

COLLANA DI TESTI CRITICI
DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E MEDITERRANEI
SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI

DIRETTI DA
Annunziata Rufino e Giannaria Piccinelli

GUNTHER TEUBNER

Lectio magistralis

La giustizia autosovversiva:
trascendenza del diritto

ANNAMARIA RUFINO

Laudatio

A cura di

Annamaria Rufino e Angelo Zotti



In copertina: ?????????????

INDICE

- Traduzione di Annamaria Rufino e Maria Rosaria Celeo
- Annamaria Rufino
Laudatio
- Gunther Teubner
Lectio Magistralis.
La giustizia autosoverstiva: formula di contingenza
o di trascendenza del diritto

Copyright © 2008

EDIZIONI CITTÀ DEL SOLE

Vico Latilla, 18 – 80134 Napoli

info@lacittadelsole.net/www.lacittadelsole.net

ISBN 978-88-8292-??-?

LAUDATIO

La laurea *honoris causa* a Gunther Teubner è coerente con la vocazione internazionalistica e con la particolare sensibilità da sempre dimostrata dalla Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea "Jean Monnet" per i temi che riguardano le istituzioni e la società nella loro complessa articolazione.

Considerato uno dei massimi studiosi in ambito sociologico-giuridico, Gunther Teubner ha dato un contributo di grandissimo rilievo alla teoria del diritto e alla scienza sociologica.

Nato in Germania nel 1944, ha intrapreso gli studi giuridici e di sociologia del diritto a Göttingen, Tubingen e Berkeley.

Professore di Sociologia del diritto e di Diritto privato presso la Johann-Wolfgang-Goethe-Universität di Francoforte è, inoltre, Centennial Professor of Comparative Law and Legal Theory, presso la London School of Economics and Political Science.

È stato insignito di numerosi riconoscimenti, tra i quali, ricordiamo solo gli ultimi in ordine di tempo, il Mitglied Exzellenzcluster "Die Herausbildung normativer Ordnungen" nel 2007, il Fellow Wissenschaftskolleg, Berlino 2007/2008, e il Max Weber Lecture, presso l'Istituto Europeo di Firenze, nel 2007.

Da oltre trenta anni Gunther Teubner rappresenta un punto di riferimento imprescindibile per l'analisi delle problematiche del sistema sociale e, in parti-

colare, per il ruolo e la funzione del diritto. Lettore acuto delle trasformazioni che hanno attraversato la società sin dagli anni '70 dello scorso secolo, Teubner è stato ed è attento studioso del passaggio dalla post-modernità alla globalità. Centrali nella sua riflessione teorica e nella sua produzione scientifica i rapporti tra diritto e società e, più nello specifico, il mutamento dei rapporti intrasistemici nella loro complessità. Partendo dall'analisi della crisi del modello statale e normativo classico, Teubner pone in evidenza la validità e l'efficacia dell'approccio "riflessivo". L'analisi dei sistemi è rivisitata alla luce delle difficoltà regolamentative del diritto, della ridotta capacità del sistema giuridico di continuare ad essere l'ambito di riferimento del sistema sociale.

Dalla complessità del mondo contemporaneo nasce il concetto di *autopoiesi*, proposto da Teubner quale strumento esplicativo fondamentale per spiegare la propensione all'autonomia dei sistemi post-moderni e alla loro chiusura verso l'esterno: è in quest'ambito che si inscrivono le difficoltà di azione e di capacità di intervento del sistema giuridico. Teubner teorizza, in questo senso, l'efficacia di altre modalità di relazione che i sottosistemi sociali sarebbero in grado di instaurare, soprattutto attraverso l'osservazione e la comunicazione reciproca. La sua indagine teorica evidenzia la possibilità di una continua relazione/irritazione tra interno ed esterno dei sistemi: il re-entry, concetto cardine di tutta la teoria teubneriana, reinterpreta, in un certo senso, la relazionalità intersistemica alla luce del mutamento globale e si afferma, ora più che mai, quale dispositivo fondamentale dell'analisi sociologica del mutamento del diritto.

La policontesturalità, come innovativo metodo di approccio, e il mutamento del diritto, determinato dalla spinta fortemente innovativa della prassi sociale

e dei processi di contaminazione tra differenti mondi sociali, sono rispettivamente strumento di analisi e obiettivo tematico del pensiero teubneriano. In particolare, lo strumento contrattuale, posto in evidenza da Teubner, si presta "naturalmente" come strumento di "contaminazione" tra sottosistema economico e sottosistema giuridico. Teubner ha reso ancora una volta "giustizia" alla varietà di quelle che definisce le razionalità sociali, delle logiche, cioè, che inglobano la numerosa serie di mondi compresenti, nei quali sorgono pretese diverse e spesso tra loro contrastanti.

Reinterpretando le indicazioni teoriche dei padri fondatori della sociologia, in particolar modo di Max Weber, teorico del "politeismo dei valori", e di Luhmann, analista dei sistemi, Teubner ha tratto in chiave policontesturale le dinamiche della società complessa. La sua analisi ha sistematizzato, lasciandolo aperto al mutamento, il caos verso cui potrebbe tendenzialmente condurre il fenomeno della molteplicità delle pretese sociali, e tutto questo nel momento in cui si sente forte la difficoltà e l'inadeguatezza delle risposte istituzionali. A differenza del suo maestro Niklas Luhmann, del quale non ha mancato di sottolineare la grandezza e i limiti dell'opera, ha tentato di superare il concetto di chiusura sistemica, indicando soluzioni di tipo operativo, e ponendo, in questo modo, la sua teoria sociologica al di là della mera analisi descrittiva.

I concetti di interferenza, di ibridazione, di irritazione e, soprattutto, di policontesturalità, rappresentano i più efficaci strumenti utilizzati da Teubner. Ponendo l'accento sulla autonomia dei sottosistemi, amministrati al loro interno da logiche che ne definiscono il modo di operare attraverso specifici codici binari, Teubner ha inteso svincolare il sistema giuridico dal ricatto che si nasconde nelle pretese

assolutizzanti che pur lo caratterizzano, ribadendo l'imprescindibile abbinamento strutturale tra i sottosistemi, e, in particolare, tra il diritto e la molteplicità delle istanze sociali.

Mai come in questo momento storico il pensiero sociologico-giuridico è stato chiamato a fornire un'analisi adeguata alla complessità del rapporto tra diritto e società. E, mai come oggi, il problema della giustizia si è imposto in tutta la sua emergenza. Le distonie, le incongruenze, le inadeguatezze del formalismo giuridico si sovrappongono al pullulare dei paradossi specifici del rapporto tra prassi e norme.

Teubner, oggi più che mai impegnato nell'analisi di questo rapporto, utilizzando proprio i concetti di autopoesi e di policontestualità, dipana, ne *La giustizia autosoversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto*¹⁰, gli spazi vuoti e bui in cui si incuneano i paradossi della ragione giuridica.

Come è possibile formulare un concetto di giustizia, alla luce delle trasformazioni che connotano la società globale? È questo l'interrogativo, sorprendente e significativo, a cui dà risposta Teubner, indicando lo "spazio immaginario" reso evidente dalla segmentazione sociale e prodotto dal meccanismo di adattamento tra giustizia distributiva-commutativa e principio di uguaglianza.

Teubner individua due possibili teorie interpretative del rapporto tra diritto e società: le teorie di Rawls e Habermas che, sebbene introducano elementi innovativi, rimangono pur sempre ispirate a principi di equilibrio funzionale; e quelle di Derrida e Luhmann, che cercano negli interstizi del rapporto complesso e mutevole tra diritto e società le asimmetrie che ne costituiscono il portato di senso. Il formalismo giuridico per Habermas riesce ancora a far sue, assorbendo, le concretezze della prassi sociale. Ma Teubner

sottolinea come sia proprio dalla prassi sociale che si sviluppano pratiche corrosive e contestative della razionalità formale dei sistemi normativi e di una quanto mai ipotetica razionalità societaria, pretezosamente suffragata dall'idea di giustizia sociale. Allo stesso modo, il tentativo di Rawls di estrapolare dal mondo dei rapporti frammentati e delle realtà in collisione un'idea di giustizia circoscritta dal sistema della politica istituzionalizzata, naufraga di fronte all'impossibilità di sostenere una *social union of social unions*. La giustizia riflessiva, diremmo organica alla società, rincorre nel suo fallimento, le molteplici riflessività imposte dal mondo policontestuale.

La giustizia stessa è, in fondo, un mix di monoteorie: qui l'originalità interpretativa di Teubner. La giustizia sociale non può avere né un foro, né principi generali cui ispirarsi. I processi sociali sono la scaturigine delle irritazioni del diritto, ne modificano le norme. Così e di conseguenza, la giustizia del diritto si sostanzia di queste norme prodotte dall'esterno.

I principi morali e la legislazione politica penetrano nella giustizia del diritto e ne delegittimano le pretese. "La giustizia è la formula di contingenza del diritto", cita Teubner da Luhmann. Il diritto giusto può e deve essere diverso. Contingenza autoriproduttiva, dunque: questo il binario attraverso cui si articolerebbe, per Teubner, la giustizia del diritto, ormai strettamente dipendente dall'ambiente che la circonda. "La giustizia trascende il diritto!"

Questo il manifesto del mondo globale.

Il mondo policontestuale impone nuove pratiche di giustizia, che rompono i confini del diritto e disattivano la sua chiusura operativa, strutturalmente decaffè quale fonte di ingiustizia del diritto. La spinta destrutturata è nel senso di una richiesta di adeguamento del diritto al *suo* ambiente. La giustizia attacca

il diritto, lo insinua dall'interno, lo destabilizza, evidenzia le rigidità delle gabbie concettuali e formali.

Ancora, dunque, specularmene vero/falso, giusto/ingiusto. La sudditanza della ragione del diritto dall'universalizzazione della sua giustizia è la *summa iniuria* per la società differenziata. Ingiustizia che diventa falsità, per le risposte che il diritto non può più dare.

La fama internazionale, l'autorevolezza e il prestigio delle sue posizioni, fanno di Gunther Teubner un intellettuale di spicco nell'ambito scientifico mondiale. Il suo originale contributo si inserisce all'interno di una tradizione scientifica di grande respiro dell'analisi critica e di un dibattito sempre aperto, che ha per oggetto le complesse problematiche della globalità.

Gli studi di Teubner costituiscono un momento di confronto costruttivo per tutti quanti si interrogano, oggi, sulla problematicità della nostre esistenze individuali e dell'organizzazione della dimensione socio-istituzionale.

Annamaria Rufino

PRINCIPALI PUBBLICAZIONI

Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des Weltrechts 2006;
*La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere
 dell costituzioni civili* 2005;
Direito, Sistema, Policontextualidade 2005;
Netzwerke als Vertragsverbund 2004;
Il diritto policontesturale 1999;
Droit et réflexivité 1994;
Law as Autopoietic System 1993 (tradotto in 8 lingue);
Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung 1978;
Gegenseitige Vertragsuntreue 1975;
Public Functions of Private Associations 1974;
Standards und Direktiven in Generalklauseln 1971.

Curatore e coautore:

Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann 2008;
Contractual Networks 2008;
Paradoxes and Inconsistencies in the Law 2006;
Il diritto possibile 2005;
Transnational Governance and Constitutionalism 2004;
Die Rückgabe des zwölften Kamels 2000;
Global Law Without A State 1997;
Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe 1995;
Environmental Law and Ecological Responsibility 1994;

- State, Law, Economy as Autopoietic Systems* 1992;
Law Paradoxes of Self-Reference in the Humanities and the Social Sciences 1991;
Regulating Corporate Groups in Europe 1990;
Autopoietic Law 1988;
Juridification of Social Spheres 1987;
Dilemmas of Law in the Welfare State 1986;
Contract and Organization 1985;
Directors' Duties and Liability 1984.

GUNTHER TEUBNER

LA GIUSTIZIA AUTOSOVVERSIVA:
FORMULA DI CONTINGENZA
O DI TRASCENDENZA DEL DIRITTO?

I. Diritto e società senza giustizia

La sociologia del diritto non ha nessuna idea della giustizia. Molte ricerche empiriche si occupano della giustizia locale, di ciò che gli uomini considerano giusto e corretto nelle diverse situazioni di conflitto. Ed esistono, anche, molte teorie sociologiche sulle norme giuridiche, sulle pene, sulle professioni giuridiche e sui tribunali. Ma non c'è una teoria sociologico-giuridica della giustizia¹. Gli studi di critica giuridica e culturale si occupano delle ingiustizie del diritto in tema di rapporti di genere, di razza, di povertà, di condizioni civili di vita, ma si rifiutano, di regola, di associare un'idea di giustizia positiva al diritto stesso. La normatività della giustizia si presenta, principalmente, come progetto politico e non come progetto del diritto. È la stessa giustizia – aspettativa fondamentale degli uomini nei confronti del diritto – il nodo oscuro.

È necessario, innanzitutto, che osservatori esterni come Jacques Derrida e Niklas Luhmann facciano luce su questo nodo oscuro. E mettano in evidenza

¹ Roger Cotterell (2006) *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon, 2, 60, che, occupandosi del tema della teoria sociale del diritto, afferma con cautela che "La teoria sociale non è collegata direttamente alla promozione della giustizia".

la questione: la teoria sociale del diritto è, oggi, capace di dare uno specifico contributo a un concetto di giustizia nei confronti della filosofia morale, politica e del diritto? Autopoesi e decostruzione – secondo il mio punto di vista, le teorie critiche del binomio “diritto e società” più provocatorie nel campo del diritto e della società degli ultimi decenni – in effetti, hanno dato un contributo determinante in due diverse direzioni: la ricostruzione di una genealogia della giustizia e l’osservazione dei paradossi decisionali del diritto moderno². Luhmann si occupa di entrambi gli approcci utilizzati da Derrida. “Uno appare, all’inizio, motivatamente non storico: i paradossi esposti sono presentati nella loro logica formale. L’altro, storico e anamnestico, sembra essere la raccolta di un testo, una dettagliata interpretazione e una ricostruzione genealogica”³.

Nei procedimenti genealogici, la giustizia non appare più, prioritariamente, come costruzione del discorso filosofico, ma è ricostruita a partire dalla prassi sociale e dalla mutevole e continua autocostruzione del diritto. Qui, si aprono prospettive per analisi storico-sociali dettagliate, con l’obiettivo di porre in evidenza le variazioni della giustizia e le relative affinità con il mutamento delle principali distinzioni

² Jacques Derrida (1985) “Préjugés devant la loi”, in: Jacques Derrida (a cura di) *La Faculté de juger*, Paris: Minuit, Jacques Derrida (1990) “Force de loi: Le ‘fondement mystique de l’autorité’”, in: *Cardozo Law Review*, 919-1047; Jacques Derrida (1993) *Spectres de Marx: l’état de la dette, le travail du deuil et la nouvelle internationale*, Paris: Galilée; Niklas Luhmann (1974) *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer; idem (1981) “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft”, in: idem, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt: Suhrkamp, 374-418; idem (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 214 e succ.

³ Derrida (1990) (nota 2).

nelle strutture sociali⁴. Una tale storizzazione della giustizia abbandona pretese filosofico-giuridiche di una giustizia universalmente valida nel tempo e nello spazio ma, allo stesso tempo “non si riduce a un relativismo ‘che porta alla *“anything goes”*”. Piuttosto, essa cerca di scoprire i collegamenti nascosti tra semantica del diritto e struttura sociale. È la particolare forza della sociologia giuridica, attraverso le ricerche empiriche realizzate al fine di porre in evidenza l’analisi delle co-variazioni della giustizia con le strutture sociali; ciò, in definitiva, può sfociare nel tentativo di riformulare un possibile concetto di giustizia nelle condizioni attuali. Se da una prospettiva teorico-sociale si potesse dimostrare che le strutture sociali delle società segmentate e stratificate sono collegate alla semantica della giustizia distributiva e commutativa, che hanno adattato quest’ultima al principio di uguaglianza e di ordine di classe nella gerarchia sociale, allora come potrebbe essere stabilito, nelle condizioni attuali, il rapporto tra le attuali strutture sociali e la semantica della giustizia?⁵ Da ciò emergono non solo indicazioni per la ricerca teorica ed empirica ma anche un impulso normativo per la comprensione di una giustizia mutevole, nel diritto attuale. La “re-entry” di una tale analisi sociologica del diritto aprirebbe, per la normatività della giustizia, uno “spazio immagi-

⁴ Per le diverse sfumature del concetto di diritto “più adeguato al tempo”, Reinhart Kosellek (2006), “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung” in: Reinhart Kosellek? *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt: Suhrkamp 365-401, 365 e succ; Derrida (1990) (nota 2); Niklas Luhmann (1981) “Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft” in: idem, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. 2, Frankfurt: Suhrkamp, 45-104, 48 e succ.

⁵ In questo senso Luhmann (1993) (nota 2), 224, 226 e succ; 233 e succ.

nario" al di là del diritto naturale e del positivismo⁶. Qui emerge il più problematico hiatus tra norme e decisioni, che porta i paradossi del diritto a una comprensione profonda della giustizia – nel senso di una pratica sovversiva dell'autotrascendenza del diritto – che trova poca considerazione nella teoria dominante del diritto e nella dogmatica⁷.

II. *Invece della reciprocità: l'asimmetria della giustizia giuridica*

Attualmente, la teoria sociale del diritto critica le più importanti teorie filosofiche della giustizia come non sufficientemente storiche e sociologiche. Anche se John Rawls e Jürgen Habermas sollevano la questione della riformulazione del concetto kantiano di giustizia, – alla luce delle nuovi condizioni – Rawls integra con elementi di teoria economica, Habermas lascia spazio all'intersoggettività e all'evoluzione delle strutture normative – le loro idee riflettono aspetti fondamentali della giustizia, però sempre ancora nell'ottica tradizionale europea della relazione semantico-strutturale: reciprocità, consenso, razionalità⁸. Ma

⁶ Sul nesso tra "re-entry" e "spazio immaginario" George Spencer Brown (1972) *Laws of Form*, New York: Julian Press.

⁷ Per una dettagliata discussione dei paradossi del diritto Gunther Teubner (2003) "Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter", in: Christian Joerges und Gunther Teubner (a cura di) *Rechtsverfassungsrecht: Recht- Fertigkeiten zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik*, Baden Baden: Nomos, 249-272.

⁸ John Rawls (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press; Jürgen Habermas (1992) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp. Per un'analisi dei loro concetti di giustizia, Rainer Forst (1999) "Die Rechtfertigung der Gerechtigkeit: Rawls' Politischer Liberalismus und Habermas'

ognuno di questi aspetti della giustizia deve essere alla lettera, secondo Derrida e Luhmann, sostituito, da nuovi concetti: asimmetria, orientamento ecologico del diritto e il lato non-razionale della giustizia.

Rawls e Habermas lavorano tenendo conto del principio morale della reciprocità tra attori individuali e la sua universalizzazione in norme generali e astratte, che devono costituire i fondamenti per una società giusta. Il velo dell'ignoranza astrae le proiezioni normative degli attori razionali individuali dalle circostanze concrete dei nessi originari e le accorda a corrette istituzioni politiche. Nell'ideale discorso di Habermas, si suppone che, le procedure formali garantiscano l'espressione autentica degli interessi individuali e la loro universalizzazione discorsiva in norme moralmente giuste. Dunque, la policontestualità, una delle esperienze più ingarbugliate del nostro tempo, lascia un dubbio fondamentale sull'attualità di queste varianti del concetto kantiano di giustizia⁹. Tenendo conto, dunque, della policontestualità, dell'emergenza della elevata frammentazione delle strutture sociali intermedie e della separazione dei sistemi interazionali, delle organizzazioni formali e del sistema sociale, la società non può essere pensata come risultato delle interazioni. E la giustizia non può basarsi sull'universalizzazione del principio della reciprocità tra attori individuali¹⁰.

Diskurstheorie in der Diskussion", in: Hauke Brunkhorst e Peter Niesen (a cura di) *Das Recht der Republik: Festschrift für Ingeborg Maus*, Frankfurt: Suhrkamp, 105-168.

⁹ L'astratta formulazione della policontestualità la troviamo presso Gotthard Günther, *Beiträge zur Grundlegung einer operativ-ontologischen Dialektik I* Hamburg: Meiner, 249-306.

¹⁰ Per la critica all'elevata reciprocità interazionale della società Niklas Luhmann (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 823 e succ. Una neoformulazione della

Numerose teorie sociali hanno analizzato il problematico rapporto della policontestualità e della giustizia da diverse prospettive. L'analisi della frammentazione sociale non si inserisce soltanto nell'attuale dibattito teorico della pluralità dei discorsi, ma risale al principio della solidarietà organica di Emile Durkheim, al nuovo politeismo della razionalità formale di Max Weber, alla pluralità dei giochi del linguaggio di Wittgenstein e alla critica sociologica della morale kantiana di Theodor Adorno¹¹.

Soprattutto, Max Weber ha analizzato la modernità come razionalità propria delle differenti sfere di valori e di organizzazione di vita, che hanno scatenato conflitti insolubili tra poteri ideologici depersonalizzati. In una siffatta situazione, la giustizia non può più essere fondata sul principio della ragione, della reciprocità e dell'universalizzazione. Nella pluralità dei giochi di linguaggio di Wittgenstein, le strutture idiosincratiche delle regole di ciascuno dei giochi del linguaggio non si lasciano ricondurre né al principio della ragione né ai valori astratti del diritto, ma uni-

reciprocità giuridica a partire dall'effetto della policontestualità in Rudolf Wietölter (1994) "Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?" in: Gunther Teubner (a cura di) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden: Nomos, 89-120, 119.

¹¹ Emile Durkheim (1930) *De la division du travail social*, Paris: Presses Universitaires de France; Max Weber (1968) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr & Siebeck, 603 e succ.; Ludwig Wittgenstein (1989) "Philosophische Untersuchungen", in: Werkausgabe Vol. 1, Frankfurt: Suhrkamp, 234-580, 225 e succ., 572; Theodor Adorno (1973) *Negative Dialektik*, Frankfurt: Suhrkamp, 294; idem (1996) *Nachgelassene Schriften 10: Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt: Suhrkamp, 147, 175. Sulla critica della giustizia di Adorno, Christoph Menke (2004) *Spiegelungen der Gleichheit*, Frankfurt: Suhrkamp, 155 e succ.

camente e soprattutto all'esperienza della forma reale di vita. Secondo Adorno, tra la giustizia universale in senso kantiano e la società moderna c'è una contraddizione strutturale; la sua incommensurabilità, con la differenziazione sociale verticale e orizzontale, trasforma gli impulsi morali della giustizia nel suo contrario.

Oggi ci confrontiamo con la distinzione *litige/différend* di François Lyotard dei discorsi ermeneutici chiusi, con la frattura tra epistemi incompatibili di Michel Foucault, con la pluralità dei sistemi chiusi autoreferenziali di Niklas Luhmann¹². Altre teorie vi girano intorno: le sfere della giustizia di Michael Walzer o i modi di creazione dei mondi di Nelson Goodman¹³. In particolare, le teorie pluralistiche del diritto e le versioni pluralistiche delle teorie neo-materialistiche rinviano al rapporto tra la frammentazione sociale e l'insormontabile differenza dei diversi ordinamenti giuridici, nei confronti dei principi di giustizia¹⁴. La loro incompatibilità risulta

¹² Jean-François Lyotard (1983) *Le différend*, Paris: Les Editions de Minuit; Michel Foucault (1966) *Les mots et les choses*, Paris: Gallimard; per le discipline scientifiche: Michel Foucault (1975) *Surveiller et punir: La naissance de la prison*, Paris: Gallimard; per il diritto; Luhmann (nota 10), 595 e succ.

¹³ Michael Walzer (1984) *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books; Nelson Goodman (1978) *Ways of Worldmaking*, Indianapolis: Hackett.

¹⁴ Per esempio, Karl Heinz Ladeur (1992) *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin: Duncker & Humblot; Hanne Petersen e Henrik Zahle (1995) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth; Gunther Teubner (1996) "Altera pars audiatur. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", 65 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Supplemento*, 199-220. Un approccio della teoria neomaterialistica: Sonja Buckel *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrück.

dalla collisione delle pratiche sociali reali, ognuna delle quali sviluppa una specifica razionalità, una specifica normatività, disponendo di un enorme e reciproco potenziale nocivo. A una più elevata astrazione, Gotthard Günther radicalizza la policentricità, nella forma di una minacciosa policontestualità, cioè in una pluralità di prospettive reciprocamente escludentesi, che sono costituite da differenze binarie. Queste non sono compatibili reciprocamente – e possono essere superate soltanto attraverso “rejection values”, che non conducono a nulla all’infuori di nuove distinzioni binarie¹⁵. I collegamenti descritti (malgrado le considerevoli differenze sotto altri aspetti) concordano in un punto: la collisione, nell’attuale significato idiosincratico, esclude la riconciliazione con la razionalità societaria e, ancor meno, con lo sviluppo della giustizia sociale.

Le conseguenze per un concetto adeguato di giustizia sociale sono drastiche. Sebbene, oggi, i concetti aristotelici e kantiani di società giusta non siano più accettabili, si possono ancora recuperare gli altri attributi giuridici dei frammenti della giustizia. Ma, anche se ci si volesse riferire alle strutture sociali di Rawls o Habermas e alla reciprocità tra attori universali, si dovrebbe cominciare con i rapporti reciproci frammentati per approdare, infine, a giustizie frammentarie e non a una giustizia comprensiva. Se si applicasse il velo dell’ignoranza o le condizioni del discorso ideale a uno scambio economico tra due attori razionali, all’interno di un mercato ideale governato dal principio di efficienza, si giungerebbe a una giustizia universale, ma di natura economica e, perciò, gli aspetti morali, giuridici o politici della

¹⁵ Günther (nota 9).

nostra convivenza non sarebbero adeguati a rispondere alla domanda ecologica. Non è un caso che Rawls limiti il concetto di giustizia all’ambito politico. Egli sviluppa un modello del processo di distribuzione, con uno sguardo alla politica istituzionalizzata, ma non alla struttura sociale nella sua interezza. E non appena tenta di andare al di là delle istituzioni politiche che mostra anche un ulteriore aspetto della struttura sociale e, cioè, che un modello sociale di “social union of social unions” è sociologicamente insostenibile¹⁶.

Anche se si volesse limitare la giustizia ai frammenti sociali, nei termini della policontestualità, si dovrebbe abbandonare il rapporto di reciprocità tra attori individuali come punto di partenza per la giustizia. Le ingiustizie commesse dalle istituzioni frammentate non si realizzano, semplicemente, in relazione ai loro membri, lì dove sarebbe possibile una correzione delle aspettative reciproche generali attraverso il principio di simmetria. Il rapporto giustizia/ingiustizia in una istituzione frammentata è, piuttosto, una relazione asimmetrica in rapporto ad una concatenazione di operazioni storicamente ricorsive, sviluppatesi secondo razionalità parziali istituzionalizzate per un’ampia diffusione sociale. La giustizia dovrebbe, dunque, creare una super norma per uno sviluppo parziale maggiore della razionalità, nell’ambito del suo asimmetrico rapporto con questo pubblico, ma non come rapporto simmetrico di reciprocità dell’interazione tra i suoi membri e l’istituzione o tra pubblico e istituzioni. Nel linguaggio della teoria dei sistemi si dice che: se la giustizia si fonda sulla riflessività di un sistema sociale, allora la riflessività delle interazioni con la reciprocità centrale non è idonea

¹⁶ Il concetto pre-sociologico di Rawls è particolarmente chiaro in John Rawls (nota 8), 570 e succ.

né come modello per le organizzazioni formali né per i grandi sistemi funzionali. Questi hanno bisogno di altre forme di riflessività, che si basano sulle loro logiche interne, ma che le spingono, nel contempo, ad andare oltre la loro logica interna. Una riflessività che miri alla giustizia non dipende dalla reciprocità, ma dalla capacità dell'organizzazione e del sottosistema di analizzare la limitatezza della propria prospettiva razionale specializzata e di trarre da ciò autolimitazioni per il suo modo espansionistico di agire¹⁷.

Da un punto di vista sociologico, si registra, anche per la modernità, un *Paradigm lost*: la giustizia come ideale di una buona società. Ciò non significa che il diritto, come suggerito da Hans Kelsen, deve abbandonare completamente l'idea di giustizia¹⁸. Piuttosto, si devono riformulare le vecchie idee secondo le nuove condizioni e differenziare le monocontestature distinte della giustizia; giustizia morale, politica, economica – e, soprattutto, giustizia del diritto. La ricerca per i principi di una società giusta è, oggi, molto importante, ma la società moderna non sostiene la "causa" della giustizia societaria, né dibattiti, né procedure. La ricerca dei principi di una società giusta è, oggi, importante come da sempre, ma a *causa* della giustizia sociale è arrivata a non avere un Foro, delle procedure, dei criteri. La ricerca di una società giusta non può seguire la strada maestra, essa si dirama, fin dall'inizio, verso un sentiero differenziato. Ognuno dei diversi concetti di giustizia si sviluppa in rela-

zione a specifiche pratiche sociali e si accorda, volta per volta, alla loro specifica razionalità e normatività. Michael Walzer ha mostrato, nel suo saggio *Le sfere della giustizia*, riguardo al diritto di proprietà, come i differenti contesti sociali producano necessariamente differenti principi di giustizia¹⁹. La giustizia politica tratta dell'accumulazione del potere e del consenso per le decisioni collettive e progetta l'istituzione fondamentale della costituzione politica come un precario rapporto tra compromessi di forza, aggregazioni di interessi, riflessioni politiche, da un lato, e come esigenze esterne della società, dall'altro, Rawls e Habermas offrono un significativo contributo a tale giustizia politica. Ma essi hanno poco da dire su una giustizia di diritto che si confronta con la soluzione specifica dei conflitti individuali attraverso una terza istanza neutrale, normovincolata all'organizzazione del procedimento legale, alla corretta applicazione delle regole generali, riguardo ai casi concreti e alla considerazione della specificità dei casi e delle persone. Non meraviglia che *Justice as Fairness* di Rawls avesse molta influenza sul contesto politico, ma che abbia trovato, nell'ambito dell'applicazione del diritto, solo uno scarso consenso. Se la giustizia giudiziale pretesa dal giudice prendesse in considerazione l'applicazione delle norme generali e allo stesso tempo cautamente la singolarità dei casi, le richieste delle parti, le caratteristiche fondamentali del conflitto so-

¹⁹ Walzer (nota 13). Una simile contestualizzazione riguardo all'uguaglianza è seguita da Herlinde Pauerstuder (2000) *Autonom Leben: Reflexionen über Gleichheit und Freiheit*, Frankfurt: Suhrkamp, 25. Forst distingue quattro "contesti" della giustizia (etica, diritto, democrazia e morale), ma ritiene possibile la loro integrazione attraverso i "principi" della giustizia, Rainer Forst (1994) *Kontexte der Gerechtigkeit: Politik jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt: Suhrkamp, 388 e succ., 412.

¹⁷ Gunther Teubner (2006) "La matrice anonima: Quando 'privati' attori transnazionali volano i diritti dell'uomo. In: *Rivista critica del diritto privato* 24, 2006, 9-37.

¹⁸ Hans Kelsen (1960) "Das Problem der Gerechtigkeit" in: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^a Edizione Wien: Denticke, 335-444.

ziale e le persone coinvolte nella loro concreta infinita, allora il velo dell'ignoranza di Rawls sarebbe, in definitiva, controproducente²⁰. La sociologia del diritto deve sviluppare anche un concetto di giustizia che tenga conto della propria razionalità e della propria normatività – la giustizia del diritto. Ciò non significa, certamente, che il diritto ha il monopolio sulla giustizia. Piuttosto, coesistono in differenti contesti sociali differenti concetti di giustizia, che non si adattano a un principio unitario.

Come Habermas e Rawls trasformano le basi concettuali della giustizia in pretese, in senso reciproco, allo stesso modo il concetto di uguaglianza assume per il diritto e la politica significati fondamentali diversi.

L'uguaglianza politica risulta da una generalizzazione, che richiede un trattamento unitario e uguagliario del cittadino; l'uguaglianza del diritto deriva, invece, da un processo individualizzante che chiede un trattamento di parità/disparità di nuovi fatti con i vecchi casi. In che cosa si differenzia il modello dell'ordinamento decentrato, prodotto dall'uguaglianza giuridica rispetto alla generalizzazione etica e all'aggregazione politica?

Da una prima analisi, è la ripetuta applicazione dell'operazione giuridica ai risultati dell'operazione giuridica nei numerosi processi dei tribunali che crea, come ogni processo che si sviluppa in modo decentrato, una rete artificiale di norme, concetti e principi dogmatici – e da questo significato locale ri-modula i concetti della giustizia. Le pratiche di differenziazione permanente della parità o disparità di trattamento dei singoli casi sono un meccanismo che differenzia,

²⁰ Una acuta analisi del conflitto tra uguaglianza politica e giustizia individuale in Menke (nota 11) specialmente 230 e succ.

chiaramente, l'uguaglianza del diritto dalle vincolanti decisioni collettive, che mirano all'uguaglianza politica. Trattare, cioè, ciò che è uguale come uguale e ciò che è disuguale come disuguale, è il dispositivo della replicante progressione delle differenze. Questo meccanismo generativo, o come Forster lo avrebbe definito, questa "macchina storica", aumenta continuamente la complessità del costruito giuridico²¹. Meno interessanti sono il collegamento col pregiudizio, lo "stare decisis" e il trattamento paritario di casi uguali. Più interessanti sono, piuttosto, la deroga al precedente, il "distinguishing" e "l'overruling" come anche la disparità di trattamento di casi disuguali, che obbliga la ricerca a nuove costruzioni giuridiche e verso una giustizia specificamente giuridica.

Se la giustizia è messa in relazione solamente con i procedimenti giudiziari, chiaramente, anche il problema dell'applicazione autoreferenziale delle decisioni precedenti e delle regole sulle nuove situazioni di fatto può essere compreso solo a metà. L'altra metà concerne le resistenti irritazioni del diritto, che originano dai processi sociali esterni e che indirizzano la semantica giuridica della giustizia verso altre strade. A questo punto, emerge la tipica incongruenza delle norme giuridiche e della dogmatica con il particolare conflitto sul caso specifico, che è dovuto alle loro co-variazioni con il mutamento delle precedenti strutture sociali²². La rete dell'operazione giuridica, che reagisce alle irritazioni esterne, si sviluppa in altri contesti come irritazione di conflitti specifici,

²¹ Heinz von Foerster (1993) *Wissen und Gewissen*, Frankfurt: Suhrkamp, 350 e succ., 356 e succ.

²² Sulle irritazioni esterne del diritto, Gunther Teubner (1989) *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt: Suhrkamp, 61 e succ., 81 e succ., Luhmann (1993) (nota 2) 550 e succ.

che giungono davanti ai tribunali. Queste irritazioni esterne provocano una dinamica indipendente che “incunea” il diritto in una inevitabile incongruenza di conflitti individuali, nel senso di una ridondanza giuridica rispetto alla loro separazione o dissoluzione e ai loro principi. La macchina di produzione delle norme sociali penetra dalla periferia al centro del diritto, trasformando le norme sociali in norme giuridiche. I più efficaci meccanismi di produzione extra-giuridica di norme sono istituzionalizzati nelle organizzazioni formali, nella rete informale e nei processi di standardizzazione e normalizzazione, che oggi concorrono con il meccanismo legislativo e con il meccanismo contrattuale dello scambio²³. La ricerca di una giustizia del diritto non può rifiutare, certamente, queste norme prodotte all'esterno, poiché esse sarebbero inadeguate alle caratteristiche dei conflitti individuali. Al contrario, essa ricava dalla loro ricostruzione giuridica il criterio da cui ci si può attendere la soluzione del singolo conflitto e, nel tempo, le controlla alla luce dell'*ordre public*. Da ciò, si sviluppano, passo dopo passo, nuovi sostanziali aspetti della giustizia.

In questo modo, i principi della giustizia del diritto si trasformano, in modo permanente, sul piano del ripetuto confronto con entrambe le dinamiche citate della decisione del conflitto individuale e della produzione della norma sociale. Ciò pone la semantica della giustizia giuridica su un altro binario, come la giustizia politica, morale o economica, che seguono, di volta in volta, le loro universalizzazioni idiosincratice. Non solo questa differenza, ma anche questo conflitto fa parte dell'esperienza moderna. La legislazione, che è dominata dalle riflessioni della giustizia politica,

²³ Teubner (nota 14), 200 e succ.

minaccia la giustizia giuridica del procedimento giudiziario. E viceversa. Allo stesso modo, i principi della giustizia morale, che si sviluppano sulla base del rispetto reciproco e sono sistematizzati dall'etica filosofica, si muovono in una relazione paragonabile alla contraddizione e alla critica nei confronti delle pretese della giustizia giuridica.

III. Al posto della teoria del consenso: una giustizia ecologica

Niklas Luhmann presenta, in questo contesto, un concetto sociologico: la giustizia è la formula di contingenza del diritto²⁴. Il concetto è difficile e, facilmente, equivocabile. Si ritiene che la questione della giustizia ponga in atto, soprattutto nel sistema del diritto, un'irritante dinamica sociale, che mostra tutte le drasticità della contingenza del diritto: il diritto giusto potrebbe/dovrebbe essere diverso! L'irritazione della giustizia comincia, già, con l'emergere del conflitto sociale, prosegue con l'interpretazione del linguaggio artificiale del diritto, della pratica applicativa del diritto, della pratica forense, dei contrasti interpretativi, delle decisioni giuridiche, degli atti normativi, dell'osservanza delle norme e finisce con l'inosservanza delle norme giuridiche e delle decisioni, con la protesta degli individui e le rivolte contro le ingiustizie del diritto. Come agisce la giustizia in queste pratiche? Non come regola, né principio o valore, né come criterio delle decisioni del diritto. Ma essa non agisce neppure come criterio esterno al diritto, in base al quale si potrebbero

²⁴ Luhmann (1993) (nota 2), 218 e succ.; Ralf Dreier (2002) “Niklas Luhmanns Rechtsbegriff”, 88 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 305-322, 351 e succ.

misurare le decisioni giuridiche, né come virtù morale o scopo politico, né come idea regolativa, che potrebbe opporsi al diritto positivo. Tutti questi o anche solo alcuni di essi potrebbero avere un peso rilevante rispetto ad altre regole interne, principi, valori, criteri o altre virtù esterne, scopi e idee. Ma nel diritto, la giustizia non si può ponderare contro altri valori. La giustizia giuridica ricorre alla pretesa come indiscutibile formula di orientamento e non può fornire principi giuridici interni ed esterni in concorrenza. Come formula di contingenza del diritto, la giustizia ha nel diritto uno status analogo a quello che le altre formule di contingenza hanno in altri ambiti: legittimità nella politica, Dio nella religione, scarsità in economia, formazione nella pedagogia, "limitazionalità" nella scienza²⁵. Formula di contingenza vale a dire: divieto di negazione, canonizzazione, incontestabilità. E la sua dinamica rivela un paradosso. La necessaria ricerca, senza dubbio, sebbene possa essere osservata come ricerca, sviluppa sempre nuove contingenze. Contingenza necessaria – necessità contingente.

La formula di contingenza del diritto – giustizia – appare come un necessario "schema della ricerca secondo fondamenti o valori che possono ottenere validità giuridica, soltanto nella forma di programmi" giuridici²⁶. Non si tratta di un principio interno o esterno del diritto, bensì dell'auto-osservazione dell'unità del diritto, sulla base del suo programma e dell'autocontrollo giuridico, che mediante la sovrapposizione "macchina storica" del diritto, trova posto nelle infinite pratiche dei trattamenti uguali/disuguali. Ciò conduce Luhmann alla definizione

²⁵ Luhmann (nota 10) 469.

²⁶ Luhmann (1993) (nota 2) 223.

di giustizia: "adeguata complessità delle decisioni consistenti"²⁷.

Nella successiva discussione socio-giuridica, si affrontava questa definizione con estremo scetticismo²⁸. Se la giustizia non è in grado di porre sostanziali criteri per le decisioni individuali, se non è pronta a identificarsi con il valore o il principio giuridico e se non è capace di indicare massime etiche o politiche, allora essa è una giustizia puramente formale che conduce a una semplice richiesta di consistenza concettuale. Inoltre, essa non si differenzia dalla consistenza della decisione, che si riferisce alla logica del vincolo del pregiudizio e della sistematicità della dogmatica giuridica. La critica taglia corto: la formula di contingenza implica molto più della consistenza interna della decisione: contingenza richiama altre possibili esistenze e, contemporaneamente, l'esistenza di altri possibili dipendenze. La formula di contingenza opera ai confini fra il diritto ed il suo ambiente esterno e attiene alla variabilità storica della giustizia e, contemporaneamente, alla dipendenza dal suo ambiente. Il richiamo alla giustizia – è questo il nocciolo della formula di contingenza – accelera il meccanismo di dipendenza del diritto dall'ecologia, dall'ambiente sociale, umano e naturale. Con ciò entrano in gioco aspetti materiali al di là della consistenza formale.

²⁷ Niklas Luhmann (1981) "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft" in: idem, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt Suhrkamp, 374-418, 388 e succ.; idem (1993) (nota 2) 225.

²⁸ Per esempio, Josef Esser (1970) *Vorverständnis und Methodewahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2^a Edizione 1972. Frankfurt Athenäum, 201 e succ.; Thomas Raiser (2007) *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 139 e succ.; Klaus F. Röhl (2001) *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln: Heymanns, § 53.

Nella definizione “adeguata complessità delle decisioni consistenti”, l’adeguamento sociale è l’aspetto determinante in relazione alla consistenza interna. Lo scopo della giustizia non è quello di perseguire la massimizzazione della consistenza dogmatica, ma di rispondere a pretese esterne, estremamente divergenti e, contemporaneamente, di tendere a una consistenza più elevata possibile. La giustizia come formula di contingenza non è immanente al diritto, bensì trascende il diritto! Consistenza interna più capacità di rispondere alle richieste ecologiche – questa è la duplice formula della giustizia giuridica²⁹.

Al contrario delle teorie neokantiane della giustizia, che tendono a rendere sempre più raffinate le richieste formali e procedurali del consenso e dell’universalizzazione, un tale concetto sociologico si concentra sugli aspetti materiali del rapporto del diritto con il suo ambiente ecologico: il diritto con le sue verifiche del rapporto uguaglianza/disuguaglianza è all’altezza dell’attuale società policontesturale? È all’altezza del suo ambiente naturale? È all’altezza degli individui? In un accezione più ampia, l’orientamento ecologico del diritto potrebbe rappresentare il più importante contributo che la teoria dei sistemi, con il suo accento sulla differenza sistema/ambiente, porta al dibattito sulla giustizia. La giustizia indirizza

²⁹ Nello specifico, riferito a un concetto più ampio di giustizia orientata al suo ambiente: Teubner (nota 22), 123 e succ., 147; idem (nota 14), 218; Gunther Teubner e Peer Zumbansen (2000) “Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels”, in: Gunther Teubner (a cura di) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 189-215; idem (2005) “Dreierteilung” in: Robert Alexy (a cura di) *Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen: Mohr & Siebeck, 199-211, 201 e succ; idem (nota 17), 185 e succ.

il diritto positivo a domandarsi problematicamente del suo adeguamento all’ambiente esterno.

Nel contempo, la teoria dei sistemi porta a una importante contraddizione dell’orientamento ecologico della giustizia, che insiste sulla chiusura autoreferenziale del diritto. L’empatica etero-referenzialità del diritto, come sarebbe pretesa dalla giustizia, nel senso di un adeguamento del diritto alla società, agli individui e alla natura, non può essere raggiunta attraverso il ricorso del diritto all’ambiente esterno, ma soltanto, all’interno del diritto. Esso è imprigionato dalle sue operazioni autoreferenziali, che decidono sull’uguaglianza/disuguaglianza dei casi specifici. In questa contraddizione si trova il nucleo dell’efficacia della giustizia del nostro tempo: come è possibile una giustizia che autotrascende gli stessi confini del diritto, se essa è legata inevitabilmente alla chiusura autoreferenziale del sistema del diritto? Giustizia necessaria, ma impossibile autotrascendenza della chiusura del diritto – questo appare pensabile, soltanto come *coincidentia oppositorum* del diritto.

Come può la giustizia trascendere la chiusura del diritto se il trasferimento di validità, vincolato alla serie ricorsiva delle decisioni dei tribunali, degli atti legislativi e dei contratti, scorre esclusivamente sulla base del codice binario giusto/ingiusto? La giustizia si vede confrontata, qui, con la primaria chiusura del diritto: la chiusura operativa della catena atti giuridici-strutture giuridiche-atti giuridici. Per la scarsa rilevanza e per il radicale isolamento del diritto dal suo ambiente sociale³⁰, la chiusura operativa stessa, come

³⁰ Teubner (nota 22), 21 e succ; Niklas Luhmann (1988) “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, in: Gunther Teubner (a cura di) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin: de Gruyter, 335-348, idem (1993) (nota 2) 38 e succ.

è noto, è diventata un'importante fonte di ingiustizia nel diritto. A buon ragione, i critici comunitari del diritto moderno richiedono trasformazioni radicali per rompere i confini del diritto, per reintegrare il diritto formale nella società e per stabilire forti alternativi, procedure e criteri di una "giustizia comune"³¹. Dunque, si deve ammettere che, nel diritto moderno, le pratiche della giustizia hanno imboccato un'altra direzione. La giustizia giuridica non viola la chiusura operativa ritornando alla vincolatività sociale della primaria operazione del diritto. Piuttosto, essa "trascede" il diritto a livello della sua seconda chiusura sul piano dell'auto-osservazione del diritto³². Da quando nel dibattito giuridico, nei processi, nella legislazione e nella conclusione dei contratti, è cominciata la trasformazione del diritto, escludendo argomenti *ad hoc* e *ad hominem*, e su questo si è insistito, e facendo riferimento soltanto a materiale giuridico specialistico (pregiudizi, regole, principi), il discorso della giustizia è diventato parte dell'auto-osservazione giuridica, che volge lo sguardo ai confini del diritto e cerca di superarli attraverso l'osservazione. Ogni volta che la chiusura dell'operazione giuridica viene completata dalla chiusura dell'auto-osservazione del diritto, le pratiche della giustizia si concentrano sempre sull'adeguamento del diritto al suo ambiente.

³¹ Per esempio Cotterell (nota 1), 65 e succ., 91 e succ., 315 e succ.; criticano la chiusura operativa del diritto anche Michel van de Kerchove e Francois Ost (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris: Presses Universitaires de France.

³² Sulla duplice chiusura, come necessaria condizione dell'autorganizzazione, in generale Heinz von Foerster (nota 21) 25 e succ., 46 e succ.; nelle organizzazioni formali, Niklas Luhmann (2000) *Organisation und Entscheidung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, cap.7.

Ma in che modo la giustizia, come prassi auto-osservativa all'interno del diritto, deve superare la chiusura primaria del diritto? La spiegazione è la "re-entry" dell'extra-legale nel diritto. Mentre l'operazione giuridica innalza, con l'aiuto della sequenza, un confine tra diritto e non-diritto, tra comunicazione giuridica e altre forme della comunicazione sociale, le auto-osservazioni giuridiche si servono della distinzione diritto/non diritto all'interno del mondo simbolico del diritto³³. Ogni volta che la differenza diritto-non diritto (non-diritto nel senso di "extra-legale" e non "illegale"!) si verifica nuovamente, nella sequenza dell'operazione giuridica, e ogni volta che l'argomento giuridico guadagna la capacità di distinguere tra norme e fatti, ed è possibile differenziare tra atti giuridici interni e atti sociali esterni, tra principi giuridici e interessi sociali, così come tra costruzioni interne della realtà giuridica e processi sociali, allora è arrivato il momento in cui il discorso della giustizia decide di ricostruire queste differenze internamente, sollevando la questione se le decisioni giuridiche stiano facendo giustizia a quegli aspetti del mondo esterno che sono stati ricostruiti internamente.

Questo è il contributo del paradosso della doppia chiusura – le operazioni e le osservazioni. Mentre gli atti giuridici normoproduttivi e gli argomenti collegati restano imprigionati all'interno del loro ambiente, la giustizia come auto-osservazione giuridica di diritto/non diritto pone il diritto, con l'aiuto della differenza interna dell'autoreferenza e dell'eteroreferenza, in relazione al suo ambiente sociale (nota bene: "ambiente finto non ambiente reale") e chiede l'adeguamento ecologico.

³³ Luhmann (1993) (nota.2) 66 succ., 338 succ.

La giustizia come prassi discorsiva lavora sulle conseguenze che la re-entry ha creato ³⁴. Essa utilizza la confusione epistemica (alla Magritte “questa non è una pipa”) sullo stato della realtà delle osservazioni eteroreferenziali del diritto. Il risultato della re-entry è “lo spazio immaginario” già accennato, all’interno del diritto, ma che comprende se stesso come realtà. Nel giudizio sull’adeguamento ecologico del diritto, la giustizia non può, d’altra parte, lavorare solo con la finzione dell’inclusione dell’ambiente esterno, essa deve trattarlo come realtà. Perciò, la giustizia può solo operare all’interno di questo spazio immaginario del diritto che, attraverso la re-entry dell’ecologia nel diritto e la ricostruzione interna del diritto, provoca le richieste esterne della società, degli individui, della natura.

La dipendenza sociale della formula di congingenza “giustizia” si rivela, in particolare, nelle affinità con i più importanti principi storici della differenziazione sociale³⁵. In questo senso, oggi, la teoria della giustizia dipende dalle “sovvenzioni delle teorie sociali”. Come già accennato, all’inizio, i criteri della giustizia non sono assoggettati certamente al mutamento storico, ma variano con i principi della differenziazione sociale. In una società stratificata, è condizione naturale e necessaria della giustizia, in tutta la sua dimensione, considerare la posizione delle parti processuali in conflitto. La giustizia non è cieca! La celebre formula del *suum cuique* – (dall’attuale punto di vista piuttosto che come formula vuota) – ha

³⁴ Karl E. Weick (1979) *The Social Psychology of Organizing*, Reading: Addison-Wesley; Francisco Varela (1992) “Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas” in: idem (a cura di) *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, Dordrecht: Kluwer, 235-263.

senso concreto per gli individui che vivono in gerarchie legittimate dalla stratificazione sociale. Come Lawrence Rosen ha mostrato nei suoi studi empirici sull’antropologia della giustizia, ciò vale per il diritto tradizionale islamico, dove la giustizia domanda, che le posizioni sociali delle parti nella rete del processo siano meticolosamente ricostruite nel processo e siano tenute in considerazione per la decisione del diritto³⁶. Max Weber sbaglia a chiamarla, sminuendola, “giustizia del kadì”, poiché, dal suo punto di vista essa non soddisfa le fondamentali richieste della giustizia universale³⁷. Anche nella antica società europea era naturale e legittimo che il diritto aristocratico privilegiasse le *partes maiores* piuttosto che masse urbane e contadini. Già alle soglie della modernità, come Michael Kohlhaas con autorità, protestava contro il diritto, che privilegiava il ladro di cavalli aristocratico piuttosto che il comune commerciante di cavalli³⁸. Mentre la *justitia mediatrix* del Medioevo combinava in modo gerarchico-verticale il diritto divino, naturale e umano, la giustizia della modernità combina in modo eterarchico-orizzontale la normatività propria del diritto e la normatività propria del suo ambiente sociale, umano e naturale. Oggi, il diritto cerca i criteri di giustizia nel suo ambiente, nei diversi discorsi sociali, nelle scienze pedagogiche, mediche, politiche o nel discorso economico e “procura” loro validità giuridica attraverso un complicato processo di ricostru-

³⁵ George Spencer Brown (nota 6).

³⁶ Lawrence Rosen (1989) *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 58 e succ.

³⁷ Max Weber (1921) *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1976 Tübingen: Mohr & Siebeck, 564 e succ.

³⁸ Heinrich von Kleist (1963) “Michael Kohlhaas”, in: *Kleist Werke*, Vol. 1, Weimar: Volkerverlag, 81-87.

zione giuridica. A dispetto del diritto di uguaglianza sancito dalla Costituzione, il diritto costituzionale giustifica trattamenti disuguali se questi sono giustificati dai cosiddetti “ragionevoli criteri”, in conformità alle scienze pedagogiche, scientifiche, mediche, ecc.

Si tratta di un nuovo diritto naturale che sostiene Dio, la natura e la ragione attraverso i principi della differenziazione sociale, e dunque, di un diritto naturale sociologico?

Nei fatti, questo concetto di giustizia distrugge la differenza tra positivismo e diritto naturale. Essa interpreta entrambi, allo stesso modo, come veri e falsi. Col diritto naturale condivide l’impulso di cercare la giustizia in uno degli orientamenti provenienti dall’ambiente esterno del diritto. Col positivismo ha in comune l’idea che la giustizia non è concessa da autorità esterne o da Dio o dalla natura o ancora dalla ragione naturale, essa, piuttosto può essere acquisibile solo all’interno del diritto. La svolta contro il diritto naturale è determinata dal fatto che le autorità esterne non possono offrire alcun sostanziale criterio di giustizia. Quella contro il positivismo si trova nel fatto che la giustizia non può essere ottenuta col semplice ricorso alla decisione giuridica.

Viceversa: la giustizia “boicotta” le decisioni del diritto. Contrariamente alla spinta del diritto verso la certezza delle decisioni, la giustizia giuridica inaugura nelle vesti di una prassi discorsiva un nuovo spazio della incertezza e della indeterminatezza del diritto. La giustizia minaccia la routine del ricorso alle decisioni del diritto e domanda, fondamentalmente, se un conflitto non debba essere deciso diversamente, alla luce delle richieste esterne al diritto, non da altro. La giustizia agisce internamente al diritto come forza sovversiva, per la quale il diritto protesta contro se stesso. La giustizia protesta contro

la naturale tendenza del diritto a vincolarsi al pregiudizio, alla consuetudine, alla sicurezza, alla stabilità, all’autorità e alla tradizione. Contrariamente alla tendenza del diritto, alla stabilità perfettamente ordinata, la giustizia gioca la sua preferenza per il disordine, la rivolta, la differenza, la variabilità e il cambiamento. Essa protesta in nome della società, degli uomini e della natura – dopo tutto risuona l’arcano interno del diritto. La giustizia sovversiva è una spina nella carne. L’ammutinamento del Bounty – questo è il messaggio della sociologia per la giustizia giuridica.

IV. *Invece della razionalità: l’irrazionale nell’autotrascendenza del diritto*

Ma perché ammutinamento? Perché la giustizia non attacca esternamente il diritto, in nome della società? C’è da aspettarsi che gli uomini che hanno riposto le loro speranze nel diritto, dopo aver perso una causa, rendano responsabile il diritto per le sue ingiustizie. Ma che la resistenza derivi dall’arcano interno del diritto – questo è lo scandalo. La ragione della rivolta interna, della sovversione del diritto in nome della giustizia, si trova nel fallimento del diritto da cui derivano molte conseguenze più gravi per il diritto: in principio è incapace di mantenere la sua promessa – la promessa di fondare le decisioni su una ragionevole base. Gli argomenti giuridici, così come sono resi dai professionisti, non possono giustificare le decisioni giuridiche – chiunque abbia deciso su un caso, anche una sola volta, ha fatto questa esperienza illusoria. In altre parole: la più grave mancanza del diritto sta nel fatto che non può impedire l’intrusione dell’irrazionalità nel mondo razionale delle decisioni normorientate e della discussione razionale. Perciò, i

professionisti del diritto, dopo Rawls, sono stati sempre scettici riguardo all'efficacia delle teorie razionali della giustizia alla Rawls e Habermas.

I filosofi della giustizia sono consapevoli degli elementi irrazionali nelle decisioni giuridiche e, dunque, cercano di esorcizzarli, ampliando *ad infinitum* il ruolo della razionalità nel diritto per ciò che attiene alla decisione. A sostegno di ciò, essi esorcizzano il diavolo del paradosso dell'autoreferenza³⁹. Naturalmente invano.

Al contrario, oggi, le più provocatorie analisi del fallimento del diritto, come J. Derrida e N. Luhmann hanno dimostrato, pongono al centro delle loro riflessioni le aporie della giustizia e i paradossi della decisione del diritto⁴⁰. Esse ri-analizzano, tuttavia, solo una vecchia esperienza nel diritto che, per poter vivere ai confini della ragione, si è rifugiata insieme alle vecchie auto-osservazioni nella famosa duplice formula – *ratio et voluntas* come *ratio et auctoritas*. Persino la giurisprudenza analitica che, d'altra parte come decostruzione o autopoesi, non è sospettata di irrazionalismo, deve accettare e ammettere i confini della razionalità nel diritto, poiché l'applicazione logica delle norme al caso concreto funziona solo se il giudice introduce ulteriori supposizioni nel sillogismo⁴¹. Alla fine si deve ammettere che la giustificazione di norme attraverso le norme

e i principi posti alla base termina nel trilemma di Münchhausen: regresso infinito, sospensione arbitraria o circolarità⁴². L'inadeguatezza della ragione di motivare le decisioni del diritto spinge i *Critical legal studies* all'ossessione dell'*indeterminacy* del diritto. Essa porta Carl Schmitt all'ossessione del decisionismo. Ciò non deve meravigliare dal momento che, oggi, numerose analisi interdisciplinari, per curare la "malattia" del diritto, sostituiscono con i loro specifici mezzi: la psicologia con l'affettività, la psicoanalisi con l'inconscio nelle decisioni del diritto, l'economia con il calcolo dell'efficienza, la sociologia con la struttura di classe o le norme sociali, la scienza politica con le riflessioni politiche, gli antagonismi sociali, la pura volontà del potere, e così via. Come reagisce l'attuale diritto alla sua fondamentale inadeguatezza?

La giustizia giuridica dovrebbe essere compresa come reazione del diritto al proprio fallimento. Come già accennato, essa non può essere identificata né con una costruzione filosofico-giuridica, né con un criterio della decisione giuridica, ma appare come una strutturata dinamica sociale all'interno del diritto. La giustizia giuridica sarebbe, per anticipare poi in una formula le successive riflessioni, un persistente processo di *auto-osservazione nel diritto, che interrompe, blocca, boicotta, minaccia l'indisturbata autoproduzione del sistema del diritto, la continua ripetitività dell'operazione giuridica, che obbliga il diritto all'autotrascendenza e nel contempo a produrre altre operazioni giuridiche con l'obbligo di continuare, e poi boicotta se stesso, pervenendo, così, a nuove ingiustizie*. Dunque, dopo "l'esperienza irrazionale" della giustizia e il "passaggio attraverso il

³⁹ Tipicamente di questa strategia Jürgen Habermas (1971) "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", in: Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt: Suhrkamp, 123 e succ.; idem (1973) "Wahrheitstheorien" in: Helmut Fahrenbach (a cura di) *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfullingen: Neske, 211-265, 255 e succ.

⁴⁰ Derrida (1990) (nota 2); Luhmann (1993) (nota 2), 370 e succ.

⁴¹ Per un esempio, Robert Alexy (1993) "Normenbegründung und Normanwendung", in: A. Aarnio et al. (a cura di) *Rechtstheorie und Rechtswirksamkeit: Festschrift für Werner Krawietz*, Berlin 3-17.

⁴² Hans Albert (1968) "Das Problem der Begründung" in: Hans Albert *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen: Mohr & Siebeck, 9-34.

deserto”, il processo è costretto a una ricostruzione di questa esperienza secondo le condizioni restrittive del diritto – obbligo della decisione, obbligo della motivazione, obbligo della motivazione. Ma, l’inevitabile conseguenza di questo obbligo della continuazione è che il processo del diritto, anche dopo l’autoprovocazione nell’auto-osservazione “giustizia”, che si traduce in nuovi criteri del diritto, sviluppa sempre nuove ingiustizie, contro le quali la giustizia deve protestare per esporsi nuovamente agli obblighi del sistema del diritto. Ininterrottamente – in una logorante oscillazione permanente.

Inoltre, la giustizia come pratica discorsiva non è solo sovversione del diritto positivo in nome del suo ambiente, ma una dinamica ciclica progressiva dell’autosovversione nella quale le decisioni del diritto positivo vengono minacciate e contestate dalle proteste della giustizia e viceversa. Questa prassi non realizza nuova giustizia, né perfeziona una giustizia imperfetta già esistente, né si approssima asintoticamente a un ideale di giustizia, ma ricostruisce entrambe le posizioni – decisione del diritto positivo e giustizia per distruggerle entrambe, nuovamente. La prassi realizza e impedisce la giustizia in un continuo processo di trasformazione dall’immanenza alla trascendenza del diritto e indietro all’immanenza. Infine, essa accende di nuovo solo l’ansia, il nervosismo del processo del diritto, l’oscillazione tra entrambi i poli, la contingenza necessaria del diritto.

Si sottolinea che il fenomeno non può essere ridotto semplicemente a un’impulso oscuro” verso la giustizia, che disturba continuamente il razionale passaggio del diritto e lo induce a produrre, ogni

⁴³ Analogamente alla comprensione di Jürgen Habermas della irriduzione permanente della politica istituzionalizzata

tanto, un diritto migliore⁴³. Diversamente, la giustizia giuridica descrive una dinamica, particolarmente sviluppata, teoricamente ed empiricamente identificabile all’interno del processo giuridico. Da notare qui, che per processo giuridico non si intende solo l’attività giuridico-professionale e organizzata, ma ogni seria comunicazione sul diritto, quindi anche la protesta della popolazione. Secondo Derrida, si potrebbe parlare di “*justice*” per designare l’iterativo, il continuo cambiamento e spostamento, i permanenti mutamenti di significato e l’infinità della giustizia. La ricerca della giustizia, che accompagna sempre il processo del diritto, si trova chiaramente opposta al desiderio generale di giustizia, sotto condizioni restrittive, e ciò si identificherebbe con la rigida dinamica autosovversiva del paradosso della decisione giuridica. La dominante formula di ricerca che guida il processo è caratterizzata da una specifica combinazione di elevata indeterminata ed elevata strutturazione. Bisogna rilevare che il rapporto dell’indeterminatezza e della strutturazione non è interpretato come accomodamento, compromesso o incontro al centro come “indeterminatezza relativamente strutturata”, ma come reciproca radicalizzazione di entrambi: “*Chaos in Ordnung bringen*”. – il duplice significato di questa celebre massima di Adorno rende, chiaramente, la radicalità della formula di giustizia nella modernità: rendere disordinato il passaggio del diritto, costringere il caos nell’ordine del passaggio

attraverso i movimenti di protesta, Jürgen Habermas (1985) “Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien”, 39 Merkur, 1-14.

⁴⁴ Wiethölter utilizza la citazione di Adorno in relazione alle decisioni giuridiche, Wiethölter (1994) (nota 10) 107. Theodor Adorno (2003) *Minima moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Frankfurt: Suhrkamp, 103.

del diritto⁴⁴.

La dinamica della giustizia è attivata dal sistema del diritto, che detta le condizioni di partenza e, nel contempo, il dettato limite delle sue possibilità risolutive è influenzato dal sistema del diritto. È compito della teoria socio-giuridica analizzare questa problematica a livello universale e particolare. Per questo, l'universalizzazione sociale e storica è vietata alla giustizia del diritto. Essa resta contestualmente e temporalmente vincolata. In particolare, la differenza fra una prassi della giustizia giuridica e l'"impulso oscuro" verso la giustizia si lascia definire nel seguente modo:

1. Condizioni di partenza

Le caratteristiche di questa dinamica di ricerca interna al sistema evidenziano che essa non è mossa, semplicemente, da indefiniti desideri per un mondo giusto, ma che essa è sempre attiva quando procedimento del diritto e argomentazione giuridica si scontrano, con il precisamente e localizzabile hiatus, che porta inevitabilmente il corrente processo del diritto a fermarsi. Dal punto di vista della teoria dei sistemi, questo hiatus emerge nell'operazione di collegamento, operazione - struttura - operazione (atto giuridico - norma di diritto - atto giuridico). Contrariamente ai pregiudizi nei confronti dell'autopoiesi, che funziona come meccanismo automatico⁴⁵, la teoria dei sistemi ha evidenziato che la catena dell'autoproduzione presenta una frattura in ogni singolo passaggio, dalla struttura all'operazione (aspettativa di comunicazione). Dunque, le operazioni producono strutture, che

⁴⁵ Hubert Rottluehner (1988) "Biological Metaphors in Legal Thought", in: Gunther Teubner (a cura di) *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin: De Gruyter, 97-127, 117.

non possono produrre operazioni consequenziali, ma possono creare solo un concentrato spazio di possibilità in cui, poi "si verifica" una nuova operazione. Ma ciò deve superare un momento di incertezza anche nella struttura più concentrata⁴⁶. "A tal riguardo, dal processo di strutturazione deriva una necessaria misura di incertezza e si può constatare, non senza soddisfazione, che nella formazione di strutture fattiche, in termini di sicurezza, come la burocrazia e l'ordinamento giuridico, così come si deve constatare con l'aumento della burocratizzazione e della ipernormazione si moltiplica anche l'insicurezza"⁴⁷. Applicato al diritto: ogni atto giuridico (legge, contratto, giudizio) muta la posizione del diritto provocando una nuova norma giuridica. Ma queste norme non possono creare, a loro volta, autonomamente, un nuovo atto giuridico, ma più o meno concentrati rinvii a un possibile nuovo atto giuridico⁴⁸.

Allo scopo di superare questo hiatus, da qui parte l'argomentazione giuridica e il suo incessante meccanismo - coronato da successi, ma anche inutilità. L'argomentazione giuridica provoca differenze decisive, ma non può decidere il conflitto, non può - contro l'auto-proclamazione dei teorici dell'argomentazione - superare la frattura tra struttura e operazione, tra norma e atto. L'argomentazione giuridica può solo trasformare le differenze e, forse, avanzare una nuova alternativa di decisioni. Essa trasforma l'attuale alternativa della decisione in un'altra, che si adegua meglio al conflitto del diritto rispetto a un'alternativa senza fondamento. L'argomentazione giuridica non

⁴⁶ Niklas Luhmann (1984) *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 382 e succ.

⁴⁷ Luhmann (1984) (nota 46), 391.

⁴⁸ Luhmann (1993) (nota 2), 49.

decide. Non giustifica. Non ha nulla da nascondere. A dire il vero, essa trasforma drasticamente solo le alternative della decisione. Una decisione rimane pur sempre necessaria, anche se dopo l'argomentazione giuridica, presentandosi le alternative della decisione, essa è diventata un'altra⁴⁹.

In definitiva, quale nuovo atto giuridico scaturirà, non si sa. A questo punto, sulla differenza struttura/operazione, norma/atto giuridico, argomento/atto giuridico si apre lo hiatus, spazio insormontabile tra norma e decisione, non superabile neppure sulla base del principio razionale tra spazio della norma. Le aporie della decisione giuridica non sono accessibili al discorso razionale, non sono motivabili, né giustificabili né in modo giusto né ingiusto. Se bisogna cercare la giustizia ciò non vuol dire, necessariamente, superare questo hiatus con il decisionismo, né spingerlo allo sfinitimento attraverso ulteriori razionalizzazioni interne o esterne del diritto. Ciò che il discorso della giustizia provoca è il valore di "rejection value" dell'alternativa al decisionismo o alla razionalizzazione. Esso rende consapevole l'aporia della decisione giuridica (è noto il non poter risalire il fiume) soltanto attraverso l'atto riflessivo dell'auto-osservazione, non tenta, quindi, anche di evitarla o negarla, ma la articola apertamente come confine di giustificabilità razionale, la porta ad una dolorosa esperienza e la accresce nell'insopportabile⁵⁰. Questo tentativo di superare le aporie del procedimento giuridico attraverso l'aumento della riflessività fino all'autotrascendenza del diritto, è la necessaria condizione di partenza del

⁴⁹ Teubner e Zumbansen (nota 29) 195 e succ.; Luhmann (1993) (nota 2), 338 e succ.

⁵⁰ Derrida (1990) (nota 2); Luhmann (1993) (nota 2), 307 e succ.

processo della giustizia all'interno del diritto, rispetto al quale la società, la teoria sociale o altra istanza esterna al diritto non dettano i loro criteri normativi, ma nel quale il diritto fa il processo a se stesso⁵¹.

2. Autotrascendenza

Le più grandi difficoltà si presentano quando si cerca di comprendere cosa significhi, nel dibattito della giustizia, autotrascendenza del diritto, in riferimento allo hiatus tra norma e atto giuridico. In precedenza, avevamo già fatto un tentativo con Luhmann, per delineare un concetto ecologico della giustizia, che tenta di uscire dalla chiusura operativa del diritto, pur rimanendo in essa, e lo avevamo collegato al fenomeno della "re-entry". I criteri della giustizia, in quel caso, non si trovano in qualche posto all'esterno del diritto, ma il diritto può trascendere solo nella misura che differenza se stesso da ciascun ambiente da cui origina il conflitto diritto – società, natura, individuo – allo scopo di stabilire in relazione a questa "enacted ecologies" un criterio di giustizia adeguato all'ambiente. Con questo è escluso, a priori, che il diritto possa importare qualche criterio dall'ambiente esterno; piuttosto esso deve costruire autonomamente, con la propria conoscenza dell'ambiente. È proprio questa re-entry nella pratica della decisione del diritto che rende caratteristica la giustizia giuridica e la sua differenza nei confronti di opinioni esterne al diritto, della società giusta, della giustizia politica comune o di una giustizia morale e filosofica del rispetto reciproco. La ricerca non può esternalizzare

⁵¹ Rudolf Wiethölter (2003) "Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts", in: Christian Joerges e Gunther Teubner (a cura di) *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1-45, 19.

i suoi criteri e, quindi, sperare nella democrazia, nella morale e nell'economia, ma è rimandata a se stessa. Il diritto è responsabile dei suoi criteri di giustizia.

Per un ulteriore concetto ecologico di giustizia, Derrida offre, ora, tre ampie tracce di pensiero, che hanno dato un forte impulso all'attuale discussione sulla giustizia. Nella prima traccia, si cimenta con un nuovo modo di utilizzare il paradosso giuridico. Luhmann identifica ancora il paradosso, ma chiede nel contempo, di nascondere, di negarlo e di introdurre una differenza che lo elimini. Al contrario, Derrida chiede di affrontare l'esperienza del paradosso e con questo di stimolare il pensiero giuridico, in un mondo nel quale Luhmann si aspetta solo paralisi e spavento. Allora, la giustizia sarebbe più di una formula di consistenza, ma anche più di una formula di contingenza, sarebbe formula di trascendenza, sarebbe "precipizio, rottura, contraddizione, caos all'interno del diritto"⁵².

Nella seconda traccia, Derrida radicalizza il significato dell'autotrascendenza del diritto. Mentre Luhmann alla giustizia del diritto chiede un'auto-trascendenza rispetto all'ambiente prodotto, ma qui si ferma, Derrida rivendica anche il superamento di questo confine e pretende dal discorso della giustizia di pensare la trascendenza al di là di ogni significato – "il camminare attraverso il deserto". Questo, infatti, è sorprendente per l'attuale orientamento scientifico: il rinvio a trascendere ogni significato, un rinvio al potere mistico, all'incontro con le filosofie dell'alterità di Levinas, alla sfida della moderna razionalità attraverso la giustizia "pura", il dono, l'amicizia, il perdono.

Nella terza traccia, si trasforma il rapporto fra la

trascendenza religiosa e quella specifica del diritto. Mentre Luhmann concentra l'esperienza della trascendenza sul sistema religioso escludendo implicitamente altri sistemi sociali (tra gli altri il sistema giuridico), il pensiero decostruttivo di Derrida è orientato a tirar fuori la consapevolezza della trascendenza dal moderno isolamento nella religione e di re-introdurla nei mondi altamente razionali dell'economia, della scienza, della politica e del diritto. Derrida tira solo le conseguenze di un fenomeno, accessibile anche per Luhmann, e cioè che nonostante la divisione del lavoro sociale non si può concentrare il sapere sulla scienza, e che i processi di potere, nonostante il monopolio del potere statale, hanno luogo anche all'esterno della politica, e che, nonostante tutti i formalismi del sistema giuridico, la differenza diritto/non-diritto è praticata all'esterno del diritto.

Esperienze di trascendenza, in cui si concentrano energie della religione, non si lasciano limitare dall'ambito religioso bensì provocano, nelle istituzioni altamente specializzate della modernità, effetti che si differenziano chiaramente dagli effetti della trascendenza religiosa. Il fatto che Max Weber abbia utilizzato una strana formula di "politeismo" della modernità, guadagna significato soltanto in riferimento alla trascendenza propria di ogni razionalità elevata, che va perduta quando viene ridotta a una moltitudine di razionalità o al policentrismo. Si tratta di una moltitudine di possibili accessi alla trascendenza, così si potrebbe leggere Max Weber. Questo era, in definitiva, uno dei contributi del vecchio politeismo, cioè di legittimare dalle differenze della trascendenza differenze nell'immanenza, in particolare ruoli, competenze e funzioni.

Derrida, infatti, formula qui una sorprendente tesi e cioè che esistono specifiche autotrascendenze delle

⁵² Derrida (1990) (nota 2). Sul tema Fatima Barjiji-Kastner (2007) *Ohnmachtssymantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Weilerswist: Velbrück, in particolare il cap. III. 2.

istituzioni moderne, che hanno effetti paradossali differenti. Egli le chiama “puro dono” nei confronti dell’economia regolata dal profitto: “l’amicizia”, contro la politica di professione, “il perdono”, contro la morale secolarizzata e soprattutto “la giustizia”, contro il diritto supertecnistico⁵³. Sono tutti richiami di eccedenze, che originano dalle logiche proprie dell’istituzione, che riattivano l’energia utopica in spazi del tutto diversi dalla religione.

Se si pensa ancora questo per il diritto, la giustizia si può comprendere come esperienza trascendente, che non è identica alla trascendenza religiosa. Ma qual è la sua caratteristica? La risposta potrebbe essere che il discorso della giustizia si collega alla ingarbugliata esperienza del paradosso specifico del diritto e su questo punto supera i confini del significato del diritto. È giusto applicare la differenza giusto/ingiusto al mondo? Non appena il diritto si scontra con il paradosso, allora, è esposto, inevitabilmente, alla domanda della giustizia! Ma non la domanda sulla liberalità, l’amicizia, il perdono o la salvezza dell’anima. Nell’autotrascendenza del diritto, la caratteristica del paradosso del diritto giusto/ingiusto rimane efficace. Essa è necessaria come lo specifico superamento dei confini del diritto, ma proprio per questo, non più nel linguaggio razionale del diritto, ma soltanto, nel linguaggio enigmatico dell’idealizzazione irreal, dell’allegoria, del simbolismo, della letteratura, del

⁵³ Jacques Derrida (1991) *Donner le temps*, Paris: Galilée; Jacques Derrida (1994) *Politiques de l’amitié*, Paris: Galilée; Jacques Derrida (1999) *Le siècle et le pardon*, Paris: Le Monde des débats; idem (1990) (nota 2).

⁵⁴ Ciò rende comprensibile l’incomprensibilità del linguaggio, con l’aiuto del quale Benjamin, Derrida o Wüthölder rendono enigmatico il loro pensiero sul diritto. Ma tutti i tentativi di decifrarlo restano vani.

sogno, del delirio, dell’utopia⁵⁴.

Una tale ricerca della giustizia non può più sperare questo, di trovare, cioè, i criteri della giustizia nel diritto stesso o nella società o nella religione, ma deve superare ogni significato del diritto per fare l’esperienza della specifica trascendenza del diritto, sotto la cui impressione, essa deve ritornare all’immanenza del diritto per giudicare *sub specie aeternitatis*. Ma se Nietzsche avesse ragione, “Dio è morto”, cosa pensare della giustizia come esplicita esperienza trascendente? Si può “pensare” la trascendenza del diritto senza religione? Non sarebbe questo un diritto naturale senza Dio o anche senza ragione? E, infine, la più enigmatica delle definizioni della giustizia che si trova in San Giovanni “quanto alla giustizia, perché me ne vo al Padre e non mi vedrete più”⁵⁵ ha ancora qualche significato? Si richiederebbe di interpretare la giustizia in una

situazione nella quale la trascendenza può essere pensata solo senza Dio, ma deve essere pensata lo stesso. A questo punto troviamo Levinas e Derrida, con la loro definizione positiva di “trascendenza filosofica”, che contrappone alla totalità dei significati l’esteriorità della trascendenza, in cui la giustizia appare come richiesta infinita di altro e molti altri⁵⁶. Tuttavia, qui, nel pensiero di Levinas e Derrida si deve rendere giustizia alla radicalità dell’altro. Con il termine alterità non

⁵⁵ Giovanni, 16, 10. Si veda la sottile interpretazione di Horst Folkers (2000) “Johannes mit Aristoteles ins Gespräch über die Gerechtigkeit vertieft: Epilegomena zum 12. Kapitel des Niklas Luhmann”, 21 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 61-107, in particolare 68 e succ.

⁵⁶ Emmanuel Levinas (1982) *L’au delà du verset*, Paris: Les éditions de Minuit; Emmanuel Levinas (1980) *Totalité et infini: Essai sur l’extériorité*.

⁵⁷ Axel Honneth (2000) *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt: Suhrkamp, 154 e succ., 165 e succ.

si intende⁵⁷, semplicemente, il principio etico di cura per l'altro o la considerazione della singolarità della prospettiva individuale, bensì esperienza dell'altro mediata non verbalmente né fenomenologicamente, in definitiva, un'esperienza trascendente "al cospetto dell'altro". Di fronte all'insistenza sulla motivabilità della giustizia sulla razionalità del discorso pubblico, si insisterebbe sulla giustizia della non giustificabilità, dell'altro non razionale della giustizia. La giustizia sarebbe, allora, collocata al confine tra immanenza del diritto e trascendenza. Infine, la giustizia come ricerca, per superare la frattura tra immanenza e trascendenza – "Rendersi al Padre" – ciò vorrebbe dire che la trascendenza chiede di trasformare l'immanenza nei significati che essa non può comprendere. La giustizia, dunque, non è criterio "perfettamente ideale", ma un "processo di mutamento del non diritto nel diritto"⁵⁸.

Il messaggio di Giovanni va oltre. L'incarnazione – cioè il "re-entry" della differenza fra trascendenza e immanenza nella immanenza non rende giustizia alla trascendenza, soltanto l'esperienza della fondamentale ingiustizia – "rendersi al padre" – rende possibile la giustizia. La giustizia si realizza, solo, nel reale passaggio attraverso l'ingiustizia, la sofferenza e il dolore; la giustizia è trasformazione della sofferenza, ancor più è sacrificio che può annullare la separazione immanenza/trascendenza. In questo senso "Rendersi al Padre" significa annullamento della divisione immanenza/trascendenza attraverso la trasformazione dell'ingiustizia. La sofferenza è causata anche e proprio attraverso la ricerca della giustizia. Quindi, una sofferenza per la giustizia come la ricerca vana e le conseguenze ingiuste, poiché essa

⁵⁸ Folkers (2000) (nota 55), 71.

deve essere realizzata nell'immanenza del diritto. Ciò che Giovanni aggiunge al dibattito è che la giustizia deve essere compresa come processo di trasformazione del diritto che è possibile, soltanto, attraverso l'esperienza reale dell'ingiustizia. Questo pensiero trova scarsa eco nella "collera pubblica" di Durkheim, che rinvia la ragione della sua formazione nelle violazioni delle norme e nelle teorie della giustizia che considerano il "sense of justice" come impulso ai processi normativi⁵⁹.

"Invisibile agli uomini"? Ciò non significa solo inaccessibilità della trascendenza, ma un'ultima liberazione del diritto di ogni singolo individuo dalle finite condizioni del diritto secolare⁶⁰. Solo in un mondo con Dio potrebbe esistere una speranza di liberazione attraverso la giustizia. Se si pensa, invece, a una trascendenza senza Dio, allora non è possibile nessuna liberazione della giustizia. Ciò che resta, allora, è soltanto il disperato processo della ricerca, che provoca una permanente irrequietezza all'interno del diritto, che durante la ricerca si espone, avidamente, persino al desiderio di ulteriori esperienze dell'ingiustizia, che costruisce, senza sosta, criteri giuridici dell'uguaglianza e inventa, continuamente, nuove giustificazioni della decisione distruggendo, nuovamente, la giustizia. La ricerca della giustizia è l'ossessione pura del diritto, devastante e ingegnosa allo stesso tempo.

3. Obblighi di collegamento

Le differenze di una giustizia specificamente giuridica rispetto all'"impulso oscuro" sono piuttosto

⁵⁹ Durkheim (nota 11); Edmond N. Cahn (1949) *The Sense of Injustice*, New York: New York University Press.

⁶⁰ Folkers (nota 55), 76.

sto evidenti, considerando le drastiche restrizioni a cui il moderno sistema del diritto, secondo il delirio dell'autotrascendenza, costringe la propria formula di contingenza. La giustizia giuridica non può identificare, nell'accesso alla totalità, l'ingiustizia del diritto con quella del mondo, ma è necessario, come sopra descritto, tener presente l'innegabile inadeguatezza della decisione del diritto nello stabilire il contatto mancante tra struttura e operazione, tra norma e decisione, tanto da renderla consapevole e da costruirlo con mezzi propri, anche se sono insoddisfacenti. Qui, l'obbligo di collegamento nel sistema del diritto, espone l'infinita giustizia a tre drastiche limitazioni diversamente agenti.

Anche se dovesse contraddire la propria convinzione, essa deve stabilire il collegamento struttura/decisione all'interno dello spazio di possibilità della decisione giuridica, rigorosamente limitato dal codice giusto/ingiusto, dai suoi programmi e dall'obbligo della decisione. Anche se il giudice, dopo un lungo e tormentato processo di riflessione e discussione, riconoscesse che entrambe le parti del processo "hanno ragione" e anche se riconoscesse che la sua decisione è ingiusta per una parte, egli deve accogliere o respingere il ricorso, come preteso dalla giustizia⁶². *Tertium non datur*.

Nel contempo, il sistema del diritto pone alla ricerca della giustizia obblighi cognitivi a malapena accettabili. Alla ricerca non è consentito perdersi nel sentimento irrazionale dell'ingiustizia o nel desiderio vago della giustizia, ma è obbligata dalle aporie del

⁶² Vedi il famoso paradosso del rabbino raccontato da Henry Atlan (1993) *Enlightenment to Enlightenment: Intercritique of Science and Myth*, New York: State University of New York Press, 1 e succ.

diritto, come sopra citato, ad esporsi con tutta l'intensità all'esperienza dell'irrazionalità del sentimento giuridico, dell'alterità, della sofferenza, del dolore, del vuoto interiore e della pienezza della trascendenza; ma essa, poi deve trasformare questa esperienza in motivazioni razionali, argomento tecnico, dogmatica giuridica – *obbligo della motivazione*. Qui, si manifesta la citata difficoltà di Luhmann di venire incontro, con argomenti razionali, alle elevate richieste responsive del mondo esterno al diritto e, al contempo, di soddisfare le richieste interne di consistente decisione dei casi.

In definitiva, lo spazio di gioco della giustizia giuridica è ristretto per il fatto che non dispone di tutti i mezzi di potere e di influenza di questo mondo per poter creare una società giusta, ma dispone solo di operazioni e strutture del diritto, atti e norme, che sono, al contempo, altamente specializzate e insufficienti. Essa trova nelle sue possibilità di soluzione rigide limitazioni, che la differenziano dal saggio arbitrio di un sovrano potente, da una oscura sentenza di un oracolo, da una rivelazione mistica. Essa deve far tradurre le travolgenti esperienze dell'alterità, cioè le esperienze dell'infinità interna di ciascun uomo, l'esperienza della razionalità propria e della normatività propria dei discorsi differenti e l'esperienza dell'irrazionalità, persino nella forma assurdamente semplificante di una norma che esalta la pretesa di essere adeguata al conflitto giuridico – *obbligo di normazione*⁶³.

Gli effetti che derivano da queste tre necessità della giustizia giuridica si possono appena sopravvalutare. Obbligo della decisione: essa non può lasciare

⁶³ Wolfgang Fikentscher (1977) *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. IV. Tübingen, Mohr & Siebeck, specialmente cap. 31-33.

il conflitto in sospeso, una parte deve avere ragione, l'altra torto; obbligo di normazione: la decisione richiede la limitazione alla semplice norma del caso; obbligo della motivazione: la norma del caso deve essere sostenuta da motivi che tentano, inadeguatamente, di collegare in modo plausibile consistenza e responsabilità. In queste condizioni insostenibili devono essere create nuove strutture, che superano lo hiatus e rendono possibile il "salto"? Infatti, davanti alle infinite pretese della giustizia è istituito un modesto "ordine provvisorio".

Ma quelle teorie della giustizia che vogliono prescindere da questi obblighi si autoscreditano. Esse assumono la giustizia come radicale trascendenza del diritto, ma nascondono l'esigenza della trascendenza del diritto di realizzare la giustizia in nome dell'onnipresenza, nell'immanenza del diritto⁶⁴. Esse si escludono dal discorso giuridico della giustizia, che obbliga i partecipanti a realizzare l'autotrascendenza del diritto, ma nel contempo arretrano rispetto alle norme, agli argomenti e alle decisioni giuridiche. Le teorie che si sottraggono a quest'obbligo preferiscono non agire come teorie filosofiche della giustizia, esse preferiscono essere una spina nella carne e procurare un grande dolore al diritto. Ma il dolore della spina diminuisce. Dopo un certo tempo non si avverte più. Il destino della crescente irrilevanza interessa, soprattutto, le teorie "critiche" del diritto. Esse falliscono a causa delle dure leggi di funzionamento del diritto: la critica senza controproposta non conta⁶⁵. Il "negativismo giuridico" può definire se stesso solo come

⁶⁴ Per ulteriori chiarimenti Folkers (2000) (nota 55), 78.

⁶⁵ Solo apparentemente Gerd Roellecke critica: Gerd Roellecke "Kritik ohne Ersatzvorsatz ist noch lange kein Gedöns", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 10.02.2006.

fenomeno di transizione, prima o poi deve formulare le condizioni sotto le quali i divieti del diritto devono essere emanati in libertà, ma sotto condizione⁶⁶. Gli obblighi di collegamento del diritto pongono la ricerca della giustizia di fronte ad un'alternativa diversa rispetto a quella che Adorno formulava per la filosofia morale riguardo alla sua preferenza: per la "concreta denuncia del disumano" e contro la "superficiale e astratta collocazione dell'esistenza umana"⁶⁷. La vivace critica giuridica dei *Critical legal studies* potrebbe essere oggetto di ricerca della sociologia giuridica, per approfondire l'automarginalizzazione di giuristi altamente preparati e motivati che rifiutano il diritto. E nei confronti del giuridico "*hic Rhodus*" anche l'attentismus di Heidegger non può sostenere (sia a destra che a sinistra) né le speranze per una nuova comunità di Giorgio Agamben né i valori della tolleranza di Philip Nonet...⁶⁸.

Tanto Luhmann quanto Derrida, ognuno a suo modo, hanno chiaramente parlato di questo. Derrida, nella critica a Benjamin si spinge oltre, fino a rimproverare la complicità con il peggio, una teoria della giustizia che si rifiuta di ritornare all'immanenza del calcolo giuridico, accontentandosi della differenza fra violenza mistica e violenza mitica, i cui criteri dovrebbero essere inaccessibili all'uomo⁶⁹.

Con questo, non si devono dimenticare gli aspetti positivi dell'obbligo del disciplinamento giuridico,

⁶⁶ Sul negativismo giuridico Rudolf Wiethölter (1969) "Recht und Politik: Bemerkungen zu Peter Schwerdtners Kritik", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 155-158; idem (2004) (nota 51), 20.

⁶⁷ Adorno (1996) (nota 11), 261.

⁶⁸ Giorgio Agamben (1995) *Homo Sacer*, Torino: Einaudi; Philippe Nonet (2007) "Time and Law" *Theoretical Inquiries in Law*, 311-332, 322 e succ.

⁶⁹ Derrida (1990) (nota 2).

che potrebbe dare da pensare anche alle teorie del rifiuto della giustizia: essa pone il diritto sotto la pressione di un impulso innovativo, straordinario. Di fronte al doppio imperativo, "*Chaos in Ordnung bringen*" non può reggere alcuna legge, sentenza o costruzione dogmatica; tutto è al banco di prova della giustizia. Ma è più difficile soddisfare la contemporanea pretesa di formulare proposte alternative. La giustizia giuridica deve, invece, inventare sempre nuove norme, sentenze, principi giuridici, capaci di sostenere la pretesa di essere più giuste delle vecchie formule percepite come ingiuste. Si introduce, con questo, una dimensione comparativa nel diritto che permette e impone di distinguere tra gradi di giustizia inferiori e superiori. Più giusto sarebbe allora, un ordinamento giuridico, che più radicalmente di altri favorisse la sua autotrascendenza in diverse dimensioni dell'alterità, ma che producesse anche decisioni e norme, che si mostrasse più giusto degli altri ordinamenti giuridici. Pressione innovativa vuol dire anche possibilità di innovare. Ciò di cui abbiamo parlato sopra, a proposito della specifica caratteristica della formula della giustizia giuridica, cioè la combinazione tra elevata indeterminatazza (autotrascendenza) e la elevata determinatezza (obbligo della forma del diritto), promuove lo sviluppo di energie creative. Nello "spazio immaginario" della re-entry, le fantasie costruttive del diritto trovano molte opportunità. Non per niente, la persona giuridica, il contratto e la costruzione dello Stato valgono per il diritto e la società come conquista di civiltà, di primo rango. E la favola del "dodicesimo cammello", ripetutamente

⁷⁰ I contributi nel numero speciale "Paradoxien des Rechts: Eine Debatte zu Niklas Luhmanns Rechtssoziologie", 21 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2000, 1-314.

raccontata, rimanda alla segreta comunanza tra creatività artistica e giuridica⁷⁰.

4. Effetti perversi

La singolarità sta nel fatto che: il rifiuto del diritto, da parte degli studiosi della giustizia, in effetti, è ragionevole. Essi non sono pronti, per amore della giustizia, a pagare il prezzo per la triplice limitazione del discorso sulla giustizia, poiché il prezzo per ridurre l'infinita esperienza della giustizia a una decisione binaria, alla sua giustificazione responsivo-consistente e alla normazione condizionale, è alto: nuova ingiustizia. Specialmente a causa delle debolezze dell'obbligo del modello giuridico, ma anche della seducente sensibilità dell'universalizzazione filosofica, la ricerca giuridica sulla giustizia provoca necessariamente nuova ingiustizia, che conduce a una rinnovata autotrasmissione e a un rinnovato disciplinamento. Così Levinas: "I principi generali e superiori possono essere rovesciati nella loro applicazione. Ogni pensiero superiore è minacciato dal suo stesso stalinismo"⁷¹. Qui, si manifesta la differenza tra questa visione ciclica nella quale la giustizia minaccia se stessa e la visione gerarchica della giustizia, che, attraverso le decisioni basate sui fondamenti razionali, auspica lo sviluppo della giustizia. Quindi, essa dimostra inesorabilmente che la dipendenza del diritto da decisioni

⁷¹ Levinas (nota 56) 98. Qui si trova, per Levinas, il punto di collegamento dello "scetticismo" contro le razionalizzazioni filosofiche e giuridiche della giustizia della cui necessità è convinto; Christian Schlüter (2000) *Gleichheit – Freiheit – Gerechtigkeit: Versuch einer Ortsbestimmung in praktischer Absicht*: <http://dochostrz.huberlin.de/dissertationen/schlueter-christian-2000-07-12/PDF/Schlueter.pdf>, 196 e succ.; Hans Dieter Gondek "Gesetz, Gerechtigkeit und Verantwortung bei Levinas"; in: Anselm Haferkamp (a cura di) *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin*, Frankfurt: Suhrkamp, 315-330.

razionali, dai principi e dalla normazione sia una delle più intricate cause di ingiustizia tra gli uomini.

Ma il lato più oscuro della giustizia del diritto è la sua irrefrenabile spinta verso l'universalizzazione, è la ovvia tentazione dell' "ipergiuridicismo" che estende, su tutta la società, la sua duplice logica dell'autotrascendenza del diritto e del ri-disciplinamento giuridico⁷². Al contrario di pretese diverse della giustizia distributiva politica o della giustizia rispettosa della morale, invece di limitarsi alla risoluzione del conflitto essa cerca di realizzare, nella "febbre acuta di giustizia"⁷³, una buona società con i mezzi della giustizia giuridica. È giusto decidere il problema del mondo secondo il codice binario giusto/ingiusto – che è il *summum ius*, la *summa iniuria* della società differenziata funzionale. Esso condivide questa spinta con altre formule di contingenza, con quella dell'economia che vorrebbe descrivere l'intero mondo come problema della scarsità da risolvere con mezzi economici, con quella della legittimità formale della politica e con quella della "limitazionalità" della scienza. Tutte quante promettono di costruire una buona società con le loro risorse, sebbene possano dare solo risposte parziali, circoscritte al loro ambito. L'"ipergiuridicismo" della società come tentativo di riportare tutta la società, con lo strumentario del diritto verso la giustizia, è una delle conseguenze dell'imperialismo nefasto della razionalità moderna, dell'economicizzazione, della politicizzazione, della moralizzazione, della medicalizzazione, della società – un processo d'aumento unidirezionale della giu-

stizia del diritto, contro il quale risuona la necessità della vigilanza politica. Questo imperialismo di una sola razionalità parziale è perciò molto pericoloso, poiché esso viene incontro, in modo molto seducente, alle richieste degli uomini di una giustizia indivisibile anche nell'attuale società, ma queste non possono essere soddisfatte a priori dalla modernità e da una giustizia del diritto che si innalza a giustizia sociale totale e che dà false promesse. Entrambe provocano un pericoloso miscuglio di domande senza risposte e di risposte false. "I diritti umani come ideale di una società giusta" – questo imperialismo di una giustizia giuridica svincolata produce il ricercatore totalitario della giustizia della modernità, che proietta nelle sue divagazioni giuridiche la giustizia limitata del diritto su tutta la società: "uno degli uomini più retti e più mostruosi del nostro tempo"⁷⁴.

⁷² Particolarmente interessante Bernhard Schlink (2004) "Der Preis der Gerechtigkeit", 58 Merkur, 983-997.

⁷³ Così il medico Relling sulla sete di giustizia di Greger in Henrik Ibsen (1994, orig.1884), *Die Wildente*, Stuttgart 67.

⁷⁴ Kleist (nota 38) 81. Si veda l'interpretazione di Regina Ogorek (1988) "Adam Müllers *Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas*", 96-131, 121 e succ.

BIBLIOGRAFIA

- Agamben, Giorgio (1995) *Homo Sacer*, Torino: Einaudi.
- Derrida, Jacques (1985) "Préjugés devant la loi", in: Jacques Derrida (a cura di): *La Faculté de juger*. Paris: Minuit,
- (1990) "Force de loi: Le 'fondement mystique de l'autorité'", *11 Cardozo Law Review*, 919-1047.
- (1991) *Donner le temps*, Paris: Galilée.
- (1993) *Spectres de Marx: l'état de la dette, le travail du deuil et la nouvelle internationale*, Paris: Galilée.
- (1994) *Politiques de l'amitié*, Paris: Galilée.
- (1999) *Le siècle et le pardon*, Paris: Le Monde des débats.
- Durkheim, Emile (1930) *De la division du travail social*, Paris: Presses Universitaires de France.
- Foucault, Michel (1966) *Les mots et les choses*, Paris: Gallimard.
- (1975) *Surveiller et punir: La naissance de la prison*, Paris: Gallimard.
- Goodman, Nelson (1978) *Ways of Worldmaking*, Indianapolis: Hackett.
- Levinas, Emmanuel (1980) *Totalité et infini: Essai sur l'extériorité*, Paris: Les éditions de Minuit.
- (1982) *L'au delà du verset*, Paris: Les éditions de Minuit.
- Lyotard, Jean-Francois (1983) *Le différend*, Paris: Les Editions de Minuit.
- Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Spencer Brown, George (1972) *Latus of Form*, New York: Julian Press.

Walzer, Michael (1984) *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books.

Weick, Karl E. (1979) *The Social Psychology of Organizing*, Reading: Addison-Wesley

