sta a mezzo tra il diritto e lo Stato della borghesia.

<sup>138</sup> È discutibile però che ad essi non possa opporsi di nuovo la questione dell'insufficiente determinatezza a produrre il cambiamento nel senso auspicato e di una concreta verifica sul campo della redistribuzione realizzata.

<sup>139</sup> Cfr. M. Barcellona, *La scienza giuridica italiana e il marxismo prima e dopo l'uso alternativo del diritto*, cit., per il quale "un orizzonte socialista, quindi, non è per principio, incompatibile con il profitto e con la stessa rendita a condizione che si determinino *dopo* aver prima garantito a tutti la piena libertà dal bisogno e una compiuta dignità personale e *finché* entrambi questi prelievi continuino a giovare all'efficienza, sociale e non capitalistica, della produzione e distribuzione della ricchezza e/o continuino ad iscriversi nell'immaginario sociale prevalente".

normativi informali che gli possono resistere in alcune circostanze – sono presenti una serie di regole (*background rules*) che costituiscono il campo nel quale si svolge il “gioco” degli scontri economici e sociali fra gruppi portatori di interessi confliggenti.

A queste regole, finché non vengono modificate, non si fa di solito espresso riferimento e, quindi, rimangono invisibili o scarsamente percepibili dagli attori del sistema, ma tuttavia sono straordinariamente efficaci nel determinare l’esito del confronto. Se può apparire che ognuno ottiene ciò che desidera a causa della libertà che gli è riconosciuta e delle sue capacità personali, ciò che ottiene dipende invece dalle *background rules* in vigore in quel contesto specifico.

Le *background rules* dunque rappresentano le regole del gioco nei rapporti di conflitto e di cooperazioni fra gruppi – che siano differenti classi sociali, uomini e donne, neri e bianchi, gay e eterosessuali, immigrati (regolari o meno) e cittadini – quando sono portatori di interessi confliggenti.

Queste regole sono il prodotto di un complesso apparato tecnico, in vigore in ogni singolo momento dato, ma sono sempre in costante movimento.

La distribuzione del reddito e della ricchezza che ne risulta è il prodotto dell’insieme contingente ed incoerente delle regole giuridiche, tale caratteristica rende la stessa distribuzione contingente.

È però sempre possibile determinarle storicamente ed analiticamente e lavorare per modificarle.

Il secondo punto, infatti, ribadisce che, sebbene il discorso giuridico dominante lo neghi, in numerosissimi casi, le regole applicabili sono soggette ad interpretazioni confliggenti. Pertanto non vi è pertanto un’unica risposta corretta su cui tutti gli operatori del diritto possano convenire. E la prassi giurisprudenziale ce ne dà conferma, perché è proprio questa insufficiente chiusura che viene continuamente fatta valere in giudizio da una parte contro l’altra.

La prima idea, come abbiamo visto, si deve sicuramente a Marx e a *Il Capitale*. C’è una chiara analogia fra la ricostruzione avanzata dai Crits e la teoria di Marx secondo la quale gli esiti del regime sono dovuti non soltanto alla forza ed alla violenza esercitata alla superficie, ma alle condizioni determinate dalla proprietà e dal contratto che stanno sullo sfondo del lavoro salariato. E c’è una chiara convergenza intorno al fatto che sia il regime giuridico, in definitiva, a sostenere qualcuno ai danni di qualcun altro. Analogamente nel caso dei CLS le transazioni volontarie sono sì condizionate dalla forza reciproca ma, al tempo stesso, sono determinate anche dal modo in cui le regole giuridiche incidono sui poteri negoziali delle parti.

La seconda idea portante, quella dell’indeterminatezza del diritto, è invece influenzata dalla semiotica e dallo strutturalismo (de Saussure e Levi Strauss) di origine continentale (ma anche dal pragmati-

smo americano). L'obiettivo della critica non era rivelare la complicità del diritto in un particolare risultato economico o sociale, ma la sua plasticità ed indeterminatezza. L'insufficiente determinatezza del sistema giuridico nei casi in cui la posta in gioco è alta, emerge infatti nella semiotica dell'argomentazione giuridica, che si affida a coppie oppositive di argomentazioni che si annullano vicendevolmente, ma che sono comunque compresenti ed in qualche modo costituiscono la materia sulla quale si fondano le costruzioni e le argomentazioni che giustificano le decisioni giudiziali.

Ciò ha richiesto una radicale revisione dell'obiettivo dell'analisi critica che si è spostata dall'indagine sui particolari con cui le classi dominanti realizzano i propri interessi attraverso il diritto alla *legal consciousness*.

L'obiettivo però è sempre rimasto quello di promuovere il cambiamento nella distribuzione del potere nell'interesse di coloro che sono oppressi e sfruttati in modo più o meno permanente; di difendere le soluzioni raggiunte a loro favore contro le critiche del mainstream che promuovono un ritorno al mercato. In particolare, contro quelle secondo le quali le misure a loro favore si rivelano controproducenti perché danneggiano proprio coloro che dovrebbero aiutare e ne mantengono la subordinazione.

Insomma il problema è costituito ancora dalla difficoltà di gestire i meccanismi regolamentari complessi che erano stati messi all'opera dal sociale, incagliandosi negli stessi scogli che il sociale non aveva saputo superare.

In questo senso non appare più utile tracciare un confine fra Europa ed America, intesi come poli opposti, perché Europa ed America si trovano in entrambi i continenti.

E, in questa direzione, il percorso tracciato dai Critical Legal Studies può essere certamente interessante ed utile.

p.s. La realtà politica europea ed italiana in particolare, pur differendo in molti aspetti da quella statunitense, sembra attraversata però dalle stesse tendenze e per *l'intelligentsia* di sinistra europea non appare possibile nutrire qualche realistica speranza di poter trasformare radicalmente la società, attraverso le istituzioni politiche ed i partiti della sinistra, nella direzione indicata da ideali utopistici o secondo una teoria che possa considerarsi "giusta".



## Critica giuridica e comparazione: Duncan Kennedy e la dialettica di Forma e Sostanza

Pier Giuseppe Monateri

SOMMARIO: 1. Critica giuridica tra comparazione e analisi letteraria: Duncan Kennedy e la rilettura di Blackstone. – 2. Dall'Anatomia della Critica alla Lettura Distante. – 3. Egemonia, crittotipi e ideologia.

1. Come è noto gli articoli giovanili di Duncan Kennedy su *'Form and Substance'* e su *Blackstone*<sup>1</sup>, si propongono di esplorare il dualismo tra la forma e la sostanza e la struttura dei *Commentaries*<sup>2</sup>, analizzando le implicazioni di questo dualismo per la teoria e la pratica del diritto.

Il saggio inizia con una disamina delle concezioni di Blackstone riguardo alla forma e alla sostanza nel contesto del diritto inglese del XVIII secolo. Blackstone è qui rappresentato per la sua enfasi sulla forma come elemento chiave nella determinazione della validità delle leggi e dei contratti. Questo dualismo forma-sostanza è, per Kennedy, al centro dell'opera di Blackstone e costituisce un importante punto di partenza per la riflessione critica.

Kennedy procede quindi a esaminare le implicazioni di questa dicotomia nella teoria e nella pratica giuridica. Sottolinea come l'approccio di Blackstone abbia influenzato il modo in cui la legge è stata interpretata e applicata nel corso della storia giuridica. In particolare, Kennedy mette in discussione il privilegio accordato alla forma rispetto alla sostanza e il potenziale impatto negativo sulla giustizia sociale.

Il saggio continua con una valutazione critica dell'opera di Blackstone, evidenziando le limitazioni e le contraddizioni del suo approccio dualistico. Kennedy suggerisce che il privilegio della forma potrebbe aver favorito un'interpretazione restrittiva della legge a scapito sia dei diritti individuali che della giustizia sostanziale. Inoltre, l'articolo mette in discussione la validità di un approccio che pone forma e sostanza in contrapposizione anziché cercare di superarne il dualismo.

Kennedy sottolinea che l'analisi di Blackstone ha avuto un impatto duraturo sulla giurisprudenza, specie quella americana, e ha contribuito a plasmare il modo in cui il diritto viene compreso e applicato. Tuttavia, l'autore ci invita a considerare criticamente questa ere-

<sup>1</sup> Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in «Harvard Law Review», 1976, 1685; Id., *The Structure of Blackstone's Commentaries*, in «Buffalo Law Review», 1979, 210.

<sup>2</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1<sup>a</sup> ed., Oxford, 1765.

dità e a esaminare se il dualismo tra forma e sostanza sia ancora appropriato nell'odierno contesto giuridico.

In conclusione, l'articolo di Duncan Kennedy solleva importanti questioni sul ruolo della forma e della sostanza nel diritto. Ci invita a riflettere sulle implicazioni di questo dualismo per la giustizia e a considerare se sia giunto il momento di riconsiderare radicalmente la nostra comprensione del diritto e della sua pratica.

Siccome in Blackstone l'interpretazione del diritto inglese è essenzialmente una forma di conoscenza storica, e tale non potrebbe non essere, visto che interpretare il diritto giurisprudenziale per lui significa intrinsecamente farne la storia dei precedenti, in cerca *non* della creazione di una regola, ma della *scoperta* della regola che si annida nei precedenti, non sarà indifferente ad una disanima di Kennedy partire dal contesto in cui lui scrive con particolare riferimento all'opera di Hayden White<sup>3</sup>.

La teoria di Hayden White sulla forma e sul contenuto, come esposta in "The Content of the Form", è fondamentale per la sua comprensione della narrazione storica e della rappresentazione storica. In sintesi, la sua teoria sostiene che la forma della narrazione, cioè il modo in cui una storia è raccontata, influenza in modo significativo il contenuto storico, cioè ciò che viene comunicato attraverso la narrazione.

Nella trattazione di White, emerge chiaramente la predominanza della Forma nell'atto della narrazione storica, in quanto essa svolge un ruolo di primaria importanza nel raccontare il Contenuto. La Forma, con i suoi elementi strutturali, come le convenzioni retoriche e i tropi letterari, guida la comunicazione del passato. È attraverso la Forma che si costruisce il significato, poiché essa delinea le modalità di interpretazione del Contenuto storico. In altre parole, la narrazione storica diventa una costruzione di significato, lontana da una mera esposizione oggettiva di fatti.

La scelta della struttura narrativa e delle convenzioni retoriche gioca un ruolo cruciale nella modellizzazione dell'interpretazione del pubblico riguardo al Contenuto storico. Ogni narrazione storica rappresenta una costruzione soggettiva, in cui la Forma influisce direttamente sulla percezione dei fatti. È in questa pluralità di forme che risiede un'ulteriore sfida interpretativa: diverse narrazioni storiche possono emergere da una medesima serie di eventi, dando luogo a interpretazioni e rappresentazioni variabili degli stessi avvenimenti.

L'opera di White si innalza su un solido fondamento letterario e retorico, evidenziando il ruolo determinante dei tropi letterari, come la metafora e l'ironia, e delle convenzioni retoriche, come l'elogio o la

<sup>3</sup> Hayden White, *Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth-century Europe*, Johns Hopkins University Press, 1973.

critica, nella costruzione delle narrazioni storiche. Questi strumenti linguistici diventano veicoli di espressione per trasmettere il significato attraverso la Forma.

In definitiva, la teoria di White smantella l'obiettività tradizionale nel campo della storiografia, ma finisce, secondo me, anche per smantellare la dialettica tra forma e contenuto in una teoria retorica della narrazione storica, laddove i tropi, le *figure* retoriche, non sono più ovviamente degli *ornamenti* del discorso, ma elementi costitutivi dello stesso.

White ha influenzato notevolmente il campo della teoria della storia, portando l'attenzione sul ruolo della narrazione e della rappresentazione nella disciplina storica, ma se l'interpretazione del 'diritto vivente' è intrinsecamente una sua *narrazione* è evidente come l'opera di Hayden White si leghi alla critica kennediana al formalismo e conduca direttamente non solo alla 'pluralità delle forme' ma soprattutto ad una critica della obiettività giuridica. Critica che, passando attraverso la *narratologia* coinvolge evidentemente gli studi di Diritto e letteratura e, come vedremo, ha punti di connessione intrinseci con la critica dell'interpretazione di Rodolfo Sacco e la sua conseguente impostazione del metodo del diritto comparato.

2. La complessità dei rimandi non espliciti nell'opera di Duncan Kennedy è tale da trascinarci nei dibattiti teorici sulla letteratura e la critica letteraria che contraddistinsero l'America degli anni '60 e '70 e fra questi, secondo me, spicca come antecedente dell'impostazione di Hayden White, che tanta importanza ha avuto nella questione dell'interpretazione storica, è quella di Northrop Frye.

Nel suo trattato *'Anatomy of Criticism'*, Northrop Frye si avventura con determinazione nell'analisi del complesso rapporto tra forma e contenuto nella critica letteraria. Quest'opera è rinomata per la sua profonda esplorazione delle strutture narrative, dei generi letterari e delle modalità di rappresentazione nelle opere letterarie.

Frye sviluppa una teoria dell'archetipo, un concetto centrale che informa il suo approccio alla critica letteraria. Gli archetipi, secondo Frye, costituiscono elementi narrativi, personaggi o situazioni che si ripetono in modo ricorrente all'interno della letteratura e della mitologia. Li interpreta come manifestazioni di una struttura profonda e universale che sottende tutte le opere letterarie.

Il concetto di archetipo elaborato da Frye si collega in maniera inscindibile alla relazione tra forma e contenuto. Frye sottolinea che gli archetipi costituiscono una forma narrativa ricorrente, mentre il contenuto varia significativamente da un'opera all'altra. In altre parole, la forma archetipica offre una struttura narrativa universalmente riconoscibile, mentre il contenuto specifico si adatta alle circostanze e al genere letterario.

Ora a me appare evidente che quando si comincia a parlare di 'archetipi universali' come strutture il cui contenuto cambia, ci si avvicina a quel tipo di comparazione 'strutturalista' che è stata attribuita a Sacco, così come permane una critica, di tipo Kennedyano alla relazione sussistente tra forma e struttura, quando, come nelle *tre globalizzazioni*<sup>4</sup> Duncan mostra come a determinate strutture di pensiero giuridico (Il Pensiero Giuridico Classico, o 'il Sociale') possano corrispondere *contenuti politici* variabili. Il Pensiero Classico, se volete nei termini di Gilmore il formalismo, può essere di destra ma anche di sinistra. Il Sociale può essere di sinistra, ma anche cattolico, e anche di destra – basti pensare all'analisi di Goetz Aly<sup>5</sup>.

Qui il discorso si fa anche personale, poiché io incontrai una volta, ad un celebre convegno critico nello Utah, Duncan Kennedy che indicava 'il nemico' e il potenziale distruttore del criticismo giuridico in Paul de Man, quando per me il vero centro che in qualche modo lega la critica letteraria americana à la Frye con la critica storiografica à la Hayden White e, quindi, ma questo 'quindi' lo aggiungo io, al radicalismo dei *Critical Legal Studies*, passa proprio per Paul de Man e gli sviluppi, in gran parte da lui influenzati, della così detta '*French Theory*'<sup>6</sup>.

Paul de Man è, infatti, noto per la sua influenza nella teoria della decostruzione, un approccio critico che si concentra sull'instabilità del linguaggio e sulla debolezza delle strutture di significato. Nel suo lavoro, il concetto di forma e struttura è esaminato da un punto di vista decostruzionista, che mette in discussione la stabilità delle categorie e dei concetti.

Per de Man, la forma e la struttura sono concetti che non possono essere stabili o fissi, poiché il significato è soggetto a una serie di interpretazioni e ambiguità. La decostruzione di de Man mira a smontare le strutture apparentemente solide e a evidenziare le contraddizioni e le aporie all'interno del testo.

La relazione tra forma e struttura in de Man è caratterizzata da una profonda sfiducia verso qualsiasi tentativo di fissare il significato attraverso categorie o schemi precostituiti. La decostruzione enfatizza l'idea che le categorie, le forme e le strutture linguistiche sono intrinsecamente instabili e che il significato è continuamente sfuggente.

In breve, de Man vede la forma e la struttura come oggetti di interrogazione critica, piuttosto che come elementi stabili o predefiniti all'interno del testo. La sua teoria mette in evidenza la complessità e la sfumatura del linguaggio e sottolinea il ruolo della critica nel rivelare

<sup>4</sup> Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in David M. Trubek, Alvaro Santos, et al., *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2006.

<sup>5</sup> Goetz Aly, *Hitlers Volksstaat*, Frankfurt am Main, 2005.

<sup>6</sup> Fr. Cusset, *French Theory*, Minnesota Univ. Press, 2008.

le tensioni e le contraddizioni presenti nelle rappresentazioni linguistiche. Che, in fondo, è, secondo me, l'operazione che Kennedy fa con Blackstone, ma che, e forse giustamente, si rende conto che potrebbe essere fatta con gli stessi testi di base dei Critical Legal Studies.

Ritengo probabile che qui giaccia una giusta intuizione: la critica dell'ideologia è un utile strumento contro l'ideologia stabilita, ma è essa stessa soggetta ad una critica ideologica, e quindi privata della sua pretesa di disvelamento della verità di contro alla falsa coscienza del reale. La critica dell'ideologia regge solo in quanto si sostenga che esiste un soggetto storico che non ne soffre, e può quindi disvelarla.

Oltre a ciò, ovvero, oltre a ciò che attiene alla natura stessa della 'falsa' interpretazione – tema che certamente interessa anche il pratico, atteso che le sentenze delle Corti di seconde cure vengono gravate in Cassazione per 'falsa ed erronea applicazione' della legge – si deve tenere presente che: il lasciare all'avversario l'argomento della 'verità' si presenta come un 'errore' tattico. Ciò dico a ragion veduta avendo una volta discusso con Duncan quella che a me appariva come un lato effettivamente *leninista* della sua strategia discorsiva.

Infatti, Allan Bloom, in una presa di posizione di destra, nel suo libro "The Closing of the American Mind"<sup>7</sup>, utilizza l'espressione "assalto radicale alla Verità" per riferirsi al relativismo culturale e all'idea che non esistano verità o valori universali e oggettivi. E ciò può farlo in nome della 'verità', poiché questo dominio gli è stato lasciato come possibile mossa strategica. Così egli può attaccare i radicali in quanto ritiene che essi minaccino la possibilità di un discorso razionale e di un'educazione basata su principi universali. Vede il relativismo culturale come un fenomeno culturale e intellettuale che mina la ricerca della verità, della chiarezza nei valori e la capacità di giudicare oggettivamente. Cosa che gli sarebbe stata impossibile, solo dieci anni prima, quando il materialismo storico si presentava come scienza che conduce alla scoperta della verità dei rapporti sociali.

L'uso dell'aggettivo "radicale" suggerisce che Bloom vede questo assalto come un cambiamento significativo e profondo nelle concezioni tradizionali di verità e valori, con implicazioni per l'istruzione e la cultura. La sua critica riflette la preoccupazione che la mancanza di una base culturale e di valori condivisi possa portare a una società e a un'istruzione carenti di orientamenti chiari e di scopo. Egli però utilizzando 'radicale', nel panorama americano, bolla anche come 'di sinistra' l'assalto alla Verità, e quindi si appropria 'da destra' della stessa. Loro disgregano, decostruiscono, e così via. Noi difendiamo la ricerca spassionata della verità. Noi siamo dalla parte della verità, non loro.

Io credo che sia in questo senso che, oggi, vada rivisto lo scontro tra 'ermeneutici-umanisti' e 'quantitativi-scientisti'. Nel senso dell'uso

<sup>7</sup> A. Bloom, *The Closing of the American Mind*, New York, 1987.

degli strumenti quantitativi per l'analisi anche dei sistemi giuridici e della loro *performance*. Uno scontro che ribalta l'opposizione classica tra: materialisti dialettici (quantitativi e agganciati alla verità per la denuncia dell'ideologia) e gli idealisti (agganciati agli studi umanistici e allo sviluppo dello spirito). Questa contrapposizione (si pensi a Croce vs Marx) portava l'umanesimo a destra e la quantificazione a sinistra. Si pensi alla storia stessa della così detta *Quantitative History*<sup>8</sup> Ora, con l'impossessarsi da parte di istituzioni come la Banca Mondiale Concordanza o il Fondo Monetario Internazionale, dei metodi quantitativi di analisi delle forme giuridiche, l'opposizione si ribalta in *neoliberali quantitativi vs umanistici ermeneutici* critici.

Non diviene allora superfluo, anzi necessario, esaminare in relazione a forma e sostanza in Blackstone, l'opera innovativa, nel settore della comparazione letteraria, di Franco Moretti<sup>9</sup>, un teorico della letteratura noto per il suo approccio alla "teoria del romanzo" e alla "teoria del testo". Nelle sue opere, Moretti esplora il concetto di forma e sostanza nei romanzi e nei testi letterari in modo originale. La sua concezione differisce da molte teorie tradizionali.

Per Moretti, la "forma" in un romanzo si riferisce all'aspetto strutturale o compositivo del testo, come la disposizione degli eventi, dei personaggi o delle trame narrative. La "sostanza", d'altra parte, si riferisce ai contenuti effettivi del testo, ai temi, agli argomenti e alle idee espressi dall'autore. Moretti non considera questi due aspetti come separati o opposti, ma piuttosto li vede come complementari e interconnessi.

L'approccio di Moretti si basa sull'analisi quantitativa e sullo studio delle tendenze di lungo periodo nella letteratura. Egli utilizza spesso metodi computazionali e analisi statistiche per esaminare vasti insiemi di testi letterari al fine di individuare modelli e tendenze. Ad esempio, potrebbe analizzare il numero di personaggi femminili in romanzi del XIX secolo o studiare le variazioni nella struttura narrativa di opere specifiche.

In sintesi, la concezione di Moretti di forma e sostanza in letteratura è legata all'approccio analitico e quantitativo che egli utilizza per esaminare testi letterari. Vede la forma e la sostanza come aspetti interdipendenti che possono essere analizzati attraverso metodi empirici al fine di scoprire nuove prospettive e tendenze nella letteratura.

Franco Moretti si discosta *quindi* dall'ermeneutica *da sinistra*, cioè dall'approccio interpretativo tradizionale alla letteratura, per abbracciare un approccio più analitico e scientifico. Mentre l'ermeneutica si concentra sull'interpretazione dei singoli testi letterari e sulla ri-

<sup>8</sup> Cfr. Kenneth W. Wachter with Eugene A. Hammel, Peter Laslett, *Statistical Studies of Historical Social Structure*, London, 1978.

<sup>9</sup> F. Moretti, *Conjectures on World Literature*, in *New Left Review*, 2000, p. 55.

cerca di significati profondi attraverso l'analisi critica, Moretti adotta un approccio più empirico e quantitativo.

Il lavoro di Moretti spesso coinvolge l'analisi di ampi insiemi di testi letterari e l'uso di metodi computazionali per individuare modelli, tendenze e strutture all'interno di tali testi. Ad esempio, potrebbe studiare la frequenza delle menzioni di determinati temi o parole chiave in una vasta collezione di romanzi, o esaminare come variano le strutture narrative nei generi letterari nel corso del tempo.

In particolare, Franco Moretti ha scritto un saggio intitolato "Distant Reading" (Lettura a distanza)<sup>10</sup> nel quale analizza il lavoro di diversi autori, tra cui Ernest Hemingway. Nel saggio, Moretti discute il concetto di "lettura a distanza," che riguarda l'analisi di ampi insiemi di testi letterari attraverso metodi quantitativi e analisi delle tendenze.

Una delle analisi specifiche di Moretti riguarda le "frasi avverbiali" in Hemingway. Hemingway è noto per il suo stile di scrittura semplice ed essenziale, e Moretti ha esaminato come la frequenza ricorrente di frasi avverbiali sia un tratto distintivo nel suo stile. Questo tipo di analisi quantitativa mira a identificare schemi o tendenze ricorrenti nella scrittura di Hemingway e a individuare elementi distintivi del suo stile.

La "lettura a distanza" di Moretti si basa sull'idea che attraverso l'analisi quantitativa e l'osservazione di schemi e tendenze più ampi, è possibile ottenere una comprensione più approfondita della produzione letteraria e dei vari stili degli autori. Questo approccio rappresenta una prospettiva diversa rispetto all'analisi tradizionale dei testi letterari e mira a scoprire nuovi dettagli e tendenze che potrebbero essere trascurati da un'analisi più ermeneutica. Ovvero mira proprio alla scoperta delle strutture grammaticali in base alla frequenza delle quali, la nozione essenzialmente qualitativa della forma (come lo stile) possa venire quantificata sulla base della loro ricorrenza, a prescindere al contenuto veicolato.

Questo approccio analitico mira a ottenere una visione più ampia della letteratura e a individuare tendenze o modelli che potrebbero sfuggire all'analisi ermeneutica tradizionale. È un modo per esplorare la letteratura in modo più oggettivo e basato su dati, senza necessariamente cercare una comprensione profonda dei singoli testi. La scelta di Moretti di abbracciare questa prospettiva analitica rappresenta una sfida alla tradizione ermeneutica e riflette un interesse per nuove modalità di indagine letteraria che superano il dibattito tradizionale tra forma e sostanza. Un'impostazione che ha una ricaduta più squisitamente politica nella concezione Morettiana dell'integrazione sociale mediante la forma letteraria.

<sup>10</sup> F. Moretti, *Distant Reading*, Londra, 2013.

Franco Moretti ha scritto sull'integrazione letteraria in relazione a diverse teorie e approcci, ma si può fare riferimento alla sua discussione sulla "rivalutazione" e all'idea di integrazione nella letteratura.

Nel suo libro "*Graphs, Maps, Trees: Abstract Models for Literary History*"<sup>11</sup>, Moretti suggerisce che la rivalutazione di testi letterari può avvenire attraverso il riconoscimento di "nuovi schemi di integrazione". Ciò significa che la letteratura può essere esplorata in modi diversi da quelli tradizionali, consentendo l'individuazione di strutture e schemi nascosti che contribuiscono alla comprensione complessiva della letteratura.

Inoltre, Moretti si è interessato alle varie forme di integrazione tra i testi letterari, studiando come le opere possono influenzarsi reciprocamente, come possono emergere tendenze e modelli all'interno di generi letterari e come i testi possono essere collegati attraverso analogie o differenze.

L'uso di modelli quantitativi, analisi di rete e altre metodologie analitiche di Moretti mira a scoprire queste forme di integrazione nella letteratura in modo innovativo ed empirico, offrendo nuove prospettive sulla comprensione della produzione letteraria e delle dinamiche culturali.

Si tratta di discorsi sull'analisi letteraria, che però a me appaiono incidere profondamente sia sulla teoria del diritto sia sul metodo della comparazione giuridica e proprio con riferimento ai temi sollevati dal giovane Kennedy.

3. Orbene, in un testo di Kennedy dedicato a Gramsci<sup>12</sup>, troviamo un lato della sua analisi che in qualche modo depassa verso una dimensione più tacita quanto veniva esposto in *Form and Substance*. Infatti, qui Duncan ci parla di ciò che proviamo quando diciamo che "c'è sempre qualcosa di più di ciò che appare"<sup>13</sup> in un testo legale o in un fatto politico. Qualcosa di simile alle nozioni di sfondo nascoste e mai completamente verbalizzate, come legittimità o egemonia, ma anche qualcosa di simile a ciò che Sacco intendeva esprimere attraverso la nozione di *crittotipo*.

Io ho riflettuto molto su questo testo Kennedyano nella mia opera sulla sovranità globale<sup>14</sup>. Tipicamente, nella visione che può essere associata all'esistenza di un *Dominus Mundi*, non esiste più un "fuori," poiché la sovranità globale è situata all'interno di un *locus* specifico ma opera direttamente o indirettamente in tutto il mondo. La

<sup>11</sup> F. Moretti, *Graphs, Maps, Trees*, Londra, 2015.

<sup>12</sup> Duncan Kennedy, *Antonio Gramsci and the Legal System*, in «ALSA Forum», 1982, 32.

<sup>13</sup> In originale: "there is more to it than that".

<sup>14</sup> P.G. Monateri, *Dominus Mundi. Political Sublime and The World Order*, Oxford, 2018, 25 ss.

mancanza di un “fuori” rende la sua operatività politica e giuridica ancora più inaccessibile, poiché si diffonde su tutto il globo rimanendo sostanzialmente nascosta. Essa esercita, appunto, una *egemonia*.

Se le osservazioni di Duncan Kennedy sulla teoria dell’egemonia di Gramsci puntano nella direzione giusta, allora un modello di comprensione della legittimità in termini di “sublime politico” appare fondato. Di conseguenza, l’estetica della seduzione può giacere alla base sia dell’egemonia che della teologia politica, come due punti di vista estremamente opposti nell’analisi della secolarizzazione, del potere e della politica.

Questo modello indica la rivalutazione di un immaginario dell’ineffabile che trascende tempo e luogo geografico e che può essere catturata solo attraverso una riconsiderazione del sublime. Un apprezzamento di *ciò che è sempre al di là delle parole*, al di là della capacità umana di espressione. Un paradigma che può essere pensato come un elemento costante nella cultura occidentale, nonostante ogni sforzo razionalista per esorcizzarlo. In un certo senso, la “dimensione sublime” o, come preferisce chiamarla Duncan, il dispositivo della “*too-muchness*” – nel testo giuridico c’è sempre qualcosa che lo eccede – o, se volete, il dispositivo dell’“eccesso” opera in politica e nel diritto come un residuo di senso incatturabile.

Potremmo definire questa funzione come la logica dell’ineffabile, presupposta a livello esplicito dall’estetica romantica, ma operante implicitamente anche a livello di indagini filosofiche. Nell’approccio di Duncan Kennedy alla teoria della legittimità di Gramsci, Kennedy utilizza, infatti, il concetto di “mistero” per descriverne il funzionamento.

And it is how it all works that is the great mystery. It’s all very well to say “It is not just the national guard that prevents a revolution ... there is more to it than that”... But if you want to figure out what the more to it than that is ... there is extraordinarily little sustained, serious discussion of what might be meant by an idea like ideological hegemony<sup>15</sup>.

Il parallelismo tra il concetto di “troppo”, di eccesso, e la comprensione da parte di Kennedy del grande mistero dell’egemonia può essere considerato nei termini del “*there is more to it than that*”. Il fatto che l’egemonia rimanga un mistero e che ci sia una scarsa discussione seria su ciò che potrebbe significare appare in linea con l’ipotesi di un dispositivo nascosto operante *nella* nozione di legittimità.

Nella prospettiva di questa analisi, è, allora, possibile considerare come le parole, nel loro essere portatrici di significato, celino un eccesso di significato che va al di là delle definizioni che cerchiamo di attribuire loro. Questo eccesso di significato, che rimane in gran parte

<sup>15</sup> Duncan Kennedy, ‘Antonio Gramsci and the Legal System’ 33.

inespresso e non completamente catturabile dalle parole stesse, sfida la tradizionale dicotomia tra 'forma' e 'contenuto'.

In questa visione, le parole, e in generale i dispositivi linguistici ed anche normativi, sono veicoli di senso ma, allo stesso tempo, nascondono un potenziale di significato sfuggente. Questo potenziale di significato inafferrabile supera la distinzione tra la forma esteriore delle parole e il contenuto che cercano di veicolare. È come se le parole, e pertanto le norme e le istituzioni – poiché tramite il diritto cerchiamo di governare il mondo con le parole – avessero un lato oscuro, un "oltre" che sfugge alla sua stessa verbalizzazione.

In questa prospettiva, la dicotomia tra 'forma' e 'contenuto' diventa una sorta di illusione, poiché il significato non è mai completamente circoscritto dalla forma delle parole. Questo pone al centro della scena la teoria del 'crittotipo' ovvero la teoria dello *scarto* tra ciò che è esplicitamente detto e ciò che resta implicito e inespresso.

In questa prospettiva, la teoria dell'eccedenza ineliminabile di significato nelle parole rivela una profonda connessione con la complessa analisi di Kennedy, che si occupa della globalizzazione del "pensiero giuridico classico" e del "Sociale". Questa globalizzazione, osservata da Kennedy, sfida l'idea di una vera e propria essenza politica sottostante.

Il "pensiero giuridico classico" e il "Sociale" rappresentano due categorie distinte, ciascuna con la propria complessità e definizioni, ma il loro processo di globalizzazione suggerisce una sovrapposizione di significato che va oltre le definizioni convenzionali. Questa sovrapposizione è resa possibile dall'eccesso di significato intrinseco alle parole stesse, come discusso in precedenza.

La globalizzazione del "pensiero giuridico classico" e del "Sociale" implica una diffusione su scala mondiale di concetti, norme e pratiche che possono variare notevolmente da una cultura all'altra. Tuttavia, il fatto che queste categorie riescano a esistere e ad essere adottate in contesti diversi sottolinea il modo in cui il significato va al di là delle definizioni rigide e delle barriere culturali.

In questo senso, la teoria dell'eccedenza di significato sottolinea la natura complessa e fluida delle categorie politiche e giuridiche, suggerendo che la significatività non può essere ridotta a una sola essenza, ma emerge attraverso una rete di connessioni e sovrapposizioni semantiche. Questo concetto apre la strada a una comprensione più sfumata e interconnessa delle dinamiche politiche e giuridiche globali, in cui l'eccesso di significato gioca un ruolo centrale nel plasmare le pratiche e le interpretazioni.

Pertanto, l'ineffabilità intrinseca del significato linguistico getta una luce nuova sulla natura complessa delle parole e sulla loro capacità di sfidare le categorie tradizionali, aprendo la strada a una rifles-

sione più profonda sulla nostra comprensione della comunicazione e della significatività nel campo della politica e del diritto.

Ciò spiega ovviamente il perché, al di là dei tatticismi di molti, possa esserci stato un incontro tra la teoria italiana della comparazione (Sacco) e i *Critical Legal Studies* al di là di qualsiasi convergenza politica, in realtà impossibile. Un tale incontro, nel suo profondo, non è avvenuto sulle *politiche*, ma nella riflessione *sul politico*.

In particolare, come si può facilmente evincere da quanto sopra detto, tale incontro è avvenuto e può ancora avvenire, sulla base del concetto di 'crittotipo' e sull'analisi della circolazione dei modelli.

Il "crittotipo", da questo punto di vista, è un concetto che rivela il mistero sottostante alle rappresentazioni. Questo termine suggerisce la presenza di significati nascosti e di complessità che sfuggono all'osservazione tanto più quanto più l'osservatore è vicino al suo oggetto. Da ciò muoveva la teoria di Sacco della 'conoscenza comparata' rispetto alla 'conoscenza del giurista municipale'. E ciò ovviamente sta al cuore di una comprensione attuale della 'ideologia tedesca'.

Come un enigma da decifrare, il crittotipo ci spinge a esplorare le profondità del concetto o dell'oggetto in questione, rivelando dimensioni inaspettate e connessioni che vanno oltre un'idea di contenuto e forma. Il crittotipo è un richiamo al *non detto*, e al potenziale di significato che trascende la sua stessa manifestazione. È una chiave per sondare le profondità della conoscenza e per scoprire nuove prospettive di comprensione.

In fondo la teoria del crittotipo dice esattamente questo: che sempre in un testo "*there is more to it than that*".

La "circolazione dei modelli" giuridici e il concetto di "crittotipo" sono, poi, intrecciati in un rapporto complesso che riflette l'essenza dell'eccedenza di significato. Quando i modelli giuridici circolano da un contesto all'altro, portano con sé non solo le definizioni e le pratiche giuridiche apparenti, ma anche un substrato di significato nascosto, il "crittotipo". Questo significato nascosto sfugge alle verbalizzazioni e ne supera le possibilità di cattura del senso.

La circolazione dei modelli giuridici implica un costante processo di reinterpretazione e adattamento in nuovi contesti. Questo processo rivela l'eccedenza di significato presente nei modelli giuridici. In questo senso, il "crittotipo" rappresenta quel mistero sottostante alle rappresentazioni dei modelli giuridici, il cui significato non può mai essere completamente catturato.

Quindi, la circolazione dei modelli giuridici è un veicolo per esplorare e rivelare l'eccedenza di significato nel diritto, compresa l'eccedenza di senso del *politico* che nel diritto si esprime, e che, se non viene catturata, vaga come fantasma di una forma o ritorno di un rimosso. Che cos'è, in fondo, il crittotipo se non proprio questo: *The*

*Great Unread* di Moretti, l'eccesso di significazione di Kennedy, e, forse, il motore nascosto dell'ideologia.

D'altronde, per concludere, non posso che ricordare una chiacchierata su Marx avuta con Kennedy ad un seminario a Perugia organizzato da Giovanni Marini e Maria Rosaria Marella.

Per Duncan come per me, il Marx ancora oggi veramente interessante, il Marx che ancora si legge per piacere, era quello del *'Diciotto Brumaio di Luigi Napoleone Bonaparte'*. Uno scritto che in realtà ha per oggetto proprio l'eccedenza (o l'eccesso?) dell'azione politica e del potere istituyente<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Sul quale naturalmente oggi si veda R. Esposito, *Potere istituyente*, Torino, Einaudi, 2020.

## Trasformazioni neoliberali e dinamiche proprietarie. Posa in opera di una critica sistemica à la Duncan Kennedy

Ugo Mattei

SOMMARIO: 1. La lezione kennediana. – 2. Cosa prendere cosa lasciare dei *Critcs*? – 3. La triste condizione del Libro III. – 4. La proprietà tra *ius* e *lex*. – 5. Serve un punto della situazione. – 6. Ciò che è davvero importante. – 7. Kennedy di fronte a una quarta globalizzazione?

Il diritto civile italiano non ha prodotto da lunghi anni un pensiero critico capace di egemonia. In altre parole, un pensiero schierato, che ponga al centro della propria preoccupazione l'interesse delle classi subalterne, si è manifestato nel dopoguerra solamente durante la (breve) stagione del c.d. uso alternativo del diritto<sup>1</sup>. Quel movimento di pensiero, sempre minoritario, di dichiarata ispirazione marxista, che ha prodotto, fra i maestri del diritto civile, reazioni a volte durissime (si pensi a Perlingieri)<sup>2</sup> ma anche equilibrate contaminazioni come nel caso di Guido Alpa, di Pietro Rescigno o di Stefano Rodotà. Proprio come sarebbe poi successo per i *Critical Legal Studies* negli Stati Uniti.<sup>3</sup>

1. Negli Stati Uniti, il *Critical Legal Studies Movement*<sup>4</sup> di cui, nel diritto civile, Duncan Kennedy è l'eroe eponimo, non è mai stato un progetto marxista<sup>5</sup>, sebbene in Italia parecchi lo abbiano percepito come tale. Si è trattato di un itinerario interno a quel *left liberalism* che, nella prima parte degli anni Ottanta, è parso radicale nell'ambito di un'accademia sempre più sedotta dal reaganismo e dalla *economic analysis of*

<sup>1</sup> P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, voll. I-II, Roma-Bari, 1973. Sul punto diffusamente, L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

<sup>2</sup> P. Perlingieri, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, 61-62.

<sup>3</sup> G. Marini, *Ipotesi sul metodo del diritto privato. Piccola guida alla scoperta di altri itinerari*, in questa «Rivista», 1990, 343.

<sup>4</sup> R.M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Risk*, London-New York, 2015.

<sup>5</sup> Lo stesso Kennedy in una conversazione con James Hackney sui *critical legal studies* osserva che: "One component was Marxism-but there were very few early crits who were Marxists in any usual or orthodox sense. Marxism was an important influence rather than a dogma to be accepted or rejected. [...] Marxism was just one of the strands of American radicalism, rather than being *the* thing. You could get your radicalism from many, many different places, including democratic socialism, the counterculture, or just bitter disillusionment with mainstream American liberalism" (Du. Kennedy, *Critical Legal Studies*, in J.R. Hackney jr. (ed.), *Legal Intellectuals in Conversation*, New York-London, 2012, 29).

*law* (uso qui il termine con l'accortezza dell'ultimo Calabresi<sup>6</sup>) e ha prodotto a sua volta qualche reazione scomposta. Con la naturalizzazione del reaganismo, iniziata in era clintoniana, dopo la caduta del muro, il progetto CLS è stato in parte significativa risucchiato da un *mainstream liberal* che nelle *law schools* ha prodotto molto "*law and...*", parecchia *identity politics* e uno scivolamento verso il *post-modern* che ha finito per deprimerne, ad avviso di chi scrive, il potenziale rivoluzionario e in ogni caso il legame, presente in alcuni dei suoi protagonisti iniziali (si pensi a Roberto Unger<sup>7</sup>) con il materialismo dialettico<sup>8</sup>.

In un quadro per così dire di *law and semiotics*, la *critique* kennediana dei problemi di *entitlement*, ossia la critica dei diritti e dell'aggiudicazione<sup>9</sup>, si è trasformata nell'ipotesi strutturalista della *indeterminacy*<sup>10</sup>, che, come noto, ha aperto ponti significativi con la scuola comparatista critica (ma assai poco politica) di Rodolfo Sacco (ad un tempo l'Autore italiano più refrattario all'uso alternativo e più critico dell'appiattimento formalista della civilistica)<sup>11</sup>.

2. Che cosa può imparare una civilistica italiana contemporanea che si voglia definire critica e militante (ossia: politicamente attiva per cercare di cambiare lo *status quo* a favore dei subalterni) dalla storia, immanente alla accademia d'élite americana, dei *Critical Legal Studies*? Ritengo che i *Crits* abbiano avuto negli Stati Uniti meno successo che a livello internazionale<sup>12</sup>, ma che soprattutto nella loro fase iniziale, abbiano dovuto il proprio successo (anche internazionale) ad una notevole e antesignana capacità organizzativa, di auto-segnalazione (*branding*) e di vocazione a costruire ampie reti, semi-formalizzate in diversi importanti convegni, certamente favorite dalla collocazione as-

<sup>6</sup> G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Re-collection*, New Haven-London, 2016.

<sup>7</sup> Si veda, ad esempio, R.M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York, 1975.

<sup>8</sup> G. Marini, *Il colore nel diritto privato: Costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, 51-78.

<sup>9</sup> Si vedano almeno, Du. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in «Harvard Law Review», vol. 89, 1976, 1686; Id., *A Critique of Adjudication* (Fin de siècle), Cambridge (Mass.), 1997; Id., *A Semiotics of Legal Argument*, in «Syracuse Law Review», vol. 42, 1991, 75.

<sup>10</sup> Du. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, cit.; M. Tushnet, *Defending the Indeterminacy Thesis*, in «Quinnipiac Law Review», vol. 16, 1996, 339.

<sup>11</sup> Du. Kennedy, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, in «New England Law Review», vol. 21, 1985, 209. Nota il parallelismo con la sistemologica scientifica di Sacco, G. Marini, *Ipotesi sul metodo del diritto privato*, cit., 421, nt. 141.

<sup>12</sup> U. Mattei, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2019, 805.

solutamente centrale nella panoramica accademica globale della *Harvard Law School*.

Tale necessità di organizzazione e *branding* è stata ripresa da altri tentativi successivi, in ultimo la *law and political economy* a Yale<sup>13</sup>, i quali condividono con i *Crits* una posizione progressista ed una vocazione al ripensamento sistemico delle strutture del *legal process* statunitense, senza tuttavia esasperare l'ipotesi dell'indeterminatezza, fino a rendere politicamente impotente ogni tentativo di uso contro-egemonico del diritto. La questione viene affrontata in un bel saggio di Talha Syed che, seppure ad oggi inedito, sta facendo molto discutere<sup>14</sup>. La materia del contendere non poteva che essere la proprietà e la sua capacità di fungere da scudo a tutela dei subalterni e non solo da spada per formalizzare rapporti di forza squilibrati. È evidente che la tesi dell'indeterminatezza, che Syed presenta come una degenerazione post-moderna del nichilismo giuridico di ispirazione realista<sup>15</sup>, finisca per favorire la proprietà spada rispetto a quella scudo, privandola di quel salvagente della forma di cui alla lezione di Natalino Irti<sup>16</sup>.

È quindi proprio intorno alla proprietà (magari pure nella sua versione ad uso degli "have nots", ossia la *privacy*) che si sta svolgendo una partita di grande interesse in cui la dialettica materialista, con la propria capacità di dar pieno riconoscimento alle trasformazioni tecnologiche dei processi di produzione, può offrire un contributo essenziale. In effetti, nulla è più indeterminato e dunque politicamente incapace di produrre emancipazione, di un sistema di regole proprietarie privo di baricentro teorico, disperso in un rivolo burocratico di norme prive della sufficiente astrazione, e inadatte per ciò stesso a segnare qualche punto fermo e a porre in essere un vettore interpretativo dotato di coerenza e non interamente sovvertibile. Fra le righe di quest'ultimo capoverso appare l'identikit del libro III del Codice Civile Italiano alla luce della critica di Antonio Gambaro<sup>17</sup>, la cui indeterminatezza non pare strutturale ma contingente alla sua vetustà e alla povertà della tecnica di codificazione.

Non è certo questa la sede per scomunicare Duncan Kennedy rivendicando un nucleo di determinatezza capace di divenire vincolante in modo per così dire interclasse (e dunque potenzialmente produttivo di contro-egemonia). Si tratta piuttosto di imparare la lezione dei *Crits*

<sup>13</sup> Il "The Law and Political Economy Project" è consultabile online all'indirizzo [lpeproject.org](http://lpeproject.org).

<sup>14</sup> T. Syed, *Legal Realism and CLS from an LPE perspective*, consultabile online all'indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4601701](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4601701) (postato 14 novembre 2023).

<sup>15</sup> Si vedano sul punto G. Gilmore, *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1991, 67 ss. e 95 ss.; Du. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, cit., 82-92.

<sup>16</sup> N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

<sup>17</sup> A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2017.

e sottoporre a un ambizioso ripensamento sistemico da parte di una nuova generazione della civilistica italiana, l'intero impianto della proprietà. Una tale operazione non si può più procrastinare, a pena di consentire all'anti-diritto di dilagare definitivamente, ovviamente a favore del potere<sup>18</sup>. In pieno riconoscimento della dialettica con un potere politico ormai irrimediabilmente catturato, questa operazione deve avere tratti squisitamente professionali (nel senso migliore del termine) e deve essere condotta nell'ambito di un significativo e decisamente rinnovato sforzo politico-organizzativo in cui la civilistica italiana possa dimostrare da un lato di essere capace di integrità (evitando di essere *catturata* da interessi e poteri forti) dall'altra di sapersi sporcare le mani uscendo finalmente da una dimensione autoreferenziale che da anni la rende intellettualmente e eticamente debole e celebrativa di dinamiche di conservazione.

3. Da lungo tempo la dottrina giuridica italiana lamenta la perdita di centralità della proprietà fra le categorie ordinanti del diritto<sup>19</sup>. Tante voci, non soltanto di privatisti<sup>20</sup>, si sono levate per suonare un campanello d'allarme su come la perifericità del terribile diritto, lungi dal costituire una evoluzione capace di aprire scenari di emancipazione (come ci si illuse fino alla fine dei trenta gloriosi), abbia invece lasciato priva di munizioni, proprio quando più necessarie in era neolibérale, la "lotta per il diritto"<sup>21</sup>.

Senza uno strumento flessibile di autonomia capace di rendere effettivo *erga omnes* il diritto dei privati ed intrappolati da lasciti ideologici e tecnici del tempo in cui il diritto ancora poteva ergersi sopra all'economia per dettarne le regole, i giuristi cultori delle proprietà hanno via via ridotto le loro ambizioni. Incapaci di comprendere, per limiti culturali evidenti, smottamenti tettonici nelle strutture portanti del capitalismo del nuovo millennio, essi si sono fatti travolgere dai cambiamenti tecnologici della società post-industriale. Senza ambizione teorica, il destino è la chiusura in un letto di Procuste asfittico e marginale.

A ben vedere, infatti, la proprietà, che ancora costituiva struttura giuridica dominante in condizioni di capitalismo agrario, data la man-

<sup>18</sup> Ancora recentissimo, U. Mattei, *Concealed Feudal Privilege: The Past and the Future in the Making of Property Law*, in «12 Texas A&M Journ. Prop. Law.», 2024, pp. 319-330.

<sup>19</sup> Si veda, a titolo di esempio, P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in «Rivista di diritto civile», 1972, I, 1 ss.

<sup>20</sup> Vedi M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del corso di Diritto Amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-63*, Roma, 1963; in diversi settori, R. Sacchi e A. Toffoletto (a cura di), *Esiste uno stile giuridico neolibérale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019.

<sup>21</sup> Per tale espressione l'ovvio rimando è a R. Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it., Bari, Laterza, 1960.

tenuta centralità del fondo rustico come substrato economico di riferimento, ha paradossalmente sofferto la dinamizzazione tipica della produzione industriale, la pressione pluriclasse dell'urbanizzazione, e financo le condizioni della società mercantile<sup>22</sup>. In tutte queste trasformazioni economiche e sociali, la reazione della proprietà è stata sempre progressivamente centrifuga rispetto a quel ruolo di categoria ordinante centrale<sup>23</sup> che le era stato attribuito dalla rivoluzione borghese<sup>24</sup>. Essa si è scomposta in tanti sottoinsiemi, rinunciando alla ricerca di principii unificanti trasversali alle tipologie dei beni. Ciò in parte è sicuramente dovuto in Italia e in genere nella tradizione romanista ad un archetipo fisicista che ancora imprigiona i giuristi, ma la storia non è tutta qui. Le proprietà pugliattiane<sup>25</sup> hanno rafforzato questa rinuncia alla centralità ordinante, sacrificata sull'altare del positivismo normativo e lo stesso impatto ha avuto la tecnica codificatoria tanto cara a Vassalli<sup>26</sup> di un continuo rinvio alla legge speciale<sup>27</sup>.

4. Tuttavia, la rinuncia alla centralità ordinante della proprietà, che ha lasciato priva di robustezza teorica financo la dottrina dell'impresa e dell'azienda, soprattutto quando presentatasi nella forma della decodificazione operata sotto pressione da parte di istanze sovranazionali, costituisce una rinuncia di *ius* a favore di *lex*. La legge speciale, infatti, si è dimostrata esito del braccio di ferro politico, del conflitto fra interessi privati organizzati, dell'obbedienza miope a dettami provenienti dall'alta tecnocrazia. Tutti tratti apertamente politici della legge, che sono assai meno presenti, e comunque assai meglio mimetizzati, in *ius*. Al di là della falsa coscienza borghese, la sapienza civile, se ben coltivata e arricchita di reale cultura non solo giuridica ma anche economica e sociale, può quanto meno scoraggiare l'arbitrio, l'irrazionalità ed il pugno sul tavolo del potere eccedente.

<sup>22</sup> Si veda di recente, A. di Robilant, *The Making of Modern Property. Reinventing Roman Law in Europe and its Peripheries (1789-1950)*, Cambridge, 2023.

<sup>23</sup> Sul potenziale della proprietà come categoria ordinante si consenta un rinvio a U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, 3ª ed., Torino, 2025, 43 ss.

<sup>24</sup> Sul tema può leggersi la vasta e colta produzione di Paolo Grossi e, in particolare, P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992; Id., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.

<sup>25</sup> S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, ora in Id., *La proprietà e il nuovo diritto*, Milano, 1954.

<sup>26</sup> F. Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in AA.VV., *La Concezione Fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, 102 ss. Sul punto, si veda del compianto e illustrissimo Maestro e amico recentemente scomparso G.B. Ferri, *Filippo Vassalli, Codice civile e categorie concettuali*, in «Ritorno al diritto», 7, 2008, 17.

<sup>27</sup> Sulla codificazione ed il suo stile, classico resta P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991. Si veda altresì Id., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013.

Se viene meno la proprietà come istituto cardine e fonte primaria di *ius*, primigenia nello sviluppo della *Western legal tradition*<sup>28</sup> e chiave di emancipazione durante la rivoluzione borghese, essa perde insieme al ruolo unificante anche quello di scudo a protezione dell'idiosincrasia e dell'anticonformismo (ancorché classista) e diviene mera clava nelle mani della classe dominante contro quella dominata, degli abbienti contro i diseredati, dei pochi contro i molti, proprio come, a dispetto della retorica rivoluzionaria, emerge dai *Federalist Papers*.

La proprietà, al contrario, è connaturata a *ius* quando non è spada ma scudo, quando offre un terreno di sperimentazione per i diversi rimedi che credibilmente e realisticamente possono darsi al proprietario per difendersi contro il potere: sia esso, come un tempo, quello dello Stato, sia esso, come in era neoliberale, quello privato, sia esso, come oggi, quello opaco e irraggiungibile della tecnologia informatica nelle mani di cinque grandi *corporation*.

Ovviamente, in una società pluriclasse quale la nostra, soprattutto alla luce di una Costituzione incentrata sul principio lavoristico e dell'economia sociale di mercato<sup>29</sup>, lo scudo giuridicamente più efficiente non può certo essere riservato agli abbienti. Esso deve essere messo a disposizione anche dei non proprietari, non solo facendo tesoro della natura inevitabilmente relazionale di un istituto così strettamente legata alle relazioni produttive, ma anche, uscendo dalla categoria dell'*avere*, aprendosi alla dimensione sempre più contestata dell'*essere*<sup>30</sup>.

Se è vero che la proprietà è archetipo del diritto soggettivo assoluto (particolarmente dal punto di vista rimediale) avendone costituito la struttura di riferimento, prima che quest'ultimo si libbrasse oltre il legame con beni materiali per proteggerne di sempre maggiormente eterei, legati a categorie dell'identità personale e dell'essere, non è detto che il cordone ombelicale reciso non possa essere sostituito da una relazione di reciproco arricchimento esperienziale, proprio in nome di principi come l'effettività e la tutelabilità in una società sempre più complessa. In altri termini, non sarà difficile osservare, per esempio, come dal punto di vista rimediale la *privacy* non sia che la proprietà dei non abbienti sul proprio corpo e sul proprio agire, o se si

<sup>28</sup> La proprietà è concetto talmente iconico nella tradizione giuridica occidentale da esser stata addirittura definita "il guardiano di tutti gli altri diritti" (J.W. Ely jr., *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2007).

<sup>29</sup> Un recentissimo lavoro che tenta di recuperare tali nozioni e valori costituzionali è A. Somma, *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione*, Roma-Bari, 2024.

<sup>30</sup> Ho affrontato la questione del diritto di proprietà fra essere e avere in U. Mattei, *Senza proprietà non c'è libertà. Falso!*, Roma-Bari, 2014. Si consenta il rinvio a U. Mattei, *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, Milano, 2022 per un approfondimento del ruolo dei diritti borghesi di prima generazione in funzione contro-egemonica.

preferisce sulla sfera del proprio sé, (la data di pubblicazione del classico di Warren e Brandeis parla da sola sulle esigenze dell'affollata società pluriclasse<sup>31</sup>); così come non è difficile vedere la teoria della *new property* estensibile ad esempio a posti di lavoro un tempo tutelati con la reintegrazione (*property rule*)<sup>32</sup>; o ancora la dialettica fra soggetto ed oggetto (di cartesiana discendenza), cristallina nelle prime teorizzazioni borghesi della proprietà assoluta, stingersi nella dinamica complessa della proprietà dei beni di produzione, dall'impresa, all'azienda, al *nexus of contracts*, che ne determina il funzionamento concreto<sup>33</sup>. La fenomenologia muta rapidamente nella transizione dall'essere all'essere, dal dominio fisicista a quello cognitivo, ma non muta l'esigenza di una robusta categoria di riferimento o, se preferiamo, di un robusto scudo teorico di difesa non massimalista ma razionale, relazionale ed effettiva.

Solo con questa consapevolezza la lezione sulla contrapposizione degli interessi concreti in conflitto, che fu cara a Jhering, può continuare a restituire realismo all'analisi giuridica (non è un caso che il realismo giuridico statunitense discenda direttamente dalla giurisprudenza degli interessi, vera rottura col concettualismo astratto e massimalista). Perché ad esempio la logica dell'art. 844 cod. civ. che esclude dai poteri idiosincratichi del proprietario quello di impedire ingerenze *oggettivamente per lui tollerabili date le circostanze* non potrebbe fungere da criterio estensibile anche a diritti soggettivi di altra natura, dalla *privacy* alla salute all'identità personale ecc. ecc.?

5. Qualsiasi sviluppo oltre la desolazione teorica che le forze centrifughe di un capitale sempre più riluttante ad essere ordinato dal diritto hanno determinato in una lunga stagione di studi proprietari settorializzati, richiede prima di tutto consapevolezza di quanto avvenuto in questo primo quarto del secolo XXI. Serve un punto della situazione, prodromico a una necessità forte di riscrittura praticamente completa del Libro III del Codice Civile, anche per misurare le forze culturali che una nuova generazione di giuristi italiani è in grado di mettere in campo. Serve qualcosa di simile a quello che fu novant'anni orsono il Convegno sulla *Concezione fascista della proprietà privata*<sup>34</sup> che, nel bene e nel male, restituì un'idea di quanto fosse possibile fare in quelle circostanze, seppur suonando a morto la campana della fun-

<sup>31</sup> S.D. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in «Harvard Law Review», vol. 4, 1890, 193.

<sup>32</sup> C. Reich, *The New Property*, in «Yale Law Journal», vol. 73, 1964, 773.

<sup>33</sup> Sono tematiche discusse in U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, San Sepolcro, 2018, 93 ss.

<sup>34</sup> AA.VV., *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, con scritti di tutti i maggiori giuristi dell'epoca fra cui Barassi, Cariota Ferrara, Ferrara, Mossa, Pugliatti, Santi Romano, Vassalli.

zione sociale della proprietà privata nella codificazione che sarebbe stata promulgata nove anni dopo.

In questa lunga stagione neolibérale che forse volge al termine è mancata soprattutto una visione teorica unificante, capace di far tesoro dell'evoluzione storico-politica in corso, per dar vita a una "proprietà generativa" in grado di riscattare l'istituto dominicale dal proprio legame apparentemente indissolubile con estrattivismo e dominazione<sup>35</sup>. È giunto il momento di andare oltre la postura rinunciataria, rassegnata alla decodificazione e alla ricezione acustica e interrogare le forze culturali in campo.

Il potere sarà finalmente in grado di comprendere che esistono in Italia le competenze per una ricodificazione seria del diritto dei beni o farà di nuovo orecchie da mercante come fu con la Commissione Rodotà?<sup>36</sup>

Non è soltanto il momento di raccogliere il passo in avanti teorico percorso durante una lunga stagione di studi sui beni comuni, la quale ha largamente dimostrato come la mancanza di solide e condivise tassonomie giuridiche evolutive, oltre al pubblico e al privato, apra la strada a ogni arbitrio ai danni di bisogni fondamentali delle generazioni presenti e future<sup>37</sup>. Questo aspetto, coniugato con la riforma dell'Art. 9 Costituzione, costituisce una chiave di lettura necessaria per una riscrittura, ad esempio, delle norme relative alla proprietà urbanistica<sup>38</sup>, che facendo tesoro di una delle più lucide lezioni di Duncan Kennedy metta al centro il problema della gentrificazione<sup>39</sup>.

Si tratta anche di vedere come la costruzione nel trentennio glorioso dei diritti sociali di seconda e terza generazione, abbia generato una immagine della proprietà come categoria obsoleta, ultimo privilegio di un ordine antico, spada oppressiva piuttosto che scudo, che il nostro compromesso costituzionale sociale avrebbe consentito di superare, nell'ambito di un processo di decodificazione e di trasferimento alla normativa speciale e al diritto amministrativo di ampi po-

<sup>35</sup> U. Mattei, voce *Proprietà (nuove forme di)*, in «Enciclopedia del diritto», Annali V, Milano, 2012, 1117.

<sup>36</sup> Sui lavori della Commissione Rodotà, U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

<sup>37</sup> Si vedano almeno, M.R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; Ead., *The Commons as a Legal Concept*, in «Law and Critique», vol. 28, 2017, 61; A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni Comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano, 2016.

<sup>38</sup> R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino 2020.

<sup>39</sup> Du. Kennedy, *Reassessing Rent Control: Its Economic Impact in a Gentrifying Housing Market*, 101 in «Harvard Law Review», vol. 101, 1988, 1835. Il suo impegno concreto persiste vedi Du. Kennedy, *In defense of Rent Control and Rent Caps*, consultabile online all'indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4371454](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4371454) (postato 3 marzo 2023).

teri di limitazione. Purtroppo, invece questo indebolimento teorico della proprietà ha finito per far dimenticare il suo essere matrice dei diritti di prima generazione, i quali necessiterebbero di rafforzamento non di indebolimento al crepuscolo emergenziale ed autoritario del neoliberalismo<sup>40</sup>.

Prima ancora di immaginare gli sviluppi necessari *in primis* alla sopravvivenza di quello che resta l'istituto cardine di ogni ordine che voglia difendere alcuni tratti del costituzionalismo liberale, è importante che la dottrina possa disporre dei materiali necessari per una ricostruzione della concezione neoliberale della proprietà, del progressivo indebolimento dell'istituto, delle minacce e delle trasformazioni che lo investono. Non possiamo fingere di non vedere una accelerazione tecnologica senza precedenti di poteri di controllo da remoto dei beni che sfidano tanto l'idea di proprietà quanto quella di possesso, trasformando ogni acquirente di un bene demotico (*smart phone, personal computer, tablet, elettrodomestici, automobili ecc. ecc.*) in un mero detentore di beni su cui il venditore, che solo a livello declamatorio ha trasferito la proprietà, mantiene poteri di controllo estesissimi<sup>41</sup>.

Nell'era neoliberale, si sono poste le premesse per una trasformazione radicalissima del mondo che dovrebbe essere governato dal diritto. Il virtuale rende l'ambiente delle nostre relazioni sociali una specie di fata Morgana, in cui la stessa separazione positivista fra soggetto e oggetto si mostra molto meno solida di quanto appaia. Il neoliberalismo ha aperto le porte alla rivoluzione cognitiva, al capitalismo della sorveglianza<sup>42</sup>, alla costruzione dell'informazione tradotta in *dati* (o meglio sarebbe dire *catturati*) come nuova proprietà o almeno nuovo bene, oltre le angustie della proprietà intellettuale, in un mondo in cui virtuale e reale non sono distinguibili<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Su queste tendenze, con atteggiamento talvolta partecipativo, talaltra critico si rilegga; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2013.

<sup>41</sup> Qui si deve rimandare a J.A.T. Fairfield, *Owned. Property, Privacy and the New Digital Serfdom*, Cambridge, 2017.

<sup>42</sup> S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it., Roma, 2019; A. Greenfield, *Tecnologie radicali. Il progetto della vita quotidiana*, trad. it., Torino, 2017.

<sup>43</sup> Su questi temi, che costituiscono il filone della mia più recente riflessione, mi si consenta un rinvio a U. Mattei, voce *Smart*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere e Arti Treccani*, X App., vol. II, 2020, 525; Id., *Do Smart Things Make us Dumb? Reflections on the Addiction Crisis of Cyborg Consumerism*, in «Rev. Eur. Droit la Consomme / Eur. J. Consum Law», 2020, 613; Id., *The Death of the Law*, in «Global Jurist», vol. 23, 2023, 1; *The Legal Metaverse and Comparative Taxonomy: A Reappraisal*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 72, Issue 1, 2024 (forthcoming); *False Conscience. Sustainability and Smart Evolution Between Law and Power*, in «International Journal for the Semiotics of Law», vol. 37, 2024, pp. 1557-1567; Id., *La fine del diritto. La grande sostituzione tecnologica nell'era nuova*, Milano, 2025 su cui apre la discussione F. Astone, *La fine del diritto*, in questa «Rivista», 2025, p. 609 ss.

6. Proprietà, possesso, detenzione, beni, strumenti di tutela, limiti, i fondamenti delle nostre tassonomie vanno ripensati e ricodificati. Si tratta di un lavoro necessario che deve partire da una discussione aperta soprattutto fra i giuristi delle nuove generazioni. L'Italia è un paese che invecchia e con esso è invecchiato il suo diritto. Serve uno scossone consapevole.

È necessaria una presa d'atto, un sorvolo ricognitivo dall'alto, magari un po' iconoclasta (cioè capace di sfidare le vecchie gerarchie del potere anche accademico) per una ripulitura degli strumenti di lavoro del giurista, *in primis* le tassonomie e le norme, da incrostazioni ermeneutiche ed accumuli di senso che rendono impossibile distinguere ciò che resta importante da ciò che va considerato contingente od obsoleto<sup>44</sup>.

In Italia, di fronte ad un ceto politico che rincorre riforme di facciata, che non mostra alcuna sensibilità per la tecnica di redazione chiara delle norme, che anzi fa dell'opacità furbesca ed ambigua la cifra della propria azione politica, è necessario che il ceto dei giuristi rialzi la testa, rivendichi un ruolo forte nella politica del diritto del paese, si applichi su impegni ambiziosi. Ovviamente per farlo deve recuperare prima di tutto integrità e indisponibilità al mercimonio anche nelle proprie prassi autopoietiche, se vuole restituire credibilità al professionalismo serio di fronte al degrado della politica. Oggi è in gioco la stessa esistenza del giurista, perché non utile ma *inutile idiota* del capitale che oggi può rimpiazzarlo con Intelligenza Artificiale e *smart contracts*<sup>45</sup>.

Nella storia, il giurista deve il suo successo non dall'esser servo del potere ma dall'esserne guardiano, a volte stimolo, capace di fornire gli strumenti per un governo razionale, idealmente perfino democratico, della nostra società<sup>46</sup>. Più che mai in questa fase di dominio della tecnica e dell'economia, bisogna immaginare strumenti democratici per il suo governo. Una nuova codificazione basata su nuove tassonomie per quello che resta l'istituzione più centrale dell'ordine capitalistico è un impegno che non può essere rimandato. *La proprietà ridotta dal neoliberalismo a istituzione economica deve tornare ad essere una istituzione giuridica, al centro del nostro codice*. Nulla meno di questo deve domandare compatta la più consapevole dottrina del nostro paese.

<sup>44</sup> In questo senso forse si potrebbe tracciare un immaginario *file rouge* metodologico tra quanto qui sostenuto e l'attività di *trashing* quale strumento di lavoro con il quale i *Crits* "scartavano" la teoria giuridica per mostrarne contraddizioni e tensioni interne, su cui M.G. Kelman, *Trashing*, in «Stanford Law Review», vol. 36, 1984, 293.

<sup>45</sup> U. Mattei, *La fine del diritto*, cit.

<sup>46</sup> A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in «Foro Italiano», V, 1983, 85 ss.

7. Insomma, con Duncan Kennedy la civilistica italiana potrebbe imparare a diventare un po' più *crit*, ossia un po' più ambiziosa dal punto di vista organizzativo, rivendicando un ruolo forte nella politica del diritto; potrebbe poi essere un po' meno succube delle dinamiche di potere (professionale e accademico) che finiscono per farle perdere credibilità, rendendola ripetitiva, metodologicamente invecchiata e di conseguenza impotente. Del resto, *mutatis mutandis*, dinamiche accademiche distorsive della possibilità, se non altro sublime, di un controllo di *ius* su *lex*, le aveva ben colte anche Duncan Kennedy nel volume dedicato alla *law school* come sistema di riproduzione delle gerarchie del potere<sup>47</sup>, in un contesto, quello statunitense, in cui la corruzione è più sottile rispetto a nepotismo e simonia, ma non meno deleteria per la capacità del giurista di presentarsi come protagonista credibile di un controllo sull'arbitrio politico.

Non solo urgono *impegni di prassi* quale quelli suggeriti nel precedente paragrafo (etica nell'autopoiesi e impegno concreto per la ricodificazione)<sup>48</sup> perché la nostra dottrina possa conquistarsi un ruolo importante nella lotta globale per il diritto. Soprattutto, occorrerebbe minore ignoranza dei contesti variegati in cui la riflessione civilistica si riproduce, sia quelli più squisitamente locali<sup>49</sup> che quelli di portata geopolitica globale.

Anche in quest'ultimo ambito, con la sua ambiziosa tassonomia delle tre globalizzazioni, (tutta incentrata sulla diffusione del sapere civilistico) Duncan Kennedy ha dimostra la forza culturale che un privatista davvero cosmopolita può sprigionare, se consapevole dei contesti in cui è chiamato a operare<sup>50</sup>. Purtroppo, in Italia permane e sembra paradossalmente consolidarsi il parrocchialismo della nostra dottrina civilistica, i cui orizzonti mai superano gli ormai asfittici confini dell'Europa atlantica<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Du. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System* (1983), New York, 2007 (si cita qui l'edizione critica con la post-fazione dell'A. e i commenti di altri *scholars* come Carrington o Halley i quali hanno messo in luce la rilevanza del testo kennediano).

<sup>48</sup> U. Mattei, *Idee e tecniche per la ricodificazione del diritto privato*, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», vol. 25, 2019, 1-7.

<sup>49</sup> Si vedano, per la situazione italiana una lettura (più indulgente allora di come la darei adesso) in U. Mattei, P.G. Monateri, *Faculty Recruitment in Italy. Two Sides of the Moon*, in «The American Journal of Comparative Law», vol. 41, 1993, 427.

<sup>50</sup> Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, 19-73.

<sup>51</sup> Sono pochissimi i tentativi dei civilisti italiani di *imparare* da contesti diversi rispetto al Nord-Europa e gli Stati Uniti trattandoli come *contesti di produzione*. Si veda per una ricostruzione che mette al centro l'esperienza latino-americana R. Miguez Núñez, *La proprietà ecologica. Teoria e strumenti civilistici per una gestione responsabile del suolo*, Napoli, 2025. Si veda inoltre, U. Mattei, L. Ghuan-gua, E. Ariano, *The Chinese Advantage in Emergency Law*, in «Global Jurist», vol. 21, 2021, 1 ss.

La dottrina americana, proprio in virtù di una apertura culturale che ha operato come capacità mimetica rispetto a processi corruttivi (di matrice classista), ha saputo porsi, dal *New Deal* in avanti<sup>52</sup>, come secondo circuito di controllo tecnico/giuridico del potere politico a fianco della giurisprudenza. La presenza di *due circuiti* tramite i quali *ius* controlla *lex*, non uno soltanto, come per le Corti nella tradizione di *common law* o la dottrina accademica in quella tedesca, dominante a livello globale ancora ai tempi del primo realismo<sup>53</sup>, ha contribuito a determinare l'egemonia statunitense sul diritto globale contemporaneo, quanto meno sulla terza globalizzazione, nell'accezione di Duncan Kennedy<sup>54</sup>.

Kennedy ha saputo individuare e spiegare l'egemonia statunitense nella terza globalizzazione, quella iniziata nel dopoguerra, ma il suo lavoro di decostruzione ha piantato i primi chiodi nella bara della capacità seduttiva del sistema dominante. La terza globalizzazione è avvenuta anche grazie alla diffusa ingenuità professionale di credere nella reale possibilità del diritto dottrale di controllare i processi politici, mantenendosi da essi rigorosamente distinto. Proprio Kennedy ed il movimento dei *Critical Legal Studies*, intervenendo a gamba tesa sul preteso recupero di formalismo ed astrazione dell'*Economic Analysis of Law*<sup>55</sup>, hanno gridato al mondo che il re è nudo. In questa *pars destruens*, la *Critique of Adjudication* e più in generale la nozione di indeterminazione semiotica hanno avuto straordinaria fortuna globale, contribuendo tuttavia al declino dell'egemonia americana. Quando Kennedy scriveva di terza globalizzazione non poteva immaginarne un tramonto così prossimo.

Chiaramente, la perdita di egemonia di un sistema giuridico è anche, forse principalmente, un fatto economico-politico (i tedeschi cedono la torcia dell'egemonia dopo i processi di Norimberga) e se anche i *Crits* fossero stati capaci di diventare maggioritari nell'accademia USA, probabilmente non avrebbero avuto un effetto tanto dirompente sulla credibilità del sistema quanto la scoperta partigianeria della

<sup>52</sup> M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, trad. it., 2004, spec. 401 ss.

<sup>53</sup> Si tratta del tema della *spiegazione* e non mera descrizione della circolazione modelli giuridici, sulla quale si veda E. Grande, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000. Sia consentito pure un rinvio a U. Mattei, *Il diritto giurisprudenziale globalizzato e il progetto imperiale. Qualche spunto*, in «Politica del diritto», 2005, 85; Id., *Why the Wind Changed. Intellectual Leadership in Western Law*, in «The American Journal Comparative Law», vol. 42, 1994, 195.

<sup>54</sup> Du. Kennedy, *Three Globalizations*, cit.

<sup>55</sup> Si vedano, a titolo di esempio, Du. Kennedy, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, in «Stanford Law Review», vol. 33, 1981, 387; Id., *Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, London, 1998, 465.

Corte Suprema e la folle legislazione emergenziale con cui si è aperto in nuovo secolo. Sia come sia, mi pare un fatto che, con l'involuzione anti-diritto dovuta alla resa definitiva alle *corporation*<sup>56</sup> non solo della democrazia rappresentativa ma anche più in generale dell'intero sistema costituzionale degli Stati Uniti<sup>57</sup>, non possa che aprirsi una quarta globalizzazione in risposta al tramonto di credibilità professionale del modello statunitense che aveva dominato la terza.

Le trasformazioni tecnologiche che travolgono ruolo struttura e funzione della proprietà privata, rendendo imperativo uno sforzo di riflessione e riforma adeguato, spinge ad immaginare che a globalizzarsi possano essere forme di anti-diritto, ossia delle vie di fatto tecnologicamente mediate. Ma forse una lettura geopolitica più sofisticata sarebbe necessaria, con l'emersione dei paesi BRICS, il loro desiderio di fare uso del diritto in un nuovo mondo multipolare, e la necessità imperiosa di recuperare qualche forma di verità in processi politici sconvolti dal marketing e dalle camere dell'eco<sup>58</sup>.

Duncan Kennedy ci ha insegnato molto e ci fa immaginare una strada che si potrebbe seguire in Italia per operare una critica sistematica del diritto dei beni (e dunque delle dinamiche del potere proprietario) non astratta ma calata in concrete necessità di politica del diritto. Tuttavia, per procedere in modo avvertito, consapevole delle potenzialità e dei limiti del percorso indicato, in un contesto che pare oggi irrimediabilmente periferico quale quello dell'Italia in declino, abbiamo ancora forse bisogno di qualcosa. Una riflessione matura sulla quarta globalizzazione ad opera di un Duncan ottuagenario sarebbe un regalo inestimabile per la comunità giuridica internazionale, non soltanto un viatico prezioso per un percorso trasformativo che la civilistica italiana dovrà comunque intraprendere.

<sup>56</sup> Si pensi a casi come *Citizens United v. Federal Election Commission*, 588, U.S. 310 (2010) o *Hobby Lobby*, sui quali più estensivamente si veda U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, 5ª ed., Torino, 2018, 151-155.

<sup>57</sup> Si veda per una disamina aggiornatissima di questi problemi E. Grande, *Un connubio inconciliabile: legittimazione democratica e imparzialità di giudici e prosecutors negli Stati Uniti*, in «Questione Giustizia», 1, 2024 ed i rinvii ivi contenuti alla produzione dell'Autrice.

<sup>58</sup> Provo a muovere qualche passo in questa direzione con il progetto TOL-ZUMO sull'economia politica del diritto nei paesi Brics presso l'International University College of Turin (IUC). Vd. [www.iuctorino.org](http://www.iuctorino.org).



## L'analisi distributiva nella teoria critica del diritto di Duncan Kennedy

Fernanda G. Nicola

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impatto distributivo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. – 3. L'analisi distributiva applicata al diritto dell'Unione Europea. – 4. Il diritto Privato Europeo. – 4.1 Conseguenze distributive nel diritto europeo dei consumatori. – 4.2 Le tre fasi dell'analisi distributiva del diritto privato Europeo. – 5. Conclusione: Cosa manca nell'analisi distributiva?

1. Ci sono diverse ragioni per considerare per cui un approccio critico alla giurisprudenza delle corti è di per sé un tributo all'imponente lavoro di Duncan Kennedy<sup>1</sup>. Mentre lo studio del formante giurisprudenziale è un classico "field" nel diritto Statunitense, o nel common law, anche per i giuristi continentali lo studio delle sentenze dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGEU) rappresenta un'opportunità per gli studiosi interessati all'integrazione, alla decolonizzazione e alla globalizzazione attraverso lo studio di precenti e casi nella giurisprudenza europea. Nei suoi anni formativi all'inizio degli anni '60, quando la Corte di Giustizia stabiliva dottrine rivoluzionarie del diritto dell'Unione, questa utilizzava tecniche innovative al di là del formalismo giuridico attraverso l'interpretazione teleologica o l'uso di sfumature linguistiche per far sì che le sue decisioni venissero accettate negli Stati membri. Questo approccio intrigante è stato un punto focale nel campo degli studi sul diritto dell'UE. Studiosi come Eric Stein e Hjalte Rasmussen lodarono o criticarono la Corte, riflettendo le opinioni polarizzate che circondavano le sue decisioni "rivoluzionarie"<sup>2</sup>. Tuttavia, nonostante questi punti di vista innovativi sulla giurisprudenza europea, la comunità giuridica mancava di una ricerca empirica che esaminasse le conseguenze distributive e l'impatto delle sentenze della Corte di Giustizia sul diritto degli Stati membri, ciascuno caratterizzato da contesti politici ed economici distinti.

Infatti, la Corte di Giustizia, all'interno del sistema legale dell'Unione, ha un ruolo simile a quello della Corte Suprema degli Stati Uniti, come ultima autorità a cui è demandata la risoluzione delle questioni interpretative sull diritto Europeo. Di conseguenza, la corte

<sup>1</sup> Vedi Duncan Kennedy, *A critique of Adjudication: fin de siècle* (1998).

<sup>2</sup> Eric Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, 75 «Am. J. Int'l L.», 1 (1981); J.H.H. Weiler, *Epilogue: The Judicial Apres Nice*, in «The European Court of Justice», 215 (Gráinne de Búrca & J.H.H. Weiler eds., 2001). Vedi also, Hjalte Rasmussen, *The European Court of Justice* (1998) (flaunted the "judicial revolution" of the 1960s by offering very little empirical or historical context of such revolution on several fronts).

esercita un'influenza sostanziale nel definire l'ambito di integrazione Europea. La ricerca socio-economica contemporanea è andata oltre l'idea che la Corte di Giustizia, tramite le sue decisioni, sia stata la forza trainante dell'integrazione senza approfondire il suo contesto professionale di giudici, avvocati e impiegati pubblici che lavoravano dietro le scene del diritto europeo. Storici, sociologi e giuristi hanno chiarito che l'istituzione di dottrine giuridiche "rivoluzionarie" dell'UE sia stato uno sforzo collaborativo, che ha coinvolto una pluralità di attori nel processo decisionale giudiziario, compresi i servizi legali della Commissione, gli Stati membri, i giudici nazionali, e "Eurolawyers" coinvolti nel processo decisionale. Recenti analisi hanno cambiato l'impressione che la Corte di Giustizia Europea sia "nascosta nel paese fatato del Ducato di Lussemburgo", distaccata da pressioni sociali o politiche e impegnata segrete decisioni collegiali<sup>3</sup>. Invece, evidenziano come la Corte sia influenzata dalle notizie sui contrasti sociali che caratterizzano l'Unione Europea, con la conseguenza che i suoi membri, ed in particolare il Presidente, hanno preso posizioni pubbliche<sup>4</sup>.

In questo contributo, sottolineo l'importanza di un'analisi sull'impatto distributivo delle decisioni della Corte di Giustizia Europea attraverso un'analisi degli specifici casi inclusa la fase di contenzioso, la mobilitazione sociale, le posizioni espresse dalle parti coinvolte sulla distribuzione dei benefici presi in considerazione dai giudici o dagli avvocati generali della corte in Lussemburgo in modo più o meno esplicito. Prendo in considerazione anche la tendenza degli studiosi di diritto Europeo, con un approccio più legalistico, di sottovalutare l'approccio distributivo della giurisprudenza spesso caratterizzandolo come una mera "critica esterna" basata su un'analisi degli aspetti esterni socio-economici e storici che influenzano la decisione legale<sup>5</sup>. Per qualcuno questa potrebbe apparire un'analisi meno pertinente rispetto alla più familiare "critica interna" dei Critical legal Studies (CLS) che sottolineano l'incoerenza, indeterminatezza e individualismo sociale di un approccio legale formalistico<sup>6</sup>. Una ben motivata critica esterna obbliga gli studiosi ad analizzare in dettaglio gli aspetti del

<sup>3</sup> Vedi Eric Stein, *supra* note 3.

<sup>4</sup> Laure Clement-Wiltz, *La Bonne Europe du President Lenaerts*, in «Les récits judiciaires de l'Europe», Volume III, Diffusion, réception, circulation; Sous la direction d'Antoine Bailleux, Elsa Bernard, Sophie Jacquot et Quentin Landenne (2023); Michael Blauburger, Anita Heindlmaier, Dion Kramer, Dorte Sindbjerg Martinsen, Jessica Sampson Thierry, Angelika Schenk & Benjamin Werner (2018) ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence, «Journal of European Public Policy», 25:10, 1422-1441.

<sup>5</sup> Vedi Daniela Caruso & Fernanda G. Nicola, *Legal Scholarship and External Critique in EU Law*, in «Transformation of Reconstruction of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of Courts in the European Union», 221, 226 (Tamara Perišin & Siniša Rodin eds., 2018).

<sup>6</sup> Vedi Duncan Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies, Left Legalism/Left Critique*, Wendy Brown and Janet Halley eds (2002).

caso, il processo legale davanti alla corte del Lussemburgo, dando nuova luce su aspetti del quadro sociologico e storico dei magistrati, delle parti in contenzioso, dei funzionari della Commissione e della prospettiva dei consulenti legali che propongono differenti soluzioni al caso, ricorrendo sia a principi legali che a valutazioni di politica socio-economica<sup>7</sup>. Questo non solo evidenzia la sfida distributiva insita nel caso in esame e nel suo contesto specifico di contenzioso ma spazia anche attraverso l'area "geografica" del diritto europeo, modellando il modo nel quale viene "percepita" dai cittadini dell'Unione Europea<sup>8</sup>.

Nella parte finale questo articolo evidenzia la transizione delle conseguenze distributive all'interno di uno specifico ambito legale in differenti momenti storici. Le conseguenze "distributive" hanno portato a quello che vari studiosi di critica legale (CLS) chiamano "analisi distributiva" con cui spiegano il loro intervento in un particolare ambito legale con una consolidata interpretazione legale che era ideologicamente contaminata e pertanto empiricamente inaccurata<sup>9</sup>. Di conseguenza, gli studiosi CLS sotto la guida di Duncan Kennedy hanno portato avanti analisi distributive in vari campi incluso il diritto immobiliare<sup>10</sup>, il diritto di famiglia<sup>11</sup> and il diritto penale<sup>12</sup> per dimostrare che il dibattito tra gli studiosi era carente di critiche analitiche che includessero non solo critiche interne ma anche esterne al diritto. Nell'assenza di una tale analisi distributiva, gli studiosi, i magistrati e i lobbisti hanno permesso al diritto di creare nuove forme di oppressione perdendo la possibilità di distribuire risorse alla classe lavoratrice, e discriminando in base all'identità razziale o di genere.

<sup>7</sup> Vedi Tommaso Pavone, *From Marx to Market: Lawyers, European Law, and the Contentious Transformation of the Port of Genoa*, «Law & Society Review», 53 (3): 851-888 (2019); Virginia Passalacqua, *Legal mobilization via preliminary reference: Insights from the case of migrant rights*, 58 «Common Market Law Review», 3 (2021), 751-776.

<sup>8</sup> Vedi Symposium, *Dialogue and Debate: Symposium on Legal Geography and EU Law* 1 «Eur. L. Open», 1 (2022); Floris de Witte, *Here be Dragons: Legal geography and EU law*, 1 «European Law Open», 113-125 (2022).

<sup>9</sup> Vedi Duncan Kennedy, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, 2 «The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law», 465 (P. Newman, ed., Macmillan, New York, 1998).

<sup>10</sup> Vedi Duncan Kennedy, *The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: "Milking" and Class Violence*, 15 «Fla. St. L. Rev.», 485 (1987); Prabha Kotiswaran *Dangerous Sex, Invisible Labor: Sex Work and the Law in India* (2011).

<sup>11</sup> Vedi, Kerry Rittich and Janet E. Halley, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism* *American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, No. 4, 753 (2010). Hila Shamir, *The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Liberal Welfare States*, 58 «Am. J. Comp. L.», 953 (2010).

<sup>12</sup> Vedi Lama Abu Odeh, *Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt*, 37 «Vand. J.T. Ransnat'L L.», 1043 (2004), Lama Abu Odeh, *Crimes of Honor and the Construction of Gender in Arab Societies*, 58 «Am. J.Comp. L.», 911 (2010).

Questo articolo dimostra come l'adozione dell'analisi distributiva nell'ambito di due distinti e marginali ambiti del diritto europeo devia, in modo sostanziale, dalla metodo interpretativo considerato "mainstream" che non prende in considerazione una critica esterna per analizzare il diritto Europeo. Peraltro, diventa anche evidente come una critica esterna al diritto Europeo utilizzando solo un'analisi distributiva non sia di per se sufficiente nell'esaminare il potere degli attori coinvolti nel conflitto legale, storico e sociale. Infatti il sottostante liberalismo legale che costituisce il contesto intrinseco del sistema legale europeo è messo in questione ma non viene rimpiazzato dall'analisi distributiva. Questa analisi non offre una via d'uscita ma offre una visione chiarificante dell'intricato gioco di battaglie sociali e influenze politiche, profondamente caratterizzate dal patriarcato, colonialismo e razzismo che sono parte dell'evoluzione del diritto europeo e della sua giurisprudenza<sup>13</sup>.

L'analisi distributiva rappresenta quindi la parte più empirica dell'approccio dei CLS con molti esempi sul campo ed in particolare quello della gentrificazione urbana come dimostrato dal lavoro dello stesso Duncan Kennedy sulla granzia implicita di abitabilità<sup>14</sup>. Andando oltre alla critica esterna del diritto, limitati tentativi sono stati fatti per costruire una robusta alternativa al liberalismo legale, con un impegno ad una uguaglianza sociale tramite una "giurisprudenza della distribuzione" che cerca di definire una "completa teoria della natura ed evoluzione di un sistema legale che incoraggia un alto livello di complessità sociale"<sup>15</sup>. Questo approccio sembra allinearsi più con un funzionalismo sociologico positivo che su una sostanziale comprensione del diritto basata su modelli di produzione, e di economia politica del diritto. Basandosi su questi elementi, una nuova generazione di studiosi del diritto è ora attivamente impegnato nello sviluppare un paradigma che da importanza ad una visione sia sostanziale del diritto ed empirico attraverso il diritto dell'economia politica (LPE)<sup>16</sup>, attaccando le fondamenta economiche e politiche delle premesse del liberalismo legale<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Vedi Federici, *Caliban and the Witch: Women, the Body and Primitive Accumulation* (2003); Cedric J. Robinson: *On Racial Capitalism, Black Internationalism, and Cultures of Resistance* (2018).

<sup>14</sup> Vedi Duncan Kennedy, *The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: "Milking" and Class Violence*, 15 «Fla. St. U. L. Rev.», 485 (1987).

<sup>15</sup> Vedi Paulo Barrozo, University of Colorado Law Rev at p. 1056.

<sup>16</sup> Vedi Jedediah Britton-Purdy, David Singh Grewal, Amy Kapczynski & K. Sabeel Rahman, *Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis*, 129 «Yale L.J.» 1784 (2020); Angela P. Harris & James J. Varellas III, *Introduction: Law and Political Economy in a Time of Accelerating Crises*, 1 «J.L. & Pol. Econ.1» (2020). Brishen Rogers, *Capitalist Development, Labor Law, and the New Working Class*, 131:6 «Yale Law Journal» (2022).

<sup>17</sup> Vedi Thala Syed, *Did CLS Have (Much Of) Any Theory?* At <https://lpeproject.org/blog/did-cls-have-much-of-any-theory/putting-forward-a-theory-founded-on>

2. Per un periodo rilevante, gli studiosi di diritto europeo hanno sottovalutato come la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia influenzato le opportunità economiche dei cittadini ed i risultati distributivi impliciti del diritto giurisprudenziale provenienti da Lussemburgo. Sorprendentemente, gli studiosi hanno sottovalutato le conseguenze distributive anche se giudici dei singoli paesi, gli avvocati o i lobbisti includevano le conseguenze distributive nelle loro argomentazioni innanzi alle corti. Il tema delle conseguenze distributive tra i giuristi europei era considerato irrilevante dato che si considerava il diritto europeo come un ambito meramente dottrinale e formale senza tenere conto della sua portata empirica.

Tuttavia, sulla scia della crisi finanziaria del 2008, gli studiosi di diritto europeo hanno cominciato a prendere più seriamente l'impatto finanziario, distributivo e le conseguenze della giurisprudenza della Corte di giustizia come nella controversa giurisprudenza dei casi *Viking* e *Laval*. Questa saga giudiziaria sulla libera circolazione dei lavoratori e la direttiva sui lavoratori distaccati ha messo in luce l'inevitabile confronto tra capitale e lavoratori nell'integrazione europea e ha esacerbato le disparità salariali tra lavoratori dell'Europa orientale e occidentale<sup>18</sup>. Ciò ha portato a una diffusa protesta da parte dei sindacati all'attenzione degli studiosi di diritto comunitario sul fatto che sotto l'idea della libera circolazione dei lavoratori la Corte di giustizia aveva un potere incontrollato per bilanciare diritti e principi contrastanti tra capitale e lavoratori con enormi conseguenze redistributive in tutti gli Stati membri Europei<sup>19</sup>. Anche se questo approccio socio-economico al diritto comunitario non era una novità, come alcuni studiosi avevano già dimostrato ad esempio nella saga sull'apertura degli esercizi commerciali di domenica nel Regno Unito che ha avuto un enorme impatto distributivo a livello locale<sup>20</sup>, la saga di *Viking* e *Laval* segnò un punto di svolta nell'esame degli effetti distributivi delle decisioni della Corte di giustizia<sup>21</sup>.

two premises not tackled by CLS “denaturalizing political economy as an arena of irreducibly social relations and de-reifying law as a human artifact answering to human interests”.

<sup>18</sup> Vedi Damjan Kukovec, *Economic Law, Inequality and Hidden Hierarchies on the EU Internal Market* 38 «Mich. J. Int'l L.», 1 (2016).

<sup>19</sup> Vedi Julien Louis, *Litigation Strategies and the Political Framing of EU Law: Exploring the Archives of a Trade Union Lawyer in the Viking and Laval Cases* in «Researching the European Court of Justice: Methodological Shifts and Law's Embeddedness», 105-130 (Mikael Rask Madsen, Fernanda Nicola, & Antoine Vauchez eds., 2022); Jens Arnholtz, *Re-constructing the construction of Laval: studying EU law as a social interpretive process* in «Researching the European Court of Justice: Methodological Shifts and Law's Embeddedness», 261-285 (2022).

<sup>20</sup> Vedi Hans-W. Micklitz, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU: Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith Illustrated Edition* (2005).

<sup>21</sup> Vedi Damjan Kukovec, *Law and Periphery*, «European Law Journal», Vol. 21, No. 3, 406-428 (2015).

In questo contesto, l'impegno accademico è stato la chiave per delinearne gli effetti distributivi della giurisprudenza della Corte di giustizia che hanno avuto un impatto non solo sui lavoratori ma anche sui gruppi storicamente emarginati<sup>22</sup>. Più specificamente, si tratta di una forma di "critica esterna" che evidenzia gli effetti distributivi delle controversie legali e quindi di inserire i casi nella loro dimensione politica e empirica<sup>23</sup>. I giudici hanno un ruolo fondamentale nell'eliminare lo stigma o nel mantenere i privilegi di alcuni gruppi coinvolti nel contenzioso, o nell'influenzare le disuguaglianze di classe, di genere e basate sulla razza attraverso le loro decisioni<sup>24</sup>. Tuttavia, la critica esterna che attribuisce tale potere alle decisioni dei giudici non è stata accettata inizialmente tra gli studiosi di diritto europeo, data la diffusa convinzione nell'importanza di isolare la funzione giudiziaria dalla preoccupazione per l'impatto politico e distributivo dell'esito di ciascun caso.

Negli ambienti accademici europei, l'ipotesi istituzionale era che gli argomenti distributivi non appartenessero alla motivazione giudiziaria. Ciò è particolarmente vero nei tribunali continentali dove il principio di collegialità impedisce ai giudici di rivelare apertamente la loro opinione sul caso, nonché prendere una posizione chiara sul futuro impatto distributivo delle loro decisioni meramente interpretative<sup>25</sup>. Questo approccio istituzionale si concilia con l'argomento sostanziale secondo cui la giustizia distributiva non può essere un obiettivo dei giudici ma solo dei legislatori<sup>26</sup>. Tuttavia, l'approccio tradizionale dell'analisi economica del diritto diventata centrale grazie al lavoro di Richard Posner nel diritto statunitense e recepita nel diritto europeo, ha da tempo sostenuto che la distribuzione è stata perseguita in modo più efficiente e realizzata attraverso la tassazione mentre altre forme di trasferimenti che avvengono attraverso le corti sono limitati e inefficienti<sup>27</sup>. Contro tale corrente principale del diritto comunitario e l'effetto economico della sua giurisprudenza, l'opera di Leticia

<sup>22</sup> Vedi Tamara Perisin and Sam Koplewicz, *Blame it on Brussels: EU Law and the Distributive Effects of Globalization*, 14 «Croatian Yearbook Eur. L. & Pol'y», at vii (2018).

<sup>23</sup> Daniela Caruso & Fernanda G. Nicola, *Legal Scholarship and External Critique in EU Law*, in «Transformation of Reconstruction of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of Courts in the European Union», 221, 226 (Tamara Perišin & Siniša Rodin eds., 2018).

<sup>24</sup> Vedi Iyiola Solanke, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law* (2016).

<sup>25</sup> Vedi Paul Gragl, *The faceless court? The role of individual CJEU members* «Maastricht J. Eur. and Compar. L.» (2023) <https://doi.org/10.1177/1023263X231162771>.

<sup>26</sup> Caruso & Nicola, *supra* note 5, at 227.

<sup>27</sup> Vedi Duncan Kennedy, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, 2 «The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law», 465 (P. Newman, ed., Macmillan, New York, 1998).

Díez Sánchez ha dimostrato in modo convincente come, nel contesto della politica agricola comune, la politica di coesione, la tassazione diretta e la mobilità degli studenti, la Corte di giustizia europea è al centro della creazione e risoluzione dei conflitti distributivi poiché ha il potere di decidere “come i benefici e gli oneri dovrebbero essere ripartiti tra i soggetti del diritto dell’UE”<sup>28</sup>.

Negli Stati Uniti, il concetto di conseguenze distributive in relazione ad una decisione giudiziale è stato da tempo stabilito per esempio nella famosa opinione di Justice Brennan in *Penn Central v. New York* (1978)<sup>29</sup>. Secondo il suo ragionamento, i giudici devono considerare apertamente l’impatto distributivo della loro decisione. In questo caso specifico, lo sviluppo urbano deve essere valutato tenendo conto dello *ius aedificandi* dei cittadini<sup>30</sup>. In modo analogo, la decisione della Corte di Giustizia in *E Friz GmbH v. Carsten von der Heyden* (2010) dimostra chiaramente che le considerazioni distributive non sono estranee al panorama europeo<sup>31</sup>. L’intesa è che i tribunali sono tenuti a riparare, entro i limiti della discrezionalità giudiziaria, le situazioni di parti situazionalmente svantaggiate attraverso una valutazione lucida delle circostanze e considerazioni distributive<sup>32</sup>. Inoltre, tale pretesa neutralità e formalismo non sono privi di conseguenze e spesso comportano effetti distributivi regressivi per i gruppi emarginati.

Le critiche esterne e interne del diritto adottate dagli studiosi Europei che hanno evidenziato la posta in gioco e le dimensioni politiche e ideologiche delle controversie legali decise dalla Corte di giustizia si basavano su una varietà di dottrine giuridiche dell’UE che potevano essere ricondotte a casi particolari<sup>33</sup>. La collaborazione tra storici, scienziati sociali e sociologi del diritto con i giuristi divenne centrale per sviluppare obiettivi critici nel mondo accademico legale europeo<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Vedi Leticia Díez Sánchez, *Integration Through Law and its Discontents - Unveiling the Distributive Impact of Judge-Made Law in the EU*, «Eur. Univ. Inst.» (2021) DOI:10.2870/011077.

<sup>29</sup> Vedi *Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978); Fernanda G. Nicola, *Conceptions of Justice from Below: Distributive Justice as a Means to Address Local Conflicts in European Law and Policy*, in «Europe’s Justice Deficit» (Dimitry Kochenov, Gráinne de Búrca and Andrew Williams eds., 2014).

<sup>30</sup> Caruso & Nicola, *supra* note 5, at 227.

<sup>31</sup> *Id.* at 228; Vedi also Case C-215/08, *E Friz GmbH v. Carsten von der Heyden*, ECLI:EU:C:2010:186 (Apr. 15, 2010).

<sup>32</sup> Caruso & Nicola, *supra* note 5, at 227.

<sup>33</sup> *EU Law Stories: Contextual, Critical and Comparative Histories of European Jurisprudence* (Fernanda Nicola & Bill Davies, eds., 2017); Bill Davies, *Resisting the European Court of Justice: West Germany’s Confrontation with European Law, 1949-1979* (2012).

<sup>34</sup> *Echoes of Empire: Memory, identity and Colonial legacies* (Kalypso Nicolaidis, Berny Sebe & Gabrielle Maas eds., 2015); Daniela Caruso and Joanna Geneve, *Melki in Context: Algeria and European Legal Integration*, in Bill Davies and Fernanda Nicola eds, «Eu Law Stories» (2017). Peo Hansen, Stefan Jonsson Eurafrica,

Di conseguenza, una nuova generazione di studiosi Europei ha introdotto queste intuizioni critiche nella loro ricerca con l'obiettivo di avanzare una ricerca critica sul diritto dell'UE, anche se, per alcuni questi sforzi rimangono marginali e non sufficienti<sup>35</sup>.

Pertanto, l'accento posto sulle conseguenze distributive della giurisprudenza della Corte di giustizia può mostrare effetti distributivi regressivi empiricamente ricorrenti per una serie di gruppi emarginati che includono donne, immigrati e minoranze razziali spesso invisibili nel diritto comunitario. Tuttavia, una critica esterna del diritto non affronta le prospettive capitalistiche più strutturali, materialiste e razziali incorporate nel liberalismo legale su cui si basa il diritto dell'Unione. Di conseguenza, i giudici europei, gli avvocati e gli studiosi sono stati troppo rapidi nel respingere le ingiustizie materiali e le eredità coloniali che risuonano da ciò che gli studiosi del capitalismo razziale e del femminismo sociale hanno evidenziato come difetti strutturali nel progetto di integrazione europea<sup>36</sup>.

Mentre gli accademici stavano creando la narrazione del costituzionalismo europeo, questi hanno guardato alla giurisprudenza della Corte Suprema Statunitense, per costruire una nuova giurisprudenza Europea<sup>37</sup>. In tal modo, gli studiosi che hanno costruito il paradigma costituzionale europeo dominante hanno sottostimato aspetti chiave dell'esperienza costituzionale Statunitense, comprese le decisioni che hanno favorito le dottrine che sostenevano le piaghe sociali della schiavitù e le politiche liberiste che rafforzavano la disuguaglianza economica. Questa ricezione selettiva dell'esperienza Americana ha spinto il diritto costituzionale europeo in un mondo ideale, che in teoria prendeva ispirazione dal costituzionalismo Statunitense ma che allo stesso tempo non ha valutato pienamente alcune delle sue più profonde sfide storiche e socioeconomiche<sup>38</sup>.

3. Una comprensione del diritto che prenda in considerazione le sue conseguenze distributive si allinea con ciò che gli studiosi critici su entrambe le sponde dell'Atlantico chiamano funzionalismo sociologico<sup>39</sup>

*The untold history of European Integration and Colonialism* (2014); Quinn Slobodian, *Globalists* (2018).

<sup>35</sup> Vedi Iyiola Solanke, *Conclusion: Embedding Decoloniality in Empirical EU Studies*, *Researching the European Court of Justice, Methodological Shifts and Law's Embeddedness*, Mikael Rask Madsen, Fernanda G. Nicola and Antoine Vauchez eds., 343-353 (2022).

<sup>36</sup> Vedi Diamond Ashiagbor, *Race and Colonialism in the Construction of Labour Markets and Precarity* (2021).

<sup>37</sup> Vedi Jeffrey Miller & Fernanda Nicola, *The Failure to Grapple with Racial Capitalism in European Constitutionalism*, in «European Constitutional Imaginaries: Between Ideology and Utopia», Chapter 16 (Jan Komárek, ed., 2022).

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> Vedi Fernanda G. Nicola, *Family Law Exceptionalism in Comparative Law* 58 «American Journal of Comparative Law», 777 (2010).

che è ben ancorato al metodo per comprendere gli effetti pratici e distributivi del diritto in termini di impatto sul potere politico, economico e culturale dei gruppi sociali. Questo approccio sociologico affronta il diritto come sistema relativamente autonomo dalla realtà sociale, mentre abbraccia una prospettiva neutra per comprendere il pluralismo giuridico e promuovere la sua trasformazione. Tale approccio ha incluso importanti movimenti non-formalisti dal Realismo al più radicale Critical legal Studies (CLS) Statunitense ed ha fornito una piattaforma transnazionale per il pensiero progressivo all'interno del mondo accademico legale, soprattutto discostandosi da analisi meramente dottrinali in diritto europeo<sup>40</sup>.

Un tipo di analisi distributiva di tipo CLS nel diritto europeo è sempre più presente grazie a una svolta critica ed empirica tra gli studiosi del diritto europeo che è iniziata in un settore relativamente secondario del diritto comunitario. Si tratta dell'armonizzazione del diritto privato che nel corso degli anni '90 fu un tema relativamente trascurato nel campo del diritto e dell'integrazione europea. In particolare, nell'ambito contenzioso del diritto privato europeo, la volontà di armonizzare le leggi nazionali in materia di contratti o responsabilità civile per la creazione di un mercato unico è spesso in conflitto con norme che rispecchiano leggi locali spesso nei Codici Civili degli Stati membri<sup>41</sup>. Questo articolo si limita al campo del diritto privato Europeo e del consumatore per applicare un'analisi distributiva delle decisioni della Corte di giustizia che creano conseguenze regressive o progressive in modo abbastanza indeterminato che hanno un impatto centrale per i gruppi più deboli coinvolti nel contenzioso<sup>42</sup>.

In questo campo, la giurisprudenza della Corte di giustizia rivela il ruolo degli attori legali nella mobilitazione, nella formazione e nell'attuazione del diritto dell'UE, dimostrando come le sue sentenze contribuiscono alle dinamiche materiali e geopolitiche del capitalismo Europeo. Questo tipo di ricerca che esamina l'impatto distributivo della giurisprudenza della Corte di giustizia europea in vari Stati membri, è stata condotta in numerosi settori, tra cui l'istruzione, la fiscalità e le politiche di coesione all'interno dell'Unione e la politica del-

<sup>40</sup> *The Transformation or Reconstitution of Europe - The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Tamara Perišin, Siniša Rodin, Eds. Oxford Hart (2018).

<sup>41</sup> Vedi Daniela Caruso, *The 'Justice Deficit' Debate in EU Private Law: New Directions*, Bos. Univ. Sch. L., «Public Law Research Paper», No 12-42, 7 (2012) <http://ssrn.com/abstract=2135111>.

<sup>42</sup> Vedi *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, (Fernanda Nicola & Bill Davies eds., 2017); Iyiola Solanke, *Conclusion: Embedding Decoloniality in Empirical EU Studies*, in *Researching the European Court of Justice: Methodological Shifts and Law's Embeddedness* 343-353 (Mikael Rask Madsen, Fernanda Nicola, & Antoine Vauchez eds., 2022).

l'anti-discriminazione<sup>43</sup>. Indubbiamente, un approccio distributivo al diritto non si limita solo al diritto privato Europeo o al diritto dei consumatori poiché l'analisi distributiva implica una critica esterna del diritto che può essere efficacemente applicata ad un'ampia gamma di settori giuridici che vanno al di là dello scopo di questo articolo.

4. Quando gli avvocati si trovano di fronte a determinati fatti sociali che emergono dalle controversie in questione, devono inserirli in categorie giuridiche e procedure legali che sono peculiari di un insieme di modelli dottrinali e discorsivi riconoscibili da un campo professionale e giuridico condiviso<sup>44</sup>. Mentre il diritto comunitario è certamente un nuovo e importante campo giuridico<sup>45</sup>, nel complesso questo ha eliminato importanti divisioni ancora radicate nella cultura giuridica europea che sono più o meno centrali nel progetto di mercato unico<sup>46</sup>. Se al centro di tale progetto sono i settori della concorrenza e della libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, il settore del diritto privato europeo, in particolare l'armonizzazione del diritto privato (contratti e illeciti) è rimasto alla periferia e in qualche modo invisibile nel complesso architettonico del mercato europeo ed ha innescato resistenze nazionali<sup>47</sup>.

Ad esempio nel campo del diritto privato europeo, *la doctrine* o gli studiosi e accademici fanno riferimento alla formula piuttosto vaga "dell'economia sociale di mercato". Questa formula non da alcun chiarimento sulle conseguenze distributive del diritto europeo dei consumatori, in particolare nei diversi mercati, realtà sociali e geografiche degli Stati membri<sup>48</sup>. Un'analisi distributiva in questo campo dimostra invece come il diritto comunitario alteri la distribuzione della ricchezza, del potere e dell'autorità in un modo che è sottovalutato dai giuristi. Le norme armonizzate del diritto privato creano risultati di-

<sup>43</sup> Vedi Fernanda Nicola, *The False Promise of Decentralization in EU Cohesion Policy*, 20 «Tulane Journal of International and Comparative Law» (2011), Daniela Caruso, *Direct Concern in Regional Policy: The European Court of Justice and the Southern Question*, in 17 «European Law Journal», 804 (2011), Fernanda Nicola, *Conceptions of Justice from Below: Distributive Justice as a Means to Address Local Conflicts*, in «European Law and Policy in Europe's Justice Deficit», Dimitry Kochenov, Grainne de Burca and Andrew Williams eds. (2014); Leticia, Díez Sánchez, *Integration through Law and its Discontents: Unveiling the distributive impact of judge-made law in the EU*. EUJ PhD theses; Department of Law (2021).

<sup>44</sup> Vedi Pierre Bourdieu, 'The Force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field', trans. Richard Terdiman, «Hastings L.J.», 38, 835 (1987).

<sup>45</sup> Vedi A. Cohen, 'Bourdieu Hits Brussels: The Genesis and Structure of the European Field of Power', 5 (3) (2011) «International Political Sociology», 335.

<sup>46</sup> Vedi Michelle Egan, *Single Markets: Economic Integration in Europe and the United States* (OUP 2014).

<sup>47</sup> Vedi Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, 3 «Eur. L.J.», 3, 3 (1997).

<sup>48</sup> Fernanda G. Nicola, *La Doctrine in Denial and the Missing Distributive Analysis*, Verfassungsblog (2020) <https://verfassungsblog.de/au-revoir-to-neoliberalism>.

tributivi modificando la posizione contrattuale dei consumatori, non solo nei confronti di altri individui privati situati in simili contesti sociali, economici e geografici, ma anche nei confronti del mercato e dello Stato. Nella scelta tra norme giuridiche alternative che comportano differenti risultati distributivi, i giudici della corte possono prendere decisioni che avvantaggino determinati gruppi di consumatori verso altri consumatori, al fine di ottenere l'obiettivo desiderato dalla normativa.

L'UE ha mantenuto il potere di armonizzare le legislazioni nazionali nel settore del diritto privato solo quando questo contribuisce alla creazione e al funzionamento del mercato interno. Analogamente alla *Commerce Clause* inclusa nell'articolo 1 della Costituzione degli Stati Uniti, questa disposizione del trattato ha conferito alla Comunità poteri relativamente ampi di emanare direttive e di armonizzare norme specifiche di diritto privato come i contratti e gli illeciti<sup>49</sup>. Dalla fine degli anni '80 il diritto privato europeo è diventato un campo d'indagine significativo in conseguenza delle numerose direttive che armonizzano il diritto contrattuale e della responsabilità civile<sup>50</sup>. Gli effetti dell'armonizzazione nel diritto privato europeo hanno creato vincoli e nuove possibilità di redistribuzione della ricchezza e del potere dei consumatori che non sono stati affrontati apertamente dagli studiosi di diritto. L'adozione di nuove norme giuridiche nei contratti con i consumatori creano conseguenze distributive che aumentano il potere contrattuale di alcuni individui o di alcune istituzioni a scapito di altri a seconda dei loro diritti iniziali. Per valutare le conseguenze distributive che interessano ogni gruppo di individui o consumatori riconosciuti dalla legge ( acquirenti e venditori o proprietari e inquilini) queste devono essere ulteriormente differenziate in sottogruppi collocati

<sup>49</sup> The term "harmonization," or approximation, of the laws was introduced in the original Treaty of Rome (1958) under article 100 (now EC Treaty art. 94) with the goal of eliminating the distortions of competition created by the laws of the Member States. The Single European Act (1987) adopted article 100A (now EC Treaty art. 95) that required majority voting rather than unanimity to achieve the approximation of national measures for the establishment and functioning of the common market. In contrast, under EC Treaty art. 95, the Council decides via majority voting through a co-decision procedure. Vedi Treaty Establishing the European Community, Dec. 24, 2002, 2002 O.J. (C 325) 251 [hereinafter EC Treaty] (stating that the European Council and the European Parliament share equal powers), available at [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/dat/12002E/pdf/12002E\\_EN.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_EN.pdf); Vedi also Walter van Gerven, *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, 41 «Common Mkt. L. Rev.», 505 (2004).

<sup>50</sup> For an overview on European Private Law vedi Gian Antonio Benacchio and Barbara Pasa, *A common law for Europe* (2006); Stephen Weatherill, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, 5 «Eur. Rev. Private L.», 633, 641-46 (2004); Stephen Weatherill, *Reflections on the EC's Competence to Develop a "European Contract Law"*, 13 «Eur. Rev. Private L.», 405, 411 (2005); Hugh Collins, *Editorial: The Future of European Private Law: An Introduction*, 10 «Eur. L.J.», 649, 650 (2004).

in modo diverso nella società in base al sesso, razza, classe e locazione geografica<sup>51</sup>. Un'analisi distributiva mostra che ogni sottogruppo dopo l'adozione di una nuova norma giuridica sulla tutela del consumatore in Europa, acquisisce una posizione contrattuale diversa attraverso nuovi diritti che spesso devono essere fatti valere dinnanzi ad una corte<sup>52</sup>. I diritti iniziali sono definiti da norme di base (norme di diritto privato quali contratti, proprietà e responsabilità civile nonché diritto costituzionale e comunitario) che strutturano il potere contrattuale degli individui e delle istituzioni nella società. Infine, le conseguenze distributive delle norme giuridiche derivano in egual misura dalla legislazione e dalle sentenze delle corti, si basano su principi di diritto pubblico e privato, nonché su regimi di normativa più o meno vincolanti<sup>53</sup>.

4.1. L'idea di base di questo studio è di mostrare come i cambiamenti nei regimi giuridici incorporati nell'economia politica europea avessero conseguenze distributive spesso controintuitive e con un impatto non uniforme sui consumatori in Spagna, Danimarca, Francia o Germania. Grazie alla mobilitazione dei giudici nazionali o dell'esistenza di diversi regimi di sanità pubblica negli Stati membri dell'UE le cause che sono arrivate a Lussemburgo hanno riguardato l'interpretazione di due note direttive comunitarie sulla tutela dei consumatori in materia di responsabilità per prodotti difettosi (1985) e di clausole contrattuali abusive (1993) con effetti distributivi opposti. Una volta recepita nel diritto privato nazionale, la direttiva CE sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso, come previsto da Daniela Caruso, ha creato resistenze nazionali ed effetti regressivi per i consumatori in Spagna e Francia<sup>54</sup>.

Le sentenze della Corte di giustizia europea hanno rivelato come la scelta tra norme alternative in materia di responsabilità civile incida direttamente sul potere contrattuale tra diversi gruppi di consumatori. Nell'adottare una nuova norma armonizzata sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi in tutta Europa, sia il diritto contrattuale che la legislazione in materia di assistenza sanitaria sono rilevanti per valutare gli effetti distributivi sui consumatori. In questo caso non solo

<sup>51</sup> Vedi Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, «Political Science Quarterly», vol. 38, no. 3, 192 (1923) and Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!* XV:4 «Legal Studies Forum» (1991).

<sup>52</sup> Vedi Bruce Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets On Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 «Yale L.J.», 1093 (1971).

<sup>53</sup> Vedi Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 «Harvard Law Review», 457 (1897) and Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 «Am. J. Comp. L.», 1 (1991).

<sup>54</sup> Vedi Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, 3 «Eur. L. J.», 3 (2002).

la classe, il genere e la razza dei consumatori sono rilevanti per valutare gli effetti distributivi della nuova regola, ma anche le loro nazionalità per determinare quale tipo di regime sanitario nazionale è in gioco.

Per esempio nel caso di *Gonzalez Sanchez v. Medicina Asturiana* un tribunale spagnolo ha adito la Corte di giustizia per un'interpretazione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi<sup>55</sup>. Una cittadina spagnola ha presentato un ricorso ai sensi di una legge spagnola chiedendo un risarcimento per il fatto che nel corso di una trasfusione di sangue è stata infettata dal virus dell'epatite C. La parte convenuta nel contenzioso, *Medicina Asturiana*, che possedeva i laboratori in cui ha avuto luogo la trasfusione, ha contestato l'applicabilità delle disposizioni nazionali alla luce di una successiva normativa di attuazione della direttiva europea che limitava la responsabilità per danno da prodotti difettosi. Analizzando entrambe le disposizioni, il giudice del rinvio ha concluso che i diritti conferiti ai consumatori erano più estesi ai sensi della legge spagnola invocata dal ricorrente rispetto alla successiva legge di attuazione della direttiva europea. Con una richiesta preliminare il tribunale spagnolo ha chiesto alla Corte di Giustizia se l'articolo 13 della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti dovesse essere interpretato nel senso di prevalere sulla normativa nazionale preesistente anche quando ciò significherebbe limitare i diritti conferiti alle persone lese da prodotti difettosi.

Mentre il governo spagnolo e la Commissione sostenevano l'argomentazione della parte convenuta, poiché l'obiettivo della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti era quello di raggiungere un regime di armonizzazione massimo<sup>56</sup>. Pertanto, l'articolo 13 della direttiva osta a che gli Stati membri mantengano un regime di responsabilità più favorevole ai ricorrenti di quello previsto dalla direttiva. Da parte del ricorrente, i governi Greco, Francese e Austriaco si pronunciarono a favore dell'interpretazione opposta dell'articolo 13. Sostenendo che, trattandosi di una misura incompleta, la direttiva consentiva agli Stati membri di esercitare un potere discrezionale nell'adottare norme di responsabilità più favorevoli al consumatore. Basandosi sul titolo di protezione dei consumatori sancito dal l'articolo 153 del trattato CE, questi governi sostennero che la Comunità mirava a garantire un regime minimo di armonizzazione, consentendo agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più rigorose nel settore armonizzato. La Corte dichiarava che l'articolo 13 della direttiva sulla

<sup>55</sup> Vedi *María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA*. C-183/00 - ECLI:EU:C:2002:255.

<sup>56</sup> Vedi Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

responsabilità per danno da prodotti non poteva essere interpretato come una disposizione minima di armonizzazione, che offrisse agli Stati membri la possibilità di mantenere regimi di responsabilità per danno da prodotti diversi e più protettivi per i consumatori. Come dimostra *Gonzalez Sanchez*, l'interpretazione delle disposizioni della direttiva CE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi in un conflitto limitato alla Spagna ha lasciato alla Corte di giustizia il potere di influenzare l'impatto distributivo delle lesioni dei consumatori legate ai prodotti in modo regressivo per tutta l'Unione.

Al contrario, i vaghi criteri di equità della direttiva sulle clausole contrattuali abusive hanno permesso a un giudice di Barcellona di compiere alcune progressive azioni distributive avallate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quando un caso riguardante una clausola abusiva nel contratto standard per la vendita di un'enciclopedia è pervenuto alla Corte di Giustizia, la magistratura spagnola ed europea hanno introdotto conseguenze distributive progressive inaspettate<sup>57</sup>. In *Océano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero* due venditori spagnoli hanno citato in giudizio cinque acquirenti dinanzi al Tribunale di primo grado di Barcellona per somme non pagate dovute in virtù di un contratto di adesione per la vendita di enciclopedie a condizioni di pagamento differito<sup>58</sup>. Nell'aprile 1998 il Tribunale di primo grado di Barcellona ha adito la Corte di Giustizia Europea per l'interpretazione della direttiva sulle clausole abusive<sup>59</sup>. La questione posta metteva in luce un conflitto tra una norma di procedura civile spagnola e il diritto sostanziale contenuto nella direttiva europea. La decisione della Corte di Giustizia ha permesso al giudice spagnolo di dichiarare l'assenza di giurisdizione; in altre parole, la Corte ha riconosciuto che sarebbe stato paradossale obbligare i consumatori ad accettare la giurisdizione del tribunale di Barcellona per avere una decisione sul fatto che il tribunale non aveva una giurisdizione. La sentenza della Corte di giustizia europea ha permesso ai giudici nazionali di intervenire attivamente nel determinare l'iniquità delle clausole contrattuali e quindi ha permesso ai giudici locali progressisti di proteggere il consumatore in una varietà di casi che in seguito si sono rivelati essenziali in Spagna per prevenire l'inadempimento nel pagamento di mutui ipotecari da oparte di molti consumatori durante la crisi edilizia del 2010.

<sup>57</sup> Vedi Fernanda G. Nicola, *Another View on European Integration: Distributive Stakes in the Harmonization of European Law*, in «Progressive Lawyering», in *Globalization and Markets: Rethinking Ideology and Strategy* 233-260 (Clare Dalton Ed., 2007).

<sup>58</sup> Vedi *Océano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero* and *Salvat Editore SA v. José M. Sanchez Alcon Prades et al.*, 27 June 2000, [2000] ECR I-4941.

<sup>59</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts *OJ L 95*, 21.4.1993, 29-34.

4.2. La prima fase dell'analisi distributiva deriva da una critica interna della dottrina esemplificata da due scuole di pensiero politicamente opposte che si occupano della protezione dei consumatori. Da un lato gli studiosi di diritto ed economia si sono concentrati sull'efficienza del mercato e sulla scelta dei consumatori, mentre dall'altro gli studiosi più progressisti hanno affrontato il benessere dei consumatori e l'accesso ai beni sociali come la salute pubblica e i servizi pubblici. Tuttavia, era chiaro che entrambi i gruppi di studiosi che si occupavano della protezione dei consumatori negavano gli effetti distributivi della direttiva, come dimostrato dall'assenza da parte loro di qualsiasi discussione esplicita sulla dimensione distributiva del diritto europeo dei consumatori. La prospettiva sugli effetti distributivi nel diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori è dunque iniziata con un'argomentazione ben documentata secondo cui vi era molto poco in merito alla distribuzione delle risorse e del potere in un settore come quello del diritto dei consumatori, che invece ne aveva disperatamente bisogno<sup>60</sup>.

I due ideali dominanti alla base dell'analisi accademica del diritto europeo dei consumatori sono stati da un lato i giuristi progressisti interessati alla giustizia sociale per i consumatori<sup>61</sup>, e quelli più conservatori della scuola di Chicago preoccupati dell'efficienza economica del mercato<sup>62</sup>. Tuttavia, una volta elevato al livello europeo, il diritto dei consumatori è diventato apertamente apolitico, considerato una *panacea* nel conflitto tra produttori e consumatori. La potenzialmente aspra contrapposizione tra gli studiosi ispirati ad un mercato sociale Europeo e quelli che perseguivano invadere l'obiettivo del libero mercato hanno lasciato il posto a una tregua in nome di una legge sui consumatori Europea politicamente indefinita. Nelle mani della Commissione e la sua tecnocrazia, il diritto dei consumatori Europeo è diventato un progetto coerente che considerava i consumatori come un'identità collettiva in grado di spostarsi e fare acquisti oltre frontiera con grande facilità. La negazione accademica di qualsiasi implicazione distributiva si congiungeva con la capacità dei giuristi di respingere la questione dei vincitori e dei perdenti tra diversi gruppi di consumatori, diverse classi sociali, uomini contro donne, quelli del Nord contro quelli del Sud, lavoratori dell'Europa occidentale contro quella orientale, cittadini contro immigrati e ricchi contro poveri<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Vedi European University Institute, Temple H., Bourgoigne T., Krämer L. et al., *The fathers and mothers of consumer law and policy in Europe - The foundational years 1950-1980*, Mierlo T. (editor), Roethe T. (editor), Micklitz H. (editor), Hondius E. (editor), European University Institute, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2870/392562>.

<sup>61</sup> Vedi Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner & Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law* (2017).

<sup>62</sup> Vedi Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (1999).

<sup>63</sup> Vedi Fernanda G. Nicola, *Transatlanticism: Constitutional Asymmetry and*

La seconda fase nell'analisi era quello di mappare come la nozione di distribuzione stava gradualmente entrando nel discorso degli studiosi di diritto privato sulle conseguenze empiriche del diritto. Durante questo periodo, *la doctrine* era ancora nel paradiso dei concetti legali o nel diniego perché la giustizia sociale o l'efficienza del diritto privato non portava alcuna analisi distributiva nella pratica. Tra le eccezioni c'era Thierry Bourgoignie<sup>64</sup>, che aveva studiato con Arthur Leff<sup>65</sup> alla Yale Law School e David Trubek, che era entrato nel progetto di Cappelletti di Integration through law attraverso la sua conoscenza del federalismo Statunitense<sup>66</sup>. Con mia sorpresa, tuttavia, gli studiosi padri e delle madri del diritto dei consumatori<sup>67</sup> mancavano di una matrice empirica che affrontasse il risultato distributivo del diritto europeo dei consumatori ed una critica sia interna che esterna del diritto del mercato Europeo.

La terza fase, costituita da un'illustrazione applicata di questa analisi, si rivela inevitabile. Con il passare del tempo, l'applicazione non uniforme delle due direttive di armonizzazione dei consumatori ha reso più visibili le loro conseguenze distributive regressive e progressive a seconda dei casi. Per quanto riguarda gli effetti progressivi, quando un caso riguardante una clausola abusiva nel contratto standard per la vendita di un'enciclopedia ha raggiunto la Corte di Giustizia in Lussemburgo, la magistratura spagnola ed europea hanno introdotto conseguenze distributive progressive inaspettate. Ciò ha portato a una nuova opportunità nella protezione dei consumatori sugli inadempimenti dei mutui ipotecari spagnoli dopo la crisi finanziaria del 2008<sup>68</sup>. Per quanto riguarda gli effetti regressivi, la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che includeva esclusioni richieste per motivi di efficienza da parte dei produttori e delle lobby degli industriali, ha permesso ai tribunali nazionali e alla Corte di Giustizia di eliminare alcune forme di protezione dei consumatori a livello locale. Ad esempio, i danni derivanti da prodotti difettosi, compreso il

*Selective Reception of U.S. Law and Economics in the Formation of European Private Law*, 16 «Cardozo J. Int'l & Comp. L.», 87 (2008).

<sup>64</sup> Thierry Bourgoignie, *Univ. of Oxford Fac. of L.* (last visited Dec. 3, 2022), [www.law.ox.ac.uk/people/thierry-bourgoignie](http://www.law.ox.ac.uk/people/thierry-bourgoignie).

<sup>65</sup> Arthur Allen Leff, *Injury, Ignorance and Spite - The Dynamics of Coercive Collection*, 80 «Yale L. J. 1» (1970).

<sup>66</sup> Vedi Thierry Bourgoignie and David Trubek, with Louise Trubek and Denis Stigl, *Consumer law, common markets, and Federalism in Europe and the United States* (1987).

<sup>67</sup> Vedi nota 61, *The Fathers and Mothers of Consumer Law and Policy in Europe: The Foundational Years 1950-1980* (Hans-Wolfgang Micklitz et al., eds., Eur. Univ. Inst. 2019).

<sup>68</sup> Vedi Fernanda Nicola & Evelyne Tichadou, *Océano Grupo: Missed Opportunities and a Second Life for EU Consumer Law*, in «EU Law Stories: Contextual, Critical and Comparative Histories of European Jurisprudence», 369 (Fernanda Nicola & Bill Davies, eds., 2017).

sangue infetto, potrebbero lasciare i consumatori senza ricorso pubblico o come era accaduto in Spagna, ma non in Germania dove il governo ha creato un rimedio pubblico, mostrando l'incoerenza dei risultati tra gli Stati membri a seconda dei tipi di regimi di sanità pubblica disponibili.

Sistematicamente, questo quadro analitico consente di interpretare i cambiamenti legislativi ed economici indotti dalla protezione dei consumatori Europei anticipando le possibili conseguenze distributive delle due direttive. Nonostante l'indeterminatezza delle norme giuridiche, era in gioco la negazione dottrinale che la giustizia sociale o l'efficienza potevano essere utilizzate per prevedere gli effetti distributivi della protezione dei consumatori. Tali effetti distributivi non si sarebbero potuti prevedere senza prendere in considerazione le congiunzioni politiche dell'Europa sociale e la svolta neoliberale dell'agenda di Lisbona, nonché la mobilitazione dei lobbisti a Bruxelles e dei giudici nazionali nell'Europa mediterranea. Se i lobbisti, gli Stati membri e i giudici sapevano molto bene cosa stavano facendo, *la doctrine* era in negazione degli effetti distributivi del diritto dei consumatori. Mentre altri attori lottavano, spinti dai loro interessi e convinzioni, per plasmare e interpretare il testo delle direttive, la dottrina continuava a pensare in astratto e non in concreto. Nei loro sogni astratti, gli accademici europei non potevano e non volevano impegnarsi nel riconoscere le conseguenze distributive delle direttive, tranne quando il campanello d'allarme veniva dato in questo modo: la norma sulla tutela del consumatore sta danneggiando le persone che sta cercando di aiutare, il che significa che i poveri erano stati gravati eccessivamente dalla protezione dei consumatori creata dalle direttive Europee<sup>69</sup>.

5. Un'analisi distributiva che esamina gli effetti del diritto europeo e delle sentenze della Corte di giustizia ha portato ad una maggiore consapevolezza tra studiosi, avvocati e giudici in merito all'impatto reale delle loro decisioni. Questo contributo è certamente un tributo alla continua enfasi di Duncan Kennedy su come il diritto privato distribuisce in modo non uniforme le risorse ed il potere sia materiale che culturale tra diversi gruppi sociali. Questa analisi distributiva ci permette di comprendere più chiaramente l'impatto ineguale di pretesi diritti liberali e formali, apparentemente neutri, introdotti attraverso la legislazione o clausole tecniche interpretate dai giudici in tutto il variegato panorama giuridico dell'Unione europea. Questo quadro analitico rivela anche come all'interno di ogni ambito giuridico, le azioni delle *élites* professionali hanno spesso perpetuato modelli di oppres-

<sup>69</sup> Vedi Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 «Md. L. Rev.», 563 (1982).

sione piuttosto che promuovere l'emancipazione, in particolare tra i gruppi con capitale sociale, economico o culturale limitato, come le donne, le comunità di immigrati e gruppi razziali. In altri casi un'analisi distributiva del diritto dei consumatori rivela come giudici nazionali o avvocati che sanno utilizzare il diritto Europeo possono influenzare la giurisprudenza Europea creando un risultato più progressivo nella redistribuzione delle risorse attraverso il diritto. Evidenziando queste disuguaglianze distributive, studiosi interessati alla critica del diritto possono utilizzare l'analisi distributiva per illustrare come in ogni campo il diritto possa funzionare sia come uno strumento per l'oppressione o un mezzo di emancipazione per le comunità svantaggiate. L'analisi distributiva di Duncan Kennedy è quindi una critica esterna del diritto che si avvale di strumenti empirici, sociologici che parte dall'ambiguità e la contestualizzazione storica e sociale di quest'ultimo.

Tuttavia, è essenziale chiedersi se questo approccio dell'analisi distributiva del diritto sia sufficiente a garantire che le critiche del diritto non si limitino a replicare la gerarchia della professione legale, potenzialmente perpetuando una limitata, preesistente comprensione dei fondamenti giuridici liberali dell'ordinamento giuridico europeo. Piuttosto, la ricerca di una teoria critica più ambiziosa del diritto Europeo richiederebbe di andare oltre le sue conseguenze distributive e mettere in discussione l'aspetto più utopistico su come un campo giuridico dovrebbe essere definito in modo storico, egualitario, femminista, materialista e sostenibile.

## Un Giudice costituzionale al lavoro

Gonçalo de Almeida Ribeiro\*

Ho un ricordo vivido di un momento emozionante dell'autunno 2006, quando ero uno studente del Master in diritto alla Harvard Law School. Stavo leggendo "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology" (1986) – un raro esempio di genio letterario nel genere delle riviste giuridiche – e ho avuto la classica illuminazione: "Aha!". Mi ci è voluto un po' per arrivarci, forse un paio di settimane. Un'eternità per un giovane impaziente intenzionato a conquistare il mondo delle idee e, tra l'altro, a impressionare il suo tutor. Che cosa ho capito in quel fatidico momento? Che dal punto di vista di chi elabora un ragionamento giuridico, il diritto non è né necessariamente determinato, né indeterminato, né una cortina di ferro, né un arcobaleno, né un manuale di istruzioni, né un contenitore vuoto. È un mezzo che si sperimenta come resistente e malleabile al tempo stesso, e queste sono esperienze contingenti e mutevoli mentre si lavora sui materiali che si ha di fronte – disposizioni, precedenti, immagini, storie, teorie, autorità, massime, tecniche e simili. Questo lavoro giuridico non è necessariamente un'attività di scoperta e di adesione totale alla regola di diritto – come la sequenza di passi necessari per montare un mobile o i comandamenti emanati da una divinità onnipotente e onnisciente – ma non si tratta nemmeno di leggervi quello che si vuole. È un'impresa creativa e una forma di artigianato, in cui si cerca di far dire al diritto ciò che sembra giusto, o che è in accordo con un progetto, o che lo muove in una direzione propizia, o che capovolge le cose. A volte accade il contrario: lavorando sui materiali giuridici si cambia idea su ciò che è appropriato. Questo quadro del ragionamento giuridico mi è sembrato molto più realistico, elaborato ed eccitante della maggior parte delle altre teorie con cui avevo una certa familiarità, dal feticismo dottrinale allo scetticismo delle regole, per non parlare della dormiente differenza tra nucleo e penombra. Nella mia giovanile eccitazione per questa fondamentale scoperta – il pensiero del mio supervisore! – inviai immediatamente un'e-mail a Duncan (Kennedy, n.d.t.), dichiarando la mia comprensione e la mia fedeltà al suo racconto dell'indeterminazione giuridica. Al nostro incontro successivo, mi elogiò con una mezza presa in giro, per aver finalmente azzeccato la fenomenologia critica del giudizio. Io negai la presa in giro e accolsi il complimento. Una bella giornata nella vita di uno studente laureato.

\* \* \*

\* Vicepresidente della Corte Costituzionale del Portogallo. Professore di diritto al Universidade Católica Portuguesa (Lisbona). Sono grato a Maria Rosaria Marella e Giacomo Capuzzo per avermi invitato a partecipare a questo omaggio al mio ex mentore.

Da qualche anno sono un giudice costituzionale. È ironico. Com'è essere un giudice supremo della Costituzione – con il compito di interpretare e applicare il più sfuggente dei testi giuridici, la Costituzione – con una formazione giuridica critica? Non sono sicuro di avere una risposta strutturata e onesta da dare a questa domanda; inoltre, non ho idea se la mia esperienza parli al di là della contingenza della mia personalità, della mia giurisdizione, della mia istituzione e di altre circostanze più o meno idiosincratice. Una cosa (tra le tante) che ho imparato dagli scritti di Duncan sul processo decisionale dei giudici, oltre che dalle innumerevoli conversazioni nel suo vecchio ufficio al terzo piano di Griswold: meglio affrontare la questione dall'interno, dall'esperienza dell'aggiudicazione, dai particolari così come si presentano nella pratica, in contrapposizione a qualche primo principio giurisprudenziale – ad esempio, “il diritto funziona da solo” o “nessuna regola determina la propria applicazione” – da cui si ricava, secondo un approccio razionalista *more geometrico*, un intero trattato sulla natura del diritto. Questa è quella che Duncan chiama la prospettiva “fenomenologica”: una via di mezzo tra la fenomenologia della coscienza di Husserl e la fenomenologia esistenziale di Heidegger “liberamente derivata” da Sartre e generosamente condita con pezzi “cannibalizzati” di “fancy theory”, il tutto sullo sfondo della tradizione del realismo giuridico americano. Mi si permetta di cimentarmi in questa impresa fenomenologica, con la massima brevità dettata dalla benevola tirannia dei redattori, sottolineando fin da subito che non intendo immaginare un'esperienza, ma rivivere o rievocare un'esperienza che ho realmente vissuto nel mio primo anno di mandato.

\* \* \*

Il caso riguarda la costituzionalità di una disposizione del Codice delle imposte sul reddito delle società che ha aumentato le aliquote fiscali per alcuni tipi di spese aziendali, come le indennità per i dipendenti e l'acquisto di automobili, che spesso operano come reddito non imponibile o “fringe benefit”. La tassazione di queste transazioni è un modo per prevenire l'elusione fiscale diffusa. La disposizione è stata introdotta all'inizio di dicembre di un determinato anno, ma è stata applicata alle transazioni a partire da gennaio dello stesso anno. La questione è se ciò non violi l'articolo 103(3) della Costituzione portoghese, che stabilisce che “nessuno può essere obbligato a pagare imposte retroattive”. Il caso mi è stato sottoposto come ricorso rispetto una decisione di un tribunale di grado inferiore che ha dichiarato la normativa incostituzionalmente retroattiva e, di conseguenza, ha dato ragione alla società contribuente. Il parere del tribunale di grado inferiore si basa su un semplice sillogismo: le tasse retroattive sono incostituzionali; questa è una tassa retroattiva; ergo, è una tassa incostituzionale. Ne sono felice non perché sia d'accordo, ma perché sono desi-

deroso di dimostrare che non è così semplice, che le norme costituzionali raramente si applicano meccanicamente, che la retroattività è un concetto molto scivoloso e che, inoltre, non ha molto senso che la Costituzione contenga un divieto categorico contro le tasse retroattive, perché sarebbe iniquo, illegittimo e in definitiva irrazionale. Sono ansioso di dimostrarlo, ma non ho idea di poterlo fare, e tanto meno di poterlo fare in modo persuasivo – a me, ai miei colleghi, a un pubblico immaginario che nei miei sogni più sfrenati sia attento al mio lavoro. È emozionante e spaventoso allo stesso tempo. Questo è il mio primo caso veramente importante, che mi permetterà di giocare con grandi idee e di disporre di grandi poste in gioco, e si prospetta come un memorabile trionfo o un umiliante fallimento.

Sono alla Corte da meno di un anno. Sono di gran lunga il giudice più giovane e la mia formazione è considerata alquanto esotica (America? Harvard? Kennedy? Cosa?). Sebbene non mi senta più il tipo strano in ogni occasione, sono ancora visto dai miei colleghi (o sono io a proiettarli?) come un teorico-cowboy con opinioni eccentriche e disprezzo per lo status quo. Non sono minimamente infastidito dalla mia reputazione di disturbatore e imprevedibile – un collega amichevole osserva, durante una pausa caffè, che spesso sposto i termini della discussione, e questo soddisfa il mio ego – ma voglio essere sicuro di essere preso sul serio. Soprattutto, mi è stato chiaro fin dall'inizio del mio incarico che per ottenere qualcosa di significativo, in particolare per promuovere i valori che si considerano fondamentali, è indispensabile il rispetto e la collaborazione dei colleghi. Il caso è un'occasione per consolidare la mia reputazione di *enfant terrible* intellettuale e per guadagnarli l'ammirazione duratura dei miei colleghi. Voglio colpire il cuore della saggezza convenzionale sul divieto di tassazione retroattiva, ovvero l'idea che esso operi in modo praticamente meccanico, categorico e assoluto. Nutro una profonda avversione per questa nozione.

\* \* \*

Perché mi preoccupa così tanto? Non nego che le aspettative dei contribuenti sulla stabilità del regime fiscale in vigore al momento della transazione in questione siano perfettamente legittime e degne di tutela. Ma ci sono dei valori di contropartita da considerare, come l'equità e la giustizia, e questi possono benissimo giustificare la tassazione retroattiva, almeno in alcuni casi. Mi vengono in mente un paio di casi ovvi: una legislazione volta a colmare una lacuna che è stata massicciamente sfruttata da attori economici intraprendenti a grave discapito dell'equità nella tassazione o un aumento eccezionale delle aliquote fiscali applicabili alle transazioni in beni di lusso o ai redditi personali più elevati nel contesto di una grave crisi fiscale, che ha portato a misure draconiane. Mi sembra che le aspettative legittime deb-

bano essere, come per la maggior parte degli interessi o dei valori, bilanciate rispetto a ciò che ha un contrappeso nelle circostanze pertinenti; se la libertà di parola, l'assistenza sanitaria a prezzi accessibili e persino la vita umana sono sempre messi sul piatto della bilancia, perché mai le aspettative dei contribuenti dovrebbero essere trattate in modo diverso? Inoltre, non vedo quale titolo abbia il legislatore costituzionale per effettuare questi giudizi di bilanciamento in anticipo e giungere alla straordinaria conclusione che, quando si tratta di tasse, le aspettative legittime prevalgono sempre su tutto il resto. Perché il giudizio dei morti dovrebbe prevalere su quello dei vivi o quello di una minoranza su quello di una maggioranza, quando la posta in gioco è oggetto di una controversia politica e ragionevole? Non è facile giustificare lo status contro-maggioritario delle norme costituzionali in una democrazia, ma il problema diventa ingestibile – un'aporia – quando le disposizioni di un testo costituzionale vengono lette come scelte politiche settarie o interessi radicati. Dal mio punto di vista europeo, è vergognoso, arbitrario e patetico che la frase “[a] well regulated militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed” sia utilizzata come limite assoluto per impedire alle legislature federali e statali di perseguire una politica sana in materia di armi negli Stati Uniti.

La mia fiducia in questo punto di partenza comincia a scemare quando considero alcuni ovvi controesempi. Che dire del divieto di tortura? E la criminalizzazione retroattiva? Ho la sensazione che siano diverse dalle tasse retroattive, ma non riesco a capirlo. Mentre il dubbio si insinua, portandomi sull'orlo della disperazione (può essere che mi sia sbagliato fin dall'inizio, tradito dall'inesperienza e dal narcisismo nel pensare che ci fosse un caso importante da risolvere qui?), trovo una via d'uscita soddisfacente. La proibizione della tortura non è assoluta nel senso che ci rifiutiamo di prendere in considerazione qualsiasi altra ragione, ma nel senso completamente diverso che nulla sembra essere abbastanza importante da giustificare – da rendere giusta invece che sbagliata – una pratica così odiosa (anche se sono disposto a concedere che, in extremis, possa essere scusabile e rimanere impunita). Per quanto riguarda la criminalizzazione retroattiva, non è come la tassazione retroattiva, perché le leggi penali sono destinate a guidare la condotta umana; non si può cambiare il passato semplicemente dichiarando che ciò che allora era lecito ora è penalmente rilevante. Questo non è generalmente vero per le leggi in tema di fiscalità, che mirano principalmente a tracciare la capacità di ciascuno di pagare le spese pubbliche, cosa che può certamente essere ottenuta retroattivamente, anzi in molti casi in modo più efficace. È vero, naturalmente, che la criminalizzazione retroattiva non è senza precedenti – mi vengono in mente Norimberga e Tokyo – ma questo secondo la teoria (contestata) che le azioni erano già sbagliate al momento in cui

sono state commesse e che il fatto che la l'ordinamento non lo dicesse non è né una giustificazione, né una scusante. Trovo che queste distinzioni siano sufficientemente solide per evitare l'argomentazione *ad terrorem* secondo cui se non esiste un divieto categorico di tassazione retroattiva, allora tutto è permesso. Mi impegno a riformulare il divieto come un principio aperto al bilanciamento.

\* \* \*

Cercando la giurisprudenza in materia, scopro che la stessa disposizione la cui costituzionalità è stata contestata nel procedimento è stata precedentemente dichiarata incostituzionale dalla Corte. La conclusione è stata tratta dalle seguenti premesse: in primo luogo, il divieto di imposizione retroattiva è categorico e si presta a un'applicazione meccanica; in secondo luogo, solo le leggi che si applicano a eventi interamente situati nel passato sono realmente retroattive (e non semplicemente retroattive); in terzo luogo, le imposte possono riguardare singole transazioni, come l'acquisto di un immobile in un determinato momento, o eventi periodici, come il reddito percepito nel corso di un anno, e sono solo queste ultime che possono essere meramente retroattive, quando si applicano a un evento periodico in corso; in quarto luogo, il tipo di imposta in questione nel procedimento riguarda singole transazioni – pagamenti di indennità e acquisti di automobili – ed è quindi realmente retroattiva. Non sono sicuro della quarta premessa. Si può sostenere che queste imposte sui fringe benefit siano in realtà un aspetto dell'imposta sul reddito e che quindi, sebbene siano formalmente una tantum, siano in sostanza periodiche. Ma questa non è una linea di argomentazione interessante da perseguire, poiché il mio obiettivo non è quello di argomentare contro l'applicazione del divieto in questo caso, ma contro l'opinione che il divieto sia categorico e si applichi meccanicamente. Non ho intenzione di sfidare la giurisprudenza consolidata se non per ridisegnare l'intero campo.

A questo punto mi rendo conto che sarà molto difficile, per usare un eufemismo, convincere la maggioranza dei miei colleghi ad approvare un parere il cui risultato contraddice la giurisprudenza consolidata – un buon numero di loro, infatti, ha appoggiato le decisioni precedenti. Ma in realtà l'esito di questo caso specifico è di scarsa importanza. Non importa tanto se questa particolare imposta sia incostituzionale per violazione del divieto di retroattività, ma se quest'ultimo possa essere bilanciato in altri casi in cui il risultato è importante, e se le norme costituzionali che riguardano grandi questioni di interesse pubblico siano intese come limiti rigidi o come vincoli flessibili alle scelte politiche. Ricordo che alcuni dei casi più importanti – da *Marbury v. Madison* a *Costa v. Enel* – hanno cambiato radicalmente il diritto nel contesto di una questione minore o attraverso un *obiter dictum*, avvalorando la tesi che “le piccole questioni possono avere una

posta in gioco elevata”. Non riesco a togliermi dalla testa l’idea che questo caso fiscale piuttosto noioso, il cui esito non è particolarmente significativo, sarà altrettanto rivoluzionario nella mia giurisdizione. Questo breve momento di narcisismo è imbarazzante, e mi illudo (mi illudo?) di farlo con argomentazioni giuridiche serie e per il bene superiore del perfezionamento della democrazia costituzionale. La mia strategia consisterà nel riaffermare la precedente giurisprudenza secondo cui la disposizione in questione è effettivamente incostituzionale per la violazione del divieto di tassazione retroattiva, e al contempo nell’attaccare il ragionamento sottostante.

\* \* \*

I principali casi sul divieto di imposizione fiscale retroattiva offrono due argomenti principali per la sua natura apparentemente categorica e meccanica. Il primo è che il divieto è stato introdotto nel 1997, tramite un emendamento costituzionale, proprio per contrastare la prima giurisprudenza della Corte costituzionale, che mostrava un’ampia tolleranza nei confronti della tassazione retroattiva. Il secondo è che le aspettative dei contribuenti nella stabilità del regime al momento della transazione in questione possono essere adeguatamente salvaguardate solo se il divieto non può essere bilanciato. Mi propongo di sfatare questi argomenti.

Per quanto riguarda il primo, sostengo che si basa su una falsa alternativa: o la tassazione retroattiva è generalmente consentita o è categoricamente esclusa. L’opzione intermedia, che la giurisprudenza non ha nemmeno preso in considerazione, è che sia in linea di principio vietata o *prima facie* incostituzionale, il che significa che può essere annullata solo se le ragioni dall’altra parte dell’equazione sono sufficientemente forti da giustificarla. È perfettamente plausibile che nel 1997 il legislatore costituzionale non abbia inteso sancire un divieto assoluto di imposizione retroattiva, ma piuttosto il principio generale secondo cui, contrariamente alla giurisprudenza dell’epoca, le imposte retroattive sono incostituzionali; in base a questa visione, l’imposizione retroattiva non deve essere considerata come un normale strumento di politica fiscale, ma una misura di ultima istanza, soggetta a un severo controllo giurisdizionale, volto a dimostrare l’esistenza di forti motivi per sacrificare le legittime aspettative dei contribuenti. Ritengo che la contro-argomentazione secondo cui il divieto sarebbe superfluo se lo si intendesse come un corollario o una specificazione del principio generale del legittimo affidamento, che la Corte ha tradizionalmente derivato dal principio ancora più generale della certezza del diritto, a sua volta derivato dal principio straordinariamente vago e generale dello Stato di diritto. Ma questo fraintende il rapporto tra il principio generale e la norma specifica: il fatto che il diritto alla libertà di circolazione sia fondato sul più generale diritto alla

libertà di azione non significa che il primo sia superfluo o che, per essere utile, debba essere categorico; significa che non dobbiamo arrivare fino al diritto più generale per trattare i casi relativi alla libertà di circolazione, cioè stabilire che il secondo deriva dal primo. Il divieto di imposizione retroattiva è utile, anche se non è assoluto, perché è più facilmente amministrabile rispetto all'astrazione del "legittimo affidamento". In effetti, la presunta ragione storica della sua introduzione nel testo costituzionale – correggere un errore nell'amministrazione della giustizia costituzionale – suggerisce che la sua natura è quella descritta.

Per quanto riguarda il secondo argomento, anche se è vero che un divieto assoluto è teoricamente più affidabile e più facile da amministrare di uno relativo, è vero che protegge eccessivamente le aspettative dei contribuenti e che in pratica è fonte di incertezza. Da un lato, le aspettative dei contribuenti sono degne di tutela solo quando sono legittime e in proporzione al loro peso; un divieto assoluto è cieco, nel senso che tratta allo stesso modo chi ha le mani sporche e chi le ha pulite, e sacrifica tutto il resto in qualsiasi circostanza. La proposizione che le aspettative dei contribuenti debbano essere tutelate anche quando non sono né legittime, né tutto sommato sufficientemente ponderate è poco persuasiva; inoltre, è semplicemente sbagliato affermare che un regime flessibile non sia in grado di generare certezza, al contrario della certezza assoluta, poiché consente che in molti casi la certezza superi l'equità. Ricordando la struttura semiotica dell'argomentazione di politica del diritto, mi rendo conto che il mio ragionamento presenta evidenti debolezze – l'enunciazione delle virtù dei principi e degli standard equi è vulnerabile alla contro-citazione delle virtù delle regole rigide –, ma ho qualcosa di più potente in tasca.

La giurisprudenza distingue tra tassazione retroattiva e retroattiva, limitando la portata del divieto alla prima. Questo è falso, rudimentale e imprevedibile. È insincero perché definisce l'ambito di applicazione della norma attraverso lo stesso metodo di bilanciamento che questa dovrebbe escludere: il giudizio secondo cui il divieto riguarda solo la forma più grave di retroattività è in sostanza una questione di bilanciamento dei pro e dei contro del divieto di imposizione retroattiva. È rudimentale perché considera solo una variabile – il grado di retroattività – rilevante per valutare l'intensità del sacrificio delle legittime aspettative, escludendo altri fattori rilevanti, come l'entità dell'aumento dell'imposta; un paio di centesimi in più sulla mia imposta sul reddito personale dell'anno scorso è molto meno dannoso per i miei piani economici di un aumento significativo delle aliquote fiscali applicabili all'anno in corso. Infine, è imprevedibile perché, a parte il suo carattere tecnicamente contorto, la distinzione può essere manipolata dal legislatore, poiché dipende dal modo in cui il fatto che fa scattare l'imposta è costruito nella normativa; se un'imposta sulle

spese aziendali è concepita come un'imposta *à tantum* su una transazione (acquisto di un'automobile) o come parte del regime di imposta sul reddito delle società (costo non deducibile) è a discrezione del legislatore.

\* \* \*

Sono soddisfatto della mia confutazione dei principali argomenti a favore della lettura categorica e meccanica del divieto di imposte retroattive. Sebbene nel corso della critica abbia sottolineato le ragioni per concepire il divieto come flessibile e aperto al bilanciamento, mi sento in dovere di articolare nel modo più conciso possibile l'argomento positivo che la mia lettura è superiore da ogni punto di vista immaginabile – giustizia, certezza e legittimità. La giustizia di una proibizione flessibile è implicita nella sua natura equa e relativa: protegge solo le aspettative che sono degne di protezione e solo nella misura in cui il loro valore non è sovrastato da altri valori. La sua certezza può sembrare inizialmente controintuitiva, ma è ormai consolidata: poiché prescinde dalla distinzione tra tassazione retroattiva e retroattiva, un divieto flessibile va alla sostanza delle aspettative dei contribuenti, proteggendole anche quando sarebbero alla mercé di un legislatore astuto. Infine, un divieto flessibile è più democratico di una norma rigida, perché autorizza i legislatori ordinari a svolgere il compito ideologicamente carico di bilanciare valori contrastanti – invece di lasciarlo nella mano morta del *pouvoir constituant* –, sotto la supervisione di giudici costituzionali che, almeno nel mio Paese, grosso modo, hanno una legittimazione democratica indiretta (eletti dai due terzi) e sono in carica temporaneamente (mandato di nove anni).

\* \* \*

Gli argomenti mi sembrano allo stesso tempo forti e fragili, persuasivi e dubbiosi, sofisticati e ultraterreni, candidi e subdoli. Queste tensioni ineliminabili giocano nella mia mente, scatenando un'ansia che mette alla prova la mia determinazione. Compio il passo decisivo: *alea jacta est*. Sono fiducioso nella mia capacità di mettere insieme un caso forte, ma temo anche di non riuscire a convincere i miei colleghi e me stesso ad accettarlo. Sebbene questo timore riguardi superficialmente la mia capacità di generare l'effetto della necessità giuridica – o, almeno, la non necessità della linea di ragionamento opposta –, nel profondo non sono sicuro che, in caso di successo, starei muovendo le cose nella giusta direzione. Lavorare con il diritto è una strada a doppio senso, che cambia sia il materiale, che l'artigiano. È un'attività sorprendentemente rischiosa, perché la propria anima è appesa a un filo.

## Fare cose con diritto & architettura: il “dentro e contro” come strategia di trasformazione<sup>1</sup>

Maria Rosaria Marella

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fuori. – 3. Il dentro e contro. – 3.1. Il “dentro e contro” in architettura. – 3.2. Il “dentro e contro” del diritto: l’Uso Alternativo. – 3.3. Il «dentro e contro» del diritto: i *Critical Legal Studies*. – 4. Il «dentro e contro» rivisitato. Per una rilettura senza sconti dell’architettura e del diritto. – 5. Dentro la materialità delle relazioni sociali. Il lavoro di Duncan Kennedy sull’abitare (cenni).

1. Diritto e Architettura sono entrambi discorsi e pratiche di potere. Entrambi concorrono alla costruzione dello spazio. E lo spazio non è un’entità neutra, ma invece una dimensione attraversata e prodotta da dinamiche di potere. Le norme giuridiche non sono neutrali; l’architettura non propone soluzioni neutrali. Nulla autorizza a concepire il diritto come neutrale, così come nessuno può credere nella neutralità dell’architettura.

La questione è: dove conduce il disvelamento della non-neutralità del diritto, così come della non-neutralità dell’architettura? Possono queste discipline collocarsi oltre il sistema capitalistico attraverso la semplice denuncia dell’ideologia che le pervade? Vale a dire: è possibile posizionarsi *dentro e contro* il capitalismo nella pratica del diritto e/o dell’architettura, e al contempo assumere che tali discipline e le loro esperienze operano in continuità con il capitalismo stesso? O, in alternativa: è possibile teorizzare e praticare il diritto (o l’architettura) al di fuori di questo sistema di potere? Al di fuori del capitale?

Emerge qui l’importanza di una teoria critica del diritto (e dell’architettura) che sia al contempo un progetto politico e un progetto sul diritto (e, rispettivamente, sull’architettura) – un orientamento teorico e un progetto politico capace quantomeno di rispondere a tali interrogativi.

L’idea del «dentro e contro» costituisce un elemento fondamentale delle teorie e dei movimenti critici del diritto, quali l’italiano Uso Alternativo del Diritto e i *Critical Legal Studies* in America, che in questo saggio esamino in parallelo con gli approcci critici in architettura. In ambito architettonico, l’attitudine del dentro e contro trova il proprio fondamento teorico nel pensiero operaista (e nel relativo progetto politico), segnatamente nella sua critica del lavoro intellettuale come

<sup>1</sup> Questo lavoro trae origine da un seminario su Diritto e Architettura svoltosi a SciencesPo, École de droit, Parigi, nel giugno 2019 nell’ambito della *Semaine Doctorale Intensive*. Al seminario, dedicato a Duncan Kennedy, presero parte altresì Marco Assennato e Giovanni Marini. Le relazioni presentate in quell’occasione saranno prossimamente pubblicate in inglese in *Comparative Law Review*.

sostanzialmente incorporato nello sviluppo capitalistico. È tuttavia necessario comprendere, in primo luogo, che cosa significhi dentro e contro; e che cosa significhi invece porsi fuori, assumendo l'impossibilità di un diritto alternativo fondato sull'opposizione ai rapporti di capitale. Negli anni Sessanta e Settanta, i tentativi di operare dentro e contro si manifestarono tanto nel campo del diritto quanto in quello dell'architettura.

Sul versante giuridico, il cosiddetto Uso Alternativo del Diritto esemplifica precisamente tale attitudine. Il dibattito italiano di sinistra a partire dai primi anni Settanta è largamente influenzato dalle lotte studentesche e operaie del biennio 1968-69. In tale contesto storico, i giuristi di sinistra – accademici e magistrati – maturano una profonda insoddisfazione nei confronti dell'applicazione del diritto e dei metodi di analisi offerti dalla scienza giuridica del tempo. Essi reagiscono ricercando *un'alternativa* nell'analisi marxista del diritto e del suo enforcement, al fine di orientarlo a vantaggio degli interessi delle classi subalterne<sup>2</sup>. Il nucleo della strategia del dentro e contro è qui rappresentato dal ruolo del giudice nella trasformazione della società: spetta al giudice sovvertire il sistema attraverso l'applicazione della Costituzione – e in particolare del principio egualitario di cui all'art. 3 – ovvero andando oltre quella mediazione, attraverso l'interpretazione diretta del conflitto sociale dal punto di vista della classe operaia<sup>3</sup>. Esiste inoltre una corrente del Movimento per l'Uso Alternativo che punta sulla legislazione, facendo leva sulla presenza di un forte partito comunista in Parlamento.

Qualche anno più tardi, negli Stati Uniti, un gruppo di giovani professori di diritto di orientamento progressista diede vita a un movimento – i Critical Legal Studies – destinato a esercitare una profonda influenza sul pensiero giuridico americano e tuttora vitale come corrente di pensiero. Anche i rappresentanti dei CLS perseguono una strategia del dentro e contro, sebbene operando su piani diversi del sistema. Il lavoro intellettuale occupa un posto centrale nella riflessione dei CLS: l'alienazione dei professori di diritto e la gerarchia all'interno delle law school vengono identificati come i nodi principali del progetto politico dei CLS come movimento. Data la specificità del contesto politico statunitense e le diverse fonti di ispirazione teorica – da Gramsci a Lévi-Strauss, da Foucault ai pensatori postmoderni – i CLS, come movimento e come insieme di teorie, si differenzieranno profondamente dall'Uso Alternativo italiano in termini di obiettivi, orientamenti e percorsi intellettuali.

Sul versante architettonico, la critica operaista del lavoro intellet-

<sup>2</sup> N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in «Riv. dir. civ.», 2018, 144 ss.

<sup>3</sup> Ne risulterà una controversia all'interno del movimento riguardo alla (manca di) legittimità democratica del potere giudiziario nel realizzare il cambiamento giuridico auspicato.

tuale conduce a una critica generale della fenomenologia dell'arte borghese, secondo la quale le arti, la letteratura e l'architettura sono integrate nello sviluppo capitalistico e il lavoro intellettuale è sussunto nel ciclo capitalistico<sup>4</sup>. In particolare, l'interpretazione operaista del concetto marxiano di capitale sociale mette in luce la tendenza del capitalismo a invadere ogni aspetto della vita, incorporando la società civile. Centrale in questa vicenda è l'eredità di Walter Benjamin, in particolare del Benjamin di "Avanguardia e rivoluzione": segnatamente la consapevolezza che l'opera d'arte si sviluppa all'interno dei rapporti di produzione – indipendentemente dal fatto che intenda salvaguardarli o sovvertirli. L'arte è il prodotto di determinate condizioni socio-economiche che tende automaticamente a riprodurre.

Con la posizione "del fuori", la posizione del dentro/contro condivide una mossa comune: la Critica dell'Ideologia. La critica dell'ideologia rappresenta infatti il minimo comune denominatore tra le posizioni della sinistra radicale nel diritto e nell'architettura. L'idea di fondo è che tanto il diritto quanto l'architettura necessitino di essere demistificati, in quanto espressione del dominio della borghesia funzionale ai rapporti di produzione capitalistici. Gli esiti della critica dell'ideologia, tuttavia, sia nel diritto che nell'architettura, sono molteplici e profondamente differenti tra loro. Una distinzione fondamentale può quindi essere tracciata tra posizioni che si collocano al di fuori del sistema e progetti che mirano a operare all'interno del sistema con l'obiettivo di sovvertirlo o destabilizzarlo.

2. Portata alle sue estreme conseguenze, la critica dell'ideologia può condurre a negare la possibilità di un diritto e/o di un'architettura alternativi al diritto e all'architettura borghesi.

Con riferimento all'architettura, questa postura trova la propria espressione paradigmatica in ciò che Engels rende esplicito nella *Zur Wohnungsfrage*: non può esistere un'architettura della classe operaia. Può esistere soltanto una critica della città capitalistica.

Una corrispondenza quasi geometrica nel campo del diritto si rinviene in (una certa versione del)la teoria marxiana del diritto come teoria critica del diritto borghese: le norme giuridiche sono il prodotto di specifiche condizioni socio-economiche e, laddove applicate, riproducono automaticamente quegli equilibri. In questa prospettiva, il contributo fondamentale è rappresentato dall'opera di Pašukanis, il quale va oltre la critica dell'ideologia e rigetta l'interpretazione del diritto come mera sovrastruttura, fondando in tal modo una (relativa) autonomia per il diritto<sup>5</sup>. Tuttavia, secondo Pašukanis, nessun diritto

<sup>4</sup> M. Assennato, *Progetto e metropoli. Saggio su operaismo e architettura*, Quodlibet, Macerata, 2019.

<sup>5</sup> E.B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il Marxismo*, Prefazione di Giso Amendola, PGreco Edizioni, Milano, 2022; la posizione vetero-marxista che

proletario può esistere, poiché il diritto non costituisce in alcun modo un apparato neutrale. Le forme giuridiche intrattengono una relazione di mutua costituzione con specifici rapporti di produzione – segnatamente con lo scambio di merci – e non possono esistere al di fuori di essi: la loro quintessenza, il soggetto giuridico, modellato sulla base dell'uguaglianza formale, non è altri che il proprietario di merci. Tutte le forme giuridiche sono strutturalmente e ineluttabilmente proprie della società capitalistica e non possono essere impiegate per finalità diverse dallo sfruttamento capitalistico. Di conseguenza, qualsiasi lotta per il cambiamento sociale è necessariamente anche una lotta contro l'astrazione giuridica e, in ultima istanza, contro il diritto stesso<sup>6</sup>.

In architettura, un progetto del «fuori» è perseguito dalla corrente utopica, in particolare dall'utopia situazionista di Constant, che ha reimmaginato la vita quotidiana come un'avventura urbana.

Muovendo dal testo seminale di Guy Debord, *La société du spectacle*, Constant Nieuwenhuys prende le mosse da una critica dell'urbanismo moderno come forma di controllo e aggressione da parte delle autorità. Questa era l'eredità del marxismo rivoluzionario che, con riguardo all'urbanistica moderna, conduce il Situazionismo a proporre un Bauhaus *immaginatista*: l'intento era di attaccare la freddezza del razionalismo architettonico e le sue radici storiche attraverso la potenza dell'immaginazione e del desiderio. Ciò conduce a teorizzare un'urbanistica unitaria, dinamica e soggettiva, che porta in primo piano il presupposto di fondo secondo cui la città capitalistica, plasmata dalle leggi del puro profitto, esclude ogni forma di desiderio, impulso creativo, immaginazione e spirito sociale – una questione che Henri Lefebvre approfondirà ulteriormente<sup>7</sup>.

Lo stesso Guy Debord aveva progettato *The Naked City* (1951-1959), una ristrutturazione della mappa di Parigi secondo il metodo della psicogeografia, intesa a leggere la realtà architettonica e la cartografia urbana attraverso la mediazione dei desideri del *flâneur*, colui che passeggia senza meta, esplorando. La visione della città che ne risulta è quella di uno spazio urbano fratturato, in cui vengono distrutti gli assi lungo i quali il barone Haussmann aveva alterato, riordinato e razionalizzato Parigi nel XIX secolo<sup>8</sup>.

confina la specificità del diritto all'interno della dialettica struttura-sovrastuttura è per altro verso criticata da K. Klare, *Law Making as Praxis*, Telos, no. 40 (Summer 1979), 123 ss.

<sup>6</sup> G. Amendola, *op. cit.*, spec. V ss.; L. Nivarra, *L'uso alternativo del diritto fra passato e presente*, in Azzariti, De Martino, Somma (curr.), *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di esperienze critiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, 337 ss.

<sup>7</sup> Si veda Francesco Biagi, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, Jaca Books, Milano, 2019.

<sup>8</sup> M. Borja-Villel, J. Carrillo, R. Peirò, *The Collection, Museo Nacional, Centro de Arte Reina Sofía, Keys to a Reading*, Part II, 28 e 29.

Se Debord, con *The Naked City*, si opponeva a qualsiasi standardizzazione dello spazio urbano operando sull'ambiente esistente, il progetto di Constant, *New Babylon* (1965), mira a inventare una città completamente nuova, in cui la vita quotidiana dei suoi abitanti precinda completamente dai parametri capitalistici della produttività e della rigida disciplina del tempo e dello spazio<sup>9</sup>. Non un progetto idealistico razionalista, bensì un'impresa fondata sull'improvvisazione e sulla flessibilità vitale del nomadismo: una città aperta, senza confini, capace di espandersi in tutte le direzioni per consentire ai propri abitanti di muoversi liberamente e con flessibilità. Questa affascinante concezione utopica della crescita architettonica e del mondo vitale costituì il punto di partenza del progetto situazionista *New Babylon* di Constant. Tra il 1956 e il 1974, il pittore olandese e cofondatore dei movimenti d'avanguardia Cobra e dell'Internazionale Situazionista lavorò a numerosi modelli, dipinti, disegni e collage per rappresentare la sua visione della città nomade del futuro. Le soggettività a cui si riferisce sono le identità Rom come anche il proletariato urbano giovane, vale a dire persone ai margini della società industriale. Con *New Babylon*, Constant e i Situazionisti mirano a rompere con l'alienazione della società industriale e con la mercificazione dell'intera esistenza, attraverso lo sviluppo di abitazioni nomadi e l'organizzazione di eventi volti a dissolvere i confini tra interno ed esterno.

Nel quadro della tassonomia del «fuori/dentro e contro» delineata in questo saggio per meglio comprendere la razionalità delle diverse teorie critiche, un «fuori» contemporaneo può essere individuato nella proposta di ricostruire piccole comunità urbane insediate nelle aree rurali attorno a risorse naturali condivise (*common pool resources*), con un'enfasi sulle identità locali e sull'autenticità delle relazioni sociali che si suppone fioriscano in tali enclaves. Si tratta della teoria del «progetto locale» di Alberto Magnaghi, in cui viene recuperato un certo antiurbanesimo romantico<sup>10</sup>.

Nella teoria giuridica, una analoga strategia del «fuori» è ravvisabile in quegli studi che ragionano sui beni comuni come creazioni dei movimenti sociali alla cui istituzione il diritto vigente contribuisce in modo insignificante o comunque poco rilevante<sup>11</sup>. Non diversamente dall'antiurbanesimo romantico appena menzionato, questo approccio giuridico romanticizza la comunità come protagonista assoluta della trasformazione attesa. Tale attitudine è stata criticata in quanto sembra cedere alle seduzioni della premodernità, quasi a celebrare la civiltà medievale in opposizione alle moderne società capitalistiche<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Per una critica si veda M. Assennato, *Progetto e metropoli. Saggio su operaismo e architettura*, cit., 87.

<sup>11</sup> U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 24.

<sup>12</sup> S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2018, 108.

Più in generale, il riferimento ai *commons* e al *commoning* in queste modalità si colloca al di fuori piuttosto che dentro e contro il sistema, nella misura in cui mira a creare piccole enclave chiuse anziché avvalersi dell'architettura, della pianificazione urbanistica e/o del diritto al fine di impedire o limitare che la cooperazione sociale venga interamente sussunta sotto il capitale.

3. Il «Dentro e Contro» nel dibattito italiano sull'architettura si concentra sulla metropoli. Il suo cardine è rappresentato dal pensiero operaista degli anni Sessanta, e precisamente dall'idea che la produzione capitalistica vada oltre la fabbrica e si estenda all'intera società – e, riformulata in termini spaziali, all'intero spazio urbano. Poiché lo spazio urbano non è semplicemente coinvolto nella distribuzione e nel consumo di merci, ma è direttamente implicato nella produzione capitalistica: esso è, in altri termini, il nuovo e cruciale sito della produzione capitalistica. Come sottolinea Toni Negri, la città è la nuova fabbrica.

Muovendo dalla lettura di Walter Benjamin, il punto di partenza è che l'opera architettonica, il progetto, l'architettura stessa sono incorporati nei rapporti di produzione.

Tanto il diritto quanto l'architettura si confrontano con la crescita caotica della società e con l'urbanizzazione conseguente allo sviluppo capitalistico. L'irrazionalità e il disordine sono intesi come strutturali al capitalismo maturo. Le reazioni sono di diversa natura: dal costruttivismo, al radicalismo (cinismo) e all'ironia.

3.1. a) L'attitudine costruttivista si fonda sull'idea che sia possibile lottare contro l'irrazionalità del capitalismo e razionalizzare il sistema e la città, andando oltre la critica dell'ideologia. In una certa misura, questa attitudine si combina con una prospettiva di tipo comunitario che dovrebbe guidare lo sviluppo della città. Il precedente è individuato nell'edilizia popolare degli anni Trenta nella Repubblica di Weimar – le *Siedlungen* – e soprattutto nella Vienna Rossa: gli *Höfe* – e in special modo il Karl-Marx-Hof – progettati come *quartieri operai*, non ghetti ma spazi di emancipazione.

Dal punto di vista architettonico e teorico, questa strategia si riafferma negli anni Sessanta nel nuovo razionalismo di Aldo Rossi, secondo il quale l'architettura ha ancora un ruolo da svolgere nella lotta contro il capitalismo. I fatti architettonici sono tali da interrompere o spezzare il continuum dell'urbanizzazione capitalistica.

In generale, questa è la posizione di coloro che, tanto nel diritto quanto nell'architettura, difendono l'autonomia di tali discipline, pur non credendo evidentemente alla loro neutralità. Secondo l'idea rosiana di architettura assoluta, la città non è riducibile al capitalismo, poiché frammenti di architettura – i *loci* – creano comunque altre condizioni di vita. E dunque rendono possibili altre forme di vita.

Al contrario, coloro che spingono la critica dell'ideologia fino alle sue estreme conseguenze (Tafari e Archizoom, cfr. infra) ritengono che il progressismo modernista, con la sua pretesa di razionalizzare lo sviluppo della città industriale, non riesca a comprendere quanto l'architettura sia stata lo strumento del capitalismo per domare la minaccia operaia e ostacolare il formarsi di una coscienza di classe nei lavoratori. Nel continuum di produzione/urbanizzazione l'architetto non crea forme ma organizza processi produttivi, come plasticamente evidenziato da progetti come il *Plan Obus* di Le Corbusier ad Algeri. Ma è proprio a questo livello che gli architetti possono operare dentro e contro. Di qui la netta critica delle isole utopistiche del periodo tra le due guerre mondiali (il Karl-Marx-Hof e la Vienna Rossa su tutti), che da un lato celebrano l'ideologia del lavoro e dall'altro l'autonomia della classe operaia contro la metropoli borghese – pur rimanendo in essa incorporate.

In realtà, all'interno dell'Operaismo il discorso sull'architettura e sull'urbanistica è chiaramente duplice. I giudizi opposti sui progetti di edilizia popolare realizzati dai governi socialdemocratici negli anni Trenta a Vienna e a Weimar costituiscono un esempio significativo di tale controversia. Da un lato, la discontinuità del capitalismo è intesa come un'occasione per la classe operaia di affermare la propria autonomia, approfittando delle fratture e delle contraddizioni, delle eccezioni e delle singolarità esistenti nella città borghese. In questo quadro, secondo Tronti e Cacciari, la monumentalità del Karl-Marx-Hof incarna la volontà degli operai di darsi una propria forma autonoma di abitare la città: nella misura in cui eccezioni e singolarità plasmano il potere della borghesia nella città, le stesse eccezioni e singolarità potrebbero costituire le forme che rappresentano il potere autonomo degli operai<sup>13</sup>. «La postulazione di un arcipelago di manufatti monumentali<sup>14</sup> come alternativa alla pianificazione dell'intera città non era semplicemente una questione di abili compromessi [...] ma una proposta urbanistica di grande avanzamento»<sup>15</sup>. Tale arcipelago esprime il rifiuto di una pianificazione totale della città capitalistica, la sua irriducibilità al processo dialettico: pur essendo in linea con il pensiero negativo coltivato da una corrente dell'Operaismo<sup>16</sup>, esso rappresenta fisicamente un luogo di crisi e di confronto, persino di sfida, all'interno della città esistente<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> P. V. Aureli, *The Project of Autonomy. Politics and Architecture within and against Capitalism*, Princeton Architectural Press, 2008.

<sup>14</sup> Come le *Höfe* o le *Siedlungen*.

<sup>15</sup> Aureli, *op. cit.*, 52.

<sup>16</sup> M. Cacciari, *Sulla genesi del pensiero negativo*, in «Contropiano» 1 (1969), 131 ss.

<sup>17</sup> Aureli, *ibidem*.

Dall'altro lato, altri, come Manfredo Tafuri, consideravano tali esperienze come utopie antiurbane<sup>18</sup>. Parlando della *Siedlung*, Tafuri ammette che essa costituisce un esempio di razionalizzazione dello sviluppo urbano e un modello alternativo all'architettura borghese prodotto dalle organizzazioni operaie<sup>19</sup>. Tuttavia, l'economia chiusa della *Siedlung*, la sua stessa natura di frammento, di oasi ordinata nel tessuto urbano, non rimuove né riduce le contraddizioni della città capitalistica, né incide sui suoi modi di produzione. Mentre emerge una tendenza irresistibile a pianificare la metropoli come un'enorme «macchina sociale», il modello ideale e la scala delle *Siedlungen* o degli *Höfe* è piuttosto quella del villaggio. A queste esperienze Tafuri contrappone la concezione della *Großstadt* (la metropoli) elaborata da pensatori quali Georg Simmel, Max Weber e Walter Benjamin, nonché l'idea di Ludwig Hilberseimer dell'unità della città come corrispondente all'unità del ciclo produttivo. Secondo Hilberseimer, esiste – e deve esistere – una continuità tra la singola unità edilizia e il disegno urbano generale della metropoli, in un rapporto che richiama i diversi stadi della catena di montaggio. Il ruolo dell'architetto è dunque limitato all'organizzazione della città come ciclo produttivo (ovvero il ciclo produzione-distribuzione-consumo). Ma è precisamente a questo livello – intervenendo nel ciclo produttivo – che l'architettura può funzionare dentro e contro nel progettare la città socialista (come la *High Rise City* di Hilberseimer).

Se assumiamo l'architettura moderna come la storia dei tentativi di catturare un disordine (il disordine prodotto dal capitalismo), diventa facile comprendere la biforcazione all'interno dell'urbanistica operaista – se ci è consentito definire in questo modo tale movimento, o tali movimenti: la divisione interna si sviluppa attorno alla questione se l'architettura possa o meno tradurre la coscienza operaia nella sconfitta del caos urbano generato dalla crescita capitalistica.

Nello scenario degli anni Sessanta, Aldo Rossi è il principale rappresentante del polo costruttivista nella controversia interna al dentro e contro. La sua opera prende avvio in un'epoca – gli anni Sessanta – in cui le lotte politiche e i conflitti sociali riemergono, e con essi la domanda di rinnovamento teorico di tutte le discipline sociali, architettura e urbanistica incluse. Ciò che è in gioco è una nuova teoria dell'architettura e della città: la città democratica.

La prima mossa in questa direzione fu il rifiuto del legame tra modernismo, democrazia e liberalismo, fino ad allora indiscusso. Non diversamente dai critici dell'ideologia più intransigenti, anche Rossi sostiene che l'architettura è e non può essere altro che espressione

<sup>18</sup> M. Tafuri, *Progetto e utopia. Architettura e sviluppo capitalistico*, Roma-Bari, 2007, (prima edizione, 1973).

<sup>19</sup> Tafuri, *op. cit.*, 95 ss.

della classe dominante<sup>20</sup>. Ma quest'ultima non può fare a meno di posizionarsi in relazione ai propri antagonisti nella città e nel pianificarla. È ciò che l'architettura di Rossi si propone di realizzare: rendere esplicita la presenza incombente del potere – il potere della classe dominante – criticando al contempo la pianificazione urbana condizionata dall'economia borghese e parodiandone l'astrazione e la sterilità<sup>21</sup>. Al tempo stesso, l'idea centrale di Rossi sulla città è che lo spazio sia fatto di forme di vita e di memorie. Di qui la sua attenzione ai frammenti e alle situazioni locali – la nozione di *locus* – verso i quali manifesta il suo impegno sociale, politico e culturale. In contrasto con la teoria della città-territorio elaborata da Tafuri e altri – secondo cui il passaggio dall'operaio industriale all'operaio sociale richiede la riorganizzazione dell'intero territorio urbano in funzione dei nuovi modi e obiettivi produttivi – l'enfasi di Rossi sulla *separatezza* immanente della città mirerebbe a sottolineare la materialità degli artefatti urbani, le diverse identità coesistenti nella città e, in ultima istanza, la forza plasmante della politica contro la presunta omogeneità dello sviluppo tecnologico. Di qui la sfida all'ansia capitalistica di cambiamento e innovazione, lanciata appropriandosi dell'eredità della città borghese come forma – reinventata – della città socialista: l'uso della norma come forma di eccezione<sup>22</sup>. E di qui, infine, una teoria dell'architettura che riconduce (nuovamente) al progetto.

Al contrario, l'idea della città-territorio (*città-regione*), che collega l'avvento del welfare state con lo sviluppo tecnologico, sottolinea la necessità del capitalismo avanzato di un coordinamento territoriale nel momento in cui il sistema produttivo si espande oltre la fabbrica sull'intero territorio: la città-territorio organizza l'intera area urbana per renderla più produttiva<sup>23</sup>. Al suo interno non vi è interruzione tra produzione, mobilità e consumo, così come tra lavoro, tempo libero, welfare e cultura. In altri termini, non esiste vita urbana al di fuori della continuità della produzione. La «città» è il luogo e, al contempo, il prodotto della produzione tecnologica, e l'architettura è soltanto una parte della catena di produzione<sup>24</sup>.

b) La realtà delle nuove forme di produzione, il loro impatto sulla vita, la struttura e le funzioni della città vengono ora ironicamente rielaborate dalla cosiddetta Architettura Radicale italiana. Ironia e cinismo sono, ad esempio, i tratti distintivi del progetto *No-Stop City* proposto dal collettivo Archizoom: essi abbracciano una razionalità accelerazionista nel progettare l'urbanizzazione nella sua massima

<sup>20</sup> A. Rossi, *L'architettura della città*, Marsilio, Venezia, 1966, 116.

<sup>21</sup> S. Aureli, 67.

<sup>22</sup> G. Celant, *Aldo Rossi*, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma, 2013, 25.

<sup>23</sup> Greppi and Pedrolli, *Produzione e programmazione territoriale*, in «Quaderni rossi», 3, 1963, 95, citato da Aureli, cit., nt. 82, 61.

<sup>24</sup> Tafuri, 42.

estensione, ciò che sfocia in un continuum in cui fabbrica, supermercato, parcheggi e unità residenziali si sovrappongono senza interruzioni né spazi vuoti. La *No-Stop City* è una città senza qualità, senza immagini architettoniche, di fatto senza architettura<sup>25</sup>; in fondo, l'esa-  
sperazione del modernismo razionalista.

Anche per Archizoom la premessa è la demistificazione della città moderna come artefatto del capitalismo, con l'intento di contrapporre una teoria all'ideologia borghese: la città è intesa come mera preconditione per la riproduzione della forza lavoro<sup>26</sup>. Ma l'alienazione che un'enorme catena di montaggio di fatti sociali produce – come plasticamente raffigurata nella *No-Stop City* – è accolta con favore in quanto evidenzia quanto il capitalismo si fondi sul lavoro vivo. Nelle parole di Andrea Branzi, una delle figure di spicco di Archizoom, l'utopia che l'Architettura Radicale realizza non è volta a offrire un modello migliore di società, bensì costituisce uno strumento per accelerare la realtà al fine di renderla più leggibile<sup>27</sup>. D'altro canto, seguendo l'impostazione trontiana, il presupposto sottostante a questa teoria è che spingere lo sviluppo urbano alle sue conseguenze ultime rende tali conseguenze incontrollabili per il sistema stesso. Di qui la possibilità di un uso alternativo della città da parte dei suoi produttori, ovvero della classe operaia. In fondo, l'idea alla base di progetti come la *No-Stop City* è quella di liberare la creatività delle persone nell'uso dell'habitat e, in ultima istanza, della propria vita.

Retrospectivamente, lo stesso Branzi ammette che il movimento radicale non ha creato altro che una prospettiva iconica e intellettuale<sup>28</sup>. Altri critici<sup>29</sup> hanno rilevato la debolezza dell'analisi dei Radicals, ancorata a una rappresentazione lineare del lavoro e della produzione nella metropoli capitalistica, priva di contraddizioni, irrazionalità o conflitti. Inoltre, gli sforzi più concretamente «rivoluzionari» dei Radicali furono dedicati al loro lavoro nel campo del design industriale; di conseguenza, le critiche nei loro confronti furono alimentate dalla loro stessa pretesa di svolgere un ruolo politico nella produzione di un presunto design rivoluzionario. Anche in questo caso, i marxisti critici – come già Engels in *Zur Wohnungsfrage* – contrappongono la possibilità di un design rivoluzionario alla critica rivoluzionaria del design, sostenendo che le arti applicate non sono mai neutrali ma sono ideologiche quanto lo è la produzione stessa. Il design industriale diventa un campo di lotta politica se e soltanto se il designer mette in discussione i modi e i ritmi della produzione<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Dove architettura significa la qualità figurativa della città.

<sup>26</sup> Aureli, *op. cit.*, 73.

<sup>27</sup> A. Branzi, *Radical Architecture. Il rifiuto del ruolo disciplinare*, 1974.

<sup>28</sup> M. Assennato, *op. cit.*, 46.

<sup>29</sup> Si veda ad es. Assennato (*op. cit.*, nt. 5, 45 ss.), a partire dalle dure critiche mosse da Tafuri.

<sup>30</sup> F. Fortini, in Assennato, *op. cit.*, 48 ss.

E con ciò torniamo al problema sollevato da Walter Benjamin sul lavoro intellettuale all'interno dei rapporti di produzione.

3.2. L'Uso Alternativo del Diritto condivide almeno due caratteristiche con gli approcci critici all'architettura emersi negli anni Sessanta e Settanta: un diffuso disagio nei confronti del lavoro intellettuale e la critica dell'ideologia. Quando alla fine degli anni Sessanta scoppiano le lotte operaie e le lotte studentesche, i giuristi di sinistra che poi confluiranno nel movimento dell'Uso Alternativo del Diritto si interrogano sul proprio ruolo: che cosa ha a che vedere il giurista di sinistra con il sistema giuridico vigente? La risposta è un senso di profondo disagio esistenziale: questi giuristi si detestano come giuristi, detestano il proprio rapporto con la scienza giuridica del tempo, i vincoli teorici che condizionano il proprio lavoro, e patiscono una profonda frustrazione per gli scarsi risultati che le loro azioni possono produrre in termini di giustizia sostanziale. Cionondimeno, non sperimentano lo stesso disincanto degli architetti militanti e politicamente impegnati di quel medesimo periodo. Volendo procedere con l'analogia, dobbiamo infatti convenire che l'attitudine prevalente che emergerà tra gli attivisti dell'Uso Alternativo è il costruttivismo, come vedremo a breve.

L'Uso Alternativo del Diritto attinge principalmente alla teoria marxiana, nella quale trova la propria cassetta degli attrezzi e gli obiettivi della propria funzione di giuristi; primo fra tutti garantire che il diritto rifletta gli interessi della classe operaia<sup>32</sup>. Dal pensiero dominante il diritto è presentato come neutrale, universale e astratto. Pertanto, la prima mossa dell'Uso Alternativo è la critica dell'ideologia, volta a demistificare la neutralità del diritto, il suo fondamento borghese e il suo essere funzionale agli interessi del capitale. In secondo luogo, l'Uso Alternativo enfatizza le fratture e l'ambivalenza all'interno del sistema giuridico, che riflettono la fondamentale contraddizione capitale/lavoro nella società: la missione dell'Uso Alternativo è perciò razionalizzare il sistema giuridico risolvendo ambivalenze e contraddizioni alla luce della Costituzione e principalmente attraverso l'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, eletto a valore ordinante (di un sistema rifondato).

In sostanza, il progetto *alternativo* è un progetto di razionalizzazione del sistema secondo la Costituzione e alla luce del principio di

<sup>31</sup> Si vedano i due volumi a cura di Pietro Barcellona che raccolgono gli atti del convegno di Catania del 1972, generalmente ritenuto momento fondativo del movimento: *Atti del convegno, L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Bari, Cacucci, 1973. Per una riflessione contemporanea sulla stagione dell'Uso alternativo del diritto si vedano i saggi raccolti nel volume curato da Azzariti, Di Martino e Somma (cit. alla nt. 6).

<sup>32</sup> Per un'approfondita analisi dei rapporti fra Uso alternativo e teoria marxista cfr. L. Nivarra, *La grande illusione. Come nacque e morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, 57 ss.

uguaglianza, con l'essenziale protagonismo del giudice, figura centrale chiamata a esprimere un indirizzo politico e a svolgere il ruolo di soggetto antagonista<sup>33</sup>. Dentro e contro, appunto!

Nella dialettica struttura-sovrastuttura che interessa la produzione e l'applicazione del diritto, il conflitto sociale è visto come il momento propulsivo nell'individuazione del diritto applicabile: è in sostanza la matrice della trasformazione del diritto messa a segno dal giudice.

Da questa base comune si dipartono diverse correnti: l'uso alternativo praticato dalla magistratura e quello praticato dai professori di diritto, con differenti gradi di radicalità delle proposte tanto nell'ambito della magistratura quanto in quello dell'accademia di sinistra.

Un'idea di fondo accomuna le differenti posizioni: in modo molto diverso da quanto aveva ipotizzato Pašukanis, si ritiene che un diritto della classe operaia non solo sia possibile ma sia già presente nella Costituzione italiana<sup>34</sup>, della cui attuazione il movimento operaio è garante, essendo dalla costituzione stessa designato come il vero e unico attore del processo di trasformazione da essa avviato<sup>35</sup>. Di conseguenza, non può esistere alcuna politica del diritto che non sia la politica che realizza l'interesse della classe operaia.

Sul piano dell'azione politica, si ritiene necessario fare egemonia attraverso i sindacati e i partiti politici rappresentativi della forza lavoro. L'obiettivo è fare della classe operaia il soggetto delle scelte politiche fondamentali del paese. È quindi necessaria una riforma dello Stato fondata sull'ideale democratico preso sul serio, vale a dire sull'(idea marxiana dell)a socializzazione delle forze produttive. La democrazia così intesa è quanto definisce l'interesse generale.

All'interno di quest'alveo i posizionamenti possono essere però molto diversi. Adolfo di Majo<sup>36</sup>, per parte sua, non ritiene che la giustizia *eretica* così teorizzata possa essere accolta dal sistema e trovare realizzazione attraverso la mera applicazione della Costituzione. Occorre invece avere il controllo dell'amministrazione della giustizia e interpretare la sua azione alla luce della realtà socio-economica, adottando il punto di vista della lotta di classe, senza attendere di essa traduzioni giuridiche formali che ne realizzino gli obiettivi in modo infedele o parziale<sup>37</sup>. Vale a dire: l'attività *dentro e contro* del giudice deve essere apertamente politica nello sfruttare le contraddizioni e le

<sup>33</sup> Cfr. P. Costa, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni settanta*, in «Dem. dir.», 1987, 15 ss.

<sup>34</sup> L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (cur.), *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., 115.

<sup>35</sup> P. Barcellona, «*Questione comunista*» e *direzione dello stato*, in Dem.dir., 1974, 661 ss., 668.

<sup>36</sup> *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'«Uso alternativo» del diritto privato*, in «Democrazia e diritto», 1974, 149 ss.

<sup>37</sup> Id., 159.

tensioni del sistema. È esplicita l'adesione all'analisi marxista del diritto di Pašukanis laddove si reclama il rigetto non soltanto dell'interpretazione dominante, ma anche del più ampio orizzonte socio-culturale nel quale prendono corpo le categorie dei codici civili espressione del diritto borghese, e lo smascheramento dell'individualismo e dell'egoismo che allignano dietro alle idee di *libertà* e *autonomia* nel diritto privato<sup>38</sup>. E traspare la fascinazione per l'interpretazione operai-sta di Marx: un uso alternativo del diritto che rispecchi la conflittualità sociale deve fare i conti col "farsi *sociale* del capitale", con la sua tendenza espandersi a tutti gli aspetti della vita, "a egemonizzare l'intero processo della produzione di vita degli uomini", ad incorporare per intero la società civile. Un uso alternativo può essere allora soltanto l'adozione di un punto di vista diverso – quello di classe –, l'affermazione di valori antitetici a quelli proprietari borghesi, contro l'appropriazione dei prodotti della cooperazione sociale e contro l'uso di forme giuridiche falsamente egalarie. A partire dall'affermazione dei bisogni materiali essenziali: quindi la prevalenza del diritto all'abitazione sul diritto di proprietà, l'apprezzamento di chi *in concreto* riveste la posizione di debitore e il rafforzamento delle posizioni creditorie quando siano legate ad *esigenze vitali*; più in generale l'affermazione della materialità delle relazioni e dei bisogni contro l'astrazione delle categorie del diritto privato.

Queste aspirazioni confluiscono nel più generale disegno di razionalizzazione del sistema alla luce della costituzione e contro l'ideologia borghese. È diffusa nella magistratura e nell'accademia di sinistra la convinzione che davanti a trasformazioni sociali che con il 1968 si appalesano come non mediabili, non più contenibili nel modello c.d. industrial-consensualista, ma che al contrario sono indotte da un mutamento *accelerato*, radicalmente conflittuale dei rapporti sociali, il compito del giudice e più in generale dell'interprete sia non più quello di adeguare il diritto alla realtà sociale attraverso l'interpretazione evolutiva, ma al contrario quello di far esplodere le contraddizioni presenti nel sistema giuridico e, di converso, nel sistema economico di cui quello è espressione, ossia le contraddizioni interne al rapporto capitale/lavoro. Adottando un approccio radicalmente dicotomico, l'ambivalenza delle singole norme, la polisemia dei termini giuridici, le antinomie, i vuoti, le lacune del quadro normativo, pur originate da fattori estranei alle dinamiche proprie del sistema capitalistico, vengono giocate come specchio della contraddizione fondamentale, quella fra capitale e lavoro, e riportate all'uno o all'altro dei due poli del conflitto<sup>39</sup>, per demistificarne la falsa neutralità. Ma non solo. «La giustizia è di classe» o non è; il ruolo del giudice è eminentemente politico. Ed è qui

<sup>38</sup> Id., 153.

<sup>39</sup> P. Costa, *op. cit.*, 39.

che si insinua l'opera di "razionalizzazione" del sistema ad opera del giudice, nel risolvere antinomie e ambivalenze attraverso la costante prevalenza della norma costituzionale sulla norma di legge ordinaria, e in particolare attraverso la razionalità dell'art. 340.

Uno dei punti d'attacco del progetto dell'Uso alternativo è dunque la contestazione del ruolo del giurista come *mediatore* del conflitto sociale. Uno sguardo alla giurisprudenza pretorile di quel torno d'anni restituisce plasticamente cosa in concreto comportasse l'idea del giudice soggetto antagonista. Esempari al riguardo le decisioni sull'occupazione di fabbriche, tema peraltro affrontato dai giudici già nell'immediato dopoguerra<sup>41</sup>. La questione che la magistratura (con la dottrina) si trova a dover risolvere è se l'occupazione operaia di una fabbrica configuri uno spoglio e se, dunque, al datore di lavoro titolare della fabbrica possa essere accordata la tutela possessoria. Al di là del problema della configurabilità o meno di uno spoglio in senso tecnico, e quindi dell'applicabilità dell'art. 1168 c.c. o piuttosto dell'art. 1170 c.c. – al di là, cioè, della sussistenza o meno del requisito della violenza, ciò di cui si discuteva e che certa dottrina ha risolutamente negato – la vocazione dell'Uso alternativo a praticare una giustizia "di classe" per il tramite della costituzione si esprime nel confutare nel merito la stessa applicabilità alla fattispecie della tutela possessoria. E tanto a partire dal dato oggettivo dello scontro capitale/lavoro che prende corpo nell'occupazione di una fabbrica e che nulla ha a che vedere col conflitto "arcaico" delineato dalle norme del codice civile in materia possessoria<sup>42</sup>. Il "livello sovrastrutturale" riflette – si dice – la *contraddizione fondamentale* nell'art. 40 della costituzione, cioè nel privilegio accordato ai lavoratori di astenersi dal lavoro come forma pienamente lecita di lotta. L'occupazione di fabbrica, inquadrata nel contesto del c.d. diritto di sciopero, è a sua volta una forma lecita di lotta operaia e non dà adito alla tutela possessoria dell'imprenditore. L'operazione ricostruttiva così messa a segno<sup>43</sup>, che trova ulteriore riscontro

<sup>40</sup> Per una critica del progetto politico edificato sull'uso "di classe" del principio di uguaglianza sostanziale cfr. L. Nivarra, *La grande illusione*, cit., 66.

<sup>41</sup> In senso favorevole allo spoglio si vedano ad esempio Pret. Napoli, 3 febbraio 1949 (decr.), in «Foro civ.», 1949, 162 ss., con nota adesiva di G. Deiana, *Occupazione di fabbriche ed azione di spoglio*; Pret. Torino, ord., 3 marzo 1955, in «Dir. lav.», 1955, II, 164 ss., con nota critica di M. Donati, il quale contro il ricorso alla tutela possessoria già prospetta la necessità di un punto di vista diverso, adeguato all'evoluzione del sistema giuridico come delineato dall'avvento della costituzione (si richiamano in proposito gli artt. 1, 35, 36, 40, 42 e 43 Cost.).

<sup>42</sup> Così Pret. Ferrara, 31 dicembre 1968, ord., con nota critica di N. Lipari, *"Progressismo" costituzionale e tutela possessoria*, in «Giur. cost.», 1968, 2558 ss. Analogamente Pret. Fiorenzuola D'Arda, 23 aprile 1971, in «Dir. giur. lav.», 1971, II, 843, con nota di L. Bigliazzi Geri, *"Vittime" e "carnefici" (a proposito dell'occupazione delle aziende)*.

<sup>43</sup> A. Belfiore, *Occupazione di fabbrica e tutela possessoria*, in «Dem. dir.», 1974, 673 ss.

in altre norme costituzionali<sup>44</sup>, ha molto a che fare con gli sviluppi delle lotte operaie post '68-69, in particolare con l'ampliarsi dell'uso politico dello sciopero, con le lotte dei lavoratori per la salute, con il tentativo di riscrittura dei rapporti di produzione oltre il vertenzialismo. Si arriverà per questa via a fare dell'occupazione di azienda quale forma di autotutela dei lavoratori costituzionalmente garantita ex art. 40 cost. la regola del caso concreto, al testo costituzionale riconducendosi "il superamento della concezione del lavoro come merce" e una nuova configurazione dei rapporti di produzione all'interno dell'impresa, fino all'affermazione di un diritto soggettivo perfetto degli operai alla cogestione ex art. 46 cost. e al riconoscimento di un *contropotere* operaio nel governo dei conflitti sulla gestione comune che proprio attraverso gli strumenti costituzionali di autotutela e, segnatamente, attraverso l'occupazione di azienda lecitamente si esprime<sup>45</sup>. In questo scenario la lettura radicale del principio di eguaglianza sostanziale ne fa la regola di chiusura del sistema: "Il giudice [...] nel momento in cui è chiamato a giudicare sulla legittimità di una azione collettiva dei lavoratori, non può esimersi dall'applicare la norma di cui all'articolo 3, 2° comma Cost., diretta a garantire la eguaglianza di fatto dei cittadini e la effettiva partecipazione dei lavoratori, alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese e, conseguentemente, dal valutare caso per caso l'adequatezza e proporzione dell'azione collettiva a contrastare il potere antagonista che tale eguaglianza e partecipazione in pratica conculca"<sup>46</sup>.

Molto si potrebbe ancora dire in merito all'esperienza italiana dell'Uso alternativo del diritto, ma quel che qui importa è soprattutto tentarne una valutazione come strategia trasformativa "dentro e contro". Ed allora, volendo tracciare un confronto con la critica operaista dell'architettura, utile perché radicata in una sofisticata analisi di contesto, l'insegnamento che possiamo trarne è che le strategie del "dentro e contro" devono innanzitutto scavare dentro il linguaggio e dentro

<sup>44</sup> Il pretore di Ferrara (ord. cit.), pur nella schizofrenia – puntualmente messa in luce da Lipari – di una motivazione che tenta un maldestro equilibrio fra il progetto progressista insito nelle norme costituzionali e l'interpretazione formalista della disciplina codicistica, richiama, oltre all'art. 40, l'art. 41, a proposito iniziativa economica privata e utilità sociale, l'art. 42 (funzione sociale della proprietà), l'art. 43, con riferimento alla possibilità di trasferire la titolarità di determinate comunità di lavoratori, l'art. 46 sul diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle aziende.

<sup>45</sup> "Allo stato, mancando una disciplina legislativa e, generalmente, convenzionale, del rapporto di collaborazione nella gestione dell'impresa, la soluzione degli eventuali conflitti sarà rimessa, nella maggior parte dei casi, al libero dispiegarsi degli strumenti tipici e atipici di autotutela previsti dalla Costituzione o ad essi riconducibili, nei limiti ricavabili dall'ordinamento. Tra questi strumenti possono certamente comprendersi l'occupazione della fabbrica e il conseguente blocco dei prodotti finiti". Così Pret. Fiorenzuola D'Arda, cit.

<sup>46</sup> Ancora Pret. Fiorenzuola D'Arda, cit.

lo strumentario di una disciplina per sovvertirne finalità e esiti; e che solo in tal modo si può pensare di produrre quel famoso granellino utile a inceppare l'ingranaggio. Muovendo da qui è facile individuare le criticità dell'Uso alternativo – che con la critica operaista pure entra in contatto<sup>47</sup> – e comprendere le ragioni della sua fine prematura: se l'ideologia alternativa da promuovere a livello di ordinamento giuridico pretende di ricostruire, meglio: razionalizzare, «un sistema» che rimane in ogni caso assoggettato alle traiettorie dello sviluppo capitalistico, il risultato è anzitutto un fraintendimento di che cosa sia il capitalismo e di come funzioni<sup>48</sup>; ma anche di cosa poi voglia dire «dentro e contro», posto che quel *dentro* è declinato piuttosto come una sorta di oasi all'interno di un complesso di rapporti di potere (e di modi di produzione) che vanno in senso opposto<sup>49</sup>. Un rilievo, questo, che può declinarsi diversamente in rapporto alle diverse articolazioni interne al movimento dell'Uso alternativo, ma che difficilmente può ritenersi estraneo a ciascuna di esse. Ciò che sarebbe invece necessario – assumendo il capitale come relazione, espressione del *General Intellect*<sup>50</sup> – è attirare l'apparato al di fuori di sé stesso, tradirlo, ingannarlo, morderlo, trasformarne la struttura<sup>51</sup>. Il problema della legislazione *alternativa* o della giurisprudenza pro-lavoratori è che esse costituiscono preziose «interruzioni» critiche – proprio come gli *Höfe* della Vienna Rossa – purtroppo incapaci di innescare un reale processo di trasformazione generale.

3.3. In realtà, i protagonisti dell'Uso alternativo operano in una fase politica nella quale la forza acquisita dai partiti della sinistra, PCI e PSI, apre a un orizzonte di possibilità in cui l'avvento del socialismo in Italia resta una prospettiva praticabile. L'uso di classe del diritto, in sostanza, precorre una trasformazione che si pensa realizzabile a livello strutturale attraverso i cambiamenti promossi e realizzati dalle istituzioni della politica<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Belfiore (*op. cit.*, nota 59) cita *Quaderni rossi*; di Majo (*op. cit.*) cita Toni Negri.

<sup>48</sup> A. Asor Rosa, *Critica dell'ideologia ed esercizio storico*, Casabella, 619-620, 1995, 30 in M. Assennato, *Progetto e Metropoli*, cit., nt. 8, 14.

<sup>49</sup> Si veda anche la critica a posteriori di N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, cit., ove si sottolinea la permanenza negli autori che si rifanno all'uso alternativo della concezione comunque positivista del diritto, nonché di un'idea tutto sommato classica di diritto come sistema, sul quale potessero agire unicamente coloro che quella struttura avevano concorso a costruire (p. 159).

<sup>50</sup> Con l'emersione dell'Individuo Sociale dentro e contro il General Intellect: cfr. T. Negri, *General Intellect e Individuo Sociale nei Grundrisse marxiani*, in «Euronomade», 2019, <https://www.euronomade.info/general-intellect-e-individuo-sociale-nei-grundrisse-marxiani/>.

<sup>51</sup> Richiamando le parole di Jacques Derrida riferite da Assennato, *op. cit.*, 13.

<sup>52</sup> Molto operaismo andrà, come noto, in tutt'altra direzione.

Tutt'altro è lo scenario politico in cui negli Stati Uniti prende le mosse, fra la fine degli anni Settanta e i primi anni Ottanta, il movimento dei Critical Legal Studies. E molto diversa è la valutazione che può farsi delle posizioni assunte dal movimento americano, inclusa la loro strategia preferenziale, volta non a rovesciare il sistema e rifondare il diritto, ma piuttosto a produrre piccoli cambiamenti interstiziali mediante gli strumenti tattici tipici dell'approccio CLS al diritto, a partire dalla consapevolezza del carattere classista, patriarcale e razzista del diritto positivo, ma anche dalla coscienza della sua intrinseca contraddittorietà e incoerenza.

Dato il quadro politico 'avverso', i CLS, come movimento, dirigono la loro azione politica principalmente contro la legal education dell'epoca, contrastando efficacemente l'impronta gerarchica e autoritaria che connotava la formazione dei giuristi nelle law school statunitensi, facendo opera di proselitismo fra gli e le studenti, e promuovendo il reclutamento di docenti donne e di colore per superare il monopolio bianco e maschile allora imperante. Tutti aspetti che invece i giovani professori dell'Uso alternativo trascurarono totalmente, pensando la propria funzione politica come *interpreti* del diritto e non anche come *docenti*, e con ciò mancando l'occasione di passare il testimone alle generazioni a venire, che di fatto ripiegheranno poi verso modelli teorici più tranquillizzanti. Analogamente, mancò nell'Uso alternativo alcun tipo di attenzione per i femminismi, allora in piena esplosione sulla scena italiana come movimenti sociali e come luoghi di elaborazione teorica e politica. Al celebre convegno di Catania del 1972 nessuna giurista fu invitata.

Sul piano delle azioni 'sul campo', allorché i *crit* interessati al confronto diretto col diritto positivo accettano di operare in un sistema in cui non si dà un fuori rispetto al dominio delle ideologie, essi acquisiscono consapevolezza di come l'efficacia costitutiva del diritto operi attraverso rappresentazioni linguistiche che costruiscono dicotomie gerarchiche (pubblico/privato, individualismo/altruismo, famiglia/mercato, regola/eccezione, volontà/affidamento, ecc.) che è possibile decostruire. Non per sostituire ad esse altre gerarchie<sup>53</sup>, ma per smascherarne la matrice ideologica e al tempo stesso mostrarne una *friabilità* che prelude alla percorribilità di altre strade, cioè ad aperture interpretative capaci di modificare equilibri di potere normalmente inveterati, ma con ciò anche instabili, come instabili, tuttavia, saranno i nuovi assetti di interessi raggiunti, perché affidati a ricostruzioni alternative inesorabilmente precarie. L'aspirazione alla messa in campo di un progetto radicale che liberi le soggettività subalterne è dunque destinata a svilupparsi lungo gli snodi, le faglie e le fratture di questa pervasiva continua instabilità.

<sup>53</sup> In tal senso G. Marini, *Critical Legal Studies vs. Uso Alternativo Del Diritto: ovvero il destino Nordamericano di Marx*, in questo fascicolo, 53.

Proseguendo l'analogia con la valutazione operaista dell'architettura e dell'arte in senso lato, ci si potrebbe dunque chiedere se questa strategia di lavoro negli interstizi del sistema e dei rapporti di potere finisca per scontrarsi con lo stesso tipo di critica che Tafuri rivolgeva alla politica dei frammenti perseguita da pensatori come Aldo Rossi. In realtà, coloro che si identifica(va)no come parte del movimento CLS – e qui è il punto di maggiore distanza dai giuristi italiani dell'Uso alternativo – non avevano alcuna intenzione (o speranza) di cambiare la società attraverso il diritto. E la prima ragione fondamentale per non concepire il diritto come un insieme di dispositivi capaci di sovvertire il sistema è, come sin qui ci è sembrato di chiarire, che il diritto è troppo indeterminato per conseguire qualsiasi risultato stabile. A differenza di quanto accade nella giurisprudenza alternativa italiana, la critica dell'ideologia dei CLS non porta a concludere che esiste un sistema giuridico coerente che fedelmente rispecchia le dinamiche capitalistiche e che può essere rovesciato insieme al capitalismo sostituendolo con un sistema giuridico socialista. E se così è, mancano i presupposti per riferire alle strategie dei CLS – in particolare alla finalità di perseguire piccole vittorie locali dei soggetti subalterni negli interstizi della società capitalistica – lo stesso tipo di critica mossa alla politica dei frammenti in architettura. Quella messa in opera dai *crits* non è infatti una strategia *costruttivista*.

4. L'attitudine costruttivista, tanto in architettura quanto nel diritto, non ha dato i frutti sperati. Entrambe quelle vicende non sono terminate con un lieto fine.

Obiettivo principale di una strategia del dentro e contro nell'arte – secondo Walter Benjamin – doveva essere la pianificazione di un progresso tecnologico tale da portare alla socializzazione dei mezzi di produzione. Quanto è poi accaduto nell'ambito che ci riguarda è stato, all'opposto, la morte dell'urbanistica, accompagnata (o accelerata o addirittura prodotta) dalla trasformazione in senso neoliberale del ruolo degli attori pubblici (lo stato, gli enti locali), e una profonda crisi dell'architettura, la cui missione è risultata in conclusione indefinita e incerta, fino a risolversi nella comparsa del fenomeno delle archistar.

Nel diritto il lascito più significativo dell'esperienza dell'Uso alternativo, giunta al capolinea in neppure un decennio, si identifica, già al termine degli anni Settanta, con l'opzione *garantista*, quando obiettivo principale dei giuristi di sinistra diventa garantire libertà e diritti contro la repressione scatenata da uno stato impegnato nella lotta contro il terrorismo (siamo nei c.d. anni di piombo). Emblematica di quella fase la vicenda dell'arresto e della detenzione, nel 1979, di Toni Negri e dei/le principali esponenti dell'Autonomia, e il susseguente processo, passato alla storia come "Processo 7 aprile". Quell'episodio già rivela una profonda incrinatura all'interno della sinistra, quando

alle posizioni garantiste si contrappongono atteggiamenti legalisti al limite del giustizialismo (si ricordi la retorica dei “cattivi maestri”).

Per altro verso, l’enfasi sul ruolo del giudice come soggetto antagonista lascia il passo alla scoperta di una funzione irenica e depolitizzata della giurisprudenza<sup>54</sup>, riconosciuta infine (più o meno acriticamente) come fonte del diritto. Fino all’egemonia, ancora nell’attualità, del c.d. diritto vivente.

La fortuna delle teorie critiche sembra a quel punto al tramonto.

All’indomani del profilarsi netto del declino si apre invece una nuova fase – che tanto in architettura quanto nell’elaborazione giuridica, riguarda l’Italia solo come luogo di ricezione – nella quale la critica, e la stessa strategia “dentro e contro”, sopravvivono in una lettura impietosa e senza sconti della metropoli e, rispettivamente, del diritto. Si tratta, in entrambi i casi, del tentativo di superare la crisi – della funzione sociale dell’architettura e del *progressismo giuridico* – condotto da due figure chiave che è forse estremo, ma non illogico, accostare: Rem Koolhaas e Duncan Kennedy.

Un realismo duro, persino spietato caratterizza il pensiero dei due autori, l’idea che non vi sia un fuori oltre i rapporti di produzione e le relazioni di potere che determinano, e che il riformismo sia illusorio e incapace di produrre trasformazioni radicali.

Nella prospettiva *dirty realist* di Rem Koolhaas l’urbanismo trionfa sull’architettura nella misura in cui la metropoli capitalista, nel suo caos e nell’enormità delle dimensioni dei suoi artefatti, nell’anonimato dei suoi spazi di risulta, nelle forme inconsapevoli prodotte dal mercato, resiste a ogni possibilità di razionalizzazione. L’urbanismo esplose, non più costretto nella gabbia dell’ordine razionale della città; non c’è un fuori e l’includibilità della congestione e del degrado urbani, tipici della realtà capitalista, porta al rifiuto dell’architettura dell’immagine e del consumo, talora etichettata come ipermodernismo, come anche dei tentativi romantici e idealisti di controllare la crescita urbana attraverso la pianificazione riformista.

Anche in questo caso la critica operaista ci permette di cogliere i nessi di una strategia di trasformazione «dentro e contro». La *Bigness*, la dismisura delle forme architettoniche e della metropoli stessa, dice Rem Koolhaas, “promette all’architettura un riallineamento alla neutralità”<sup>55</sup>. Essa genera un nuovo tipo di città che cancella, inghiotte la *polis* come “spazio aperto [...] teatro collettivo dove «qualcosa» accade: non resta nessun «qualcosa» collettivo”<sup>56</sup>. E tuttavia nello smembramento, nel disordine e nella dissociazione prodotti, la *Bigness* apre

<sup>54</sup> Si veda ad es. U. Breccia, *Veri e falsi problemi (Editoriale)*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1984, 3 ss.

<sup>55</sup> R. Koolhaas, *Junkspace. Per un ripensamento radicale dello spazio urbano*, 2006, Quodlibet, Macerata, 23.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

alla possibilità di “far risorgere la Realtà, reinventare il collettivo e rivendicare il massimo di possibilità”<sup>57</sup> riconquistando all’architettura una posizione strategica attraverso “un’azione di ripiegamento, lasciando alle forze nemiche ciò che resta di un territorio conteso”. Nella metropoli divenuta *Junkspace*, dove produzione e riproduzione non sono più distinguibili se non per una stratificata divisione castale delle soggettività preposte all’una e all’altra<sup>58</sup>, dove la vita pubblica è diventata Spazio Pubblico trasformato da *commodification* e finanziarizzazione<sup>59</sup>, ma pure attraversato da “massicce iniezioni di lirismo” che si contrappongono alla “spoglia crudezza delle infrastrutture del modernismo” (“a ogni ruscello il suo Calatrava”<sup>60</sup>) per risolversi nella costruzione di un ambiente confortevole eppure autoritario e repressivo (“un fascismo senza il dittatore”<sup>61</sup>), la critica operaista intravede tuttavia la sua potenzialità di terreno d’esodo. La stessa rappresentazione impietosa fornita da Koolhaas si offre come strumento di demistificazione e di lotta, prelude al costituirsi di un terreno di resistenza. L’opera di inclusione/disgiuntiva che la metropoli costantemente produce, la relazione produttiva fra metropoli e moltitudine, in essa l’egemonia del lavoro materiale e della moltitudine cognitiva, possono essere giocati “dentro e contro il progetto di produzione, nel comune”<sup>62</sup>. Il postmodernismo di Koolhaas, col rifiuto delle utopie ma anche delle chiusure resistenziali su se stessi, sembra non lasciare altra scelta all’architettura che aprire ad uno spazio biopolitico: “E se lo spazio cominciassero a occuparsi dell’umanità?”<sup>63</sup>.

Sul versante della teoria del diritto, Duncan Kennedy, per parte sua, non ritiene l’obiettivo di razionalizzare il sistema né interessante né utile. E nemmeno possibile, in realtà. La sua posizione è in questo opposta a quella espressa dai cultori dell’Uso alternativo del diritto: si deve acquisire consapevolezza dell’intrinseca incoerenza del diritto non per sanarla ma per farne un uso critico sul piano sia teorico che pratico. L’incoerenza, l’ambivalenza, le fratture, le contraddizioni interne al sistema diventano allora gli strumenti che il *crit* utilizza per fornire soluzioni che realizzino equilibri di potere alternativi. Del resto, in coerenza con l’eredità *legal realist*, Duncan Kennedy ritiene che la *necessità* giuridica non esista. L’interprete si avvale dei materiali che ha a disposizione per combinarli in vista della soluzione che vuole rag-

<sup>57</sup> *Ivi*, 20.

<sup>58</sup> *Junkspace*, cit., 73 e 78.

<sup>59</sup> Il *Junkspace* è spazio chiuso la cui esistenza è permessa dai sistemi di condizionamento dell’aria. Dunque lo spazio pubblico ha ora dei costi, non è gratis ed è dunque soggetto a condizioni, *condizionato* in tutti i sensi.

<sup>60</sup> *Ivi*, 94 s.

<sup>61</sup> *Ivi*, 80.

<sup>62</sup> A. Negri, *Presentazione di Junkspace* di Rem Koolhaas, in A. Negri, *Dalla fabbrica alla metropoli. Saggi politici*, DataneWS, Roma, 2008, 220.

<sup>63</sup> R. Koolhaas, *Junkspace*, cit., 101.

giungere, una soluzione che dunque non è necessitata, non è la conseguenza logicamente ineluttabile dalla corretta interpretazione delle fonti, ma è ‘politica’ in quanto frutto di una scelta. Ne consegue che la razionalità del diritto è un assunto che serve a legittimare le scelte dell’interprete, un costrutto a posteriori.

Questa posizione è nel suo complesso definita dallo stesso Duncan Kennedy modernista/postmodernista (“mpm”)<sup>64</sup>. Se il diritto non è mai “naturale”, “necessario” o “giusto” in sé, ma è invece il prodotto di scelte umane storicamente situate<sup>65</sup>, l’obiettivo di un posizionamento mpm è *ricquistare il ruolo dell’agire umano* contro ogni tentativo di presentare lo *status quo* come inevitabile. Allo stesso tempo il modernismo/postmodernismo diffida di qualsiasi metanarrazione che pretenda di possedere la verità definitiva sul progresso sociale e si alimenta di una continua autocritica circa i metodi e gli obiettivi di emancipazione perseguiti.

Non per nulla la tecnica che adopera nel suo lavoro di analisi critica è quella del *bricoleur*, non già quella di colui che enuncia o segue una *grand theory*. In ciò simile al Koolhaas scrittore che *surfa* sul crollo delle grandi narrazioni<sup>66</sup>. E però il rifiuto delle *grand theory*, la loro decostruzione, non si risolve in un approdo meramente estetico, ai limiti del nichilismo, ma, in quanto mpm, rivolge la sua attenzione alle condizioni materiali di vita dei destinatari delle norme, al destino delle persone in carne e ossa su cui le regole giuridiche impattano.

Duncan descrive il proprio metodo intellettuale come un lavoro di assemblaggio eclettico, artigianale, perfino provinciale<sup>67</sup>: prende pezzi da tradizioni teoriche diverse – fenomenologia, strutturalismo, marxismo, realismo giuridico, decostruzione – senza sposarne integralmente nessuna e senza pretendere di costruire un sistema coerente e fondato. Gli strumenti teorici valgono per quello che permettono di fare: smascherare, denaturalizzare, aprire spazi di critica (ma anche raggiungere nuovi equilibri redistributivi). Per chi ritiene che nessuna teoria possieda la verità definitiva il bricolage è l’unico atteggiamento onesto.

Le analogie fra queste due linee di pensiero, quella di Duncan Kennedy sul diritto, quella di Rem Koolhaas sull’architettura, sono oltremodo interessanti.

Entrambi muovono da una *critica “interna”* ai rispettivi sistemi disciplinari, cioè volta a smontare i discorsi dominanti, sul diritto e sull’architettura, dall’interno: DK denuncia l’indeterminatezza di concetti

<sup>64</sup> Come chiarito in *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, 1997.

<sup>65</sup> Cfr. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., (Cambridge, 2006).

<sup>66</sup> G. Mastrigli, *Postfazione* a Junkspace, cit., 111.

<sup>67</sup> *Intervista a Duncan Kennedy*, in *Violenza maschile, Sexy Dressing e eroticizzazione del dominio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 7 ss.

giuridici e *doctrines*, l'incoerenza dei costrutti ideologici che sorreggono il diritto, l'arbitrarietà delle dicotomie che affollano il pensiero giuridico per smascherarne la portata ideologica e l'impatto redistributivo – cioè le conseguenze sociali della loro applicazione; RK non è un “nemico” dell'architettura moderna, ma ne decostruisce miti e certezze dall'interno della disciplina (si pensi a *Delirious New York*<sup>68</sup> o *S, M, L, XL*<sup>69</sup>), mostrando come lo spazio costruito sia il prodotto di forze economiche, politiche, mediatiche. Entrambi, dunque, usano gli strumenti “ufficiali” delle loro discipline per mostrarne limiti, contraddizioni e implicite ideologici, senza porsi semplicemente “contro” la disciplina.

Per entrambi, l'apparente *tecnicità* (giuridica o architettonica) è un velo che copre rapporti di potere e scelte politiche. DK mostra come dietro concetti come “ragionevolezza”, “bilanciamento degli interessi”, “diritti fondamentali” ci siano conflitti di classe, di genere, di razza e scelte normative mascherate da necessità tecnica. Il giudice, l'interprete sono sempre collocati dentro conflitti di valore non risolvibili “tecnicamente”. RK mette in crisi l'idea che l'architettura sia puro problema tecnico-funzionale o estetico: la forma urbana (la “città generica”, lo “junkspace”) è espressione di mercati, consumo, spettacolo, globalizzazione.

La tecnicità è d'altra parte messa in scacco dalla *contraddittorietà* intrinseca delle discipline e delle realtà che entrambi analizzano. Logico corollario il rifiuto della nostalgia per l'ordine, la coerenza e la sistematicità e la scelta di lavorare con l'ambiguità, l'indeterminatezza, il conflitto. Come DK critica l'idea che il diritto possa essere ridotto a un sistema coerente di regole applicabili in modo determinato, perché è sulla intrinseca contraddittorietà del sistema che la sua strategia *dentro e contro* fa leva, così Koolhaas valorizza le contraddizioni della città contemporanea: congestione, caos, sovrapposizione di funzioni, spazi ibridi. Invece di ripristinare un ordine razionale, le assume come materia del progetto.

Il metodo seguito è rivelato pure dallo *stile espressivo* usato, dalla sperimentazione di forme di scrittura e di progetto che mettono in scena la complessità del sociale invece di nasconderla, gli intrecci di potere, ideologia e dinamiche capitalistiche che la innervano: Kennedy rompe i registri accademici standard per mostrare la posizione situata del giurista, scrive spesso in modo ibrido, mescolando nella riflessione teorica autobiografia, riflessione politica, critica istituzionale<sup>70</sup>; Koolhaas usa il manifesto, la narrazione, il collage, il montaggio di testi e immagini. Il proprio posizionamento è messo in scena come tale, sottraendosi al linguaggio neutro e universale del tecnico.

<sup>68</sup> R. Koolhaas, *Delirious New York. Manifesto retroattivo per Manhattan*, Electa, Milano, 2001.

<sup>69</sup> OMA, R. Koolhaas e B. Mau, *S, M, L, XL*, The Monacelli Press, New York/010 Publishers, Rotterdam, 1995.

<sup>70</sup> Si veda in particolare *Sexy Dressing*, cit.

In sostanza tanto DK quanto RK *recuperano* le rispettive discipline, il diritto e l'architettura secondo una strategia *dentro e contro il sistema* in cui operano. In questa prospettiva, se da una parte si denunciano i limiti del progressismo liberale e si ritiene impossibile allo stato rovesciare il sistema, dall'altra non si esclude che possano essere mutati i rapporti di forza all'interno della società.

Dovendo infine rintracciare i capisaldi di una strategia dentro e contro *rivisitata*, si può osservare che

A) la critica, radicale, al capitalismo si sviluppa attraverso una descrizione analitica, quasi clinica, delle sue forme giuridiche/spaziali. Il modo in cui il diritto organizza e legittima il capitalismo è osservato ancora una volta dall'interno della disciplina, per mettere in rilievo come i giuristi stessi partecipano alla produzione delle disuguaglianze. Analogamente, le forme spaziali del capitalismo globale – dagli shopping mall agli aeroporti, alle megalopoli asiatiche – sono descritte senza toni moralistici, ma piuttosto cercando di capirne la logica dall'interno.

B) La critica *interna* è tale anche nel senso che essa è mossa dall'interno di centri di potere come l'università di Harvard, deputata a formare le élite globali di giuristi e politici, o il mercato delle grandi committenze (grandi musei, istituzioni, developer, stati). La riflessione critica si sviluppa dall'interno di questi circuiti ed è supportata da una forte consapevolezza del proprio ruolo e delle proprie complicità.

C) Allo stesso tempo, lo sguardo è spostato ai margini della società e alle periferie del globo, decentrato rispetto al focus sulle forme "alte" e canoniche dei discorsi disciplinari dominanti. Uno dei principali punti d'attacco dell'analisi di Kennedy riguarda gli effetti distributivi e oppressivi del diritto sui gruppi subalterni e il ruolo del diritto nello strutturare le gerarchie sociali. In quanto giurista e intellettuale maschio, bianco, eterosessuale e di sinistra aspira ad un'alleanza coi movimenti di liberazione degli oppressi, dal femminismo alla *Critical Race Theory*<sup>71</sup>. Koolhaas dedica attenzione a contesti considerati periferici o "non canonici" rispetto all'urbanistica europea tradizionale (Lagos, le metropoli asiatiche emergenti, gli spazi residuali del "junkspace"), ponendoli al centro del discorso teorico. Ciò che è marginale, informale, "sporco", è ritenuto decisivo per capire il presente.

5. All'interno degli scenari metropolitani indagati con attitudine *dirty realist* da Rem Koolhaas, il tema della complessità della stratificazione sociale, della materialità delle condizioni di vita di individui e gruppi, della distribuzione di potere, risorse, chance di 'vita buona' fra classi e persone di connotazione razziale diverse è messo a fuoco da Duncan Kennedy attraverso una importante serie di studi sul tema dell'abitare, che spaziano dall'analisi (e i tentativi di contrasto) dei fe-

<sup>71</sup> Si veda ancora *Intervista a Duncan Kennedy*, in *Sexy Dressing*, cit.

nomeni di *gentrification*, agli strumenti giuridici di realizzazione 'dal basso' di sistemi di *affordable housing*, dal contesto globale dell'informalità abitativa e degli slum agli effetti della crisi finanziaria sul diritto all'abitazione<sup>72</sup>.

In questo settore di indagine emerge con particolare chiarezza la strumentalità del diritto rispetto alla possibilità di spostare gli equilibri di potere verso i gruppi sociali poveri e razzializzati. La ricerca di soluzioni giuridiche capaci di *empowerment* per la parte debole nei conflitti fra proprietà e locatari o fra governi locali e piccoli proprietari o occupanti abusivi non approda però a risultati definitivi duraturi e stabili<sup>73</sup>: le politiche legislative *pro-tenant* sono da una parte difese contro i tipici argomenti neoliberali secondo cui la tutela dei locatari finirebbe inevitabilmente per rivolgersi contro i locatari stessi, ma per altro verso sono sottoposte a critica in quanto incapaci di dar conto delle complesse dinamiche che interessano le aree residenziali urbane e di tenere in adeguata considerazione gli effetti redistributivi che le stesse misure di protezione possono produrre rispetto alla stratificazione sociale interna al gruppo dei destinatari della tutela. Qui, peraltro, l'analisi critica kennediana è sperimentata sul campo attraverso il coinvolgimento diretto nell'attività della clinica legale dedicata, istituita presso la Harvard Law School.

Il punto di osservazione è dunque chiaramente situato ed è dichiaratamente 'di parte', come del resto gli stessi titoli di alcuni articoli rivelano: "The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: "Milking" and *Class Violence*" (c.n.)<sup>74</sup>, "The Limited Equity Cooperative as a Vehicle for Low Income Housing in a *Race and Class Divided Society*" (c.n.)<sup>75</sup>, *In Defense of Rent Control and Rent Caps*<sup>76</sup>. Allo stesso tempo, però, l'argomentazione è condotta con quel tipo di precisione scientifica necessaria per produrre un'efficace critica *da dentro* i dispositivi giuridici, che conferisce a contenuti politici assai densi un'allure minimalista, ed evidenzia simultaneamente un'attitudine anche qui *dirty realist*, nel senso cui necessariamente porta un'analisi distributiva presa sul serio, allorché la disomogeneità nella composizione sociale dei destinatari dei meccanismi di tutela escogitati impone di evidenziare tutte le variabili negli assetti di interessi cui quello stesso strumentario giuridico può dare luogo (e gli effetti indesiderati che possono prodursi ai danni dei soggetti che si vorrebbero

<sup>72</sup> Si tratta di un lavoro enorme, che ha visto il diretto coinvolgimento di Duncan come docente, come militante e come *clinician* (v. *infra*) e si è ulteriormente articolato attraverso il contributo di un ricco numero di allieve e allievi che hanno proseguito in questo filone di studi. Qui potrò darne solo qualche cenno.

<sup>73</sup> Su questo snodo teorico cfr. Du. Kennedy, *The Stakes of Law or Hale and Foucault!*, «Legal Studies Forum», Volume XV, Number 4 (1991), 327 ss.

<sup>74</sup> 15 *Fla. St. L. Rev.* 485 (1987).

<sup>75</sup> 46 *Howard L. J.* 85 (2002).

<sup>76</sup> LPE Project Blog (2020).

promuovere). Prendiamo il caso delle *limited equity cooperatives* (LEC), discusso nell'articolo omonimo. Qui Kennedy descrive un dispositivo giuridico complesso, basato sulla disarticolazione del fascio di prerogative, facoltà, obblighi di cui consta il diritto di proprietà – uno dei topoi, come noto, dell'analisi CLS<sup>77</sup>: un trust fondiario o altro ente senza scopo di lucro è proprietario del terreno, la cooperativa edilizia è proprietaria dell'edificio, i residenti possiedono quote della cooperativa; l'eventuale incremento di valore delle quote della cooperativa (equity) in caso di cessione a terzi spetta al trust fondiario e alla cooperativa, non al residente alienante, in modo che le unità abitative mantengano un prezzo costante restando accessibili ad altri aspiranti residenti a basso reddito anche qualora si verificasse un turnover nella popolazione residente. Lo scopo evidente è quello di mantenere il bene casa economicamente sostenibile evitando i meccanismi perversi della gentrification. L'analisi gioca chiaramente sulla plasticità ma anche sulla ambivalenza degli strumenti giuridici. Muovendo dall'idea del *bundle of rights*, questa struttura di base può essere modellata in modi diversi (a seconda delle facoltà proprietarie, e quindi del grado di potere, attribuiti alla cooperativa o, al contrario, ai residenti) e le diverse soluzioni possibili possono dare origine a due progetti alternativi: un progetto più individualista, incentrato sui diritti degli inquilini, e un progetto più collettivista, arrivando a concepire la cooperativa come attore collettivo. Ma questo non è tutto. Un'analisi distributiva molto meticolosa evidenzia come il gruppo dei residenti a basso reddito non sia omogeneo al suo interno; le aspirazioni e i comportamenti dei residenti possono essere diversi e DK li esamina nelle loro potenzialità 'ascendenti' e 'discendenti', e nelle eventuali ulteriori dinamiche all'interno di queste tendenze. Di conseguenza, il regolamento interno della LEC varia a seconda delle diverse politiche che si possono scegliere in riferimento agli effetti distributivi all'interno della cooperativa stessa, e al di fuori di essa, nel quartiere. Al di là dell'andamento minimalista del discorso, ciò che emerge è l'inevitabilità di una distribuzione disomogenea di vantaggi e svantaggi all'interno del gruppo dei residenti a basso reddito, e dunque il peso politico e la correlativa distribuzione di potere delle scelte compiute. Su di un piano più generale, poi, a seconda del progetto che prevale nel governo della cooperativa, si potrà profilare il prendere corpo di un attore collettivo nel senso di una *istituzione del comune*<sup>78</sup> in grado non solo di fermare i processi di gentrificazione, ma anche di innescare una trasformazione sociale complessiva nel quartiere. Elemento chiave in tal senso è l'assegnazione dell'abitazione non già in base a un titolo di proprietà, ma tramite la

<sup>77</sup> Cfr. Du. Kennedy, *Property as Fetish and Tool*, <http://www.geo.coop/story/property-fetish-and-tool>.

<sup>78</sup> M. Hardt and A. Negri, *Commonwealth*, Harvard University Press, 2009, spec. 193 ss.

titolarità di quote della cooperativa, una mossa, questa, strategicamente valida nella prospettiva di un progetto trasformativo.

Si torna dunque a un tema fondamentale ai fini della messa a punto di una strategia dentro e contro (rivisitata). Non si tratta qui della creazione di piccole enclave, interruzioni, oasi di *comune* all'interno della metropoli capitalista e della rete di diseguaglianze su cui essa si erige, quanto di disinnescare la logica proprietaria come logica dominante nel discorso giuridico, mettere in scacco dall'interno della stessa razionalità giuridica il diritto su cui un'intera civiltà è stata costruita, riuscendo con ciò a redistribuire potere e risorse dentro la società – coi limiti e l'instabilità che si sono già rimarcate.

Ma tanto non esclude, tuttavia, che proprio la titolarità della proprietà, in altre circostanze e con altre finalità, possa essere tatticamente recuperata con finalità redistributive e in funzione di contrasto delle pratiche di spossessamento che animano i mercati immobiliari.

È il caso, che lo stesso Duncan Kennedy propone, dell'abitare nei contesti postcoloniali degli slum, nell'evenienza, non così remota in paesi in rapido sviluppo urbanistico, che l'insediamento informale debba essere demolito e i suoi abitanti deportati per costruire in loco un complesso residenziale<sup>79</sup>. Soprattutto ove gli occupanti non abbiano la forza fisica per lottare e resistere allo sgombero e alla demolizione, la strategia della rivendicazione dei diritti di proprietà può essere messa in atto come tattica agita collettivamente per ottenere una quota del valore dell'operazione immobiliare. Si tratta, del resto, di ricchezza prodotta in comune, manifestantesi proprio come aumento del valore di mercato dei terreni e destinata a essere indebitamente appropriata dall'investitore immobiliare. Se una titolarità può essere dimostrata, dunque, i soggetti che ne hanno diritto possono negoziare e ottenere un indennizzo per la dislocazione forzata, più una quota commisurata al valore attuale del suolo o, a seconda del peso della loro proprietà e del potere contrattuale che possono esercitare, anche una quota corrispondente all'aumento di valore che l'area avrà una volta completato il progetto di sviluppo. Nel quadro di un progetto di azione collettiva, il ricavato può essere utilizzato per creare alloggi sociali e dare una risposta concreta e comune al diritto all'abitare. In sostanza, in casi come questo, il discorso dei diritti, che nel Nord globale non è riuscito a essere chiave di volta della razionalizzazione dei sistemi giuridici, come in origine sperato, può funzionare in contesti periferici come arma di lotta: la rivendicazione della proprietà sarà utilizzata in maniera tattica come quadro di riferimento per l'azione politica piuttosto che come strumento di empowerment in sé.

<sup>79</sup> Du. Kennedy, *Commentary on Anti-Eviction and Development in the Global South*, in Lucie E. White & Jeremy Perelman (eds.), *Stones of Hope. How African Activists Reclaim Human Rights to Challenge Global Poverty*, Stanford University Press, 2011, 41 ss.