

## **Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling<sup>1\*</sup>**

di Giuseppe Di Gaspare

30 giugno 2018

SOMMARIO: 1. Il giusnaturalismo e l'esaurirsi delle meta narrazioni nel campo del diritto. – 2. La filosofia del diritto di Hegel fondamento del positivismo giuridico. – 3. Dalla codificazione al positivismo giuridico. – 4. Il cambio di paradigma: dal diritto regola dei rapporti al diritto come dinamica del potere giuridico. – 5. L'epilogo del diritto vivente.

### **1. Il giusnaturalismo e l'esaurirsi delle meta narrazioni nel campo del diritto**

La definizione di post moderno come l'evo attuale, caratterizzato dall'esaurimento delle grandi narrazioni ideologiche della modernità e, dunque, di riflesso come un atteggiamento diffuso di generale incredulità di fronte ai contenuti di tali narrazioni, quali discorsi fondati sul presupposto di un divenire storico comunque progressivo di affrancazione/ liberazione e sviluppo dell'umanità, viene accolta, in sintonia con il tema del convegno, per significare una cesura epocale prodottasi anche nel campo del diritto, tra un prima e un poi nel modo di intendere il fenomeno giuridico. Una ipotesi intrigante la post modernità, come già notato, in quanto suggestiva ma piuttosto indeterminata nel campo del diritto, con varie indicazioni su possibili ascrizioni a correnti dottrinarie e a periodizzazioni.

Come punto di partenza delle nostre riflessioni è d'uopo far riferimento alla monografia del 1995 di Gary Minda su *Postmodern legal movements* chiaramente influenzato, anche nella titolazione stessa<sup>1</sup>, dalla formulazione della teoria post modernista del filosofo francese Lyotard. Il lavoro di Minda, molto erudito, a noi giuristi continentali dice poco, in quanto la riflessione rimane essenzialmente circoscritta alla evoluzione dottrina e giurisprudenziale nord americana. In questo senso non sembra fornire spunti utili salvo le considerazioni sulla scuola del LAW & ECONOMICS sulla quale sarà il caso di ritornare più avanti per gli influssi, su parte della nostra cultura giuridica, per l'elaborazione dottrina del cosiddetto "diritto vivente".

Il tema del post moderno, per noi giuristi di civil law, si presta ad essere soprattutto un'utile provocazione sullo stato dell'arte della scienza giuridica e del diritto. Un contenitore concettuale per registrare e riflettere sul diffuso stato di

---

<sup>1</sup> G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, 1995 (nella traduzione italiana di C. Colli: *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001).

incertezza e di insoddisfazione sul diritto, sia teorizzato sia praticato nel nuovo millennio. Della post modernità può essere accolta la fondamentale suggestione di epoca di rottura e decostruzione di discorsi giuridici che, nelle pregresse costruzioni ideologiche della storia dell'uomo e dell'evoluzione dell'umanità, avevano trovato il loro presupposto filosofico e la loro giustificazione ideologica.

In questo senso, si può aderire alla datazione di Jean-François Lyotard che colloca l'avvento del post moderno al punto di caduta delle rappresentazioni simboliche del destino umano le quali avevano in comune una visione progressiva del futuro dell'umanità. In questo ordine di idee possiamo anche noi prendere atto di come, almeno nel mondo occidentale, le rappresentazioni mitiche, ideologiche e simboliche del "bene comune" dell' "interesse generale" in successione, in sovrapposizione ed in conflitto tra loro siano ora tutte in fase di progressivo esaurimento, a partire dalla seconda metà del secolo scorso. L'era delle grandi narrazioni dunque si situa oggi alle nostre spalle, lasciandoci in uno stato di generale diffuso disincanto. Su di un piano filosofico si prende atto della perdita di *appeal* delle visioni trascendenti e trascendentali della storia dell'umanità. Con sintesi eccessiva si potrebbe dire una successione che dalla visione trascendente della storia, dunque dalle meta narrazioni delle religioni monoteiste, arriva alla concezione trascendentale dell'illuminismo e dell'idealismo critico kantiano. Ai fini del discorso sul diritto moderno a noi interessa esclusivamente quest'ultimo approdo. L'illuminismo può infatti considerarsi il presupposto ontico del diritto moderno in quanto, posta l'autonomia della ragione, ovvero su quella base la libertà individuale a fondamento dell'etica pubblica, ha affermato il diritto naturale come intrinseco nella persona umana. L'illuminismo segna dunque il passaggio dal trascendente al trascendentale e perciò il salto da una visione religiosa dell'ordine sociale, che legittima il potere e conforma il diritto nel rispetto della tradizione, ad una concezione laica del fenomeno giuridico che rompe con la tradizione tramandata e fonda l'esistenza del diritto sulla coesistenza di uguaglianza e razionalità nella natura umana. È però da aggiungere che il razionalismo giuridico, nonostante si contrapponga nettamente alle meta narrazioni trascendenti delle religioni monoteiste della storia e del destino dell'umanità, rimane all'interno di una concezione del diritto inteso come "naturale", benché fondato sulla ragione piuttosto che sulla tradizione (Leibnitz, Domat). Il diritto post moderno sarebbe invece successivo a qualsiasi declinazione del diritto come diritto naturale. Un diritto storicizzato in continuo divenire contrapposto ad un diritto statico ed immutabile, una volta rivelato dai profeti oppure svelato dalla ragione.

## **2. La filosofia del diritto di Hegel fondamento del positivismo giuridico**

Come è noto è la "filosofia del diritto" di Hegel che immette bruscamente il diritto nella storia. Con Hegel, il discorso filosofico del fondamento dello spirito del mondo immanente nella storia fa venire meno la distinzione tra ragione e realtà e conseguentemente nega la possibilità stessa della priorità deontologica della prima sulla seconda. Alla manifestazione concreta della volontà dello Stato, in cui lo spirito della nazione si sostanzia nel suo divenire, non è possibile contrapporre la vigenza di un qualsivoglia diritto posto su altro fondamento. Hegel nega pertanto che possa sussistere

una sfera di diritti naturali presupposta e tutelata di fronte allo Stato<sup>2</sup>. L'identità oggettiva tra ragione e realtà apre alla realpolitik del diritto positivo e alla ragion di Stato, per cui il diritto trova esclusivamente nella forza e nella volontà dello Stato il suo unico fondamento e motivazione. La rottura con il giusnaturalismo è netta e definitiva. Sulla scia di Hegel tutti i maggiori filosofi tedeschi rifiutano, anzi disprezzano, l'idea di diritti naturali imprescrittibili ed innati<sup>3</sup>. Siamo già nel post moderno?

È possibile datare la fine dell'epoca moderna e delle meta narrazioni giuridiche al venir meno del giusnaturalismo e all'avvento della filosofia Hegeliana?

Qui di seguito alcuni spunti a favore di questa ipotesi.

Vediamoli da vicino. Secondo Cassirer<sup>4</sup> il pensiero filosofico con Hegel abbandona ogni idea di trasformazione del mondo, *"suo unico scopo è di descrivere la realtà storica come è e non come dovrebbe essere... e di sottomettersi necessariamente alla realtà in atto"*. La sottomissione alla realtà in atto implica necessariamente l'irrelevanza di qualsiasi valutazione etica del diritto vigente. Un passo più in là e non è difficile riconoscere come il rifiuto di qualsiasi giudizio etico fondato sul diritto naturale apra la strada ad un realismo giuridico basato esclusivamente sul riconoscimento oggettivo dell'effettività del diritto. Siamo in marcia verso il positivismo giuridico.

La fine dell'epoca delle meta narrazioni con l'hegelismo può essere colto anche da un altro punto di vista. Per Hegel *"la nottola di Minerva"* - come si sa - prende il volo al crepuscolo. La filosofia dunque perde ogni capacità di preveggenza. Perso il lume della ragione, essa allora non anticipa più il percorso della storia ma ne segue pedissequamente il tracciato. Nella dialettica hegeliana la capacità prospettica della filosofia permane ma solo a condizione che essa si cali nella storia per interpretarne il senso e le dinamiche. Nonostante l'indubbio idealismo, nella dialettica hegeliana l'idea astratta non esiste necessariamente e forse non è neppure formulabile, se non di riflesso, tramite il suo inveramento - negazione - nella storia in divenire.

È possibile su questa base rintracciare in Hegel l'anello di congiunzione filosofico che segna la fine delle grandi narrazioni per il diritto? Se si accetta come discriminante la cesura con il diritto naturale, allora la post modernità giuridica caratterizzata dall'immanentismo storico prenderebbe la forma del positivismo giuridico, un diritto post moderno e metodologicamente autoreferenziale, interno al sistema delle fonti storicamente dato.

### **3. Dalla codificazione al positivismo giuridico**

Dove collocare l'epoca della codificazione? In questa ricostruzione essa verrebbe a segnare la transizione dal diritto naturale al diritto positivo. La codificazione come epoca di transizione e di transazione: essendo la codificazione, al contempo e ambigualmente, da un lato la consacrazione formale dei diritti naturali, riconosciuti ma non posti dalla legge, e dall'altro, invece, la manifestazione positiva del potere giuridico

---

<sup>2</sup> Cfr. G.V.F. HEGEL, *Le maniere di trattare scientificamente il diritto naturale, posizione di questo nella filosofia pratica e suo rapporto con le scienze giuridiche positive*, in *Scritti di filosofia del diritto (1802-1803)*, a cura di A. Negri, Bari, 1962.

<sup>3</sup> E. CASSIRER, *Filosofia e Politica*, in E. CASSIRER, *Simbolo, mito e cultura*, a cura di D.P. Verene, Bari, 1985, 227.

<sup>4</sup> E. CASSIRER, *Simbolo, mito e cultura*, cit., 230.

dello Stato. Il passaggio implica una metamorfosi. Si entra nell'età della codificazione come giusrazionalisti e se ne fuoriesce come giuspositivisti. La codificazione, nel mentre riconosce la pre-vigenza del diritto naturale, dandogli una veste legale ne sradica la fonte e, dunque, lo snatura nella sua essenza nell'atto stesso in cui lo riconosce e lo trasforma in legge.

La decifrazione dell'età della codificazione è destinata a rimanere tema controverso. Vorrei però prendere le distanze da un'ipotesi ricostruttiva che va per la maggiore almeno tra gli storici del diritto. Per alcuni la codificazione verrebbe a costituire il momento di massima affermazione del potere politico dello Stato, grazie all'accentramento del potere normativo. Da qui la retrodatazione dell'identificazione del potere politico con il potere normativo all'età dei codici<sup>5</sup>. In questa prospettiva, la codificazione costituirebbe il punto apicale dell'accentramento del potere normativo, subordinandosi l'emanazione della legge alla volontà "politica" dello Stato. Da questo punto di vista, diviene poi coerente considerare la decodificazione in senso storicamente positivo come il riemergere di un processo di affrancazione della società civile dalla egemonia politica dello Stato moderno e come riscoperta del pluralismo giuridico e sociale precedente all'avvento dello Stato moderno<sup>6</sup>, la cui crisi avrebbe avuto l'effetto di liberare energie sociali represses. Con riferimento alla nostra tradizione giuridica, questa rottura liberatoria avrebbe nell' "*ordinamento giuridico*" di Santi Romano il suo manifesto teorico e la sua celebrazione<sup>7</sup>. Si registrerebbe in questo modo l'innescò di un processo inarrestabile di liberazione delle forze sociali ed economiche, munite di una loro intrinseca giuridicità refrattaria all'egemonia del diritto dello Stato che, contrastato da una pluralità di fonti confliggenti, inizierebbe a regredire<sup>8</sup>.

La retrodatazione all'età dei codici dell'affermazione del potere accentrato ed autoritario dello Stato moderno in realtà non convince. Così come non convince la riscoperta, prima e dopo lo Stato moderno, della bellezza del pluralismo della società civile. Vorrei spiegarmi meglio. La codificazione ha assolto una funzione di uniformazione del diritto e, in questo senso, si può dire che abbia portato a compimento il processo di unificazione accentrato e di sistemazione della gerarchia delle fonti. Si può quindi convenire sul punto che, grazie alla codificazione, il diritto dello Stato si è definitivamente imposto sul pluralismo pre-assolutistico. Dubito invece che questo passaggio sia stato una prevaricazione su di un diritto spontaneo al quale è stato così impedito di germinare. Almeno che per tale non voglia intendersi l'aggregato costituito da un mix di diritto su base consuetudinaria, spesso locale, prerogative feudali, diritti fiscali della monarchia e statuti di libertà e di franchigie diversamente differenziati e modulati per singole comunità, città e corporazioni, sulla base dei rapporti di forza con la corona e con i vari potentati locali. Ma, a parte il giudizio nel merito, il carattere fuorviante della ricostruzione storica dominante è data dal confondere l'unificazione e l'uniformazione codicistica con il compimento di un disegno autoritario di affermazione dell'egemonia del potere politico dello Stato nazione. Identificare i codici napoleonici con Napoleone significa fermarsi all'epifenomeno, con il rischio di dare luogo ad un grosso fraintendimento in ordine proprio ai rapporti tra autorità politica e libertà dei singoli. Non vorrei far l'elogio della codificazione, altri l'hanno già fatta da

---

<sup>5</sup> P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Bari, 2012, 4.

<sup>6</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, 8.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, 13.

<sup>8</sup> P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1 ss.

tempo ed egregiamente, ma se prendiamo in considerazione le materie è cioè essenzialmente il diritto civile, il commerciale, il tributario ed il penale, arriviamo a valutazioni opposte di segno positivo e di ampliamento degli spazi di autonomia degli individui a scapito del potere. Magari questi spazi garantiscono le libertà dei singoli cittadini anche nei confronti dei gruppi intermedi e dei corpi sociali ma i codici - non sarebbe il caso di ribadirlo - sono stati essenzialmente, ed innanzi tutto, strumento di estensione dell'uguaglianza giuridica sia nei rapporti inter privati sia, in quanto garanzia della certezza del diritto, mezzi di tutela delle libertà e diritti dei cittadini anche nei confronti dello Stato. In questo senso, guardando più alla sostanza, la codificazione è strettamente legata alla messa a regime dello Stato di diritto, almeno nell'Europa continentale e alla supremazia del potere legislativo, inteso come potere esclusivo del Parlamento in grado di limitare e subordinare alla legge il potere politico discrezionale degli apparati di governo e della corona. Certezza del diritto e contrasto del tasso di arbitrio del potere politico dello Stato-corona nelle materie oggetto di riserva di legge sono andati storicamente di pari passo con la codificazione. La struttura generale ed astratta delle disposizioni codicistiche pone infatti di rimando al centro del sistema il privato cittadino, nella classica anonima formulazione generale del "chiunque". Insomma, la codificazione come strumento dell'attuazione dello Stato di diritto piuttosto che espressione del dispotismo politico e normativo dello Stato moderno. Sfugge ai sostenitori di quest'ultima tesi proprio la genesi dello Stato di diritto come "contropotere". Il Parlamento che si pone a "garanzia" dei diritti fondamentali dei cittadini nei confronti dello Stato e, pertanto, si può parlare di Stato di diritto in quanto "Stato sottoposto al diritto". L'età della codificazione affonda le sue radici nella struttura garantista della legge generale ed astratta, al contempo manifestazione e tutela dell'autonomia privata di una società civile unificata nel mercato nazionale il cui accesso è giuridicamente consentito e assicurato, almeno astrattamente, a tutti. Una società civile affrancatasi con le rivoluzioni liberali dai vincoli, dalle prerogative e dagli arbitri del potere politico centrale e dei potentati locali dell'Ancien Regime.

Appare quindi un grossolano errore teorico ridurre alla stessa matrice storica e fattuale il potere legislativo e quello politico nell'età della codificazione<sup>9</sup>. Semmai la riconduzione del potere normativo e la sua subordinazione a quello politico è evento successivo che ha a che vedere piuttosto con la crisi dello Stato di diritto. Ed in questo senso la crisi dello Stato di diritto verrebbe a coincidere con la crisi dello Stato moderno solo in ragione del fatto che da quella crisi nasce l'accentramento in unico centro di imputazione sia del potere politico sia del potere legislativo dello Stato. Dunque non lo Stato moderno /alias Stato diritto / ma lo Stato post moderno, installatosi agli inizi del secolo scorso, avrebbe le stigmate dell'accentramento monista del potere politico e normativo<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 17 (in particolare nota 29).

<sup>10</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Studi in memoria di A. R. Tassone*, II, Napoli, 2018 (ed anche in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>).

#### **4. Il cambio di paradigma: dal diritto regola dei rapporti al diritto come dinamica del potere giuridico**

La destrutturazione dei codici rappresentata nella storiografia come effetto di un nuovo slancio di liberazione del pluralismo sociale dalla rigida architettura delle fonti dello stato moderno, appare piuttosto, in prima battuta, come il collasso della funzione garantista della legge nei confronti del potere politico dello Stato e, quindi, come manifestazione della crisi dello Stato di diritto. Da questo punto di vista, "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, più che una via d'uscita dalla "oppressiva" struttura dell'accentrato sistema delle fonti legislative dello Stato moderno, ricerca uno spazio di legittimazione e di salvaguardia di un potere normativo proprio all'amministrazione in quanto Istituzione. Bisogna quindi intravedere, al di sotto dell'epifenomeno descrittivo della crisi dello Stato moderno evocato da S. Romano, la crisi dello Stato di diritto per effetto dell'accentramento del potere politico nel Parlamento e vedere, nel suo scritto, il tentativo di fondazione teorica dell'autorità dello Stato, svincolandolo dall'indirizzo e dal controllo di un Parlamento in preda, in quel periodo, per effetto dell'estensione del suffragio elettorale, a convulse trasformazioni destinate solo cinquanta anni dopo, con la costituzione della Repubblica, a consolidarsi come Stato democratico di diritto. E' così possibile, contestualizzando l'opera, cogliere nell'ordinamento giuridico, nel robusto articolato pensiero teorico del futuro presidente del Consiglio di Stato degli anni trenta, la ricerca di una autofondantesi legittimazione del potere del governo come centro apicale dello Stato organizzazione, in quanto tale dotato di potere intrinsecamente giuridico per il fatto di essere Istituzione e quindi munito "naturalmente" - verrebbe da dire - di un potere congenito in grado di porre norme, nel suo ordinamento interno, in funzione della cura degli interessi pubblici di cui lo stesso Stato è inevitabilmente il "portatore". Nella costruzione di S. Romano, la centralità e la preminenza dello Stato organizzazione non è contraddetta, anzi è rafforzata, dalla rilevata esistenza di altre Istituzioni minori, enti, corpi sociali e intermedi e altre "figure soggettive", costretti comunque a girare ordinatamente nella sua orbita. Lo Stato come centro di gravità del sistema e la sua intrinseca giuridicità come forza di coesione e di attrazione di quel "*macrocosmo giuridico che è lo Stato*"<sup>11</sup>. Anche Cassese ricorda come S. Romano parli di "*decomposizione dello Stato moderno*" e "*definisce alternativamente questo fenomeno sindacalismo e corporativismo. Osserva che esso evidenzia la debolezza dell'istituto della rappresentanza politica, che non riesce a far rispecchiare la società nello Stato. Conclude che occorre salvaguardare almeno un principio: quello di una organizzazione superiore, che contemperi e armonizzi quelle minori, rappresentando l'interesse generale*"<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 65.

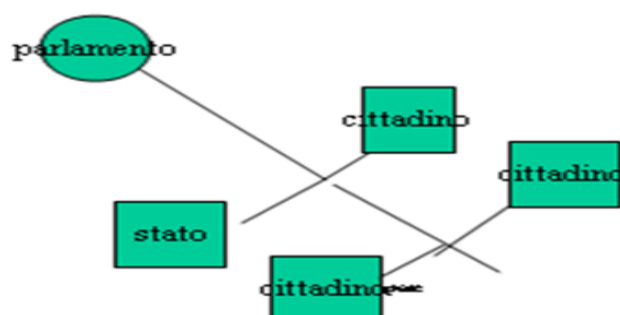
<sup>12</sup> S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo*, Consiglio di Stato, Roma, 30 novembre 2011, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu)

## 5. L'epilogo del diritto vivente

Prima di chiudere su S. Romano vorrei accennare alla problematica metodologica sottesa al suo sistema essenzialmente volto alla ridefinizione della dinamica giuridica del potere normativo nel diritto pubblico. Non è una problematica isolata ed in effetti è accomuna tutta la giuspubblicistica italiana e tedesca dell'epoca. S. Romano la presenta come esigenza di affrancazione del diritto pubblico dal diritto privato e dalla pandettistica e dunque dalla concezione del diritto come rapporto tra persone. S. Romano è ben consapevole che la soluzione dell'impasse teorico della giuspubblicistica vada ricercata emancipando la teoria generale del diritto pubblico dall'egemonia del diritto privato: *“chi ha conoscenza di questo faticoso ma importantissimo procedimento di integrazione e correzione di concetti un tempo esclusivamente privatistici che è stato iniziato dai moderni pubblicisti, intuirà facilmente la necessità che un procedimento analogo si compia per la stessa definizione del diritto che, giova ripeterlo, il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato ad occhi chiusi dal diritto privato”*<sup>13</sup>.

Ed in effetti nel diritto pubblico la concezione tradizionale del diritto, come regola dei rapporti tra persone, non è più raffigurabile. Con l'inclusione del Parlamento nello Stato (appunto parlamentare), infatti, la fonte da cui emana il diritto si è spostata dal campo teorico della società civile, ove si situava, contrapposta al campo teorico dello Stato, all'interno della stessa persona dello Stato. Assorbita la fonte legislativa - in precedenza esterna - all'interno della persona dello Stato come organo dello stesso - non è più configurabile un rapporto giuridico nel diritto pubblico tra Stato e cittadini alla stregua del rapporto tra privati. Il Parlamento, ormai “organo” (interno) dello Stato persona, non può emanare (dall'esterno) norme “bilaterali” allo stesso Stato, come avveniva nello schema teorico dello Stato di diritto liberale :

### Stato liberale di diritto come stato sottoposto al diritto



L'inciampo della dinamica giuridica si trasforma nel paradosso metodologico, posto, ma non risolto, nella teoria dell'autolimitazione dello Stato di G. Jellinek. La soluzione del problema diviene il rompicapo della giuspubblicistica italiana e tedesca a cavallo del secolo XIX. Dopo vari tentativi non riusciti, tra cui quello di S. Romano

<sup>13</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, 8.

che ha ben presente il problema e per il quale *“il diritto non è solo norma sui rapporti ma è soprattutto e prima di tutto organizzazione”*<sup>14</sup>. Il paradosso è destinato a trovare soluzione grazie alla teoria pura del diritto. Kelsen in un sol colpo elimina dal campo teorico del diritto lo Stato come persona, seppellisce la fonte prima delle norme al di sotto della Grundnorm e ricostruisce la dinamica giuridica non più in termini di rapporti tra persone ma secondo lo schema scalare della produzione ed imputazione della norma, facendo sparire di riflesso anche i destinatari ultimi degli effetti delle norme – le persone – e i rapporti giuridici tra gli stessi<sup>15</sup>.

Non è un problema che riguarda solo i giuspubblicisti. È il caso di segnalare come anche teorici di matrice privatistica si cimentino con la riformulazione della teoria generale del diritto richiamando all'epoca il tentativo di Ernest Roguin di porre le basi di una teoria giuridica “pura” del diritto mantenendo però - a differenza di Kelsen - ferma la concezione del diritto come rapporto qualificandolo nella specie come *“rapport de droit”*<sup>16</sup>.

Per concludere qualche spunto finale. La filosofia del diritto di Hegel potrebbe segnare il discrimine tra moderno e post moderno nel diritto e la cesura tra diritto naturale e positivismo giuridico. Con il positivismo giuridico - e non con l'età della codificazione dunque - si realizza la svolta autoritaria dell'accentramento nello Stato del potere politico e con la legge assorbita asetticamente all'interno del potere normativo e trasformata da limite del potere politico dello Stato a strumento del suo esercizio.

Posto su questa base, il passaggio al post moderno prenderebbe la seguente piega. La crisi dello Stato moderno, rappresentata come crisi dello Stato autoritario, non sarebbe altro che un modo di occultare ovvero “narratizzare” il collasso dello Stato di diritto. L'età della codificazione apparirebbe allora la fase terminale della grande narrazione trascendentale e razionalistica del diritto come rapporto tra uguali. La decodificazione<sup>17</sup> verrebbe a costituire la faccia in ombra del positivismo giuridico. Da questo punto di vista, l'immanentismo metodologico nel positivismo giuridico sorreggerebbe tre fondamentali concezioni della dinamica giuridica del potere<sup>18</sup> tutte basate sull'immanentismo hegeliano dell'esserci dello spirito del mondo nella storia. *“Méconnu, traité à la légère le hegelianisme ne ferait ainsi qu' entendre sa domination historique deployant enfin sans obstacle ses immenses ressources d'enveloppement”*<sup>19</sup>. Come non convenire.

Per quello che ci riguarda più da vicino, il filone positivista, più in debito con il pensiero hegeliano, sembra rintracciabile nella “costituzione materiale” di C. Mortati, non a caso filosofo oltre che giurista<sup>20</sup>. Un “indirizzo politico materiale” che promana dalle forze sociali e politiche al contempo fondativo del regime politico e del suo diritto. Un approccio in grado di transitare da un regime all'altro senza soluzione di continuità. Il costrutto teorico della costituzione materiale appare aperto a futuro sviluppo sul quale anche la concezione agnostica del “diritto vivente” sembra innestarsi come suo depotenziato epigono. Una rappresentazione sistematica quest'ultima che registra

<sup>14</sup> S. ROMANO, *op. cit.*, 90. Cfr. G. DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 83 ss.

<sup>15</sup> G. DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 47 s. e nota 112.

<sup>16</sup> E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris, 1923.

<sup>17</sup> Sulla quale cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>18</sup> G. DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 150 ss.

<sup>19</sup> J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, 2014, 369.

<sup>20</sup> C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* Roma, 1940.



l'ulteriore modifica intervenuta, con la globalizzazione, nell'assetto delle fonti, accolta sempre come manifestazione tangibile di progresso sociale. *"l'ordinamento giuridico quello vivente.....ha spostato il proprio asse portante su fonti capaci di assicurare il salvataggio giuridico della società in cammino"*<sup>21</sup>.

Siamo perciò alle prese con un diritto che si vuole spontaneo e pluralista, ma non per questo meno opprimente. A questo lucido approdo di realismo giuridico perviene anche la teorica dell'autoregolamentazione dei mercati del *law and economics*. Il *"salvataggio giuridico della società"* è ora affidato alle *"iniziative spontanee – delle grandi imprese multinazionali .... in collaborazione con provvedutissime officine giuridiche... per coniare e definire tecnicamente schemi giuridici in grado di ordinare la vita economica in continuo rinnovamento"*<sup>22</sup>. La scienza giuridica si adegua, dunque, all' egemonia dei mercati transnazionali, prendendo atto delle esigenze di conformazione del diritto che il cammino turbolento della volatilità finanziaria esprime per il tramite di un diritto, cosiddetto, autopoietico<sup>23</sup>.

---

\* Rielaborazione della relazione al convegno "A proposito del diritto post-moderno": del Seminario interdisciplinare del Dottorato in Discipline Giuridiche, Roma 3 Leonessa 22/23 settembre 2017 in corso di pubblicazione negli atti del convegno.

---

<sup>21</sup> P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, cit., 33.

<sup>22</sup> P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 38.

<sup>23</sup> G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996.