

accordo con l'idea della democrazia » (siamo anche in un periodo di Stato di emergenza).

Ora però, in un quadro così delineato, la politica costituzionale dovrebbe essere ripensata all'interno di un contesto multinazionale, in cui i trasferimenti della sovranità operati in favore dell'Unione Europea hanno deteriorato progressivamente l'idea delle politiche pubbliche (soprattutto economiche) pensate e realizzate spesso a livello nazionale, frutto di una decisione unilaterale e di un governo che beneficia di una piena indipendenza.

Però se questa fase porta ormai da tempo alla lunga crisi dei caratteri portanti dello Stato nazionale e quindi anche della *démocratie exécutive*, da un altro punto di vista come è possibile confrontarsi con il concetto di « Repubblica » che è ancora vivo?

LEONIDA TEDOLDI

FRANÇOIS OST, *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 570.

Fornire una prima lettura dell'ultimo lavoro di François Ost, filosofo del diritto che non ha bisogno di essere presentato al pubblico italiano, è un'impresa ardua.

Ardua perché la domanda che figura nel titolo, semplice e complessa come tutte le domande fondamentali, costringe l'Autore — e con lui il lettore — a intraprendere un lungo percorso irto di difficoltà ⁽¹⁾, che lo conduce a perlustrare una gran quantità di sentieri, spesso intrecciati, e a imbattersi in diverse tematiche che aprono vasti orizzonti problematici. Lo assistono nella difficile impresa il viatico di quarant'anni di ricerca (come attesta la quarta di copertina) e lo sguardo reso penetrante grazie a un solido osservatorio interdisciplinare. Accompagnato da una scrittura sempre chiara ed elegante, che riesce ad alleggerire la lettura di un testo impegnativo — a cominciare dal numero di pagine — il lettore è introdotto, passo dopo passo, in un paesaggio

(1) Oltre alle trappole opposte del « funzionalismo » e dell'« essenzialismo », l'Autore evidenzia quattro difficoltà principali: l'apparente semplicità del tema e l'abbondanza delle risposte che si presentano alla mente quando si pone la questione « a cosa serve il diritto? »; la difficoltà di individuare le funzioni *davvero* specifiche al diritto; la necessità di precisare in ogni momento se l'approccio ai vari temi è descrittivo o prescrittivo unita alla problematicità stessa di tale distinzione; la scelta tra un'analisi decontestualizzata, più normativa e speculativa, e una legata, invece, a particolari vicende culturali e storiche.

ricchissimo, un'autentica miniera di informazioni, di riflessioni, di citazioni, di spunti. A ogni ascesa su vette teoriche, facendo leva su una quantità davvero notevole di fonti che cita, illustra, discute, critica, corrisponde sempre un'opportuna discesa nella concretezza dell'esperienza, che è restituita attraverso il rinvio alle molteplici forme che assume la pratica giuridica, vivificata dagli usi — e dagli abusi — dei suoi utenti e colta nel suo rapporto con le altre normatività concorrenti (agli « usi » del diritto, in una prospettiva sociologica, è particolarmente dedicata la prima parte dell'opera). Con la stessa agilità si è trasportati dal passato più remoto (Atene e Roma) al presente più incandescente, dove le linee che un tempo erano nitide e ben distinte si rivelano sfocate e ingarbugliate. Il rischio di perdersi lungo il cammino — vuoi per la fatica di tenere il passo dell'Autore, vuoi perché si giunge in uno dei tanti incroci che si susseguono durante il viaggio, vuoi perché si è attratti da scorci o digressioni suadenti — è sempre in agguato. La mano sicura dell'Autore riesce sempre, però, a ricondurre il lettore provveduto sulla via principale, invitandolo spesso a riprender fiato nelle radure della letteratura e del mito, i cui numerosi riferimenti non si limitano a svolgere una funzione ornamentale, ma assumono un ruolo importante nell'economia del lavoro, aiutando il lettore ad afferrare meglio un concetto, a renderlo plastico e più vivido. Avendolo noi stessi sperimentato in qualche occasione, non facciamo fatica a credere all'Autore quando sostiene che molto spesso non è stata la riflessione teorica a rievocare certi luoghi letterari, ma l'opera letteraria stessa ad averlo messo « sulla via della cosa da pensare » (p. 13).

1. Fin dai primi passi, l'Autore ci introduce nel vivo della questione, chiedendosi quale senso abbia, oggi, porsi una domanda così elementare e ricorrente nella storia del pensiero giuridico: a cosa serve il diritto? La domanda, in effetti, è antica quanto il diritto e, pur non essendo numerosi i lavori espressamente dedicati alla questione — lavori che vengono puntualmente richiamati e discussi — molte sono state le risposte e le più varie. Tutto vero, ma, secondo Ost, l'attuale momento storico — segnato da profonde trasformazioni e agitato da grandi incertezze — renderebbe quella domanda particolarmente significativa, addirittura « urgente » (p. 5): per la prima volta, infatti, ci rappresentiamo la possibilità di una « società post-giuridica — una società senza diritto. Una società nella quale il diritto si sarebbe dissolto in un oceano di normatività indistinta » (p. 1). In altre parole, in una realtà caotica come la nostra, in cui pare esserci posto per « tutto e il contrario di tutto » (p. 2) e che si sottrae perciò a qualsiasi modello esplicativo (l'Autore fornisce alcuni esempi di queste logiche contraddittorie che sembrano far naufragare ogni tentativo di ricostruzione teorica), non sarebbe « incongruo formulare l'ipotesi dell'evaporazione del diritto: *etsi ius non daretur* » (p. 1). Strizzando l'occhio al giurista

olandese che nel 1625 azzarda « l'ipotesi sacrilega », la domanda del titolo risuona ancora più perentoria e radicale: « Che cosa capiterebbe se le nostre società si trovassero improvvisamente (o gradualmente) a dover funzionare senza diritto? » (p. 5). « Abbiamo sempre avuto bisogno del diritto? Abbiamo ancora bisogno del diritto? » (p. 3).

Come qualche lettore sicuramente ricorderà, una domanda simile è stata posta qualche anno fa nella solenne Sala dei Mappamondi dell'Accademia delle Scienze di Torino. Veniva dalla bocca di un filosofo, Pietro Rossi, che si chiedeva — e chiedeva a sei importanti giuristi lì convocati a discuterne — « se ci siamo incamminando verso la fine del diritto, di questa 'macchina' che ha accompagnato in Europa, per quasi un millennio, l'espansione del mercato e i rapporti economici, dando e offrendo sostegno allo Stato e alla sua amministrazione ». La risposta, del resto già prefigurata dallo stesso Pietro Rossi nella sua premessa, è stata concordemente negativa: « No, non siamo alla vigilia della fine del diritto; quella che sta tramontando è una certa forma di diritto, e insieme ad essa la sua immagine tradizionale, l'immagine del diritto moderno come diritto 'razionale' che Weber ha formulato in forma tipico-ideale » (2).

A una conclusione non diversa sembra giungere lo stesso Ost quando, un po' più avanti nel libro, riflettendo sulla diagnosi relativa alla 'crisi' del diritto, osserva che « una certa idea del diritto è sicuramente in crisi, quella di un diritto sovrano in grado di dare il ritmo alla marcia della società intera. Lungi dal significare la sua cancellazione, però, tale constatazione suggerisce piuttosto l'idea della trasformazione del posto e del ruolo del diritto nel più ampio concerto sociale » (p. 112).

In crisi, o prossimo alla fine, non sarebbe dunque il diritto in sé che, come ci avverte Paolo Grossi, « quale dimensione ontica d'una società » non può finire, ma « l'artificioso tentativo di semplificazione e costrizione a cui il diritto era stato sottoposto negli ordinamenti moderni a regime rigidamente codificato » (3).

2. Scartata dunque l'ipotesi nichilistica — che della modernità giuridica non è la negazione, ma l'ultimo approdo (4) — resta tutto l'interesse, accresciuto dall'attuale fase di « scienza straordinaria » (Th. Kuhn), per la domanda iniziale: a cosa serve il diritto? Qual è « il suo

(2) *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, il Mulino, 2009, p. 9 e 93 (le citazioni sono tratte, rispettivamente, dalla Premessa e dalla Postfazione).

(3) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 276.

(4) Sul punto ci permettiamo di rinviare a M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

contributo specifico alle relazioni sociali, il plusvalore che conferisce alla *governance*? » (p. 5). Che cosa capita « quando due individui o un gruppo intero decidono di ‘passare al diritto’? » (p. 6).

Prima di avventurarsi lungo i tanti sentieri dell'indagine, Ost mette a fuoco tre punti importanti, due dei quali meritano qui di essere ripresi e discussi. La prima annotazione riguarda la perdita della posizione centrale che il diritto avrebbe posseduto durante l'epoca moderna nell'ambito di quello che il Nostro chiama « grand tout culturel » (p. 6). Perduta quella centralità a beneficio del mercato e delle tecnologie su cui poggia, occorrerebbe chiedersi in che modo « il diritto conservi l'essenziale della sua specificità, dal momento che, messo ai margini, gravita intorno a una logica che gli è estranea e lo determina più o meno profondamente » (p. 6).

Queste parole ci riportano a quanto detto poco fa circa la presunta fine del diritto e ci spingono a formulare la seguente domanda: è davvero il diritto in quanto tale ad aver perso la centralità che avrebbe avuto un tempo — e, più precisamente, durante la modernità — o non è piuttosto un certo modo di essere del diritto che è diventato o sta diventando marginale? Se è vero, per dirla con Gino Gorla, che « l'eroe culturale » moderno, il mitico legislatore onnipotente e onnisciente, buono e razionale, non occupa più da tempo il centro della scena, non possiamo non registrare il fatto che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, sono tornati sul proscenio del diritto — e, negli ultimi anni, con un ruolo protagonista — gli antichi « signori del diritto » che la modernità aveva ostracizzato: i giuristi, teorici e pratici. Parallelamente a questo rimescolamento dei ruoli, si è verificata una profonda ristrutturazione dei luoghi del diritto: se da una parte si assiste alla crescente marginalità dei parlamenti, dall'altra si deve prendere atto che la vecchia « *iusdictio* », sterilizzata dall'« assolutismo giuridico moderno » (P. Grossi), ha progressivamente e inesorabilmente riguadagnato il terreno perduto, svolgendo un ruolo di primissimo piano nella costruzione del nuovo ordine giuridico, e ciò sia nelle sue diverse sedi pubbliche (nazionali, sovranazionali, internazionali) sia in quelle private, i cui attori — arbitri e « mercanti del diritto » ⁽⁵⁾ — dominano gli spazi « sconfinati » ⁽⁶⁾ della globalizzazione giuridica.

Da questa prospettiva, si potrebbe addirittura sostenere che il diritto, lungi dal perdere terreno, ha finito per conquistare spazi e rilevanza che fino a non molti anni fa erano impensabili. Ciò vale, innanzitutto, nei riguardi della sfera della politica e non senza suscitare fondate preoccupazioni: per effetto dell'attuale esplosione dei diritti, tipica dell'ipertrofia individualistica delle società contemporanee —

⁽⁵⁾ Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto* (1992), Milano, Giuffrè, 1997.

⁽⁶⁾ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

fenomeno che lo stesso Ost mette chiaramente in luce — l'azione giudiziaria tende ad avere il sopravvento sull'azione politica, e così la figura della vittima su quella del cittadino, con evidenti ripercussioni negative sulla tenuta del legame sociale. Più che il diritto — che mostra ancora una volta di possedere straordinarie capacità di adattamento ai diversi contesti sociali e culturali — è la politica ad essere stata detronizzata dal mercato e dalla sua logica privatistica.

Come si vede, il giudizio sulla centralità o meno del diritto nella società dipende, ancora una volta, da cosa s'intende per diritto.

3. Ciò vale anche per l'altra annotazione che Ost avverte il bisogno di esplicitare fin da subito e che ritornerà più volte nel prosieguo, trattandosi di un presupposto teorico fondamentale di tutta l'indagine. Facendo propria — seppur con arricchimenti e precisazioni — la teoria della « doppia istituzionalizzazione » formulata da Bohannan nel 1965, il diritto è inteso come un'istituzione di secondo livello che agisce su relazioni sociali elementari già istituite di tipo familiare, religioso, commerciale, politico. L'ipotesi di partenza è che « l'uomo in società sviluppa un certo numero di bisogni, ma anche di capacità, che sfociano su un piccolo numero di dispositivi primari (discorsi, pratiche, istituzioni, professioni, realizzazioni, principi di giudizio ecc.) », organizzati in macrodiscorsi quali la religione, l'etica, la politica, la scienza, l'economia, la letteratura e le arti, la tecnica. Il macrodiscorso giuridico interverrebbe solo in seconda battuta, « riformulando normatività precedenti » e ciò perché « i bisogni e le capacità giuridiche [...] non sono primari » (p. 104-105). In altre parole, il legame sociale, che non è mai « naturalmente e originariamente giuridico », lo diventa, « eventualmente, in un secondo momento quando si afferma un bisogno di sicurezza, di pubblicità o di permanenza » (p. 47). In coerenza con le premesse, si fa propria l'idea che « sono esistite, e che esistono ancora, delle società senza diritto (non senza regole, ma senza diritto) » (p. 6).

Ancora una volta, e ora in modo esplicito, torna la questione — ineludibile in un'indagine di questo tipo — di cosa debba intendersi per diritto. A questo proposito, Ost, se rifiuta decisamente la tesi riduzionistica che avvinghia il diritto allo Stato (il processo della « doppia istituzionalizzazione », precisa a p. 166, coinvolge anche ordinamenti giuridici non statali, come quelli sportivi e religiosi), non si spinge fino a collocarlo « nella spontaneità del sociale » (7). Dalla tesi della doppia istituzionalizzazione e, in modo ancora più esplicito, dall'affermazione che possano esistere società senza diritto, filtra una concezione del diritto che lo vincola in qualche modo al potere (a una qualche autorità già istituita) o ad un sapere istituzionalizzato (l'esistenza di una scienza

(7) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 24.

giuridica, come l'esempio storico della nascita del diritto romano sembra alludere).

Una chiara testimonianza di ciò si ha in una pagina in cui illustra la teoria della « doppia istituzionalizzazione » (p. 138). Nelle « società senza Stato », osserva richiamando Bohannan, spetta alle consuetudini condivise (tradizioni e usi), che si fondano sulla reciprocità, assicurare la sopravvivenza e il funzionamento della società. In questa prima fase, le consuetudini non hanno bisogno di essere formalizzate. Il contenzioso che si origina non è oggetto di vere e proprie « decisioni », ma di compromessi che non sono « eseguiti » ma « accettati » perché i protagonisti condividono una medesima cultura. Ora, e questo è il punto, quando si verifica il « passaggio al diritto, le consuetudini vengono riformulate in modo esplicito e più preciso, all'iniziativa di agenti specializzati e in un contesto ben identificabile in ragione di una procedura ormai rispettata ». Anche in un passo precedente (p. 47), dove si rappresenta la scena di un ritorno della società a una fase pregiudiziale, il nesso tra diritto e autorità è esplicito. Con la rinuncia al diritto si avrebbero vantaggi e svantaggi. Quanto ai primi, il traffico commerciale ritroverebbe piena libertà di manovra grazie all'assenza di « autorità ufficiali » cui rendere conto; allo stesso modo, nel contesto della famiglia, lo strumento della mediazione avrebbe il pregio di evitare il formalismo e tutte le conseguenze connesse all'impiego dello strumentario giuridico. La rinuncia al diritto significa però anche « privarsi delle garanzie giuridiche, sostanziali e procedurali, esponendosi alla legge del più forte ».

Questi esempi, non solo ci pare che corroborino la nostra ipotesi di lettura, ma legittimano altresì la sensazione che lo Stato, cacciato dalla porta, rientri, in modo inconsapevole, dalla finestra. Ad avvalorare questa sensazione interviene il riferimento alla narrazione giusnaturalistica dello stato di natura e del contratto sociale, presentata come una versione, *ante litteram*, della teoria della doppia istituzionalizzazione. Anche qui, nota Ost, vi è una condizione originaria priva di diritto, ma non di regole, le quali, in assenza di autorità, risultano incerte e impotenti. L'avvento della società civile rimedierebbe a questa mancanza, « raddoppiando, precisando e garantendo le regole consuetudinarie che si affermano nello stato di natura » (p. 143).

Senonché tale narrazione non è solo il mito fondatore della modernità giuridica, ma anche — e questo è il punto — la fonte, potentissima, di legittimazione dello Stato che, in quanto prodotto di un calcolo razionale, viene presentato come un ente di ragione. In altre parole, con la teoria del contratto sociale, il giurista moderno non ha tanto di mira il passaggio *al* diritto, ma ad *un certo tipo di diritto*, quello che spazza via il vecchio ordine giuridico — fondato su assetti di potere e su presupposti antropologici e culturali non più attuali — per fare spazio all'artificio statale, il nuovo protagonista, con vocazione totalizzante, dell'universo giuridico moderno. A ben vedere, si potrebbe

soggiungere che lo stesso interrogativo iniziale, « *etsi ius non daretur* » — significativamente mutuato da Grozio, considerato fin da Pufendorf il capostipite della moderna scuola del diritto naturale —, è un interrogativo moderno: a un giurista formatosi nell'ambito della tradizione aristotelica, che procede indiscussa fino alla rottura epistemologica moderna, una domanda di quel tipo non sarebbe neppure venuta in mente. Segno evidente dell'effetto condizionante (« performativo ») dei paradigmi teorici, anche nella fase del loro tramonto. Un paradigma, come ci dice Kuhn, fornisce « *per un certo periodo* [...] un modello di soluzioni e di *problemi* accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca » (8). Si potrebbe quindi dire che il problema di una società senza diritto è un *problema moderno*.

4. In una diversa prospettiva paradigmatica, che è quella della cultura giuridica antica e medievale, compendiata dal brocardo « *ubi societas ibi ius* », e che giuristi contemporanei come Paolo Grossi hanno recuperato per superare i tanti riduzionismi moderni, il diritto è pensato diversamente. Come il linguaggio, risponde a *bisogni sociali primari*, è strumento che ordina la dimensione sociale del soggetto: « il linguaggio permettendo una efficiente comunicazione, il diritto permettendo una pacifica convivenza. È, infatti, ordinamento del sociale che, dai balbettii dell'infante, si giunga al discorso compiuto degli adulti. È ordinamento del sociale che si disciplini la mia convivenza col vicino o i miei accordi con altri uomini di affari » (9).

La comparazione con il linguaggio — proposta all'inizio dell'Ottocento dalla Scuola Storica — si rivela ancora più feconda se ci s'interroga sulla qualità dell'osservanza. Essa si atteggia allo stesso modo sia per l'utente di una regola linguistica sia per l'utente di una regola giuridica. È, infatti, ci dice ancora Grossi, « una osservanza dove la componente dell'accoglimento ha il sopravvento sull'obbedienza. Chi parla in un certo modo idoneo e corretto, non lo fa per obbedire a una regola ma per la convinzione di instaurare in tal guisa un efficace rapporto comunicativo con i suoi simili. È lo stesso identico atteggiamento dei membri della fila, che osservano non per obbedienza ma perché convinti del valore insito nella proposta organizzativa, e si auto-ordinano » (10). Come emerge dall'esempio paradossale della fila — che lo stesso Grossi riconosce essere fuorviante, perché la fila appartiene all'effimero mentre il diritto è realtà di radici che vive nella durata — il diritto non ha bisogno di un'autorità o di una regola

(8) TH.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962; 1970²), Torino, Einaudi, 1999, p. 10 (la sottolineatura è nostra).

(9) GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 27.

(10) Ivi, pp. 27-28.

imperativa (questo accade quando si inserisce in un apparato di potere, come lo Stato, « dove la dimensione *stricto sensu* politica ha il sopravvento su quella sociale »), non ne ha bisogno perché il diritto « risiede in quel mondo oggettivo di posizioni relazioni coordinazioni stretto in sé da un valore. Il diritto nasce prima della regola, il diritto è già nella società auto-ordinantesi » (11).

È evidente come da questa diversa prospettiva culturale, che recupera l'intima socialità del diritto, non si possa condividere la teoria della doppia istituzionalizzazione, l'idea che il diritto « è sempre una formazione di secondo livello, che procede generalmente da un movimento progressivo di autonomizzazione rispetto alla religione » (p. 106). Se il diritto è concepito come *organizzazione* (o, meglio, *auto-organizzazione*) della società e *osservanza* spontanea delle regole organizzative — spontanea perché si è persuasi del *valore* su cui quell'ordine riposa — se il diritto è « la trama stessa della società, quasi una rete che la sorregge impedendone lo sfascio, che proviene dal suo stesso seno » (12), non è il diritto che, in un secondo momento dello sviluppo sociale, si autonomizza dalla religione, riformulando normatività che gli preesistono, ma, com'è avvenuto precocemente a Roma, *un certo tipo di diritto*, un diritto *laicizzato*, custodito e plasmato da una *scienza giuridica* che, ad un certo punto, si fa ceto autonomo rispetto al collegio sacerdotale dei pontefici. Ad essi — « i sapienti della comunità [...] depositari di funzioni essenziali per la vita collettiva » (13) — era affidata, come in tutte le società antiche fondate sul legame religioso, la fondamentale *funzione culturale* della produzione del « terzo », qualcosa, come osserva Gustavo Zagrebelsky, « che sta al di sopra di *ogni uno* e di *ogni altro* », ciò che consente una « triangolazione: tutti e ciascuno si riconoscono in un punto che li sovrasta e, da questo riconoscimento, discende il senso di un'appartenenza e di un'esistenza che va al di là della semplice vita biologica individuale e dei rapporti solo interindividuali ». In altre parole, « ai sacerdoti spettava formare, alimentare, proteggere quelle credenze che confluivano nella fede (verticale) che creava il legame di comune appartenenza (orizzontale) alla medesima compagine sociale » (14).

Come per il linguaggio, per la nascita del diritto non occorrono, dunque, né un'autorità costituita né un sapere autonomo istituzionalizzato, che pure rappresentano fattori fondamentali per un pieno sviluppo dell'ordine giuridico. Il riorientamento gestaltico, che in questo

(11) Ivi, p. 25 e 24.

(12) Ivi, p. 18.

(13) A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 61.

(14) G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, Einaudi, 2014, p. 6 e 9.

modo si produce, ricolloca il diritto che così riguadagna lo status di istituzione primaria, al centro di quello che Ost chiama « *grand tout culturel* », posizione che la modernità giuridica, avendo finito per spingere il diritto nelle braccia del potere, gli aveva sottratto tradendo le sue stesse promesse di emancipazione.

5. L'accesso al « terzo » e, quindi, alla funzione simbolica di costruzione del legame sociale tramite il riferimento a qualcosa di comune che sovrasta i singoli individui, ci porta al cuore del libro e, finalmente, alla risposta alla domanda iniziale: a cosa serve il diritto? Qual è il plusvalore che apporta alle relazioni interindividuali?

In estrema sintesi, per Ost, che, come sappiamo, si muove sempre all'interno della teoria della doppia istituzionalizzazione, l'apporto specifico del diritto consiste in uno « scarto », in una « distanza », anche leggera, « tra il legame ordinario, praticato e vissuto dai suoi protagonisti, e la nuova scena di riferimento, il piano della giustizia e del diritto in cui si iscrive ormai la comune misura che regola il rapporto » (p. 41). La funzione fondamentale del diritto, che ne rivela la forza performativa (p. 191 e ss.), consisterebbe, pertanto, nella creazione di una propria scena in cui la relazione umana si « spersonalizza » e « tutto si formalizza: non più accomodamenti, ma procedure, non più favori, ma diritti, non più minacce, ma sanzioni » (p. 43). Da quel momento in poi tutti sono suscettibili di essere chiamati a render conto delle proprie azioni davanti a un giudice terzo. Insomma, come afferma al termine del libro, quando due persone o un gruppo decidono di « passare al diritto », poche cose cambiano, eppure « niente è più come prima. Un carattere invisibile si deposita su qualsiasi relazione sociale, che sia affettiva, commerciale, professionale o politica: essa si iscrive ormai in una 'scena terza', se non indisponibile almeno protetta dalle manipolazioni più dirette, e ciò perché è leggermente distanziata e impersonale [...]. Un leggero scarto, un infimo distanziamento, che rende possibile il riferimento a una 'comune misura' — quella che spetta a esseri umani 'degni' di rispetto. Poca cosa, insomma; eppure... » (p. 559).

Va aggiunto, per completezza, che, secondo Ost, il diritto, in virtù di questa sua funzione di « produzione del terzo », contribuisce a realizzare l'ultima, e più importante, delle tre principali « finalità estrinseche », quelle, cioè, che non sarebbero specifiche al diritto (giustizia, democrazia e istituzione dell'umano). A questo proposito, un'intera e particolarmente interessante sezione del libro (« Interlude. Quel homme pour quel droit? »), è dedicata alla questione dell'« institution de l'humain » che il Nostro affronta con grande maestria, rievocando il mito platonico dell'androgino e quello di Narciso e della ninfa Eco, e avvalendosi dell'aiuto di Paul Ricœur (facendo leva, soprattutto, sull'« herméneutique du soi », sviluppata in *Soi-même comme un autre*). La costituzione del soggetto tramite la mediazione dell'altro, pensato

non solo come « tu », ma come « qualsiasi altro », come « terzo », assicura al soggetto identità e autonomia, preservandolo « dal fantasma di essere tutto (e soprattutto l'autore della legge) » e proteggendolo così « dalla follia e dalla violenza ». Gli vengono così forniti gli strumenti per « attivare, come essere libero, il legame sociale che lo costituisce » (p. 97). In questo modo, alla « monade originaria » si sostituisce il soggetto socializzato e responsabile agli occhi del quale la « legge » non appare più come un'insopportabile violenza o una meccanica necessità, ma come un limite liberamente assunto, suscettibile di garantire sia me stesso sia l'altro. A questa costituzione del soggetto il diritto fornirebbe un duplice contributo: da una parte, e in modo più visibile, allestendo un apparato istituzionale e istituendo, prima di tutto, la figura del giudice che rappresenta il « terzo » tra le parti; dall'altra, in modo più indiretto ma più profondo, invitando a trattare ciascuno, per quanto prossimo sia, come un *socius* anonimo; in questo si nota una differenza significativa sia rispetto al linguaggio etico dell'amicizia e dell'amore sia rispetto alla logica politica che oppone l'amico al nemico (p. 271-272).

Alla luce di quanto osservato in precedenza, si potrebbe sostenere che la funzione che Ost attribuisce al diritto, l'iscrizione del rapporto sociale in una scena terza, non appartiene al diritto in quanto istituzione di secondo livello che riformula normatività già in essere ma in quanto agenzia (primaria) che, insieme con altre (*in primis*, la religione, la politica e la letteratura), svolge una « funzione culturale »; funzione che consiste proprio, come si è visto, nella istituzione del « terzo » — Dio, un valore, una visione della vita, una missione, la legge — che consente agli individui di superare « i rapporti bilaterali concreti », la dimensione immediata della reciprocità, e di riconoscersi in qualcosa di comune, dando origine, in tal modo, al legame sociale ⁽¹⁵⁾.

6. Certo, ciò non toglie che il diritto contribuisca a suo modo — un modo specialissimo e, negli stadi avanzati, particolarmente raffinato — alla costruzione di questa scena terza. La seconda parte del libro — che, per la complessità e la quantità relevantissima delle questioni trattate, non può essere restituita neppure per sommi capi — è proprio dedicata all'illustrazione del modo specifico tramite il quale il diritto svolge quella funzione fondamentale. Ci limitiamo qui a ricordare che Ost, avvalendosi del paradigma del « gioco », già utilizzato in lavori precedenti, mette in luce sei funzioni, due primarie e quattro secondarie, che poi riassume in due macrofunzioni: « *tissage* » e « *bornage* », a loro volta compendiabili nella funzione della « misura »: « il diritto tesse legami e fissa limiti; così facendo è misura del sociale » (p. 241).

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 5 e ss.

Infine, la terza e ultima parte, anch'essa molto articolata e ricchissima di dati, di spunti e di rimandi, affronta il tema, risolutamente prescrittivo, delle « finalità intrinseche ». Esse sono definite come quelle finalità che si attribuiscono al diritto « se e soltanto se si subordinano le funzioni del diritto alla promozione della democrazia, alla ricerca della giustizia e all'obiettivo di contribuire alla costituzione dell'umano », ossia al raggiungimento delle tre « finalità estrinseche » cui già si è fatto cenno e che Ost considera « le più eminenti » (p. 8). Non ci stupiamo se anche queste sono in numero di tre: (1) definire un equilibrio sociale generale a vocazione operativa, (2) suscettibile di essere imposto con una coazione regolata, generatrice di fiducia e, ciononostante, (3) suscettibile di essere rimesso in questione secondo procedure determinate. « Équilibre », « contrainte », « remise en cause »: tre modi che non sono, presi singolarmente, specifici al diritto, ma la cui interazione, su cui Ost insiste particolarmente, rappresenta la cifra autentica di un diritto che intenda mettersi al servizio di quelle tre finalità eminenti.

7. Al termine del suo ponderoso lavoro, quasi la summa della sua riflessione sul diritto, Ost non trattiene un moto di insoddisfazione; si insinua la sensazione, cioè, che, « malgrado la sua lunghezza, l'opera resti largamente incompiuta. Molti aspetti del diritto restano nell'ombra, molte piste evocate richiederebbero di essere approfondite » (p. 557).

Anche noi, giunti al termine di questa, non breve, lettura, dobbiamo riconoscere, non senza dolercene, di aver restituito al lettore solo una piccola parte del libro che non rende giustizia alla vastità dei temi, ai loro nessi e alla profondità con cui sono affrontati. Occorrevano molte più conoscenze di quelle possedute da chi scrive e, prima ancora, più *tempo*. È questo, infatti, uno di quei libri per la cui « leggibilità », come osserva Nietzsche nella prefazione alla *Genealogia della morale*, « occorre ancora del tempo — una cosa per cui si deve essere quasi vacche e in ogni caso *non* 'uomini moderni': *il ruminare...* » ⁽¹⁶⁾.

MASSIMO VOGLIOTTI

⁽¹⁶⁾ F. NIETZSCHE, *La genealogia della morale* (1887), Milano, Adelphi, 1984, p. 11.