

IL DIRITTO DELLA GIUSTIZIA E LA GIUSTIZIA DEL DIRITTO

Antonio Tomaselli

Sommario

1. La giustizia tra *δίκη* e *lex* 2. La teoria del diritto in equilibrio con quella della giustizia 3. L'equilibrio perfetto di Leibniz 4. Ricostruzione della *δίκη* tra N.Luhmann e A.Baratta 5. Conclusioni

Forse non solo per farla capitolare ma altresì per scongiurarne i pericoli sarebbe bastato un sentimento tanto primitivo e semplice come l'amore, ma quella fu l'unica cosa che non venne in mente a nessuno.

(G.García Márquez, *Cent'anni di solitudine*).

1. La giustizia tra *δίκη* e *lex*

Il percorso che intendo seguire parte dal rapporto tra il diritto e la giustizia innanzitutto dal punto di vista linguistico, ricercando il significato e l'uso che si è fatto di queste parole tra le popolazioni che parlavano greco antico rispetto a quelle di lingua latina, senza trascurare l'influenza che quest'ultima ha poi determinato fino a tutto il periodo moderno. L'importanza di mettere in evidenza questa differenza farà emergere il significato di una nuova maniera che permette di guardare al diritto e al suo funzionamento, nell'ottica di una giustizia che è solo una forma che modella il diritto volta per volta, al mutare delle condizioni ambientali. Da questo punto di vista allora la locuzione *definizione del diritto* viene spesso interpretata come definizione del concetto di diritto; la stessa cosa per la giustizia. Aristotele nella *Metafisica* scrisse che “Socrate aveva smesso di indagare sulla totalità della natura e si dedicava all'etica, dove cercava l'universale e fissava per primo l'attenzione sulle definizioni”¹. La civiltà della Grecia antica allora, è stata la prima a porsi il problema di definire una propria concettualità. L'interrogativo, in cosa consistano “oggetti culturali”² era suscitato fra l'altro dalla circostanza che il greco antico permetteva di sostantivare gli aggettivi ponendo l'articolo determinativo davanti, così che *bellos kálos*, diveniva *il bello* ἡ τὸ καλόν. Tornando alla parola da cui siamo partiti, notiamo allora che

‘diritto’ δίκη contiene la stessa radice dell’aggettivo ‘giusto’ δίκαιος o dello stesso verbo δικάζομαι che ha il significato di fare giustizia, applicare la legge. Contrariamente, in lingua latina invece, *lex* e *iustitia* hanno una radice diversa; nei paesi di lingua inglese si usa sempre la radice *ius* per dire *judge* e *justice*. In quelli continentali invece, si usa dire *droit*, *derecho*, *Recht*; cioè si utilizzano radici diverse e questo mette in evidenza che il senso oggettivo e quello soggettivo del medesimo concetto non combaciano tra di loro, cosa che succede appunto a partire dalle prime civiltà che hanno cominciato a parlare il latino. Questa condizione, che fa parlare di “obliquità del diritto”³, interessa proprio il rapporto tra diritto e giustizia che fa emergere continuamente questa asimmetria che da un lato vede la ‘Teoria del diritto’ occuparsi degli aspetti formali di esso, mentre dall’altro la ‘Teoria della giustizia’ di quelli materiali⁴; “l’analisi e definizioni di nozioni giuridiche generali, e per più versi la stessa metodologia della scienza giuridica, corrispondono al compito che Del Vecchio chiamava logico, coltivato dalla teoria generale del diritto; le teorizzazioni relative alla giustizia a quelle che chiamava deontologico, coltivato dalla filosofia del diritto in senso stretto”⁵. Le popolazioni latine allora, usavano distinguere tra *diritto* e *giustizia* mentre sia prima che durante la vita di Aristotele, l’essenza del diritto si iscriveva in quella della giustizia in maniera tale da far coincidere l’essenza con la sostanza. Se per Aristotele, allora, l’essenza inerisce alla sostanza, ciò significa che essa è sempre una cosa materiale o una parte della realtà che non risiede in un’idea che trascende il mondo, bensì inerisce alle cose stesse. Questa differenza rispetto all’idea platonica, permette allora di poter *oggettivare l’idea* attraverso rappresentazioni mentali di essa; idea, concetto o significato designano entità “nella nostra testa”⁶. L’antica filosofia aristotelica della cosa, si pone come riserva inesauribile di tutto il cognitivismo moderno e contemporaneo perché la *Metafisica* è entrata nel profondo delle nostre menti e forma il più consolidato buon senso o senso comune, cioè quella parte di buon senso *meglio collettivamente distribuito* perché possa attivare conoscenza e apprendimento attraverso processi neurofisiologici; in sostanza il momento conoscitivo deve essere “sufficiente”⁷ ad attivare, volta per volta o caso per caso, la conoscenza. “Per natura gli animali sono dotati di sensibilità, da cui in alcuni casi nasce la memoria, in altri no. Perciò i primi sono più intelligenti e [980b] più capaci di imparare rispetto a quelli che non sanno ricordare. [...] il genere umano vive di attività tecniche e razionali. Negli uomini l’esperienza deriva dalla memoria. Infatti, molti ricordi di un medesimo oggetto confluiscono in un’unica esperienza. [981a] Anzi, pare quasi che l’esperienza sia simile alla scienza e alla tecnica, derivando scienza e tecnica dall’esperienza

umana”⁸. Aristotele allora affida al movimento *bio-cognitivo* della mente, che è conservativo nel senso che pur mutando di forma mantiene integra la propria autonomia funzionale, la facoltà di produrre continuamente immagini diverse che hanno in comune tra di loro una ragione sufficiente alla produzione delle auto-descrizioni stesse. Nel diritto greco antico infatti il ruolo del legislatore era anche quello dei giudici, i quali creavano diritto volta per volta. Questo fa emergere che l’attività ermeneutica contemporanea ha radici antichissime, tanto da coinvolgere la religione stessa, se si pensa sia ad un vero e proprio metodo aporetico di base, che al fatto che tra la fine del VII secolo e l’inizio del VI si vedono pullulare *legislatori νομοθέται*, *arbitri ἄσούμενται* e *pacificatori διαλλάκται*, uomini al di sopra delle parti che ricevono da tutte le componenti sociali il compito di dare un nuovo assetto economico e politico alla πόλις. Questa immagine del rapporto tra giustizia e diritto ha il grande vantaggio, rispetto a quella moderna “di far scaturire l’esigenza della socialità dallo stesso principio che determina nell’individuo la ricerca del proprio utile, senza passare attraverso la finzione del contratto, bensì ritrovando [nella saggezza della monade] nella ragionevolezza della persona, la mediazione attraverso la quale l’amore di sé s’identifica con l’amore degli altri, i fini individuali si esprimono nell’ordine e nel bene della società” [Aristotele 980 a-b; 981 a; corsivo mio]⁹.

2. La teoria del diritto in equilibrio con quella della giustizia

Il rapporto tra il diritto e la giustizia nella civiltà della Grecia antica si è sviluppato senza distinguere tra una Teoria del diritto vera e propria e una Teoria della giustizia. “L’insieme delle opere di Aristotele aveva mostrato la possibilità di un intero sistema della realtà coerente che viene presentato e discusso autonomamente, come un mondo autosufficiente in cui le divergenze e le opposizioni sono un problema tutto interno che solo il procedere filosofico, pienamente padrone di sé, ha il diritto e il potere di dirimere”⁹. Le ultime fasi della filosofia ellenistica sono coincise con la diffusione del Cristianesimo e con l’ascesa di Roma Imperiale e con essa, la nuova cultura cristiana assimilava metodi e problemi sotto la forma di conflitti e mediazioni tra le due culture creando le premesse per gli sviluppi successivi. Se i temi fondamentali del Cristianesimo sono stati il monoteismo, la rivelazione divina e la legge che è frutto del patto stretto da Dio col suo popolo, è di facile comprensione allora che rispetto al politeismo della cultura ellenistica, l’esistenza di un unico Dio pone un ripensamento su tutto ciò che era stato sino ad allora, perché il Dio

cattolico si pone al di sopra della natura che è sua emanazione. Questa *rivelazione* ponendosi in antitesi al periodo precedente determina una frattura che condizionerà tutta la filosofia successiva fino alle declinazioni moderne che non hanno fatto altro che costruire le proprie teorie del diritto indipendentemente da quelle della giustizia. Meglio ancora, S. Agostino sosterrà che la frattura sarà determinata con *il peccato originale* stesso, che a causa della corruzione della natura umana imporrà la ricerca dell'utile e non del giusto, riservando allora alla legge una funzione prevalentemente *coercitiva* tesa a regolare la convivenza pacifica. In linea con la filosofia ciceroniana¹⁰ la giustizia sarà inscritta nel modo in cui Dio ordina e pensa ogni aspetto della realtà, stabilendo ciò che è bene e ciò che è male. "Il Cristianesimo fin dal principio, ha compreso se stesso come la religione del *logos*, come la religione secondo ragione. Non ha individuato i suoi precursori in primo luogo nella altre religioni, ma in 'quell'illuminismo filosofico' che ha sgomberato la strada dalle tradizioni per volgersi alla ricerca della verità e verso il bene, verso l'unico Dio che sta al di sopra di tutti gli dei"¹¹. Posto ciò quindi, si tratta a questo punto di vedere come le popolazioni di lingua latina che si sono succedute alla civiltà classica, col conseguente sgretolamento anche del sistema della *πόλις*, hanno organizzato il rapporto tra diritto e giustizia, riflettendo sulla separazione concettuale tra i due, la quale interessa l'idea, il significato dell'entità nella nostra testa. Da questo punto di vista M. Barberis ha sottolineato l'importanza di riflettere sul diritto dal punto di vista terminologico e concettuale nonché dal punto di vista della cosa. La storiografia giuridica attenta ai dati linguistico-lessicali ha riservato al concetto di *diritto* lo stesso significato del latino classico *ius* da cui giustizia o giurisprudenza. Dal punto di vista concettuale, emerge però la necessità di elaborare una semantica per l'altro termine latino che anziché tradursi in diritto, prende il nome di *legge* cioè *lex* da cui anche *legale*. Questa differenza allora tra *lex* e *ius* sembra acquisire il proposito di *riservare allo ius il compito di individuare tutti gli spazi di libertà*, ha in diverse occasioni sostenuto M. La Torre, *non coperti dalla lex*. Quest'ultimo aspetto si rivela quello maggiormente appropriato, perché permette di rompere la distinzione tra diritto oggettivo e soggettivo nel momento in cui lo *ius*, cioè il senso soggettivo viene derivato da quello oggettivo. Un soggetto ad esempio ha diritto ad una determinata cosa che costituisce un diritto oggettivo, quindi una oggettività che prende forma dal diritto soggettivo, cioè dalla *necessità* soggettiva. Il superamento del dualismo tra diritto soggettivo ed oggettivo allora riduce i diritti soggettivi alle norme del diritto oggettivo che li attribuiscono a un soggetto¹². Infine, rimane da trattare il diritto dal punto di vista della cosa, meglio ancora si tratta di

considerare 'la cosa diritto' come fenomeno culturale e sociale, indagandolo dal punto di vista sociologico e antropologico. Ciò significa che i nostri paradigmi di giuridicità non dipendono dalla natura o dalla ragione, bensì dai modi di ragionare delle istituzioni occidentali che hanno visto nel diritto civile e penale i paradigmi della nostra giuridicità, che prescindendo dalla ragione sviluppano il carattere della contingenza come proprio del diritto moderno, relativo alla nostra storia e alla nostra cultura. Per effetto della tradizione romano-cristiana o meglio delle influenze della religione cattolico-apostolica che si incarnava negli insegnamenti di un unico Dio, il diritto dei Padri della chiesa si immunizzava dai riferimenti *ambientali* giustificandosi solo ed esclusivamente come emanazione divina e quindi giusto; sostanzialmente il problema della contingenza non si poneva affatto. Per questo motivo allora la frattura *epocale* è tra politeismo e monoteismo nei paesi dell'occidente latino perché questa distinzione porta con sé un modo di concepire la società come ordine sociale complesso, di cui si riconosce solo in un unico Dio la possibilità di attuazione. "L'ordine è l'esecuzione di un piano. L'unità dell'ordine viene duplicata idealmente in causa ed effetto. La causa è il Dio della creazione, l'effetto nel quale la causa si fa manifesta è il mondo"¹³. Tutto questo fino al XVI secolo o meglio ancora fino alla diffusione delle opere di T.Hobbes, a partire dal quale l'ordine sociale, che aveva permesso fino ad allora di conservarsi in maniera stabile e incontrovertibile solo ed esclusivamente come disegno di Dio, diventa prerogativa non solo della Chiesa ma soprattutto dell'aristocrazia e della nobiltà terriera che nella maggior parte dei casi ricopre il ruolo di legittimare anche la teologia dogmatica. Sostanzialmente se durante tutto l'alto e il basso Medioevo il mondo era stato creato in un'unica volta come hanno scritto Luhmann e De Giorgi, a partire dal XVIII secolo "il creatore veniva chiamato provvidenza e continuava ancora a crearlo [*il mondo*]"¹⁴. Tutto questo fino a quando la teoria dell'evoluzione, grazie a Darwin, riuscì a pensarsi come teoria della storia o meglio delle forze della storia che agiscono sulla realtà modificandola. Alla creazione teologica si sostituisce quella dell'uomo la quale opera sul piano delle strutture modificandole continuamente in riferimento alle condizioni esterne, che determinano la capacità di raccordare operazioni con altre operazioni pur conservando da una parte la stabilità come carattere immanente attraverso trasformazioni della struttura e garantendo dall'altro un diritto in continuo movimento. Quest'ultimo aspetto del diritto è quello da cui hanno preso forma le riflessioni hegel-marxiste che hanno privilegiato gli aspetti di una giustizia materiale in una società profondamente cambiata che intende riscattarsi da descrizioni feudali di essa. Questa trasformazione nella società che ci porta a

riflettere sul diritto e la giustizia in maniera indipendente l'uno dall'altra, apre la strada ad una differenziazione sociale sempre più accentuata dove le trasformazioni di una struttura che si evolve, abbandonano l'idea di stabilità a vantaggio di ciò che è "fluttuante"¹⁵. Ciò è reso possibile per mezzo del principio del divenire che si fa *spirito* che "si muove in virtù della sua capacità di operare distinzioni fino a raggiungere la sua forma finale assoluta nella distinzione di sé in sé"¹⁶. Le riflessioni allora che si sono sviluppate successivamente al XVI secolo fino a tutto l'Ottocento, hanno descritto il rapporto tra diritto e giustizia in maniera tale da privilegiare gli studi di Teoria del diritto a discapito invece di quelli di Teoria della giustizia che sembravano porre un freno al pensiero sulle possibili alternative del normativismo, dando spazio "alla fede solenne"¹⁷ che mette a tacere anche solo la possibilità di rompere l'identificazione cartesiana tra pensiero e coscienza, permettendo di legittimare soltanto un ordine sociale coerente e capace di tenere sotto controllo la contingenza dell'agire. Questo modello strettamente formale si presenta come capace di risolvere sempre le controversie giuridiche e permette di identificare la Teoria del diritto con quella dell'ordinamento giuridico, come aveva scritto Bobbio, intendendo per concetto di diritto, l'insieme di tutte le norme. La modernità del diritto allora nel momento in cui disegna dei confini al sistema giuridico ne determina anche il proprio oggetto in maniera tale che ogni teoria che avanzi la pretesa della scientificità ha necessità di accertare, interpretare e integrare. Queste caratteristiche che hanno reso operativo il diritto moderno sono quelle che hanno messo da parte l'idea di giustizia, privando il diritto, come molto più tardi scriverà Kelsen della funzione sua propria¹⁸. All'interno di tale contesto assume rilevanza soltanto la *decisione* svincolata da qualsiasi idea di giustizia che ha la sola funzione di rendere decidibile la contingenza, al punto tale che "il rifiuto della decisione equivale al diniego di giustizia e questo alla perdita di funzione del diritto"¹⁹. Questo fu uno dei motivi che spinse più tardi Bobbio a considerare, pur mantenendo la distinzione tra Teoria del diritto e della giustizia "gli studi materiali sul diritto come studi sulla giustizia e quelli di Teoria del diritto come studi sulla forma che elabora a sua volta le varie forme in cui vengono accolti i contenuti studiati ed elaborati da quella"²⁰. L'importanza di quest'ultima prospettiva si coglie nell'acquisizione marxista della concezione della storia e della giustizia.

3. L'equilibrio perfetto di Leibniz

Prima ancora di approdare all'idealismo romantico, nel 1714 Leibniz pubblica i *Principi razionali della natura e della grazia*, con cui anticipa una concezione attiva dell'uomo come

di un essere che ha il compito di perseguire un costante perfezionamento di se stesso. Un anno più tardi con la stampa della *Monadologia*, Leibniz elabora la facoltà e la capacità di pensare una determinata cosa anche quando essa non è sotto i nostri occhi; ciò significa riconoscere alla mente la capacità di *conservare* una determinata idea, ma significa anche che le forme di esprimere il mondo diventano infinite. La costruzione di Leibniz è importante perché descrive un modello di società che riesce a strutturare le idee, cioè le entità mentali che devono rappresentare la cosa diritta come perfetta. Si può esprimere questa struttura anche dicendo che Dio non opera sulle idee, ma con esse; il suo pensiero fa esistere le idee ed il suo operare è un combinare le idee tra di loro, un calcolare. Se si astrae il modello di Leibniz da una rigida idea di perfezione, cosa che per altro lo stesso Leibniz aveva fatto quando aveva riconosciuto con i *Nuovi saggi sull'intelletto umano* la possibilità di rappresentazioni di cui il soggetto non è consapevole, diventa possibile descrivere la giustizia come perfettamente adeguata ad un modello, sganciando il concetto di perfezione da un significato *geometrico* o comunque ineccepibile quanto a esattezza o a logicità. Questa tesi si desume anche dalla *Monadologia* dove si parla esplicitamente di gradi diversi di perfezione in riferimento “al mondo attuale come il più perfetto possibile [...] dove tutti i possibili pretendono l’Esistenza nell’Intelletto divino in proporzione al loro grado di perfezione”²¹. Il pensiero di Leibniz inoltre è importante perché pone le basi per la futura logica matematica, che riprendendo la logica tradizionale aristotelica, viene agganciata al concetto di *calcolo* che era stato già presentato nel 1655 nel *De corpore* da T.Hobbes, indicando con esso lo strumento principale e il tratto distintivo della filosofia e della scienza in generale. Egli identifica ogni possibile forma di ragionamento con un calcolo di addizione e sottrazione, affermando che esso non si riferisce solo a numeri, bensì a grandezze, corpi, moti, tempi, azioni, discorsi, nomi; ad esempio, la mente forma il concetto di uomo sommando tra loro le idee denominate con i nomi ‘corpo’, ‘animato’ e ‘razionale’. A questo punto, riprendendo il concetto di giustizia come carità del saggio del 1677-78 prendiamo consapevolezza del fatto che la giustizia di Leibniz “si lascia graduare in ragione del merito dell’oggetto [...] pronti, anzi desiderosi di mostrare con l’operare medesimo, non appena se ne presenti l’occasione e nei limiti in cui le circostanze lo consentono, la nostra eccellente disposizione verso ciascuno, tenuto conto del merito”²². Il modello allora di Leibniz presenta una perfezione che non è precostituita alla realtà sociale, bensì essa si costituisce sempre in riferimento continuo a ciò che può giovare o viceversa alla società, in maniera tale che quanto più uno eccelle per pietà o saggezza, tanto maggior potere egli merita. Questa

proporzione viene misurata sempre anche in considerazione della capacità contributiva dei cittadini, per cui può accadere che una stessa imposta possa risultare sopportabile al ricco mentre rovinerebbe il povero. In una lettera del 1706 a Basnage²³, Leibniz raccoglie i principi della sua filosofia in relazione all'idea di sistema, avvertendolo sull'esigenza di pervenire all'unità di soggetto e oggetto, ossia di stendere una rete di relazioni tra soggetto e mondo in chiave di sistema. Il grande merito che bisogna riconoscere allora a Leibniz è quello di aver dissolto il rapporto anzidetto prima ancora che lo facesse la dialettica hegeliana, per cui l'ordine oggettivo dei rapporti gerarchici sussistenti negli oggetti, corrisponde all'ordine ideale formato da un insieme di pensieri. Il limite della costruzione di Leibniz viene ripreso nell'idea di C.Wolff²⁴ secondo cui la perfezione dell'agire dell'uomo risolve da una parte il problema della contingenza attraverso la stabilità del naturale consenso, mentre dall'altro la sua *ratio* si manifesta nel raggiungimento della finalità o dello scopo, così che ci accorgeremmo che “questa combinazione tra formula della stabilità e formula dello scopo è da considerarsi superata, al suo posto subentra lo strumentario concettuale di una teoria dei sistemi di tipo nuovo, riferita all'ambiente”²⁵. Su questo punto R. De Giorgi ha individuato la distanza rispetto a quelli che saranno gli sviluppi del suo pensiero; scrisse infatti che “la perfezione [*dal punto di vista di Leibniz*] è razionalità relativa ai soggetti e la giustizia è misura secondo la quale si realizza la perfezione dei singoli”[De Giorgi, R. 1981; corsivo mio]²⁷. Il diritto e la giustizia vengono tenuti al riparo da qualsiasi rischio che potesse mettere in discussione la propria perfezione²⁶, per cui soltanto l'affermarsi di un mutamento delle condizioni ambientali avrebbe portato il modello della perfezione ad una auto-dissoluzione attraverso l'introduzione di nuove variabili e quindi di nuovi modelli. Sostanzialmente i modelli di perfezione non sono altro che modelli di realtà che ciascuno può contenere tenendo conto del grado di perfezione di tutti gli altri modelli che rappresentano l'universo e lo rispecchiano, secondo il punto di vista determinato dai loro propri corpi.

4. Ricostruzione della δίκη tra N.Luhmann e A.Baratta

Abbiamo visto fino ad ora come *il modello della perfezione* risolva il problema della giustizia e del diritto; sostanzialmente Leibniz sostiene che la *perfettibilità* del diritto determina anche la sua giustizia. Nonostante ciò non possiamo sottovalutare il fatto che il diritto non svolga soltanto la funzione di regolatore dell'ordine sociale per il quale privilegia

soprattutto il carattere sanzionatorio di sé, bensì le sue strutture normative sono strutture di regolazione della contingenza dell'agire che sino ad ora non hanno permesso di riflettere sulla giustizia dal punto di vista sociologico, ma solo con afflato metafisico riducendo nella maggior parte dei casi la giustizia a legalità. Tralasciando solo per ora quest'ultimo aspetto possiamo allora sostenere che parlare di giustizia necessita sempre il riferimento al diritto sia nell'ottica del *fine* delle strutture normative che in considerazione del ruolo *fondante* del diritto stesso. Al rapporto tra giustizia e diritto, che nella separatezza delle due questioni si limitava ad indagare solo l'essenza di una e dell'altro, diviene importante porre a fondamento della questione l'interazione tra la struttura di uno e la contingenza dell'agire sociale, osservando la questione in rapporto con una teoria sociologica del diritto²⁷. La dissoluzione invece della giustizia nella legalità che ha portato avanti Kelsen arrivando a sostenere che essa è solo un *ideale irrazionale*, nonostante abbia avuto il merito di descrivere una teoria del diritto caratterizzata dalla completezza, poneva un grande rischio: quello per cui diventava necessario trovare volta per volta una soluzione capace di organizzare la forma migliore della società. Il problema kelseniano della giustizia si apre a due differenti questioni; una è quella di determinare un ordine stabile all'interno della società in grado di garantire pace sociale, l'altra è quella che aggancia il discorso morale quale virtù soggettiva determinata da fattori emozionali ed inaccessibile ad una conoscenza razionale. Da questo punto di vista, come ha messo in evidenza R. De Giorgi²⁸, l'ipotesi kelseniana sulla giustizia costituiva una acquisizione rischiosa perché poteva legittimare qualsiasi ordine, anche uno ingiusto. Ed è soprattutto per questo motivo allora che è stato ripreso quanto scrisse Aristotele a proposito della possibilità di intendere la giustizia quale virtù suprema. Nell'*Etica* di Aristotele infatti è possibile leggere che “quando si è amici, non c'è alcun bisogno di giustizia, mentre, quando si è giusti, c'è ancora bisogno di amicizia”²⁹. Nella stessa direzione Kelsen invece scrisse che “ora, stabilire la concordia, vale a dire la pace piuttosto che la giustizia, è l'essenza dello Stato e la pace non la giustizia è il fine principale del legislatore”³⁰. In questo contesto emerge “il fascino”³¹ della proposta di Luhmann che nel momento in cui prende a riflettere sul pensiero di Aristotele conduce la Teoria del diritto all'interno di quella della giustizia, in maniera tale da riprendere la semantica da cui eravamo partiti, riformulandola però nel contesto successivo a quello moderno. Nel VI libro *dell'Etica Nicomachea* il pensiero pratico di Aristotele descrive come fine dell'azione la scelta, quale desiderio dell'uomo pensante; scelta che non può essere tale se non presuppone la possibilità della contingenza, perché “nessuno delibera su

ciò che non può essere diversamente”³². L’ipotesi di Luhmann allora è stata l’unica che ha saputo indagare sulla giustizia non attraverso la riproposizione di una concettualità moderna o per mezzo di modelli incapaci ad interagire con la complessità della società che si risolvevano in un’opera di occultamento delle differenze, ma egli ha avuto il merito di risolvere la questione nel quadro di una teoria sociologica che prende in considerazione le strutture del diritto e la contingenza dell’agire sociale³³. Rispetto a qualsiasi Teoria della giustizia che si è sviluppata prima o dopo alla Teoria dei sistemi sociali di Luhmann, essa non ha pretese universalistiche e non vuole convincere nessuno sulla propria bontà, non pensa di poter realizzare la felicità per tutta l’umanità, tantomeno di sconfiggere la fame nel mondo o di organizzare un mondo pacifico dove ognuno ha la possibilità di realizzare se stesso. Per Luhmann la giustizia rappresenta né più né meno che una maniera di operare del sistema del diritto il quale deve tenere conto principalmente dell’ambiente all’interno del quale esso effettua le proprie operazioni di distinzione. L’influenza che l’ambiente sociale esercita sul sistema della giustizia del diritto è fondamentale per spiegare le continue forme dell’evoluzione di esso. L’osservatore nel momento in cui si trova a decidere privilegia sempre una parte della distinzione rispetto ad un’altra ma tale scelta è fortemente influenzata dall’ambiente sociale di riferimento all’interno del quale l’osservatore deve poter decidere. È per questo che rispetto al modello della perfezione di Leibniz e a tutte le teorie della giustizia che hanno privilegiato come punto di riferimento l’uomo, la teoria sociologica di Luhmann parte sempre dall’ambiente, dall’osservazione della realtà, dal suo bisogno di trasformazione o di quella risorsa di giustizia sufficiente ad ‘adeguare’ la complessità del proprio sistema, in questo caso del sistema del diritto all’ambiente sociale, al fine di un decidere consistente. Ciò che è veramente geniale in questa teoria, sta nel fatto che l’operazione della decisione adeguata viene compiuta da un determinato osservatore tutte le volte che gli si presenta un caso, all’interno della propria mente, attivando i processi neurofisiologici del cervello di conoscenza e apprendimento. Da questa angolazione è possibile guardare oggi anche all’opera di Aristotele che partendo dalla nozione di *mimesis* e quella di *verosimile* ci consegna una visione originale dell’animale umano, che ruota intorno alla capacità di vedere le somiglianze che è una attività cognitiva essenziale per la conoscenza. Servendosi delle due arti produttrici di immagini per eccellenza cioè la *Poetica* e la *Retorica*, Aristotele individuò il metodo di costruzione di immagini che volta per volta si configurano come vie verso un sapere valido e *verosimile*. Egli lo trovò nella poesia ed in particolare nel genere tragico di essa perché rappresentava la forma più compiuta di poesia

che racconta fatti singoli così come ad esempio fa la storia ma nella loro portata universale; “lo storico e il poeta non si distinguono nel dire in versi o senza versi; si distinguono invece in questo: l’uno dice le cose avvenute, l’altro quali possono avvenire. Perciò la poesia è cosa di maggior fondamento teorico e più importante della storia perché la poesia dice piuttosto gli universali, la storia i particolari”³⁴. Riprendendo allora quanto abbiamo detto a proposito di Luhmann e alla sua concezione della giustizia e del diritto, possiamo tranquillamente sostenere che egli abbia riconciliato il diritto con la giustizia in maniera tale da far coincidere l’aggettivo giusto con il termine giustizia o meglio il sostantivo diritto con l’aggettivo diritto, problema da cui siamo partiti ed al quale siamo ritornati grazie all’idea di Luhmann di privilegiare l’osservazione empirica dell’ambiente come presupposto per una decisione che sia consistente al caso trattato. La scoperta della complessità adeguata o di una *giustizia come formula della contingenza* così come è stata chiamata da Klaus A. Ziegert appare tuttavia tutt’altro che lieta, perché vincola ad una scelta in condizioni di incertezza riproponendo il modello della tragedia classica del IV-V secolo a.C. durante le quali venivano raccontati degli eventi, un intreccio di fatti realmente accaduti o che sarebbero potuti accadere, che non avevano solo una funzione conoscitiva ma anche di ‘formazione morale del cittadino’ che Aristotele riteneva possibile suscitare attraverso l’osservazione dello spettatore che elaborava nella propria mente una capacità riflessiva che gli permetteva di provare sentimenti di pietà o terrore utili a comprendere dall’esterno la violenza delle emozioni per meglio controllarle. Complice di questa stessa prospettiva B.Brecht nel *Breviario di estetica teatrale* (Zurigo 1948) scrisse che *quello che secondo Aristotele gli antichi facevano fare alle loro tragedie, non era dunque cosa né più eletta né più vile che di ricreare la gente. Esigere di più dal teatro, o concedergli di più, è deprezzare il suo vero fine*. La scienza giuridica di Luhmann e quella che si è sviluppata dal suo stesso insegnamento, ci ha portati a riflettere su ciò che dopo il diritto greco antico ha condotto la *jurisprudencia* o lo *ius* dei romani al diritto medievale e moderno come *directum* o in volgare diritto. Widar Cesarini-Sforza disse che *denominiamo diritto una entità concettuale che riteniamo sia quella medesima che i Romani denominavano ius*. Il grosso limite di questa concezione si è risolto nella separazione della teoria del diritto da quella della giustizia sottraendosi alla prospettiva luhmaniana. Il modello appunto del diritto positivo e delle decisioni predeterminate al caso pratico è quello che ha prevalso durante tutto il XX secolo conservando il carattere della positività in ogni decisione purchè non andasse oltre i confini del diritto, che li concepiva però come trasformabili nel tempo. Il problema che il

diritto positivo poneva ha trovato nella complessità adeguata e in quello della giustizia dal punto di vista di A.Baratta un punto comune nel concetto di *equità* al quale poter fare riferimento. In realtà tale modello ha trovato notevoli riscontri prima di tutto nelle opere di Leibniz per il quale abbiamo legittimato posizioni vicine all'idealismo hegel-marxista, poi in A.Baratta e Luhmann. A questo punto non si tratta ora di indicare un modello migliore di un altro, ma di sottolineare il punto comune tra tutti in quel mondo 'classico' di intendere il filosofare di cui Parmenide ci ha lasciato un formidabile paradigma nel terzo frammento del suo *Poema sulla natura*, dove dice che *lo stesso è pensare ed essere* (*'το γάρ αυτό νοεῖν ἐστίν τε καὶ εἶναι*) per cui la vera conoscenza non deriva dai sensi ma nasce dalla ragione pensante quale via maestra per cogliere la verità dell'Essere. L'identità di soggetto ed oggetto per Parmenide si risolve nel momento in cui è sempre l'essere a muovere il pensiero; ragion per cui il fatto stesso che si pensi, significa sempre che si debba pensare qualcosa. Tale identità immediata avvicina Parmenide alla dimensione mistica della filosofia orientale, punto quest'ultimo, sul quale ha riflettuto molto E.Severino. Questo aspetto allora è il punto comune per cui "tutti quanti avvertono l'esigenza di stendere una rete di relazioni tra soggetto e mondo in chiave di sistema"³⁵. Quindi è possibile rilevare fino a questo momento tre acquisizioni comuni ai pensatori citati: una è quella di rottura (meglio ancora di dissoluzione di uno nell'altro) del rapporto soggetto-oggetto, l'altra quella volta a 'raccontare' la storia della giustizia del diritto all'interno di un sistema circolare autonomo che parte da sé e si conclude con se stessa, ed infine abbiamo visto come questo racconto della giustizia del diritto parta dalla filosofia greca antica e si snodi nel corso del tempo per tornare sempre al modello 'classico' come riferimento comune dei filosofi richiamati. Per questo motivo la storia assume un nuovo ruolo all'interno del dibattito scientifico; un ruolo alla quale non le si addice più quello di depositaria di aneddoti, come quello dello sviluppo scientifico in un continuo processo di accrescimento. Il rifiuto di una concezione lineare e cumulativa della storia è stato condiviso sia da Popper che da Kuhn e questo è importante soprattutto se pensiamo che nel 1962 W.Maihofer con *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* ha tematizzato una distinzione che trova nella giustizia sociale la sua unità: quella tra legge e diritto, per cui *il diritto non è la legge. Il diritto è l'espressione della giustizia. La giustizia è il senso del diritto. Bisogna ricercare il senso del diritto e realizzarlo nella storia come esistenza materiale della giustizia*. Questo spiega il rifiuto di una semantica lineare che in quanto tale si proietta sempre in avanti rifiutando di osservare quanto è accaduto prima. Tirando le fila dello sviluppo della Teoria del diritto e della giustizia soprattutto a seguito

dei totalitarismi europei che avevano trovato alimento in un diritto strettamente formale, si è diffusa sempre di più l'idea di poter vedere in un giurista non più un funzionario, ma innanzitutto una persona dando la possibilità al diritto appunto di acquisire un volto più umano, aspetto che diverrà un vero e proprio *leitmotiv* della scienza giuridica tedesca prima, per poi trovare fortuna in Italia come *Natura del fatto* con A.Baratta che indicherà la radice normativa non nell'oggetto prodotto bensì nell'atto stesso, in quella dialettica che costituisce volta per volta oggettività e che la determina in rapporto alla situazione storica. È questo particolare aspetto della filosofia di A.Baratta che saldando il rapporto tra soggetto e oggetto non fa dipendere più giustizia e diritto dalla rivelazione o dalla tradizione ma dalla propria e autonoma interpretazione del mondo. Rispetto alla Teoria del diritto e della giustizia di Luhmann, l'opera di A.Baratta non solo condivide l'analisi funzionalista ma pare anche privilegiare una prospettiva di indagine più attenta ai rischi e ai metodi di prevenzione o soluzione di essi³⁶. A questo punto di contatto tra Baratta e Luhmann vi è da aggiungere poi la distanza che entrambe le concezioni della giustizia pongono rispetto alle teorie contrattualistiche come quella di Rawls. Il contrattualismo infatti si è rivelato essere solo in rapporto tra bianchi, proprietari, maschi e adulti con nessun'altro obiettivo che quello di emarginare e dominare gli stranieri, i diseredati, le donne e i bambini. Sostanzialmente a partire dal XVI secolo la teoria contrattuale si è sviluppata nell'interesse della convivenza dell'intera società sottolineando il primato che aveva la politica sull'economia; per questo tra i presupposti evidenti della dottrina aristotelica sulla giustizia figurava l'assunto secondo il quale "l'agire economico si svolge in contesti situati al di sotto del livello al quale si era costituita la società politica. Aristotele aveva senz'altro ragione ad assoggettare l'agire economico alle istanze della giustizia e ad esigere dal diritto la limitazione di questa tendenza nell'interesse della convivenza della società intera"³⁷. Il limite tuttavia della indagine aristotelica si è ravvisato moltissimi secoli dopo, nel fatto che il contrattualismo del XVI secolo mascherava un contratto atipico 'asimmetrico' meglio conosciuto come 'patto', e che il primato che aveva la politica è stato sostituito con quello dell'economia al punto tale da sganciare sempre di più il sistema del diritto da quello della giustizia che non può essere compresa se la osserviamo come eguaglianza in una relazione di scambio o in una di distribuzione. Per questo motivo Baratta ha potuto allora scrivere che "il contratto sociale è stato qualcosa di fundamentalmente differente da un contratto universale comprendente tutti gli esseri umani che sarebbero stati uguali tra loro nella potenziale qualità di parti contraenti e di cittadini, che senza passare attraverso la finzione del contratto"³⁸, ritrova nella saggezza

e nella ragionevolezza della persona, la mediazione per un diritto equo e non nella ricerca del proprio utile. A questo punto ciò che costituisce un limite della teoria di Leibniz rispetto a quella di Luhmann e Baratta, è determinato soprattutto dalla assenza di una analisi economica che a metà del XX secolo si chiamerà sistema dell'economia capitalista. Quest'ultimo sistema si caratterizzerà per il fatto di non piegarsi alla forma concettuale della perfezione, perché il codice binario del denaro è schematizzato tra l'averlo e il non averlo, generando ingiustizie in forme sempre nuove. Sostanzialmente Leibniz non aveva preso in considerazione il sistema dell'economia, limitando la propria ricerca in un contesto ancora troppo intriso dalla cultura illuminista volto a dare una rappresentazione 'geometrica' che soltanto nel pieno del romanticismo assumerà invece una importanza determinante. Proprio su questo piano invece si gioca la comunanza di vedute di Luhmann con Baratta, dove quest'ultimo soffermandosi appunto sull'analisi economica della società, distingue una giustizia 'universale' che segue la ragione e modera le passioni, da una 'particolare', che riprendendo la distinzione aristotelica tra commutativa e distributiva ripropone il modello di uno Stato centralizzato capace in primo luogo di assicurare i bisogni fondamentali attraverso una politica del lavoro che in un secondo momento consenta di avviare equi rapporti di distribuzione.

5. Conclusioni

Per concludere possiamo allora evidenziare alcuni punti fermi: bisogna riconoscere innanzitutto un grosso merito alla scuola luhmaniana, quello cioè di insistere a *raccontare* il diritto all'interno del *labirinto* della complessità sociale, rifiutando quindi di adagiarsi su modelli lineari come quelli del diritto moderno che permettevano di risolvere ad esempio i problemi della giustizia occultandoli. La *Teoria dei sistemi sociali* invece non va alla ricerca di una legittimazione esterna a se stessa, ma trova nella comprensione di sé quel meccanismo capace di legittimarsi da solo come abbiamo visto quando abbiamo fatto riferimento alla *mimesis* di Aristotele come attività *biocognitiva*. "Ogni comprendere ha a che fare con strutture circolari che in se stesse rinviano a se stesse"³⁹. Essa è comprensione che si sviluppa tra determinatezza e indeterminatezza attraverso un processo continuo che non trova mai fine. Ed è proprio per questo che il pensiero di Luhmann è importante; egli non resta sul versante delle ontologie, della morale o dei diritti umani bensì va oltre questo confine, lo attraversa segnando una distinzione rispetto "al versante di quella barbarie del pensiero moderno che vede la realtà, il diritto, l'essere, il dover essere, i principi"⁴⁰. Non è

un caso quindi che nel raccontare il tema che è stato presentato abbia scelto di iniziare dalla civiltà greca classica, affinché potessi presentare la struttura circolare dell'autoreferenza del diritto della giustizia. Sostenere posizioni come quella di Luhmann sul rapporto tra diritto e giustizia trova ovviamente scontenti la maggior parte dei giuristi, perché significa ripensare in primo luogo al problema delle fonti del diritto ed in secondo luogo getta un'ombra su tutto il diritto moderno di derivazione romanistica perché esso si è sempre presentato come 'già deciso' nei codici e non come una realtà da costruire ogni volta al presente partendo dalle condizioni ambientali. Questo aspetto che fa apparire *triviale* il diritto sistematizzato contemporaneo in alcuni casi arriva a riflettere un vero e proprio passaggio dalla tragedia antica al grottesco della commedia moderna. Rispetto al 'diritto vivente' ellenistico, quello che comincia a raccogliersi nelle *institutiones giustinianee*, tende sempre di più ad allontanarsi dal 'mondo della vita' per assumere quei caratteri che nel corso dei secoli lo porterà a sviluppare tutta quella semantica alla quale ancora oggi facciamo costantemente riferimento. È qui pertinente ricordare un episodio accaduto al grande processualista P. Calamandrei, che questi non ha mai divulgato, limitandosi a confidarlo a S.Satta, che poi lo ha reso di pubblica ragione⁴¹. Era accaduto che Calamandrei, in viaggio a Londra, era andato a far visita al presidente di quella Corte d'appello, il quale gli aveva chiesto: *So che Lei, oltre che avvocato, è anche professore dell'Università di Firenze. Quale materia insegna? C. Insegno diritto processuale civile*. Il presidente ebbe un attimo di esitazione; poi domandò: *in che cosa consiste questo diritto processuale civile?* A Calamandrei parve un'ottima occasione per decantare, ad un interlocutore ignaro, le alte vette raggiunte, in Europa continentale, dalla dottrina del processo; e cominciò coll'illustrare i concetti di giurisdizione e di azione, dai quali poi discendevano tutti gli altri. Il Presidente lo ascoltò con attenzione, poi gli domandò: *Ma con questa vostra scienza del processo voi riuscite a fare sentenze migliori delle nostre?*. A questo punto, riferì Calamandrei a Satta, *decisi di cambiare subito discorso*⁴². Quest'ultima esperienza che ho voluto raccontare è fortemente significativa allora della necessità di ripensare al diritto e alla giustizia non tanto da un punto di vista strettamente formale ma nei termini stessi appunto con cui il teatro greco ci ha raccontato *storie di vita quotidiana* come nel teatro di *Sofocle* dove i personaggi si scontrano e soffrono tra di loro in nome di una *δίκη* che non dice mai di se in cosa consista⁴³. Da questo punto di vista la figura dell'eroe di Sofocle non è quella del personaggio che con coraggio lotta contro le avversità del mondo, bensì il teatro sofocleo è fatto da personaggi che soffrono e non nascondono questa sofferenza. L'*Elettra* ad esempio è tutta basata sulla

sofferenza di un personaggio, che nonostante agisca, accetta consapevolmente un destino di dolore, che non vuole nascondere, ma renderlo manifesto come fa *Antigone* nel momento in cui va a morte e piange, chiamando a testimone tutta la natura circostante e i fiumi di Tebe perché vedano la sua sofferenza, quella che spetterebbe a chiunque volesse seguire la legge divina. L'importanza della tragedia sofoclea ruota tutta attorno ad una certezza: ci rappresenta di essa sempre il tema della condizione dell'uomo che per motivi personali, o di coscienza o che dipendono dalla natura sua stessa entra in conflitto con la collettività, come *Aiace*, brutalmente escluso dall'esercito o *Filettote* abbandonato su un'isola. Queste 'storie di giustizia' sono storie che si ripropongono sempre perché ad esempio quella di *Aiace* si racconta ogni giorno sotto forma di cronache di vite di soggetti privati della dignità del lavoro che trovano conforto nella morte, o cronache che riportano alla mente la storia di *Filettote*, quando coppie di anziani dimenticati dalle istituzioni, si abbandonano a se stesse.

1
2
3
4
5
6
7
8
9

¹⁰1.Aristotele, *Metafisica*, tr. It in *Opere*, ed. Laterza, Roma-Bari, vol. VI, 1992, p. 26 [987 b 1-4].

2.M.Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, ed. Giappichelli, Torino 1998, cit.p. 81; Luhmann-De Giorgi, *Teoria della società*, ed. FrancoAngeli, Milano 2003, pp.169-246; F.Calabro, *Incertezza e vincolo, il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann*, ed. PensaMultimedia, Lecce 2007, pp. 107 ss.

3.F.Galgano, *Tutto il rovescio del diritto*, ed.Giuffrè, Milano 2007, cit.p.17.

4.Nel 44 a.C. Cicerone pubblica il *De natura deorum*, in cui sebbene non si esprima categoricamente, pare che non creda al politeismo, oppure pare che come gli stoici consideri gli dei come nient'altro che emanazione del Dio unico che lo concepisce all'origine di tutto.

5.La distinzione tra teoria del diritto e della giustizia trova ancora oggi numerosi sostenitori. Uno di questi in Italia è sicuramente stato N.Bobbio che attraverso tutta la sua produzione scientifica ha sempre distinto gli studi di teoria del diritto, riconoscendosi in un normativismo che intende per diritto non una sola norma bensì l'insieme dell'ordinamento giuridico stesso sulla stessa scia di Kelsen. A questi studi Bobbio aggiungeva quelli di teoria della giustizia, pur riconoscendo che le ricerche in questo campo avevano bisogno di passare dal piano teorico a quello pratico attraverso lo studio dei criteri usati da popoli diversi per stabilire il giusto dall'ingiusto. Lo studio del diritto infine per Bobbio non poteva prescindere dalla nozione di scienza giuridica e sui suoi rapporti con le altre scienze. Entrambe queste direzioni di osservare il diritto, con la teoria dei sistemi sociali di Luhmann, saranno trattate in maniera tale da includere la teoria della giustizia nella teoria del diritto; e infine riconoscendo il valore scientifico attraverso un'analisi del diritto empirica, che parte dall'osservazione dell'ambiente.

6.N.Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. Comunità, Milano 1965, cit.p. 38; M.Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, ed. Giappichelli, Torino 1998, cit.p. 224.

7.Cfr. P.F.Strawson, *On Referring*, in *Mind*, 1950, p.327 "to talk about the meaning of an expression is not to talk about its use on a particular occasion, but about the rules, habits, conventions governing its correct use".

8.Cfr. Leibniz, *Monadologia*, ed Bompiani, Milano 2001, p.39. Tra il 1684 e il 1686 Leibniz chiarisce il principio di ragione sufficiente con la pubblicazione negli *Acta Eruditorum* di ottobre del *Nuovo metodo per i massimi e i minimi*; in novembre sulla stessa rivista pubblica le *Meditazioni* sulla conoscenza, la verità e le idee, in cui fissa le linee fondamentali della sua gnoseologia. Nel 1686 attacca la fisica cartesiana e in particolare il principio di conservazione del moto, a cui Leibniz contrappone la "forza viva". Il principio di ragione sufficiente allora, è tale da consentire alla 'monade' di attivarsi autonomamente in maniera appunto "sufficiente a rappresentare l'universo secondo il proprio punto di vista, che è regolato così come è regolato l'universo stesso"; Leibniz, *la giustizia*, (a cura di) A.Baratta, ed. Giuffrè, Milano 1967. A.Baratta ha ritenuto la 'giustizia universale' dal punto di vista di

Leibniz come quella che supera i limiti e le contraddizioni dei suoi due aspetti: quello particolare e quello commutativo. “Essa non è tanto il superamento quanto piuttosto la sintesi dialettica dell’antitesi immanente alla giustizia umana. Gli elementi di questa sintesi, lo *jus strictum* e l’*aequitas* non sono per questo meno reali della giustizia universale, della *pietas*. Lo *jus strictum* e l’*aequitas* restano compresi nella giustizia universale come momenti autonomi e necessari della sua realtà”(Avvertenza p.VIII di A.Baratta).

9.Aristotele, *Op. cit.* (980 a,b-981 a). Il termine ‘tecnica’ *τεχνη* usato da Aristotele ha il significato di arte, abilità, professione o mestiere.

10.A.Baratta, *Op. cit.* p. IX.

11.G.Fioravanti, *La ‘Politica’ aristotelica nel Medioevo: linee di una ricezione*, Rivista di storia della filosofia, n.52 (1997) pp. 17-29.

12.J.Ratzinger, *L’europa nella crisi delle culture*, ed.Cantagalli, collana Radici n.3, 2005.

13.Cfr. H.Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960) trad. it. *Dottrina pura del diritto*, ed.Einaudi, Torino 1966, p.42 e pp. 215-216.

14.De Giorgi-Luhmann, *Teoria della società*, ed. FrancoAngeli, Milano 1991, cit.p. 170.

15.*Ibidem*, cit.p. 171.

16.*Ibidem*, cit.p. 175.

17.*Ibidem*, cit.p. 173.

18.Cfr. P.Schwerdtner, *Rechtstheorie*, 2 (1971), pp. 242; N.Luhmann, *La differenziazione del diritto*, ed Mulino, 1990, cit.p. 318.

19.Cfr. H.Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in id., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, pp. 355-444; N.Luhmann, *Ibidem*, cit.p. 318 ss.

20.*Ibidem*.

21.N.Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. Comunità, Milano 1972, cit.p. 47.

22.Leibniz, *Monadologia*, ed. Bompiani, Milano 2001, II, [47-51] cit.p.49.

23.Leibniz, *Giustizia* (a cura di) A.Baratta, ed. Giuffrè 1967, cit p. 22

24.Leibniz, *Saggi filosofici e lettere*, ed. Laterza, Bari 1963 (*Lettera a Basnage sulle difficoltà trovate dal Bayle nel “Nuovo Sistema”* 1968). P.243.

25.Ch.Wolff, *Philosophia prima sive Ontologia* (ristampa della 2° ed. 1736, Darmstadt, 1962, § 503).

26..N.Luhmann, *La differenziazione del diritto*, ed. Il Mulino, Bologna 1990, cit.p. 322.

27Cfr. Quaderni Piacentini n. 8 (1983) pp.25-47; R. De Giorgi, *Perfezione, contratto e consistenza del decidere*.

28.C’è da dire che Leibniz pubblicò il *De arte combinatoria* nel 1666; erano gli anni in cui si diffondeva in europa l’idea che il mandato dei sovrani fosse di derivazione divina da esercitarsi illimitatamente. In una europa lacerata da miseria e pestilenza che evocava immagini di terrore e punizione divina come nell’alto medioevo, il modello dell’assolutismo monarchico di Luigi XIV trovò circostanze favorevoli. Egli disegnò una struttura centralizzata dell’amministrazione dello Stato, con il solo fine di assicurare ordine sociale, riducendo la stratificazione della società ed affidando l’amministrazione della giustizia ai cosiddetti *intendenti* che la esercitavano in nome del re,

reprimendo disordini e controllando le attività di nobili e prelati. Questa struttura ha il limite di disegnare un rigido immobilismo che trascura alcuni aspetti nelle opere di Leibniz che lo riconosceranno come precursore del Romanticismo; ad esempio il concetto di ‘forza viva’ o il riconoscimento di ‘sottili’ realtà rispetto a quella che riuscivano a vedere e a vivere.

29.Cfr. R.De Giorgi, *Materiali per una teoria sociologica del diritto*, Bologna 1981.

30.Cfr. R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione*, PensaMultimedia, Lecce ult ed.

31.Aristotele, *Etica a Nicomaco*, libro VIII, 1155a vv.27-30.

32.H.Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p.35 ss.

33.L’espressione è di R. De Giorgi, Quaderni Piacentini n.8/1983.

34.Aristotele, *Op. cit.* libro VI, v. 14.

35.Cfr. R. De Giorgi, *Materiali per una teoria sociologica del diritto*, Bologna 1981.

36.Aristotele, *Poetica*, 9, 1451a 36-b7.

37.Leibniz, *Monadologia*, ed. Bompiani, Milano 2001, cit.p.8, Introduzione (a cura di) S.Cariati.

38.A tale proposito mi compiaccio di mettere in evidenza quanto R. De Giorgi ha raccontato nell’introduzione ai volumi *Il diritto e la differenza* editi a Lecce da PensaMultimedia. Nella raccolta di scritti in onore di A.Baratta sono stati anche raccontati gli ultimi anni di vita del filosofo genovese, che dopo aver deciso di trascorrerli nel Sud d’Italia, circondato dall’affetto dei suoi allievi, R.De Giorgi, C.Messner. L.Petroni, amava trascorrere il tempo facendosi raccontare il fascino del pensiero di N.Luhmann, senza sottrarsi all’ultimo suo impegno accademico come componente del Centro Studi sul rischio dell’università del Salento, fondato su un progetto della fruttuosa collaborazione tra Luhmann e A.Baratta.

39.N.Luhmann, *La differenziazione del diritto*, ed. Il Mulino, Bologna 1990, cit.p. 323-324.

40.G.W.Leibniz, *La giustizia* (a cura di) A.Baratta, ed. Giuffrè, Milano 1967, cit. in Avvertenza, p. IX

41.N.Luhmann, *Law as a social system*, Oxford University Press, 2004.

42.R.De Giorgi, *Presentazione, Incertezza e vincolo* di F.Calabro, ed. PensaMultimedia, Lecce 2007, cit.p. 9.

43.F.Galgano, *Tutto il rovescio del diritto*, ed. Giuffrè, Milano 2007, cit.p.255.

44.S.Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 140.

45.E.Medda, *La forma fonologica. Ricerche su Omero e Sofocle* (“Studi di Lettere, Storia e Filosofia pubblicati dalla Scuola Normale Superiore di Pisa” XXXV) Pisa 1983.

11

12

13

RIFERIMENTI

-Aristotele, *Metafisica*, ed. Bompiani, Milano 2000.

- Aristotele, *Poetica*, ed. B.U.R. Milano 1994.
- Aristotele, *Etica a Nicomaco*, ed. Latarza, Bari 1999.
- Barberis, M. *L'evoluzione del diritto*, ed Giappichelli, Torino 1998.
- Bigliazzi Geri, L., *L'interpretazione*, ed. Giuffrè, Milano 1994.
- Bobbio, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. Comunità, Milano 1972.
- Durkheim, E., *La division du travail social*, Paris 1893.
- Galgano, F. *Tutto il rovescio del diritto*, ed. Giuffrè, Milano 2007.
- Gernet, L. *Diritto e civiltà in Grecia antica* (a cura di) Taddei, A., premessa di Di Donato, R., Firenze 2000.
- Luhmann-De Giorgi, *Teoria della società*, ed. FrancoAngeli, Milano 1991.
- Luhmann, *Law as a social system*, Okford University Press, 2004.
- Luhmann, *La differenziazione del diritto*, ed. Mulino, Bologna 1991.
- Leibniz, *La giustizia*, (a cura di) A.Baratta, ed. Giuffrè 1967.
- Leibniz, *Monadologia*, ed. Bompiani, Milano 2001.

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43