



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Laura Solidoro

Editoriale

**Il diritto post-moderno, tra 'Comfort Zone'
della tradizione e nuovi spazi euro-globali**

Numero XII Anno 2019

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, G. Durante, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi, in ruolo o in quiescenza, cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

EDITORIALE
**IL DIRITTO POST-MODERNO, TRA ‘COMFORT ZONE’
DELLA TRADIZIONE E NUOVI SPAZI EURO-GLOBALI**

Portare il diritto fuori dalla sua ‘comfort zone’. Il richiamo sempre più frequente alla decostruzione del diritto sembra indicare ancora questa come la ineludibile frontiera del pensiero giuridico. Naturalmente, per comprendere significato, contenuti e finalità di questo ‘must’ occorre chiarirsi bene su cosa si intenda nel riferirsi alla comfort zone del diritto e come si interpreti, da parte dei suoi fautori e seguaci, il concetto di decostruzione in ambito giuridico.

Comincio da questo secondo problema. È a tutti noto che la nozione di decostruzione nasce grazie al filosofo francese Jaques Derrida (1930-2004), uno dei protagonisti di spicco del ‘pensiero della differenza’, enunciato compiutamente nella sua opera del 1967, *L’écriture et la différence*. Sviluppando l’intuizione heideggeriana della differenza ontologica, Derrida vede nell’essere non una presenza passibile di essere colta nella sua pienezza, ma un quid inafferrabile nella sua totalità e addirittura privo di qualsiasi forma di identità, in quanto già esso stesso, intrinsecamente, differente da sé. Il filosofo francese applica la sua convinzione alla letteratura e in particolare alla scrittura, intesa come «altra geometria futura»: di fronte ad una opera letteraria, si deve tentare non di stabilire l’esatto significato testuale, bensì, al contrario, di mettere in luce le contraddizioni letterarie e linguistiche che impediscono al testo stesso di trasmettere un messaggio univoco. Tutti i sistemi dei segni (scrittura, linguaggio) hanno, secondo Derrida, un carattere ‘indecidibile’, in quanto portatori di una realtà inevitabilmente

plurale. Il testo, il segno presentano una strutturale indeterminatezza. È appunto questa consustanziale disarticolazione, questa apertura del testo alle sue incoerenze che Derrida definisce ‘decostruzione’.

Ben quattro sono i rilievi che emergono in modo più immediato.

Questo il primo. Non si è fatta menzione, fino ad ora, né di teoria né di metodo derridiani, in quanto, come bene ha sottolineato Alberto Andronico, la decostruzione non è nata come metodo, e il decostruzionismo non è nato come una teoria: la decostruzione di Derrida è un esercizio critico, un modo di intendere il testo (letterario) alla luce della tradizione metafisica occidentale, una strategia di lettura, mentre il decostruzionismo altro non è, in Derrida, se non il messaggio, il consiglio, rivolto al lettore, di considerare ‘aperto’ ogni testo, in quanto insuscettibile di essere chiuso definitivamente all’interno di un significato unico ed esaustivo.

Il secondo punto è che Derrida non è distruttivo né nichilista, né vuole in alcun modo esserlo. Sebbene questo aspetto del suo pensiero sia stato abbondantemente frainteso, come a breve esporrò, la decostruzione, lungi dal produrre una espropriazione o un annichilimento del significato, stimola piuttosto alla ricerca delle sue molteplici sfaccettature e delle sue interne contraddizioni. Si collocano perciò nell’ambito delle estremizzazioni o di vere e proprie contestazioni del pensiero di Derrida il ‘distruzionismo’ (W.V. Spanos, P. Bové), il paracriticismo (I. Hassan) e la critica marxista.

E veniamo così al terzo punto, i ‘tradimenti’ del pensiero derridiano. Già nella seconda metà degli anni Sessanta del secolo scorso, l’interesse suscitato dalle posizioni di Derrida spinge un gruppo di docenti americani (P. de Man, G.H. Hartman, J.H. Miller, H. Bloom) a costituirsi come Yale Critics (c.d. Scuola di

Yale). Nello studio della critica letteraria, questi studiosi assumono il pensiero di Derrida come punto di partenza, anche se con accenti non di rado polemici, per esempio nello spostare l'attenzione sul concetto di 'frintendimento' (misreading) del testo. Di particolare importanza per le ricadute sulla sfera giuridica, si segnala l'impostazione critica di Paul le Man, il quale spinge alle sue estreme conseguenze l'intuizione derridiana, richiamando l'attenzione sulla particolare natura del testo letterario, in quanto self-reflecting mirror, scrittura che ha già in sé le proprie modalità di decostruzione: queste sarebbero costituite dai contrassegni retorici propri del linguaggio letterario, che peraltro caratterizzano del pari il linguaggio della critica su di esso. Del 'relativismo ermeneutico' di le Man interessa qui mettere nel dovuto risalto che la rappresentazione del testo quale self-reflecting mirror viene posta dall'autore in connessione con la sola opera letteraria. Una osservazione, questa, che ci introduce al quarto punto, l'ultimo e forse più vistoso 'tradimento' consumato a carico delle posizioni di Derrida: l'applicazione della 'decostruzione' al diritto.

Non si può negare che il filosofo di Algeri abbia offerto non pochi spunti per l'estensione del suo discorso al di fuori dell'ambito letterario. Secondo Derrida è giusto che il diritto ci sia, perché senza diritto sarebbe impossibile la giustizia. D'altronde, il diritto, in quanto concetto calcolabile, va giustificato mediante discorsi fondativi. Ma siccome il fondamento ultimo del diritto non è fondato, la decostruzione è possibile.

Gli altri *a priori* dell'equivoco sono da ricercare nell'atteggiamento dei tanti autori contemporanei che si sono appropriati del messaggio di Derrida sulla decostruzione, utilizzandola come metodo, e sul decostruzionismo, trasformandolo in un una teoria. Questa forzatura, che pochi guasti ha prodotto nell'ambito della critica letteraria, orientandone semmai ideologicamente i criteri operativi, ha invece prodotto

conseguenze a mio parere per lo più non positive nella materia giuridica, materia infatti del tutto estranea agli originari obiettivi decostruttivi.

La vicenda nasce con l'indirizzo dei Critical Legal Studies, costituitasi parallelamente alla formazione della Scuola di Yale. È a partire dagli anni Ottanta che i Critical Legal Studies cominciano ad applicare la decostruzione –come tecnica di interpretazione- a dottrine e casi giuridici. Il loro obiettivo è quello di abbattere il privilegio assegnato tradizionalmente a certi significati, a scapito di altri. Tra i protagonisti di questa corrente di pensiero, si distinguono, per le loro posizioni, Jack Balkin e Michel Rosenfeld. Al primo va ascritta l'introduzione della decostruzione nella teoria del diritto. Balkin guarda alla decostruzione derridiana in chiave trascendentale -allontanandola dunque dai primi sospetti di nichilismo- ma come a un 'metodo', cioè una particolare forma di argomentazione che, facendo leva sullo scarto tra i valori e le loro manifestazioni, critica il discorso giuridico costruito in vista della perfezione, della coerenza e della unità. In questa prospettiva, la decostruzione viene presentata quale tecnica idonea a rivedere in chiave critica le tradizionali concezioni del diritto, così come le più consolidate teorie dell'interpretazione. Michel Rosenfeld invece, richiamandosi in qualche misura più a Josef Esser che a Jaques Derrida, punta l'attenzione soprattutto sulla scrittura, il cui significato dipende sempre, inevitabilmente, dalla futura lettura che ne dà l'interprete. Ogni lettura è una ri-scrittura, resa peraltro necessaria dall'esigenza di conciliare il tempo passato cui risale la scrittura con il tempo presente della sua interpretazione; una esigenza che genera la libertà, per l'interprete, di reperire in ogni momento nuovi e più attuali significati. Nessun testo normativo si pone perciò in forma definitiva e questa constatazione implica l'impossibilità, sul piano teoretico, di una interpretazione 'certa'.

L'ontologia della differenza comporta l'imperativo morale di lasciare sempre uno spazio aperto per l'opinione dell'altro.

È chiaro come in particolare quest'ultima declinazione della decostruzione derridiana conduca il discorso su sentieri ben diversi da quelli originari. Applicare la decostruzione a un comando normativo ed alle tecniche ermeneutiche di questo significa minare per esplicito, e disconoscere apertamente ogni tentativo di perseguire la certezza del diritto e la prevedibilità delle sentenze. La forza dissolvente della 'differenza' rispetto ai testi normativi diviene devastante: la pratica decostruttiva dimostra l'indeterminatezza del diritto, nel senso che le norme non possono condurre i decisori a soluzioni corrette. Siamo così ben oltre il criterio della 'giustizia del caso concreto'. Il tentativo di Josef Esser, che esaminando i meccanismi della pre-comprensione aveva poi indicato nella motivazione della sentenza il luogo di riconduzione delle molteplicità ad unità e razionalità correlate al consenso sociale diffuso, mediante una precisa concatenazione di operazioni logiche, resta offuscato nella rappresentazione di Rosemberg. Nessuno spazio è lasciato alla riduzione ad unità delle incommensurabili libere interpretazioni possibili, in nome dell' 'ontologia della differenza'.

Nella rappresentazione complessiva dei Critical Legal Studies, la decostruzione assume caratteri avulsi dagli originari inquadramenti di Derrida. Una volta rifiutata la 'moralità' quale fondamento e presupposto di fiducia nella correttezza delle decisioni, vengono contestate le opposizioni concettuali della dottrina giuridica moderna (per esempio, essenziale/accidentale, interno /esterno, pubblico/privato), così come le varie categorie giuridiche, in quanto intese a creare una separazione tra ciò che 'entra' nei concetti e nelle categorie, e ciò che ne resta al di fuori. All'ordinamento giuridico tradizionale si addebita la precisa funzione ideologica di persuadere oppressori e oppressi della

giustizia dei loro rispettivi *status* socio-economici, mentre la repressione di alcuni ha il ruolo di preservare la coerenza intellettuale della dottrina dominante. Occorre allora, secondo i Critical Legal Studies, rendere finalmente applicabili i ‘principi repressi’, per cambiare radicalmente la dottrina giuridica.

L’abnorme estensione dei poteri decisionali del giudice (fenomeno c.d. del giudice-legislatore) e la mancanza di uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, anche nell’ambito delle Corti Supreme, costituiscono le più immediate ripercussioni odierne di questa visuale.

Una maggiore consapevolezza del funzionamento della macchina della giustizia e delle relative esperienze storiche sembra contraddistinguere le più equilibrate posizioni degli autori delle ‘Teorie dei sistemi sociali’, affermatesi sulla scorta del pensiero di Luhmann, posteriormente ai Critical Legal Studies. Apprezzabili si rivelano gli sforzi di Drucilla Cornell, la quale si appella al decostruzionismo quale teoria funzionale all’esigenza di conciliare la teoria dei sistemi (garante dei meccanismi di conservazione) con i movimenti di trasformazione del diritto, favoriti appunto da una lettura decostruttiva del testo normativo. Ma si staglia per la sua forza costruttiva soprattutto la proposta di Gunther Teubner, il quale, ispirandosi a Jürgen Habermas, ma recuperando anche gli ottimi spunti offerti (con riferimento ai soli tesi letterari) da Paul le Man, ne traspone la lezione sul piano del diritto, puntando il dito sulla caratteristica di ogni testo giuridico, quella di contenere già in sé stesso gli elementi e le modalità della propria decostruzione. Con Teubner, gli eccessi del decostruzionismo trovano un argine ed una rimodulazione nella teoria dei sistemi: osservando le proprie componenti, il sistema giuridico effettua la propria decostruzione, in quanto l’auto-osservazione del sistema (ordinamento) apre lo spazio per una differenziazione al suo interno, e dunque mette continuamente in discussione la sua monolitica unità. Ma –e questo

è a mio avviso l'elemento innovativo di maggiore pregio della costruzione teubneriana- è proprio nel momento in cui si prende atto delle 'differenze' e delle 'contraddizioni' che il sistema stesso si percepisce come unitario.

La visuale di Teubner, benché anch'essa tutt'altro che fedele al pensiero derridiano, indica una strada concretamente percorribile, un obiettivo preciso, attraverso una proposta costruttiva e ben rispondente all'esigenza di conciliare il continuo flusso di rigenerazione del diritto con la *ratio iuris*, la coerenza interna dell'ordinamento giuridico. D'altra parte, le contraddizioni osservabili all'interno di ogni sistema giuridico, derivanti per lo più dalla coesistenza di regole e di principi giuridici in apparenza tra di loro incompatibili, rispondono alla ben precisa esigenza di mediare e comporre in equilibrio i contrapposti interessi in gioco, lasciando all'interprete, in una operazione di 'giustizia del caso concreto', previa attenta osservazione degli elementi caratterizzanti la fattispecie, la decisione circa la prevalenza da riconoscere -nel caso di specie- all'uno o all'altro principio, o regola. I tratti caratterizzanti il caso guidano l'interprete nella scelta tra regole o principi antinomici, ed il criterio decisionale, la *ratio decidendi*, si pone appunto come elemento qualificante e unificante del sistema, capace di restituirgli razionalità, unità e coerenza.

Se invece guardiamo ai risultati sortiti dalle precedenti teorie sulla decostruzione giuridica -e mi riferisco in particolare a Balkin, a Rosenfeld e ai 'distruzionisti'-, le valutazioni non possono che cambiare radicalmente. In queste chiavi di lettura, più o meno lontane dal pensiero del filosofo francese, le pratiche decostruzioniste spongono il lettore del testo, e quel che è peggio il testo stesso, a non pochi pericoli. Il problema è stato costituito dalla circostanza che queste dottrine filosofico-giuridiche, una volta consegnate ai pratici del diritto, hanno dato la stura ad operazioni ermeneutiche molto discutibili. Altro è decostruire un

testo letterario, altro è decostruire un testo normativo. Se, in campo giuridico, la decostruzione si fosse intesa come limitata all'idea base di Derrida, ovvero nello stimolo a cogliere le incoerenze e le contraddizioni, le oscillazioni semantiche e la polisemia delle parole, si sarebbe opportunamente richiamato il giurista ad una inappuntabile strategia di lettura critica del testo normativo (comunque, giova ricordarlo, già egregiamente elaborata ed applicata dalla giurisprudenza romana a partire dal II-I sec. a.C.). Una operazione peraltro perfettamente integrabile con gli elementi di riflessioni offerte da Josef Esser, il quale nel suo saggio sulla pre-comprensione guarda piuttosto all'altra faccia del problema, ovvero alle conseguenze, nella realizzazione della giustizia, dei condizionamenti culturali ed ideologici dell'interprete del testo normativo, il quale, se pure inconsapevolmente conferisce al testo un significato orientato sui propri valori e sul proprio bagaglio socio-culturale, deve per altro verso impegnarsi a sviluppare le capacità di prevedere il giudizio circa l'accoglimento della sua decisione, orientandola su di un (presumibile) consenso diffuso.

Nel 2002, Alberto Andronico ha lucidamente analizzato i perversi effetti della distorsione del pensiero derridiano, estrapolato dal suo contesto originario (l'opera letteraria) e trasposto nel campo del diritto, dove si è preteso di utilizzare le tecniche di decostruzione, come 'forma', non soltanto in guisa di esercizio di interpretazione, ma –questo è il punto- anche applicandola alla realtà giuridica, alla dimensione operativa della giustizia. La polivalenza del testo, con le sue intrinseche contraddizioni, è stata allora intesa come legittimante la libertà dell'interprete a produrre interpretazioni quanto mai ardite del testo normativo.

La contestualizzazione storica di questa corrente di pensiero non va sottovalutata. Essa nasce nella metà degli anni Sessanta e

vede il suo sviluppo nel decennio successivo, nella piena temperie di un ‘diritto post-moderno’, caratterizzato dalla pluralità delle fonti, nazionali e sovranazionali, e da una ipertrofia legislativa che si traduce in norme spesso oscure nel significato e di cattiva qualità contenutistica. Nei Paesi di Civil Law tramonta il mito dei codici, che invecchiano rapidamente e lasciano trapelare lacune. Compare per conseguenza la nuova funzione nomofilattica del giudice, che assume il ruolo di ‘legislatore del caso concreto’. Al di là delle frontiere, si profila la delicata funzione degli organismi transnazionali e sovranazionali, che interferiscono con la sovranità degli Stati membri. Di fronte a queste nuove realtà, il pensiero della decostruzione giuridica dei Critical Legal Studies si limita ad affermare la contraddizione e la strutturale ‘indeterminatezza’ del pensiero giuridico, senza indicare una via di uscita, anzi negando la possibilità di costituire il diritto come sistema organico e coerente, e ciò sulla base del postulato –questo senz’altro condivisibile, almeno parzialmente- dell’inesistenza di testi normativi e di fatti giuridici suscettibili di una interpretazione univoca, razionale, oggettiva.

Di qui le calzanti e ben motivate accuse di nichilismo rivolte ai fautori di tali tesi, discusse in Italia da Natalino Irti, nel suo saggio sul *Nichilismo giuridico*. Un nichilismo che ha attecchito perfettamente (e funzionalmente) sul terreno di un altro problema postmoderno: la primazia assunta dal rapporto tra economia e finanza da un lato, e il ruolo delle istituzioni giuridiche e politiche dall’altro lato. I vincoli imposti dai mercati e le pressioni esercitate dalle lobby finanziarie e da altri gruppi di potere hanno ostacolato la produzione di leggi espressive di programmi autonomamente definiti e rispondenti ai reali interessi della comunità. E ciò ha indotto il legislatore a normare conciliando *in primis* affari e potere, nel segno di quella ri-feudalizzazione della società, già nel 1958 preconizzata e paventata da Franz Böhm. Per altro verso, come ha

sottolineato Carlo Castronovo, nell'area di Civil Law l'irruzione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali ha riproposto, in qualche misura, i problemi nati nella fase in cui i diritti barbarici si avviarono a sovrapporsi e a soppiantare il diritto romano. Siamo insomma assistendo già da tempo ad un processo di rimediovalizzazione dello Stato, in cui le sovranità sono molteplici ma non coordinate tra di loro, nell'assenza di un comando supremo.

Il nichilismo celebra il nuovo caos come una fenomenologia giuridica complessa e guarda alla globalizzazione come a una sorta di nuovo sistema, in cui tutto diviene possibile e ogni giudizio viene relativizzato. Si abbandona il senso critico, dimenticando l'importanza di inserire le disposizioni normative nel quadro di un progetto complessivo, guidato da valori da attuare. D'altronde, la dimensione giuridica è stata progressivamente deprivata di ogni riferimento a valori metagiuridici, ma persino i valori inseriti nei testi costituzionali (che avevano attribuito carattere di diritto positivo ai valori fondamentali) si vanno diluendo e rarefacendo, svuotandosi di contenuti, nell'odierno diritto della globalizzazione. Eppure, senza valori condivisi non ci può essere unità, e dunque spinta propulsiva alla realizzazione degli obiettivi. Gli interessi economici e finanziari hanno provocato la dissoluzione di un'etica unificante, all'interno di una globalizzazione che, ha segnalato Zygmunt Bauman in *Liquid Fear*, si è fino ad ora contrassegnata negativamente, per essersi realizzata in prevalenza nei settori dei commerci, dei capitali, delle informazioni, delle armi. Senza dunque creare alcuna koinè culturale.

Le conseguenze del dilagare delle convinzioni decostruzioniste in senso nichilista sono sotto gli occhi di tutti. Nel campo della giustizia, si sollecita –per ora senza apprezzabili riscontri- il ricorso alla regola del precedente vincolante per porre rimedio alle spaventose oscillazioni della giurisprudenza. Sul piano

della didattica universitaria, abbiamo assistito alla proliferazione di manuali in cui il diritto viene sottoposto ad un processo di liquefazione, con la scomparsa pressoché totale delle definizioni, lo smantellamento della struttura interna delle figure giuridiche, all'interno di una esposizione disarticolata che non soltanto non guida affatto lo studente nella comprensione della materia, ma neppure lo instrada nella individuazione del profilo tecnico, del problema giuridico, del 'rilevante'.

Era inevitabile che siffatte degenerazioni suscitassero reazioni radicali. Già nel 1991 Pierre Schlag lancia un monito: applicare la decostruzione darridiana al diritto è una operazione sbagliata, in quanto sono i concetti e la 'forma' del discorso giuridico ad imprimere forza normativa al comando. Il testo normativo è insuscettibile di decostruzione, la quale si presenta inidonea a porsi come ricettacolo di soluzioni normative. Soltanto uno snaturamento delle posizioni di Derrida, nate nell'ambito circoscritto del campo letterario, può indurre al ricorso di pratiche decostruzioniste in ambito giuridico. E ora, in Italia, Cesare Salvi, alla luce di analoghe considerazioni, critica l'applicazione alla sfera giuridica dell'idea di un tramonto della concezione della storia come progresso, teorizzata nel 1979 da Jean-François .F. Lyotard, imputandone la declinazione nichilista agli orientamenti filosofici facenti capo al neopragmatismo di Richard Rorty, al decostruzionismo di Derrida, al 'pensiero debole' teorizzato da G. Vattimo.

Eppure, volenti o nolenti, dobbiamo ammettere che, oggi più che mai, il 'giuridico' non consta esclusivamente di testi normativi interni, è qualcosa di ben più complesso, per lo scarto valoriale e sistemico sussistente all'interno della rete di fonti con cui l'odierno operatore del diritto si deve misurare; e di fronte a questa realtà non è possibile chiudere gli occhi. È bene, perciò, attrezzarsi per cogliere gli spunti migliori offerti dal pensiero filosofico

contemporaneo, ed anche leggere il messaggio di Derrida *in bonam partem*, e cioè in un’ottica pragmatista, nella misura in cui esso possa giovare al miglioramento del diritto e della giustizia. La visuale teubneriana della decostruzione di Derrida, tra le altre, sebbene anch’essa ‘infedele’ per avere assunto la decostruzione come metodo e il decostruzionismo come una teoria, si colloca in una dimensione costruttiva e rivela una spiccata consapevolezza dell’importanza dell’unità (in termini di razionalità e coerenza) del sistema giuridico. L’unità è, nel pensiero di Teubner, un carattere presente e positivo, da preservare, ricorrendo alla decostruzione con l’obiettivo di alimentare il flusso di evoluzione e trasformazione del diritto. Il sistema, auto-osservandosi, scopre le contraddizioni sussistenti tra le proprie componenti. Ma, nel rimettere in discussione la propria unità, la ricostituisce generando un’opera di mediazione tra le ‘differenze’. In altri termini, è possibile utilizzare la decostruzione senza abdicare al senso critico, ed anzi per ricostituire le logiche d’insieme della fenomenologia giuridica, purché in ragione delle più apprezzabili spinte sociali che urgono alle porte del diritto.

Il ricorso incondizionato alle pratiche decostruzioniste ha espulso il concetto e il funzionamento stesso del sistema giuridico fuori dalla sua plurisecolare ‘comfort zone’, senza sortire buoni risultati. La ‘zona di sicurezza’ cui mi riferisco –è appena il caso di precisarlo- è l’imponente costruzione del diritto come sistema unitario, razionale e coerente, originata nel mondo romano, che per circa due millenni ha diffuso in tutta l’area di Civil Law una suggestione ‘rassicurante’ sull’ordine giuridico. Approdata alla organizzazione teorica grazie al lavoro scientifico dei *prudentes*, tra II sec. a.C e III sec. d.C., e poi alle codificazioni del V e VI sec. d.C., l’esperienza giuridica romana non certo casualmente è rimasta vitale anche nei secoli successivi alla morte di Giustiniano, costituendo l’impianto basico sul quale si sono innestati gli sviluppi

degli *iura propria*. A sua volta, l'edificio pandettistico ha valorizzato e riformulato il lascito romano, accentuando il profilo sistematico e concettuale che gli era proprio e le cui onde lunghe sono giunte fino ai nostri giorni. Questa plurisecolare opera di sistemazione, nel rappresentare in modo possente gli ideali di unità, organicità, coerenza, esaustività quali viatico per il perseguimento della certezza del diritto, senza dubbio ha costruito una comoda 'cuccia mentale' per il giurista di Civil Law. Ma restare ancorati al passato non basta per risolvere gli attuali problemi. Le ragioni che sembrano rendere oggi necessario impegnarsi a spingere il nostro 'giuridico', in qualche misura, fuori dalla sua comfort zone sono numerose, e un impegno al cambiamento si impone. A condizione, però, che questo impegno non implichi la rinuncia a quanto di positivo e di utile si trova nella nostra tradizione.

L'odierno giusliberismo transnazionale, plasmato in larga parte sulle esigenze dei mercati, si contrassegna come un diritto privo di un progetto complessivo, e si allontana quindi sensibilmente dal modello sul quale nel passato si erano edificate le prime codificazioni della storia occidentale e poi, nel XIX secolo, l'edificio pandettistico. Si operava all'epoca, per porre rimedio al caos dei materiali normativi sedimentatisi per secoli, sulla base di valori selezionati e posti –come fermi e condivisi– da un aristocrazia del pensiero di cui oggi è difficile trovare le tracce. Nelle attuali valutazioni sociali, ma pure nei testi normativi in vigore, si fronteggiano ormai valori tra di loro apparentemente incompatibili (tra i tanti esempi possibili, si pensi allo scontro tra tutela della salute e dell'ambiente, da un lato, ed esigenze della produzione industriale e dell'economia nazionale, dall'altro lato), di fronte ai quali l'interprete è posto quotidianamente di fronte ad una scelta. Ma la cultura giuridica positivista si è trovata sprovvista di strumenti adatti a dominare la complessità di un fenomeno dalle molteplici radici. È impensabile, dati questi presupposti, la

perpetuazione delle logiche tradizionali e tanto meno un ritorno a sistemi giuridici chiusi, monolitici e univocamente orientati sul piano valoriale. Il pensiero di Derrida e di Teubner ci stimola a concepire l'ordine giuridico come un sistema 'aperto', eppure l'esperienza storica ci dimostra l'irrinunciabilità dei caratteri di coerenza e razionalità. Urge perciò il ricorso a strategie non distruttive, che compongano in sinergia il vecchio con il nuovo.

Anche in questo caso, possono forse essere d'aiuto spunti provenienti da altri ambiti disciplinari. E mi riferisco, in particolare, ad alcune linee guida che, a partire dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso sono state elaborate in Inghilterra da esperti di management, i quali, a seguito di una meticolosa esplorazione delle prestazioni e dei comportamenti umani, hanno sostenuto la necessità di rifuggire da ogni comodo approdo, per aprirsi all'acquisizione di nuove competenze con qualità trasversali. La prima compiuta esposizione di questa tesi appare nel 1991, quando Judith Bardwick pubblica *Danger in the Comfort Zone: from Boardroom to Mailroom – How to break the Entitlement Habit that's killing American Business*, attribuendo lo stallo dell'economia americana ad uno stato comportamentale delle organizzazioni e delle singole persone, appiattite su una comoda routine, in una condizione di neutralità, all'interno di una 'zona di sicurezza' escludente rischi, ma anche l'innalzamento del livello delle prestazioni. Da quel momento, si sono moltiplicate ricerche e pubblicazioni da parte di esperti nella gestione delle risorse umane, culminate nell'opera del 2008 di Alisdair White, *From Comfort Zone to Performance management*, che si può considerare il 'manifesto' di questa corrente di pensiero.

L'idea basilare, oggi in Italia di recente riproposta e discussa da Pietro Scrimieri, nel suo saggio *Oltre ogni comoda certezza. Dalla comfort zone alla proattività*, pubblicato nel 2018, è che, a fronte delle istanze poste dall'economia del terzo millennio (una economia digitale e globalizzata) e dalla rivoluzione tecnologica e

antropologica realizzatasi nel ‘secolo breve’, si sono determinati nuovi assetti sociali cui urge rispondere con nuove regole, con nuovi modelli produttivi e di lavoro, idonei a rendere capace la persona di monetizzare le proprie competenze, ma anche di moltiplicarle all’infinito, in ragione della flessibilità richiesta da quando è venuta meno la stabilità occupazionale. Osta al raggiungimento di questo traguardo la naturale inclinazione dell’essere umano alla costruzione e alla conservazione di una propria comfort zone, definita da Alasdair White come lo stato comportamentale all’interno del quale una persona opera in condizione di ansia neutrale, utilizzando un insieme limitato di comportamenti, atti a fornire un livello di prestazioni costante, che, di solito, non generino senso di rischio. La comfort zone è insomma una condizione di equilibrio, il punto di arrivo di un percorso di formazione e di crescita, che rappresenta il raggiungimento degli obiettivi prefissati e si trasforma in quel luogo mentale e comportamentale nel quale sentiamo di potere esercitare un certo controllo, perché stress, insicurezza e vulnerabilità sono ridotti a livelli minimi.

Ma questo ‘conforto’, ci assicurano i teorici del management, non è che un falso benessere: lo stazionamento nella Comfort Zone, quale luogo di non-ansietà, ci induce ad essere ripetitivi, ad attestarsi sulle posizioni raggiunte, e perciò a intraprendere un numero limitato di azioni, fornendo un livello costante di performance dal quale resti estranea l’assunzione di rischi. Lo stallo della nella ‘zona di sicurezza’ intrappola la persona in standard obsoleti e produce un adagiamento incompatibile con i profondi mutamenti intervenuti nel modello produttivo. Quest’ultimo attualmente richiede al lavoratore capacità di adattarsi rapidamente al cambiamento, flessibilità attitudinale, auto-motivazione, competenza nel gestire il proprio tempo in modo trasversale, cioè

svolgendo più attività lavorative, anche on line e in un approccio multidisciplinare.

Sul piano operativo, si sollecitano persone e organizzazioni ad uscire dalla propria comfort zone, in quanto mera area di transito. Una volta lasciate alle spalle le abitudini comode ma dannose, occorre intraprendere il percorso verso l'open space, compiendo il 'salto verso la libertà'. Il cambiamento, in questa prospettiva, va visto non come un pericolo, ma come un'opportunità, come una porta d'accesso al futuro. Oltre le nostre comode certezze vi è l'apertura, la 'proattività', ovvero lo sviluppo dell'inventiva, la tensione al miglioramento individuale, la reazione consapevole agli eventi, la responsabile capacità di prevenire i problemi e di prevedere le esigenze future, gestendo i cambiamenti, cioè imparando ad adattarsi rapidamente alle regole da questi imposte. Tutto ciò passa attraverso un intenso percorso individuale di stimolo all'introspezione personale, finalizzato alla identificazione dei processi con cui si pensa, si ascolta, si agisce.

Il perché di questo incitamento, ormai tradottosi in vero e proprio imperativo, è facilmente intuibile, e del resto reso esplicito da tutti gli autori qui citati: obiettivo finale di tutte le organizzazioni contemporanee è spingere la persona al di fuori della propria comfort zone, affinché dia e 'produca' il massimo.

Ma gli effetti collaterali delle indicazioni fornite dagli esperti di management sono altrettanto intelligibili: l'assoggettamento della persona ad uno stato permanente di stress (panic zone), disagio e disorientamento. Uno scotto da pagare -assicurano gli esperti- per ampliare la propria zona di apprendimento (learning zone) e per ottenere il miglioramento continuo delle prestazioni. La paura del cambiamento genera inevitabilmente tensione e confusione, ma occorre affrontarla. Se gestito bene, questo processo di transito realizza un buon equilibrio tra due istanze apparentemente in conflitto: stabilità e cambiamento. La persona

espulsa dalla comfort zone viene stressata, ma valorizzata e posta in grado di assumere un atteggiamento proattivo.

Dichiaratamente, queste proposte si riallacciano all'analisi avviata nel 2000 da Zygmunt Bauman, il quale, pur senza alcun riferimento alle tecniche di management qui in esame, ha utilizzato la metafore della liquidità, o fluidità, per leggere la natura intrinsecamente mutevole del post-moderno, età in cui l'uomo deve imparare a convivere con l'incertezza, l'imprevedibilità e l'insicurezza. Non va dimenticato, però, che Bauman denuncia e non elogia la nuova 'vita liquida', prendendosi anche cura di esaminare, in *Liquid Fear*, i fattori scatenanti della 'paura liquida', ovvero la paura umana più temibile, in quanto legata alle dinamiche dell'indistinto, del fluttuante, di quanto è privo di un indirizzo o di una causa chiari, e si ponga come minaccia per la nostra collocazione all'interno della comunità o per la stabilità e affidabilità del nostro ordine sociale. Indubbiamente, la spinta all'abbandono continuo e sistematico delle posizioni raggiunte costituisce uno di questi fattori, che, oltre a generare tensione e panico, espone l'essere umano ad un altro altissimo rischio: la perdita d'identità, che inevitabilmente si accompagna alla recisione delle proprie radici culturali e comportamentali. E che questo tortuoso processo di sradicamento conduca l'individuo verso 'la libertà', come asseriscono i sostenitori del 'proattivo', è una conclusione sulla quale è legittimo avanzare molti dubbi. L'abbandono forzato della comfort zone non è la panacea dei nostri mali. Ma, d'altra parte, non è neppure restando pervicacemente attaccati alla nostra 'zona di sicurezza' che potremo affrontare il futuro.

Non si può negare che gli esperti di management abbiano fatto lucidamente il punto su alcuni aspetti della nostra realtà sociale ed economica, che occorre approcciare con strategie adeguate. D'altra parte, le soluzioni 'estreme' proposte negli anni

Novanta sembrano avere ceduto il posto a posizioni più equilibrate: di recente, il monito all'abbandono della comfort zone si è accompagnato all'avvertenza che occorre fare tesoro delle esperienze passate, conservandone gli aspetti positivi e funzionali, per liberarsi soltanto dei comportamenti dannosi e paralizzanti.

Tanto, premesso, passo a spiegare per quale ragione ritengo utile interrogarsi sul punto se, ed eventualmente in quale misura, questi stimoli possano giovare anche nell'ambito dello studio, dell'insegnamento e della pratica del diritto.

Si tratta con tutta evidenza di un campo apparentemente molto lontano dalla gestione delle risorse umane, cui direttamente si riferisce la problematica legata alla comfort zone, ma alcune delle idee di base sviluppate dagli esperti di management possono costituire terreno di confronto e fornire utili elementi di riflessione. Si tratta di comprendere come avvalersi del protocollo suggerito, ed anche in questo caso soltanto *in bonam partem*.

L'applicazione delle pratiche decostruzioniste ha proiettato il nostro 'giuridico' fuori dalla sua tradizionale comfort zone, fino a produrre un 'diritto liquido', che oggi, da più parti, viene visto come una realtà poco proficua, sulla quale non giova indulgere. Di fronte al disorientamento degli operatori del diritto, l'appello alla nostra lunga tradizione non è di per sé sufficiente, perché il ripiegamento sul passato non consente di affrontare una realtà dai tratti assolutamente peculiari. Se i meccanismi sui quali il diritto va ad incidere sono cambiati occorre prenderne atto. Senza però disfarci delle componenti ancora utili, funzionanti e funzionali delle nostre esperienze pregresse, legate alla tradizione romanistica.

Innanzitutto questo obiettivo si può perseguire, alla luce degli studi di Ronald Dworkin, intraprendendo una rinnovata riflessione su principi, regole e criteri extralegali di interpretazione, che hanno costituito la connotazione identitaria del nostro diritto. Oggi questo compito passa attraverso l'impegno di reperire nuovi valori

condivisi, che valgano come criteri guida nella scelta di principi e regole tra loro configgenti. Ma presuppone anche l'acquisizione di una consapevolezza: la complessità dell'odierno sociale rende inevitabile la coesistenza di antinomie all'interno dei sistemi giuridici. Elemento, questo, che può essere valorizzato ove si consideri che soltanto l'inclusione della differenza consente all'interprete di realizzare un bilanciamento degli interessi in gioco. Accogliere la contraddizione non significa necessariamente arrendersi all'indeterminatezza, ma può al contrario rivelarsi necessario per rafforzare l'unità e la coerenza di un 'progetto giuridico'. A condizione, naturalmente, che l'itinerario ermeneutico, secondo le indicazioni di Josef Esser, trovi il suo criterio-guida e la sua finalità del consenso sociale.

La ricerca dell'equilibrio tra contrapposti interessi, a fronte di una pluralità di fonti non sempre ben coordinate tra di loro, è oggi il terreno sul quale l'interprete mostra maggiori segni di sofferenza. La conservazione di una visuale unitaria, coerente e razionale del diritto cui attingiamo è estremamente difficile, anche per l'eterogeneità dei profili valoriali sostenuti da differenti gruppi e categorie sociali. Ciononostante, si richiede al giudice di restare ancorato ai fondamenti di razionalità della decisione e al giurista-interprete di non abdicare al suo ruolo di mediatore tra la necessità di un sistema stabile e la giusta considerazione dei 'nuovi orizzonti di attese'. In un siffatto contesto, potrebbe assumere un ruolo determinante il recupero del metodo casistico, sul quale si è edificata la nostra tradizione giuridica, prima ancora che prevalesse la visuale sistematica poi sfociata nelle grandi compilazioni tardoantiche. Nella esperienza maturatasi tra II sec. a.C. e III sec. d.C., la tecnica casistica è stata sempre correlata al dato prescrittivo ed alla osservanza dei principi di diritto (*ratio decidendi*), assumendo però le caratteristiche del caso concreto quale elemento idoneo ad indirizzare l'interprete al principio in grado di governarlo e di

risolverlo. Secondo questo metodo, è l'attento esame degli elementi connotanti la fattispecie concreta che deve guidare l'interprete nel procedimento di *Rechtsfindung*, ovvero nella individuazione della *ratio decidendi*, intesa come la scelta dei principi e delle regole più idonei alla soluzione del caso.

Il ricorso al metodo casistico non è – e non è mai stato – incompatibile con la costruzione sistematica, perché le esigenze della prassi devono essere, in qualche misura, sostenute dalle costruzioni teoriche. D'altronde, stimolare l'interprete a sviluppare capacità di analisi del caso significa porre le premesse per l'introduzione della regola del rispetto del precedente, inattuabile ove gli operatori del diritto non siano esperti nella tecnica del *distinguishing*. Nello scenario attuale, imparare a soppesare adeguatamente gli interessi sottesi ai casi pratici alla luce di questi criteri potrebbe rigenerare la necessaria tensione verso la certezza del diritto, restituendo alla comunità una maggiore fiducia nella giustizia. Quella giustizia per la quale, ci ricorda Derrida, abbiamo bisogno che esista il diritto.

L.S.

