

# IL DIRITTO NELLA SOCIETÀ DEL RISCHIO

Raffaele De Giorgi

## SOMMARIO

Il testo studia la correlazione fra complessità, contingenza e informazione nella società del rischio.

## PAROLE CHIAVE

Società del rischio, complessità, contingenza, informazione.

Umanità è un ruolo umoristico. Così scriveva Novalis alla fine del '700 in un suo *Frammento*. Una espressione sorprendente in un periodo nel quale la poesia romantica già celebrava nella oscura interiorità dei singoli la grandiosa universalità del genere umano e la sublime esperienza del mondo. Anche il mondo in quel periodo iniziava una carriera di successo come concetto giuridico e politico. Appena un secolo più tardi, però, Nietzsche avrebbe detto che il mondo è nient'altro che una imprecazione cristiana. Un concetto di confine al quale indirizziamo ogni nostra necessaria ignoranza.

L'orizzonte che necessariamente si allontana quando ad esso ci accostiamo con il nostro sapere sul mondo. *Umanità e mondo, umorismo e paradosso*. Una distinzione che converge in un punto cieco e che rappresenta l'unità della differenza che la produce. E questa unità non è altro che la ragione. Eppure in quel secolo, il XIX, la ragione illuminista, quella ragione che aveva reso possibile costituzionalizzare il diritto, anche se aveva dovuto chiudersi in se stessa come ragione dei singoli, aveva registrato tuttavia i suoi successi e il suo riconoscimento nella organizzazione degli stati e nella regolazione giuridica delle azioni.

Era stata conferita dignità giuridica all'umanità degli uomini, i quali venivano trattati come cittadini degli stati; erano state negate le differenze nella qualità della natura delle persone rispetto al diritto e Kant poteva aspettarsi una società universale di cittadini del mondo. Feuerbach aveva reso assoluta l'idea dell'umanesimo dell'uomo e lo aveva protetto contro le minacce della religione e aveva così continuato l'opera dell'altro Feuerbach che aveva contribuito alla civilizzazione del diritto penale. Un'opera che più tardi avrebbe reso possibile la formalizzazione dell'illecito e la delimitazione dell'incertezza dell'intervento punitivo.

D'altra parte anche i primi codici razionalizzano l'esperienza giuridica, danno struttura alle aspettative dei singoli, rendono oggetto di aspettativa le stesse aspettative di accesso al diritto, di calcolo razionale delle azioni,

sia di quelle dei singoli che di quelle dello stato. Mentre i giuristi pensano che l'umanità nel suo progresso avrebbe garantito ai popoli una esistenza sicura e li avrebbe raccolti in una grande comunità del mondo. Nel diritto pubblico, ma anche in quello commerciale e in quello internazionale l'affermazione dell'idea di mondo espande e stabilizza le relazioni e sembra corrispondere alla universale espansione della ragione che aveva relegato nel passato la barbarie del diritto penale, e aveva identificato il progresso con il riconoscimento dell'umanità degli uomini.

L'umanità e la ragione da una parte, il diritto del mondo, le leggi del mondo dall'altra. Per un secolo, fino alle soglie del XX, questi concetti hanno permesso alla società di rappresentarsi e di descrivere la sua differenza. Di rappresentarsi la distanza che la separava dal passato e di immaginare come progresso la costruzione del suo futuro. Eppure, l'umorismo, un umorismo tragico come quello che avrebbero recitato i personaggi di Pirandello, e il paradosso erano soltanto velati, occultati.

E infatti, appena a metà del secolo l'umanità poteva essere rappresentata attraverso la perversa ridefinizione delle differenze tra le razze, mentre la ragione politica degli stati, che cominciavano a considerarsi nazionali si rivelava come ragione giustificatrice delle guerre, come ragione dello stato e quindi come violenza legittima. Mentre il diritto dei codici, che era nato come diritto dei privati, si rivelava sempre più come diritto di coloro che Kant aveva chiamato *signori di se stessi*, cioè come diritto di coloro che avevano interessi da tutelare e disponevano dei relativi mezzi di tutela. Una umanità, una qualità di cittadini che l'industrializzazione limitava ad una minoranza sempre più ristretta e che era costituita da coloro che opportunamente si chiamavano abbienti. Hegel poteva considerare lo stato come la realizzazione dell'idea etica e poteva attribuire così opportunamente alla ragione occidentale e al suo limite temporale, che era il diritto, la cittadinanza europea. Nel mondo, diceva Hegel, si deve comandare. Nella cattiva infinità si deve comandare. Per la politica degli stati questo significava che il mondo doveva essere civilizzato, che l'umanità inferiore, quella che viveva nell'esclusione della ragione, doveva essere colonizzata. Guerra di popoli e guerra di razze. Così gli stati nazionali, i sistemi giuridici costituzionalizzati, la cultura occidentale si affacciano al XX secolo.

Un secolo nel quale più volte si sperimentò con la distruzione dell'umanità, con il mondo diventato teatro della guerra. Hegel aveva detto: "non è altro che la rappresentazione della tragedia nell'eticità che l'assoluto eternamente recita con se stesso". Una rappresentazione nella quale l'umanità acquista il ruolo dell'umorismo tragico e il mondo, che non ha ruolo, diventa lo spazio senza tempo, il confine del non-sapere. Mentre la ragione si manifesta finalmente come il punto cieco, il paradosso della fondazione, la referenza priva di referenze. La ragione, quella che

secondo Kant sta al di fuori del tempo, quella dalla quale il tempo ha inizio, quella che come ragione dei singoli, degli stati, del mondo dà inizio al tempo, quella ragione non può dire di se stessa che è razionale. Il secolo scorso, ma anche quello che è appena cominciato, hanno vincolato il loro tempo storico al paradosso della ragione.

In quella ragione, il diritto moderno ha trovato la sua forza, il suo sostegno, la sua legittimazione. Era una ragione che utilizzava referenze esterne, di volta in volta diverse, che connetteva le loro discontinuità e le presentava come progresso, come emancipazione, come liberazione. Si trattava del volere divino, dell'ordine del mondo, della natura umana o della natura degli uomini e della natura delle cose. E così quelle referenze giustificavano il diritto dell'uguaglianza oppure il diritto della differenza; il diritto di fare la guerra così come il diritto di difendersi; il diritto che include e il diritto che esclude. Ma quella ragione non agiva solo come fondamento. Essa operava come parassita all'interno del diritto attraverso la variegata molteplicità delle figure dogmatiche, delle loro connessioni e delle loro elisioni. Essa poteva essere ragion di stato e ragione dei privati, ragione dell'interesse del singolo e ragione dell'interesse collettivo, ragione della tortura e ragione della mitezza della pena, ragione inquisitoria e ragione accusatoria. Il parassita è sempre stato in azione, ha sempre funzionato. Fino a richiedere un diritto al di sopra del diritto in nome dell'umanità. Un diritto umano, tanti diritti umani. I quali giustificano la pena di morte e la morte della pena, l'ordine del mondo e il mondo dell'ordine, la nascita nel nome del Signore e la morte nel nome del popolo, la guerra umanitaria e l'umanizzazione della guerra. L'umanità è il punto cieco delle distinzioni che devono essere sublimate. Un velo grottesco sotto il quale gli scrittori contemporanei di cose sociologiche e giuridiche "cercano perplessi dove non c'è niente".

Quella ragione ha condensato sicurezze, ha sviluppato un universo semantico di certezze, di identità, di stabilità. Ha motivato rappresentazioni del futuro come risultato di un progetto razionale che avrebbe realizzato condizioni migliori della società. Ma la società non realizza progetti, la società non persegue fini, la società non opera in base a principi. La società è come è. Così come il diritto della società non persegue fini e non si realizza, né si conclude con la realizzazione di un fine. Si chiami una tale referenza umanizzazione, giustizia, oppure ordine.

La semantica della ragione si è rappresentata come semantica della società moderna. Ma di fronte alla modernità della società moderna, di fronte alla de-identificazione di questa società con le società che l'hanno preceduta, quella semantica ha saputo solo dichiarare la modernità come un suo progetto fallito. Essa poteva fornire solo idee normative, e non potendo disvelare il paradosso della sua razionalità, non potendo rinunciare alla rappresentazione del futuro come dover essere, si protegge dal presen-

te dichiarando la società moderna come società del rischio, come società a rischio. Di fronte al rischio indica l'ulteriore ricorso alla ragione. La scelta razionale, la riduzione del danno, un diritto orientato alle conseguenze, le agenzie del rischio, una tecnologia riguardosa, una politica compassionevole, un ordine universale delle buone volontà, una banca morale, una scienza limitata dalla bontà dei fini. Sullo sfondo un altro orizzonte di certezze. La morale. Un altro paradosso, cioè, dato che la morale non può dire di se stessa se è morale o no, così come la morale del rischio non conosce i rischi della morale.

Ma che cosa ci si rappresenta come rischio nella società del rischio? Che cosa è a rischio in questa società? Il diritto, la politica, la società stessa? E cosa si contrappone al rischio? Qual è l'altra parte della distinzione di cui una parte è la società del rischio? Sicurezza? Stabilità? Compassione? Ordine? Oppure, ancora una volta: razionalità, critica, riflessione? E il rischio della società del rischio è una questione che interessa le operazioni della struttura della società oppure è una questione relativa al carattere delle descrizioni della semantica attraverso le quali la società si osserva?

Da quando la società moderna ha cominciato a considerarsi moderna i caratteri della modernità sono continuamente cambiati. E sono cambiate anche le semantiche che hanno rappresentato quei caratteri. Sul piano delle operazioni che si possono realizzare attraverso la struttura della società moderna, ciò che caratterizza la loro ricorsività è la capacità di autotrasformazione. La società moderna, in altri termini, è caratterizzata da ordini che si sostituiscono da sé e quindi dalla continua produzione di ciò che è altro. Questa società si rende instabile da sé e non può essere osservata attraverso la distinzione di ordine e disordine. Ordine e disordine non possono essere confrontati tra loro. Possiamo dire, allora, che già al livello delle sue operazioni la società moderna non tollera nessuna ontologia. Questa società dipende inesorabilmente da sé, è abbandonata a se stessa, senza alternative, aveva scritto una volta Luhmann.

L'osservazione di caratteri strutturali che fanno la differenza che è la modernità della società moderna, ci permette di considerare le conseguenze che da essi scaturiscono. La prima è questa: la dimensione temporale identifica questa società rispetto alle altre. Essa è moderna. La stessa dimensione, però, identifica questa società con se stessa. La continua autoinstabilizzazione, ciò che è continuamente altro, rende acuto il problema del presente, ma anche la questione del futuro. Il presente non può più occultare il suo paradosso costitutivo che lo rende un tempo che non ha tempo. Il presente acquista il carattere di un valore limite che marca la differenza tra futuro e passato. Allo stesso modo, il futuro, la dimensione temporale di ciò che può essere altro, pone continuamente il presente di fronte alla necessità di disporre di vincoli che delimitino la possibilità

dell'essere altro, che lo rendono oggetto di aspettativa in modo che, qualunque evento accada, si sappia come agire.

L'altra conseguenza è questa: la società moderna si de-identifica continuamente dal passato, nel senso che la sua memoria è esposta continuamente a ciò che è altro, cioè ad una realtà autocostituita, ad una realtà che non richiede giustificazioni, ma neppure permette che si faccia qualcosa. La memoria, che è poi quella funzione che continuamente ricostruisce l'unità della differenza di ricordare e dimenticare, la memoria, dicevamo, rende possibile l'adattamento della società alla realtà che essa stessa si costruisce. Attraverso la ricorsività delle operazioni e il continuo adattamento alla realtà, si stabilizzano stati del sistema della società che vincolano alla sua realtà. Si tratta di ciò che von Foerster chiamava *auto-valori*, oppure *segnî di modi stabili del comportamento*. Nella società moderna questi auto-valori non sono più l'umanità o la ragione o il mondo. Gli auto-valori che si producono hanno la forma della *contingenza*: cioè una forma modale della sostituibilità, di ciò che può essere altro, di ciò che potrebbe essere altro, di ciò che avrebbe potuto essere differente da come è o è stato.

La terza conseguenza deriva dal fatto che a queste condizioni la società trae informazioni da se stessa e si costringe ad orientarsi tra *variazione* e *ridondanza*. Oscillando, cioè, tra la produzione di ciò che è altro e l'utilizzazione di ciò che è stato. Se poi consideriamo il fatto che tutto ciò che accade, accade al presente, possiamo vedere che in questa società non possono esistere centri di controllo, autorità che diano garanzie ultime, che diano sicurezze nella costruzione della realtà, che forniscano certezze per il futuro. I vincoli di cui la società ha bisogno per la costruzione del futuro, possono assumere solo il carattere modale della contingenza. Poteva essere diversamente da come è. Potrebbe essere diversamente da come è.

Si comprende allora perché la società moderna ha rappresentato se stessa attraverso la semantica del movimento, la semantica dell'azione, la semantica di una razionalità che orienta e dà garanzia in base alla razionale correlazione di mezzi e scopi. Ora questa semantica ha esaurito il suo potenziale descrittivo perché la società si è emancipata dagli auto-valori stabili ai quali aveva fatto ricorso in passato. Si è emancipata dalla ragione e dal paradosso della sua razionalità.

A queste condizioni la società non tollera verticalità e neppure gerarchie, non tollera più idee normative e neppure limiti esterni. Il limite della società è il mondo e il mondo è l'orizzonte delle possibilità, l'orizzonte entro il quale ciò che è possibile può sempre essere attualizzato. E il mondo si espande con l'espandersi della società, cioè con l'espansione della comunicazione sociale. E poiché questa società è l'unica società che esista, possiamo chiamarla *società del mondo*. *Società del mondo*, ha scritto Luhmann, è il *prodursi del mondo nelle comunicazioni*.

La paradossale costituzione di questa società richiede un continuo incremento della selettività delle operazioni che costituiscono la sua struttura. Ciò porta all'emergenza di ordini riduttivi che rendono possibile l'esperienza concreta. Chiamiamo sistemi sociali questi ordini riduttivi. Essi emergono in virtù della differenziazione sociale la quale privilegia evolutivamente gli ordini che dispongono di strutture cognitive, di strutture, cioè, capaci di organizzare cognitivamente l'esperienza possibile.

In passato gli ordini riduttivi avevano privilegiato strutture normative. Ora quelle strutture si sono rese obsolete e costituiscono solo resistenze alla differenziazione, cioè alla possibilità di moltiplicazione della società nella società. Quegli ordini avevano reso possibile la calcolabilità del futuro in base all'esclusione. Mentre la società moderna opera in base alla universale inclusione. Essa non tollera blocchi all'accesso alla comunicazione sociale. Questa società produce, certo, blocchi all'accesso, ma li produce in virtù proprio dell'universale inclusione. Non ci sono più differenze di rango nella società moderna, non c'è più una nobiltà, ma ci sono le *favelas* e ci sono i Sud del mondo. Essi però sono correlato dell'inclusione, sono correlato della amplificazione delle differenze che la struttura della comunicazione sociale trova *razionale* utilizzare.

Ordini riduttivi cognitivamente orientati sono la scienza, l'economia, ma anche il diritto che attraverso la sua positivizzazione ha riorganizzato cognitivamente la sua struttura. Questi ordini sono forniti di un alto potenziale adattivo e quindi evolutivo. Anche la politica si è ristrutturata cognitivamente orientandosi all'opinione pubblica e alla realtà prodotta dai media della comunicazione di massa e disponendosi alla continua revisione dei suoi programmi.

La società moderna e gli ordini riduttivi che si differenziano al suo interno sono macchine complesse perché sono capaci di apprendere da se stessi, sono sempre adattati alla realtà che essi stessi producono e sono razionali non nel senso che orientano le loro operazioni a premesse di senso che provengano dall'esterno, a modelli o forme ultime. Essi sono razionali perché producono al loro interno l'unità della differenza tra interno ed esterno. Cioè l'unità della differenza tra referenza a se stessi e referenza all'esterno. Essi cioè costituiscono all'interno ciò che trattano come loro ambiente.

E allora: se gli auto-valori che si producono nella società moderna assumono la forma della contingenza, se la costanza nell'orientamento della selettività delle strutture degli ordini cognitivi è data dalla contingenza, come è possibile costruire vincoli per il futuro? Quale carattere potranno avere questi vincoli del tempo? La questione è particolarmente rilevante se si considera che la modernità della società moderna si rappresenta prima di tutto nella dimensione temporale. In questa dimensione, infatti, la selettività delle strutture di operazioni manifesta la sua contingenza. Quanto più cresce la selettività, però, tanto più cresce la complessità, e quindi complessità e

contingenza sono in un rapporto di reciproco incremento. “Si sarebbe tentati, scrive Luhmann, a vedere la complessità come misura per la contingenza, come misura per l’informazione, come misura per l’informazione che ancora manca”.

Quando si dice che la società moderna è società complessa, oppure che essa è la società dell’informazione, non si vuol dire altro che questo, non si vogliono indicare altri caratteri della modernità, che questa correlazione di complessità, contingenza e informazione. Ma quando si dice che questa società è società del rischio, si può voler dire solo la stessa cosa.

Il rischio condensa una particolare simbiosi di futuro e società: esso permette di costruire strutture nei processi di trasformazione dei sistemi, di specificare le emergenze di ordine nelle strutture dei sistemi. Il rischio è in realtà un costrutto della comunicazione che descrive la possibilità di pentirsi in futuro di una scelta nel caso in cui dovesse verificarsi il danno che si voleva evitare. Rischio, allora, ha a che fare con il senso della comunicazione ed è rilevante per questo suo aspetto, non per il sedimento che esso può avere nella coscienza. Il rischio rimanda alla necessità di un calcolo del tempo in condizioni nelle quali né la razionalità, né il calcolo dell’utilità, né la statistica possono fornire indicazioni utili. A queste condizioni del non-sapere, ciò che realmente si può sapere è che ogni riduzione o minimizzazione del rischio aumenta il rischio: in questa circolarità, però, si condensa anche il fatto che, rinunciare al rischio significa rinunciare alla razionalità. Rinunciare al controllo delle possibilità di selezione che scaturiscono dal fatto che un sistema costruisce al suo interno l’unità della distinzione delle referenze che orientano le sue operazioni.

Da ciò deriva la necessità di decidere in condizioni alle quali si sa che un’altra decisione avrebbe potuto evitare il danno che dovesse verificarsi. Ma se ciò dovesse accadere, accadrebbe in futuro. E’ per questo, allora, che la società moderna si rappresenta il futuro come rischio. Se lo rappresenta, cioè se lo costruisce. Da qui la simbiosi di cui parlavamo. Si tratta di una simbiosi che rende possibile un trattamento razionale della contingenza, un arrangiamento della contingenza che mantiene aperto lo spazio delle possibilità di produzione di eventi. La contingenza, infatti, resta aperta sia in relazione agli eventi, i quali possono essere o non essere selezionati. E per ciascuna possibilità possono o no generare catene di connessioni di eventi. Ma la contingenza resta aperta anche in relazione al danno, che può verificarsi o non verificarsi.

La connessione fra rischio e contingenza è quindi anche la connessione tra rischio e complessità. L’una è l’altra parte dell’altra parte. Come la complessità, anche il rischio è un principio di forme che generano forme. Di distinzioni che generano distinzioni. Di vincoli che legano e sciolgono allo

stesso tempo. Di una realtà priva di raccordo con qualsiasi realtà e che ha la funzione di produrre realtà, cioè raccordi osservabili tra eventi.

Da queste considerazioni dovrebbe risultare chiaro che l'alternativa al rischio non è certo sicurezza. L'idea di sicurezza nega la contingenza. Di questo siamo sicuri. Quell'idea, però, deriva la sua sicurezza dall'esterno, da stabilità artificiali, come la natura degli uomini, la razionalità del rapporto tra mezzi e fine, una qualsiasi ontologia, oppure da osservazioni relative al passato. In relazione al futuro, però, tutto questo materiale non ci può dire nulla. Noi non possiamo sapere "quanto sia sicuro abbastanza sicuro", secondo il titolo di un famoso libro. Ciò che possiamo sapere dall'esperienza è che l'incremento delle misure di sicurezza produce un incremento del rischio. Senza che si sappia quale rischio. Una affermazione che davvero non richiede alcuna prova: basti osservare che cosa è scaturito negli ultimi due anni come conseguenza delle politiche di sicurezza che sono state attivate in alcune aree del globo terrestre. Oppure basti pensare alle conseguenze che si connettono alle misure di sicurezza che vengono attivate dal diritto penale degli stati nazionali.

Il circolo del rischio si richiude e si presenta ancora una volta il suo paradosso di una inevitabilità che può essere aggirata, con la quale si può fare qualcosa. E infatti, se ci liberiamo dal fascino illusorio e minaccioso che promana dall'idea della sicurezza e, come alternativa al rischio, che è connesso ad una decisione del sistema, consideriamo il pericolo come possibilità del verificarsi di un danno futuro che un'altra decisione non avrebbe potuto evitare, allora potremo vedere come nella società moderna si produca una riduzione del pericolo e un incremento del rischio. Al sapere che promanava dalla religione o dalle cosmologie e dalle loro magiche verità, la società moderna sostituisce il non-sapere sul futuro e la opportunità di agire per sottrarsi alla inevitabilità di doverlo accettare comunque sia, di doversi pentire in futuro per non aver fatto qualcosa o per aver fatto qualcosa di determinato.

Il rischio, allora, è un carattere strutturale della complessità della società moderna, della sua temporalizzazione, della simbiosi con il futuro, della paradossalità del presente, della ecologia del non-sapere. Il rischio dei moderni non ha a che fare con il pericolo degli antichi. Il rischio dei moderni espande il potenziale per le decisioni, duplica la possibilità di scelta, razionalizza l'incertezza, nel senso che permette di attivare meccanismi del suo assorbimento, biforca i sentieri dell'agire possibile e duplica le loro biforcazioni. Le alternative si moltiplicano e, rispetto al futuro, proprio questo è razionale.

Si vede, allora, come questo carattere strutturale della società moderna scardina i presupposti della razionalità classica, rende impotente quella

razionalità, discredita le sue certezze, frantuma la sua ontologia, impone ai sistemi sociali differenziati pretese di razionalità che li costringono ad una continua autotrasformazione.

Questo carattere delle operazioni decisionali dei sistemi sociali ci permette di osservare come quelle condizioni della società che vengono trattate come contraddittorie siano in realtà paradossi costitutivi della modernità. In questa società c'è più povertà perché c'è più ricchezza, c'è più non-sapere perché c'è più sapere, c'è più rischio perché c'è più sicurezza, c'è meno informazione perché c'è più informazione, da ultimo c'è meno diritto perché c'è più diritto. Potremmo continuare con il paradosso della democrazia, della partecipazione, con la realtà dell'opinione pubblica che è tanto meno informata quanto più fagocita informazione. O con l'ambiente che è tanto più distrutto quanto più si diffondono le politiche ambientali o con i progetti di sviluppo che, quanto più diventano realtà politica o economica, tanto più accrescono la differenza tra il cosiddetto sviluppo e il cosiddetto sotto sviluppo.

Non si tratta di una razionalità limitata, come poteva pensare Simon. Si tratta piuttosto della emergenza di strutture d'ordine rispetto alle quali quella vecchia razionalità non riesce più a capire il paradosso. Siamo fuori del tempo delle forme che avevano validità universale, così dice ancora Novalis in un suo *Frammento*. Ma questo vale anche per il diritto.

Anche il diritto è un vincolo del tempo, una modalità di controllo del futuro dal punto di vista della differenza tra lecito e illecito. Il diritto, però, non può proibire il rischio. Di fronte al rischio il diritto manifesta i suoi limiti e deve ricorrere a strategie che riducano il rischio del trattamento giuridico del rischio. D'altra parte la politica è sempre più il destinatario di pretese di minimizzazione del rischio, di riduzione del rischio a livelli tollerabili. Ma le decisioni della politica assumono la forma giuridica. La politica allora scarica sul diritto il rischio delle sue decisioni. E poiché le possibilità di trattare il rischio diventano obsolete non appena si manifestano i rischi che si producono in virtù del trattamento dei rischi che si ritiene di dover evitare, si stabilizza una legislazione, una modalità di produzione legislativa del diritto che sovraccarica e deforma la concettualità giuridica.

Il diritto, allora, non riesce ad immunizzarsi dal rischio del diritto. Si indeboliscono figure dogmatiche che si sono stabilizzate, si sviluppano nuove figure dogmatiche che impongono ai singoli attori del diritto un controllo del rischio della situazione o che sanzionano comportamenti leciti se in virtù dell'esercizio del diritto si producono danni che si sarebbe voluto evitare. Sorgono nuovi problemi della determinazione causale di effetti che si producono a distanza di tempo e implicano una imprevedibile quantità di fattori causali concomitanti. Si moltiplicano tentativi di pervenire a determinazioni causali accettabili attraverso continue dislocazioni e

incalcolabili capovolgimenti dell'onere della prova. Si estendono le previsioni di giustiziabilità di interessi non chiaramente definibili e di costellazioni rischiose non precisamente determinabili.

Si allarga per via giurisprudenziale la capacità di apprendimento del sistema giuridico e quindi si estende la tendenza a ripoliticizzare temi rischiosi che la politica aveva scaricato sul diritto. Ma la tendenza che più largamente si afferma è quella di un trasferimento del trattamento del rischio, dal diritto all'economia. Il rischio viene monetarizzato. E poiché l'economia può tollerare limitatamente le esternalizzazioni del rischio effettuate da altri sistemi sociali, attiva forme di assicurazione del rischio. Le quali, a loro volta, incrementano l'attitudine al rischio.

Questa circolarità che scaturisce essenzialmente dal fatto che le situazioni di rischio non si lasciano raffigurare come situazioni problematiche di tipo normativo, costringe il diritto a pratiche di applicazione pattuita dal diritto, conferisce al giudice, da una parte, al soggetto del diritto, dall'altra, un potere di contrattazione che estende continuamente i margini di tolleranza dell'illecito. Lo stesso *processo* si sovraccarica di imprevedibilità e riesce sempre meno a controllare i tempi della sua durata e a rendere sempre più incerto il suo risultato. Si sviluppa così una attività amministrativo-ragolatoria che espone la burocrazia ad un ininterrotto processo di apprendimento che sfuma le questioni della responsabilità ed allarga i margini dell'errore. Si moltiplicano gli interessi che si ritengono meritevoli di tutela e si amplificano i conflitti e le collisioni tra gli interessi che possono essere tutelati. Politica e diritto si predispongono a continui processi di apprendimento per i quali manca il tempo della elaborazione riflessiva. Si afferma così una pratica del reciproco mettere alla prova le soluzioni, della reciproca irritazione, del reciproco osservare ed osservarsi. Entrambi i sistemi sono sottoposti ad uno *stress* cognitivo in virtù del quale la normatività delle aspettative perde sempre di più il suo originario significato e la sua funzione originaria. Si estende la produzione giurisprudenziale del diritto, senza, però, che la giurisprudenza possa produrre stabilità concettuali. Ciò che in realtà si verifica è piuttosto una continua irritazione giurisprudenziale della politica attraverso la sensibilità reattiva dell'opinione pubblica.

L'indebolimento della funzione normativa del diritto, la temporalizzazione sempre più marcata della validità normativa, trasforma le aspettative rivolte al diritto. Il diritto fornisce sempre meno garanzia contro le delusioni, mentre lo stesso accesso al diritto diventa un accesso rischioso. Il problema più grave che il sistema giuridico deve affrontare è dato dalla difficoltà del sistema giuridico di accettare la propria rischiosità. In altri termini il diritto non riesce a controllare la propria instabilità temporale attraverso il ricorso alla funzione tradizionalmente svolta dalla normatività, cioè dalla validità: fornire la certezza che comunque ci sarà un diritto. La certezza, cioè, che qualunque sia il risultato del conflitto, qualunque sia

l'aspettativa o qualunque sia la resistenza o la delusione, comunque ci sarà un diritto.

A questa condizione cambiano le aspettative rivolte al diritto. La politica tratta il diritto come un luogo della società nel quale si sperimenta con soluzioni che vengono soltanto messe alla prova. Il pubblico sostituisce alla vecchia certezza che un diritto ci sarà comunque, la nuova certezza che in futuro potrà esserci altro diritto che fornisce riconoscimento a possibilità dell'agire che attualmente sono escluse. Il diritto stesso reagisce alla indeterminatezza dei compiti che gli sono affidati dalla politica, attraverso una accentuazione della sua dimensione temporale. Il sistema giuridico si orienta sempre di più alla casualità che non, come prima accadeva, alla casistica, lavora sempre di più in modo non sistematico, è sempre di più sensibile ad un ambiente verso il quale aveva dimostrato di poter apprendere ad essere indifferente. Si generalizza così una forma di illegalità pattuita, concordata, una diffusa mediazione di illegalità tollerabili. E' come se la violazione del diritto costituisse più il risultato di un agire normalizzato nel diritto, fosse più un aspetto strutturale delle operazioni dei sistemi sociali, che non il risultato di una negazione del diritto. Una illegalità strutturale che non viene solo tollerata, ma che è chiaramente motivata.

D'altra parte, quando la stessa società tratta il futuro come un rischio che dipende da una decisione, il diritto di questa società vincherà se stesso, il proprio riconoscimento, alle possibilità di controllo del rischio. Se l'economia può utilizzare nuove schiavitù senza che si produca disordine sociale, ma anzi, con l'aspettativa che quest'uso schiavistico della forza lavoro riduca in qualche modo la forma e la pericolosità sociale che ne deriva, allora il diritto può non vedere. E se la distruzione di parte dell'Amazzonia può toccare interessi convergenti, allora il diritto può non vedere. E se i danni prodotti da comportamenti illeciti sono troppo estesi o troppo grandi, allora la misura amministrativa si adatta meglio di quella penale.

Il diritto, in altri termini, costruisce gerarchie e priorità di beni giuridici i quali non rappresentano certo qualità ontologiche di cose o di situazioni o di fatti, ma costituiscono il riflesso capovolto della disponibilità a tollerare la violazione strutturale del diritto. In un senso molto diverso da quello che circa un secolo fa aveva usato Kelsen, possiamo dire che l'illecito, la violazione del diritto è il presupposto reale del funzionamento del diritto. Costitutiva è la struttura del processo, la quale agisce in modo selettivo sia in relazione all'accesso al diritto, che in relazione al risultato dell'intervento del diritto. In Italia circa la totalità dell'assistenza domiciliare agli anziani è svolta da manodopera clandestina proveniente dai paesi dell'est Europa. Una legge post-fascista regola i flussi migratori in modo da rendere quasi impossibile l'ingresso in Italia da paesi

extracomunitari. Nessuno di coloro che da anni ormai lavorano in queste condizioni di illegalità si rivolgerebbe al diritto per far valere una qualche pretesa o aspettativa. Non credo che ci sia mai stato un processo a carico di uno di questi lavoratori. E però qualsiasi percezione di ipotetico turbamento dell'ordine pubblico porta alla loro espulsione selettiva. Ovviamente nessuno di questi lavoratori può mai essere malato. Morire sì, questo è possibile e lecito.

Il processo, allora, è la struttura selettiva delle forme di controllo della tolleranza politica e giuridica verso la illegalità strutturale. Ma il processo è anche il sistema sociale nel quale si sperimenta con la inclusione e con il vincolo di un futuro aperto; è il sistema sociale nel quale la rischiosità del diritto incarna il rischio della società del rischio. Il processo è la struttura di un sistema sociale che discrimina continuamente tra inclusione ed esclusione. Il processo temporalizza la rischiosità del futuro. Dà il tempo di non accedere, il tempo di sottrarsi, il tempo di dimenticare il diritto. Il processo segna il confine, l'unità della differenza di inclusione ed esclusione. Un orizzonte mobile che attraverso il continuo ricordare e dimenticare, vedere e non vedere tiene sotto controllo le aspettative di inclusione da una parte e l'intollerabilità dell'esclusione dall'altra.

Sullo sfondo i diritti umani. Più che diritti di protezione dall'ingerenza dello stato, più che diritti che si hanno per essere tutelati dal diritto, più che diritti di ciascun essere umano, compresa la maggioranza degli uomini che vive nell'esclusione, più che questo, i diritti umani sono diritti di assistenza umanitaria. Essi condensano l'angoscia, la paura e l'illusione di coloro che vivono nell'esclusione. E l'umanità? L'umanità si scopre veramente libera quando è violentata. Per il diritto essa è solo un ruolo umoristico. Come per la politica.

## THE RIGHT IN THE SOCIETY OF THE RISK

### ABSTRACT

The article establishes co-relationships among complexity, contingency and information in risk society.

### KEYWORDS

Risk society. Complexity. Contingency. Information.

## LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ DU RISQUE

### RÉSUMÉ

L'article établit les relations entre complexité, contingence et information dans la société de risque.

### MOTS-CLÉS

Société de risque. Complexité. Contingence. Information.