

Riccardo Prandini,
Gunther Teubner

La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società

VITE PARALLELE

IBRIDAZIONI E SOCIETÀ MUTAGENA

Collana diretta da Riccardo Prandini



FrancoAngeli 

VITE PARALLELE

IBRIDAZIONI E SOCIETÀ MUTAGENA

Collana di Sociologia a cura di Riccardo Prandini

La società che generò come suo modo di auto-descrizione la sociologia – e che è poi diventata società moderna – sta mutando a ritmi così accelerati che è possibile prevederne solo l'imprevedibilità.

Al limite del pensabile esiste già una società mutagena, capace cioè di mutare i suoi stessi elementi costitutivi, in particolare gli esseri umani e le loro forme di comunicazione, sostituendoli con altro. Ma questa società – caratterizzata dalla potenza di un impianto tecno-scientifico pervasivo, dallo sviluppo accelerato dei nuovi media, dall'alba di una civiltà robotica assistita da forme di computazione artificiali, dalla reticolazione comunicativa del globo – convive con la persistenza e il ritorno di culture e modi di vita arcaici. È in questo unico globo – nebulizzato in molteplici e dissonanti di sfere di significato – in questa *unitas multiplex* confliggente, in questo poliedro complesso che coesistono le "Vite parallele".

Vite che scorrono indifferenti le une alle altre, che si sfiorano, si scontrano, si ibridano, convivono, si arricchiscono, si eliminano, si amano, generano nuova vita e morte. Vite incluse ed escluse nel sociale istituito; vite piene e vuote di significato; vite di scarto e d'abbondanza; vite culturalmente egemoni e subalterne; vite sane e malate; vite comunicanti e incomunicanti; vite abili e diversabili; vite che si nutrono di trascendenza e di immanenza; vite semplici e complesse; vite umane, disumane e post-umane; vite libere e schiave; vite in pace o in guerra; vite felici e infelici; vite naturali e artificiali, vite reali e virtuali, vite che abitano in un luogo o ovunque; vite connesse o sconnesse. Queste "Vite parallele" possono manifestarsi in spazi geopolitici diversi e separati, ma anche nello stesso spazio sociale, dentro a una sola a organizzazione, a una famiglia, a una stessa vita personale. Vite molteplici che non possono più fare affidamento su una sola definizione della realtà, da qualsiasi voce essa provenga. Ordini sociali che debbono fondarsi su una realtà fatta di possibilità e di contingenze, di livelli diversi che si intersecano, ibridano, intrecciano o che si dividono, fratturano e sfilacciano. Ordini che sono irritati costantemente dal disordine: ordini dove l'incontro può sempre trasformarsi in scontro e dove dagli scontri possono nascere costantemente incontri.

Queste “Vite parallele” necessitano di un nuovo modo di pensare il sociale, le sue linee di faglia, le sue pieghe, le sue catastrofi, i tumulti che fanno emergere nuove e inattese realtà. Una sociologia in cerca di una ontologia del sociale specifica; di metodi adatti per analizzarla e di teorie sufficientemente riflessive da comprendere se stesse come parte della realtà osservata. Una sociologia che sappia riacquisire uno spazio di visibilità nel dibattito pubblico, intervenendo con conoscenze solide, ma anche con riflessioni e proposte teoriche critiche e immaginative.

La Collana ospiterà saggi e ricerche che sapranno connettersi ai temi appena esplicitati, con particolare attenzione ai giovani ricercatori, ma anche a traduzioni di opere che siano di chiaro interesse per lo sviluppo del programma.

VITE PARALLELE

è una Collana diretta da Riccardo Prandini.

I testi sono sottoposti a una Peer Review double blind.

Comitato scientifico:

Maurizio Ambrosini (Università di Milano) - **Andrea Bassi** (Università di Bologna) - **Maurizio Bergamaschi** (Università di Bologna) - **Vando Borghi** (Università di Bologna) - **Paola Borgna** (Università di Torino) - **Matteo Bortolini** (Università di Padova) - **Alberto Cevolini** (Università di Modena e Reggio Emilia) - **Giancarlo Corsi** (Università di Modena e Reggio Emilia) - **Andrea Cossu** (Università di Trento) - **Luca Diotallevi** (Università di Roma Tre) - **Luca Fazzi** (Università di Trento) - **Rosangela Lodigiani** (Università Cattolica di Milano) - **Tito Marci** (Università di Roma, Sapienza) - **Luca Martignani** (Università di Bologna) - **Antonio Maturo** (Università di Bologna) - **Giorgio Osti** (Università di Trieste) - **Emmanuele Pavolini** (Università di Macerata) - **Luigi Pellizzoni** (Università di Pisa) - **Massimo Pendenza** (Università di Salerno) - **Luigi Tronca** (Università di Verona).

Riccardo Prandini,
Gunther Teubner

**La (auto)sovversione del diritto:
ambiguità e paradossi
del sistema immunitario della società**

VITE PARALLELE

IBRIDAZIONI E SOCIETÀ MUTAGENA

Collana diretta da Riccardo Prandini

FrancoAngeli 

In copertina: *Man Ray's Cadeau* di joestrouth1 (licenza CC-BY-NC-SA 2.0)

Riccardo Prandini, Gunther Teubner, *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*,
Milano: FrancoAngeli, 2022
Isbn: 9788835150442 (eBook)

La versione digitale del volume è pubblicata in Open Access sul sito www.francoangeli.it.

Copyright © 2022 Riccardo Prandini, Gunther Teubner. Pubblicato da FrancoAngeli srl, Milano, Italia, con il contributo del Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Bologna.

L'opera è realizzata con licenza *Creative Commons Attribution 4.0 International license* (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). Tale licenza consente di condividere ogni parte dell'opera con ogni mezzo di comunicazione, su ogni supporto e in tutti i formati esistenti e sviluppati in futuro.

Consente inoltre di modificare l'opera per qualsiasi scopo, anche commerciale, per tutta la durata della licenza concessa all'autore, purché ogni modifica apportata venga indicata e venga fornito un link alla licenza stessa.

Indice

I. L'auto-sovrersione del diritto, di Gunther Teubner

1. La giustizia auto-sovrersiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?	pag.	11
2. Matrix Reloaded: critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del <i>publication bias</i>, con <i>Isabell Hensel</i>	»	37
3. I Codici corporativi nelle varietà del capitalismo. Come la loro applicazione dipende dalla differenza tra i regimi di produzione	»	57
4. Quod omnes tangit. Costituzioni transnazionali senza democrazia?	»	70
5. Costituzionalismo societario. Nove variazioni su un tema di David Sciulli	»	90
6. La Costituzione del plusvalore non monetario	»	109
7. Contro-diritti: sul potenziale trans-soggettivo dei diritti soggettivi	»	133
8. Il diritto davanti alla sua legge: Franz Kafka sulla (im-)possibilità dell'auto-riflessione del diritto	»	151

**II. L'auto-sovversione del sistema
come compimento della sua autonomia,
di Riccardo Prandini**

1. Trailer	pag.	171
2. Primo Tempo. Le funzioni del negativo nella teoria dei sistemi sociali	»	176
3. Secondo Tempo. Costituzioni societarie, collisioni, plusvalori e contro-diritti	»	232
4. Coda. Plusvalori sistemici, contro-diritti e il pathos della vicinanza	»	290
5. Stingers. L'auto-sovversione come auto-immunizzazione, ovvero del negativo come forma di affermazione	»	320
Riferimenti bibliografici	»	359

Cadeau di Man Ray – Ferro da stiro metallico con chiodi saldati sulla piastra (17 x 10 x 10,5 cm. Parigi, Musée National d'Art Modern, Centre Pompidou). Man Ray ha realizzato quest'opera per la sua prima mostra individuale a Parigi, nel 1921, presso la *Galerie Six* di Philippe Soupault. L'opera originale fu rubata durante la mostra e poi è stata più volte riprodotta dall'artista. A raccontarci com'è nata l'opera è lo stesso autore: «Un piccolo e volubile omino cinquantenne è venuto da me e mi ha portato vicino ad uno dei miei dipinti. (...) Io ero stanco per la preparazione per l'apertura (della mostra), la galleria non aveva riscaldamento, avevo i brividi ed ho detto in inglese che avevo freddo. Lui mi ha risposto in inglese, mi ha preso per il braccio e mi ha portato fuori dalla galleria ad un café all'angolo, dove ha ordinato degli alcolici caldi. Si è presentato come Erik Satie ed ha cominciato a parlare in francese ed io gli ho detto che non lo capivo. Con una scintilla nei suoi occhi ha detto che non importava. (...) Lasciando il café, siamo passati vicino ad un negozio che aveva diversi utensili per la casa esposti. Così ho preso un ferro da stiro, quello che viene messo sulle stufe a carbone (per farlo riscaldare) ed ho chiesto a Satie di entrare con me, dove, con il suo aiuto, ho comprato una scatola di chiodi ed un tubo di colla. Una volta tornato in galleria ho incollato una fila di chiodi sulla superficie liscia del ferro, l'ho chiamata *Il dono* e l'ho aggiunta alla mostra. Questo è stato il mio primo oggetto Dada in Francia» (Man Ray, *Self Portrait*, Andre Deutsch, Londra, 1963).

Cadeau è un "ready made". Il termine, inventato da Marcel Duchamp, indica opere realizzate con oggetti quotidiani presentati come paradossali opere d'arte «già fatte», «già pronte». Per l'estetica dadaista, cui contribuì Man Ray, rappresentano uno dei fondamentali meccanismi di "auto-dissacrazione-dissoluzione" dell'arte. Per i dadaisti l'opera d'arte, in definitiva, non rappresenta che il nascondimento di un infinito *circulus viciosus* che – se reso manifesto – sottrae senso a ogni pretesa di originalità e artisticità: «Poiché i tubetti di pittura usati da un artista sono dei prodotti manufatti e "già pronti", bisogna concludere che tutti i quadri del mondo sono dei *ready-made* assistiti» (Hans Richter, *Dada, Art and anti-Art*, Thamesand Hudson, Londra, 1965). Per il dada l'*artwork* può essere davvero qualsiasi cosa; il che significa, simultaneamente, che nulla è davvero arte. Una tautologia (l'arte è arte) si trasforma in una contraddizione (l'arte non è arte) e poi in un paradosso (l'arte è non arte). Il "ready-made" è un'operazione comunicativa che si identifica nell'enunciato "Questo è arte".

Dada fu un movimento artistico che protestava contro le regole e le convenzioni borghesi, *in primis* quelle della Prima guerra mondiale. Per Jean Arp, uno dei suoi esponenti più noti, «il dadaista inventava gli scherzi per togliere il sonno alla borghesia, il dadaista comunicava alla borghesia un senso di confusione e un brontolio distante e potente tanto che i suoi campanelli cominciarono a ronzare, le sue casseforti ad asciugarsi e i suoi amori scoppiavano in bollicine». Dadaismo è *irritazione, allarme, contro-senso, protesta* contro l'arte borghese. Nel *Manifesto Dada*, del 1918, Tristan Tzara, dopo aver affermato che "Dada non significa nulla", ricorda che «Dada nacque da un bisogno d'indipendenza, di diffidenza nei confronti della

comunità. Quelli che dipendono da noi restano liberi. Noi non ci basiamo su nessuna teoria. Abbiamo diritto di far proclamare perché abbiamo conosciuto i brividi e l'allarme». Il paradosso di essere una "comunità che nega la Comunità", una "dipendenza che libera", viene ribadito rispetto all'idea stessa d'arte. Per i dadaisti, il dadaismo non era arte, era "anti-arte" che cercava di abbattere l'arte con l'arte. Per ogni cosa che l'arte sosteneva, Dada rappresentava l'opposto. Se l'arte prestava attenzione all'estetica, Dada ignorava l'estetica; se l'arte si proponeva di lanciare un messaggio, il messaggio Dada era di non averne; se l'arte voleva richiamare sentimenti positivi, Dada offendeva. Dada era l'"antigene" del sistema dell'Arte. Attraverso il contrasto, lo scontro, l'opposizione, il rifiuto i dadaisti intendevano autodistruggersi, auto abolirsi in quanto artisti ma, ironicamente, non produssero che oggetti ben memorizzati nel sistema istituzionalizzato dell'arte. Il sistema reagì all'antigene e ne fece una parte del sistema stesso: l'arte dadaista.

Il carattere paradossale, protestatario, conflittuale, negativo, irritante, contraddittorio del Dada è perfettamente rappresentato nel "ready made" *Ferro da stiro con chiodi* di Man Ray. *Cadeau* è una "giustapposizione sintagmatica" nella quale gli oggetti vengono associati senza alcun legame logico: un *non sense* pieno di senso. Ciò che unisce gli oggetti è un triplice paradosso. Paradosso materiale: l'opera è costituita da un oggetto esistente, un ferro da stiro, che perde la sua funzione originaria, in quanto sono stati applicati 14 chiodi alla piastra. Invece di stirare, distruggere a brandelli i tessuti con i quali entra in contatto. Paradosso temporale: il ferro è stato scelto dall'autore con un design decò, perciò un oggetto assolutamente vicino al suo quotidiano, ma, a causa dei chiodi saldati, scaraventato di molti secoli nel passato, tanto da farlo somigliare ad uno strumento di tortura medioevale. Paradosso sociale: *Cadeau*, quindi dono, diventa un oggetto aggressivo, capace di ferire e distruggere, al contrario del comune modo d'intendere un regalo. È proprio nel paradosso i Dadaisti vedono il "bello", come nella celebre frase di Isidore Ducasse Conte di Lautréamont (1846-1870) che ne *I canti di Maldoror* identifica il bello con «l'incontro casuale di una macchina per cucire e di un ombrello su un tavolo operatorio»: un'affermazione che colpì Man Ray che gli dedicò l'opera *L'Enigme d'Isidore Ducasse* del 1920.

I. L'auto-sovversione del diritto

di *Gunther Teubner*

1. La giustizia auto-sovrersiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?¹

1.1 Diritto e società senza giustizia

Verso la metà del sedicesimo secolo, sulle rive del fiume Havel viveva un mercante di cavalli, chiamato Michael Kohlhaas. Figlio di un maestro elementare, fu uno degli uomini più onesti e nello stesso tempo più terribili del suo tempo [...] se non avesse esagerato in una delle sue virtù, il mondo avrebbe dovuto benedire la sua memoria. Ma il suo senso di giustizia lo rese un bandito e un assassino.

Così Heinrich von Kleist inizia il suo romanzo su Michael Kohlhaas, uno dei racconti più emozionanti mai scritti sulla ricerca della giustizia (Kleist, 2020). «Un giorno cavalcava fuori dalle sue terre con una mandria di puledri, lucenti e ben pasciuti». In uno dei tanti castelli della vecchia Germania gli fu chiesto di fermarsi, di pagare un pedaggio e di presentare un lasciapassare che rappresentava il pegno concesso al signorotto Wenzel von Tronka. Tutta la storia del pedaggio era falsa. Con il pretesto che doveva pagare pegno prima di poter passare, Kohlhaas fu costretto a consegnare due dei suoi cavalli al signorotto. Questi furono poi usati per pesanti lavori nei campi e trattati così male che, quando Kohlhaas tornò dopo alcune settimane, «al posto dei suoi due morelli lustrati e ben pasciuti, trovò due ronzini scheletrici». Invano Kohlhaas cercò giustizia nella legge. Il signorotto, infatti, aveva così tante conoscenze nella burocrazia che vinse sempre contro il mercante di cavalli.

Profondamente ferito nel suo senso di giustizia, Kohlhaas vendette la sua casa, raccolse un gruppo di uomini armati e scatenò una vendetta privata. Inseguì, implacabile, il signorotto che fuggiva dal suo castello, e quando si

¹ “Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz oder Transzendenzformel des Rechts?”. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29, 2008, 9-36. Trad. ingl., “Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?”. *Modern Law Review* 72, 2009, 1-23. Una precedente traduzione di questo saggio è stata pubblicata in: *Lectio Magistralis: Giustizia autosovversiva*, Città del sole, Napoli 2008, 15-63 (a cura di AnnaMaria Rufino). Traduzione parzialmente rivista da R. Prandini.

nascose a Wittenberg, Kohlhaas diede fuoco alla città. In seguito, il signorotto fuggì a Lipsia e Kohlhaas bruciò anch'essa. Infine, le autorità erano così terrorizzate che assicurarono a Kohlhaas un processo equo, così che lui si arrese. Vinse la causa civile ma nel successivo processo penale fu condannato a morte per violazione della pace pubblica.

Una misteriosa zingara però, capace di stregoneria e chiaroveggenza, prese parte agli eventi. Donò a Kohlhaas un amuleto che un giorno gli avrebbe salvato la vita. Nella capsula si trovava un rotolo di carta che conteneva la data in cui l'Elettore di Sassonia avrebbe perso il suo potere. L'Elettore era pronto a tutto per scoprire il contenuto dell'amuleto – persino salvare Kohlhaas dalla forca. Il giorno dell'esecuzione Kohlhaas, davanti agli occhi dell'Elettore e del popolo, tirò fuori la capsula, rimosse il foglio non sigillato e lo lesse in silenzio: fissò l'Elettore – si infilò il foglio in bocca e lo inghiottì. Kohlhaas fu decapitato. I suoi figli furono nominati cavalieri. L'Elettore perse la corona.

La sociologia del diritto non possiede una adeguata idea di giustizia. Molte ricerche empiriche si occupano di giustizia locale, di ciò che gli uomini considerano giusto e corretto nelle diverse situazioni di conflitto. Esistono anche molte elaborazioni teoriche relative a norme e sanzioni, da un lato, e alle professioni giuridiche e ai tribunali, dall'altro. Tuttavia, non esiste una teoria sociologico-giuridica della giustizia². Certo, gli approcci critici al diritto e alla cultura si occupano delle *ingiustizie* del diritto nei rapporti di genere, di razza, nelle relazioni economiche e culturali, ma si rifiutano, normalmente, di associare un'idea positiva di giustizia al diritto. La normatività della giustizia si presenta, se mai, come progetto politico piuttosto che giuridico. È la stessa giustizia – aspettativa fondamentale degli uomini nei confronti del diritto – il buco nero.

Sono necessari osservatori esterni come Jacques Derrida e Niklas Luhmann per far luce su questo punto cieco ed evidenziarne la problematicità: la teoria sociologica del diritto è capace di fornire un suo specifico contributo al concetto di giustizia, diverso da quello della filosofia morale, politica e della stessa filosofia del diritto? Autopoiesi e decostruzione – dal mio punto di vista le teorie critiche del binomio “diritto e società” più provocatorie degli ultimi decenni – hanno fornito un contributo determinante in due diverse direzioni. Da un lato, la ricostruzione di una genealogia della giustizia e, dall'altro, l'osservazione dei paradossi decisionali del diritto moderno (Derrida, 2003; Luhmann, 1978; 1990a; 1993; 2012, 193 ss.). Luhmann si occupa di entrambi gli approcci utilizzati da Derrida, secondo il quale «l'uno assume l'aspetto dimostrativo e apparentemente non storico di paradossi logico-

² Cotterell (2006), occupandosi della teoria sociale del diritto, afferma con cautela che «la teoria sociale non è collegata direttamente alla promozione della giustizia».

formali. L'altro, più storico o più anamnesico, sembra procedere attraverso letture di testi, interpretazioni minuziose e genealogie» (Derrida, 2003, 73).

Nell'approccio genealogico, la giustizia non è più solo una costruzione del discorso filosofico, ma è ricostruita a partire dalla prassi sociale e dalla sempre mutevole autopoiesi del diritto. Qui si aprono prospettive per analisi dettagliate storico-sociali, con l'obiettivo di mostrare i cambiamenti semantici della giustizia al variare della differenziazione sociale³. Tale storicizzazione della giustizia abbandona le pretese filosofico-giuridiche di una giustizia universalmente valida nel tempo e nello spazio, ma allo stesso tempo non si riduce a un relativismo che porterebbe all'*anything goes*. Piuttosto, cerca di scoprire le connessioni nascoste tra semantica del diritto e struttura sociale. È questa la particolare forza della sociologia giuridica, che è in grado di mostrare attraverso ricerche empiriche le co-variazioni della giustizia con le strutture sociali. Ciò può sfociare nel tentativo di riformulare un concetto possibile di giustizia, nelle condizioni attuali. Se da una prospettiva teorico-sociale si potesse dimostrare che le strutture sociali delle società segmentate e stratificate sono collegate alla semantica della giustizia distributiva e commutativa – adattando quest'ultima al principio di uguaglianza e di rango nella gerarchia sociale – allora come potrebbe essere stabilito, oggi, il rapporto tra strutture sociali e semantica della giustizia? (Luhmann, 2012, 202 ss.). Da ciò emergono non solo indicazioni per la ricerca teorica ed empirica, ma anche un impulso prescrittivo per la comprensione, nel diritto, di una giustizia mutevole. La *re-entry* di questa analisi sociologica del diritto aprirebbe, per la normatività della giustizia, uno “spazio immaginario” che va oltre le tradizioni del diritto naturale e del positivismo giuridico⁴. Qui emerge lo iato estremamente problematico iato tra norme e decisioni, che fa emergere i paradossi del diritto, e che porta forse a una comprensione più profonda della giustizia – nel senso di pratiche sovversive di autotrascendenza del diritto – che riceve poca attenzione nella teoria e dogmatica dominanti (Teubner, 2008). In ultima istanza, la giustizia sarebbe intesa come un'autodescrizione del diritto che boicotta sé stesso perché, attraverso la sua applicazione, crea nuova ingiustizia. In stesso questo senso, Heinrich von Kleist (1963) ha anticipato l'esperienza della giustizia auto-sovversiva con la storia di Michael Kohlhaas.

³ Per le diverse sfumature del concetto di diritto “più adeguato al tempo” cfr. Kosellek (2006, 365 ss.); Derrida (2003, 68-74); Luhmann (2001, 12 ss.).

⁴ Sul nesso tra “re-entry” e “spazio immaginario”, Spencer Brown (1972, 56 ss. e 69 ss.).

1.2 Dalla reciprocità all'asimmetria della giustizia giuridica

L'attuale teoria sociale del diritto considera criticamente le più importanti teorie filosofiche della giustizia come non sufficientemente storiche e sociologiche. Anche se John Rawls e Jürgen Habermas sollevano la questione della riformulazione del concetto kantiano di giustizia, alla luce delle nuove condizioni – il primo integrando con elementi di teoria economica, il secondo lasciando spazio all'intersoggettività e all'evoluzione delle strutture normative – essi riflettono sugli aspetti fondamentali della giustizia ancora nell'ottica veteroeuropea della relazione semantico-strutturale: reciprocità, consenso, razionalità (Rawls, 1982; Habermas, 2013)⁵. Tuttavia, occorre sostituire ognuno di questi aspetti (secondo Derrida e Luhmann) con i nuovi concetti di: asimmetria, orientamento ecologico del diritto e aspetto non-razionale della giustizia. Rawls e Habermas lavorano tenendo conto del principio morale della reciprocità tra attori individuali e della sua universalizzazione in norme generali e astratte, che devono costituire i fondamenti per una società giusta. Il velo dell'ignoranza astrae le proiezioni normative degli attori razionali individuali dalle circostanze concrete dei nessi originari, e le accorda alle istituzioni politiche adeguate. Nel discorso idealizzato di Habermas, si suppone che le procedure formali garantiscano l'espressione autentica degli interessi individuali e la loro universalizzazione discorsiva in norme moralmente giuste. La policontesturalità, una delle esperienze più stranianti del nostro tempo, lascia però un dubbio fondamentale sull'attualità di queste varianti del concetto kantiano di giustizia (Günther, 1976a; 1976b). Tenendo conto della policontesturalità, cioè dell'emergenza di un'elevata frammentazione delle strutture sociali intermedie e della differenza tra sistemi interazionali, organizzazioni formali e sistema sociale, la società non può più essere pensata come risultato delle interazioni. Al contempo, la giustizia non può basarsi sull'universalizzazione del principio della reciprocità tra attori individuali⁶.

Numerose teorie sociali hanno analizzato, da diverse prospettive, il problematico rapporto tra la policontesturalità e la giustizia. L'analisi della frammentazione sociale non si riferisce soltanto all'attuale dibattito sulla pluralità dei discorsi, ma risale al principio della solidarietà organica di Émile Durkheim (2016), al nuovo politeismo delle razionalità formali di Max Weber (1968, 603 ss.), alla pluralità dei giochi linguistici di Wittgenstein (2009) e alla critica sociologica della morale kantiana di Theodor Adorno (1996: 147, 175.)⁷. Max Weber ha analizzato la modernità come

⁵ Per un'analisi dei loro concetti di giustizia, cfr. Forst (1999).

⁶ Per la critica all'elevata reciprocità interazionale della società, Luhmann (1997, 823 ss.). Una riformulazione della reciprocità giuridica a partire dall'effetto della policontesturalità si trova in Wiethölter (1994, 119).

⁷ Sulla critica della giustizia di Adorno, Menke (2004, 155 ss.).

pluralizzazione delle differenti sfere di valore e delle forme di vita, che ha scatenato conflitti insolubili tra poteri ideologici spersonalizzati. In una siffatta situazione, la giustizia non può più essere fondata sul principio della razionalità, della reciprocità e dell'universalizzazione. La pluralità dei giochi linguistici di Wittgenstein, con le loro strutture idiosincratiche di regole, non si lasciano ricondurre né al principio di razionalità né ai valori astratti del diritto, ma unicamente e soprattutto all'esperienza della forma reale di vita. Secondo Adorno, tra la giustizia universale, in senso kantiano, e la società moderna, esiste una contraddizione strutturale; la differenziazione sociale verticale e orizzontale con la sua produzione d'incommensurabilità trasforma gli impulsi morali della giustizia nel loro contrario.

Oggi ci confrontiamo con la distinzione *litige/différend* di Jean-François Lyotard relativa a discorsi ermeneutici chiusi; con la frattura tra gli epistemi incompatibili di Michel Foucault; con la pluralità dei sistemi chiusi autoreferenziali di Niklas Luhmann (Lyotard, 1985; Foucault, 2016)⁸. Altre teorie vi girano intorno: le sfere della giustizia di Michael Walzer o i modi di creazione dei mondi di Nelson Goodman (Walzer, 1984; Goodman, 1978, cap. 7). In particolare, le teorie pluraliste del diritto e le versioni pluraliste delle teorie neo-materialistiche rinviano al rapporto tra frammentazione sociale, l'insormontabile differenza dei diversi ordinamenti giuridici e i principi di giustizia⁹. La loro incompatibilità risulta dalla collisione delle pratiche sociali reali, ognuna delle quali sviluppa una specifica razionalità e una specifica normatività, disponendo di un enorme – e reciproco – potenziale nocivo. A un livello più astratto, Gotthard Günther radicalizza la policentricità, nella forma di una minacciosa policontestualità, cioè in una pluralità di prospettive reciprocamente escludentesi, che sono costituite da codici binari. Queste prospettive non sono compatibili reciprocamente e possono essere superate soltanto attraverso *rejection values* che riconducono solo a nuove distinzioni binarie (Günther, 1976a). I collegamenti descritti (malgrado considerevoli differenze sotto altri aspetti) concordano su un punto: la collisione tra significati idiosincratici, esclude la riconciliazione con la razionalità societaria e, ancor meno, con lo sviluppo della giustizia sociale.

Vi sono drastiche conseguenze per un concetto adeguato di giustizia sociale. Sebbene i concetti aristotelici e kantiani di società giusta non siano oggi più accettabili, si possono ancora recuperare gli altri attributi giuridici dei frammenti della giustizia. Ma anche se ci si volesse riferire alle strutture sociali di Rawls o Habermas e alla reciprocità tra attori universali, si dovrebbe cominciare con i loro frammentati rapporti reciproci per approdare, infine, a giustizie frammentarie e non a una giustizia omnicomprensiva. Se si applicasse il velo dell'ignoranza, o le condizioni del discorso ideale, a uno

⁸ Per le discipline scientifiche, Foucault (1993). Per il diritto, Luhmann (1997, 595 ss.).

⁹ Per esempio, Ladeur (1992), Petersen e Zahle (1995), Teubner (1997). Un approccio della teoria neomaterialistica: Buckel (2007, 226 ss.).

scambio economico tra attori razionali ed entro un mercato ideale governato dal principio di efficienza, si giungerebbe a una giustizia universale, ma di natura economica, e gli aspetti morali, giuridici o politici della convivenza non sarebbero adeguati per rispondere ecologicamente. Non è un caso che Rawls limiti il concetto di giustizia all'ambito politico. Egli modella i processi di distribuzione con un riferimento alla politica istituzionalizzata e non alla struttura sociale nella sua interezza. E non appena tenta di andare al di là delle istituzioni politiche, mostra anche un ulteriore aspetto del problema: un modello sociale di «social union of social unions» è sociologicamente insostenibile (Rawls, 1982, 488-497).

Anche se si volesse limitare la giustizia ai frammenti sociali, nei termini della policontestualità, si dovrebbe abbandonare il rapporto di reciprocità tra attori individuali come punto di partenza. Le ingiustizie commesse dalle istituzioni frammentate non si realizzano, semplicemente, in relazione ai loro membri – relazione nella quale sarebbe possibile una correzione delle aspettative reciproche attraverso il principio di simmetria. Il rapporto giustizia/ingiustizia in una istituzione frammentata è, invece, una relazione asimmetrica in rapporto ad una concatenazione di operazioni storicamente ricorsive, sviluppatesi secondo razionalità parziali socialmente istituzionalizzate. La giustizia dovrebbe, dunque, creare una super norma per sviluppare maggiormente la razionalità, nell'ambito del suo asimmetrico rapporto con questo pubblico, ma non come rapporto simmetrico di reciprocità dell'interazione tra i suoi membri e l'istituzione o tra pubblico e istituzioni. In termini di teoria dei sistemi: se la giustizia si fonda sulla riflessività di un sistema sociale, allora la riflessività delle interazioni con la reciprocità centrale non è idonea né come modello per le organizzazioni formali né per i grandi sistemi funzionali. Questi hanno bisogno di altre forme di riflessività che si basano sulle loro logiche interne, ma che le spingono, simultaneamente, ad eccedere la loro logica interna. Una riflessività che mira alla giustizia non dipende dalla reciprocità, ma dalla capacità dell'organizzazione e del sottosistema di analizzare la limitatezza della propria prospettiva razionale specializzata e di trarre da ciò autolimitazioni per il suo modo espansionistico di agire (Teubner, 2008).

Da un punto di vista sociologico si registra, anche per la modernità, un *Paradigm Lost*: la giustizia come ideale di buona società. Ciò non significa che il diritto, come suggerito da Hans Kelsen, debba abbandonare completamente l'idea di giustizia (Kelsen, 2000). Piuttosto, si devono riformulare le vecchie idee secondo le nuove condizioni e differenziare le diverse moncontesture della giustizia; giustizia morale, politica, economica – e, soprattutto, giustizia nel diritto. La ricerca per i principi di una società giusta è molto importante, ma la società moderna non sostiene la “causa”, né dibattiti, né procedure di una giustizia societaria unitaria. Quella ricerca è importante come sempre, ma a *causa* della giustizia sociale è arrivata a non avere un

“Foro”, delle procedure, dei criteri. La ricerca di una società giusta non può seguire la strada maestra; si dirama, fin dall’inizio, verso un sentiero differenziato. Ognuno dei diversi concetti di giustizia si sviluppa in relazione a specifiche pratiche sociali e si accorda, volta per volta, alla loro specifica razionalità e normatività. Michael Walzer ha mostrato ne *Le sfere di giustizia* e rispetto al diritto di proprietà come i differenti contesti sociali producano necessariamente differenti principi di giustizia (Walzer, 1984)¹⁰. La giustizia politica tratta dell’accumulazione del potere e del consenso per le decisioni collettive e progetta l’istituzione fondamentale della Costituzione politica come il precario rapporto tra compromessi di forze, aggregazioni di interessi, riflessioni politiche, da un lato, ed esigenze esterne alla società, dall’altro. Rawls e Habermas offrono un apporto significativo, ma hanno poco da dire sulla giustizia del diritto che si confronti con la soluzione specifica dei conflitti individuali attraverso una terza istanza neutrale, vincolata normativamente alla organizzazione del procedimento giuridico, alla corretta applicazione delle regole generali, riguardo ai casi concreti e alla considerazione della specificità dei casi e delle persone. Non meraviglia che *Justice as Fairness* di Rawls (1982) abbia avuto molta influenza sul contesto politico, ma che abbia trovato, nell’ambito dell’applicazione del diritto, solo uno scarso consenso. Se la giustizia pretesa dal giudice prendesse in considerazione l’applicazione delle norme generali e, allo stesso tempo, cautamente anche la singolarità dei casi, le richieste delle parti, le caratteristiche fondamentali del conflitto sociale e le persone coinvolte nella loro concreta infinità, allora il velo dell’ignoranza di Rawls (1982) sarebbe, in definitiva, controproducente (Menke, 2004, 203 ss.). La sociologia del diritto deve sviluppare anche un concetto di giustizia che tenga conto della propria razionalità e della propria normatività – la giustizia del diritto. Ciò non significa, certamente, che il diritto ha il monopolio sulla giustizia. Piuttosto, coesistono in differenti contesti sociali differenti concetti di giustizia, che non si adattano a un principio unitario.

L’uguaglianza, rivendicata da Habermas e da Rawls come base concettuale della giustizia, ha significati fondamentalmente diversi rispettivamente nel diritto e nella politica. L’uguaglianza politica risulta da una generalizzazione che richiede un trattamento uguale aggregato dei cittadini, mentre l’uguaglianza giuridica deriva da un processo di individualizzazione che chiede un trattamento (dis)uguale dei nuovi casi rispetto a quelli precedenti. In che cosa si differenzia il modello dell’ordinamento decentrato, prodotto dall’uguaglianza giuridica, rispetto alla generalizzazione etica e all’aggregazione politica?

¹⁰ Una simile contestualizzazione riguardo all’uguaglianza è seguita Pauer-Studer (2000, 25). Forst distingue quattro “contesti” della giustizia (etica, diritto, democrazia e morale), ma ritiene possibile la loro integrazione attraverso i “principi” della giustizia (1994, 388 ss. e 412).

Da una prima analisi, dall'applicazione ripetuta dell'operazione giuridica ai risultati dell'operazione giuridica (negli innumerevoli procedimenti giudiziari) si crea, come in ogni processo che si sviluppa in modo decentrato, una rete artificiale di norme, di concetti e di principi dogmatici – questi significati locali rimodulano i concetti di giustizia in modo simultaneo. Le continue pratiche di differenziazione della parità o della disparità di trattamento dei singoli casi sono un meccanismo che differenzia chiaramente l'uguaglianza del diritto dalle decisioni collettive vincolanti che mirano all'uguaglianza politica. Trattare ciò che è uguale come uguale e ciò che è disuguale come disuguale è il dispositivo che progressivamente (auto)genera le differenze. Questo meccanismo generativo – o, come Foerster lo avrebbe definito, questa “macchina storica” – aumenta continuamente la complessità delle costruzioni giuridiche (von Foerster, 1993, 350 ss., 356 ss.). In questo contesto, meno interessanti sono il collegamento con i precedenti, lo *stare decisis* e il trattamento eguale di casi uguali. Più interessanti sono invece la deroga al precedente, il *distinguishing* e l'*overruling*, così come anche la disparità di trattamento di casi diseguali, che obbliga la ricerca di nuove costruzioni giuridiche e di una giustizia specificamente giuridica.

Se la giustizia è messa in relazione solamente con i procedimenti giudiziari, anche il problema dell'applicazione autoreferenziale delle decisioni precedenti e delle regole alle nuove situazioni di fatto può essere compreso solo parzialmente. L'altra parte è l'irritazione permanente del diritto da parte di processi sociali esterni, la quale reindirizza permanentemente la semantica giuridica della giustizia. Qui emerge la tipica incongruenza delle norme e delle dottrine giuridiche con il conflitto particolare a causa della loro covariazione con il mutamento delle strutture sociali. (Luhmann 2012, 519 ss.). La rete dell'operazione giuridica, che reagisce alle irritazioni esterne, si sviluppa in altri contesti come irritazione di conflitti specifici, che arrivano davanti ai tribunali. Queste irritazioni esterne provocano una dinamica che “incunea” il diritto in una inevitabile incongruenza di conflitti individuali, nel senso di una ridondanza giuridica rispetto alla loro dissolvenza e ai loro principi. I meccanismi produzione di norme sociali penetrano dalla periferia al centro del diritto, trasformando le norme sociali in norme giuridiche. I più efficaci meccanismi di produzione extra-giuridica di norme sono istituzionalizzati nelle organizzazioni formali, nelle reti informali e nei processi di standardizzazione e di normalizzazione, che oggi coesistono con i procedimenti legislativi e contrattuali (Teubner, 1999a). Nella ricerca della giustizia (giuridica), il sistema giuridico non può respingere queste regole prodotte dall'esterno come estranee al conflitto in questione. Al contrario, nella ricostruzione giudiziaria di queste regole, trae da esse gli stessi criteri che dovrebbero risolvere il conflitto specifico e, allo stesso tempo, li rivede in nome dell'*ordre public* del diritto – sviluppando così, passo dopo passo, nuovi e mutevoli aspetti sostanziali della giustizia.

In questo modo, i principi della giustizia del diritto si trasformano, in modo permanente, nel confronto continuo con queste due dinamiche: decisioni caso per caso di conflitto individuali e produzione di norme sociali. Ciò pone la semantica della giustizia giuridica su un piano diverso da quelle della giustizia politica, morale o economica, le quali seguono, di volta in volta, percorsi di universalizzazione idiosincratica. L'esperienza moderna si basa non solo sulla loro differenza, ma sul loro conflitto. La legislazione, dominata dalle riflessioni della giustizia politica, minaccia la giustizia giuridica del procedimento giuridico. E viceversa. Allo stesso modo, i principi della giustizia morale, che si sviluppano sulla base del rispetto reciproco e sono sistematizzati dall'etica filosofica, si pongono in una simile relazione di contraddizione reciproca con le istanze della giustizia giuridica.

1.3 Dalla teoria del consenso alla giustizia ecologica

Niklas Luhmann presenta un concetto sociologico specifico: la giustizia è la formula di contingenza del diritto (Luhmann, 2012, 202 ss.; Dreier, 2002, 351 ss.). Il termine è difficile e facilmente equivocabile. Ciò che si intende è che la tematizzazione della giustizia nel sistema giuridico attiva una dinamica sociale "irritante" che mette drammaticamente a nudo la contingenza del diritto: un diritto giusto potrebbe/dovrebbe essere diverso! L'irritazione della giustizia inizia con l'emergere di conflitti sociali, continua con la loro traduzione nel linguaggio artificiale della legge, nella pratica dell'applicazione del diritto, nelle strategie degli avvocati, nelle dispute interpretative, nei procedimenti giuridici decisionali, nell'applicazione della legge, nel rispetto delle norme, e finisce con il mancato rispetto delle norme e decisioni giuridiche da parte delle persone, con la loro protesta e rivolta contro le ingiustizie della legge. Come agisce la giustizia in queste pratiche? Non come regola, né principio o valore, né come criterio delle decisioni del diritto. Non agisce neppure come criterio esterno al diritto, in base al quale si potrebbero misurare le decisioni giuridiche; né come virtù morale o scopo politico; né come idea regolativa, che potrebbe opporsi al diritto positivo. Tutto ciò potrebbe avere un peso rilevante rispetto ad altre regole, principi, valori, criteri o altre virtù esterne, scopi e idee. Tuttavia, nel diritto la giustizia non può essere pesata contro altri valori. La giustizia giuridica pretende di essere la indiscutibile formula di orientamento e non può fornire principi giuridici interni ed esterni concorrenti. Come formula di contingenza del diritto, la giustizia ha nel diritto uno *status* analogo a quello che le altre formule di contingenza hanno in altri ambiti: "legittimità" nella politica; "Dio" nella religione; "scarsità" in economia; "formazione" nella pedagogia; "limitazionalità" nella scienza (Luhmann, 2012, 527). Formula di contingenza vale a dire: canonizzazione, incontestabilità e divieto di negazione. E la sua dinamica

rivela un paradosso. La necessaria ricerca, sebbene possa essere osservata come ricerca, sviluppa sempre nuove contingenze. Contingenza necessaria – necessità contingente.

La formula di contingenza del diritto – giustizia – appare come un necessario «schema della ricerca secondo fondamenti o valori che possono ottenere validità giuridica, soltanto nella forma di programmi» giuridici (Luhmann, 2012, 202). Non si tratta di un principio interno o esterno del diritto, bensì dell'auto-osservazione dell'unità del diritto, sulla base del suo programma e dell'autocontrollo giuridico, che mediante la sopramenzionata “macchina storica” del diritto, trova posto nelle infinite pratiche dei trattamenti uguali/disuguali. Ciò conduce Luhmann alla definizione di giustizia: complessità adeguata di processi decisionali coerenti (Luhmann, 1990b, 330 ss.; 2012, 211).

Nella discussione socio-giuridica seguente, si è affrontata questa definizione con estremo scetticismo (cfr. Esser 1972, 201 ss., Raiser T., 2007, 139 ss., Röhl, 2001, § 53). Se la giustizia non è in grado di porre criteri decisionali sostanziali, se non è pronta a identificarsi con il valore o il principio giuridico, e se non è capace di indicare massime esterne etiche o politiche, allora essa è una giustizia puramente formale, che conduce a una semplice richiesta di coerenza concettuale. Non si differenzia peraltro dalla coerenza della decisione che si riferisce alla logica del vincolo del precedente e della sistematicità della dogmatica giuridica. La critica taglia corto; la formula di contingenza implica molto più della coerenza interna della decisione: contingenza richiama altre possibilità e, contemporaneamente, altre possibili dipendenze. La formula di contingenza opera ai confini fra il diritto ed il suo ambiente esterno in relazione alla variabilità storica della giustizia e, contemporaneamente, alla dipendenza dal suo ambiente. Il richiamo alla giustizia – è questo il nocciolo della formula di contingenza – accelera il meccanismo di dipendenza del diritto dalla ecologia, dall'ambiente sociale, umano e naturale. Con ciò entrano in gioco aspetti materiali, al di là della consistenza formale.

Nella definizione complessità adeguata di processi decisionali coerenti, l'adeguamento sociale è l'aspetto determinante in relazione alla coerenza interna. Lo scopo della giustizia non è quello di perseguire solo la massimizzazione della coerenza dogmatica, ma di rispondere a pretese esterne, estremamente divergenti e, allo stesso tempo, di tendere alla maggior coerenza possibile. La giustizia come formula di contingenza non è immanente al diritto, bensì trascende il diritto! Coerenza interna più capacità di rispondere alle richieste ecologiche – questa è la duplice formula della giustizia giuridica¹¹.

Al contrario delle teorie neokantiane della giustizia, che tendono a rendere sempre più raffinate le richieste formali e procedurali del consenso e

¹¹ Nello specifico, riferito a un concetto più ampio di giustizia orientata al suo ambiente: Teubner (1990; 2005a; 2005b).

dell'universalizzazione, un tale concetto sociologico si concentra sugli aspetti materiali del rapporto del diritto con il suo ambiente: il diritto con le sue verifiche del rapporto uguaglianza/disuguaglianza, è all'altezza dell'attuale società policontesturale? È all'altezza del suo ambiente naturale? È all'altezza degli individui? In un'accezione più ampia, l'orientamento ecologico del diritto potrebbe rappresentare il più importante contributo che la teoria dei sistemi, con il suo accento sulla differenza sistema/ambiente, porta al dibattito sulla giustizia. La giustizia indirizza il diritto positivo a problematizzare la sua adeguatezza all'ambiente esterno.

Simultaneamente la teoria dei sistemi che insiste sulla chiusura autoreferenziale del diritto, contraddice l'orientamento ecologico della giustizia. L'etero-referenzialità empatica del diritto pretesa dalla giustizia, come un suo adeguamento alla società, agli individui e alla natura, non può essere raggiunta portando il diritto nell'ambiente esterno, ma soltanto dentro al diritto. Esso è imprigionato nelle sue operazioni autoreferenziali, che decidono sull'uguaglianza/disuguaglianza dei casi specifici. In questa contraddizione si trova il nucleo dell'efficacia della giustizia: come è possibile una giustizia che autotrascende gli stessi confini del diritto, se essa è legata inevitabilmente alla chiusura autoreferenziale del diritto? Giustizia necessaria, ma impossibile autotrascendenza della chiusura del diritto – questo appare pensabile, soltanto come *coincidentia oppositorum* del diritto.

Come può la giustizia trascendere la chiusura operativa del diritto se il trasferimento di validità, vincolato alla serie ricorsiva delle decisioni dei tribunali, degli atti legislativi e dei contratti, passa esclusivamente attraverso il codice binario giuridico/extragiuridico? La giustizia si vede confrontata, qui, con la chiusura primaria del diritto: la chiusura operativa derivante dalla connessione “atti giuridici – strutture giuridiche – atti giuridici”. Per la scarsa rilevanza e per il radicale isolamento del diritto dal suo ambiente sociale (Teubner, 1990; Luhmann, 1988a; 2012), la chiusura operativa, come è noto, è diventata un'importante fonte di ingiustizia nel diritto. A buona ragione i critici ispirati da approcci comunitaristi al diritto moderno richiedono trasformazioni radicali per rompere i confini del diritto, per reintegrare il diritto formale nella società e per stabilire fori alternativi, procedure e criteri di una «giustizia comune» (Cotterell, 2006, 65 ss., 91 ss., 315 ss.)¹². Dunque, si deve ammettere che nel diritto moderno le pratiche della giustizia hanno preso un'altra direzione. La giustizia non viola la chiusura operativa del diritto. Piuttosto, essa “trascende” il diritto a livello della sua seconda chiusura: sul piano dell'auto-osservazione del diritto¹³. Da quando nel discorso giuridico, nei processi, nella legislazione e nella formulazione dei contratti, è cominciata la trasformazione del diritto escludendo argomenti *ad hoc* e *ad*

¹² Criticano la chiusura operativa del diritto anche de Kerchove e Ost (1992).

¹³ Sulla duplice chiusura, come necessaria condizione dell'autorganizzazione, in generale von Foerster (1993, 25 ss., 46 ss.). Nelle organizzazioni formali, Luhmann (2005, cap. 7).

hominem e facendo riferimento soltanto a materiale giuridico specialistico (precedenti, regole, principi), il discorso della giustizia è diventato parte dell'auto-osservazione giuridica, che volge lo sguardo ai confini del diritto e cerca di superarli attraverso l'osservazione. Ogni volta che la chiusura dell'operazione giuridica viene completata dalla chiusura dell'auto-osservazione del diritto, le pratiche della giustizia si concentrano sempre sull'adeguamento del diritto al suo ambiente.

Ma in che modo la giustizia, come prassi auto-osservativa all'interno del diritto, deve superare la chiusura primaria del diritto? La spiegazione è la *re-entry* dell'extra-giuridico nel diritto. Mentre l'operazione giuridica innalza un confine tra diritto e non-diritto, tra comunicazione giuridica e altre forme della comunicazione sociale, le auto-osservazioni giuridiche si servono della distinzione legale/illegale all'interno del mondo simbolico del diritto (Luhmann, 2012, 55 ss., 305 ss.). Ogni volta che la differenza diritto/non diritto (non diritto nel senso di "extra-giuridico" e non "illegale"!) si applica nella operazione giuridica e ogni volta che l'argomento giuridico distingue tra norme e fatti – ed è possibile differenziare tra atti giuridici interni e atti sociali esterni, tra principi giuridici e interessi sociali, così come tra costruzioni interne della realtà giuridica e processi sociali – allora è arrivato il momento in cui il discorso della giustizia decide di ricostruire queste differenze internamente, sollevando la questione se le decisioni giuridiche stanno facendo giustizia a quegli aspetti del mondo esterno che sono stati ricostruiti internamente.

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

La giustizia, come prassi discorsiva, lavora sulle conseguenze che la *re-entry* ha creato (Weick, 1979; Varela, 1992, 235 ss.). Sfrutta la confusione epistemica (alla Magritte "questa non è una pipa") relativa alla realtà delle osservazioni eteroreferenziali del diritto. Il risultato della *re-entry* è "lo spazio immaginario" già accennato, all'interno del diritto, ma che comprende sé stesso come realtà. Nel giudizio sull'adeguamento ecologico del diritto, la giustizia non può, d'altra parte, lavorare solo con la finzione dell'inclusione dell'ambiente esterno, essa deve trattarlo come realtà. Perciò, la giustizia può solo operare all'interno di questo spazio immaginario del diritto che, attraverso la *re-entry* dell'ecologia nel diritto e la ricostruzione interna del diritto, provoca le domande esterne della società, degli individui, della natura.

La dipendenza sociale della formula di contingenza "giustizia" si rivela, in particolare, nelle affinità con i più importanti principi storici della differenziazione sociale. In questo senso la teoria della giustizia dipende dai

“supplementi delle teorie sociali”. I criteri di giustizia non sono semplicemente soggetti al mutamento storico, ma variano con i principi della differenziazione sociale. In una società stratificata, è naturale e necessario che la giustizia consideri la posizione delle parti in conflitto. La giustizia non è cieca! La celebre formula del *sum cuique* – (dall’attuale punto di vista, e non come formula vuota) – ha un senso concreto per gli individui che vivono in ranghi legittimati dalla stratificazione sociale. Come Lawrence Rosen ha mostrato nei suoi studi empirici sull’antropologia della giustizia, ciò vale nel diritto tradizionale islamico, dove la giustizia richiede che le posizioni sociali delle parti nella rete del processo, siano meticolosamente ricostruite e tenute in considerazione (Rosen, 1989, 58 ss.). Max Weber sbaglia a chiamarla, sminuendola, “giustizia del kadi”, solo perché, dal suo punto di vista, non soddisfa le richieste della giustizia universalistica (Weber, 1976, 564 ss.). Anche nella europea medievale era naturale e legittimo che il diritto aristocratico privilegiasse le *partes maiores* piuttosto che masse urbane e contadini. Ma, già alle soglie della modernità, Michael Kohlhaas protestava contro il diritto che privilegiava il ladro di cavalli aristocratico, piuttosto che il comune commerciante di cavalli (Kleist, 2020). Mentre la *justitia mediatrix* del Medioevo combinava in modo gerarchico-verticale il diritto divino, naturale e umano, la giustizia della modernità combina in modo eterarchico-orizzontale la normatività propria del diritto e quella del suo ambiente sociale, umano e naturale. Il diritto cerca i criteri di giustizia nel suo ambiente, nei diversi discorsi sociali, nelle scienze pedagogiche, mediche, politiche o nel discorso economico e “procura” loro validità (giuridica) attraverso complicati processi di ricostruzione giuridica. A dispetto del diritto di uguaglianza sancito nelle costituzioni moderne, il diritto costituzionale giustifica trattamenti disuguali se questi sono giustificati dai cosiddetti “ragionevoli criteri”, in conformità alle scienze pedagogiche, scientifiche, mediche, ecc.

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

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

Né diritto naturale né positivismo giuridico, dunque. Piuttosto, la giustizia “boicotta” le decisioni del diritto. In senso opposto alla tendenza intrinseca del diritto alla certezza delle decisioni, la giustizia giuridica inaugura un nuovo spazio di incertezza e indeterminatezza del diritto. La giustizia mina la ricorsività routinaria delle decisioni giuridiche e si chiede costantemente se una controversia non debba essere decisa in modo diverso alla luce delle richieste esterne al diritto. La giustizia agisce internamente al diritto come forza sovversiva, con la quale il diritto protesta contro sé stesso. La giustizia protesta contro la naturale tendenza del diritto a vincolarsi al precedente, alla consuetudine, alla sicurezza, alla stabilità, all’autorità e alla tradizione. Contrariamente alla tendenza del diritto verso la stabilità perfettamente ordinata, la giustizia mette sul tavolo la sua preferenza per il disordine, la rivolta, la differenza, la variabilità e il cambiamento. Protesta in nome della società, degli uomini e della natura – e in ciò riecheggia il segreto interno del diritto. La giustizia sovversiva è una spina nel fianco. L’ammutinamento del Bounty – questo è il messaggio della sociologia per la giustizia giuridica.

1.4 Dalla razionalità all’irrazionale nell’autotrascendenza del diritto

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

I filosofi della giustizia sono consapevoli degli elementi irrazionali nelle decisioni giuridiche e, dunque, cercano di esorcizzarli, ampliando *ad infinitum* il ruolo della razionalità nel diritto per ciò che attiene alla decisione. Esorcizzano il “diavolo” del paradosso dell’autoreferenza (Habermas, 1973, 80 ss.). Ma naturalmente invano.

Oggi al contrario le più provocatorie analisi del fallimento del diritto, come Derrida e Luhmann hanno dimostrato, pongono al centro delle loro

riflessioni le aporie della giustizia e i paradossi della decisione del diritto (Derrida, 2003; Luhmann, 1993, 370 ss.). Naturalmente, esse in qualche modo analizzano nuovamente un'antica esperienza del diritto la quale, per poter vivere ai confini della ragione, si è rifugiata nella famosa e duplice formula – *ratio et voluntas* come *ratio et auctoritas*. Persino la teoria giuridica analitica – che a differenza della decostruzione e della autopoiesi non è sospettata di irrazionalismo – deve accettare supplementi nel diritto, poiché l'applicazione logica delle norme al caso concreto, funziona solo se il giudice introduce ulteriori supposizioni nel sillogismo (Alexy, 2003). Alla fine, si deve ammettere che la giustificazione di norme attraverso le norme e i loro principi, termina nel trilemma di Münchhausen: regresso infinito, sospensione arbitraria o circolarità (Albert, 1968). L'inadeguatezza della ragione a motivare le decisioni del diritto spinge la corrente dei *Critical Legal Studies* all'ossessione per l'*indeterminacy* e, prima ancora, Carl Schmitt all'ossessione per la decisione. Ciò non deve meravigliare, dal momento che numerose analisi interdisciplinari, per curare la “malattia” del diritto, intervengono con i loro specifici mezzi: la psicologia con l'affettività; la psicoanalisi con l'inconscio nelle decisioni del diritto; l'economia con il calcolo dell'efficienza, la sociologia con la struttura di classe o le norme sociali, la scienza politica con le riflessioni politiche, gli antagonismi sociali, la pura volontà del potere, e così via. Come reagisce, allora il diritto alla sua fondamentale inadeguatezza?

La giustizia giuridica dovrebbe essere compresa come reazione del diritto al proprio fallimento. Come già accennato, essa non può essere identificata né con una costruzione filosofico-giuridica, né con un criterio di decisione giuridica, ma appare come una strutturata dinamica all'interno del diritto. La giustizia giuridica sarebbe allora, per anticipare in una formula le considerazioni che seguono, un ostinato processo di autodescrizione del diritto, che interrompe, blocca, sabotava, mina la ricorsività routinaria delle operazioni giuridiche. Tale processo costringe il diritto alla sua autotrascendenza ma lo costringe immediatamente e in modo continuo a produrre ulteriori operazioni giuridiche, sabotando quindi se stesso attraverso nuove ingiustizie. Dunque, dopo “l'esperienza irrazionale” e la “traversata nel deserto”, si rende necessario ricostruire questa esperienza pur nell'ambito delle restrizioni poste dal diritto – obbligo della decisione, obbligo della normazione, obbligo della motivazione. Tuttavia, l'inevitabile conseguenza di questa necessità di produrre nuove operazioni è che il diritto – anche dopo l'auto-provocazione mediante l'auto-osservazione “giustizia”, che si traduce in nuovi criteri di validità giuridica – sviluppa sempre nuove ingiustizie, contro le quali la giustizia deve protestare per esporsi nuovamente agli obblighi del sistema del diritto. Ininterrottamente – in una logorante oscillazione permanente.

Inoltre, la giustizia, come pratica discorsiva, non è solo sovversione del diritto positivo in nome del suo ambiente, ma una dinamica auto-sovversiva

ciclica in cui le decisioni del diritto positivo vengono minacciate e contestate dalle proteste della giustizia e viceversa. Questa prassi non realizza nuova giustizia, né perfeziona una giustizia imperfetta già esistente, né si approssima asintoticamente a un ideale di giustizia, ma ricostruisce entrambe le posizioni – decisione del diritto positivo e giustizia – per distruggerle entrambe, nuovamente. La prassi realizza e impedisce la giustizia in un continuo processo di trasformazione che va dall'immanenza alla trascendenza, per tornare ancora all'immanenza. Infine, essa accende di nuovo solo l'ansia, il nervosismo del diritto, l'oscillazione tra entrambi i poli, la contingenza necessaria del diritto.

Il fenomeno non può essere ridotto semplicemente a un “impulso oscuro” verso la giustizia, che disturba continuamente lo sviluppo razionale del diritto e lo induce a produrre, ogni tanto, un diritto migliore¹⁴. La giustizia giuridica descrive, invece, una vivace dinamica teoricamente ed empiricamente identificabile all'interno del processo giuridico. Da notare qui, che per processo giuridico non si intende solo l'attività giuridico-professionale e organizzata, ma ogni seria comunicazione del diritto, quindi anche la protesta della popolazione. Secondo Derrida, si potrebbe parlare di “*justiciance*” per designare l'iterativo e continuo cambiamento-spostamento, di significato e l'infinità della giustizia. La ricerca della giustizia, che accompagna sempre il processo del diritto, si trova così opposta al desiderio generale di giustizia; è una ricerca sotto condizioni restrittive che si esprime con la dinamica auto-soversiva del paradosso della decisione giuridica. La formula che guida il processo è caratterizzata da una specifica combinazione di elevata indeterminatezza ed elevata strutturazione. Bisogna rilevare che il rapporto tra l'indeterminatezza e la strutturazione non è interpretato come accomodamento, compromesso o incontro – come “indeterminatezza relativamente strutturata” – ma come reciproca radicalizzazione: “*Chaos in Ordnung bringen*” – il duplice significato di questa celebre massima di Adorno rende chiaramente la radicalità della formula di giustizia nella modernità: rendere disordinato il diritto, portare il caos nell'ordine del diritto¹⁵.

La dinamica della giustizia è attivata dallo stesso sistema del diritto, che detta le condizioni di partenza, mentre il limite delle sue possibilità risolutive è influenzato dal sistema del diritto. È compito della teoria socio-giuridica analizzare questa problematica a livello universale e particolare. Per questo, l'universalizzazione sociale e storica è inaccessibile alla giustizia giuridica. Essa resta vincolata a condizioni contestuali e temporali. In particolare, la differenza fra una prassi della giustizia giuridica e l'“impulso oscuro” verso la giustizia si lascia definire nei modi che andiamo ad analizzare.

¹⁴ Analogamente alla analisi di Jürgen Habermas relative all'irritazione permanente della politica istituzionalizzata attraverso i movimenti di protesta: Habermas (1985a).

¹⁵ Wiethölter utilizza la citazione di Adorno in relazione alle decisioni giuridiche, Wiethölter (1994, 107); Adorno (2015, 103).

1.5 Condizioni di partenza

Le caratteristiche di questa dinamica di ricerca interna al sistema, evidenziano che essa non è mossa semplicemente da indefinibili desideri di un mondo giusto, ma che è sempre attiva quando procedimenti e argomentazioni giuridici si scontrano nel diritto con lo iato precisamente localizzabile che porta, inevitabilmente, il diritto a fermarsi. Dal punto di vista della teoria dei sistemi, questo iato emerge nell'operazione di collegamento, operazione-struttura-operazione (atto giuridico-norma di diritto-atto giuridico). Contrariamente ai pregiudizi nei confronti dell'autopoiesi, che funziona come meccanismo automatico (Rottleuthner, 1988, 117), la teoria dei sistemi ha evidenziato che la catena dell'autopoiesi presenta un "vuoto" in ogni singolo passaggio dalla struttura (aspettativa di comunicazione) all'operazione. Dunque, le operazioni producono strutture che non possono produrre operazioni automatiche, ma possono creare solo uno spazio di possibilità in cui, poi, "si attualizza" una nuova operazione. Ma ciò deve superare un momento di indeterminazione anche nella struttura più coerente (Luhmann, 1990c). Applicato al diritto: ogni atto giuridico (legge, contratto, sentenza), modifica il sistema del diritto, generando una nuova norma. Ma queste norme non possono creare, a loro volta e autonomamente, un nuovo atto giuridico, bensì solo rinvii più o meno diretti a un possibile nuovo evento giuridico (Luhmann, 2012, 40).

Allo scopo di superare questo iato, si dipanano i meccanismi incessanti dell'argomentazione giuridica – coronati da successi, ma anche insuccessi. L'argomentazione giuridica realizza sì cose decisive, ma non può decidere il conflitto, non può – contrariamente ai proclami dei teorici dell'argomentazione – colmare la rottura dalla struttura all'operazione, dalla norma all'atto giuridico. L'argomentazione giuridica può solo trasformare le differenze e presentare una nuova decisione tra alternative. Essa trasforma un'alternativa attuale in un'altra, che si adegua meglio al conflitto del diritto rispetto a un'alternativa che non trova fondamento. L'argomentazione giuridica non decide. Non giustifica. Non ha nulla da nascondere. Essa trasforma drasticamente solo le alternative della decisione. Una decisione rimane pur sempre necessaria, anche se dopo l'argomentazione giuridica, presentandosi le alternative della decisione, essa è diventata un'altra (Teubner, 2005b; Luhmann, 2012, 313 ss.).

In definitiva non si sa quale nuovo atto giuridico scaturirà. Sulla differenza struttura/operazione, norma/atto giuridico, argomento/atto giuridico si apre lo iato, lo spazio insormontabile tra norma e decisione, non superabile neppure sulla base del principio razionale. Le aporie della decisione giuridica non sono accessibili al discorso razionale, non sono motivabili, né giustificabili: né in modo giusto né ingiusto. Se bisogna cercare la giustizia ciò non significa, necessariamente, superare questo iato con il decisionismo, né

spingerlo allo sfinimento attraverso ulteriori razionalizzazioni interne o esterne del diritto. Il discorso della giustizia provoca il valore di *rejection* (rigetto) dell'alternativa al decisionismo o alla razionalizzazione. Esso rende consapevole l'aporia della decisione giuridica (il noto "non poter risalire il fiume") soltanto attraverso l'atto riflessivo dell'auto-osservazione. Non tenta quindi, di evitarla o negarla, ma la articola apertamente come confine di giustificabilità razionale; la porta alla dolorosa esperienza e la espone all'insopportabile (Derrida, 2003, 75 ss., Luhmann, 2012, 313 ss.). Questo tentativo di superare le aporie del procedimento giuridico – attraverso l'aumento della riflessività fino all'autotrascendenza del diritto – è la necessaria condizione iniziale del processo della giustizia all'interno del diritto, rispetto al quale la società, la teoria sociale o ogni altra istanza esterna al diritto, non dettano i loro criteri normativi, ma nell'ambito del quale il diritto "fa il processo" a se stesso (Wiethölter, 2003, 19).

1.6 Auto-trascendenza

Le più grandi difficoltà si presentano quando si cerca di comprendere cosa significhi, nel dibattito sulla giustizia, auto-trascendenza del diritto in riferimento allo iato tra norma e atto giuridico. Si era già fatto un tentativo con Luhmann per delineare un concetto ecologico della giustizia che tenta di uscire dalla chiusura operativa del diritto, pur rimanendo in essa, e lo si era collegato al fenomeno della *re-entry*. I criteri della giustizia, in quel caso, non si trovano in qualche posto all'esterno del diritto, ma il diritto può trascendere se stesso solo se differenzia da ciascun ambiente da cui origina il conflitto – società, natura, individuo – per stabilire in relazione a queste "*enacted ecologies*" un adeguato criterio di giustizia. Con questo è escluso, a priori, che il diritto possa importare qualche criterio dall'ambiente esterno; piuttosto, esso deve costruirlo autonomamente, con la propria conoscenza dell'ambiente. Proprio questa *re-entry* nella pratica decisionale del diritto rende caratteristica la giustizia giuridica e la differenzia rispetto a posizioni relative alla società giusta, alla giustizia politica o a quella morale e filosofica del rispetto reciproco. La ricerca non può esternalizzare i suoi criteri e, quindi, sperare nella democrazia, nella morale e nell'economia, ma è rimandata a sé stessa. Il diritto è l'unico responsabile dei suoi criteri di giustizia.

Con tre mosse concettuali, Derrida dà un forte impulso alla discussione sulla giustizia. Con la prima mossa, si cimenta con un nuovo modo di utilizzare il paradosso giuridico. Luhmann identifica il paradosso, ma chiede simultaneamente di nascondere, di negarlo e di introdurre una differenza che lo elimini. Al contrario, Derrida chiede di affrontare l'esperienza del paradosso e così di stimolare il pensiero giuridico, in un mondo nel quale Luhmann si aspetta solo paralisi e spavento. La giustizia sarebbe più di una

formula di coerenza, ma anche più di una formula di contingenza, sarebbe formula di trascendenza, «precipizio, rottura, contraddizione, caos all'interno del diritto» (Derrida, 2003; Barjji-Kastner, 2007).

Con la seconda mossa, Derrida radicalizza il significato dell'auto-trascendenza del diritto. Mentre Luhmann si limita a chiedere alla giustizia giuridica un'auto-trascendenza rispetto all'ambiente prodotto, Derrida esige anche il superamento di questo confine e pretende dal discorso della giustizia di pensare la trascendenza al di là di ogni significato – “il camminare attraverso il deserto”. Questo è sorprendente per l'attuale orientamento scientifico: il rinvio a trascendere ogni significato, un rinvio al potere mistico, all'incontro con le filosofie dell'alterità di Lévinas, alla sfida della moderna razionalità attraverso la giustizia “pura”, il dono, l'amicizia, il perdono.

Con la terza mossa, si trasforma il rapporto fra la trascendenza religiosa e quella specifica del diritto.

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

Le esperienze di trascendenza, in cui si concentrano le energie della religione, non si lasciano perciò limitare all'ambito religioso ma provocano, nelle istituzioni altamente specializzate della modernità, effetti che si differenziano chiaramente da quelli religiosi. Il fatto che Max Weber abbia utilizzato la strana formula del “politeismo” della modernità assume significato soltanto in riferimento alla trascendenza propria di ogni razionalità, che si perde quando viene ridotta solo a una moltitudine di razionalità o al policentrismo. Si tratta invece – così si potrebbe leggere Max Weber – di una moltitudine di possibili accessi alla trascendenza. Questo era, in definitiva, uno dei contributi del vecchio politeismo, cioè di legittimare dalle differenze della trascendenza nell'immanenza, in particolare ruoli, competenze e funzioni.

Derrida formula qui una tesi sorprendente: esistono specifiche auto-trascendenze delle istituzioni moderne, che hanno effetti paradossali differenti. Le chiama: “dono puro” a fronte dell'economia regolata dal profitto; “amicizia” a fronte della politica di professione; “perdono” di fronte alla morale secolarizzata e, soprattutto, “giustizia”, rispetto al diritto super-tecnocratico (Derrida, 2003; 1991; 1994; 1999). Sono tutti richiami di eccedenze, che

originano dalle logiche proprie dell'istituzione, che riattivano l'energia utopica in spazi del tutto diversi dalla religione.

Se si pensa così per il diritto, allora si può comprendere la giustizia come esperienza trascendente che non è identica alla trascendenza religiosa. Ma qual è la sua caratteristica? La risposta potrebbe venire dal fatto che il discorso della giustizia inizia dove finisce il diritto – nello iato tra norma e decisione, dove emerge il paradosso giuridico. Il discorso della giustizia si collega precisamente all'esperienza confusa dello specifico paradosso del diritto e trasgredisce a questo punto i confini di significato del diritto. È giusto applicare la distinzione giusto/ingiusto al mondo? Non appena il diritto si scontra con il paradosso, viene esposto, inevitabilmente, alla domanda della giustizia! Ma non la domanda sul dono, l'amicizia, il perdono o la salvezza dell'anima. Nell'auto-trascendenza del diritto, la caratteristica del paradosso del diritto giusto/ingiusto rimane efficace. È necessaria come specifico superamento dei confini del diritto, ma proprio per questo, non più nel linguaggio razionale del diritto, ma soltanto nel linguaggio enigmatico dell'idealizzazione irreali, dell'allegoria, del simbolismo, della letteratura, del sogno, del delirio, dell'utopia¹⁶. Nessuna sorpresa che questo sia il momento culminante della tanto criticata rottura romantica del racconto di Michael Kohlhaas. Quando la zingara, con la sua stregoneria e chiaroveggenza, prende il comando sulle contrastanti richieste di giustizia e dona l'amuleto al commerciante come indizio di giustizia che non sarà mai compreso dal mondo: «Un amuleto, Kohlhaas mercante di cavalli; prenditi cura di esso, un giorno ti salverà la vita» (Kleist, 1963, 163).

Tale ricerca della giustizia non può più sperare proprio questo: trovare i criteri della giustizia nel diritto o nella società o nella religione dovendo superare ogni significato del diritto per esperire la sua specifica trascendenza mediante cui deve poi ritornare all'immanenza del diritto per giudicare *sub specie aeternitatis*. Ma se Nietzsche avesse ragione “Dio è morto”, cosa pensare della giustizia come esplicita esperienza trascendente? Si può “pensare” la trascendenza del diritto senza religione? Non sarebbe questo un diritto naturale senza Dio o anche senza Ragione? E, infine, la più enigmatica delle definizioni della giustizia che si trova in San Giovanni, «Quanto alla giustizia, perché vado dal Padre e non mi vedrete più» (Gv, 16, 10)¹⁷, ha ancora qualche significato?

Si richiede di interpretare la giustizia in una situazione in cui la trascendenza può essere pensata solo senza Dio, ma deve essere pensata lo stesso. A questo punto troviamo Lévinas e Derrida, con la loro definizione positiva di “trascendenza filosofica”, che contrappone alla totalità dei significati

¹⁶ Ciò rende comprensibile l'incomprensibilità del linguaggio, con l'aiuto del quale Benjamin, Derrida o Wiethölter rendono enigmatico il loro pensiero sul diritto. Tutti i tentativi di decifrarlo restano vani.

¹⁷ Si veda Folkers (2000, 68 ss.).

l'esteriorità della trascendenza, in cui la giustizia appare come richiesta infinita di Altro e di molti Altri (Lévinas, 1982; 1980). Tuttavia, qui, nel pensiero di Lévinas e Derrida si deve rendere giustizia alla radicalità dell'Altro. Con il termine alterità non si intende (Honneth, 2000, 154 ss., 165 ss.), semplicemente, il principio etico di cura per l'altro o la considerazione della singolarità della prospettiva individuale, bensì esperienza dell'Altro non mediata né verbalmente né fenomenologicamente: in definitiva, un'esperienza trascendente "al cospetto dell'altro". La giustizia sarebbe, allora, collocata al confine tra immanenza e trascendenza del diritto. Infine, si tratterebbe di una giustizia intesa come ricerca, per superare la frattura tra immanenza e trascendenza: "Rendersi al Padre" significherebbe che la trascendenza chiede di trasformare l'immanenza in significati che essa non può comprendere. La giustizia, dunque, non è criterio "perfettamente ideale", ma un "processo di mutamento del non diritto nel diritto" (Folkers, 2000, 71).

Il messaggio di Giovanni va oltre. L'incarnazione – cioè la *re-entry* della differenza fra trascendenza e immanenza nella immanenza – non rende giustizia alla trascendenza; soltanto l'esperienza della fondamentale ingiustizia – "rendersi al padre" – rende possibile la giustizia. La giustizia si realizza, solo, nel reale passaggio attraverso l'ingiustizia, la sofferenza e il dolore. La giustizia è trasformazione della sofferenza, ancor più è sacrificio che può annullare la separazione immanenza/trascendenza. Quando Michael Kohlhaas si rifiutò di svelare il contenuto del misterioso amuleto all'Elettore di Sassonia, pagò con la morte, ma fu ripagato dalla reverenza del popolo perché rese la vita per amore di giustizia.

In questo senso "Rendersi al Padre" significa annullamento della divisione immanenza/trascendenza attraverso la trasformazione dell'ingiustizia. La sofferenza è causata anche e proprio attraverso la ricerca della giustizia. Una sofferenza per la giustizia come ricerca vana con conseguenze ingiuste, poiché essa deve essere realizzata nell'immanenza del diritto. Ciò che Giovanni aggiunge al dibattito è che la giustizia deve essere compresa come processo di trasformazione del diritto; il che è possibile, soltanto, attraverso l'esperienza reale dell'ingiustizia. Questo pensiero trova scarsa eco nella "collera pubblica" di Durkheim, che rinviene i suoi motivi nelle violazioni delle norme e nelle teorie della giustizia che considerano il *sense of justice* come impulso ai processi normativi (Durkheim, 2016; Cahn, 1949).

"Invisibile agli uomini"? Ciò non significa solo inaccessibilità della trascendenza, ma un'«ultima liberazione del diritto di ogni singolo individuo dalle finite condizioni del diritto positivo» (Folkers, 2000, 76). Solo in un mondo con Dio potrebbe esistere una speranza di liberazione attraverso la giustizia. Se si pensa, invece, a una trascendenza senza Dio, allora non è possibile nessuna liberazione della giustizia. Ciò che resta è soltanto il disperato processo della ricerca, che provoca una permanente inquietezza nel diritto, che nella ricerca si espone, avidamente, anche al desiderio di ulteriori

esperienze dell'ingiustizia, che costruisce, senza sosta, criteri giuridici dell'uguaglianza e inventa, continuamente, nuove giustificazioni della decisione giuridica distruggendo, nuovamente, la giustizia. La ricerca della giustizia è l'ossessione pura del diritto, devastante e ingegnosa allo stesso tempo.

1.7 Obblighi di collegamento

Le differenze tra una giustizia specificamente giuridica e la “pulsione oscura” diventano particolarmente chiare quando si considerano le drastiche restrizioni a cui il sistema giuridico moderno costringe la propria formulazione della contingenza dopo il delirio della sua autotrascendenza. La giustizia giuridica non può identificare, nell'accesso alla totalità, l'ingiustizia del diritto con quella del mondo: è necessario fare presente la innegabile inadeguatezza della decisione del diritto nello stabilire lo iato tra struttura e operazione, tra norma e decisione, fino a renderla consapevole e costruirla con mezzi propri, anche se insoddisfacenti. Qui, l'obbligo di collegamento nel sistema del diritto, espone l'infinita giustizia a tre drastiche costrizioni.

Anche se dovesse contraddire la propria più profonda convinzione, la giustizia deve stabilire il collegamento struttura/decisione all'interno dello spazio di possibilità della decisione giuridica, rigorosamente limitato dal codice legale/illegale, dai suoi programmi e dall'obbligo della decisione. Anche se il giudice, dopo un lungo e tormentato processo di riflessione, riconoscesse che entrambe le parti del processo “hanno ragione” e anche se riconoscesse che la sua decisione è ingiusta per una parte, deve accogliere o respingere il ricorso, come preteso dalla giustizia¹⁸. *Tertium non datur!* – *obbligo della decisione*.

Allo stesso tempo, il sistema del diritto pone, alla ricerca della giustizia, obblighi cognitivi a malapena accettabili. Alla ricerca non è consentito perdersi nel sentimento irrazionale dell'ingiustizia o nel desiderio vago della giustizia, ma è obbligata dalle aporie del diritto a esporsi nel massimo grado all'esperienza dell'irrazionalità del sentimento giuridico, dell'alterità, della sofferenza, del dolore, del vuoto interiore e della pienezza della trascendenza. Deve poi trasformare questa esperienza in motivazioni razionali, argomento tecnico, dogmatica giuridica – *obbligo della motivazione*. Qui, si manifesta la difficoltà di Luhmann di venire incontro, con argomenti razionali, alle altissime richieste di responsività del mondo esterno al diritto e, al contempo, di soddisfare le richieste interne di decisione coerente dei casi.

In definitiva, lo spazio di manovra della giustizia giuridica è ristretto per il fatto che non dispone di tutti i mezzi di potere e di influenza di questo

¹⁸ Vedi il famoso paradosso del rabbino raccontato da Atlan (1993, 1 ss.).

mondo per poter creare una società giusta, ma solo delle operazioni e strutture del diritto, atti e norme, che sono al contempo altamente specializzate e insufficienti. Essa trova nelle sue possibilità di soluzione rigide limitazioni che la differenziano dal saggio arbitrio di un sovrano potente, da una oscura sentenza di un oracolo, da una rivelazione mistica. Essa deve far tradurre le sconvolgenti esperienze dell'alterità – cioè l'esperienza dell'infinità interiore di ciascun uomo; l'esperienza della razionalità e della normatività propria dei discorsi differenti e anche l'esperienza dell'irrazionalità nella forma assurdamente semplificante di una norma che esalta la pretesa di essere adeguata al conflitto giuridico – *obbligo di normazione* (Fikentscher, 1977, cap. 31-33).

È impossibile sopravvalutare gli effetti che derivano da queste tre costrizioni. Obbligo di decisione: la giustizia non può lasciare il conflitto in sospeso; una parte deve avere ragione, l'altra torto. Obbligo di normazione: la decisione richiede la limitazione alla semplice norma del caso. Obbligo di motivazione: la norma del caso deve essere sostenuta da motivi che tentano, inadeguatamente, di collegare in modo plausibile coerenza e responsabilità. In queste condizioni insostenibili devono essere create nuove strutture, che superano lo iato e rendono possibile il “salto”? Di fronte alle infinite pretese della giustizia è istituito un modesto “ordine provvisorio”.

Le teorie della giustizia che vogliono prescindere da tali costrizioni si auto-screditano. Esse assumono la giustizia come radicale trascendenza del diritto, ma nascondono l'esigenza della trascendenza del diritto di realizzare la giustizia in nome dell'onnipresenza e nell'immanenza del diritto stesso (Folkers, 2000, 78). Esse si escludono dal discorso giuridico della giustizia che obbliga i partecipanti a realizzare l'auto-trascendenza del diritto, ma al contempo arretrano rispetto alle norme, agli argomenti e alle decisioni giuridiche. Le teorie che si sottraggono a quest'obbligo preferiscono agire come teorie filosofiche della giustizia; preferiscono essere una spina nel fianco e procurare un grande dolore al diritto. Ma il dolore della spina diminuisce. Dopo un certo tempo non si avverte più. Il destino di una crescente irrilevanza interessa, soprattutto, le teorie “critiche” del diritto. Esse falliscono a causa delle dure leggi di funzionamento del diritto: la critica senza controproposta non conta (Roellecke, 2006). Precisamente, un “negativismo giuridico” non può che definirsi come un fenomeno transitorio, in quanto a un certo punto deve formulare e formulerà le condizioni alle quali i divieti giuridici saranno condizionati nelle libertà (Wiethölter, 1969, 155-158; 2003, 20). Gli obblighi di collegamento del diritto pongono la ricerca della giustizia di fronte ad un'alternativa diversa rispetto a quella che Adorno formulava, per la filosofia morale, come la «concreta denuncia del disumano» contro la «superficiale e astratta collocazione dell'esistenza umana» (Adorno, 1996, 20 s., 147, 175). La vivace critica giuridica dei *Critical Legal Studies* potrebbe essere oggetto di ricerca della sociologia giuridica, per approfondire

l'auto-marginalizzazione di giuristi altamente preparati e motivati che rifiutano il diritto. E nei confronti del giuridico “*hic Rhodus*”, anche il ricorso ad Heidegger non può sostenere (sia a destra che a sinistra) né le speranze per la nuova comunità di Giorgio Agamben (1995), né i valori della tolleranza di Philip Nonet (2007, 322 ss.). Tanto Luhmann quanto Derrida, ognuno a proprio modo, hanno chiaramente parlato di questo. Nella sua critica a Benjamin, Derrida arriva addirittura ad accusare di complicità con il peggio una teoria della giustizia che rifiuta di tornare all'immanenza del calcolo giuridico e si accontenta invece della distinzione tra violenza mitica e mistica, i cui criteri dovrebbero rimanere inaccessibili agli uomini (Derrida, 2003).

Con ciò, non si devono dimenticare gli aspetti positivi dell'obbligo del disciplinamento giuridico, che potrebbe dare da pensare anche alle teorie del rifiuto della giustizia: essa pone il diritto sotto la pressione di un impulso innovativo straordinario. Di fronte al doppio imperativo, “*Chaos in Ordnung bringen*” non può reggere alcuna legge, sentenza o costruzione dogmatica; tutto è al banco di prova della giustizia. Ma è molto più difficile soddisfare la contemporanea pretesa di formulare proposte alternative. La giustizia giuridica deve inventare sempre nuove norme, sentenze, principi giuridici, capaci di sostenere la pretesa, di essere più giuste delle vecchie formule percepite come ingiuste. Si introduce, con questo, una dimensione comparativa nel diritto che permette e impone di distinguere tra gradi di giustizia inferiori e superiori. Più giusto sarebbe allora, un ordinamento giuridico che più radicalmente di altri favorisse la sua auto-trascendenza in diverse dimensioni dell'alterità, ma che producesse anche decisioni e norme e che si mostrasse più giusto agli altri ordinamenti giuridici. Pressione innovativa vuol dire anche possibilità di innovare. Ciò di cui abbiamo parlato sopra, a proposito della specifica caratteristica della formula della giustizia giuridica, cioè la combinazione tra elevata indeterminatezza (auto-trascendenza) e la elevata determinatezza (obbligo della forma del diritto), promuove lo sviluppo di energie creative. Nello “spazio immaginario” della *re-entry*, le fantasie costruttive del diritto trovano molte opportunità. Non per niente, la persona giuridica, il contratto e la costruzione dello Stato valgono per il diritto e la società come conquista di civiltà, di primo rango. E la favola del “dodicesimo cammello”, ripetutamente raccontata, rimanda alla segreta comunanza tra creatività artistica e giuridica¹⁹.

¹⁹ Si vedano i contributi nel numero speciale «Paradoxien des Rechts: Eine Debatte zu Niklas Luhmanns Rechtssoziologie», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2000, 21.

1.8 Effetti perversi

La singolarità sta nel fatto che il rifiuto del diritto da parte degli studiosi della giustizia è ragionevole. Per amore della giustizia, non sono disposti a pagare il prezzo della triplice limitazione del discorso della giustizia. Perché il prezzo della riduzione dell'esperienza infinita della giustizia a una decisione codificata in modo binario, alla sua giustificazione reattiva-consistente e alla sua normalizzazione condizionata è alto – nuova ingiustizia. Specialmente a causa delle debolezze dell'obbligo del modello giuridico, ma anche della seducente sensibilità dell'universalizzazione filosofica, la ricerca giuridica sulla giustizia provoca, necessariamente, nuova ingiustizia, il che conduce a una rinnovata auto-trascendenza e a una rinnovata effetto disciplinante. Così Lévinas: «I principi generali e superiori possono essere rovesciati nella loro applicazione. Ogni pensiero superiore è minacciato dal suo stesso stalinismo» (Lévinas, 1982, 98)²⁰. Qui si manifesta la differenza tra questa visione ciclica nella quale la giustizia minaccia se stessa, e la visione gerarchica della giustizia, che attraverso le decisioni basate su fondamenti razionali auspica lo sviluppo della giustizia. Essa dimostra inesorabilmente, che la dipendenza del diritto da decisioni razionali, dai principi e dalla normazione, sia una delle più intricate cause di ingiustizia tra gli uomini.

Ma il lato più oscuro della giustizia giuridica è la sua irrefrenabile spinta verso l'universalizzazione; la ovvia tentazione dell'“iper-giuridicismo” che estende, su tutta la società, la duplice logica dell'auto-trascendenza del diritto e del ri-disciplinamento giuridico (Schlink, 2004). Contrariamente alle diverse pretese della giustizia distributiva tipica della politica o della giustizia rispettosa della morale, invece di limitarsi alla risoluzione del conflitto essa cerca di realizzare, nella “febbre acuta di giustizia”²¹, una buona società con i mezzi della giustizia giuridica. È giusto decidere il mondo secondo il codice binario legale/illegale – che è il *summum ius* e la *summa iniuria* della società differenziata funzionalmente (?). Condivide questa spinta con altre formule di contingenza: con quella dell'economia che vorrebbe descrivere l'intero mondo come problema della scarsità, da risolvere con mezzi economici; con quella della legittimità formale della politica; e con quella della “limitazionalità” della scienza. Tutte quante promettono di costruire una buona società con le loro risorse, sebbene possano dare solo risposte parziali, circoscritte al loro ambito. L'“iper-giuridicismo” della società come tentativo di ricostruire tutta la società con gli strumenti del diritto orientato alla giustizia, è una delle conseguenze dell'imperialismo nefasto della razionalità moderna, dell'economicismo, della politicizzazione, della moralizzazione, della

²⁰ Qui si trova, per Lévinas, il punto di collegamento dello “scetticismo” contro le razionalizzazioni filosofiche e giuridiche della giustizia della cui necessità è convinto; Schlüter (2000, 196 ss.); Gondek (1994).

²¹ Così il medico Relling sulla sete di giustizia di Greger in Ibsen (1994, 67).

medicalizzazione – un processo di crescita unidirezionale della giustizia, contro il quale risuona la necessità della vigilanza politica. Questo imperialismo di una sola razionalità parziale è perciò molto pericoloso, perché va incontro – anche nell’attuale società e in modo molto seducente – alle richieste degli uomini di una giustizia indivisibile; ma proprio queste non possono essere soddisfatte dalla modernità e da una giustizia del diritto che si innalza a giustizia sociale totale e che dà false promesse. Entrambe provocano un pericoloso miscuglio di domande senza risposte e di risposte false. “I diritti umani come ideale di una società giusta” – questo imperialismo di una giustizia giuridica svincolata, produce la figura, tipica della modernità, di colui che ricerca giustizia in modo totalitario della giustizia, proiettando nelle proprie divagazioni giuridiche la giustizia limitata del diritto su tutta la società: «uno degli uomini più retti e più mostruosi del nostro tempo» (Kleist, 2020, 81)²².

²² Cfr. inoltre Ogorek (1988, 121 ss.).

2. *Matrix Reloaded: critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del publication bias*¹

con *Isabell Hensel*²

Ma dove sono le tavole di chi è annegato?³

2.1 **Publication Bias: la manipolazione di studi clinici in reti farmaceutiche**

Il caso "Edronax": nel 1997 è stato approvato in Germania e in altri paesi UE l'antidepressivo Edronax della casa farmaceutica Pfizer con principio attivo reboxetina. Contro lo stesso era fallito un tentativo di autorizzazione negli USA. Nel 2010 il *British Medical Journal* ha rivelato quanto poi confermato da studi successivi dell'IQWiG – *Institute for Quality and Efficiency in Health Care* (Eyding *et al.* 2010; Gesundheitswesen, 2011), cioè che la Pfizer aveva pubblicato regolarmente meno dei due terzi degli studi effettivamente condotti, solo quelli con risultati positivi. Passavano invece sotto silenzio quelli che dimostravano, mettendolo a confronto con dei placebo, che il farmaco non solo era inefficace, ma presentava effetti collaterali nocivi.

Il caso Basf contro Dong: la *Boots Pharmaceuticals*, oggi *Knoll Pharmaceutical Company*, una società figlia della BASF, incaricava la scienziata Betty Dong, professoressa all'università della California a San Francisco, di condurre uno studio sull'efficacia del farmaco per la tiroide Synthroid, il più prescritto negli USA: in cambio, Dong doveva obbligarsi per contratto a non pubblicare risultati negativi senza l'approvazione della Knoll. Di fatto il Synthroid non presentò alcun vantaggio in termini di efficacia rispetto a farmaci generici più economici comparabili. La Boots ha evitato per sette anni la

¹ „Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias“. *Kritische Justiz* 47, 2014, 150-168. Trad. ingl. "Horizontal Fundamental Rights as Collision Rules: How Transnational Pharma Groups Manipulate Scientific Publications", in: Blome K. *et al.* (eds.), *Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 139-168. Traduzione di Gianluca Maestri e revisione di Riccardo Prandini.

² Isabell Hensel è ricercatrice presso l'Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

³ Il poeta Diagora di Milo pose questa provocatoria domanda quando un sacerdote gli mostrò, come prova dell'esistenza di Dio, le tavolette votive di naufragi che si erano salvati (attraverso la preghiera). In seguito all'episodio, Diagora fu condannato a morte (Cicero, 1987).

pubblicazione, richiamandosi alla clausola contrattuale e attraverso la diffamazione di Dong e dei suoi metodi scientifici. Il gruppo ha così potuto ulteriormente consolidare la sua fetta di mercato affermando la superiorità del Synthroid. Quando nel 1996 il *Wall Street Journal* ha reso pubblico il caso, a seguito di una *class action* con circa 5 milioni di ricorrenti, la Basf ha dovuto rispondere davanti al tribunale di pressione illecita sullo studio, di pubblicità ingannevole e di violazione delle norme a tutela dei consumatori, finendo per accettare un accordo transattivo⁴.

Il caso “terapia ormonale sostitutiva”: accanto a molte altre case farmaceutiche che già dagli anni '40 reclamizzavano l'effetto preventivo della terapia ormonale sostitutiva per i disturbi della menopausa, anche la Wyeth, oggi Pfizer, ha organizzato negli anni '90 campagne commerciali simili. Senza potersi basare sui risultati di solidi studi scientifici, la Wyeth ha pubblicizzato l'effetto preventivo della terapia. Solo uno studio esterno randomizzato nel 1998, ulteriori studi successivi e un'iniziativa *Women's Health* del 2002, hanno confutato l'effetto di prevenzione e dimostrato i rischi per la salute delle pazienti che, dopo la terapia ormonale sostitutiva, soffrivano con maggiore frequenza di cancro al seno, colpi apoplettici, trombosi, demenza e incontinenza. Media come PLOS (*Public Library of Science*) e il *New York Times* hanno ottenuto in via giudiziaria, in modo parallelo rispetto alle azioni risarcitorie da parte delle donne lese, la divulgazione della documentazione commerciale della casa produttrice Wyeth. Ne risultava che i contributi scientifici alla base della campagna di marketing erano scritti in gran parte in collaborazione con agenzie di comunicazione e *ghost writers* (Fugh-Berman, 2010).

La serie di scandali simili, che vedono coinvolti gruppi farmaceutici, è lunga. Si tratta nuovamente di questo: del fatto che conoscenze scientifiche su effetti dannosi o assenti per la salute di sostanze medicinali, non diventano affatto o diventano solo selettivamente di dominio pubblico. Le manipolazioni sono molteplici e spaziano da pubblicazioni selettive⁵ a clausole di censura nei contratti di ricerca, all'impiego di *ghost writers*, all'impedire gli studi attraverso pressioni sui ricercatori⁶, fino al licenziamento dei ricercatori da parte di istituzioni di ricerca finanziariamente dipendenti⁷. Alla base di

³ Vedi “United States Court of Appeals, 7th Cir. (2008), BASF AG v. Great American Assurance Co., 522 F.3d 813, 816”. Su ciò, Krinsky (2003).

⁵ Cfr. anche le accuse nel caso degli studi Vioxx (casa produttrice Merck), in cui si taceva il rischio di infarto, Bombardier *et al.* (2000). E nel caso degli studi sul mezzo autorizzato contro l'influenza suina Tamiflu della casa produttrice: Roche, Jefferson *et al.* (2012).

⁶ Vedi su ciò il caso del c.d. studio MIDAS sull'efficacia del calcio-antagonista (casa produttrice Sandoz, in seguito Novartis) in cui i ricercatori si difesero con successo. Su ciò: Applegate *et al.* (1996).

⁷ Così, ad esempio, il licenziamento della scienziata Nancy Olivieri dell'Università di Toronto perché voleva mettere in guardia contro i risultati negativi degli studi, ma il cui datore

questi casi vi è una collisione di logiche di azione incompatibili che porta, come risultato, a un cosiddetto *publication bias* (Smith, 1980). Si tratta di dati statisticamente distorti prodotti quando nelle pubblicazioni scientifiche i risultati della ricerca sono manipolati o se ne impedisce la diffusione. Non si tratta solo di deplorabili casi singoli che allarmano l'opinione pubblica quali scandali nella scienza e nella sanità. Numerosi studi empirici dimostrano che il *publication bias* è un problema diffuso a livello internazionale, da ricondursi a forti conflitti di interesse tra istituti di ricerca, industrie farmaceutiche, sanità, editoria, finanziatori e istanze di regolazione politica. Una ricerca che ha posto a confronto il protocollo e la successiva pubblicazione su rivista di 102 studi medici, prova che nel 62% dei casi la pubblicazione si discosta notevolmente dal protocollo (Chan *et al.* 2004; Schott *et al.* 2010a, 2010b). Sempre più spesso non si divulgano, o si manipolano, i risultati negativi (cioè poco graditi) che non sono utili per la messa in commercio delle sostanze esaminate, mentre si pubblicano sulle riviste specializzate solo i risultati positivi. Così solo una parte degli studi clinici condotti arriva all'opinione pubblica. Queste drastiche selezioni sono da imputarsi all'interesse dell'industria farmaceutica per i risultati positivi degli studi clinici che ne possono influenzare positivamente l'approvazione e la messa in commercio. Attraverso i finanziamenti alla ricerca, l'industria farmaceutica cerca di soddisfare questa necessità e interviene in modo più o meno sottile nel processo scientifico. Le manipolazioni hanno ripercussioni dannose non solo sulla scienza, ma anche sulla sanità.

Non è sufficiente descrivere il *publication bias* come la conseguenza di una corruzione individuale, di cui possano venire a capo le istanze nazionali di regolazione. Alla luce delle attività dei gruppi farmaceutici multinazionali e della globalizzazione dell'impresa scientifica, il conflitto ha invece dimensioni transnazionali (Petryna, 2009). Allo stesso tempo rinvia a un conflitto sociale strutturale che si può correggere puntualmente solo tramite misure di controllo delle politiche, ma che non si può gestire efficacemente. Dietro la costellazione di casi, si nasconde un problema di diritti fondamentali: la collisione tra diverse razionalità sociali. La minaccia a sfere autonome di diritti fondamentali diventa rilevante per la politica come questione di regolazione e per i tribunali come questione di valutazione, ma in modo ancora più decisivo e ai margini della dogmatica statutale dei diritti fondamentali, per gli attori sociali dei diritti fondamentali importa come questione di auto-regolazione. In questo senso vogliamo osservare gli effetti sociali dei diritti fondamentali e le loro ripercussioni sulla politica e sul diritto.

di lavoro riceveva sovvenzioni per la ricerca dalla Apotex, casa produttrice del preparato esaminato. Su ciò: Viens & Savulescu (2004).

2.2 Effetto orizzontale dei diritti fondamentali: critica e alternative

I diritti fondamentali possono servire come norme di collisione per regolare questo conflitto di interessi multidimensionale che si svolge tanto nel contesto nazionale quanto in quello transnazionale? È chiaro che qui l'interesse dei gruppi farmaceutici transnazionali a lanciare sul mercato i loro prodotti, si scontra in modo netto tanto con l'interesse dei ricercatori a una pubblicazione libera dei loro risultati, quanto con quello dei pazienti a una tutela della salute. L'effetto orizzontale dei diritti fondamentali, dal punto di vista giuridico, riguarda come gli attori possano far valere i loro diritti (la libertà di scienza e il diritto alla salute), non solo nei confronti di istanze statali, ma anche rispetto ad attori privati⁸. Effetto orizzontale: il concetto implica un trasferimento di diritti fondamentali, di stampo pubblicistico, nel campo del diritto privato. Problema centrale della trasmissione è quello di non violare i principi fondamentali del diritto privato. Perciò, il più delle volte, si respinge un effetto orizzontale diretto e si ammette solo un effetto orizzontale mediato, attraverso cui i valori dei diritti fondamentali si trasformano mediante le clausole generali del diritto privato – che vanno riempite di contenuto valoriale – per poi essere reindirizzate al potere giudiziario. Parallelamente, la teoria degli obblighi di tutela del legislatore, fonda la responsabilità dei diritti fondamentali per rapporti giuridici privati. Tutti i concetti di effetto orizzontale si risolvono in questo: svolgere una valutazione, orientata ad ogni singolo caso, dei contrapposti diritti fondamentali dei soggetti privati.

Rispetto alla tradizionale concezione dei diritti fondamentali diretta esclusivamente al rapporto individuo-Stato, l'effetto orizzontale può rappresentare un significativo progresso reagendo – con il trasferimento di norme di diritto pubblico al campo del diritto privato – all'emersione di poteri societari. Ma il problema sta proprio nell'immagine del trasferimento. Normalmente le differenze tra il contesto dell'emittente e quello del ricevente sono così grandi da rendere impossibile in senso stretto un trasferimento di norme. Si arriva invece a una ricostruzione autonoma dei diritti fondamentali, indipendente dal contesto dell'emittente. La metafora del trasferimento può essere convincente solo come una semantica di attraversamento mediatore: in base ad essa, i diritti fondamentali diretti contro lo Stato si “traspongono” a relazioni private e sono dotati di “effetto orizzontale” rispetto ad attori societari. Ma, alla lunga, i diritti fondamentali possono intendersi solo come generati nel loro originario contesto di conflittualità societaria, poiché quei potenziali di rischio sono profondamente diversi da quelli statali: diversi sono anche i fatti relativi alle violazioni dei diritti fondamentali e le sanzioni

⁸ Sullo stato attuale della discussione in Germania: Rübner (2011), Rn. 83-125. Per una prospettiva storica: Stolleis (2012); sulla situazione giuridica europea: Clapham (2006); nel diritto internazionale: Gardbaum (2003); Ruggie (7 April, 2008). In particolare, sulla libertà di scienza: Schmidt-Aßmann (2000, 653).

adeguate, così che l'idea rigida di un "effetto orizzontale" dei diritti fondamentali diretti contro lo Stato, porta su una falsa pista.

La sfida consiste nel liberare dal suo segreto ancoraggio allo Stato l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali e nello sviluppare le sue norme, sin dal principio e in ambito privato, a partire dalle specifiche collisioni societarie. Nel caso del *publication bias*, i quattro aspetti centrali della dogmatica dell'effetto orizzontale devono dunque essere, prima, sottoposti a un esame critico e, poi, ne vanno sviluppati di alternativi. In forma di tesi:

Prima tesi: l'effetto orizzontale è stato finora trattato come bilanciamento di diritti fondamentali individuali. Per poter superare le diverse collisioni strutturali della società, i diritti fondamentali vanno invece rafforzati, in ambito privato, proprio nella loro dimensione collettivo-istituzionale.

Seconda tesi: invece di limitarsi, come fino ad ora, alla tutela dei diritti nei confronti di un potere equiparato a quello statale, l'effetto orizzontale deve orientarsi molto di più contro tutti i media comunicativi (denaro, potere, diritto, verità, etc.) che mostrano tendenze espansive.

Terza tesi: la contestualizzazione dei diritti fondamentali non si può limitare ad adattarsi alle peculiarità del diritto privato. Deve andare oltre e rendere giustizia alla peculiare normatività delle sfere sociali autonome a rischio.

Quarta tesi: invece di imporre solo agli attori statali gli obblighi di tutela, l'effetto orizzontale deve affrontare gli stessi problemi a tutti i livelli societari, attivando contropoteri sociali.

Prima tesi: i diritti fondamentali come istituzioni collettive

Una prima critica riguarda il modo dominante d'intendere l'effetto orizzontale come bilanciamento tra posizioni individuali di diritti fondamentali⁹. Se si intende l'effetto orizzontale come un trasferimento di diritti fondamentali statali nelle relazioni di diritto privato, non ci si rende conto che esso trasforma la struttura stessa dei diritti e ne riduce la tutela giuridica. Invece di verificare l'illiceità dell'operazione, i soggetti giuridici di diritto privato sono individuati come danneggiante e danneggiato e le loro posizioni giuridiche – con pari diritti – sono poste, nel singolo caso, in una "concordanza pratica"¹⁰. Così, però, non si ottiene che un mero e formale valore aggiunto, relativo alla tutela dei diritti soggettivi nella responsabilità civile. La tutela

⁹ Criticamente: Ladeur (2004); Fischer-Lescano (2008). Per una critica della situazione giuridica negli USA: Mathews, Stone Sweet (2011).

¹⁰ La formulazione del principio si trova in: Hesse (1999), n. 72., Alexy (2002, 7 ss.). Già prima *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 83, 130 – Mutzenbacher.

giuridica è di fatto invece ridotta, perché le violazioni dei diritti fondamentali sono ancora più difficili da fondare: le dimensioni della valutazione si moltiplicano e gli spazi politici di manovra si espandono¹¹. E la decisione di far dipendere le violazioni dei diritti fondamentali dalle circostanze relative del singolo caso rende impossibile formulare norme generali per questioni di tale portata, finendo così per sfociare in una casistica non controllabile concettualmente.

Ma l'obiezione più importante contro la focalizzazione esclusiva sui diritti individuali, è che ci si lascia sfuggire la problematica centrale delle violazioni dei diritti fondamentali nella società. Mentre nel diritto pubblico si riconosce da tempo che i diritti fondamentali tutelano sia diritti degli individui che istituzioni sociali (Dreier, 1993, 27 ss.), l'effetto orizzontale nel diritto privato ha sinora puntato solo alla tutela individuale, trascurando quella istituzionale. La Corte costituzionale tedesca vi vede soltanto un conflitto tra diritti individuali di «soggetti titolari di diritti fondamentali di pari rango», tra «posizioni di diritti fondamentali in collisione», «nella loro interazione reciproca»¹². E su questo piano individuale, rispondono i critici privatisti (Zöllner, 1996). Entrambi impediscono però di vedere che proprio lì emerge in modo violento la dimensione collettivo-istituzionale dei diritti fondamentali emerge.

Nella collisione di collettivi e istituzioni sociali sta la vera e propria problematica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali. Il concetto “collettivo-istituzionale” rende evidente che ci si riferisce alla teoria di Helmut Ridder dei “diritti fondamentali impersonali”, secondo la quale «i diritti fondamentali mirano alla concreta libertà di un campo sociale attraverso la sua organizzazione»¹³. Soprattutto va rilevato che l'istituzione deve essere intesa, contrariamente alle idee tradizionali, non tanto come una garanzia di durata sostenuta dallo Stato – nella definizione di Carl Schmitt (1985 [1931]): «ente esistente e attuale, formato e organizzato» – quanto come un processo di regolazione giuridica, aperto a processi di regolazione sociale e al contempo sottoposto a continui mutamenti.

Nel caso del *publication bias* si può pensare che gli scienziati facciano individualmente valere pretese di difesa dalla censura, o che invocino la nullità dei contratti che impediscono la pubblicazione; oppure che i pazienti ricorrano ad azioni di risarcimento dei danni. Ma tutto ciò non coglie la dimensione collettivo-istituzionale e così, anche i veri e propri insiemi di conflitti societari. Le manipolazioni dei gruppi farmaceutici, infatti, non

¹¹ Critici sugli obblighi di assistenza statale nella “società del rischio” sono: Christensen e Fischer-Lescano (2007, 311 ss.)

¹² *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 89, 214 – Bürgschaft.

¹³ Ridder (1975, 90 ss.; 1963). Una spiegazione esemplare si trova in: Steinhauer (2013), che ha introdotto il concetto di “collettivo-istituzionale” per distinguerlo dalla teoria “istituzionale” dei diritti fondamentali di Carl Schmitt.

danneggiano solo i diritti degli scienziati e dei pazienti, ma al contempo pure l'integrità – e dunque il modo di funzionamento – degli autonomi campi sociali della scienza e della sanità¹⁴.

Va soprattutto rilevato che la dimensione collettivo-istituzionale gioca un ruolo su entrambi i lati della relazione orizzontale dei diritti fondamentali. Con chi subisce i danni, accanto agli individui, stanno anche le istituzioni così che, rispetto a chi danneggia vanno ritenuti responsabili della violazione dei diritti fondamentali non solo persone, ma anche i processi sociali anonimi. Questa bilateralità della relazione collettivo-istituzionale spesso sfugge all'osservazione. Ma la discussione penalista sulla macro-criminalità e sulla punibilità delle organizzazioni formali, sul cui sfondo c'è il dibattito sociologico relativo alla violenza strutturale, ha già sviluppato un'ottica collettivo-istituzionale anche per il lato dell'autore del reato, che va resa fruibile per l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali¹⁵.

Le violazioni dei diritti fondamentali vanno perciò ricondotte a processi sociali impersonali che sono attribuibili ad attori umani solo per questioni di comunicabilità¹⁶. La violenza strutturale è generata dalla “matrice anonima” e non solo da “attori collettivi” già chiaramente istituiti (stati, partiti politici, imprese economiche, gruppi industriali, associazioni, etc.): la intensità di questi processi comunicativi autonomi (di istituzioni, sottosistemi funzionali e *networks*) che non sono personificati come attori collettivi, è pari, se non addirittura maggiore, di quella collettiva (Teubner, 2006)¹⁷. I pericoli derivanti dai processi digitali di internet rendono ciò particolarmente chiaro (Han, 2014). Il centro del conflitto è la collisione di logiche d'azione incompatibili: l'agire secondo della razionalità economica, corrompe strutturalmente le logiche autonome della scienza e della sanità. E questa collisione è asimmetrica. La tutela dei diritti fondamentali è necessaria proprio in una situazione asimmetrica di quel tipo, in cui la dinamica economica espansiva corrompe i fragili meccanismi di funzionamento autonomo della scienza e della sanità.

I diritti fondamentali come collettivo-istituzione riguardano cioè una relazione bilaterale in cui si garantisce l'autonomia di processi sociali le

¹⁴ Augsberg (2012, 74), sostiene che la libertà scientifica non sia messa in pericolo solo da intromissioni statali, ma anche da influenze sociali, in particolare economiche.

¹⁵ *Locus classicus* sulla violenza strutturale: Galtung (1965). Sulla macrocriminalità, in: Jäger (1989).

¹⁶ A scopo di chiarimento andrebbe sottolineato che la responsabilità individuale non sparisce dietro a quella collettiva: piuttosto, esistono entrambe l'una a fianco all'altra, rispondendo però a presupposti differenti.

¹⁷ Anche Steinhauer (2013) sostiene che non si coglie la dimensione collettivo-istituzionale se con ciò si intendono solo attori collettivi e persone giuridiche. Per un'interpretazione istituzionale dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali in ambito transnazionale: Viellechner (2013, 217 ss.).

tendenze totalizzanti e asserventi che provengono da altri processi sociali¹⁸. In questa dimensione collettivo-istituzionale, i diritti fondamentali fungono da norme di collisione che operano nel conflitto tra razionalità sociali parziali contrapposte. Cercano di proteggere l'integrità dell'arte, della famiglia, della religione contro le tendenze totalitarie della tecnologia, dei media o dell'economia. È chiaro che qui non si va molto avanti cercando di bilanciare diritti fondamentali individuali contrapposti.

La tutela orizzontale dei diritti fondamentali va invece coerentemente spostata sulle organizzazioni e le procedure. Già da tempo nel diritto pubblico, in particolare nel diritto dei *media*, si sono imposti approcci che sostengono una tutela istituzionale per campi sociali autonomi¹⁹. Nell'ambito dei *mass media* la libertà di opinione non può essere tutelata efficacemente per mezzo di diritti soggettivi, ma solo mediante organizzazioni e procedure (Vesting, 2013, 1 ss., Ladeur, 2007). Questa prospettiva dovrebbe essere generalizzata e seguita anche per l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali in altri campi sociali.

In chiave collettivo-istituzionale è perciò decisiva l'adeguatezza al contesto della tutela dei diritti fondamentali. Organizzazioni e procedure vanno orientate agli specifici contesti su entrambi i lati della violazione dei diritti – quello della parte danneggiante e quella della parte danneggiata (Teubner, 2012). Nel caso del *publication bias* il problema principale è: in che senso l'utilizzo economico dei risultati della ricerca è intrusivo al punto di danneggiare, da un lato, l'integrità della ricerca e dall'altro, quello della sanità? La ricerca di criteri deve passare per due direzioni diverse: (1) cosa costituisce lo specifico potenziale di rischio nei processi che portano a violare i diritti fondamentali, quando la razionalità economica invade quella scientifica? (2) Come vanno considerate, in questo rapporto, l'autonomia della scienza e della sanità, violate dalle manipolazioni dei risultati? Solo rispondendo a queste due domande con sufficiente precisione, si può determinare come vanno sviluppate le organizzazioni e le procedure per ripristinare l'integrità violata dei sottosistemi.

Seconda tesi: media comunicativi che si espandono

Un secondo punto debole delle teorie tradizionali sull'effetto orizzontale è che si concentrano esclusivamente sulla tutela del potere politico (Schwabe, 1971, 12 ss.). Il che è particolarmente evidente nella dottrina della

¹⁸ Questa formulazione si distingue dalla concezione di Luhmann in quanto non affronta solo le tendenze totalizzanti della politica, ma anche quelle degli altri sottosistemi sociali: Luhmann (2002b; 2001).

¹⁹ *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 57, 295, 320 – 3. Rundfunkentscheidung.

State Action della dogmatica americana dei diritti fondamentali²⁰. Si afferma un effetto orizzontale dei diritti fondamentali, analogo all'effetto statale, quando da attori privati promana un potere socioeconomico equivalente a quello dello Stato (Clapham, 2006; Nowrot, 2007). Ma anche la teoria diretta e quella mediata dell'effetto orizzontale, si riallacciano solo a situazioni di squilibrio o rischio che colgono meramente fenomeni di potere.

È innegabile che la tutela giuridica contro il potere (non solo politico, ma "sociale") sia un importante campo di applicazione dell'effetto orizzontale, ma anche qui si manifesta la debolezza dell'idea del trasferimento, poiché solo se si trattasse della trasposizione di diritti fondamentali diretti allo Stato verso conflitti societari, sarebbe plausibile limitare la tutela a casi dove si è formato un potere privato paragonabile, per intensità, a quello statale. Perciò l'effetto orizzontale ha avuto uno straordinario successo anche nel diritto del lavoro, proprio perché qui la proprietà privata si trasforma in un potere del *private government* per nulla inferiore all'esercizio del potere statale (Gammillscheg, 1964; Conrad, 1965).

Ma concentrandosi esclusivamente sul potere, si dimenticano altre e più sottili cause di violazioni collettivo-istituzionali dei diritti fondamentali. È certamente opportuno attivare i diritti fondamentali (garantiti dallo Stato) contro fenomeni di potere, ma del tutto inopportuno limitarli solo al *medium* comunicativo del potere politico. I rischi derivano, in linea di principio, da tutti gli autonomi *media* comunicativi, non appena sottosistemi sociali sviluppano dinamiche espansive. In primo luogo, si tratta oggi delle tendenze espansive dell'economia, della tecnologia, della medicina e, in modo particolarmente attuale, dei *media* dell'informazione. Il potere (politico) è solo un fenomeno parziale tra le tante minacce sociali ai diritti fondamentali. La differenza sostanziale, tra i diritti fondamentali societari e quelli politici, deriva sempre dalle condizioni di autopoiesi dei diversi sottosistemi. Nella politica i diritti fondamentali sono rivolti contro i rischi del potere. In altri sottosistemi sociali si rivolgono, invece, ad altre minacce derivanti dai loro specifici *media* comunicativi: nell'economia si tratta delle operazioni di pagamento; nella scienza/tecnologia delle operazioni tecnico-cognitive; nel sistema dei *media* dei flussi di informazioni (Verschraegen, 2013).

Nel caso del *publication bias*, il potere economico gioca senz'altro un grosso ruolo. In particolare, i contratti (con pressioni alla censura) che l'industria farmaceutica impone agli scienziati, mostrano una distribuzione di potere contrattuale asimmetrica. Ma non ci si può concentrare solo sul fenomeno del potere, bisogna piuttosto respingere anche le influenze più sottili che, senza un esercizio manifesto del potere, «impongono valori e norme estrinseche alla scienza» (Stichweh, 1994, 28). Si deve in particolare tener

²⁰ Sul loro sviluppo: US Supreme Court (1883); Civil Rights Cases, 109 US 3. Critico, invece: Gardbaum (2003).

conto dell'influenza corruttrice dei flussi di pagamento, proprio quando questa non si trasforma direttamente in potere organizzativo o contrattuale. La "tecnica di potere" delle imprese farmaceutiche, non è «proibitiva o repressiva, quanto piuttosto seduttiva [...] induce invece di proibire»²¹. La sua forza motivazionale non si fonda sulla minaccia di sanzioni negative (potere), ma sull'enorme bisogno di finanziamenti che ha la ricerca scientifica, esattamente ciò su cui si concentrano le imprese farmaceutiche: «avendo necessità continua di personale e di risorse, il finanziamento della scienza è il punto nevralgico della sua libertà» (Schmidt-Abmann, 2000, 657). Questa è anche la ragione per cui i diritti fondamentali, quando sono sviluppati soltanto come diritti di difesa verso il potere, difficilmente possono dirigersi contro l'influenza del *medium* denaro. Organizzare una tutela efficace dei diritti fondamentali contro tecniche seduttive, diventa la nuova sfida dell'effetto orizzontale.

Non ogni influenza economica sulla ricerca scientifica è però già una violazione dei diritti fondamentali. Esistono miriadi di contatti tra economia e scienza, per esempio l'utilizzo economico dei risultati scientifici; l'influenza sulla scelta di temi di ricerca da parte di *partnerships* di imprese che siedono in organismi di supervisione universitari; il finanziamento di progetti redditizi; la prassi delle ricerche industriali; la ricerca applicata nel suo complesso e la cooperazione stretta tra economia e scienza nel contesto della *Silicon Valley* (Bumke, 2009). Tutto ciò può bensì determinare una regolamentazione politica, ma non rappresenta ancora una violazione dei diritti fondamentali, fin tanto che l'autonomia della scienza non è intaccata nel suo nucleo fondante. Solo quando gli influssi esterni manipolano sistematicamente il codice scientifico, cercando di determinare dall'esterno ciò che è vero e ciò che è falso – come in effetti fece la biologia politicamente ispirata di Lyssenkow in Unione Sovietica – si viola l'autonomia del sistema scientifico (Medwedjew, 1971).

Quando la razionalità economica distorce la razionalità scientifica, sostituendo un codice con l'altro, la violazione della libertà di ricerca scientifica diventa evidente. Ma è proprio questo che normalmente non avviene nel *publication bias*. L'industria farmaceutica si guarda bene dall'intervenire direttamente nei processi di ricerca e dal dettare i risultati agli scienziati²². Un'operazione così grossolana – come ha mostrato il disastro Lyssenkow –

²¹ Le formulazioni coniate per le manipolazioni digitali, corrispondono anche a quelle del *publication bias*: Han (2014). È dubbio se ciò si debba definire come "tecnica di potere", come spesso oggi avviene sotto l'influenza di Foucault: qui non si comunica tanto nel *medium* del potere, quanto in quello del denaro. Tra l'altro insorgono rischi per i diritti fondamentali anche molto prima della traduzione del denaro in potere.

²² Non è però sempre vero. In molti casi, l'industria che ha necessità di innovazioni da mettere in commercio, cerca di pilotare direttamente i processi scientifici e di spingere direttamente gli scienziati a falsare i valori del codice scientifico.

si esporrebbe solo al ridicolo, alla luce di una consolidata prassi scientifica. Le manipolazioni di cui si tratta qui, sono di gran lunga più sottili e tanto più pericolose perché si inscrivono in modo quasi impercettibile nello stesso processo scientifico, creando il *publication bias*²³. Ecco perché è anche difficile produrne una prova. Solo delle dispendiose e durevoli ricerche empirico-statistiche, come si scrivevano una volta, potrebbero dimostrare la falsificazione sistematica del processo di pubblicazione.

In questo contesto è tanto più difficile determinare precisamente come si metta a rischio l'autonomia scientifica. La tesi qui seguita è che: le manipolazioni che provocano un *publication bias* non intervengono nell'ambito centrale della scienza, violando direttamente il suo codice di verità, i suoi programmi, i suoi metodi e teorie. Piuttosto intervengono nell'evoluzione della scienza, falsandone sistematicamente i fragili meccanismi selettivi. Le precarie relazioni tra variazione, selezione e stabilizzazione dell'evoluzione scientifica, dipendono qui dalle manipolazioni economiche del meccanismo di pubblicazione. Questo ha conseguenze drammatiche per la differenziazione del sistema scientifico (su ciò al numero 1). E allo stesso tempo l'infiltrazione dell'economia nella scienza, viola l'integrità della sanità (su ciò al numero 2)

(1) *Violazione del meccanismo di pubblicazione*. Mediante la pubblicazione, l'evoluzione del sistema scientifico ha formato un meccanismo che seleziona – tra le variazioni dell'attività di ricerca in corso – i risultati rilevanti (Luhmann, 1990d, 576 ss., Stichweh, 2007). La pubblicazione di un certo articolo sulle riviste specializzate ha la funzione di filtrare le molteplici variazioni dovute alla ricerca, scegliendo i risultati che determinano la direzione dello sviluppo successivo. Pubblicando un risultato nuovo, la rivista compie la selezione tra le molteplici ricerche e permette la stabilizzazione (momentanea) dei risultati di ricerca quali “stato della scienza” (nella letteratura teorica e manualistica), che a sua volta stimola nuove variazioni²⁴. La pubblicazione produce oggettività e imparzialità scientifiche, perché permette l'autocontrollo della conoscenza attraverso criteri di compatibilità e apertura alle critiche²⁵. L'istituzione di una prassi di pubblicazione

²³ Secondo Niklas Luhmann una massiccia pressione esterna sul sistema scientifico porta a inflazionare il *medium* della verità. «Promesse di verità [...] sono tenute in gran conto, senza che sia garantita a sufficienza la capacità di adempierle. La compatibilità interna del sistema, la verifica empirica, la precisione dei concetti, sono trascurate per venire incontro all'interesse diffuso dei risultati della ricerca. Fenomeni di questo tipo, come la febbre, sono sintomi evidenti che il sistema si difende dalle influenze esterne tenendone conto», Luhmann (1990d, 623).

²⁴ Sul complesso rapporto tra variazione, selezione e stabilizzazione nell'evoluzione scientifica, Luhmann (1990d, 583 e 587 ss.).

²⁵ Sul “diritto fondamentale comunicativo” della libertà scientifica: Lenski (2007). Per la sfera di tutela della libertà scientifica con la libertà negativa di pubblicazione, sulla base della funzione costitutiva della pubblica opinione, si veda: Schmidt-Aßmann (2005, 67 ss.).

controllata appartiene proprio all'ambito di tutela della libertà scientifica, così come la libertà di pubblicazione stessa. Si mostra qui l'interazione tra il piano individuale e quello collettivo-istituzionale dei diritti fondamentali che si riferiscono, accanto agli individui, anche a «collettivi-istituzioni [...] che non possono essere contrapposti al soggetto, perché partecipano alla sua (ri)produzione, senza essere però un macro-soggetto» (Steinhauer, 2013, 4). I diritti fondamentali individuali non sono cioè limitati da collettivi-istituzioni, poiché questi costituiscono uno spazio che li incornicia²⁶: corrispondentemente i diritti fondamentali che proteggono l'agire individuale, hanno svolto una funzione di *advocacy* per la tutela e il successivo sviluppo di istituzioni-collettivi.

Manipolazioni per motivi economici pregiudicano questo meccanismo, tanto indirettamente che direttamente. Indirettamente i *networks* farmaceutici intervengono – attraverso diritti contrattuali di utilizzo o clausole di censura – non nella “produzione”, bensì nella “rappresentazione” di risultati scientifici (Nowotny, 2005). I risultati negativi non vengono pubblicati oppure vengono manipolati così da presentare risultati più proficui, ovvero spostando la ripartizione della frequenza tra risultati positivi e negativi verso quelli positivi. Un pregiudizio immediato si verifica, invece, quando la pressione esercitata tramite i finanziamenti si sovrappone all'interesse scientifico. Per i ricercatori stessi, la pubblicazione di risultati positivi è più lucrativa e interessante che non quella di risultati negativi (Easterbrook *et al.* 1991; Dickersin *et al.* 1992). Perdono così di rilevanza, quali parametri di condotta scientifica, le “buone pratiche” che giudicavano la pubblicazione selettiva come un comportamento errato²⁷. Si trasforma così nella scienza, in modo quasi impercettibile, lo stesso senso del pubblicare. Sintomatico di questo sviluppo è l'impiego crescente e poco trasparente delle cosiddette agenzie di comunicazione e di *ghostwriters*. Ricercatori di prima qualità, interessati a migliorare la loro reputazione, sono falsamente accreditati come autori di studi di fatto scritti da anonimi *ghostwriters*, società di consulenza o collaboratori di gruppi farmaceutici (Barbour *et al.* 2011).

Anche alcune case editrici promuovono queste manipolazioni, quando adattano la loro prassi di pubblicazione all'ansia di soddisfare le aspettative e di ottenere finanziamenti dai gruppi farmaceutici dando priorità a risultati positivi (Franzen, 2011, 73 ss. e 88 ss.). Non di rado si arriva ad accordi tra le case editrici mediche ad alta tiratura e i gruppi farmaceutici che co-finanziano gli editori attraverso la pubblicità. Si decidono di comune accordo,

²⁶ Sulla dimensione istituzionale del diritto fondamentale alla libertà scientifica, per esempio si veda: *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 35, 79, 112; Augsberg (2012, 77-80).

²⁷ Vedi gli studi di: Fanelli (2010); Gelling (2013). Sul *time-lag bias*: Stern & Simes (1997). Sull'effetto distorsivo di molteplici pubblicazioni: Tramèr *et al.* (1997).

tanto l'orientamento della rivista quanto i criteri di pubblicazione²⁸. Nell'ambito farmaceutico, in particolare, si aggiunge il problema di trovare esperti indipendenti per una *peer review* senza conflitti di interesse.

Se gli interessi economici influenzano la prassi di pubblicazione scientifica, i criteri selettivi interni vengono sostituiti da criteri esterni. Le procedure di *peer review* diventano formali perché non evidenziano l'assenza di dati negativi. La possibilità di elaborare ricerche sulle conseguenze è a rischio; ancor di più non è possibile alcuna falsificazione perché questa dovrebbe lavorare proprio sulle conseguenze (Ahmed *et al.* 2012). Poiché si utilizzano per le ricerche collegate dei dati precedentemente falsi il processo, alla fine, si ripercuote sullo stesso assetto dei valori del codice scientifico: il vero e il falso. Gli effetti retroattivi del *publication bias* sulla ricerca scollano la necessaria relazione tra ricerca e pubblicazione. L'autoriproduzione scientifica è messa a rischio nel suo nucleo fondante.

(2) *Violazione della salute.* Questa prassi viola al contempo il diritto alla salute sia in senso collettivo-istituzionale che individuale. I collettivi-istituzioni della politica e del sistema sanitario hanno bisogno, tanto quanto i medici curanti, che siano mostrati tutti gli studi condotti su un medicinale. Ma le conoscenze sulle conseguenze negative possono non essere divulgate o possono essere manipolate e gli effetti sostanziali possono non essere rilevati in modo oggettivo sulla base dei dati parziali pubblicati nelle riviste specializzate. Ne conseguono decisioni sbagliate molto gravi, perché si sopravvalutano gli effetti positivi sia al momento di autorizzare il farmaco, sia nel trattamento dei pazienti (Tonks, 2002). Poiché in Germania – secondo i paragrafi 21 e seguenti dell'AMG (*Arzneimittelgesetz*, Legge sui farmaci) – l'autorizzazione del farmaco avviene sulla base di studi clinici, e poiché le agenzie non li sottopongono più a verifiche indipendenti, le manipolazioni provocano falsi giudizi sull'efficacia e sull'utilizzo. Di nuovo, ne conseguono false informazioni sui foglietti illustrativi dei medicinali e decisioni di rimborso del servizio sanitario nazionale sbagliate, come mostra ad esempio il caso Edronax. In tal modo, si determinano in modo erroneo le Linee-guida per le terapie. I comitati di controllo istituzionalizzati per legge, come l'IQWiG (*Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen*, Istituto per la qualità e l'economicità nella Sanità), e le commissioni etiche, non possono adempiere al loro compito perché si richiamano a dati lacunosi (Sutton *et al.* 2000). I rischi per i pazienti e per i soggetti dei test sono palesi. A causa di studi distorti, i pazienti sono esposti a trattamenti inutili o addirittura dannosi. Medicinali efficaci restano così nell'ombra e sono tenuti nascosti ai pazienti. A causa dell'occultamento di studi già condotti, i soggetti

²⁸ Vedi su ciò gli studi di: Becker & Dörter (2011); Kesselheim (2011). Sull'iniziativa dell'*International Society of Drug Bulletins* e dell'OMS: Schaaber, et al. (2011, 237 ss. e 244 ss.).

dei test sono esposti a nuovi studi senza che ve ne sia la necessità (Horton, 1997).

Terza tesi: Contestualizzazione

Anche il terzo punto debole delle teorie tradizionali sull'effetto orizzontale dipende dall'erronea idea del trasferimento. Di solito si intende l'effetto orizzontale come mera trasmissione di diritti formati nel diritto pubblico a relazioni di diritto privato. Bisognerebbe prestare anche attenzione a che non siano violati i principi fondamentali del diritto privato. La teoria dell'effetto orizzontale, vede garantito l'adattamento al diritto privato quando vi si instillano i diritti fondamentali indirettamente attraverso le clausole generali. La teoria degli obblighi di tutela vuole inserire tra questi il legislatore che, mosso dalle stesse considerazioni, deve formulare solo norme adeguate al diritto privato.

È giusto che si presti attenzione al contesto dei diritti fondamentali societari. Ma il nuovo contesto è concepito in modo troppo angusto se lo si definisce soltanto come il mondo del diritto privato. La richiesta di «attenersi all'indipendenza e all'autonomia normativa del diritto civile rispetto al sistema costituzionale dei diritti fondamentali» (Dürig, 1956, 158 ss.) nel trasferimento di questi ultimi, descrive solo un primo passo della contestualizzazione. Il secondo passo conduce a una sfida molto più ardua: i diritti fondamentali diretti verso lo Stato vanno modificati, non solo in base al contesto del diritto privato, ma anche ai diversi contesti della società. I diritti devono essere rimodulati a tutela delle relative logiche normative delle diverse sfere sociali (Selznick, 1969, 75 ss. e 259 ss., Schierbeck, 2000, 168).

In ultima analisi, l'idea di trasferimento si scontra contro i suoi limiti²⁹. Mentre nel singolo caso può ancora riuscire la trasmissione di diritti fondamentali codificati nel diritto pubblico verso quello privato, un trasferimento dei diritti istituzionali – cioè da un'organizzazione predefinita e con procedure già fissate – alla molteplicità e alla specificità delle peculiari normatività sociali non può che fallire. La tutela adeguata dei diritti fondamentali non può essere prodotta mediante un'unica concezione di tutela per tutti gli ambiti sociali³⁰, ma solo “*in loco*” attraverso un'attenta e sensibile opera di contestualizzazione.

Alla domanda su quale organizzazione e su quali procedure servano a tutelare i diritti fondamentali dei collettivi-istituzioni della scienza e della sanità, dai danni dell'economicizzazione, deve rispondere la stessa auto-

²⁹ Luhmann (2002b, 277): la peculiare autonomia delle sfere sociali, merita una tutela dai processi politici livellanti.

³⁰ In questo senso, ma prendendo le mosse dalla dignità umana come principio costituzionale supremo del diritto oggettivo: Dürig (1957), Art.1 Rn. 5 ss.

comprensione normativa delle pratiche sociali a rischio³¹. Scienza e sanità sviluppano, mediante i loro peculiari codici e programmi, degli orientamenti normativi che non sono identici alle opinioni convenzionali degli individui, ma hanno un carattere collettivo-istituzionale³². Tali norme collettivo-istituzionali, che sono sedimentate in strutture cresciute nel corso del tempo, sono discusse criticamente nei discorsi riflessivi della scienza e della sanità prima di essere verificate mediante i parametri del diritto ed essere poste come norme giuridiche.

In effetti per le manipolazioni del *publication bias*, i discorsi riflessivi di scienza e sanità hanno sviluppato un'alternativa collettivo-istituzionale di cui si propone una specifica forma giuridica³³: la *trial-registration* come effetto orizzontale della libertà scientifica e del diritto alla salute, operato da organizzazioni e procedure³⁴. Si organizzano obbligatoriamente registri di studi e di risultati ad accesso pubblico che comprendono gli studi dall'inizio delle ricerche e in maniera integrale, per permettere trasparenza e controllo dell'intero processo³⁵. Questa tutela dei diritti fondamentali diventa efficace solo attraverso la cooperazione delle riviste specializzate che pongono come condizione per la pubblicazione l'iscrizione di tutti gli studi completati in questo registro³⁶. I risultati sulla sperimentazione di farmaci che devono essere immessi sul mercato, possono essere pubblicati solo se gli studi su cui si basano sono stati prima iscritti nel registro delle sperimentazioni cliniche inclusi tutti i risultati – positivi e negativi³⁷.

³¹ È conforme alla prassi della Corte costituzionale tedesca il ricorrere, nella descrizione giuridica del concetto di scienza, di arte e di altri ambiti parziali della società, alla loro auto-comprensione, *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 111, 333, 354; ordinanza del 20.07.2010, Az. 1 BvR 748/06, pubblicata in: *JZ* 66 (2011), 308–313, 308. Su ciò ampiamente: Augsberg (2012, 74 ss. e 84).

³² Vesting (2007, 95) parla di “convenzioni sociali e di saperi impliciti”.

³³ Si può qui ricorrere al concetto coniato da Rudolf Wiethölter di proceduralizzazione come liberazione di normatività sociale: Wiethölter (2003, 21).

³⁴ Gli USA sono un modello di riferimento con il “FDA Amendments Act” del 2007, Food and Drug Administration: FDA Amendments Act (FDAAA) of 2007, public law no. 110-85 § 801 (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ85/pdf/PLAW-110publ85.pdf>). Sulla situazione europea: Quack & Wackerbeck (2010).

³⁵ Indizi, in questo senso, sono offerti dal registro di studi pubblico USA ClinicalTrials.gov o dal Deutsche Register Klinischer Studien del policlinico universitario di Friburgo (www.germanctr.de). La scottante attualità del tema porta allo stabilirsi, anche a livello europeo, oltre alla banca-dati EudraCT con accesso limitato alle autorità degli Stati membri, anche a banche-dati pubbliche come EudraPharm e il Clinicaltrialregister

(www.eudrapharm.eu/eudrapharm/clinicaltrials.do e www.clinicaltrialsregister.eu).

³⁶ De Angelis, Drazen (2004). Ci sono anche alcune riviste che pubblicano in via prioritaria studi negativi, come ad esempio il *Journal of Negative Results in Biomedicine* (<http://www.jnrbm.com/>). Su ciò: Pfeffer, Olsen (2002).

³⁷ Le pubblicazioni possono fronteggiare la pratica del *ghost writing*, ponendo come condizione l'indicazione dettagliata della partecipazione agli studi e del finanziamento.

La *trial-registration* è particolarmente adatta alla collisione tra l'agire razionale economico e la specifica logica scientifica perché, nelle procedure e nelle organizzazioni della tutela dei diritti fondamentali, l'obbligo di registrazione ha inizio proprio quando le manipolazioni distorcono il processo evolutivo della scienza. Diversamente da altre possibili sanzioni, l'obbligo di registrazione mira precisamente al meccanismo selettivo in cui si scontrano i discorsi dell'economia, della scienza e della sanità. La *trial-registration* non contrasta le tecniche di potere repressive o censuranti dei gruppi farmaceutici, ma funge piuttosto da correttivo contro le loro tecniche "seduttive" di manipolazione³⁸. Produce trasparenza, ma in modo ancor più decisivo, stabilizza e tutela lo stesso atto della pubblicazione, non più limitato solo ai risultati, ma esteso all'intero progetto di ricerca. E fa ciò ancor prima che i risultati siano noti. Obbliga così i soggetti coinvolti a fissare il loro comportamento rispetto alla pubblicazione sotto un *Veil of Ignorance*. I progetti di ricerca devono essere aperti all'opinione pubblica medica, già quando c'è ancora incertezza sui risultati. Si rende così pubblica la contingenza del progetto concreto. E la prassi si vede esposta a una sistematica pressione sulla frequenza di pubblicazione tra risultati positivi e negativi.

L'obbligo di registrazione poggia proprio sul meccanismo della selezione che non opera come le azioni individuali che intervengono solo nel singolo caso, ma influenza nel lungo periodo la co-evoluzione di economia, scienza e pratiche mediche. L'obbligo di registrazione rafforza il criterio della selezione entro la scienza senza considerare se i risultati sono positivi o negativi e indebolisce i criteri di selezione economici che producono il *publication bias*. Rafforza pure i criteri delle pratiche mediche per le quali conoscere gli effetti collaterali dannosi – o anche la mancanza di effetti – è tanto importante quanto essere informati sugli effetti positivi della guarigione. La relazione costitutiva per l'autopoiesi scientifica tra ricerca e pubblicazione – che le tecniche di manipolazione delle imprese farmaceutiche cercano di sabotare – è così ristabilita.

Quarta tesi: Oltre gli obblighi di tutela statali

Un fuorviante ancoraggio allo Stato va rimproverato anche alla concezione, oggi generalmente accettata, degli obblighi di tutela che è stata sviluppata nel quadro delle teorie dell'effetto orizzontale: sebbene siano attori privati a violare i diritti fondamentali, detta concezione richiama al dovere prima di tutti lo Stato e non gli stessi attori privati. Nell'ambito scientifico ciò è particolarmente increscioso, perché l'autonomia della scienza mostra una certa resistenza contro gli obblighi di tutela statali. D'altro canto, la *trial-*

³⁸ Rinvia a questa differenza decisiva, Han (2014). La tutela dei diritti fondamentali contro la "matrice anonima" deve perciò organizzarsi in modo diverso da quella contro il potere statale. Su ciò Teubner (2006).

registration poggia sui processi sociali per tutelare la scienza rispetto a prevaricazioni economiche. La procedura si distingue perché coglie la dinamica peculiare del conflitto e tutela dall'interno l'integrità della scienza, spingendo a parteciparvi un insieme di attori in base alle loro logiche funzionali. In questo modo, mobilita contropoteri all'espansività dei *network* farmaceutici. Funge per la scienza proprio da sistema immunitario, identificando e combattendo l'elemento non scientifico³⁹. C'è senz'altro qui un elemento politico, che però non funziona come controllo esterno dello Stato, ma modifica l'autopoiesi stessa della scienza. Le tutele sostenute dallo Stato, che nel nome della libertà scientifica impongono obblighi di pubblicazione legislativamente posti, sminuiscono il potenziale autonomo del sistema scientifico⁴⁰. Stabilire *standard* esterni sottovaluta il bisogno di autonomia della scienza e scavalca i suoi meccanismi evolutivi. Non può davvero rispondere ai bisogni societari, perché vede gli attori coinvolti solo come un oggetto di regolazione. Essi però sono (co)autori responsabili della tutela dell'autonomia del "loro" relativo campo sociale (Gerstenberg, 2000; Karavas, 2006, 87 ss. e 99). Alla responsabilità sostenuta dallo Stato, si contrappone l'alternativa di un riferimento dei diritti fondamentali alla società. Stabilire gli *standard* dei diritti fondamentali non è compito esclusivo della politica statale, ma in primo luogo dell'auto-organizzazione dello stesso campo sociale. La ragione da ultimo decisiva è che «non esiste nessuna informazione chiara, al di fuori dell'esistenza di una relazione ordinamentale, riguardo le possibilità e i bisogni dell'ordinamento» (Stichweh, 1994, 84). Il ruolo dello Stato non dovrebbe essere quello di formulare obblighi di tutela diretti, ma di limitarsi a forme più indirette di controllo tramite organizzazioni e procedure⁴¹.

La *trial-registration* è dunque un modo di superare il conflitto adeguato alla scienza, perché tutela la libertà di questa attraverso una procedura di autoregolazione scientifica. Rispetto al meccanismo sinora proposto dall'effetto orizzontale di un pluralismo delle fonti finanziarie, rappresenta un'alternativa che tiene conto della peculiarità della situazione di conflitto⁴². La *trial-registration* ha una caratteristica di spicco: poiché la organizzano le

³⁹ I sistemi sociali necessitano di proteste per il loro sistema immunitario, per la prosecuzione della loro autopoiesi in situazioni difficili: Luhmann (1990c).

⁴⁰ Qui sta uno dei problemi del nuovo decreto UE in tema di studi clinici la cui approvazione è stata votata il 20/12/2013 dal Consiglio Europeo. Per quanto il nuovo testo formuli un obbligo di registrazione per gli studi clinici, reagisce alla pressione sociale delle associazioni mediche, di commissioni etiche, di numerose ONG e dagli Stati membri, per mantenere il livello di tutela della *trial-registration* sociale. Un primo disegno della Commissione del luglio 2011 era ancora orientato esclusivamente alla liberalizzazione e stabilizzazione del mercato farmaceutico europeo. Quando il decreto – oltre all'obbligo di registrazione, detta pure obblighi di pubblicazione per i *clinical study reports* riguardanti le modalità – si infila tra le forme di pubblicazione scientifica con conseguenze imprevedibili. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2017866%202013%20INIT>

⁴¹ Augsburg (2012), 80.

⁴² Sul pluralismo delle fonti di finanziamento: Graber (1994, 227 ss.).

case editrici, viene favorita la tendenza a formare uno specifico *network* di (auto)controllo come contropotere al *network* farmaceutico (Wagner, 2011). Si pone così anche il difficile problema, spesso discusso, di come si possano regolare i *network* a cui manchi il destinatario a causa della loro struttura decentrata.

Questa rete di implementazione dei diritti fondamentali consiste di diversi attori sociali che riescono a realizzare, ciascuno per ragioni proprie, la tutela mediante il meccanismo di registrazione. Le riviste specializzate giocano il ruolo centrale, richiedendo per la pubblicazione un'iscrizione nel registro. Possono inoltre assegnare un peso particolare a studi negativi, pubblicandoli separatamente o stabilendo un obbligo di tenerne conto nella *peer-review*. Fanno ciò sulla base di interessi propri, perché cercano di mantenere la loro specifica funzione di *medium* scientifico neutrale, segnando la distinzione con i *mass media* e anche di evitare la loro strumentalizzazione come mezzi pubblicitari (Franzen, 2011).

Anche le Università, le istituzioni che sostengono la ricerca, i comitati scientifici e le associazioni mediche possono contribuire in maniera decisiva al successo della *trial-registration*⁴³. Se istituzionalizzano registri propri, obblighi di registrazione interni, commissioni etiche e procedure di difesa civica, rafforzano l'obbligo di registrazione già imposto dalle case editrici⁴⁴. L'obbligo di registrazione ha rafforzato le misure di accuratezza, perché ha obbligato a rivelare i dettagli delle ricerche. I medici hanno la responsabilità di informarsi dei risultati pubblicati sui registri e di confrontare queste informazioni con le riviste specializzate. Inoltre, anche un meccanismo di controllo globale può impedire tentativi di aggiramento. Segnali in questo senso si hanno quando alla *trial-registration* si collegano attori transnazionali come Ong, media e *public interest litigation* con le loro strategie per sollevare uno scandalo. L'OMS, per esempio, ha istituito nel 2007 la rete di registri *International Clinical Trial Registry Platform* (ICTRP) per coordinare a livello mondiale le attività pubbliche e private di registrazione degli studi clinici⁴⁵. Registri pubblici e privati, che devono soddisfare *standard* qualitativi predefiniti, immettono regolarmente i loro dati nel meta-registro, con l'obiettivo di assicurare la qualità del registro. Il meta-registro funge da

⁴³ La dichiarazione di Helsinki dell'Associazione medica mondiale, dopo gli allargamenti del 2000 e del 2008, giustifica l'obbligo di «registrare ogni studio clinico in una banca-dati ad accesso pubblico [...] prima del reclutamento del primo soggetto dei test» (art. 35) e di pubblicare gli studi negativi (art. 36). Disponibile su: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html>.

⁴⁴ Così, ad esempio, la Commissione etica della Facoltà di medicina di Friburgo <http://www.uniklinik-Freiburg.de/ethikkommission/live/antragstellung/gemaess-MPG.html#Publikationsvorhaben>. In generale su ciò: Jull *et al.* (2002).

⁴⁵ Organizzazione Mondiale della Sanità (2012), *International Clinical Trials Registry Platform* (ICTRP), disponibile su: <http://www.who.int/ictrp/en>. Ultimo accesso: 21/05/2021.

sigillo di qualità per i registri privati più piccoli e libera dall'idea, difficilmente realizzabile, di produrre un unico registro pubblico mondiale.

2.3 Conclusione: i diritti fondamentali come norme di collisione

I diritti fondamentali diretti verso lo Stato, appaiono quindi solo come una specifica garanzia normativa del rapporto cittadino/Stato, senza la pretesa di formare un ordinamento valoriale che abbracci l'intera società o anche solo un "quadro di riferimento comune". Di fronte al sistema dogmatico dei diritti fondamentali statalmente orientati, si trova invece una moltitudine di conflitti tra diritti fondamentali di tipo societario che possono fare a meno di una garanzia esterna (Luhmann, 2002b, 76). Da specifici conflitti tra diritti fondamentali si formano norme di collisione autonome, non caratterizzate da regole generali di precedenza o da oneri di giustificazione, ma dal concreto bisogno di autonomia dei campi sociali coinvolti.

Il processo di auto-costituzionalizzazione della libertà scientifica, nel conflitto qui tratteggiato è – come la difesa dei diritti fondamentali diretti verso lo Stato nel rapporto cittadino/Stato – un processo a lungo termine teso a stabilire dei limiti. Così come nella storia i diritti fondamentali garantiti dallo Stato sono stati guadagnati attraverso conflitti tra Stato e cittadini, la libertà di scienza si costituisce nella collisione con altre razionalità sociali, in particolare contro quella economica. La collisione diventa produttiva perché sfida la scienza ad autodeterminarsi nel conflitto (Augsberg, 2012, 74 e ss.). L'effetto orizzontale dei diritti fondamentali non si può dunque concepire, in misura adeguata, come mero trasferimento del contenuto di diritti fondamentali positivizzati (orientati verso lo Stato). Certamente le esperienze storiche dei diritti fondamentali si trovano nello spazio in cui si deve misurare il livello di tutela dell'effetto orizzontale. E gli obblighi di tutela statali non sono superflui, bensì formano una diversa possibilità di superamento del conflitto che trova posto accanto al potenziale risolutivo della collisione di regimi a livello globale tra economia/scienza/sanità (Fischer-Lescano, Teubner, 2006).

In questo rapporto di tensione, la scienza ha la possibilità di riformulare i confini della sua autonomia sotto la pressione di collisioni tra razionalità societarie. Per la nascita dei diritti fondamentali transnazionali, vale quello che Niklas Luhmann aveva già detto per il paradossale "primitivissimo" sviluppo dei diritti umani (Luhmann, 1995, 222). I diritti fondamentali acquistano visibilità mediante la diretta esperienza della loro violazione, nel caso cioè in cui siano disattesi in modo particolarmente acuto. Solo se si viola il meccanismo selettivo della pubblicazione, si concretizza il suo significato come funzione e prestazione per la scienza. È questa l'origine della soluzione dei conflitti societari come esperimento di creazione giuridica.

I diritti fondamentali vanno intesi come istituzioni-collettive dove la formula ne sottolinea il doppio carattere: sono allo stesso tempo processi sociali e regolazioni giuridiche. Solo così i diritti fondamentali, nella loro dimensione collettivo-istituzionale, possono fungere da norme di collisione e adempiere alla loro funzione di sostenere la differenziazione funzionale. Ma devono sottrarsi al pericolo di un'oggettivizzazione totalizzante, attraverso la loro forma giuridica. Invece di definire *standard* comuni, che si estendono a Stato e società⁴⁶, il diritto dovrebbe sempre reagire, in modo contestualmente sensibile, alla eccessiva condensazione-strutturazione di normatività societarie. Il diritto può certo mediare l'elaborazione creativa delle autonome dinamiche societarie, ma senza imporre contenuti⁴⁷. Così intesi, gli obblighi di tutela giuridica per l'autoregolazione societaria, non sono diretti a contenuti, ma a procedure. Il diritto dovrebbe costruire spazi di tutela in cui si dispiegano i meccanismi di tutela sociale – in concreto, nel nostro caso, la *trial-registration*⁴⁸. Attraverso una mobilitazione e, allo stesso tempo, una pluralizzazione di voci contrapposte, la procedura assicura che i risultati della ricerca in conflitto con l'interesse economico non possano essere manipolati. Istituzionalizza un meccanismo sociale che risolve il problema del *publication bias* in modo molto più concreto di quanto non potrebbe una qualsiasi regolamentazione statale. Spostando la *trial-registration* su un diritto permissivo, sfrutta il potenziale di rafforzare il sistema scientifico rispetto a quello, in espansione, dell'economia.

⁴⁶ Così, per esempio, la lezione dei diritti fondamentali europei come espressione di un convincimento comune. Su ciò Terhechte: (2011, 3 ss.).

⁴⁷ Sul primato strutturale dell'apprendimento nella società mondiale e sul cambiamento del diritto con l'accettazione di aspettative cognitive: Luhmann (1975).

⁴⁸ Su un tale diritto imparzialmente parziale, che prende posizione per l'autonomia sociale, ma esercita imparzialmente questa presa di posizione: Wiethölter (2003). Sulla funzione moderatrice del diritto anche: Christensen e Fischer-Lescano (2007, 316).

3. I Codici corporativi nelle varietà del capitalismo. Come la loro applicazione dipende dalla differenza tra i regimi di produzione¹

3.1 Varietà di capitalismo – varietà del diritto

Non è un caso che una recente analisi comparativa dei codici corporativi di condotta, in cui si sono analizzate le loro possibilità di applicazione in relazione al diritto privato, prenda come suoi oggetti di studio il diritto britannico e il diritto tedesco (Beckers, 2015). Non solo la diversità tra *Common Law* e *Civil Law* rende tale scelta rappresentativa, ma è piuttosto la differenza tra le culture economiche dei due paesi a suggerire di comparare i modi in cui essi applicano i codici aziendali attraverso il loro diritto privato nazionale. Anna Beckers (2015, 39) parla di «due poli opposti entro le varietà del capitalismo» e sostiene che le loro estreme differenze forniscono i *test cases* per stabilire se sia possibile o meno una risposta globale comune al fenomeno dei codici corporativi. Nell'analisi che propone emergono due domande che sono poste in primo piano: è possibile (1) realizzare risposte uniformi a un problema globale nonostante approcci fondamentalmente divergenti alla regolamentazione delle società e del mercato, (2) identificare soluzioni equivalenti per attività di mercato organizzate in forme così diverse e per i relativi quadri giuridici? In un'analisi comparativa a grana fine, l'autrice scopre dei punti in comune nonostante le differenze. E quando rileva differenze, essa è in grado di mostrare come le dottrine nazionali divergenti fungano frequentemente da equivalenti funzionali per risolvere problemi simili nelle economie avanzate.

Le considerazioni che seguono integreranno questi due argomenti. Esse analizzeranno come i contesti socioeconomici, più precisamente le varietà

¹ Corporate Codes in den Varieties of Capitalism: Wie die Unterschiede von Produktionsregimes die rechtliche Durchsetzung von Unternehmenscodes beeinflussen“. In: Grundmann S. et al. (Hrsg.) *Festschrift für Klaus J. Hopt*. De Gruyter, Berlin 2020, 1273-1288. Trad. Ingl. Corporate Codes in the Varieties of Capitalism: How their Enforcement Depends Upon the Difference Among Production Regimes. In Beckers A. (ed.) *Enforcing Corporate Social Responsibility*, «Indiana Journal of International Law», 24, 2017, 81-97. Traduzione Gianluca Maestri.

del capitalismo nell'area transatlantica, influenzino la formulazione e l'applicazione dei codici corporativi. Questi codici assumono un carattere diverso in rapporto al regime di produzione in cui vengono applicati. Ciò è dovuto principalmente non al loro adattamento alle particolarità locali della singola impresa, ma piuttosto al loro radicamento istituzionale in uno dei regimi di produzione divergenti.

Quindi, come le varietà del capitalismo impattano sul diritto in generale? Le recenti tendenze della globalizzazione non conducono necessariamente, per quanto possa sembrare paradossale, a una convergenza degli ordini sociali e a un'unificazione del diritto. Piuttosto, la globalizzazione stessa produce nuove marcate differenze². Ciò non porta verso una maggiore unificazione del diritto, ma piuttosto verso una più accentuata frammentazione degli ordinamenti giuridici come conseguenza diretta della globalizzazione. E questo vale sia per il diritto statale, sia per l'ordinamento privato.

L'economia politica comparata ci mette a confronto con risultati empirici sorprendenti che sostanzialmente problematizzano la tesi della convergenza³. I risultati sono confermati dagli studi di storia economica sull'autonomia delle culture economiche che, dalla prospettiva della *longue durée*, mostrano la resilienza delle mentalità collettive e le peculiarità delle culture di produzione⁴. Le indagini empiriche e le soluzioni teoretiche che si affidano al paradigma delle "varietà del capitalismo" supportano la proposta secondo cui, contro ogni aspettativa, la globalizzazione dei mercati e l'informatizzazione dell'economia non abbiano condotto alla convergenza delle istituzioni economiche e giuridiche dell'economia. Nonostante tutte le affermazioni di minimizzazione dei costi di transazione, di selezione del mercato, di contenzioso e di concorrenza regolamentare, che in qualità di selettori evolutivi dovrebbero almeno appianare le difformità istituzionali, le condizioni economiche del capitalismo avanzato non sono andate convergendo (Carlin, Soskice, 2012). Ciò che si verifica è esattamente il contrario, poiché il processo di globalizzazione, così come le misure di unificazione nel Mercato comune europeo, hanno prodotto nuove divergenze istituzionali. Nonostante la liberalizzazione dei mercati globali e la costruzione di un mercato comune in Europa, uno dei risultati più notevoli degli ultimi quarant'anni è che nelle più diverse istituzioni economiche – negli accordi di *governance* aziendale, nei regimi finanziari delle aziende, nei rapporti collettivi di lavoro,

² Già nella prima discussione sulla globalizzazione è apparso chiaro che Huntington (1993), con le sue predizioni apocalittiche, aveva esagerato le divisioni globali. Per una visione più realistica che vede un contemporaneo aumento della convergenza e della divergenza come conseguenza della globalizzazione si veda Featherstone, Lash (1995).

³ Il significativo testo di riferimento è Hall, Soskice (ed.) (2005). Si veda anche Hassel (2014), Hall, Thelen (2009).

⁴ Cfr. Abelshauser (2003). Sull'analisi dello sviluppo delle varie culture economiche: Abelshauser *et al.* (2012).

nella formazione dei *manager*, nei rapporti contrattuali tra imprese, nei *networks* inter-organizzativi, nei processi di standardizzazione e nelle relazioni industriali tra aziende – le divergenze istituzionali sono incrementate invece di diminuire⁵.

I regimi di produzione sono le condizioni istituzionali generali per l'attività economica⁶. Essi strutturano la produzione di beni e di servizi per mezzo di mercati e di istituzioni legate al mercato. Le “regole del gioco” delle attività economiche, ad esempio gli incentivi e i vincoli delle transazioni economiche, saranno perciò formulate attraverso un insieme di istituzioni in cui le attività economiche sono incorporate. La marcata idiosincrasia di ciascun regime di produzione è chiarita dalla teoria: le singole istituzioni interne a uno spazio economico non esistono più da sole, ma insieme, dove l'una è in relazione all'altra, formano gli elementi interdipendenti di un sistema stabile. Le singole istituzioni – *corporate governance*, finanza d'impresa, formazione manageriale, rapporti contrattuali tra imprese, reti inter-organizzative, processi di standardizzazione, regolazione dei conflitti interaziendali – formano congiuntamente un sistema intrecciato che tende all'autoregolazione.

Le varianti all'interno del capitalismo non portano con sé, in qualche modo, una mera rinazionalizzazione delle costituzioni economiche. Naturalmente, i regimi di produzione hanno le loro fonti storiche nella vecchia unità dello stato-nazione e dell'economia nazionale. Tuttavia, con il dominio delle imprese transnazionali e delle loro filiali, con la globalizzazione dei mercati e la loro differenziazione in vari settori, questa unità è stata spezzata. I regimi di produzione si sono espansi oltre le frontiere territoriali degli stati. In linea di principio, un unico regime di produzione sarà modellato da diversi centri di potere locali: la produzione autonoma di regole in imprese transnazionali de-territorializzate, il dominio di una sola cultura economica nei singoli rami dell'economia globale e i regolamenti dei singoli stati nazionali.

Ciò si traduce in una situazione complessa, tipica delle relazioni transnazionali. Di fronte all'intersezione dei confini delle culture economiche che esistono nelle società multinazionali, nei regolamenti contrattuali delle reti di fornitura e di distribuzione, nelle diverse industrie, nei mercati mondiali e nei regimi normativi nazionali, un'alta specificazione funzionale coincide con la sovrapposizione simultanea di diversi sistemi di norme. I singoli regimi di produzione mantengono la propria identità, in opposizione alle istituzioni economiche globali, nella loro «persistenza, ibridazione transnazionale, e *path dependency*» (Abelshauser, 2003, 19). La letteratura sul diritto transnazionale ha stabilito l'espressione “inter-giuridicità” che dissolve le aree chiaramente divise di validità degli ordinamenti giuridici territoriali a

⁵ Per un'analisi delle diverse dimensioni dei regimi di produzione si veda: Soskice (1997).

⁶ Sui diversi regimi di produzione quali stabili configurazioni, nazionali o regionali, di economia, politica e diritto, responsabili delle varietà del capitalismo si veda in generale: Hall, Soskice (eds.) (2005).

favore della loro compenetrazione (Santos, 2003; Amstutz, Karavas, 2006). Larry Catá Backer (2012) indica correttamente l'attuale (dis)ordine costituzionale globale con quattro caratteristiche costitutive, quali «frattura, fluidità, permeabilità, policentricità».

Il risultato della globalizzazione è una quantità impressionante di varianti del capitalismo, una moltitudine di regimi di produzione che a loro volta producono una serie di costituzioni economiche. Quella cinese del capitalismo di Stato, o meglio: il suo regime di produzione del capitalismo del partito unico; quella giapponese dominata dal keiretsu; i regimi di produzione sudamericani svincolati dalle loro forme di economia coloniale, sono oggi rivali delle costituzioni economiche affermatesi nell'emisfero occidentale. Tuttavia, se si considerano i regimi di produzione nell'emisfero occidentale, in Europa e Stati Uniti, sembra che si sia sviluppata una controtendenza alle varietà di capitalismo, in cui i regimi di produzione europeo e americano sono sempre più convergenti. La liberalizzazione del commercio mondiale, la fine delle restrizioni commerciali tra Est ed Ovest e il crollo dei costi di trasporto di merci e informazioni, hanno provocato una pressione adattativa sui *Welfare State* europei, che erano considerati consensualmente senza alternativa (Abelshauser, 2003, 10 e ss.). Negli ultimi anni i tradizionali regimi di produzione aziendale dell'Europa continentale, sono stati progressivamente smantellati e si sono sempre più avvicinati al regime di produzione anglo-americano.

Dalla co-determinazione alla partecipazione delle banche nelle imprese, fino alla cooperazione triangolare di associazioni imprenditoriali, unioni sindacali e governo, le istituzioni neocorporative sono state oggetto di una forte pressione. Non solo gli economisti critici del neocorporativismo, ma anche Wolfgang Streeck, il più importante teorico e simpatizzante del corporativismo europeo del dopoguerra, avevano previsto che gli elementi democratici del regime di produzione europeo non sarebbero sopravvissuti alla recente ondata di globalizzazione (Streeck, 2013; 2009). La necessaria sintonia tra organizzazioni sociali e istituzioni politiche non potrebbe essere ripetuta su scala globale, oltre al fatto che l'ammontare della fiducia reciproca, oltre che del consenso socioculturale, che qui è presupposto imprescindibile, non può certo essere globalizzato. Già a livello europeo dove le istituzioni di "dialogo sociale" tra la Commissione europea, la Confederazione Europea dei sindacati europei e la *European Economic Association* sono state sperimentate, una espansione del modello neo-corporativista al di là dello stato-nazione si è rivelato di scarso successo. Su scala globale, tuttavia, gli accordi neo-corporativisti fallirebbero completamente a causa di una contraddizione intrinseca. L'autoriproduzione di sistemi sociali su percorsi globali verrebbe fatta deragliare dal momento che solo le istituzioni nazionali sono disponibili per la loro costituzionalizzazione politico-giuridica.

Contro queste forti tendenze alla liberalizzazione, sorprende che nell'Europa continentale la maggior parte del recente corporativismo democratico abbia recuperato considerevolmente terreno. Già con il passaggio dalla produzione di massa standardizzata a quella post-fordista diversificata di qualità negli anni ottanta, poi dalla metà degli anni novanta con la decentralizzazione della contrattazione collettiva a livello di impresa, al più tardi con la intensa cooperazione tra associazioni di imprese, sindacati e governo durante la crisi economica del 2008, si è verificata una trasformazione del corporativismo del dopoguerra che dimostra la sua resilienza nonostante la globalizzazione e la crisi economica⁷. La trasformazione è avvenuta soprattutto nei rapporti di forza all'interno dei triangoli aziendali, ai livelli macro, meso e micro⁸. Il centro del potere si è spostato in particolare verso le coalizioni di produttori a livello d'impresa, mentre nel macro-livello venivano supportate dalla cooperazione tra le associazioni degli industriali, i sindacati settoriali e le istanze governative, in grado di garantire alta produttività e prevenzione delle crisi. Guardando alla Germania, le indagini empiriche mostrano che l'"Agenda di Governo 2010" di Gerhard Schröder ha prodotto non solo l'impulso per il successo, ma anche e soprattutto l'intensiva cooperazione tra le aziende e i comitati aziendali, supportati dal consenso dei sindacati del lavoro, dalle associazioni industriali e, allo stesso modo, dal Governo. Il successo economico e sociale del corporativismo democratico, rispetto ai regimi di produzione di Inghilterra e Stati Uniti, è stato talmente consistente che lo stesso Stiglitz, americano e vincitore del premio Nobel, raccomandava la via scandinava o tedesca come modello di riferimento per gli USA (Stiglitz, 2009)⁹.

Contro tutte le previsioni del collasso del neocorporativismo e della democrazia economica, le varietà del capitalismo si sono affermate nello spazio transatlantico a seguito della globalizzazione, dove decisamente notevole è la resistenza delle culture economiche europee contro la prassi di successo mondiale del capitalismo standard. Le costituzioni economiche del capitalismo scandinavo e del Reno sono caratterizzate da regolamentazioni massicce del Welfare State, dalla partecipazione di sigle sindacali forti e dalla coordinazione di organizzazioni neo-corporativiste strettamente intrecciate tra di loro. In particolare, è nei loro elementi economici democratici che tali costituzioni differiscono marcatamente dalle costituzioni economiche liberali

⁷ Con un ricco materiale empirico si veda Dustmann *et al.* (2014); Eichhorst, Weishaupt (2013).

⁸ Il modello del neocorporativismo non è stato eliminato in questa fase, ma piuttosto è stato trasformato e adattato alle condizioni della globalizzazione. Vedi in dettaglio: Flume (2012, 114 ss.). Si veda anche: Varone *et al.* (2015). Per un'argomentazione sulla necessità di un'analisi più sfumata, all'interno delle due grandi categorie, per la comprensione delle recenti trasformazioni, si veda in generale: Hall, Thelen (2009).

⁹ Similmente, con suggerimenti concernenti la Gran Bretagna: "Labour's Economic plans: Departmental Determinism", *The Economist*, Jan 1st 2014.

dominate dalla finanza-capitale di stampo anglo-americano, le quali fanno affidamento, per quel che concerne la loro coordinazione, soprattutto sui mercati e sulle imprese organizzate gerarchicamente. Per molti osservatori, dopo la crisi economica del 2008, gli accordi neocorporativi appaiono oggi come il più attraente regime di produzione, sulla base del loro vantaggio storico-comparativo e in considerazione della loro maggiore produttività, oltre che di una più intensa legittimità sociale.

Complessivamente sembra che, in seguito a un periodo di relativa convergenza verso un regime di produzione capitalistico standard neoliberale, siano riemerse differenze significative tra le due tipologie di economie capitalistiche: da un lato, i regimi di produzione europei – principalmente Germania, Svezia, Norvegia, Finlandia, Paesi Bassi, Svizzera, Austria – dall'altro, i regimi anglo-sassoni di economie di libero mercato (Gran Bretagna, USA, Irlanda, Canada, Australia, Nuova Zelanda).

La cultura economica anglo-americana forma un gruppo di economie di mercato liberali scarsamente regolamentate, le cosiddette *Liberal Market Economies* (LME).

In netto contrasto con i mercati europei, con più forti orientamenti democratici economici e di stato sociale – le cosiddette *Coordinated Market Economies* (CME), in cui accordi negoziali neocorporativi tra associazioni economiche, sindacati e governo coordinano l'economia – nell'area anglo-americana le associazioni industriali e i sindacati sono piuttosto deboli e svolgono solo un ruolo molto limitato di coordinamento nel più ampio quadro istituzionale¹⁰. Piuttosto, noi vi troviamo, da una parte, una coesistenza relativamente scoordinata di processi di libero mercato, mentre, dall'altra, una regolamentazione esterna da parte del governo. Qui il governo, le autorità di regolamentazione e i tribunali giocano il ruolo più importante nella formazione dei regolamenti, dove le regole includono generalmente un piccolo margine di apprezzamento.

Oggi, dopo la crisi finanziaria, le differenze tra i due sistemi di produzione si sono rafforzate nelle seguenti quattro dimensioni¹¹:

1. Mentre nella cultura economica anglo-americana i sistemi finanziari pongono per le imprese un orizzonte relativamente a breve termine, che allo stesso tempo portano con sé alti rischi, la cultura neocorporativista favorisce modalità finanziarie d'impresa orientate a un sistema di finanziamento più a lungo termine.

2. Nelle economie anglo-americane l'estrema deregolamentazione del mercato del lavoro ha messo fuori gioco il contratto collettivo di lavoro, negando un'effettiva rappresentazione degli interessi dei lavoratori nelle

¹⁰ Sulle differenze tra i due regimi di produzione si veda, in generale: Hall, Soskice (2005).

¹¹ Per un'analisi dettagliata delle quattro dimensioni: Deeg (2009); Johnston, Hancké (2009); Hall, Soskice (2005).

aziende. Di conseguenza vi troviamo solo sindacati deboli, difficilmente in grado di opporsi alla *leadership* gerarchica dell'alta dirigenza. Nella cultura neo-corporativista, al contrario, le istituzioni della democrazia economica sono state sviluppate e articolate dando voce agli interessi dei lavoratori, ottenendo un discreto successo. Nei rapporti collettivi di lavoro delle aziende e dell'industria sono sorte forti cooperazioni, in cui sindacati e consigli di lavoro di aree produttive, svolgono sempre più spesso un ruolo importante e sono responsabili della formazione di coalizioni produttive di successo sul mercato globale.

3. Mentre nelle LME il sistema di rapporti tra aziende pone esigenze altamente competitive e, allo stesso tempo, detta confini netti sul potenziale di cooperazione tra aziende, nelle CME i rapporti che intercorrono tra le aziende tendono a sviluppare reti di cooperazione che prevedono contratti relazionali a lungo termine, sia orizzontalmente all'interno del mercato, sia verticalmente tra produttori, trasportatori e venditori.

4. Nelle LME il coordinamento tra il settore economico, il settore politico e gli altri settori della società, verrà lasciato alle forze di mercato, oppure, esclusivamente, alla regolamentazione statale. Le CME, al contrario, hanno sviluppato accordi di negoziazione in cui le imprese cooperano con le istituzioni di regolazione del *Welfare state* e con altre organizzazioni sociali. Le associazioni economiche e le grandi aziende coordinano i mercati con lo sviluppo di standard tecnici e contrattuali, insieme a procedure di risoluzione delle controversie. Le associazioni economiche negoziano standard tecnici e sociali con il governo. I tribunali producono obblighi sociali per le imprese economiche. Così, si costruisce un *ordre public économique* negoziato.

3.2 Codici corporativi nelle collisioni dei regimi di produzione transnazionali

Come impattano le collisioni tra i due regimi di produzione sui codici corporativi delle imprese multinazionali? Le corporazioni multinazionali sono state coinvolte negli ultimi anni in una serie di scandali che hanno scioccato l'opinione pubblica mondiale. Catastrofi ecologiche, condizioni di lavoro disumane, lavoro minorile, "complicità" delle multinazionali in casi di corruzione e violazione dei diritti umani da parte di regimi politici, hanno sensibilizzato l'opinione pubblica sulle conseguenze negative della transnazionalizzazione delle imprese economiche. Le iniziative politiche che miravano a regolamenti vincolanti nell'ambito del diritto internazionale non hanno potuto essere attuate. Invece, una massiccia quantità di un'altra specie di norme transnazionali si è diffusa attraverso il paesaggio legale globale: i

codici corporativi di condotta. Questi sono codici “volontari” di comportamento per le società multinazionali¹².

Si sono formate due diverse varianti di base di tali codici. Da un lato, le istituzioni economiche globali del mondo degli stati – ONU, OCSE, ILO, UE – hanno formulato codici di comportamento “pubblici” unitari per le imprese. Dall’altro, la critica pubblica massiccia, che è diffusa dai media a livello globale, così come dalle azioni offensive di movimenti di protesta e non governativi, costringono innumerevoli corporazioni ad adottare “volontariamente” una serie di codici aziendali “privati” che pongono norme in cui rendono effettive dichiarazioni auto-vincolanti per il pubblico (nel senso di “audience”) e promettendo la loro attuazione.

Nella relazione tra i codici privati e pubblici, si è verificata un’inversione della tradizionale gerarchia di norme di diritto statale superiore e di diritto privato subordinato (Backer, 2012). Un’inversione particolarmente evidente si trova nella qualità normativa della *hard-law* e della *soft-law* dei codici pubblici e privati. Ora è la legge dello Stato che assume la qualità di *soft-law*, fornendo solo raccomandazioni non vincolanti, mentre il *private ordering* delle multinazionali attua in modo efficace norme precise e vincolanti, sviluppando una nuova forma di *hard-law*.

In conseguenza di tale rovesciamento, la costituzionalizzazione dell’economia transnazionale si verifica essenzialmente nel settore aziendale, attraverso la formazione e l’implementazione di un *private ordering*. Non sono dunque le istituzioni dello Stato a decidere della produzione o meno dei codici di condotta, ma sono piuttosto degli attori corporativi collettivi a stabilire se e (in tal caso) quali contenuti dovranno comprendere e come potranno essere legalmente applicati. A seguito del drastico trasferimento di potere, nell’economia globale, dal settore pubblico al settore privato, le aziende multinazionali sono divenute la reale autorità costituzionale, perché sono queste che creano i *corporate code* attraverso le proprie dichiarazioni pubbliche unilaterali di auto-obbligazione (Teubner, 2015b).

Ora, nella dimensione verticale è la varietà del capitalismo che rende impossibile alle istituzioni globali del mondo degli stati – ONU, ILO, OCSE, UE – di fornire codici corporativi legalmente vincolanti per ogni regime di produzione. Se i principali regimi di produzione divergono, come descritto sopra, allora i codici corporativi pubblici non possono essere formulati secondo il principio di “una taglia unica per tutti”. Al contrario, possono essere solo principi di *soft law*, mentre le regole di *hard law* possono emergere solo a livello di imprese nei codici privati. I codici pubblici non possono più regolare un *ordre public économique* globale unitario, ma possono servire solo come regole di collisione, mentre le regole concrete sono prodotte nelle imprese secondo le specificità della situazione.

¹² Sull’emergenza dei codici aziendali di condotta, si veda Teubner (2010).

Questo è dovuto al loro radicamento istituzionale in uno dei due regimi di produzione. Essi differiranno l'uno dall'altro a seconda che operino nelle LME, con il loro compromesso tra keynesianismo e scuola di Chicago, con la loro priorità all'ordinamento privato, adattato alla Nuova Sovranità delle imprese, oppure nelle CME, con maggiori componenti di *Welfare state* e democrazia economica nel triangolo neocorporativista di associazioni, sindacati e Stato. Ciò si mostra in modo chiaro nel problema della possibilità per i tribunali di Stato di qualificare o meno i codici corporativi come giuridicamente vincolanti e di definirne la loro applicabilità ai sensi delle norme del diritto nazionale (Beckers, 2015, 34 ss. e 340 ss.)¹³. Le multinazionali cercano con qualsiasi mezzo di ostacolare l'interpretazione e l'applicazione dei codici corporativi da parte dei tribunali statali. Queste insistono categoricamente sul fatto che i propri codici sono "volontari" e, di conseguenza, giuridicamente non vincolanti.

I tribunali americani sono riluttanti quando le controversie di interesse pubblico li spingono ad applicare i codici come regole legalmente vincolanti. Essi sono disposti solo a giuridificare le norme sociali basate sul mercato. Inoltre, dichiarano altre norme sociali come legalmente vincolanti solo nella misura in cui attuano le preferenze dei consumatori, quando queste sono sabotate da informazioni false o fuorvianti. Tuttavia, con un appello alla moderazione giudiziaria, negano il carattere vincolante al nucleo centrale dei codici aziendali, cioè le norme sociali, che proscrivono il comportamento corporativo in nome dell'interesse pubblico¹⁴.

Le possibilità di far rispettare i codici aziendali attraverso la legge statale sembrano piuttosto diverse nel regime di produzione europeo. Se questi sono importati in accordi neocorporativi accuratamente regolamentati, devono in seguito adattarsi ai principi fondamentali del *Welfare state* e della democrazia economica. I codici saranno soggetti alle più forti attività legislative nell'UE e, allo stesso tempo, a una più intensiva giuridificazione da parte dei tribunali. Ad esempio, nel § 5 I No. 6 della *Law Against Unfair Competition* [Legge contro la concorrenza sleale], il legislatore dell'UE prevede sanzioni nei confronti di quelle imprese che forniscono dati falsi riguardo l'osservazione di un codice di condotta, a cui l'impresa obbliga sé stessa in modo vincolante, se suddetti dati fanno riferimento a quel particolare codice vincolante¹⁵.

Nel regime produttivo europeo, la giuridificazione da parte dei tribunali, con cui la qualificazione giuridica dei codici corporativi entra in un nuovo

¹³ Per una descrizione su come le corti giuridificano in merito ai *corporate codes*, si veda: Klösel (2012, 50 ss.). In generale sul rispetto del regolamento privato transnazionale: Scheltema (2014, 318; Verbruggen (2014).

¹⁴ Sui tre tipi di norma nello *U.S. law* si veda: Peukert (2014).

¹⁵ Le particolarità per cui i codici di condotta specifici rientrano nella norma sono controverse e i tribunali non hanno ancora chiarito scopi e portata: Beckers (2015, 176 ss.).

terreno, si muove in due direzioni opposte. In una prima costellazione, i tribunali esercitano uno stretto controllo giudiziario sul contenuto dei codici, nella misura in cui i codici creano obblighi di conformità per i dipendenti o i consumatori. Nella seconda costellazione, i tribunali si muovono nella direzione opposta, trasformano i codici in legge statale vincolante, nella misura in cui contengono auto-obbligazioni delle imprese nell'interesse pubblico.

Nella prima costellazione, le aziende vogliono estromettere le regole private di conformità dal controllo giudiziario, perché desiderano applicare rigorosamente le loro regole interne. Queste insistono sul controllo esclusivo delle loro norme in materia di delatori, di attività politico-sociali, di monitoraggio e di supervisione interna, oltre che di valutazione delle prestazioni. I tribunali tuttavia intervengono. Il caso Walmart in Germania è il più famoso. Walmart aveva emanato codici corporativi molto rigidi, in grado di regolare anche la vita privata del dipendente, e aveva cercato di imporre una clausola, peraltro ampiamente standardizzata negli USA, che proibiva l'amore e i *flirt* tra i dipendenti. Tuttavia, i tribunali non hanno permesso a Walmart di fare appello alla natura non vincolante del proprio codice volontario, che consentirebbe di sfuggire al controllo giudiziale. I tribunali hanno lasciato fallire le clausole discutibili, in parte sulla base di principi procedurali – ad esempio i diritti di partecipazione del comitato aziendale – in parte su norme sostanziali di diritti fondamentali¹⁶.

Nella seconda costellazione, il caso della Lidl è diventato altrettanto famoso, perché dimostra quanto sia difficile per le imprese appellarsi al carattere “volontario” e non vincolante dei loro codici, ogniqualvolta che dichiarano auto-obbligazioni nei confronti del bene pubblico, ma che poi, in sostanza, non considerano affatto¹⁷. Lidl è stata citata in giudizio, con successo, per condotta anticoncorrenziale quando ha fatto falsa pubblicità e ha dichiarato che essa ha adempiuto agli obblighi del codice.

In Europa continentale non è solo il diritto della concorrenza ad avere il potenziale di trasformare gli obiettivi di interesse pubblico dei codici in leggi statali vincolanti, ma anche il diritto della responsabilità civile, con i propri compiti organizzativi altamente sviluppati, o ancora il diritto contrattuale, con le sue obbligazioni contrattuali e quasi-contrattuali, e infine l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali. Con tali dottrine il diritto privato ispirato al *Welfare state* europeo, ha a sua disposizione un corredo di strumenti

¹⁶ *Arbeitsgericht Wuppertal* NZA-RR 2005, 476. *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* NZA-RR 2006, 81. Si veda anche: Klösel, 59 sgg.

¹⁷ Per un'estensiva analisi del caso Lidl, si veda: *Verbraucherzentrale Hamburg v. Lidl*, Statement of Claim filed 6 April 2010, Case settled on 14 April 2010. <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/LidllawsuitreworkingconditionsinBangladesh>.

completo per la qualificazione giuridica dei codici corporativi¹⁸. I tribunali possono così assicurare il carattere legalmente vincolante dei codici e consentire la loro applicazione ai sensi del diritto nazionale. In ultima analisi, i tribunali possono sempre accusare le imprese di *venire contra factum proprium* – una autocontraddizione performativa e giuridicamente rilevante¹⁹ – quando queste hanno prima emanato codici corporativi come gravi dichiarazioni di auto-impegno, per poi cercare di qualificarli davanti al tribunale come intenzioni dichiarative non vincolanti: *estoppel*²⁰.

Un'altra questione rilevante è se i codici corporativi infonderanno o meno un elemento di politicizzazione nei diversi regimi di produzione economica. I tribunali degli Stati Uniti si dimostrano piuttosto resistenti rispetto ad aspirazioni e tendenze di democrazia economica. Qui la democrazia è intesa come non avente posto nei processi di mercato, ma principalmente nel sistema politico. I codici corporativi sono di conseguenza strettamente interpretati per la conformità al mercato²¹. Così, sono applicati dai tribunali solo nella misura in cui implementano le preferenze mutevoli dei partecipanti al mercato. Essenzialmente, il reagire *ad hoc* nelle dispute con i gruppi della società civile riguardo al cambiamento delle preferenze dei consumatori e degli investitori con codici orientati all'interesse pubblico, resta una materia per le corporazioni transnazionali private, nella misura in cui ciò corrisponde alla loro analisi costi-benefici. Una ulteriore politicizzazione del mercato non è in tal senso ritenuta legittima.

Diversamente, le culture economiche dell'Europa continentale, con le loro istituzioni neo-corporativiste, si sono storicamente orientate verso una politicizzazione interna delle decisioni economiche. Accanto agli interventi ad ampio raggio del *Welfare state*, le istituzioni della democrazia economica sono particolarmente considerate come legittime, perché, attraverso la partecipazione del lavoro alle decisioni corporative, si suppone che compensino i fallimenti del mercato²². Nel loro adattamento al corporativismo democratico, nell'Europa continentale i codici corporativi vengono ridefiniti: non più

¹⁸ Sullo stato attuale del gioco, insieme a forti suggestioni per ulteriori riforme di legge si veda: (Beckers, 39 ss. e 344 ss.).

¹⁹ [NDT: Il principio *venire contra factum proprium nulli conceditur*, stante l'assenza di riferimenti al principio nelle fonti di diritto romano in termini generali, viene ricondotto all'opera dei Glossatori.]

²⁰ [NDT: Istituto di diritto anglosassone che consiste in una preclusione, eccezione o impedimento, il quale è frequentemente accostato all'acquiescenza. Sulla base di esso una parte non può disconoscere le proprie dichiarazioni o la propria condotta quando tale disconoscimento provocherebbe un danno economico alla parte che, confidando legittimamente in tale condotta o dichiarazione, abbia agito in buona fede. In definitiva si traduce nell'impossibilità di contestare una situazione di fatto o di diritto cui è prestata acquiescenza tacita o espressa].

²¹ Sulle decisioni delle corti americane in merito ai codici aziendali si veda: Peukert (2014).

²² Sull'analisi delle culture economiche del continente europeo in una prospettiva storica si veda in generale Abelshausen, *et al.* (2012).

considerati come promulgazione unilaterale da parte di imprese sovrane, sono invece intesi come il risultato di conflitti politici tra imprese e attori della società civile. Oltre ad altre istituzioni di democrazia economica, i codici corporativi qui servono a perseguire obiettivi di interesse pubblico, attraverso il *re-embedding* dell'azione economica nella società. Ciò avviene però non attraverso un intervento esterno dello Stato, ma piuttosto nella forma di una *re-entry*: l'internalizzazione delle domande sociali nelle decisioni dell'impresa (Teubner, 2015b). Di conseguenza, l'applicazione dei codici corporativi non è lasciata esclusivamente ai tribunali nazionali. Piuttosto, l'applicazione giudiziale è accompagnata e sostenuta da attori sociali che giocano un ruolo crescente nella formulazione e nell'attuazione dei codici corporativi a livello locale. Se la politicizzazione interna della cultura economica europea ha così marcatamente influenzato i codici corporativi, questi a loro volta producono nuovi impulsi per la democrazia economica²³.

Il loro primo impulso viene dal cambio di direzione dei movimenti di protesta, in cui, secondo alcuni osservatori, è stata realizzata una nuova qualità politica della società (Crouch, 2012, cap. 6; O'Brien *et al.* 2002, cap. 2). Le proteste della società civile vengono sollevate sempre più non (solo) contro le istituzioni dello stato, ma in modo selettivo, direttamente e intenzionalmente, contro gli attori corporativi, che sono accusati di violare le loro responsabilità sociali. I movimenti sociali reagiscono ai drastici cambiamenti di potere nella costituzione economica globale. È vero, l'attuale *pouvoir constituant* economico è stato rilevato dalle corporazioni multinazionali, perché sono loro che attraverso auto-impegni pubblici unilaterali attuano e applicano i codici corporativi. Tuttavia, prima e sopra di esso, sono i movimenti sociali che con la loro protesta orientano questi codici, co-determinano il loro contenuto e monitorano la loro applicazione. Infatti, l'azione delle ONG, insieme ad altri attori della società civile, ha costretto le compagnie multinazionali, attraverso le azioni di protesta, a stipulare con loro accordi che riguardano direttamente i codici corporativi. In tal modo, gli attori della società civile, attraverso le loro attività, realizzano un particolare potenziale dei codici corporativi per la democrazia economica, che va ben oltre i tradizionali accordi neocorporativi, sviluppati in passato solo tra imprese e unioni sindacali.

Il loro secondo impulso per la democrazia economica estende drasticamente le questioni sostanziali all'interno della politicizzazione dell'economia. I codici corporativi non si limitano più a mediare gli interessi distributivi del capitale e del lavoro all'interno dell'impresa. Le proteste della società civile vanno ben oltre questi temi, importanti ma limitati, e costringono le *corporations* a ri-comprendere gli interessi pubblici con forza vincolante: la

²³ Le conseguenze derivanti da questi nuovi istituti di diritto internazionale sono esaminate in: Feichtner (2015).

tutela dell'ambiente, la lotta alla discriminazione, i diritti umani, la qualità del prodotto, la tutela dei consumatori, *Data Protection*, la libertà di Internet e il commercio equo²⁴. Mentre questi temi sono stati in precedenza quasi esclusivamente determinati e applicati dal sistema politico, ora sorge uno strano paradosso della democrazia economica come risultato dello scontro diretto dei gruppi della società civile con le imprese: l'interesse pubblico sarà formulato e applicato attraverso il *private ordering*. Naturalmente i codici corporativi non possono avere, come la legislazione politica, una pretesa di validità universale. Tuttavia, per la singola impresa essi hanno una forza vincolante obbligatoria, dal momento che i gruppi della società civile insistono sul fatto che il potere degli accordi di diritto societario si estende alle società dipendenti e che gli accordi contrattuali legano grandi reti di fornitura e di distribuzione.

Il terzo impulso per la democrazia economica muove dall'auto-obbligazione dell'azienda a proteggere i diritti fondamentali. Qui i codici vanno ben oltre le attuali dottrine dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali, poiché rompono la loro fissità statale e riconoscono esplicitamente un effetto diretto dei diritti fondamentali su attori collettivi privati. Inoltre, essi compensano a certe debolezze nella funzione di protezione della legge statale. Se gli *standard* dei diritti fondamentali dei codici derivano direttamente dal potenziale democratico dei conflitti sociali, allora ci si aspetta una maggiore adeguatezza contestuale, poiché le organizzazioni e le procedure sono più esattamente calibrate sulle particolarità dei conflitti dei diritti fondamentali nelle relazioni economiche (Hensel, Teubner, 2022). Quindi, l'applicazione degli obblighi in materia di diritti umani non viene effettuata soltanto dai tribunali nazionali, ma piuttosto deriva da una combinazione di controversie di interesse pubblico, dall'autoregolamentazione delle imprese e dal monitoraggio esterno da parte degli attori della società civile.

²⁴ Luhmann sostiene che i nuovi movimenti sociali non siano più contraddistinti dalla forma di protesta socialista. Questi non si riferiscono tanto alle conseguenze dell'industrializzazione e non hanno più come unico obiettivo una migliore ripartizione della ricchezza. Le loro proposte sono divenute molto più eterogenee, soprattutto guardando al tema ecologico, che si è insinuato in primo piano. Per questi temi si veda: Luhmann (1997, 849).

4. *Quod omnes tangit.* *Costituzioni transnazionali senza democrazia?*¹

4.1 Chi si premura del regime democratico?

Se la costituzionalizzazione dei regimi transnazionali sia o meno accompagnata dalla loro democratizzazione, ciò rappresenta un argomento molto controverso nella teoria democratica, ma non solo. Nel mondo reale, i tribunali nazionali e internazionali, i movimenti sociali e gli stessi regimi, vivono il grave *deficit* democratico tipico dei regimi transnazionali come un problema urgente per il quale si cercano nuove soluzioni.

I tribunali si occupano della questione della legittimità quando devono decidere se riconoscere le costituzioni autonome dei regimi come un diritto valido. Un esempio può essere sufficiente: il caso *Waite and Kennedy vs. Germany* ha messo a confronto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la domanda se la Costituzione di un regime transnazionale – del *European Space Operations Centre* – potesse essere o meno oggetto di revisione costituzionale (Walter, 2011)². La Corte aveva controllato e stabilito il seguente regolamento: qualora le disposizioni di una Costituzione di regime violino i principi fondamentali della legittimità democratica, in particolare i diritti umani, la Corte dichiarerà tali disposizioni come nulle e non valide³. Il riconoscimento delle costituzioni di regime, come diritto valido, dipende pertanto dalla percezione della loro legittimità da parte delle Corti. È una sorta di principio *Solange* generalizzato: finché le costituzioni di regime non raggiungeranno una legittimità sufficiente, le Corti non le riconosceranno come diritto valido. Se questa diventasse una tendenza significativa, le Corti

¹ *Quod omnes tangit: Transnationale Verfassungen ohne Demokratie? Der Staat* 57, 2018, 171-194. Trad. ingl.: *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?* In «Journal of Law and Society», 45, 2018, 5-29 (special issue). Tra. Gianluca Maestri e revisione Riccardo Prandini.

² *Waite and Kennedy vs. Germany* (Application No. 26083/94). Per una discussione cfr. Walter (2001).

³ Le disposizioni in questione hanno concesso l'immunità ESA dalla giurisdizione nazionale.

eserciterebbero notevoli pressioni esterne sulle costituzioni di regime per rafforzare la legittimità dei regimi democratici (Viellechner, 2013; 2012).

Per la politica transnazionale, Andrew Moravcsik ha sollevato la seguente domanda: «La *governance* mondiale [...] è democraticamente legittimata, oppure soffre di un “deficit democratico”»? (Moravcsik, 2004, 336). Questo si sta affermando come uno degli interrogativi fondamentali – o forse come l’interrogativo fondamentale – della “politica mondiale contemporanea”. Al contempo, con l’emergenza mondiale dei chiassosi movimenti di rinazionalizzazione su entrambi i fronti politici, la destra e la sinistra (Streeck 2013), si sono intensificate le pressioni sui regimi transnazionali a fare i conti con i loro problemi di legittimità. Inoltre, la società civile, i movimenti di protesta, i sindacati e gli *stakeholder* dei regimi transnazionali, si trovano ad affrontare un’alternativa strategica: avvalersi della loro influenza politica, per rafforzarne la legittimità, oppure tentare di delegittimarli e respingere il loro operato entro gli stati nazionali?

È interesse dei regimi transnazionali far fronte ai propri problemi di legittimazione. Ingo Take sostiene che essi, in particolare i regimi di *governance* privata, dipendono in larga misura dalla cooperazione volontaria dei propri *rule-addresses* e che, quindi, devono generare legittimità dall’interno per implementare le proprie regole (Take, 2012, 220). La loro capacità di risolvere i problemi in modo efficace dipende, quindi, dal venire accettati dai loro *stakeholder* come attori legittimi (Scholte, 2014).

4.2 Critica: le costituzioni transnazionali superano la democrazia?

La legittimità democratica rimane comunque il tallone d’Achille dei regimi transnazionali. Costituzionalizzazione senza la democrazia: questo è il tenore di un’accesa critica al costituzionalismo transnazionale⁴. In base a una varietà di etichette – quali ad esempio “*new constitutionalism*”, “*Stato globale imperiale in divenire*” o “federalismo esecutivo post-democratico” – il costituzionalismo transnazionale viene criticato quale dispositivo elitario autoregolato (Hirschl, 2004) di sistemi sociali funzionali (Möller, 2018). Le Costituzioni non-statali possono bensì stabilire correttamente le procedure decisionali interne, rafforzare lo stato di diritto, garantire i diritti costituzionali, ma falliscono quando si usano come parametri gli *standard* della democrazia.

Laddove tale critica insiste su principi di legittimità che sono stati messi a punto nella teoria democratica e nella pratica politica, risulta pienamente giustificata. È rivolta infatti a uno dei problemi principali dei regimi transnazionali. Tuttavia, in questa critica compaiono elementi di ipocrisia e auto-immunizzazione che, di fatto, bloccano ciò che Roberto Unger chiama

⁴ Su tutti Habermas (2012). Per una elaborazione di tale critica Möller (2018; 2016).

«immaginazione istituzionale» (1996). Risulta del tutto ipocrita quando i difensori pubblici e gli scienziati della politica dichiarano categoricamente che i regimi transnazionali “privati” sono illegittimi a causa della loro mancanza di “*publicness*”, ma poi e al contempo accettano senza indugi la loro legittimità solo se sono basati formalmente sulle istituzioni pubbliche degli stati nazione e delle politiche internazionali (Bogdandy, Dellavalle, 2013). Ignorano gli studi empirici che dimostrano come molti dei cosiddetti regimi transnazionali privati, ad esempio la *governance* privata di Ican, presentano processi decisionali democratici notevolmente migliori rispetto a molti dei cosiddetti regimi pubblici⁵. E quando criticano le pratiche non democratiche dei regimi transnazionali privati, chiudono gli occhi e si fingono sordi di fronte all’enorme *deficit* democratico delle istituzioni pubbliche nazionali e internazionali del quale è stata ripetutamente svelata e criticata la natura «post-democratica» (Crouch, 2012)⁶.

Hauke Brunkhorst, uno degli oppositori dichiarati delle costituzioni transnazionali in nome della democrazia, suggerisce che il *deficit* democratico dei regimi potrebbe essere compensato soltanto se le loro costituzioni fossero autorizzate da istituzioni politiche quali il Parlamento Europeo (2014, 585)⁷. Quanto è grave fare affidamento su una tale delega di poteri se ci si accorge che la delega crea spazi di autonomia che di fatto sono incontrollabili? (Kjaer, 2015, 17). Il vuoto di legittimità dei regimi transnazionali privati svanirebbe qualora fossero istituzionalizzati come “delega” formale di potere pubblico degli stati mondiali? E se fossero sostenuti da qualcosa in più di una catena instabile di legittimità che inizia dal basso – con i singoli cittadini in diverse nazioni – e si muove attraverso la rappresentanza dei politici degli stati nazione; si amplia attraverso i negoziati interstatali e i Trattati internazionali tra stati – molti dei quali sono regimi autoritari con dubbia credibilità democratica – e finisce nel nobile apice della delega dei poteri a quei regimi transnazionali⁸?

Gli autori esercitano un’auto-immunizzazione della loro critica quando applicano dei doppi *standard*, da un lato, alla Costituzione dello Stato nazione e, dall’altro, alle costituzioni dei regimi transnazionali. Alcuni utilizzano perfino gli strumenti concettuali della teoria dei sistemi ma, purtroppo,

⁵ Take (2012) giunge alla conclusione che nessuno dei casi di studio empirici mostra che «la *governance* internazionale in linea di principio può rivendicare un grado più elevato di legittimità rispetto alle forme di *governance* transnazionale o privata».

⁶ Ciò si applica in particolare alla strana affermazione di Habermas secondo cui la democrazia transnazionale sarà realizzata se il potere politico è concentrato nelle mani di pochi attori globali (come USA, Cina, UE), perché sono in grado di negoziare compromessi vincolanti e implementare le regole risultanti per grandi territori.

⁷ Altri chiedono di rafforzare i legami di legittimità dei regimi transnazionali agli stati nazionali.

⁸ Per una critica dei tentativi di basare la legittimità delle istituzioni transnazionali sugli stati nazionali o sul diritto pubblico internazionale vedi: Horst (2015, 461) e Forst (2012, 44).

in modo estremamente selettivo. Trattano il rapporto problematico tra la logica funzionale dei sistemi sociali e la legittimità democratica, in modo completamente diverso quando, da una parte, si tratta del sistema politico, mentre, dall'altra, si tratta di quello economico (o di altri sistemi sociali) (Schneiderman, 2016; Goldoni, 2014; Christodoulidis, 2013). Nella politica ammettono che gli imperativi funzionali dell'apparato del potere abbiano la tendenza a strumentalizzare la legittimità democratica, ma considerano ciò come l'eterna differenza fra la politica quotidiana e quella ideale, fornendo implicitamente alla politica una buona probabilità di successo soltanto se si lotta abbastanza fermamente. Invece, in altre sfere sociali, in particolare nell'economia capitalista, sostengono che la democrazia per principio non abbia alcuna possibilità. Affermano – riferendosi alla teoria dei sistemi – che qualsiasi tentativo di democratizzazione è totalmente e necessariamente strumentalizzato dagli imperativi funzionali dell'economia capitalista e da altri sistemi funzionali (Horst, 2015, 661 ss.). E riconoscono tale versione sistemica della *capture theory* anche quando si confrontano con le contro-istituzioni democratiche esistenti nelle economie capitaliste. Le attività dei sindacati, gli scioperi e i boicottaggi, la partecipazione istituzionalizzata dei lavoratori, i movimenti di protesta, l'attivismo dei consumatori, la protesta delle femministe e degli ecologisti, l'esistenza del terzo settore, le cooperative e le attività in corso della “gente comune”: la critica denuncia l'intera gamma di contro-istituzioni democratiche esistenti nelle economie capitaliste dei *Welfare states* come mero esercizio formale, dal momento che esse sono fatte prigioniere dalla logica della massimizzazione dei profitti.

Com'è possibile difendere la tesi che all'interno dei sistemi politici la funzionalizzazione della legittimità democratica per fini di potere è storicamente contingente e può essere superata, mentre nell'economia la sua funzionalizzazione per fini di profitto è una faticosa necessità? Come già detto, i dati empirici a disposizione sui regimi transnazionali suggeriscono che tutto ciò è chiaramente sbagliato. Nessuno studio di caso dimostra che, in linea di principio, la *governance* internazionale “pubblica” possa rivendicare un maggiore livello di legittimità della *governance* “privata” (Take, 2012). Sebbene tale ipotesi abbia numerosi seguaci, non sembra esistere una correlazione sistematica tra il tipo di dispositivo di *governance* (internazionale, transnazionale, privato) e il livello della sua accettabilità. Non dovremmo allora ammettere che, in entrambi i sistemi, è storicamente contingente se, e in quale misura, le contro-istituzioni democratiche modificheranno la pervicace e unidimensionale auto-riproducibilità del potere o del profitto? Per quanto riguarda l'economia, i critici mettono in pratica ciò che altrimenti detestano: la reificazione. Facendo un uso improprio degli strumenti concettuali di Luhmann, reificano le proprietà dei sistemi sociali – funzione, programmi e codici binari – dichiarandole necessità funzionali immuni da qualsiasi cambiamento. Ciò avviene nonostante Luhmann, nella sua analisi

dell'economia, abbia trasformato il codice della proprietà in quello monetario, mostrando non solo che i programmi, ma anche che i codici binari sono soggetti a trasformazioni significative nel tempo (Luhmann, 2020, 144 ss.).

Attraverso la combinazione di ipocrisia e autoimmunizzazione, la critica, quasi necessariamente, si conclude in un atteggiamento cinico, come Bertolt Brecht ha mostrato: «Alla speranza esagerata segue una disperazione altrettanto esagerata» (Brecht, 1939). E i critici condividono la loro disperazione esagerata con quei realisti cinici della destra politica, secondo cui, nelle istituzioni transnazionali democratiche, non ci sarà e non dovrà esserci alcun cambiamento. Da questa posizione di disperazione esagerata essi guarderanno con disprezzo alle proposte di democratizzazione, più o meno modeste, che saranno discusse di seguito. Le considereranno completamente irrealistiche oppure, quando si renderanno conto del loro effettivo funzionamento, ci gireranno intorno e le considereranno come gli ultimi trucchi del capitalismo. Tuttavia, entrambe le posizioni, sia di sinistra, sia di destra, soffrono della mancanza di una alternativa credibile, nascosta scrupolosamente dietro le loro critiche esagerate. La miglior risposta da dargli è la seguente: la critica, senza una contro proposta, non conta niente.

4.3 Reinterpretare la democrazia nell'ambito transnazionale

Ma dove sta esattamente l'esagerazione? Essenzialmente, i critici sbagliano quando invocano il principio della democrazia e lo trasferiscono in modo acritico all'ambito transnazionale: *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*. Quello che riguarda tutti dovrebbe essere valutato e approvato da tutti. L'identificazione tra i decisori e i coinvolti viene presentata come l'intramontabile cuore della democrazia (Habermas, 1994, 293; Günther, 2001, 507). Tuttavia, se analizziamo attentamente la storia dell'*Omnes tangit*, l'universalità si trasforma in un particolarismo estremo (Luhmann, 1993, 157 ss.). Nel diritto romano il presunto principio universale *quod omnes tangit* era stato inventato per risolvere un particolare problema di diritto privato, vale a dire: quando una pluralità di tutori legali doveva decidere dell'emancipazione della stessa persona sotto custodia, avendo ciascuno di essi il potere di rappresentarla. Democrazia? Nel XII secolo sia i giuristi civili, sia quelli di diritto canonico, hanno ampliato il principio e lo hanno applicato a un contesto completamente diverso: quello delle *corporationes* medievali. In queste condizioni di stratificazione feudale, il principio non veniva affatto utilizzato in modo universale per tutte le persone coinvolte, ma veniva introdotto ogniqualvolta che gli uomini di rango superiore volevano usare il loro potere di veto. Democrazia? Soltanto con l'avvento della Modernità il *quod omnes tangit* venne applicato alle questioni pubbliche e divenne il principio guida della partecipazione diretta. Tuttavia,

spostandoci ai tempi degli stati nazione, gli *omnes* si sono presto trasformati dalla partecipazione di tutti alla rappresentanza delle *élites* governanti e nella loro competizione. L'identità dei decisori e dei coinvolti non può più essere mantenuta per le decisioni reali delle persone reali, ma solamente per l'ipotetica situazione del discorso ideale fra ipotetici partecipanti, e ciò viene ammesso, tacitamente, persino dai suoi fervidi sostenitori (Habermas, 1994; Günther, 2001).

Oggi, nel corso della transizione dalle istituzioni nazionali a quelle transnazionali, il *quod omnes tangit* subisce una trasformazione ancor più decisa. Negli snodi della sua lunga storia, il principio democratico, malgrado tutte le sue variazioni, è stato sempre in grado di coniugare, in modo più o meno soddisfacente, due tendenze contraddittorie: la costruzione di un consenso identitario e l'ampliamento del dissenso interno. Entrambe le tendenze sono giustamente ritenute principi democratici complementari. Per di più, sono state unite non solo in compromessi precari, ma talvolta si sono persino rinforzate reciprocamente. Lo Stato nazione democratico ha rappresentato l'apice, ma anche la fine, di questa simbiosi. Dopo aver superato gli angusti confini di piccole comunità fortemente unite che bloccavano efficacemente il dissenso interno, lo Stato nazione diventa abbastanza ampio e complesso da istituzionalizzare le dinamiche di dissenso in una opposizione organizzata e in un pluralismo politico. E il dissenso organizzato, che ha avuto conseguenze generative attraverso la creazione di una più alta variabilità di decisioni collettive, ha spesso comportato una più forte identificazione dei cittadini con il Governo.

Adesso, come dimostrato dalla critica delle società «postdemocratiche», viene persa questa versione di paradiso democratico (Crouch, 2005). Il reciproco legame di rinforzo fra le due tendenze è stato spezzato. Le prime spaccature sono osservabili già negli stati nazione, ma solo nelle istituzioni transnazionali la rottura è chiaramente visibile. In tale situazione sarebbe erroneo rinunciare all'elemento identitario della democrazia. Invece, la dimensione e gli effetti di scala delle istituzioni transnazionali sollecitano una divisione del lavoro dei principi democratici nei diversi contesti. La costruzione del consenso identitario rimane un elemento necessario della democrazia, ma le sue possibilità di realizzazione sono limitate al livello locale e, in una certa misura, al livello nazionale. E qui risiede il merito relativo dei nuovi movimenti di ri-nazionalizzazione e ri-localizzazione che oggi vengono espressi sia dalla sinistra, sia dalla destra politica. Esiste un potenziale non ancora sfruttato per rafforzare la partecipazione, l'identificazione e la costruzione della comunità a livello locale, regionale e nazionale. E le possibilità per la democrazia identitaria sono alte, se si estende il principio democratico dal sistema politico a numerose istituzioni "non politiche" nella società: a imprese, università e fondazioni. In netto contrasto, le istituzioni transnazionali sono candidate deboli per la costruzione del consenso identitario. Per esse la

suddetta divisione del lavoro implica il concentrarsi sul secondo elemento della democrazia. Se siamo interessati a rendere più reattive le istituzioni transnazionali ai loro diversi ambienti – sociale, naturale e umano – allora la loro democratizzazione non può essere intesa come una garanzia per l'identità di governanti e governati. Può invece essere intesa come una garanzia per il forte dissenso organizzato che sfida le decisioni dei veri detentori del potere e «porta in primo piano il potere della mancanza di potere» (Luhmann, 1987, 127)⁹.

Tale concetto di dissenso organizzato non è così lontano dalle teorie epistemiche e deliberative della democrazia¹⁰. Queste si concentrano sulla capacità delle istituzioni democratiche di risolvere i problemi. Però, c'è una differenza: mentre queste si battono per la correttezza delle decisioni politiche, la teoria del dissenso organizzato è scettica rispetto a questa verità normativa e si concentra invece sul “diritto alla contingenza”, che apre a costruzioni di mondo alternative (Weiss, 2013, 169). Al centro della comunicazione democratica, non si trova l'ingenua speranza della soluzione migliore, ma il confronto con visioni del mondo alternative (*Ibidem*). È richiesta una significativa immaginazione istituzionale se si ricerca una relazione nuova e diversa di rinforzo reciproco: il dissenso organizzato ha bisogno di essere sostenuto da una grande capacità d'apprendimento nelle decisioni collettive e viceversa¹¹. La democrazia del regime transnazionale richiede che il buon funzionamento delle procedure decisionali crei lo spazio per la «possibilità di dissenso, come preconditione di una selettività indipendente distribuita all'interno della società». Viceversa, il dissenso organizzato ha bisogno di essere accompagnato da un grande potenziale per le decisioni collettive (Luhmann, 1973, 12).

Nella sua storia il principio del *quod omnes tangit* è sempre stato ri-contestualizzato da due operazioni: la generalizzazione al di fuori di un contesto particolare e la sua ri-specificazione per le situazioni nuove¹². E ciò è di nuovo necessario oggi sotto le condizioni della trans-nazionalizzazione e della differenziazione funzionale della società mondiale (Prandini, 2010, 309-310). Se è vero che la democrazia transnazionale richiede ulteriore

⁹ Ciò è diverso dall'argomento secondo cui nelle relazioni transnazionali la democrazia sarà sostituita dalla giustificazione (Neyer, 2010). Senza le pressioni di un dissenso effettivamente istituzionalizzato, la mera giustificazione tende a diventare una pura autogiustificazione ideologica.

¹⁰ Teoria epistemiche: Estlund (2008); teoria deliberativa: Elster (1998).

¹¹ Dalla mia prospettiva Luhmann (1987, 126 ss.) sbaglia quando abbandona totalmente gli elementi partecipativi e identitari della democrazia e limita la democrazia esclusivamente alla produzione di alternative politiche da parte dell'opposizione parlamentare. Invece, la teoria democratica avrebbe bisogno di sviluppare un'analogia con le teorie del federalismo che associno diversi livelli territoriali a diverse strutture di *governance* e ai loro principi guida.

¹² Sulla generalizzazione e la ri-specificazione, contro le semplici analogie: Parsons, Ackerman (1966, 19).

dissenso istituzionalizzato, come possono le istituzioni democratiche dello Stato nazione – elezioni, rappresentanza e opposizione organizzata – essere generalizzate e ri-definite per gli specifici regimi globali? Vorrei proporre due tesi.

Prima tesi: generalizzazione. Il principio democratico della rappresentanza politica, che esprime ancora la simbiosi democratica tradizionale, ha bisogno di essere generalizzato e sostituito dal principio dell'*auto-contestazione dei regimi transnazionali*. L'*auto-contestazione* richiede loro di essere reattivi, da una parte, alle irritazioni esterne e, dall'altra, di istituzionalizzare luoghi per il dissenso interno.

Seconda tesi: ri-specificazione. L'*auto-contestazione* dei regimi transnazionali non può seguire un approccio indifferenziato, ma necessita di essere stabilita con *ampie variazioni* che riflettono l'estrema diversità degli specifici regimi transnazionali.

L'*auto-contestazione* contestualizzata¹³: questo doppio requisito crea nuove e significative difficoltà nell'immaginare procedure democratiche, ma apre anche a possibilità realistiche, dal momento che può basarsi su istituzioni di dissenso organizzato oggi già esistenti in modo rudimentale all'interno di diversi regimi (Martens, 2014, 129-132). Take individua in modo empirico e in diversi regimi transnazionali una grande varietà di forme legittime di *governance* che hanno il potenziale per sviluppi futuri (Take, 2012). Stewart (2015, 499) sostiene che i concetti di legittimità e di *accountability* hanno dimostrato di produrre effetti diversi se applicati a livello nazionale o nell'ambito della *governance* globale. Ora dobbiamo riformulare il vecchio principio: *Quod omnes tangit, ab omnibus contestari debet*. Per i regimi transnazionali l'identità di governanti e governati non è più l'espressione adeguata della democrazia, ma lo diventa la loro *auto-contestazione* entro le forme adeguate al contesto.

Quali sono le difficoltà che dipendono dal contesto a cui viene esposta la rinnovata versione del *Quod omnes tangit* nei regimi transnazionali rispetto agli stati nazione? La differenza si presenta in ciascuna delle sue tre componenti: *omnes – quod – tangit*. (1) *Omnes*: mentre la *constituency* dello Stato nazione è chiaramente definita come il solo e unico *demos*, i diversi regimi non possono fare affidamento sull'*auto-contestazione* entro un collettivo ben definito ma, piuttosto, devono fronteggiare la difficoltà di *constituencies* estremamente fluttuanti. (2) *Quod*: mentre i sistemi politici dello Stato riguardano le decisioni collettive relative a tutte le questioni politiche nazionali, un regime transnazionale è altamente specializzato per un solo campo di *policies*. La conseguente difficoltà è data da una visione a compartimenti stagni estremamente limitata, che tende a paralizzare l'*auto-contestazione*.

¹³ Diversi autori si avvicinano al primo requisito quando sostengono un alto grado di variazione contestuale nel regime democratico: Kjaer (2010, 522 e ss.) Krisch (2016, 657).

(3) *Tangit*: mentre nello Stato nazione è il potere politico che viene contestato dal contro-potere dell'opposizione organizzata, i regimi transnazionali – che operano all'interno di contesti sociali diversi come, ad esempio, la finanza, la scienza e la tecnologia, la salute, l'istruzione, la cultura, i nuovi media digitali – fronteggiano la difficoltà di sviluppare procedure di contestazione non solo contro il potere, ma anche contro altre e diverse fonti di autorità.

4.4 La prima difficoltà: *constituencies* fluttuanti

Quod *omnes* tangit: chi è il *demos* dei regimi transnazionali autonomi? Come è possibile determinare la *constituency* di regimi così diversi come WTO, la *lex mercatoria*, la *lex digitalis* o le società multinazionali, e organizzarla in procedure democratiche? Non a caso, il tentativo di ampliare la legittimità della *governance* di internet Icann, tramite l'organizzazione di una elezione mondiale di rappresentanti per ogni continente, è stato un vistoso fallimento.

Sembra che con l'emergere dei regimi transnazionali sperimentiamo il ritorno di un conflitto quasi dimenticato che ha riacceso passioni politiche alla fine del XIX e all'inizio del XX secolo. Il conflitto tra un sistema politico centralizzato, strutturato, e tematiche politiche decentralizzate in istituzioni specializzate. A quei tempi, il conflitto fu sperimentato come democrazia parlamentare contro democrazia dei consigli (comitati). Dove si trova il luogo legittimo per le decisioni politiche? Si trova in un sistema politico centralizzato, in cui i professionisti della politica legittimati dalle elezioni popolari decidono tutte le questioni rilevanti per la società intera? Oppure è in un sistema decentralizzato, dove vengono decise in modo democratico le questioni specifiche all'interno dei settori sociali interessati? Mentre le pratiche repressive del fascismo e del socialismo reale avevano completamente screditato l'idea della rappresentanza funzionale settoriale, la rappresentanza politica centralizzata è diventata il modello delle democrazie liberali. Solamente la versione socialdemocratica della *Rätedemokratie* di Hugo Sinzheimer (democrazia conciliare) ha oggi trovato eco nel corporativismo democratico nei *Welfare states* del nord Europa.

Nelle odierne aree transnazionali, l'equilibrio tra le politiche centralizzate strutturate e le specifiche politiche decentralizzate si è decisamente spostato verso quest'ultime; *sit venia verbo*, verso una democrazia transnazionale dei comitati. Il tanto discusso passaggio dal governo nazionale alla *governance* globale significa, tra l'altro che non esiste sistema politico centralizzato paragonabile al governo dello Stato nazione che decide in modo esaustivo sulla vasta gamma di questioni politiche globali. La politica delle relazioni interstatali è solo una dei tanti sottosistemi globali e non può rivendicare alcun

primato. Molte questioni politiche di enorme importanza vengono decise in modo decentrato all'interno dei nuovi villaggi globali al di fuori delle politiche internazionali. I regimi transnazionali autonomi sono diventati i centri decisionali per le questioni politiche in senso stretto. I loro soggetti di legittimità non possono più essere intesi come un collettivo unificato, che sarebbe o la comunità internazionale degli stati o l'intera popolazione mondiale, piuttosto hanno bisogno di essere localizzati all'interno di diverse frontiere dei regimi segmentati, negli interstizi delle loro interazioni (Forst, 2012, 44). Il *demos* compatto ha bisogno di essere sostituito da una nozione più plurale di diversi *demoi* e di diverse sfere pubbliche (Krisch, 2016; Martens, 2014, 127). E, cosa importante per l'auto-contestazione democratica, lo stile di prassi decisionale decentralizzata e su temi specifici, è il vero motivo per cui David Kennedy vede promettenti possibilità di trasferire:

la promessa democratica, dei diritti individuali, dell'autosufficienza economica, di cittadinanza, della responsabilizzazione collettiva e la partecipazione nelle decisioni che si ripercuote sulla propria vita dai luoghi dell'autorità globale e transnazionale, potrebbe tuttavia essere locale. Per moltiplicare i luoghi in cui le decisioni possono essere viste e contestate, piuttosto che considerarle in un centro, nella speranza di una eterogeneità di soluzioni e approcci e un ampio grado di sperimentazione (Kennedy, 2008, 859).

Dove è possibile identificare i luoghi di auto-contestazione nei regimi transnazionali, quelli che servirebbero come equivalente istituzionale dell'opposizione parlamentare ed extraparlamentare nello Stato nazione¹⁴? Le analisi dei regimi transnazionali opera una distinzione fra tre *demoi*, fra tre categorie di "partecipanti" del regime: membri, destinatari delle norme, *outsiders* coinvolti (Cafaggi, 2011). Questi tre gruppi non formano un *demos* stabile, sono piuttosto *constituencies* estremamente fluttuanti (Kjaer, 2015). Spesso, le persone cambiano il loro posto da una categoria all'altra. Per questo motivo gli autori parlano di «*fuzzy citizenship*» dei regimi (Koenig-Archibugi, 2012; Abizadeh, 2012). I gruppi, pertanto, non possono essere identificati con le persone reali. Piuttosto, sono le loro azioni concrete che definiscono l'appartenenza di qualcuno a uno di questi "gruppi".

Domanda: per quale motivo è così importante operare una distinzione fra queste tre aree d'azione: la prima, il centro del regime, che è spesso un'organizzazione formale (o diverse organizzazioni formali con relazioni contrattuali) con le competenze di un nucleo professionale; la seconda, la periferia del regime, che consiste nelle interazioni del centro con le proprie *constituencies*; e la terza, le relazioni esterne dei regimi con i loro settori ambientali rilevanti? Risposta: una auto-contestazione efficace dipende

¹⁴ Questa è la questione problematica per la *constituency* delle istituzioni transnazionali: Besson (2009, 393 ss.).

fortemente dalle loro differenze e dalle interrelazioni tra tali differenze. È la tensione intrinseca fra queste tre aree – l’area professionale strutturata, l’area spontanea dei destinatari delle norme e l’area delle esternalità sugli *outsiders* – a essere il dispositivo trainante dei regimi per l’auto-contestazione democratica. Mentre le politiche dei regimi sono decise e implementate nel settore professionale strutturato, gli attori nel settore spontaneo rivendicano che i loro interessi vengano presi in considerazione, e gli *outsiders* coinvolti sono fonte di grande irritazione, contestazione e protesta (Teubner, 2012). Ne consegue che le procedure di auto-contestazione hanno bisogno di essere realizzate in ciascun gruppo, ma ciò che risulta cruciale, per ciascuna di esse in modo diverso, dipende dai loro diversi ruoli in tale conflitto.

Primo gruppo, outsider coinvolti: probabilmente si può prevedere la contestazione più radicale da parte del terzo gruppo, da parte cioè degli *outsider* che sono penalizzati dalle decisioni dei regimi¹⁵. Alcuni autori – James Tully, Antonio Negri, Gavin Anderson, Ugo Mattei – hanno giustamente rilevato che il più importante potenziale democratico non verrà trovato all’interno dei regimi transnazionali, ma manifestato al di fuori dei regimi nei movimenti sociali, vale a dire nella *moltitudine*, nella molteplicità dei movimenti di protesta, nelle ONG e nei segmenti transnazionali del pubblico (Tully, 2007, 319-323 ss., Hardt e Negri, 2010; Anderson, 2013; Bailey e Mattei, 2013, 965). Anderson individua questo potenziale democratico “dal basso” nei nuovi «poteri costituenti che si trovano sia all’interno che all’esterno delle strutture della democrazia rappresentativa, quest’ultima composta dalla decolonizzazione e dai movimenti internazionalisti, da ONG alternative e da organismi che rifuggono la tassonomia tradizionale, come ad esempio il World Social Forum» (Anderson, 2013, 881). Questi *outsiders* non rappresentano il *demos* sul cui consenso potrebbe essere costruito il regime, ma piuttosto formano ciò che Nico Krisch chiama un «*pouvoir irritant*»¹⁶. Tale *pouvoir* svolge un ruolo decisivo per la contestazione del regime, ma non per la fondazione del regime (Colón-Riós, 2014). Si dice che in tutto il mondo, i movimenti di protesta operano come una «forza oppositiva al processo del costituzionalismo economico imposto dalle istituzioni economiche internazionali» (Bailey e Mattei, 2013, 1012). La “società civile”, i poteri controbilanciati esterni ai regimi, proteste spontanee, movimenti sociali, ONG, potere dei sindacati, media, intellettuali e discussioni pubbliche, possiedono un notevole potenziale di irritazione quando esercitano una pressione massiccia sui regimi, forzandoli a una auto-contestazione interna (della Porta, 2016; Thornhill, 2016, 405 ss.).

Esiste un cambiamento di direzione empiricamente osservabile tra i movimenti di protesta che aumenta le *chances* di auto-contestazione dei regimi.

¹⁵ Per una analisi approfondita di questi *regime externalities*, si veda: Horst (2015, B II).

¹⁶ Krisch (2016) e Möller (2018, 2016) colgono il potenziale dei movimenti di protesta non in potere costituente, ma in potere destituente.

I conflitti in cui oggi giorno è possibile trovare questi cambiamenti sono la *Brent Spar*, il *World Social Forum*, *Gorleben*, le proteste per i diritti degli animali contro le università, *Stuttgart 21*, *Wikileaks*, *companynamesucks.com*, gli *Indignados* e *Occupy Wall Street*. Il comune denominatore consiste nel fatto che tali proteste della società civile non sono rivolte (solamente) alle istituzioni dello Stato nazione, ma anche alle società transnazionali e ai regimi di altri sistemi funzionali, che sono ritenuti i veri responsabili di uno sviluppo distorto. I movimenti di protesta esercitano una pressione sociale sui punti in cui credono di poter individuare le cause e, ancor di più, delle reali possibilità di portare a cambiamenti. Ciò spiega perché i movimenti di protesta percepiscono un grande potenziale per la politicizzazione dell'attività legislativa attraverso i regimi transnazionali e molto meno attraverso i sistemi politici degli stati nazione. Alcuni autori vedono in tali contatti diretti dei movimenti di protesta una nuova qualità delle lotte politiche, che aumenta il potenziale dell'auto-contestazione nei regimi transnazionali (Crouch, 2012; 2005; O'Brien *et al.* 2002).

Ogni istituzionalizzazione formale del loro ruolo di irritanti è, ovviamente, molto difficile, se non addirittura controproducente. Tuttavia, la loro protesta, se si suppone che abbia effetti reali, necessita di sostegno da parte di due istituzioni democratiche, che a loro volta necessitano di protezione da parte del diritto: contro-diritti e trasparenza. Alcuni autori non parlano solamente di contro-diritti, ma anche di un appello urgente ai “diritti alla resistenza” – come ultima arma e istanza dei cittadini contro uno Stato corrotto – da trasferire all'economia e ad altre sfere sociali (Golia, 2019, 384 ss.)¹⁷. La tutela effettiva di tale resistenza sarà una delle missioni più importanti per le Corti, che dovranno espandere a queste costellazioni la dottrina giuridica degli effetti orizzontali dei diritti costituzionali. Non è un caso che quella dottrina sia stata applicata con successo in azioni giudiziarie che avevano a che fare con l'esposizione a condizioni lavorative particolarmente pericolose, con la protesta degli ecologisti contro politiche aziendali dannose per l'ambiente e con denunce contro l'irresponsabilità organizzata. I diritti fondamentali dei cittadini si sono sviluppati contro i regimi transnazionali nei loro ripetuti tentativi di limitarli. In futuro – ancora, evocati da slogan tipo *companynamesucks.com* e *Wikileaks* – tali diritti sociali fondamentali diventeranno politicamente più esplosivi e richiederanno una tutela giuridica persino maggiore.

Eppure, è solo sulla base della trasparenza che questi diritti possono essere resi effettivi. Studi empirici dimostrano che oggi gran parte dei regimi transnazionali non sono pronti ad aprire i loro processi decisionali alla partecipazione di osservatori e a renderli trasparenti per il pubblico (Take,

¹⁷ Nella stessa direzione Möller (2018, oe2016) parla di tendenze di «*deconstitutionalization*», mentre Femia (2013a, 310 ss.) di «*infrasystemic subversion*».

2012). Soltanto pochi regimi possiedono una politica di informazione codificata che incorpora anche attori esterni e garantisce che le decisioni siano ascrivibili alla persona responsabile, quel *quid* che ha rafforzato notevolmente la loro legittimità. Per il futuro, «la trasparenza delle strutture e dei processi delle disposizioni della *governance* globale sembra essere un indicatore indispensabile di *governance* legittima» (Take, 2012, 243; Kjaer 2015, 12 ss.).

Secondo gruppo, i destinatari: è possibile prevedere una contestazione meno radicale, ma allo stesso tempo un dissenso più efficacemente orientato all'obiettivo, da parte dei settori spontanei dei regimi. Essi sono formati dalle azioni di coloro che sono regolamentati dalle regole del regime. Per tali destinatari, è la partecipazione formalizzata degli *stakeholder* che potenzialmente promuove l'auto-contestazione. Il loro ruolo necessita di essere istituzionalizzato da procedure del regime. Gli esempi storici sono quelli della partecipazione dei lavoratori nelle realtà imprenditoriali, i diritti di consultazione nelle agenzie governative, le azioni di gruppo e di *amicus curiae* in sede giudiziale. Anche nei regimi transnazionali gli interessi degli *stakeholder* devono essere «articolati da associazioni di persone direttamente interessate, ma anche da esperti o da organizzazioni che operano per conto di persone interessate» (Martens, 2014, 130). In alternativa alla rappresentanza di gruppo, sono state elaborate proposte d'istituzionalizzazione di orientamenti di valori e discorsi politici diversi, all'interno delle procedure decisionali dei regimi (Dryzek, Niemeyer, 2006). Queste *stakeholder institutions* sono già state sviluppate nei regimi transnazionali, sebbene in maniera rudimentale. Ad esempio, il settore dell'attività bancaria si è aperto ai commenti della società civile (Barr, Miller, 2006). L'Unione Europea sta testando il dialogo con i cittadini in diversi settori politici¹⁸. I mandati di *amicus curiae* sono divenuti frequenti nell'*Investment Arbitration* e hanno influenzato notevolmente i risultati in termini di problemi esterni (Saei, 2017). E la WTO ha creato procedure per la partecipazione degli attori della società civile. (Lang, 2011, 88 ss.). Tuttavia, questi tentativi non si spingono abbastanza avanti. L'auto-contestazione significherebbe che essi problematizzerebbero le loro strategie fondamentali di rinforzo e difesa dei mercati liberi. Come afferma Colin Crouch, in futuro la posta in gioco sarà assai più alta (Crouch, 2017). Tali istituzioni globali devono assumere la responsabilità delle politiche sociali e della redistribuzione della ricchezza. Necessitano, pertanto, di realizzare le ambizioni del welfare state su scala transnazionale.

Terzo gruppo, membri: formano l'area professionale strutturata dei regimi, ovvero quelle comunicazioni che partecipano nella preparazione, produzione e attuazione delle regole del regime. Queste sono principalmente

¹⁸ European Commission: European Governance – *A White Paper*, COM (2001) 428, Brussels 2001.

società, organismi tecnici di standardizzazione, esperti, stati nazionali e organizzazioni internazionali. Generalmente partecipano su base volontaria; hanno interessi per il regolamento dell'argomento (Cafaggi, 2011). Le loro azioni sono le fonti dell'autorità del regime. Dunque, qui, in questa relazione più stretta fra i regimi e i loro membri formali è sensato importare principi rappresentativi dalle democrazie nazionali. Qui è possibile «ricostruire i regimi transnazionali in termini di rappresentanza di un *demos* delimitato, producendo norme autoritative che sono riconoscibili come le norme del popolo» – popolo, naturalmente, non definito territorialmente, ma funzionalmente (Martens, 2014, 115).

Oltre ai principi di rappresentanza adeguata dei membri del regime, un altro aspetto è fondamentale. Servono norme giuridiche severe che istituzionalizzino saldamente i canali di auto-contestazione, orientate alla reattività interna delle irritazioni esterne, delle richieste politiche, delle critiche e delle proteste che provengono dagli attori del settore spontaneo e dagli outsiders che protestano contro le esternalità negative. La legittimità dei regimi è rafforzata quando tali norme sono orientate a una apertura cognitiva sulle questioni ambientali in senso lato, agli interessi di terzi e agli interessi pubblici (Paiement, 2015, 224 ss.).

Ecco il luogo appropriato delle costituzioni di regime per stabilire i principi del professionismo critico (Herberg, 2011) dell'opposizione interna al regime e del pluralismo interno al regime. I principi sviluppati dalla scuola di diritto amministrativo globale – il giusto processo, l'obbligo di consultare gli esperti, il principio di proporzionalità, il rispetto dei diritti fondamentali – sono i candidati principali per le norme costituzionali nei regimi transnazionali (Kingsbury, Krisch, 2006; Steffek, 2004, 94-95).

È tuttavia fondamentale insistere sul fatto che quelle diverse procedure democratiche, per le tre aree, formano un insieme completo e inscindibile. Nessuna delle tre – né la protesta rumorosa degli outsiders, né le attività di tutte le parti interessate dei destinatari delle norme, né la professionalità critica dei membri del regime – potrebbe rendere, da sola, i regimi transnazionali più responsivi al loro ambiente. È soltanto quando la protesta degli outsiders, l'articolazione degli interessi degli *stakeholder* e il dissenso interno strutturato, funzionano insieme in percorsi intrecciati che una auto-contestazione indotta esternamente diventa attuabile.

4.5 Seconda difficoltà: la visione a compartimenti stagni

Quod omnes tangit. La seconda difficoltà, per una auto-contestazione efficace, ha a che vedere con le decisioni dei regimi, la loro qualità, il loro contenuto, il loro scopo. Qui sta una ulteriore importante differenza fra gli stati nazione e i regimi transnazionali. Mentre il sistema politico dello Stato

nazione prende sempre decisioni collettive che riguardano l'intera varietà di questioni politiche nazionali, un regime transnazionale è altamente specializzato per un unico settore d'azione.

Attraverso la specializzazione – ovvero, attraverso la creazione di regimi speciali di conoscenza e di competenza in aree quali ad esempio “il commercio internazionale”, “la normativa sui diritti umani”, “la normativa in materia ambientale”, “la sicurezza militare”, “il diritto penale internazionale”, “il diritto europeo”, e così via – il mondo della prassi giuridica è stato suddiviso in progetti istituzionali che rispondono a un pubblico speciale, con interessi speciali e con un ethos speciale (Koskenniemi, 2009, 12 ss.).

Di conseguenza si produce una visione a compartimenti stagni, estremamente ristretta, che tende a paralizzare l'auto-contestazione dei regimi.

Le costituzioni nazionali sono ordini onnicomprensivi o “olistici” in cui anche regolamenti altamente specialistici formano una parte di un tutto denso di norme nazionali derivanti dalle più varie sfere di vita (Grimm, 2005; Walker, 2010). Ciò produce conflitti interni fra norme divergenti, principi e politiche che rivendicano validità nello Stato nazione. I regimi autonomi altamente specializzati, invece, stabiliscono le loro norme operative soltanto per il singolo settore funzionale della società mondiale a cui sono collegati. Le loro norme e principi costituzionali, seguono unilateralmente i criteri di razionalità di tale sfera sociale. Sono, allo stesso tempo, solipsistici e imperialisti. La visione “a compartimenti stagni” dei regimi, rende difficile orientarli all'interesse pubblico: questo è invece più attuabile nel contesto di conflitti di norme entro un ordine costituzionale di uno Stato nazione¹⁹.

Mentre le costituzioni degli stati nazione fanno pienamente affidamento su procedure formali e attuano soltanto una gamma limitata di principi sostanziali, nei regimi transnazionali si realizza una maggiore sostanzializzazione. Le loro costituzioni tendono a fare affidamento su una e una soltanto *idée directrice*, ottimizzando il libero mercato, gli aspetti finanziari delle aziende, le relazioni nelle filiere, la sicurezza delle merci, la sicurezza alimentare, la qualità delle condizioni di lavoro, l'ambiente, la protezione contro le epidemie, il lavoro minorile o la qualità del lavoro scientifico. Ne deriva una sostanziale sovra determinazione delle costituzioni dei regimi (Möller, 2016, 261 ss.). Koskenniemi critica fermamente i regimi autonomi per la loro fissazione in un unico progetto egemonico su basi sostanziali (Koskenniemi, 2012). Tale progetto politico è iscritto anche nelle norme giuridiche di rango superiore della loro Costituzione. Ciò è problematico perché le loro «teleologie funzionano [...] come forme attraverso cui le varietà di selezione vengono ridotte, nel senso che “lingue alternative” vengono sistematicamente

¹⁹ Comparando Stato nazione e regimi transnazionali, a questo riguardo, Kleinlein (2017) critica le «settorializzazioni tematiche» dei regimi come *endangering democracy*.

marginalizzate» (Kjaer, 2015, 7). I regimi sviluppano ideologie con tendenze verso un totalitarismo di regime, quali «l'auto-descrizione di un sistema, a condizione che sia l'unico corretto e che vada attuato» (Luhmann, 1987b, 135). Il risultato, piuttosto, problematico è quello di una neutralizzazione morale delle opzioni politiche alternative.

Esiste un equivalente per l'auto-contestazione mediante conflitti permanenti fra razionalità diverse, che è possibile nello Stato nazione? Martens ripone le sue speranze negli interessi sovrapposti dei loro membri (consumatori, lavoratori e così via) (Martens, 2014, 128) che potrebbero correggere l'orientamento unidimensionale del regime, in favore di una più ampia gamma di valori in conflitto. Tuttavia, l'esperienza dimostra che questo è un antidoto debole per le patologie.

È stato Georg Wilhelm Friedrich Hegel a sviluppare l'antidoto più efficace contro la visione a compartimenti stagni delle sfere sociali altamente specializzate: la contestazione eterarchica. Di fronte al dilemma di mantenere gli svantaggi storici delle istituzioni mono-tematiche e, al contempo, di mitigare le loro tendenze distruttive, ha sostenuto che la patologia non risiede tanto nella loro concentrazione esclusiva su un unico valore, quanto piuttosto nell'imperialismo di imporre i loro valori ad altre sfere sociali (Hegel, 1987)²⁰: la soluzione sta in un sistema, sufficientemente ordinato, di varie sfere della vita etica. Il risultato sarebbe una reciproca contestazione istituzionalizzata tra le diverse sfere (Kleinlein, 2017, 1078).

La contestazione eterarchica funziona principalmente in due modi: internalizzando gli orientamenti in conflitto nelle decisioni (degli stessi regimi in conflitto); oppure esternalizzandoli in negoziazioni infra-regime. I conflitti sono trasferiti sia alle costituzioni dei regimi sia alle negoziazioni antagonistiche tra di essi. Entrambi i casi oggi sono istituzionalmente realizzati in modo rudimentale: da una parte nella giurisprudenza dei tribunali del regime transnazionale e, dall'altra, nelle procedure di negoziazione fra i regimi. Il pluralismo costituzionale necessita di scegliere fra questi due approcci di un "meta-costituzionalismo", per correggere la visione a compartimenti stagni dei regimi e di aprirla a visioni del mondo alternative.

E, in entrambi i casi, i regimi rispondono in modo diverso alle collisioni. Nel primo caso – l'internalizzazione – le norme di altri regimi vengono ricostruite prima nel foro della propria Costituzione. Ciò apre prospettive per un nuovo conflitto di diritti. Gli ordinamenti giuridici dei regimi devono «mostrare considerevole rispetto delle sostanziali scelte normative domestiche, così come attingere e rinviare ad altri regimi internazionali le cui norme, politiche e istituzioni rappresentano ed esprimono tali valori, sia nel rispetto della salute, di standard di lavoro, dell'ambiente o dei diritti umani» (Howse,

²⁰ Per una discussione in condizioni contemporanee cfr. Loick (2014, 764 ss.).

Nicolaidis, 2003, 308). Lo svantaggio dell'internalizzazione è, naturalmente, il fatto che promuove la frammentazione del diritto.

Nel secondo caso – l'esternalizzazione – i conflitti sono indirizzati, dislocati e decisi nelle negoziazioni di regime antagonistiche. Seppure possa non esserci l'obbligo di raggiungere una decisione, aumentano comunque le possibilità di prendere in considerazione visioni alternative. Ciò apre un'altra prospettiva per il diritto: strutturare le procedure delle negoziazioni antagonistiche. Le norme giuridiche contribuiscono alle forme di risoluzione dei conflitti sociali e non giuridici. Possono garantire il confronto con altri interessi e con razionalità divergenti. Dunoff ha mostrato il potenziale della cooperazione fra regimi al fine di creare un equilibrio fra razionalità che collidono (2016, 55 ss.). Per far fronte alle asimmetrie fra regimi, alcuni autori chiedono di rafforzare il potere contrattuale dei regimi più deboli come la *Food and Agricultural Organization* (Margulis, 2013, 53).

In entrambi i casi l'orientamento normativo deriva dal se le contro-istituzioni nei regimi sociali – conflitto di norme o modalità di negoziazione – possano aumentare le possibilità di apertura dei regimi a discorsi emarginati. Il diritto può svolgere un ruolo di sostegno in questo processo, se è capace di trasferire due opposti principi basilari del diritto internazionale – riconoscimento reciproco degli stati nazione e orientamento a un *ordre public transnational* – alla relazione fra regimi transnazionali. Il principio della piena fede e credito – o del riconoscimento reciproco – comporterebbe non solo che le costituzioni dei regimi transnazionali mostrassero tolleranza reciproca gli uni verso gli altri, come indicato dal principio della «tolleranza costituzionale» (Kumm, 2006, 528 e ss.), ma anche la richiesta supplementare che le costituzioni debbano realizzare la “responsività costituzionale” e sviluppare norme sostanziali che risolvano i requisiti di costituzioni in conflitto, stabilendo un compromesso (Viellechner, 2013).

4.6 Terza difficoltà: episteme idiosincratiche

Quod omnes *tangit*: la terza difficoltà ha a che fare con l'estrema varietà dei dispositivi normativi attraverso cui i regimi interagiscono con altri soggetti. Esiste al momento una confusione categorica che tende a scegliere metodi sbagliati di auto-contestazione. La confusione induce molti studiosi a concentrarsi esclusivamente sul fenomeno del potere che viene esercitato sui membri dei regimi, destinatari o outsider. Di conseguenza, quando si tratta della questione della democratizzazione del regime, solitamente si restringono le raccomandazioni alle tecniche di contestazione del potere. Ancora una volta, l'esperienza dello Stato nazione è responsabile di questa percezione limitata. Il paradigma normativo della critica è limitato alle istituzioni dei contro-poteri nella democrazia politica che si è sviluppata per lo Stato

nazione – la partecipazione popolare, le elezioni, la rappresentanza, i partiti politici, il pluralismo di gruppo, i processi decisionali collettivi, l'opposizione organizzata – e suggerisce di usarli come antidoto universale per contestare la sospetta autonomia dei regimi transnazionali. Tuttavia, in molti regimi transnazionali, un trasferimento fuori luogo di queste logiche di potere avrebbe *effets pervers*. Diversi regimi verrebbero politicizzati in una direzione che sarebbe in contrasto con la loro episteme specifica. La critica corrisponde a una frettolosa trasposizione di legittimazione e controllo di potere che avrebbe senso soltanto nel contesto politico nazionale²¹.

Invece di sostituire tale modello semplificato di potere politico con modelli più complessi di differenziazione plurale e, quindi, invece di orientare la questione dell'auto-contestazione verso queste differenze, tali autori ignorano le enormi differenze fra i sistemi politici nazionali e gli specifici regimi transnazionali applicando le pretese normative della democrazia dello Stato nazione, praticamente a qualsiasi istituzione transnazionale²². «La differenza fra i regimi transnazionali monotematici e gli stati nazione, rende impossibile l'adozione dei modelli che sono stati sviluppati in questi ultimi. Un regime monotematico che tenta di realizzare un valore predefinito, in uno spazio sociale che è popolato da valori diversi, necessita di inventare forme nuove di (a) rappresentazione e (b) di discorso pubblico e di decisioni» (Martens, 2014, 128). L'approccio "indifferenziato", livella ingiustamente le differenze fondamentali fra auto-contestazione nelle politiche nazionali e nei regimi transnazionali.

L'alta specificazione funzionale dei regimi transnazionali significa soprattutto che usano mezzi di comunicazione diversi. I regimi transnazionali sviluppano episteme idiosincratiche; di conseguenza, ciò richiede una grande varietà di modi di auto-contestazione. È soltanto nei regimi "pubblici" che l'auto-contestazione attacca il mezzo del potere politico, mentre in altri regimi la resistenza ha bisogno di essere sviluppata contro altri mezzi di comunicazione – contro il denaro, la conoscenza, il diritto, il calcolo digitale – poiché il regime transnazionale li utilizza nelle loro particolari sfere d'azione attraverso una serie di processi comunicativi *sui generis*. Ad esempio, l'auto-contestazione di un regime economico sarebbe incompleta se funzionasse soltanto contro i fenomeni del potere economico: necessita invece di essere diretta contro la comunicazione monetaria in quanto tale, a prescindere dal fatto che quest'ultima sia "tradotta" o meno in comunicazioni di potere – ad esempio, in gerarchie aziendali o monopoli di mercato. Analogamente, un

²¹ «A causa dei diversi contesti, la *governance* che eccede lo Stato nazione, non può riferirsi a forme di processo decisionale e meccanismi di *enforcement* stabiliti a livello statale. Pertanto, il criterio per una *governance* globale legittima deve essere scelto in relazione alle caratteristiche strutturali» Take (2012, 221).

²² L'ininterrotto ottimismo di una tale trasposizione di modelli *decision-making*, in aree molto lontane dalla politica (Habermas, 1969), è problematico.

regime transnazionale che ha a che fare con questioni di scienza e tecnologia, medicina o istruzione, non può essere tanto efficacemente contestato mediante un contro-potere, quanto piuttosto con una contro-perizia specifica che contesti effettivamente i modelli di conoscenza predominanti.

È necessaria una attenta ridefinizione dell'auto-contestazione, dei suoi metodi, delle sue procedure, delle sue istituzioni, in ciascuno dei diversi regimi (Take, 2012). A causa dei contesti epistemici notevolmente diversi, la *governance* dei regimi non può fare riferimento a forme decisionali e a meccanismi di applicazione stabiliti a livello statale. I metodi di contestazione devono essere attentamente calibrati con l'episteme idiosincratice del regime transnazionale in questione. La contro-perizia diventa il contro-potere rilevante.

Le teorie della democrazia deliberativa si avvicinano a questa visione. Evidenziano giustamente il ruolo della motivazione, in particolare per quanto riguarda le condizioni transnazionali quando i dispositivi democratici classici non funzionano più bene. Sostengono la «trasformazione delle strutture di potere in strutture di motivazione» (Forst, 2012, 46). Tuttavia, due correzioni sembrano qui appropriate. La prima consiste nel re-indirizzare il loro preponderante orientamento al consenso verso un più forte orientamento al dissenso. La seconda consiste nella loro dipendenza da legittimazioni discorsive a scapito della legittimazione epistemica (Ellis, 2017, 181). Sottovalutano la molteplicità delle epistemi idiosincratice a cui si devono adattare le modalità di motivazione (Galán, Law, 2016, 499).

Qui risiede il principio costituzionale della «sussidiarietà epistemica» che apre nuove prospettive per sviluppare procedure di auto-contestazione in diversi regimi transnazionali (Jasanoff, 2013, 133). Parte dal presupposto che la relazione fra la scienza e la politica è dipendente dal contesto. È dimostrabile che tale relazione è diversa nel contesto dell'Unione Europea e nei contesti dei diversi stati nazione (Paskalev, 2017, 202). Questo perché la legittimità epistemica non è solo una questione di stimolo scientifico; è basata anche su valori, interessi e preferenze di comunità locali e nazionali (Ellis, 2017, 181). La sussidiarietà epistemica è stata suggerita come un principio costituzionale che bilancia le relazioni fra scienza e politica su quei diversi livelli.

Il principio va ampliato e applicato non solo a diversi stati nazione, ma anche a diversi regimi transnazionali. Ogni regime transnazionale deve di sviluppare la propria legittimazione specifica, attraverso l'interazione di competenze e interessi delle parti interessate. Per assicurare il ruolo dell'auto-contestazione in questa interazione di competenza e politica interna al regime, le costituzioni di regime giocheranno un ruolo speciale. Nei regimi ambientali, essa descrive le istituzioni che superano la legittimazione politica e l'autorità della competenza scientifica:

Un tale complesso di istituzioni sarebbero norme legali che renderebbero possibili sentenze non arbitrarie circa l'adeguatezza delle prove scientifiche per una determinata proposta o, più pertinentemente rispetto al presente caso, la ragionevolezza di applicazione di un complesso di standard di sostenibilità decisamente tecnica (*Ibidem*, par. 4).

Non è questa la sede per sviluppare nel dettaglio le specifiche modalità di auto-contestazione per ogni tipologia di regime. Invece, i regimi transnazionali privati che sono basati su relazioni contrattuali, possono servire da esempio illustrativo per la calibrazione. I problemi di legittimazione del governo privato non possono essere applicati ai problemi di legittimazione della legislazione pubblica. Piuttosto, l'esame cruciale è se la produzione di diritto transnazionale mediante contratti, permette l'auto-contestazione nello stesso regime contrattuale. La negoziazione di interessi antagonisti all'interno delle contrattazioni possiede, infatti, un certo potenziale auto-ricorsivo, che permette l'articolazione del dissenso. Tuttavia, ciò è possibile unicamente a due condizioni di contrattazione ideale: che non vi siano asimmetrie di potere fra le parti contraenti e che il contratto non sviluppi esternalità negative verso terzi. La tradizionale legittimazione delle norme mediante contratto, si ferma sorgono problemi di asimmetrie di potere o esternalità negative. Ciò accade quando il potere privato inizia a minacciare la libertà di altre parti private, il che richiede poi l'ingerenza di effetti orizzontali di diritti costituzionali come base di legittimazione per la produzione di diritto transnazionale. Essi possono aumentare la loro legittimità, unicamente a condizione che l'ordine transnazionale privato realizzi la protezione orizzontale dei diritti costituzionali.

È pertanto solo un'attenta calibrazione di contro-istituzioni ciò che potrebbe promuovere l'auto-contestazione democratica nei regimi transnazionali, facendo affidamento su un atteggiamento sperimentale, su traiettorie di alto rischio, su ampie informazioni circa gli interessi coinvolti e su politiche basate su tentativi ed errori.

5. Costituzionalismo societario. Nove variazioni su un tema di David Sciulli¹

5.1 Esposizione: sociologia costituzionale come critica del costituzionalismo tradizionale

La sociologia costituzionale è il “nuovo arrivato”². Una ragione per cui questa linea di ricerca disturba i pacifici quartieri dei teorici costituzionali è che sottopone le costituzioni, di solito considerate il regno dei costituzionalisti, scienziati politici e filosofi della politica, agli esigenti metodi della ricerca empirica socio-storica (Thornhill, 2011b), o alla penetrante luce delle grandiose teorie sociali (Luhmann, 2002b; 1990; Verschraegen, 2013). L’aspetto più provocatorio della sociologia costituzionale sta però nel sostenere che sia del tutto anacronistico ridurre la portata dei fenomeni *costituzionali* alle Costituzioni degli stati nazione, come in gran parte accade ancora tra i protagonisti della ricerca dominante³. La sociologia costituzionale, invece, rivendica apertamente che: *Ubi societas, ibi constitutio*. Ovunque si sviluppino formazioni sociali – sistemi funzionali, organizzazione formali o regimi transnazionali – si originano Costituzioni, problematizzando così la pretesa statale di avere il monopolio della “costituzionalità”. Thornhill (2011a, 212) osserva che «quale contro-tesi alla dottrina secondo cui la Costituzione deve essere categoricamente legata allo Stato, (la sociologia) specifica una teoria del pluralismo costituzionale transnazionale. Tutti i sistemi comunicativi sono dis-accoppiati da centri di controllo politico-giuridici e

¹ *Transnationaler Verfassungpluralismus: Neun Variationen über ein Thema* von David Sciulli, in «*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*» 76, 2016, 1-25. Trad. ingl. “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli”. In: Blokker P. and Thornhill C., *Sociological Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press 2017, 313-340 and in: Gephart W. und Suntrup JC. (eds.) *Dynamics of Constitutional Cultures: The Cultural Manifestation and Political Force Field of Constitutionalism*. Klostermann, Frankfurt 2021, 241-267. Trad. Riccardo Prandini.

² Questo è sostenuto da Thompson (2015) in una ampia discussione delle più recenti e rilevanti monografie.

³ Un focus esclusivo sulle Costituzioni statali è enfaticamente difeso, in ambito di diritto costituzionale, da Loughlin (2010); Grimm (2005a) e, nella scienza politica, da Neves (2013).

producono, più o meno spontaneamente, una microstruttura interna auto-regolativa, che va al di là dei confini geografici. I confini regionali o degli stati nazione, sono sostituiti da confini funzionali quali punti di riferimento per la fondazione la validità costituzionale».

Il *pluralismo costituzionale transnazionale* rappresenta quindi una dimensione centrale della sociologia costituzionale. È basato su una triplice critica della tradizionale dottrina costituzionale (De Munck, 2016; Febbrajo, 2016). In primo luogo, critica le costruzioni giuridiche del pensiero tradizionale che riducono le Costituzioni a semplici norme giuridiche d'ordine più elevato e, invece, afferma la priorità della auto-costituzionalizzazione societaria (Kjaer, 2014, 122 ss.). In seconda battuta contrasta contro lo Stato-centrismo delle analisi tradizionali che identificano le costituzioni solo con il settore "pubblico" (Pribán, 2016). Sostiene che le costituzioni settoriali possono egualmente essere rintracciate – e che di fatto assumono una crescente rilevanza – nelle imprese economiche, nei mercati, nelle università, nelle fondazioni, nei mass media, tra gli intermediari di Internet (Sheffi, 2020) e in altre istituzioni "private" (Guibentif, 2016; Vesting, 2015, 99 ss. e 114 ss.). Infine, nella sua critica al nazionalismo metodologico, dà una chiara visione dei processi di costituzionalizzazione globale e identifica fenomeni costituzionali in regimi transnazionali sia nel settore pubblico che in quello privato (Viellechner, 2013).

Perché il costituzionalismo classico è cieco nei confronti di tutto ciò? La sociologia costituzionale potrebbe spiegare questa deficienza in termini storici. Dopo il declino del feudalismo, le istituzioni intermedie furono considerate prive di legittimazione: la Costituzione fu stabilita esclusivamente nella relazione tra cittadini e Stato, mentre la sfera privata fu considerata il dominio delle attività individuali che dovevano essere protette dai diritti umani, ma non costituzionalizzate nei propri termini. Il diritto privato che copriva le relazioni orizzontali tra attori individuali era sufficiente. Le analisi storico-sociali evidenziano quanto fosse inadeguata questa percezione. La rivoluzione delle organizzazioni e la crescente differenziazione funzionale delle società moderne, che diedero vita alla crescita di grandi istituzioni non statali – le nuove istituzioni intermedie – ha generato problemi costituzionali peculiari che non potevano essere compresi con le analisi del costituzionalismo statale (Pinelli, 2016; Kjaer, 2015; 2014, 17 ss., Femia, 2011). Oltre a ciò, le tendenze contemporanee alla trans-nazionalizzazione hanno aggravato i problemi costituzionali in diverse sfere sociali. Perciò la costituzionalizzazione deve ora essere studiata come un processo che opera oltre lo Stato; quella *transnazionale societaria* va osservata come un fenomeno basilare nella società contemporanea. Mentre il costituzionalismo tradizionale si è limitato agli stati nazionali, le organizzazioni e i regimi transnazionali si sono radicati come vere e proprie istituzioni politico-giuridiche. La WTO, la governance dell'Icann, regimi transnazionali ibridi quali la sanità globale, la

lex mercatoria e le imprese multinazionali, mostrano in modo impressionante come i regimi transnazionali abbiano cominciato a elaborare strutture costituzionali proprie (Cass, 2005; Renner, 2011; Ellis, 2013; Wielsch, 2013; Krajewska, 2013; Robé *et al.* 2016; Backer, 2014).

Il costituzionalismo che eccede lo Stato nazione può essere considerato come un processo evolutivo che porta in due direzioni quasi opposte: 1) le Costituzioni evolvono in processi politici transnazionali oltre lo Stato; 2) e simultaneamente oltre le politiche transnazionali tra i settori “privati” globalizzati. Quando la sociologia si occupa di questi nuovi problemi, deve distanziarsi dalla prospettiva limitata del diritto costituzionale e della scienza politica che li aveva relegati nei confini statali e, invece, deve focalizzarsi sulle diverse sub-costituzioni. Ciò espone la sociologia costituzionale a tre diverse sfide: 1) analizzare empiricamente i processi di costituzionalizzazione; 2) sviluppare una teoria di costituzionalismo societario transnazionale; 3) identificare problemi costituzionali in settori sociali diversi, aprendo alternative per soluzioni strutturali che possano permettere al diritto costituzionale di ricostruire questi problemi nella sua lingua e di elaborare norme e principi costituzionali (Teubner, 2014a; Teubner, 2012b).

Qual è, in sostanza, l’elemento specificamente societario di questo costituzionalismo? In che modo sono create le costituzioni da forze sociali diverse? Come costruiscono un ordine normativo per i diversi processi sociali? Di solito queste domande sono oggetto di ampie controversie e danno vita a una grande incertezza riguardo i soggetti delle costituzioni non statali, alla loro origine, legittimità, rilevanza e alle loro strutture interne. Invece che prendere posizione in questa controversia, potrebbe essere più fruttuoso interpretarla non come un conflitto tra posizioni incompatibili, ma come un tema soggetto a diverse variazioni. Se lo avviciniamo così, possiamo vedere le diverse posizioni nella controversia, come tentativi di elaborare il potenziale del “tema” nei suoi “sviluppi” più o meno fruttuosi. Sottoporro, pertanto, alle variazioni sul tema queste domande chiave:

1. quale è il “principio compositivo” specifico di ogni variazione?
2. quali problemi si palesano nei suoi “sviluppi”?
3. quale è il suo “motivo” più importante?

In questo modo presenterò innanzitutto il “tema” del costituzionalismo societario, originalmente composto da David Sciulli. Presenterò poi sei “variazioni sul tema” in due serie separate. Nella prima, la costituzionalizzazione è concepita come l’espansione di una singola razionalità in tutte le sfere sociali. Nella seconda, il motivo dell’unità della Costituzione può essere ancora udito, nonostante l’essenziale pluralismo del costituzionalismo. Nel movimento finale, tre ulteriori variazioni verranno riprese e svilupperò i loro motivi più importanti riprendendo il tema originale.

5.2 Tema: David Sciulli

A proporre il costituzionalismo societario come tema di ricerca fu il sociologo americano David Sciulli (1988; 1992; 2001). Per il vero, sono rintracciabili alcuni precursori – per esempio l’idea della Costituzione economica di Hugo Sinzheimer (1976 [1927]) e Franz Böhm (1966); la teoria dei governi privati di Philip Selznick (1969); il concetto di Costituzione sociale di Reinhart Koselleck (2006). Sciulli fu però il primo a elaborare una raffinata teoria del costituzionalismo societario. Partendo dal dilemma weberiano della razionalizzazione, provò a identificare le forze attive che potessero contrastare la deriva evolutiva, di amplissime dimensioni, che stava incubando un crescente autoritarismo. Secondo Sciulli, l’unica dinamica sociale che nel passato aveva davvero contrastato tale deriva e che avrebbe potuto farlo nel futuro, si trovava nel “costituzionalismo societario”. Nell’elaborare questa idea attribuì una fondamentale importanza all’istituzionalizzazione di “formazioni collegiali” rintracciabili nelle professioni e di altre istituzioni deliberative produttrici di norme.

5.2.1 Prima serie di variazioni. Estensioni

Prima variazione. Il lungo braccio della Costituzione statale

Alcune teorie provano a interpretare le Costituzioni di diversi settori sociali come estensioni di quella statale e perciò classificano le norme costituzionali, come istituzioni giuridiche indipendenti. Sono teorie chiaramente inquadrate nel diritto costituzionale tradizionale. Rupert Scholz (1971; 1978), per esempio, sostenne che la Costituzione della Germania – in specifico la sezione sui Diritti fondamentali e le Disposizioni che regolavano le competenze legislative – conteneva elementi di una Costituzione economica, culturale, dei media, militare e ambientale che davano un ordine normativo, definito dallo Stato, alla struttura basilare di quelle sfere sociali. I diritti fondamentali, garantiti dallo Stato operavano perciò come principi giuridici oggettivi che “organizzavano” diverse sfere sociali. Di conseguenza, il diritto costituzionale era responsabile dell’elaborazione di questi elementi in un insieme sistematico di sub-costituzioni sociali, organizzate dallo Stato, e per la deduzione di ulteriori norme costituzionali. Alcune teorie vanno oltre nel tentativo di estendere la Costituzione dello Stato oltre la politica, reinterpretandola come Costituzione dell’intera società. Per esempio, Karl-Heinz Ladeur (2009) sostiene che, anche durante il primo costituzionalismo, la Costituzione politica lo era anche della società. Ulrich Preuss sostiene la stessa cosa, seppure in modo più cauto. I principi della Costituzione politica, specialmente i Diritti fondamentali, non sono solo formulati per regolare i

processi di formazione della volontà politica. Al contrario, Preuss afferma che «incarnano principi normativi a cui la società è obbligata e che si suppone pervadano tutte le relazioni sociali» (Preuss, 2012, 234).

Gli autori che provano a identificare nella Costituzione statale l'origine di quelle societarie a livello transnazionale, incontrano problemi maggiori. Alcuni provano a spiegare l'indubitabile esistenza della costituzionalità non nazionale, osservandola come un'espansione di quella statale. Suggestiscono che quando i problemi costituzionali emergono oltre i confini statali, per esempio nei diritti fondamentali dell'Internet o nello stato di diritto in arbitrati privati transnazionali, possono essere risolti mediante l'espansione di principi giuridici statali (Ladeur, Viellechner, 2008). Argomenti simili sono stati sviluppati da Neves (2013) con il suo concetto di «trans-costituzionalismo». Egli concede, da un lato, che i problemi costituzionali appaiono in uno spazio transnazionale, ma dall'altro, insiste che la loro soluzione non è data non dalla Costituzione d'istituzioni transnazionali, bensì da quella degli stati nazione che presume siano «intrecciate» con entità transnazionali⁴.

Le diverse versioni di questo «statalismo costituzionale» esteso fino a includere le costituzioni societarie, peccano nel sottovalutare la capacità auto-costituzionale delle istituzioni sociali. La loro auto-costituzionalizzazione può essere spiegata dal fatto che la differenziazione funzionale della società non può essere fatta risalire a una decisione politica fondamentale. Al contrario si tratta di un processo evolutivo complesso in cui diventano gradualmente visibili le distinzioni-guida dei diversi sottosistemi e si formano istituzioni specializzate mediante logiche interne. In questo processo, i sottosistemi funzionali «costituiscono» sé stessi in quanto determinano la loro identità attraverso elaborate semantiche di autodescrizione, riflessione e autonomia (Luhmann, 1997, 745). Processi simili di differenziazione avvengono in organizzazioni formali e in regimi transnazionali.

Esiste, però, un aspetto di questa variante statalista del costituzionalismo societario che mantiene il suo valore. Le costituzioni statali rappresentano il modello storico per gli altri processi di costituzionalizzazione. Le costituzioni statali hanno prodotto una ricca riserva di istituzioni – la separazione dei poteri, lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti fondamentali – su cui possono fare affidamento altre costituzioni societarie parziali lungo i loro processi di generalizzazione e rispecificazione (Prandini, 2010, 311 ss.). Le costituzioni dello Stato servono paradossalmente da modello perché hanno avuto successo nel limitare efficacemente le totalizzazioni del potere politico

⁴ Rimane non chiaro, in entrambe le versioni, proprio e precisamente come questa alquanto misteriosa espansione avvenga e quali istituzioni decidano su di essa che, normalmente, non è l'estensione di un principio costituzionale, bensì una selezione tra una serie di alternative. Se questa decisione è presa non solo dalle Corti costituzionali statali, ma anche da Corti internazionali e da Tribunali di arbitrato, le due versioni dovranno concedere che il diritto costituzionale transnazionale evolve indipendentemente dagli stati.

– totalizzazioni che rappresentano aspetti immanenti ai processi del potere – per mezzo del potere politico stesso. L’utilizzo dei Diritti dell’uomo come protezioni contro il potere dello Stato, ne è un tipico esempio. Il quesito se queste auto-limitazioni possano anche darsi in altri sistemi sociali parziali, che mostrano simili tendenze alla totalizzazione, è uno dei problemi del costituzionalismo societario più pressanti (Lindahl, 2013, 725 ss.).

Seconda variazione. L’espansione del politico

Alcune analisi sociologiche identificano la differenza tra costituzioni statali e societarie in modo empirico. Abbandonano il traballante tentativo di soccorrere il monopolio statale della Costituzione che interpreta i fenomeni costituzionali come una “espansione”, più o meno misteriosa, della Costituzione dello Stato. Spiegano, invece, l’emergere delle costituzioni della società dissociando chiaramente “il politico” dallo Stato: affermano, cioè, che attraverso il processo della globalizzazione il sistema politico si è ampliato, oltre i confini dello Stato, sia nella politica internazionale che in altre sfere della società globale. In accordo a questa tesi, Kjaer (2014, 83 ss., 97 ss.) osserva la formazione di un «specifico tipo di politica transnazionale che, nel suo orientamento, auto-comprensione e disposizione istituzionale, è sostanzialmente diverso dalla forma del politico che tende a dominare nei contesti nazionali». Secondo Thornhill (2010; 2016, 103sgg.) è empiricamente possibile identificare micro-costituzioni, nella struttura pluralista della società globale, che formalizzano i processi di potere e che, in realtà, non rappresentano Costituzioni statali bensì del potere politico societario. Esse incrementano la ricettività delle diverse sfere sociali nei confronti della inclusione del potere (Pribán, 2015, 47 sgg.). L’idea di Thornhill può essere espressa nella sintetica formula: *Ubi potestas, ibi constitutio*. Se la comunicazione non avviene nel medium del potere, la società non ha bisogno di Costituzione. Se invece in esso, allora ve ne è inevitabilmente bisogno.

Il problema, però, è che questa posizione è riduttivistica in quanto le costituzioni societarie sono identificate a processi di potere politico. È una questione da dibattere se dovremmo interpretare come Thornhill la politicizzazione della società – che certamente si manifesta nella globalizzazione – come una estensione del sistema politico dove il potere viene sganciato dalla relazione stretta con lo Stato e con le politiche istituzionalizzate, per essere disperso nella società-mondo. Potrebbe essere più corretto mantenere una definizione più limitata di sistema politico, quale sistema che genera potere per la legittimazione di decisioni collettivamente vincolanti, non solo negli Stati nazione, ma anche nella politica internazionale (Luhmann, 1998, 375 ss.). In parallelo hanno luogo, anche in altri sottosistemi, processi “politici” con un carattere istituzionale e funzionale specifico che sono soggetti a un diverso processo di costituzionalizzazione. Tale processo non produce

soltanto norme per processi di potere ma, al contrario, genera norme per la comunicazione specifica che avviene nei sottosistemi. La discordia sulla politicizzazione dovrebbe essere intesa come qualcosa in più di una mera questione terminologica. Non vi è bisogno di postulare, come fa Thornhill, che l'espansione del sistema politico abbia raggiunto una nuova unità mediante la comunicazione del potere. Possiamo, invece, identificare molte forme autonome di politica riflessiva in diversi contesti che richiedono distinte costituzionalizzazioni. Come insiste giustamente Thornhill (2016, 100) esse possiedono un carattere “categoricamente pubblico”, ma lo loro pubblicità non è necessariamente legata al potere politico. Sempre di più nel contesto transnazionale, il diritto privato – ma anche l'ordine privato attraverso attori non statali – acquisisce un carattere pubblico (Muir Watt, 2015; Kingsbury, 2009; Wai, 2008). La “politica” delle banche centrali, delle Università e di altre organizzazioni scientifiche, delle Corti costituzionali o di professioni autoregolate, non può essere compresa come mera processualità della costruzione del potere politico, finalizzato a generare decisioni collettivamente vincolanti. Al contrario queste “politiche” vanno concepite come “politica riflessiva” delle istituzioni societarie che decidono, attraverso i loro modi peculiari di comunicazione, relativamente alla loro funzione pubblica e alle loro prestazioni sociali.

Anche in questa variazione c'è un motivo che andrebbe definitivamente mantenuto e sviluppato ulteriormente. La funzione delle costituzioni, per Thornhill (2010, 18), è la “formalizzazione” del potere quale medium di comunicazione. Essa rappresenta la condizione auto-prodotta per l'autonomia del potere. Si tratta di un aspetto davvero significativo che, però, richiede una maggiore generalizzazione. Le costituzioni, formalizzano media della comunicazione molto diversi (Steinhauer, 2011). Il medium del potere politico non è il solo a essere formalizzato costituzionalmente: anche i media del denaro, del sapere, del diritto, della informazione sono formalizzati – nelle loro specifiche sfere d'azione – mediante processi di costituzionalizzazione *sui generis*. Una Costituzione economica è limitata alla formulazione di norme fondamentali quando si indirizza a fenomeni di potere economico; oppure produce norme per la comunicazione monetaria *in sé*, indifferentemente all'essere “tradotta” in comunicazioni del potere – per esempio negli organigrammi delle imprese o nei monopoli di mercato? Che cosa formalizza la Costituzione della scienza? Scontri di potere tra le istituzioni scientifiche o operazioni epistemologiche? E la Costituzione della religione? E di Internet? La risposta è: le costituzioni non formalizzano solo processi di potere. Formalizzano anche processi comunicativi irrelati al potere che sono resi operativi mediante gli altri media sistemici.

Terza variazione. Scelta razionale ovunque

Diversamente dalle variazioni precedenti, le teorie costituzionali economiche sviluppano una versione più radicale del costituzionalismo societario. Disaccoppiano definitivamente le costituzioni dallo Stato, dalla politica, dal potere o dalle politiche internazionali e le concepiscono come ordini sociali autonomi, specialmente nel caso delle organizzazioni economiche e dei mercati. Nella versione più ristretta, il concetto della Costituzione è applicato a norme fondamentali di azione genuinamente economica. È il caso nella spiegazione ordo-liberale della Costituzione globale economica che combatte, quale imperativo costituzionale, il potere economico per proteggere la libera competizione (Fikentscher, Immenga, 1995, 35 ss.). Gli esponenti del “nuovo costituzionalismo” – e che analizzano criticamente le istituzioni del Washington Consensus – delineano tale concetto di Costituzione, sebbene con una enfasi ideologica diversa (Schneiderman, 2013; Anderson, 2013). La versione più ampia di questa teoria, poi, identifica le costituzioni in tutti i gruppi sociali, inclusi quelli non economici, sostenendo che tutti si accordano alla logica economica della scelta razionale (Buchanan, 1991; Vanberg, 2005).

Proprio come l’espansione del sistema politico, che abbiamo criticato prima, anche questi concetti riflettono una espansione imperialistica di un unico sistema sociale – questa volta di quello economico – che deve essere a sua volta criticata. È assolutamente fuori di dubbio che ogni sforzo di subordinare le strutture della religione, dell’arte o dei media, etc., ai principi di una Costituzione economica o di giudicarle esclusivamente con principi di scelta razionale, infliggerebbe una intollerabile violenza sia alla razionalità di ciascun sistema che all’orientamento basilare della società nella sua totalità.

Cionondimeno un motivo valido può essere selezionato anche nelle teorie economiche della Costituzione: questa non viene elaborata solo in configurazioni giuridico-politiche, ma pure nell’economia e, di fatto, in tutte le istituzioni sociali. Queste teorie enfatizzano l’indipendenza delle costituzioni societarie dallo Stato, cosicché l’auto-organizzazione di settori parziali della società culmina nella loro auto-costituzionalizzazione.

Quarta variazione. Summum ius

Le precedenti variazioni attribuivano l’emergere delle costituzioni societarie all’espansione sia del sistema politico che di quello economico. Una diversa variante lo attribuisce all’espansione del sistema del diritto, o più genericamente, della sfera normativo-istituzionale. Questa variazione procede da una definizione d’istituzioni quali insiemi di norme e identifica le “costituzioni settoriali” della società laddove gli ordini giuridici non statali cominciano a istituzionalizzare norme di rango superiore (Peters *et al.* 2009,

211 ss.). Questa logica è illuminata dal sociologo Alberto Febbrajo (2016, 84) che scrive: «la formula *ubi* Stato *ibi* Costituzione tende gradualmente ad essere rimpiazzata da un istituzionalismo radicale basato sulla formula *ubi* istituzione *ibi* costituzione, che esplicitamente scavalca lo Stato e la centralità della sua dimensione politica». Queste teorie perpetuano la tradizione dell'istituzionalismo che attribuiva un carattere giuridico alle norme delle istituzioni sociali (Romano, 1918; Hauriou, 1986) e la elaborano al livello della normatività costituzionale. La prospettiva istituzionalista è anche utilizzata dai giuristi internazionali che descrivono l'emergere di norme giuridiche di rango superiore nelle organizzazioni internazionali e nei “regimi auto-contenuti” come forma di pluralismo costituzionale oltre lo Stato nazione (Walker, 2014). Nel farlo, enfatizzano, piuttosto bene, la qualità giuridico-normativa assolutamente essenziale delle costituzioni.

I risultati dell'istituzionalismo nello stabilire – contro il limitato approccio del nazionalismo metodologico – la specificità giuridica del pluralismo costituzionale transnazionale sono davvero rilevanti. Quest'approccio, però, non è indenne da tendenze riduttivistiche. Un pericolo peculiare è che l'istituzionalismo restringa la sua visione, piuttosto formalisticamente, alle norme giuridiche – sia dello Stato sia dell'ordine privato – e di conseguenza tralasci le dinamiche che stimolano la costituzionalizzazione societaria. Anche le costituzioni statali non possono essere adeguatamente comprese se, come molti giuristi costituzionali di tradizione kelseniana continuano a fare (Kelsen, 2021, 493 ss.), le concepiamo soltanto come insieme di norme giuridiche e non consideriamo le dinamiche costituzionali dei processi politici. Analogamente lo stesso può essere detto delle costituzioni societarie di cui non dovremmo tralasciare il fatto che sono primariamente auto-costituzioni di sistemi sociali e solo secondariamente costruzioni normative. Un approccio istituzionalista che identifichi il costituzionalismo solo con delle regole giuridiche che regolano diverse sfere sociali, riduce la costituzione a una mera gerarchia di norme. La cosa davvero importante, invece, è osservare la connessione distintiva che emerge tra le gerarchie di norme e i processi di riflessione sociale (Teubner, 2012b, 159 ss.). I principi costituzionali materiali che sono davvero più interessanti non possono essere meramente interpretati come norme istituzionali di livello superiore: vanno invece comprese come il risultato di conflitti costituzionali nella società la cui giuridificazione ha luogo soltanto dopo.

In ogni caso l'istituzionalismo crea una prospettiva importante, dove poter identificare più precisamente la connessione tra un sistema sociale specifico e il diritto. È così che le istituzioni, costruite come insieme di norme, rendono possibile il contatto tra le norme sociali fondamentali e a quelle del diritto costituzionale, permettendo di concepire la costituzionalizzazione come un processo implicante una “traduzione” a due-direzioni – cioè, come

dinamica coevolutiva tra sistemi sociali costituiti e il diritto costituzionale (Teubner, 2012b, 169 ss.).

Il principio compositivo che sta sotto a tutte queste variazioni è l'idea che, con differenze caso per caso, una sola razionalità sociale si estende in tutte le sfere della società. È il tentativo di trovare un principio unificante d'ordine nella irritante molteplicità delle costituzioni societarie, si tratti dell'espansione del sistema politico, di quello economico o di quello del diritto. Queste variazioni sono però molto lontane dall'esaurire il potenziale del tema di Sciulli. Il suo costituzionalismo societario vuole esplicitamente preservare e promuovere la pluralità delle operazioni "non razionali", contro i modelli monodimensionali della ragione strumentale. In sintesi, tutte e quattro le variazioni discusse, non fanno altro che rimpiazzare il vecchio monismo della Costituzione statale con quello nuovo, centrato su una sola razionalità, che si presuppone operare in tutte le costituzioni societarie. Le variazioni in esame non sono quindi in grado di apprezzare il fatto che il ruolo delle costituzioni societarie sta nella loro abilità di costituzionalizzare razionalità completamente eterogenee e incompatibili, l'una a fianco dell'altra e, simultaneamente, di limitare le tendenze totalizzanti che ne metterebbero in pericolo la pluralità.

5.2.2. Seconda serie di variazioni. L'unità di una costituzione globale

Quinta variazione. La costituzione olistica della società

Le prossime variazioni sul tema di Sciulli utilizzano un principio compositivo diverso per spiegare la costituzionalizzazione societaria – l'indissolubile unità della costituzione. Questo principio fu originalmente sviluppato per gli stati nazione. Le costituzioni nazionali pretendono in modo categorico di subordinare ogni attività dello Stato alle loro richieste regolative (Grimm, 2005b). Walker (2010) osserva il carattere "olistico" – il fatto che pongono queste domande regolative onnicomprensive – quale aspetto definitorio delle costituzioni, giustificato dall'affermazione che esse siano qualificate da una funzione integrativa, cioè dalla loro abilità di stabilire un orientamento comune per differenti gruppi sociali, a prescindere dai loro conflitti (Smend, 1988, cap. 7).

Alcuni teorici trasferiscono questa idea alle costituzioni societarie e ipotizzano l'esistenza di una costituzione uniforme, non solo per lo Stato, ma anche per la società e, in alcuni casi, anche per quella globale. Lo storico Reinhart Koselleck (2006, 369 ss.) ha affermato che l'epoca dello Stato nazione fu storicamente definita dall'esistenza non solo di una Costituzione statale, ma di una molto più comprensiva Costituzione della società che, oltre alle attività politiche statali, assoggettava alle richieste del diritto

costituzionale anche le istituzioni economiche, sociali e culturali. Problematiche legate alle questioni sociali, alle organizzazioni ecclesiali e alle istituzioni economiche o fiscali, non erano più problemi da affrontare mediante semplici atti legislativi. Andavano concepite, piuttosto, come derivanti da una genuina “Costituzione della società”. Se rivolte al processo di transnazionalizzazione, tali costruzioni implicano che le aziende multinazionali siano gli attori più rilevanti la cui costituzionalizzazione forma la parte principale di una Costituzione globale della società.

Sia nel diritto che nella filosofia politica, diversi autori affermano che la costituzionalizzazione del diritto internazionale è capace di generare un ordine costituzionale cosmopolitico, una Costituzione uniforme per la società globale (Fassbender, 2007; Höffe, 2005). A dire il vero essi rifiutano come irrealistica, l’idea che una Costituzione unica di questo tipo sia fondata in uno Stato globale. Concepiscono però la “Comunità internazionale” come punto di riferimento per un corpo emergente di diritto Costituzionale globale. Nel farlo concepiscono quella Comunità non come faceva il diritto internazionale tradizionale – un insieme di stati nazione sovrani – ma come un aggregato di attori politici e sociali e una comunità giuridica di individui⁵.

È evidente che queste idee di una costituzione globale sono irrimediabilmente idealistiche e che sono sostenute più da pie speranze che da analisi realistiche (Fischer-Lescano, 2005). Purtuttavia contengono un motivo di valore, l’idea dell’integrazione mediante Costituzione. Il costituzionalismo societario non deve andare alla vana ricerca di una unificazione istituzionale della società globale, naturalmente. Deve però affrontare problemi che riguardano l’integrazione o il coordinamento della pluralità di ordini costituzionali diversi. Se è vero che a livello nazionale insieme alle funzioni costituzionali limitative e costitutive, quella integrativa ha una importanza decisiva, allora il problema è se proprio nella estrema frammentazione delle costituzioni transnazionali, potranno ancora esserci istituzioni che possano operare questa funzione.

Sesta variazione. Costituzione come immaginazione collettiva

Esistono teorie che si focalizzano sulla funzione simbolica delle costituzioni invece che sulla loro realtà istituzionale. Tentano di ricuperare l’indissolubile unità della Costituzione della società globale. Messe a confronto con la inaggrabile pluralità di regimi giuridici pubblici e privati e con l’impossibilità di costituzionalizzarli in modo unitario, queste teorie rimangono comunque attaccate all’idea dell’unità. La riducono però all’essere il mito fondativo di una collettività, sia essa una nazione o la Comunità internazionale,

⁵ Una approfondita analisi delle diverse varianti dell’idea di Costituzione globale cosmopolita è offerta da: Rasilla del Moral (2011).

esprimendosi così: «nella sua dimensione simbolica, la Costituzione può soltanto assumere una forma unitaria quando è indissolubilmente legata a istituzioni come il linguaggio, i media, la cultura, un sapere comune, la memoria culturale» e inoltre quando è «dipendente da uno spazio simbolico pieno, un testo culturale» che abilita la Costituzione a cementare una identità collettiva che contiene processi multipli di frammentazione (Vesting, 2012, 95). Questa Costituzione unitaria, che è meramente fittizia, ma che ha un impatto socialmente pervasivo, può essere armonizzata con una pluralità di “Costituzioni successive” istituzionalizzate in diverse sfere della società, ma che si riferiscono continuamente al mito fondativo di quella unitaria.

È del tutto discutibile se un testo culturale di questo tipo possa essere concepito come Costituzione in senso stretto, laddove non prenda una forma istituzionale consistente. Perché in assenza di vere istituzioni che non simbolizzano solo l'unità, ma che la producono pure in un continuo processo decisionale, l'unità della Costituzione rimane davvero una mera finzione. Solo nelle frammentate “Costituzioni successive” di sfere sociali particolari, come le chiama Vesting, la relazione reciprocamente costitutiva tra regole costituzionali e simbolizzazioni di unità diventa una realtà.

Due questioni sono però di grande valore in questa teoria fittiva della costituzione. Da un lato, enfatizza giustamente che le costituzioni non solo producono diritto positivo e risolvono conflitti, ma creano anche una identità per un collettivo mediante un mito di fondazione. Le costituzioni sono, nella realtà, processi viventi in cui un sistema sociale assume una identità espressa in una forma giuridica. La teoria fittiva delle costituzioni pone in modo corretto grande enfasi sulla funzione simbolica, solitamente negletta dalle teorie realiste, invece che su quella costitutiva, limitante e integrativa. D'altro canto, costruisce un edificio concettuale a due livelli per spiegare i fenomeni costituzionali, compresa una Costituzione simbolica completa e un numero di successive costituzionalizzazioni istituzionalizzate che possono essere utilizzate in ulteriori riflessioni su questi problemi. L'unico problema è: come?

Movimento finale. Unitas multiplex

In questa sezione conclusiva, metterò alla prova tre ulteriori variazioni del tema di Sciulli. Intendono riprendere, mettere insieme e sviluppare ulteriormente quelli che prima hanno dimostrato di avere una valenza durevole, in specifico:

- l'idea della *formalizzazione del potere come medium di comunicazione*. Si tratta del cuore della Costituzione, un motivo che richiede una ulteriore generalizzazione;

- l'idea della *funzione integrativa delle costituzioni* che sostiene il tentativo di trovare l'unità della Costituzione sia a livello nazionale sia transnazionale;

- l'idea della Costituzione come *mito fondativo* che riflette la sua funzione simbolica eccedente le funzioni costitutive, limitative e integrative;
- l'idea dell'*interazione tra livelli costituzionali diversi* che stabilisce una relazione tra pluralità e unità della Costituzione;
- l'idea dell'*auto-costituzionalizzazione dei sistemi sociali* che reagisce criticamente ai tentativi di imposizione da parte del sistema politico o del diritto;
- il *ruolo centrale dell'istituzionalizzazione*. Solo le istituzioni come insieme di norme danno vita a un contatto durevole, fondamentale per le costituzioni, tra norme giuridiche e norme extra-giuridiche;
- l'idea delle *costituzioni statali come modelli storici* che svolgono un ruolo esemplare per le costituzioni societarie, particolarmente a causa della loro capacità paradossale di auto-limitazione.

Settima variazione. Meta-costituzione

Le variazioni del secondo gruppo enfatizzano giustamente che proprio il costituzionalismo societario fa emergere, sia empiricamente che normativamente, il problema della unità costituzionale. Il pluralismo somma solo a una serie di costituzioni irrelate o di fatto – in una forma o nell'altra, produce unità – in specifico per la società globale? Le risposte, al momento, sono insufficienti e scivolano in posizioni estreme. Una nega le realtà della società globale dichiarando che le Nazioni Unite formano il nucleo di una Costituzione istituzionalizzata per la società globale. L'altra, cerca rifugio in mondi fittizi, riducendo la Costituzione globale a una immaginazione collettiva, a un mito fondativo. Di contro il “transcostituzionalismo” potrebbe potenzialmente dare forma a una prospettiva, realista e normativamente sfidante. Distinguendosi chiaramente dal concetto che utilizza lo stesso nome, proposto da Neves (2013), questa posizione deve combinare quattro elementi: 1) una Costituzione globale uniforme che sta davvero emergendo formandosi solo come una “meta-costituzione”; 2) che non impone principi costituzionali sostanziali, ma proietta regole procedurali per risolvere conflitti tra costituzioni societarie parziali; 3) perché non sfocia in una istituzione indipendente, una Terza istanza che risolve conflitti ponendosi gerarchicamente al di sopra delle sub-costituzioni che si scontrano. Piuttosto risolve questi conflitti eterarchicamente, mediante le decisioni delle costituzioni parziali; 4) e le cui decisioni si concretizzano sia in atti di cooperazione sia di negoziazione di regole per risolvere conflitti giuridici entro le costituzioni parziali. L'espressione “trans-costituzionalismo” cattura molto precisamente il doppio significato di questa situazione. Trascende il particolarismo delle costituzioni

parziali penetrando simultaneamente senza stabilire un nuovo e distinto livello istituzionale⁶.

Queste tendenze verso una Costituzione emergente da conflitti tra diritti possono essere osservate nella (tristemente) nota “guerra tra giurisdizioni” che ha caratterizzato il conflitto tra le costituzioni degli stati nazione e la Costituzione della Unione Europea, quale “dialogo giuridico” tra la Corte di Giustizia Europea e le Corti costituzionali nazionali (Arden, 2010). Le decisioni che affrontano le collisioni sono prese in una delle Corti coinvolte, ma queste reagiscono reciprocamente e, come nella *Common Law*, adottando argomentazioni di altre corti (Shany, 2007). Tendenze simili sono osservabili nei conflitti tra norme tra i regimi transnazionali, ovviamente nel caso del WTO che, nel suo orientamento giurisprudenziale relativo a “libero mercato/salute” e “libero mercato/ambiente”, etc. ha elaborato una giurisprudenza indipendente sul conflitto tra diritti che, dal suo punto di vista, assorbe le domande normative di altri regimi (Cass, 2005).

Dal punto di vista storico, una meta-Constituzione transnazionale di questo tipo può essere costruita sulla tradizione del diritto privato internazionale. In situazioni simili, dove gli ordini giuridici nazionali entrano in conflitto senza la possibilità di riferirsi a una Terza istanza, si è avuto lo sviluppo di un gran numero di regole di conflitto. Attualmente è oggetto di un intenso dibattito se il potenziale del diritto privato internazionale possa essere utilizzato per i conflitti costituzionali e modificato per adeguarsi a una nuova situazione storica (Bomhoff, 2015; Michaels, Pauwelyn, 2011; Joerges, 2011). Per esempio, Muir Watt (2015) rifiuta tutti i tentativi di legittimare gli ordini giuridici transnazionali ricorrendo a una Costituzione unificata, mentre pone fiducia nel fatto che le

interazioni stesse rappresentino il punto di inizio da cui approcciare i problemi di legittimità. Significherebbe rinunciare a decidere sul problema della legittimità – in altri termini mettere ordine tra pretese concorrenti ex ante, confrontandosi con esse ex post e in termini relativi. Questa idea sembra perfettamente in linea con la instabile riflessività del diritto globale. Suggerisce che problemi di legittimità sorgono in termini diversi secondo il tipo di pretesa, collaborativa, di confronto, concorrente, svolta relativamente ad altri sistemi giuridici.

L'autrice chiarisce che una Costituzione transnazionale del conflitto tra diritti deve generalizzare e ri-specificare i metodi “eterarchici” di diritto privato internazionale a dire: rinvio, problemi preliminari, caratterizzazione *lege cause*. È altrettanto importante riformulare i due principi in opposizione

⁶ In modo simile Thornhill (2016, 101) parla di *transjudicial communication* quando le Corti decidono sulle collisioni tra norme transnazionali e *perciò producono* una strana *unitas multiplex* di diritto globale.

del diritto privato internazionale – riconoscimento reciproco e *ordre public* – per la relazione tra costituzioni transnazionali. Il principio di piena fiducia e credito o di riconoscimento reciproco, non significa solo che le costituzioni transnazionali evidenziano una tolleranza reciproca, come indicato dal principio di “tolleranza costituzionale” (Kumm, 2006). Contengono pure la richiesta aggiuntiva che le Costituzioni devono realizzare una “responsività costituzionale” (Vieltechner, 2012) ed elaborare regole sostanziali che rispondono ai requisiti delle costituzioni in conflitto, stabilendo un compromesso.

Al contrario *l'ordre public national* descrive i limiti al riconoscimento di un ordine giuridico straniero che sono raggiunti quando la norma estera contravviene norme fondamentali dell'ordine nazionale (Forde, 1980). Esteso al contesto qui descritto, ciò significa che in queste circostanze una Costituzione transnazionale deve rifiutare di riconoscere una diversa Costituzione transnazionale (Muir Watt, 2015).

Ottava variazione. Nomos e narrativa

Diversamente dal suo significato tradizionale di *ordre public*, il concetto giuridico di *ordre public transnational* è stato ora istituito come principio di conflitto dei diritti che può essere anche utilizzato nel contesto del pluralismo costituzionale transnazionale (Renner, 2011). Diversamente dall'*ordre public national*, il concetto non è inteso proteggere le fondazioni dell'ordine giuridico domestico dalle intrusioni straniere. L'ordine transnazionale ha a che fare con la relazione di costituzioni parziali con la società intera. Ognuna delle costituzioni costruisce dalla sua propria prospettiva un *ordre public transnational*. Ogni regime transnazionale diventa poi responsabile nel rivolgere simultaneamente due richieste contraddittorie. Da un lato, come esaminato nella precedente variazione, viene richiesto a ogni Costituzione parziale di riflettersi in modo autonomo e decentralizzato e di rendersi compatibile con le norme in competizione delle altre costituzioni parziali. Dall'altro ognuna delle costituzioni deve costruire, dalla sua prospettiva, principi di un *ordre public transnational* che comprendano tutta la società: principi di una meta-costituzione unitaria mediante cui valutare le sue proprie norme.

A questo punto due motivi che erano udibili nelle variazioni di Sciulli, riappaiono e vengono suonate insieme: l'unità della Costituzione e, allo stesso tempo, la sua qualità fittizia. Che si reclamino comuni punti di riferimento e un orizzonte di senso (necessariamente astratto) a cui riferirsi nella produzione di norme, significa che ogni Costituzione parziale può proiettare contro-fattualmente l'esistenza di una meta-costituzione. Questa proiezione rende la qualità fittizia dell'unità evidente, motivo per cui bisogna costantemente ricordare che l'orizzonte comune non è fattualmente “dato”. Al contrario, è soltanto una finzione che ogni Costituzione parziale produce mediante la sua visione del mondo. Il fatto che un centro comune di validità

possa essere proiettato contro-fattualmente significa che è possibile, per i diversi testi costituzionali, promuovere un riferimento, diverso da testo a testo, alla costruzione di un bene comune che viene poi riflesso in norme concrete.

Vesting si avvicina molto a queste idee nel descrivere la relazione tra le costituzioni delle sfere sociali e la Costituzione della società come totalità. Afferma che le costituzioni parziali generano una forza vincolante normativa, ma che sono anche legate, nella loro auto-costituzione, da “retro-finzioni” che producono la credenza nella loro unità, o l’unità immaginaria di una Costituzione globale. Utilizzando categorie influenzate da Robert Cover, parla di questa Costituzione totale affermando che: «la Costituzione contiene un nomos singolo, ma esso genera una varietà di narrative» (Vesting, 2015, 100; Cover, 1983). In ciò egli coglie correttamente la difficile relazione tra costituzioni parziali istituzionalizzate e la meta-costituzione fittizia: osserva la relazione non come una struttura a due livelli, ma piuttosto come un processo di mutua interpenetrazione di un distinto livello – sul livello delle costituzioni parziali. Questo modello richiede però due correzioni. Da un lato, non è corretto concepire la finzione dell’unità come il proiettare principi costituzionali sostanziali per una meta-costituzione: essa non si estende oltre le procedure e i principi del conflitto, della cooperazione e del confronto. Dall’altro la finzione dell’unità non è solo prodotta da narrative. Lo è anche mediante decisioni prese dalle costituzioni parziali, cioè laddove si decide su quei conflitti. In sintesi, la formula di Cover deve essere interpretata in un modo diverso. Deve essere presa non implicando che il nomos stia separato dalle diverse narrative, bensì che una differente e autonoma relazione si sviluppi tra nomos e narrativa, sia nelle costituzioni parziali sia nelle costituzioni dei conflitti-tra-i-diritti. Sebbene il nomos delle costituzioni settoriali estenda le diverse narrative contenute in espressioni parziali di una normatività sostanziale, la narrativa dell’integrazione procedurale è formata nel nomos della Costituzione dei conflitti-tra-i-diritti. La formula di Cover (1983, 4), «per ogni Costituzione esiste un’epica, per ogni decalogo una scrittura», può essere applicata sia alla Costituzione globale fittizia sia alle reali costituzioni societarie.

Nona variazione. Auto-soversione

La duplice formula di nomos e narrativa, enfatizza giustamente che ogni sistema sociale sviluppa le sue autodescrizioni che vanno a formare un contesto più ampio per le sue regole costituzionali. Con le autodescrizioni i sistemi riflettono sia cognitivamente sia normativamente sulla loro identità. Da questo punto di vista la Costituzione dello Stato è il modello storico chiave. Proprio come le teorie politiche impegnate con la realtà del potere e dei progetti normativi della politica, guadagnarono importanza nelle costituzioni statali, altri domini sociali formulano narrative autonome, cioè

descrizioni fattuali e costruzioni normative che danno fondamento alla loro Costituzione (Koskeniemi, 2009; Dunoff, 2011).

È però solo in una ultima variazione sul tema di Sciulli che possiamo penetrare il cuore più interno della Costituzione. Per farlo, dobbiamo identificare la “formalizzazione del medium della comunicazione” quale criterio definitivo per la costituzionalizzazione. Formalizzazione di un medium – a dire che una costituzione è prodotta non solo mediante una riflessione cognitiva e normativa, ma anche da processi riflessivi mediali. La formalizzazione avviene non solo attraverso la produzione di norme giuridiche, ma anche – e in modo più rilevante – attraverso l’istituzione di una relazione autoreferenziale, cioè per via dell’applicazione di un medium della comunicazione a se stesso. Una forma è “autoreferenza articolata” (Luhmann, 1997, 61). La riflessività di un medium significa che operazioni orientate ai media sono a loro volta applicate al medium. Per la politica ciò significa l’applicazione del potere al potere; per il diritto, delle norme alle norme; per l’economia, di operazioni monetarie a operazioni monetarie; per la scienza, l’applicazione di operazioni epistemiche a operazioni epistemiche (Luhmann, 2000a, 64). Le costituzioni sono prodotte da questa formalizzazione.

La formalizzazione ha conseguenze costitutive e, paradossalmente insieme auto-limitanti e auto-soversive. Questo effetto paradossale di riflessività mediale è di grande importanza nella tarda modernità, quando le conseguenze negative della differenziazione funzionale diventano visibili, particolarmente nella odierna crisi ambientale (Luhmann, 1986). Se le conseguenze distruttive dell’espansione del potere, del denaro, delle tecnologie e del diritto vanno limitate, allora una particolare caratteristica della riflessività mediale – la sua capacità di auto-soversione (Teubner, 2022f) – giocherà un ruolo centrale. È piuttosto inusuale ascrivere questa caratteristica alle costituzioni che, di solito, sono concepite come “pilastri” per strutture durevoli e per una stabilità di lungo termine. E, tuttavia, le costituzioni contengono anche pratiche sovversive che si manifestano operando per una loro auto-trascendenza: un dato che è negletto nella teoria costituzionale più ortodossa. La riflessività mediale opera come una forza sovversiva interna attraverso cui un sistema sociale protesta contro la sua stessa chiusura. Questo è il vero significato dei famosi “Momenti costituzionali” (Ackerman, 2000) che emergono quando un potenziale sviluppo catastrofico ha inizio e delle forze sociali trasformative si mobilitano raggiungendo una intensità tale che la “Costituzione interna” di un sistema sociale, trasforma sé stessa⁷. La riflessività protesta contro le “tendenze naturali” dei sistemi sociali alla ricorsività, routine, sicurezza, stabilità, autorità e tradizione. Proprio contro quelle

⁷ Per diversi aspetti di questa auto-soversione costituzionale, si vedano: Kjaer *et al.* (2011). Pierre Guibentif (2016, 292) sottolinea il bisogno di estendere l’idea di auto-soversione costituzionale allo sviluppo compulsivo e psicologico nelle «organizzazioni formali, particolarmente (di estenderlo) alla “dipendenza delle organizzazioni dalla comunicazione”».

tendenze a una continuità ordinata, la riflessività imprime nell'ordine una tendenza verso il disordine, la deviazione, la variabilità e il cambiamento. La Costituzione protesta contro sé stessa, nel nome della società, del popolo e della natura, ma non dall'esterno bensì dall'interno, dalla Costituzione del sistema sociale stesso.

L'effetto paradossale della riflessività mediale è uno dei messaggi più importanti con cui la sociologia delle costituzioni deve fare i conti. Tale effetto critica la tendenza di alcuni studiosi, diventata anche più forte nelle relazioni transnazionali, ad assumere che la costituzionalizzazione politica e quella societaria possano essere esclusivamente prodotte dal diritto marginalizzando così i contributi della società. Studi empirici dei processi transnazionali di costituzionalizzazione, concludono che i suoi protagonisti non sono più attori sociali collettivi, bensì istanze giuridiche: Corti costituzionali, nazionali, Tribunali di arbitrato transnazionale. Questi studi suggeriscono che le classiche fonti del *pouvoir constituant* – rivoluzioni sociali, rivolte politiche, assemblee costituenti – giocano ora (quasi) un ruolo nullo. In una forma un po' esagerata la tesi che sta dietro queste riflessioni può essere così distillata: *dal demos ai diritti*. Il *pouvoir constituant* è migrato da processi politici (esterni) a processi giuridici (interni) (Thornhill, 2016; 2013).

Questa, però, è una tendenza molto problematica. Le funzioni costitutive e limitative delle costituzioni non possono essere agite solo mediante norme giuridiche. Sono principalmente svolte dalle riflessività dei media della comunicazione. Le Corti non possono creare a comando "Costituzioni viventi". Sotto questo profilo il diritto ha un ruolo solo sussidiario, poiché sostiene e, al massimo, induce riflessività nelle istituzioni sociali. Il suo ruolo sta nell'istituzionalizzare la riflessività mediale in sistemi sociali diversi, prescrivendo procedure di auto-limitazione e ricostruendo norme sociali in guisa costituzionale. La politica e i movimenti sociali che cercano di usare la costituzionalizzazione tramite diritto per combattere le tendenze distruttive dell'economia, della tecnologia, della medicina, dei nuovi media dell'informazione, etc., debbono considerare questo limitato potenziale del diritto. Non saranno capaci di realizzare la limitazione desiderata di quei sistemi, solo mediante un intervento giuridico esterno. A questo punto uno dei cambiamenti più significativi nella struttura giuridica che occorre nella transizione alla società-mondo diventa visibile. Niklas Luhmann (1975, 63) lo descrisse così:

al livello della società-mondo che si sta consolidando, le norme (nella forma dei valori, regolazioni, obiettivi) non guidano più la preselezione del cognitivo. Al contrario il problema dell'adattamento mediante apprendimento guadagna una primazia strutturale, e le condizioni strutturali per la capacità di apprendimento devono essere sostenute in tutti i sottosistemi.

Il meglio che le Corti possono fare per le Costituzioni societarie è creare “pressioni all’apprendimento” per i sistemi sociali. Possono indurli, in modo salutare, all’auto-sovversione.

6. La Costituzione del plusvalore non monetario¹

6.1 Generalizzazione e rispecificazione

Diverse ricezioni del pensiero di Karl Marx hanno colto un'analogia tra la logica capitalistica nell'economia, nel diritto e in altre sfere sociali. Pareto, Mosca e Weber cercarono già di identificare gli equivalenti della radicale autonomia economica, evidenziata da Marx, nella sfera politica così da traghettare il sistema politico dalla sua posizione sovrastrutturale, verso una composizione sociale egualmente basilare. Con la sua metafora influente di un nuovo politeismo, Max Weber dimostrò che la Modernità doveva le sue caratteristiche non solo alla razionalità formale del capitalismo, ma anche all'insieme delle razionalità formali analogamente costruite, includendo quella del diritto (Weber, 1976). Otto Kirchheimer ha ripreso quell'argomentazione, descrivendo un'autonomizzazione analoga dell'"apparato del diritto" e dettagliando, simultaneamente, con il concetto di giuridificazione la sua dinamica d'espansione sociale problematica parallela a quella della globalizzazione economica (Kirchheimer, 1976, 36 ss.). Niklas Luhmann ha generalizzato ancora di più l'espansione dell'economia e ha identificato processi – simultanei – di politicizzazione, giuridificazione, scientificizzazione e medicalizzazione della società (Luhmann, 1997, 757). Pashukanis ha concepito la forma del diritto in analogia alla forma marxiana della merce, con tutti i conseguenti fenomeni di alienazione (Buckel, 2007, 94 ss., Pashukanis, 2001). Bourdieu (1986a) con il concetto di capitale sociale, ha generalizzato quello marxiano di capitale – sebbene solo metaforicamente e senza una elaborazione teorica sufficiente – per significarlo come risorsa di attori che competono in diversi campi sociali per il potere². Rudolph Wiethölter spinge queste analogie oltre. Afferma che la fondamentale contraddizione reale

¹ "Die Verfassung gesellschaftlicher Mehrwerte". *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 40, 2021, 117–150. Trad. ingl. „The Constitution of Non-Monetary Surplus Values”. *Social and Legal Studies* 6, 2020, 1-21. Traduzione Gianluca Maestri.

² Bourdieu (1986a, 47) paga il suo tributo a Marx ed Engels con l'argomento «che in ultima analisi», «il capitale economico è alla radice di tutti gli altri tipi di capitale».

(*Realwiderspruch*) del diritto stia tra le forze produttive e le relazioni di produzione – nulla di nuovo sembrerebbe, ma ecco il punto! – non dell’economia, ma del diritto stesso (Wiethölter, 2015, 30). Com’è possibile? Una dialettica giuridica innata «tra forze produttive e relazioni di produzione del *diritto*»? Contro Marx, con Marx e oltre Marx, Wiethölter sviluppa il suo approccio verso una radicale autonomia del diritto e cerca di generalizzare la contraddizione logica, considerata da Marx solo nell’economia, per ri-specificarla dentro il diritto stesso. Rifiuta perciò le tesi di Marx del diritto come una sovrastruttura, cercando invece di dimostrare che le dinamiche contraddittorie che poneva soltanto nell’economia, esistono anche dentro al diritto. Ma allora – differentemente dalle teorie del diritto più critiche – la forma del diritto non è più una mera facciata che oscura i processi rilevanti nella politica economica. Piuttosto, una fondamentale contraddizione immanente al diritto spinge verso una dinamica trasformativa che non è determinata economicamente. E la sua utopia di un “diritto di diritto costituzionale” andrebbe costruita sulle contraddizioni fondamentali del diritto.

Una opzione ovvia sarebbe quella di sviluppare questa idea ulteriormente e di comprendere le relazioni di produzione innate come relazioni giuridiche così come di identificare le forze produttive legalmente rilevanti, possibilmente in relazione ai media di comunicazione e alle norme sociali. La mia proposta segue quello schema, ma va in una direzione diversa. Per identificare degli equivalenti delle forze propulsive del capitalismo in altre aree della società, suggerisco l’analogia della *avarizia*, il peggiore di tutti i peccati mortali (Aquinas, 1485, Questione 84), come equivalente al principio economico di profitto.

6.2 Plusvalori non monetari?

La critica alla società capitalista non è più soltanto diretta alla compulsione verso il plusvalore nell’economia. Neppure sfida solo la crescente economicizzazione dei mondi sociali – cioè l’espansione spinta da fanatici neoliberali del principio di profitto economico in aree sociali non economiche e che si insinua in tutte le attività per produrre profitto monetario. Una critica più radicale dovrebbe invece affrontare un tipo diverso d’espansione sociale della logica capitalistica. La mia tesi è: non solo l’economia, ma anche altri sistemi di funzione, spingono le loro operazioni a generare un plusvalore specifico – esplicitamente non monetario – ben oltre la loro immediata produzione di significato.

Nella politica il plusvalore non monetario significa che ogni decisione deve generare simultaneamente un surplus di potere politico per utilizzi futuri. Nella scienza, significa che le ricerche di successo che sono ufficialmente orientate verso la produzione di sapere, sono realmente, ma non

ufficialmente, orientate verso la massimizzazione della reputazione. Nella formazione, oltre alla preparazione delle persone alle competenze specifiche, un plusvalore del medium, cioè del successo nella selezione formativa, deve sempre essere prodotto mediante forme istituzionalizzate di test qualificanti. Nel diritto le Corti sono sotto pressione per creare un plusvalore normativo, cioè una specifica autorità persuasiva che possa essere generalizzata nel futuro sopra e oltre le concrete decisioni in un conflitto. Gli atti giuridici devono riprodurre – e se possibile incrementare – l'autorità giuridica. E anche in questo plusvalore giuridico è in gioco lo sfruttamento, in specifico di quelle persone davvero interessate soltanto al successo delle loro cause, ma che – nonostante ciò – devono trovare anche l'energia che genera nuove risorse di normatività per futuri utilizzi emergenti dai loro conflitti (Luhmann, 1988b) e, più generalmente, abilitano il diritto a riprodursi e anche a incrementare le sue capacità di generare accettazione nella società. Più drastica è la formula di Christie (1977) che vede il diritto come esproprio del conflitto. Il diritto è sistematicamente incapace di comprendere i conflitti sociali e di risolverli adeguatamente. Il motivo è che la violenza che formalizza il diritto attraverso le procedure e le concettualizzazioni giuridiche, espropria i conflitti dai loro propri contesti sociali e morali di comprensione delle parti. La nuova formula è: espropriare gli espropriatori! Ridate alle persone il conflitto! Con questo slogan suggestivo Christie esprime il disagio diffuso rispetto alla espansione del plusvalore del diritto: non responsivo, inumano, irrazionale e (non em)patetico.

Con le parole di Marx «La produzione di plusvalore o il raggiungere profitti (*Plusmacherei*) è la legge assoluta di questo modo di produzione (capitalistico)» (Marx, 2017 I, cap. XXIII). Le *ipsissima verba* di Karl Marx non sono più soltanto limitabili all'economia, ma riguardano il diritto e altre aree della società. E in questo senso specifico che le società capitalistiche sono società guidate-dal-plusvalore in un modo più universale e, allo stesso tempo, più particolaristico di quello espresso nella tradizionale critica del capitalismo.

Nel linguaggio della teoria dei sistemi: l'orientamento di un sottosistema funzionale – politica, scienza, economia, diritto, arte, formazione, religione³ – verso il suo plusvalore, significa che esiste una pressione operativa continua a rigenerare e aumentare il suo medium di comunicazione oltre al risultato reale della produzione, che solo nel caso dell'economia è quello del profitto. È il plusvalore del medium di comunicazione di ogni sistema – potere, verità/reputazione, denaro, normatività, stile, formazione/selezione, fede – che è prodotto attraverso l'applicazione riflessiva di operazioni ad altre operazioni. In questo processo riflessivo, non soltanto la normale operatività è

³ Sulla questione di stabilire se una configurazione sociale conti o meno come un sistema di funzioni in senso stretto si veda Moeller (2012, 29), Roth, Schütz (2015, 14).

resa possibili, ma allo stesso tempo ogni specifica capacità d'operare è ripristinata o anche incrementata⁴. Inoltre, se ciò è istituito come criterio di auto-regolazione, allora le diverse pressioni al plusvalore diventano le dinamiche-guida degli imperativi espansionistici nella società moderna.

Il plusvalore non è soltanto diretto al mantenimento del sistema e neppure al potenziamento di tutti i tipi di strutture, istituzioni, norme, programmi, valori, etc. Lo scopo della estrazione di plusvalore sta piuttosto nel riprodurre il medium di comunicazione nelle sue capacità operative. Ma è questa concentrazione unilaterale che crea quelle iper-dinamiche "capitaliste" che Rosa (2005b) descrive come l'accelerazione nella tarda modernità. In particolare, il plusvalore di un medium sistemico non va confuso con il suo mero aumento di prestazionalità, secondo il motto "Più in alto, più lontano, più veloce". Focalizzarsi sulla massimizzazione degli output non coglie affatto il problema. Bisogna invece focalizzarsi su ogni operazione che deve rigenerare il suo proprio medium. Definire il plusvalore sociale solo in relazione al medium di comunicazione, distingue un concetto rigorosamente sistemico da altri tentativi che descrivono come plusvalore sociale qualsiasi tipo di sottoprodotto della comunicazione⁵. Un tale uso inflazionato del plusvalore, significherebbe utilizzarlo solo metaforicamente e porterebbe a una perdita secca del suo potenziale teorico. La differenza decisiva sta nel discriminare se l'azione economica è orientata all'output produttivo o al profitto monetario; se l'azione politica si concentra sui risultati delle politiche o su guadagni di potere; se le attività di ricerca riguardano primariamente i risultati scientifici o l'incremento della reputazione; se la formazione è diretta verso specifiche competenze o verso la selezione; e se le decisioni giuridiche per giudicare i conflitti sono utilizzate per risolverli o per rigenerare l'autorità del diritto. Naturalmente e di solito, i due orientamenti vanno di pari passo, ma ciò che conta è la differenza tra l'aumento di un output e l'incremento del plusvalore.

In un linguaggio un po' diverso: l'orientamento al plusvalore dà alle operazioni del sistema uno scopo formale che si sovrappone, limita, domina e spesso porta fuori strada, falsifica o anche sabotava i fini sostantivi della loro prestazione. E, differentemente dalla famosa distinzione di Max Weber tra la purezza del diritto formale e le sue impurità dovute dalle influenze politiche, il conflitto tra l'orientamento al risultato e l'orientamento al plusvalore non è assolutamente una questione del conflitto tra forze esogene irrazionali e la razionalità del diritto. Piuttosto è un conflitto endogeno, strettamente

⁴ Questo generalizza le tesi di Luhmann sul principio di profitto dell'economia per altre funzioni (Luhmann, 2020, 45 ss.). Occasionalmente, Luhmann utilizza il concetto di plusvalore metaforicamente in un contesto non economico e giuridico particolare, ma non elabora una vera e propria teoria del plusvalore.

⁵ Di solito associato con ambizioni positive di politica sociale. Cfr. Donati (2014) e Moore (2013).

connesso alla storia della differenziazione sociale per funzioni basata sull'emergere di media comunicativi specializzati.

6.3 Plusvalore e medium comunicativo

Perché i media comunicativi? Perché è così importante incrementare il plusvalore del medium sistemico di comunicazione? Non è per nulla ovvio che i media di comunicazione dovrebbero essere gli obiettivi esclusivi delle onnipresenti pressioni al plusvalore percepite nei diversi sottosistemi di funzione. In prima approssimazione, i media di comunicazione non sono nient'altro che linguaggi speciali per diverse aree problematiche e per diverse professioni: avvocati, dottori, dirigenti, tecnici, scienziati. Il loro linguaggio è rigenerato nel normale corso della comunicazione, ma non esiste alcuna speciale pressione motivazionale per il loro aumento, né alcun particolare desiderio per un plusvalore linguistico. Storicamente, a causa della crescente differenziazione sociale, è diventato molto problematico trasmettere i risultati di una comunicazione specializzata, in particolare quando contraddice le plausibilità immediate. Anche il raffinare le tradizionali tecniche di persuasione – eloquenza e retorica – ha esaurito il suo potenziale. Perché si dovrebbero accettare le affermazioni, altamente improbabili, degli scienziati? Perché obbedire ai comandi, non convenienti, di leaders auto-proclamati? Perché ascoltare gli educatori che ci vogliono fare la lezione? Perché seguire le norme che non sono nel nostro interesse? Perché accettare le pretese di una proprietà che esclude altri dall'utilizzo?

La risposta è: il contributo speciale dei media di comunicazione, nelle loro aree di applicazione, consiste precisamente nel creare (!) i motivi per accettare una comunicazione superando la normale riottosità a farlo. È qui che si attiva il potere persuasivo-e-anche-coercitivo dei media di comunicazione⁶. Essi hanno «la funzione di rendere attesa l'accettazione di una comunicazione, in casi dove il rifiuto è probabile» (Luhmann, 1997, 316). Offerte comunicative sconvenienti e irritanti, diventano di successo non appena un medium di comunicazione specializzato aumenta le probabilità d'accettazione: la seduzione del denaro per mettere le mani su beni e servizi; le minacce del potere per l'obbedienza; le prove empiriche e teoriche per affermazioni improbabili; la pressione di crediti e d'esami per accettare un'offerta formativa; la persuasione normativa per i giudizi giurisprudenziali. I media di comunicazione sono media-di-successo, contrariamente ai meri media-di-

⁶ La sindrome del discorso/potere di Foucault non è lontana dalla teoria del sistema dei media di Luhmann e del loro potere motivante (Foucault, 1993). Tuttavia, Foucault flette il concetto di potere a tal punto che le differenze dei vari mezzi di comunicazione e i loro effetti motivazionali specifici si perdono. Inoltre, l'aggregazione di Foucault dei diversi poteri disciplinari al biopotere dello Stato finisce in uno stato-centrismo che inizialmente voleva evitare.

diffusione (oralità, scrittura, stampa, digitalità) (Baecker, 2016)⁷. I media-di-successo assicurano che una offerta comunicativa venga accettata. Una volta accettata, l'offerta diventa la premessa per ulteriori comunicazioni, senza più venire problematizzata. È un caso riuscito d'assorbimento d'incertezza. Da questo momento in avanti, non è più la comunicazione originale – bensì la sua accettazione – a contare come informazione (e così per il resto del processo). Così, intere catene di comunicazioni riuscite diventano una realtà che è basata sull'accettazione della precedente offerta comunicativa. Fino a che i media-di-successo esercitano una forza motivazionale quasi irresistibile, lavorano come il motore che spinge le immense dinamiche interne dei sottosistemi di funzione.

Il turbo di questo motore è l'orientamento al plusvalore. Ripristinare e aumentare la forza motivazionale di medium di comunicazione specializzati, accelera immensamente le dinamiche interne – questo è il ruolo decisivo della produzione di plusvalore nelle diverse sociali. Il plusvalore è il responsabile delle perturbanti pressioni alla crescita interna e alla espansione esterna, che ogni sottosistema elabora endogenamente. Più precisamente: applicando riflessivamente un medium comunicativo su sé stesso, la produzione di plusvalore ripristina e aumenta il potere motivazionale dell'accettare le comunicazioni. A una motivazione primaria, che aumenta le possibilità di accettazione, si sovrappone una motivazione secondaria che incrementa la motivazione primaria. Quando un contributo alla funzione del sistema sociale è generato, ben oltre all'attività immediata e al suo significato, diventa un plusvalore mediale che agisce come criterio di autoregolazione, come principio ricorsivo della auto-legittimazione delle operazioni sistemiche.

Mentre le pressioni al plusvalore accelerano le dinamiche interne, riducono simultaneamente e drasticamente la portata della comunicazione possibile. In ogni caso diminuiranno la probabilità del loro accadere. Certe attività non avranno luogo, perché non creeranno il plusvalore necessario. Naturalmente questo è ovvio per l'economia. Come regola, le imprese escludono la produzione di beni e servizi non profittevoli. I gruppi farmaceutici non producono medicinali per malattie rare e, come abbiamo recentemente scoperto, anche di fronte agli allarmi drammatici dei virologi, non hanno interesse per la protezione contro future pandemie. La responsabilità sociale delle imprese non viene attivata volontariamente, ma deve essere imposta mediante pressioni morali, politico-legali o della società civile. Ma questa riduzione d'attività, a vantaggio del plusvalore, esiste anche in altre sfere ed è sbagliato accusare sempre e solo la logica del profitto. Nel sistema scientifico gli studiosi non perseguiranno le ricerche da cui non si attendono un aumento della loro reputazione. L'offerta formativa non sarà accettata se non

⁷ Per le correlazioni storiche tra mezzi di diffusione e strutture giuridiche si veda Vesting (2015).

è accompagnata dalla pressione degli esami e su analoghe procedure di valutazione. I politici non lotteranno per politiche che potrebbero indebolire le loro posizioni di potere. Normalmente le virtù dello statista richiedono decisioni per il bene del bene pubblico, impopolari, che sfociano in una perdita secca di potere e, solo in rarissime occasioni, nell'ammirazione pubblica. Le Corti e i tribunali rifuggono dai giudizi che verrebbero percepiti come scandalosi. Un esempio che colpisce davvero viene dalla Corte costituzionale tedesca: mentre il giudice Winfried Hassemer ha proposto la decisione, meticolosamente argomentata, d'abolire la punizione penale per l'incesto tra fratelli (ci si riferisce al caso di un fratello, allontanato molto piccolo dalla sua famiglia, che diventato adulto ritrova la sorella, mai prima frequentata, e si innamora: NdT), la maggioranza ha banalmente rifiutato di seguirlo⁸. L'autorità giuridica ne avrebbe sofferto se i giudici avessero osato toccare quel tabù così radicato. La ragione per questa esclusione d'attività è che le condizioni d'*accettabilità* limitano il numero di decisioni realizzabili. L'accettazione, come forza motivazionale della comunicazione, è diventata un bene scarso che va rigenerato sempre e ancora. Questo sottoprodotto necessario deve essere creato dalle operazioni di pagamento dell'economia, in modo non diverso dalle decisioni sui conflitti nel diritto, da una decisione politica, dalle operazioni epistemiche nella scienza, dagli avanzamenti pedagogici nella formazione o negli interventi di cura nella medicina.

6.4 Orientamento al plusvalore individuale vs. istituzionale

Per evitare fraintendimenti andrebbe sottolineato che il potere motivazionale dei media comunicativi non è diretto a influenzare stati mentali di individui. Genera invece aspettative sociali vincolanti relative a posizioni sociali (persone, organizzazioni, reti), cioè costrutti semantici di comunicazione che procedono con la mera assunzione, supposizione, quasi finzione – e non con la vera realizzazione – di corrispondenti stati individuali di coscienza. La avidità individuale deve essere chiaramente distinta dall'orientamento sociale al plusvalore. Ciò che motiva davvero le persone ad agire non è l'obiettivo primario dell'orientamento socialmente istituito al plusvalore. I media comunicativi formano motivi sociali e hanno solo un effetto indiretto sui processi intrapsichici. *Homo oeconomicus, politicus, giuridicus, scientificus, educativus* – questi *homuncoli* non vanno identificati con le persone reali e neppure sono meri costrutti delle scienze sociali. Sono invece istituzioni

⁸ Cfr. Bundesverfassungsgericht BVerfGE 120, 224–273 con opinione dissenziente di Hassemer.

costruite dalle stesse pratiche sociali⁹. Questa separazione netta tra i processi comunicativi sociali e quelli psichici individuali è cruciale per comprendere le dinamiche d'orientamento al plusvalore¹⁰. E, il punto di partenza, è la divisione netta dello psichico dai processi sociali, entrambi responsabili della creazione dei loro modi di significato. Il conseguimento più importante di Luhmann è stato quello di costruire, a fianco della fenomenologia della coscienza una fenomenologia della comunicazione, senza sostituire la seconda con la prima¹¹. Ciò porta a una tipica duplicazione di fenomeni che erano sempre stati compresi solo psicologicamente. La memoria, per esempio, non è soltanto una serie di eventi intrapsichici, ma pure un processo comunicativo sociale istituzionalizzato. Per altri fenomeni che erano compresi solo come prodotti mentali individuali – intenzioni, strategie, interessi, preferenze o comprensioni – una distinzione deve essere posta rispetto a se occorrono nella coscienza individuale o se procedono come processi di comunicazione, indipendenti dalla coscienza. E lo stesso è vero anche per i motivi del plusvalore – per i motivi di profitto nell'economia e per gli altri motivi di plusvalore nella società. I processi sociali sono orientati verso la produzione di plusvalore tanto quanto i freddi e distaccati calcoli di successo, e misurano ciò che è acquisito – che sia o meno accompagnato dall'avidità individuale – per il potere, il denaro, la reputazione o per la carriera.

Ciò non esclude un'affinità elettiva tra i processi psichici e le strutture sociali, tra l'avidità individuale e le pressioni sociali al plusvalore; piuttosto porta l'affinità in primo piano nella relazione di reciproca implementazione. Dopotutto, gli *hedge fund* fascinano e attraggono personalità avidi. Gli avvocati hanno spesso delle personalità autoritarie. I media di comunicazione producono solo impulsi indiretti per la coscienza, ma quando li attivano forzano l'individuo nella “gabbia di acciaio di schiavitù del futuro” di Weber che qui va intesa non solo come la repressiva burocrazia moderna, ma anche come la pressione motivazionale a produrre plusvalore. Per sottolineare il punto anche in questo contesto, l'individuo è allora soggetto non solo alla compulsione al profitto tipica dell'economia capitalista – che normalmente si presume sia la causa di queste dinamiche – ma anche ad altre pressioni al plusvalore: pressioni politiche verso il potere; pressioni scientifiche alla reputazione e alla tecnologia; pressioni degli esami a scuola e all'università; pressione dei mezzi di informazione alla novità; e le minacce di sanzioni del diritto. La forza motivazionale di questi diversi media di comunicazione, «lotta sempre per aumentare e, in tal senso, è il “soggetto automatico” della

⁹ Per un approfondimento su questo argomento contro le teorie psicologiche ed economiche dell'attore razionale e la loro sostituzione con una riformulazione sociologica cfr. Hutter e Teubner (2000).

¹⁰ Per un'ampia trattazione della separazione dei sistemi psichici e sociali e delle loro interrelazioni si veda Moeller (2012, 79 ss.).

¹¹ Per una concettualizzazione concisa cfr. Luhmann (1990c, 251 ss.).

società, costituito da esseri umani e dalle loro azioni quotidiane, ma che simultaneamente li assoggetta totalmente e li rende dei meri funzionari di un processo anonimo e inconscio che è fuori dal loro controllo» (Kempter, 2020, 1)¹².

In ogni caso ciò che conta per la forza ubiqua del plusvalore è la sua ferma e permanente istituzionalizzazione in diversi sistemi sociali che la rende indipendente dai desideri individuali idiosincratici. I media della comunicazione delineano primariamente la formazione di motivi sociali che guidano i processi sociali e, sotto condizioni limitate, hanno un effetto diretto sui processi individuali psichici. Ma essi funzionano sia che gli individui siano d'accordo, sia che non lo siano: operano appunto anche contro la volontà degli individui coinvolti. Qui, nella loro istituzionalizzazione sociale e non nella motivazione interiore degli individui, sta la violenza strutturale delle diverse pressioni al plusvalore concepite come volontà di potere, di denaro, di diritto, di verità, di stile, di fede, che viene oggettificata nelle istituzioni sociali, così come nei processi comunicativi, ed imposta agli individui.

6.5 Substrati, forme e competenze mediali

Occorre sottolineare che le pressioni al plusvalore sono dirette verso posizioni decentralizzate (persone, organizzazioni, reti), in un sistema sociale e non sul sistema sociale stesso. Questa distinzione chiarisce il focus esatto dell'orientamento al plusvalore. Mentre la riproduzione del denaro nell'economia è un problema decisionale delle banche centrali – che sono esplicitamente non profit – l'orientamento al profitto è atteso per la singola impresa economica al fine di riprodurre e incrementare la sua solvibilità. L'impresa deve rigenerare la forza mutazionale del medium denaro a suo vantaggio. Poiché ogni pagamento diminuisce l'ammontare di denaro disponibile, per ogni singolo attore economico è una questione di sopravvivenza focalizzarsi sulla profittabilità. Similmente quando gli attori politici attivano i loro poteri di minaccia, il potenziale di potere a loro disposizione viene “liquidato”, così che essi sono obbligati a rigenerarlo e ad aumentarlo nuovamente. Nel sistema scientifico la strategia dei ricercatori e delle istituzioni di ricerca sta nell'aumentare la loro reputazione; in caso contrario tendono a scomparire. Nel sistema formativo la rigenerazione e l'incremento delle conoscenze personali, deve essere rinforzato da una serie di certificati formativi. E nel sistema del diritto, le Corti e i tribunali subiscono la pressione a rigenerare l'autorità giuridica con le loro decisioni.

Se è vero che ci si aspetta un surplus di produzione dalle singole posizioni sociali, quale capacità va aumentata? Qual è il proverbiale talento da

¹² Il “soggetto automatico” fa riferimento a Marx (2017, cap. IV, 1).

investire per aumentare il proprio rendimento?¹³ La risposta si può trovare se si guarda nei dettagli della teoria dei media. Nei termini più astratti, è la differenza fra medium e forma – più precisamente la differenza fra il substrato mediale e le sue forme medialità – che è qui al lavoro¹⁴. Il termine generale “medium” stenografa il processo circolare che avviene fra tre componenti: 1) il substrato mediale; 2) la forma mediale e 3) la competenza mediale di ogni posizione sociale. 1) Il substrato mediale è il linguaggio specializzato di un sottosistema di funzione (denaro, potere, verità, carriera, normatività) la forza motivazionale che rappresenta la condizione per il successo comunicativo. 2) Questo linguaggio indeterminato viene condensato, attraverso singole operazioni, in forme medialità diverse, ma determinate (i pagamenti, i comandi, le cognizioni e il sapere, le obbligazioni) – i traghettatori della forza motivazionale. 3) La competenza mediale (l’abilità di pagare, il potenziale di potere, l’autorità reputazione, il sapere e le competenze acquisite nella formazione, l’autorità normativa) viene ascritta a una posizione sociale come sua capacità di mobilitare le forme medialità.

Qui si palesa una distinzione importante: mentre il substrato mediale viene rigenerato nel corso della comunicazione, la competenza mediale è consumata in ogni singola operazione della forma mediale. Perciò, sempre e comunque, la competenza mediale di una posizione sociale deve essere rigenerata, almeno come sottoprodotto delle sue operazioni (Luhmann, 1990d, 197). Se non fosse così la reputazione dei ricercatori svanirebbe, il potere delle parti o di politici verrebbe liquidato, l’autorità normativa delle Corti delegittimata, il denaro dei consumatori speso, il sapere personale pietrificato. Proprio qui è dove il plusvalore entra in gioco. La produzione di plusvalore rigenera e incrementa la competenza mediale delle singole posizioni sociali. Valori sostanziali diversi, in differenti sottosistemi e operazioni sociali, vengono calcolati nei termini del loro specifico plusvalore e vengono orientati verso la produzione reale di plusvalore. *L’homo oeconomicus, politicus, giuridicus educativus, scientificus*, mentre producono beni e servizi, decisioni politiche, soluzioni ai conflitti giuridici, impulsi pedagogici, o risultati scientifici, sono tutti simultaneamente obbligati a incrementare la loro competenza mediale.

Che dire, allora, degli aspetti politicamente esplosivi del profitto economico e di altri plusvalori quali lo sfruttamento e l’espropriazione? Vengono forse persi in questa astratta concettualizzazione? Per nulla. In molti campi sociali lo sfruttamento è una conseguenza brutale della produzione di

¹³ Nella parabola dei talenti, *Mt.* 25, 14-30 e *Lc.* 19, 12-27, probabilmente una prima versione di un concetto generalizzato di plusvalore, il trasferimento di significato avviene non come solitamente inteso dal mezzo del denaro ai molteplici talenti delle persone, ma alla comunicazione della religione – alla fede.

¹⁴ Introdotto dalla teoria dei media di Heider (1926) per la percezione; ulteriormente elaborata da Luhmann (2012, 98 ss.) per la comunicazione.

plusvalore che riappare ora in forme diverse. Non come sfruttamento dell'uomo verso l'uomo, quanto piuttosto come sfruttamento sistemico. I sistemi sociali sfruttano sia gli esseri umani che i sistemi. In diversi modi l'estrazione sistemica di plusvalore sfrutta le energie umane corporali, psichiche e sociali, costringendo la diversità dei loro valori sostanziali nell'unico valore formale d'incremento del potere motivazionale dei media.

Come per l'esproprio, le pressioni al plusvalore non sono finalizzate primariamente allo scremare il plusvalore per usi privati, come afferma l'interpretazione convenzionale del profitto economico quale reddito per i lavoratori o i capitalisti. Non si tratta affatto dell'antagonismo tra produzione pubblica e appropriazione privata: al contrario, si tratta invece del distacco dai motivi privati in favore degli aspetti pubblici della produzione di plusvalore¹⁵. Nella discussione sul profitto economico, è stato troppo enfatizzato l'esproprio del plusvalore che qualcun'altro ha prodotto. Questa sopravvalutazione dell'appropriazione e della lotta per la distribuzione di plusvalore, rovina davvero la teoria dei campi sociali di Bourdieu. Combinando le teorie della differenziazione sociale con le teorie della lotta di classe, egli generalizza produttivamente la categoria di capitale identificandone i tipi entro i diversi campi sociali. Rifacendosi però all'idea che tutta la Storia sia storia della lotta di classe, egli pretende di catturare la totalità delle società moderne che sussume l'intera varietà di campi sociali¹⁶. Attraverso il predominio del campo del potere, Bourdieu attribuisce primazia alle relazioni e all'identità di classe rispetto ad altre relazioni sociali o altre identità collettive. Con questa mossa teorica, sottovaluta le differenze qualitative tra i campi sociali e impoverisce il nuovo politeismo di Max Weber, riducendolo a una mera lotta di potere e di distribuzione condotta dalle élite dominanti contro il popolo dominato. Perciò le razionalità e le normatività autonome dei differenti campi perdono il loro potere motivazionale e servono solo come limiti all'azione, mentre solo il potere è concepito come la vera forza motivazionale attiva nella competizione per le posizioni sociali. Questo il motivo per cui Bourdieu non coglie la diversa funzione di forze motivazionali radicate nei differenti media di comunicazione.

Se e in quale grado l'appropriazione sia coinvolta nella produzione di plusvalore, dipende dalla attribuzione – contingentemente istituzionalizzata – di plusvalore a una o all'altra posizione sociale (i manager sono produttori di plusvalore che dovrebbe essergli riconosciuto?). Davvero come distribuire il plusvalore tra posizioni sociali diverse è un problema dibattuto fortemente, aperto alla controversia politica e che ha bisogno di decisioni politiche – ovviamente sia nell'economia che nella politica – ma anche nella scienza dove l'attribuzione della autorialità e dei diritti di proprietà immateriale è una

¹⁵ Luhmann (2020, 45) sviluppa questo argomento per il principio del profitto dell'economia.

¹⁶ Si veda Bourdieu (1986a). Per il sistema giuridico in particolare cfr. Bourdieu (1986b).

questione politica pervasiva. Lo sfruttamento delle energie umane e l'esproprio dei plusvalori, avviene continuamente nei diversi sistemi sociali e incita alla condanna morale e politica del plusvalore in quanto tale. Ma questo è un giudizio troppo generico. Lo sfruttamento massivo, l'esproprio continuo di plusvalore e un'altra intera serie di aspetti negativi, non ci dovrebbero accicare rispetto alla simultanea qualità di beni pubblici o di plusvalori. La pressione a produrre plusvalori di forza motivazionale, rappresenta la normale "tassazione", immanente a ogni operazione che serve per adempiere alle funzioni sistemiche: il plusvalore del denaro nell'economia serve ad assicurare i bisogni futuri della società (Luhmann, 1970); il plusvalore delle sentenze giuridiche nei tribunali e nelle Corti, serve alla produzione di norme nella società; il plusvalore di potere delle politiche serve come risorsa generalizzata per decisioni politiche future; il plusvalore del sapere per la formazione di teorie scientifiche; il plusvalore educativo serve come produzione di certificati; il plusvalore della medicina, per lo sviluppo della sanità.

6.6 Rigenerazione o aumento?

Mentre è plausibile che ogni operazione debba rigenerare continuamente la forza motivazionale del suo medium comunicativo, è meno chiaro perché l'incremento ha luogo ovunque nella estrazione di plusvalore. Per l'economia è chiaro: mentre la mera rendita rigenera le capacità di pagamento per la sopravvivenza delle imprese, l'incremento è richiesto per assicurare il raggiungimento di bisogni futuri. Ma cosa possiamo dire sul plusvalore produttivo non economico? Armin Nassehi si è occupato, in un contesto di differenziazione funzionale, del continuo aumento nella Modernità che chiama "incremento d'opzioni". Identifica la codificazione binaria come responsabile delle dinamiche di crescita infinita delle operazioni sistemiche. «Poiché i moderni sistemi di funzione sono sistemi codificati, mancano di una regola di blocco e della capacità di adeguata autolimitazione» (Nassehi, 2019, 181 e 178 ss.). La mancanza di una regola di blocco sfocia in un incremento radicale d'opzioni che egli mostra per la scienza, la medicina, l'economia, i media, la politica, il fondamentalismo religioso, così come per i processi digitali. La codificazione binaria è una condizione necessaria per le tendenze d'incremento, ma non sufficiente a spiegare la reale dinamica di aumento. Ciò che fa muovere i sistemi di funzione non è la codificazione binaria, ma la forza motivazionale del loro medium comunicativo e l'accelerazione attraverso le pressioni a creare plusvalore.

Perché? La risposta ipotetica è che un momento eccessivo di aspettative, un tipo di "credito" ad alto rischio nelle comunicazioni future, è nascosto nella motivazione ad accettare le comunicazioni create dai media – proprietà/denaro, potere, normatività legale, verità/reputazione. Questo

momento può essere soltanto “incassato” con “pagamenti” sempre più alti che, di conseguenza, reagiscono sull’incremento di aspettative di “credito” cosicché si rende necessaria una dinamica incrementale e si sviluppa una spirale di crescita del plusvalore. Questa causa sottostante della spirale di crescita non va più osservata come specifica solo per il medium del denaro, ma invece come caratteristica generale dei diversi sottosistemi funzionali. Questa dinamica incrementale viene capita meglio se si identificano tre diverse dimensioni della produzione di plusvalore: quella temporale, materiale e sociale. Per la sua dimensione temporale Hartmut Rosa ha diagnosticato un ciclo di accelerazione che trasforma le strutture temporali orientandole a una accelerazione permanente della riproduzione mediale (Rosa, 2005b). Nella dimensione materiale, Rudolf Stichweh ha osservato, in diversi sistemi sociali, una tendenza incrementale non solo diretta a rigenerare, ma anche ad aumentare la produzione di simboli che sono guidati da un imperativo di crescita intrinseca. Egli registra la differenza tra il normale stato di un processo di crescita, leggermente inflazionato, e delle crisi che inducono una crescita eccessiva (Stichweh, 2011, 46 ss.). È però particolarmente nella dimensione sociale che la compulsione all’incremento mediale – invece che la mera *restitutio in integrum*, di un semplice mantenimento del sistema, diventa evidente. Le pressioni al plusvalore sono causate da un’epidemia sociale cioè dalla diffusione di imitazioni e contagi che sono stati individuati particolarmente nel “comportamento di gregge” dei mercati finanziari (Stäheli, 2011). Espresso in un registro più astratto, sono i conflitti mimetici *à la* René Girard che generano una dinamica competitiva che sfocia in una reciproca offerta incrementale di produzione di plusvalore (Girard, 2016, 283 ss.). In tutte e tre le dimensioni “pagamenti” anticipati generano aspettative di incremento di “pagamenti”, che reciprocamente, spingono il successivo pagamento anticipato in una dinamica inizialmente stabile che ha la tendenza di puntare verso un aumento incontrollabile. Ciò scatena una dinamica che non può essere più osservata come un ciclo statico, ma come una spirale di crescita accelerata.

6.7 Differenze nell’orientamento al plusvalore: economia, politica, diritto, scienza, formazione.

Ovviamente esistono differenze rilevanti tra orientamenti al plusvalore. Né un’*analogia entis* né una *praesumptio similitudinis* sta imponendo il plusvalore ovunque e aree sociali diverse non sono necessariamente omologhe nel loro orientamento. Le analisi comparative, invece, non devono cercare solo somiglianze e convergenze, ma allo stesso tempo differenze e deviazioni. Usando il plusvalore come il suo *tertium comparationis*, le analisi comparano sistemi sociali diversi per produrre nuove domande di ricerca

empirica, teorica e normativa: fino a che punto si può generalizzare un principio strettamente istituzionalizzato in un sistema sociale specifico? A quale grado bisogna ri-specificarlo da un particolare contesto all'altro? Più concretamente e per il problema in questione: è possibile generalizzare il profitto economico per incastrarlo in una teoria dei media della comunicazione? Possono essere trovati equivalenti al profitto economico in altri contesti? E se esistono, cosa hanno in comune? In cosa differiscono? Possono essere identificate relazioni tra diversi plusvalori, per esempio il loro mutuo rafforzamento, conflitti strutturali tra di essi, tendenze espansive e finanche di sfruttamento tra un plusvalore alle spese di altri? Che dire della loro reciproca convertibilità, laddove il plusvalore non monetario è trasformato in profitto economico e viceversa? Che tipo di problemi sollevano per le politiche pubbliche, per la regolazione giuridica e per il diritto costituzionale?

Questa comparazione dimostra l'alta visibilità del principio del profitto nell'economia, per differenza ai plusvalori di altri domini sociali. Per comprendere questa differenza usiamo ancora la distinzione tra substrato mediale e forme mediali. Il substrato di comunicazione consiste di elementi accoppiati in modo lasco, mentre essi sono condensati in forme mediali in accoppiamenti "stretti" (Heider, 1926; Luhmann, 1997, 190 ss.). Il punto è che questi accoppiamenti divergono in grado e strettezza. Queste variazioni sono responsabili delle differenze tra forme diverse di produzione di plusvalore. Il denaro, il substrato mediale dell'economia, è un caso paradigmatico d'accoppiamento stretto nelle sue forme mediali. Sebbene esistano numerose forme del medium monetario – denaro come merce, fiat, fiduciario, commerciale bancario, di conio, così come diverse monete e più recentemente anche una varietà di denaro digitale – il vantaggio specifico della relazione economica medium/forma, sta nel suo alto grado di formalizzazione, finanche di matematizzazione e digitalizzazione. Ciò permette una (improbabile) alta precisione nel calcolo del plusvalore e una facilitazione nella convertibilità reciproca delle sue diverse forme mediali. Il valore economico di quasi tutto può essere formalizzato numericamente in termini monetari, il che rappresenta la premessa per il calcolo razionale nel nome di una – e solo una – logica visibile ovunque: quella del profitto monetario.

In modo diverso il calcolo del plusvalore politico ha un livello di precisione e di affidabilità molto meno alto, perché una complessa diversità di forme mediali è inscritta nel medium del potere. Il potere è espresso in molte forme diverse che non sono per nulla semplicemente convertibili l'una nell'altra. E sono anche meno formalizzate. È vero che il calcolo dei risultati di voto, per i seggi in Parlamento e per le decisioni di maggioranza, misurano accuratamente il livello di potere e che le tecniche sondaggistiche, così come gli indici di popolarità, permettono una formalizzazione soddisfacente delle differenze nel potenziale di potere. Ma ciò che conta ugualmente, se non in misura maggiore, nella competizione per il plusvalore di potere sono i

guadagni non formalizzabili delle manovre politiche quotidiane così come dei cambiamenti di potere di lungo termine. Perciò l'ammontare del plusvalore di potere può essere precisamente rilevato solo attraverso previsioni e ipotesi molto raffinate, per differenza, con il preciso calcolo del profitto economico.

Nel diritto l'orientamento al plusvalore è quasi invisibile. Bisogna ricordare la famosa parabola del dodicesimo cammello per vederne i contorni: tre ereditieri non riescono a dividere l'eredità, lasciata dal padre, di undici cammelli. Un saggio Khadi risolve il conflitto prestando il suo cammello. Adesso i dodici cammelli possono essere divisi secondo la strana proporzione del testamento del padre e, miracolosamente, anche quello prestato può tornare al suo proprietario¹⁷. Il ritorno del cammello al Khadi è il punto fondamentale della parabola. Simbolizza il plusvalore del diritto. Per una rigenerazione del medium del diritto è cruciale che il Khadi riformuli la sua decisione in modo tale che il dodicesimo cammello, l'autorità giuridica che garantisce l'accettazione, non sia usata solo per risolvere il caso concreto, ma allo stesso tempo ritorni al Khadi. Perciò il plusvalore giuridico rende possibile che la forza persuasiva dell'autorità giuridica sia ripristinata e aumentata. Ciò però accade in un'enorme diversità di forme mediali: attraverso la minaccia di sanzioni, l'autorità delle Corti superiori, la coerenza dottrinarica, le decisioni che soddisfino il bisogno delle parti in conflitto e, ultimo ma non meno importante, attraverso ragioni anche plausibili per il pubblico più vasto. Perciò la condensazione del medium, in forma di diritto, accade in tante e tali diverse manifestazioni che il plusvalore complessivo degli atti giuridici diventa quasi indiscernibile.

Ancora più problematico è l'orientamento al plusvalore nella scienza (Luhmann, 1983a; Schimank, 2016). Qui non è soltanto la sua bassa visibilità, ma la sua problematica legittimità che crea impaccio. A prima vista la scienza appare come un caso semplice di produzione di plusvalore. Il suo medium di comunicazione è la verità, qui intesa come la certezza del trasferimento di un atto comunicativo capace di far accettare anche asserzioni improbabili in contraddizione con la percezione e il senso comune. In termini astratti, il plusvalore andrebbe prodotto raffinando continuamente teorie e metodi empirici che potenziano la plausibilità dei risultati di ricerca. Esistono però limiti a produrre forza motivazionale per la verità, mediante l'incremento della plausibilità dei risultati concreti di ricerca. Innalzare le richieste metodologiche, per stabilire certezze, fa della plausibilità un bene scarso. Con la crescente specializzazione tra le discipline, infatti, il numero di colleghi che sono competenti per giudicare il valore scientifico della ricerca, sono drasticamente in diminuzione così che, per la comunità scientifica intera, i raffinamenti metodologici e teoretici tendono a perdere la loro forza a

¹⁷ Per le diverse interpretazioni della parabola si veda Dupuy (1988) e i contributi in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (2000/21) e *Droit et Société* (2001).

motivare l'accettazione. Inoltre, teorie e metodi non posseggono la capacità di guidare la distribuzione di risorse e neppure quella di coordinare la cooperazione scientifica.

La via d'uscita da questo dilemma sta nel creare un surrogato della forza motivazionale della verità, mediante teorie e metodi: la reputazione. L'opinione pubblica, interna alla comunità scientifica, determina e distribuisce la reputazione come mezzo per facilitare il consenso sulla qualità scientifica. La reputazione serve come sintomo per la verità. In questa veste, la reputazione diventa il medium primario di comunicazione nella scienza. Crea i motivi per accettare i risultati della ricerca, motiva l'allocazione delle risorse, orienta le decisioni di reclutamento del personale; in breve, serve come meccanismo di autoregolazione del processo scientifico.

Ma un surrogato rimane un surrogato! L'intenzione originale, giudicare la qualità della ricerca scientifica, è sostituita dalla reputazione che orienta le attività dei ricercatori verso dei sintomi invece che alle materie stesse. La reputazione è solo un credito di verità. Esiste sempre il pericolo che il credito reputazionale venga incassato, quando l'uso di teorie e metodi siano davvero valutati come indicatori reali per la qualità della ricerca. In ogni caso, nella vita accademica quotidiana, la reputazione diventa la moneta corrente usuale sul mercato accademico. Il valore della reputazione è inoltre diventato quantificabile: quantità di pubblicazioni, *Impact Factor*, indici citazionali e volume finanziario di Finanziamenti¹⁸. Così tutti i tipi di fallimento del mercato si palesano: mainstreaming di ricerca dovuto alla peer reviews, calcificazione attraverso cartelli citazionali, scritture fantasma, sfruttamento di ricercatori, abusi gerarchici in progetti di ricerca condivisi, falsificazione di dati, plagio, tecniche di ricerca subottimali, etc. La legittimità della reputazione è sempre stata problematica, ma nonostante tutte queste disfunzionalità gli indici reputazionali rimangono normalmente utilizzati per la valutazione delle carriere, per le procedure di reclutamento accademico, per la preselezione d'informazioni affidabili di ricerca nell'allocazione di risorse monetarie. A causa di questa combinazione unica di *quality assessment*, di controllo professionale reciproco e di decisioni di governo, il plusvalore reputazionale è diventato la forza motivazionale dominante nel campo scientifico.

Una diversa ambivalenza nell'orientamento al plusvalore è osservabile nel campo della formazione. Qui non è un codice surrogato che rimpiazza il codice primario, bensì un secondo codice che si sovrappone al primo. I codici surrogati sono applicati alternativamente, mentre i diversi codici cumulativamente. La scienza comunica sia attraverso il codice della verità sia attraverso quello della reputazione. La formazione usa il codice dell'educazione simultaneamente al secondo codice: «la formazione e la selezione operano nello stesso sistema e devono adattarsi l'una all'altra» (Luhmann, 2002a,

¹⁸ Vedi ad esempio Flink, Simon (2014).

74). La formazione parla il linguaggio delle carriere; la vita delle persone che deve essere formata mediante l'influenza di impulsi pedagogici. Questo è lo spazio dove la comunicazione educativa accelera. Il medium comunicativo della biografia-carriera, è condensata nella forma dell'acquisizione individuale di saperi e di competenze. Però gli impulsi pedagogici non seguono normalmente uno e soltanto uno dei codici binari: oscillano tra i due codici dell'acquisizione di sapere e della selezione. Le pressioni del plusvalore si concentrano però sul codice della selezione e sul suo medium. Ciò che conta davvero nella formazione non è l'ampliamento degli orizzonti individuali o la *Bildung* della personalità degli studenti, ma la competizione per i titoli, collezionare crediti, passare esami fondamentali, concorsi e altre procedure di selezione¹⁹. Ciò che Bourdieu chiama "capitale sociale istituzionale", nel nostro linguaggio la competenza mediale, è aperto a una importante quantificazione del plusvalore: documentazione della prova permanente di sapere individuale, titoli, premi, crediti, e altri riconoscimenti professionali accademicamente sanzionati da qualifiche legalmente garantite. Le enormi conseguenze che la quantificazione del plusvalore formativo crea sono dimostrate dai *concours* in Francia che «dal continuum di infinitesimali differenze nelle prestazioni, produce differenze nette, assolute e durevoli, come quelle che separano l'ultimo candidato vincente dal primo perdente e istituisce una differenza essenziale tra le competenze riconosciute e garantite» (Bourdieu, 1986a, 66).

6.8 Ambivalenze esorbitanti

Andrebbe riconosciuto che la precisa calibrazione delle diverse pressioni al plusvalore verso uno e solo un medium comunicativo nel suo contesto specifico, in condizioni di differenziazione funzionale è stato il trampolino per lo scatenamento di immense forze produttive. Guidato da un orientamento monodimensionale al plusvalore, ogni sistema sociale specializzato è stato capace di sviluppare la sua razionalità senza alcuna considerazione per le altre. Questa paradossale mono-funzionalità multipla di sfere autonome ha attivato in ogni sottosistema un'alta produttività. Alla luce di questi vantaggi è difficile credere che la società abbandonerà i suoi orientamenti molteplici al plusvalore.

Non diversamente dalla pressione al profitto, tipica dell'economia, le pressioni al plusvalore non monetario hanno il loro lato negativo. Le tendenze distruttive e autodistruttive che Marx giustamente attribuiva alla massimizzazione del profitto illimitato nell'economia, si sono moltiplicate nelle

¹⁹ Per un'analisi dettagliata del mezzo/forma nella formazione universitaria si veda Stichweh (2013, 266 ss.).

pressioni al plusvalore non monetario di altre aree sociali che operano con non meno forza. La loro crescita endogena porta a diversi tipi di disfunzionalità. In ogni sistema sociale, nella politica, nell'economia, nel diritto, nella scienza e tecnologia, la massimizzazione di plusvalore illimitata diventa quasi una dipendenza collettiva, cioè la ripetizione e moltiplicazione d'un comportamento sociale che si auto-danneggia a prescindere dalla consapevolezza chiara dei suoi effetti pericolosi²⁰. E nelle loro relazioni esterne, l'espansione colonizzante dei sistemi, estrae plusvalore da altre sfere della società. Processi di economicizzazione globale, politicizzazione, scientificizzazione, giuridificazione hanno luogo anche simultaneamente e con conseguenze disastrose per l'ecologia in un senso ampio, cioè per il mondo naturale, per la società e per gli individui. Sempre di più, è mediante il plusvalore illimitato interno e la scrematura del plusvalore di altre aree della società che questa commette i suoi peccati mortali²¹.

Per nominare, vergognarsi e condannare gli esempi più importanti: le politiche totalitarie di Hitler e Stalin furono realizzate incrementando illimitatamente il plusvalore del potere politico politicizzando altre aree sociali (*Gleichschaltung*) che vennero svuotate dei loro poteri. Fukushima rappresenta gli eccessi delle pressioni al plusvalore tecnologico. Il dottor Mengele, che inviò i risultati dei suoi esperimenti crudeli nei campi di concentramento al Kaiser Wilhelm Institute di Heidelberg, esemplifica la perversione delle pressioni al plusvalore per il sapere scientifico svincolato da ogni moralità. Nuove patologie sorgono da un'eccessiva medicalizzazione che vuole diffondere un plusvalore di terapie mediche per ogni caso individuale di sofferenza.

E nel diritto? Una giuridificazione eccessiva della società sfocia in nuove ingiustizie perché cerca di estrarre il plusvalore normativo delle decisioni giuridiche, dai conflitti che avvengono nei diversi sistemi sociali. E lo fa senza tener conto del pericolo che i conflitti umani siano strappati dal loro contesto di vita e distorti dalla formalizzazione giuridica. Con il drammatico argomento della «colonizzazione del mondo della vita», Jürgen Habermas (1985b, 203) ha analizzato l'eccessiva giuridificazione che viene qui interpretata come lo sfruttamento dei conflitti da parte del diritto. La tentazione di una giuridificazione del mondo, significa che il suo orientamento al plusvalore è esteso a tutta la società. Invece che limitare se stessa a giudicare i conflitti, basandosi sul codice eguale/ineguale – diversamente dalle richieste di giustizia politica distributiva e di giustizia morale di riconoscimento – il diritto prova con una tracotante ricerca di rettitudine a realizzare una società giusta applicando gli strumenti della giustizia giuridica. Proprio decidere dei problemi del mondo attraverso il codice binario del diritto, rappresenta il

²⁰ Sulla dipendenza collettiva che deve essere distinta dalla dipendenza individuale si veda Femia (2013b, 152, 161 e 165). Inoltre, cfr. Teubner (2011, 4-42 e 147).

²¹ Sulle pressioni patologiche della ripetizione e della moltiplicazione (*Steigerungszwang*) nei sistemi di funzioni si veda Nassehi (2019, 178 ss.), Rosa (2005a, 295 ss.).

summum ius summa injura della differenziazione funzionale. La spinta delirante dell'espansionismo può essere osservata anche con altre formule di contingenza: con quella economica che descrive tutti i problemi del mondo come una questione di scarsità risolvibile solo attraverso mezzi economici; con la formula di legittimazione della politica e con la formula di limitazionalità della scienza. Tutte queste formule di contingenza promettono di produrre la buona società, sebbene di fatto non possano che dare risposte parziali nei loro settori limitati. La giustizializzazione, come tentativo di risolvere tutta la società nella giustizia e attraverso strumenti giuridici, è disastrosa perché porta all'imperialismo del plusvalore della razionalità giuridica, in parallelo a quelle economica, politica e scientifica: una crescita unidirezionale di giustizia giuridica che dovrebbe essere limitata politicamente. Questo imperialismo di un plusvalore parziale è pericoloso perché risponde al bisogno umano di una giustizia in-divisibile. Sebbene sia risaputo che questo desiderio non possa essere esaudito nella modernità, la giustizia giuridica come giustizia societaria continua a offrire false promesse di salvezza. Produce sia una miscela pericolosa di problemi senza risposta e di risposte ipocrite. L'ideologia dei diritti umani, come l'ideale di una società giusta – l'imperialismo del plusvalore giuridico – produce la ricerca totalitaria di una giustizia che proietta la limitata giustizia giuridica su tutta la società.

6.9 Problematiche costituzionali

A questo punto diventa chiaro che una simile ambivalenza eccessiva tra i plusvalori, crea problemi costituzionali di grande rilevanza. L'orientamento al plusvalore è dopotutto il motore reale – l'idea direttrice – nelle istituzioni economiche e non economiche della società capitalista e che è sì responsabile delle sue dinamiche produttive, ma ancora di più per i suoi effetti distruttivi. Poiché i sistemi di funzione non dispongono di regole-di-blocco che limiterebbero le loro dinamiche espansive, sarebbe in particolare il ruolo delle Costituzioni quello di produrre limiti alle tendenze distruttive di crescita (Nassehi, 2019; Teubner, 2012). Ma quando la critica al capitalismo non è più soltanto una critica del principio del profitto, ma di una produzione di plusvalore onnipresente come potrebbero le Costituzioni reagire a questa esorbitante ambivalenza? Con restrizioni al plusvalore? Con cambiamenti alla distribuzione del profitto? Con la collettivizzazione dei valori non monetari di profitto? Abbandonando la pressione societaria verso la massimizzazione del profitto? Se è vero che la compulsione a svuotare il plusvalore è strutturalmente radicata ovunque nella società, sebbene in forme differenti, allora è ovvio che non è più sufficiente decidere costituzionalmente per o contro un'economia guidata dal profitto. Le speranze per l'abolizione della proprietà privata e per l'eliminazione del profitto sono vane, a causa delle

tendenze distruttive della massimizzazione dei surplus negli altri sottosistemi, specialmente nella scienza, nella tecnologia e, naturalmente, nella politica. Ciò spiega la battaglia condotta su due fronti dal filosofo politico Christoph Menke (2002; 2019a): diretta contro le costellazioni di potere privato nelle società capitaliste, ma anche contro le utopie di una politica collettiva in quelle comuniste. Entrambe soffrono di un'eccessiva ambivalenza di produzione di plusvalore, plusvalore monetario nel capitalismo, plusvalore di potere nel socialismo. Ma egli critica pure la tendenza verso la de-differenziazione totalitaria nelle ideologie sia capitaliste che socialiste e punta a un diverso potenziale, quello che chiama dei contro-diritti: agevolare la differenziazione sociale includendo la pressione al plusvalore di diversi media comunicativi, che simultaneamente – e qui sta il punto fondamentale – devono essere spinti verso una rendicontazione pubblica attuata facilitando istituzionalmente un autentico giudizio politico.

Il modo in cui le Costituzioni fanno fronte alla produzione di diversi plusvalori societari, dovrebbe essere concepita con più cura di quanto non faccia una semplice strategia di proibizione. Un suggerimento potrebbe essere – *horribile dictu* – esperienze economiche con pressioni societarie esterne su imprese di profitto, che sono attualmente impegnate nella produzione di profitto economico. Ciò accade a causa del progetto concreto di generazione di plusvalore e della sua distribuzione che non è semplicemente lasciato alle aziende, ma piuttosto imposto dall'esterno da una triade di trasferimenti di plusvalore: i guadagni, le tasse, gli stipendi per i lavoratori (Luhmann, 1981, 404 ss.). Diversi attori collettivi spingono le imprese a generare un profitto oltre la mera produzione e a indicare come distribuirlo a differenti beneficiari. Lo Stato tassa; i sindacati combattono per gli stipendi e per le condizioni di lavoro; gli azionisti prendono i profitti residui per pagare la loro esposizione al rischio; le aziende reinvestono. E il diritto costituzionale gioca qui un ruolo preminente, perché diverse costituzioni sociali offrono protezione giuridica contro queste pressioni: costituzioni finanziarie; costituzione della proprietà; costituzioni del lavoro. Cambiamenti costituzionali influenzano il principio di profitto economico, come la partecipazione dello Stato nelle aziende, la tassazione per motivi non fiscali, la codeterminazione dei lavoratori, o il trasferimento di imprese for profit nel terzo settore o nel, recentemente molto discusso, ambito dei beni comuni. Questi cambiamenti sono aumentati molto e sono importanti per il futuro. Date le nuove e aumentate diseguaglianze, il compito della politica e del diritto di ridurre profitti “parassitari” svuotandoli dagli eccessi – specialmente dei possessori di capitali – probabilmente tornerà ad essere un tema rilevante. Ciò che verrà osservato come “parassitario” in questi nuovi tentativi, dovrebbe essere la scrematatura del plusvalore che eccede la necessaria motivazione a generarlo.

Potrebbe essere importante, per il diritto costituzionale, apprendere queste esperienze di costituzione economica per liberarle dal corsetto stretto del

profitto economico e per renderle fruttuose in numerose aree di vita per orientare la produzione di plusvalore non monetario di tipo politico e giuridico? Due strategie costituzionali puntano a correggere i fallimenti delle pressioni al plusvalore: sostituire merci fittizie e ridirigere le pressioni al plusvalore.

6.10 Pressioni a plusvalori fittizi

Una ispirazione può arrivare dalla riformulazione del famoso “doppio movimento” di Karl Polanyi, dalla storia del *disembedding* economico e dal suo *re-embedding* nella società più ampia. Certe tendenze al *re-embedding* dell’economia sono state realizzate, non endogenamente, ma solo quando forze sociali esterne hanno esercitato pressioni per erigere istituzioni non mercantili capaci di mediare tra la riproduzione dei plusvalori e i valori democratici. Gli elementi più affascinanti della teoria di Polanyi sono le tre merci fittizie e la loro sostituzione attraverso modi non mercantili di integrazione economica (Polanyi, 2010)²². Queste merci fittizie – la terra, il lavoro e la moneta – sono per Polanyi i luoghi dove la produzione di plusvalore monetario si erge contro la protesta di attori politici collettivi. E la resistenza societaria ha creato nuove modalità d’integrazione economica (redistribuzione, reciprocità, economia domestica) e ha rimpiazzato il mercato attraverso modi economici d’organizzazione non profit. Per Polanyi, in particolare, furono i sindacati e le banche centrali quelle nuove istituzioni collettive che ebbero il potenziale per reagire al *disembedding* dell’economia, proprio nei luoghi dove le merci fittizie rivelarono i fallimenti del principio economico del profitto²³. Le istituzioni del lavoro hanno rimpiazzato il plusvalore economico con un orientamento verso la reciprocità e le istituzioni non mercantili del denaro con un orientamento verso la redistribuzione²⁴.

Si possono identificare merci fittizie equivalenti in aree sociali che sono guidate da plusvalori non monetari? Pressioni al plusvalore fittizio che sarebbero l’equivalente di reazione nel pubblico interesse? Identificarle mostrerebbe i nuovi luoghi dove la relazione agonistica tra orientamento al plusvalore e l’egalitarismo democratico, guida verso conflitti irrisolvibili. Le pressioni ai plusvalori fittizi sono perciò i punti di maggiore tensione fra le

²² Il testo segue l’interpretazione di Klein (2020) del lavoro di Polanyi.

²³ Questo implica potenti prescrizioni normative che sembrano non essere visibili agli occhi di Emiliios Christodoulides: «Mentre la diagnosi di Polanyi – del *disembedding* dell’economia dalla società europea – è dolorosamente rilevante, la sua prescrizione è dolorosamente non disponibile» (Christodoulidis, 2013, 638). Ma, naturalmente, le prescrizioni di Polanyi sono decisamente più moderate di quanto Christodoulidis vorrebbe che fossero.

²⁴ Sulle conseguenze della teoria di Polanyi per il diritto si veda Joerges (2011, 474 ss.).

competenze mediali di posizioni sociali singole – che hanno un incentivo a massimizzare plusvalori non monetari – e gli ideali democratici radicati in istituzioni orientate verso il non plusvalore. Questa situazione crea il bisogno per un trattamento democratico di richieste collettive provenienti da *constituencies* formate intorno ad aree di pressione al plusvalore fittizio²⁵. In aree chiaramente circoscritte, l'auto-regolazione dei sistemi sociali, attraverso orientamenti al plusvalore fittizio, verrebbe rimpiazzata da una protezione sociale intesa a preservare l'ecologia in un senso ampio (persone, società e natura).

Da questa prospettiva, la sfida per il futuro sarebbe quella d'identificare aree di pressione al plusvalore fittizio nelle varie sfere sociali. Sarebbe necessaria un'immaginazione istituzionale per sostituirle attraverso istituzioni non dirette dal plusvalore. Nella politica, il grande esempio storico è rappresentato dalle minoranze che furono represses da regimi basati su pressioni per plusvalori fittizi di potere. Le Corti costituzionali, cioè istituzioni non maggioritarie che sono relativamente indipendenti dal potere politico, hanno risposto avanzando diritti costituzionali a protezione di quelle minoranze. Per il futuro del mondo digitale, nelle organizzazioni economiche dei nuovi media e in altri domini sociali, i diritti costituzionali potrebbero giocare un ruolo equivalente quando le pressioni ai plusvalori fittizi violino la vulnerabilità della vita individuale o l'integrità delle dinamiche istituzionali. Particolarmente nella scienza e nella medicina, dove nuovi sviluppi biotecnologici incrementano le pressioni a un plusvalore che minaccia gli interessi umani e animali, sono necessarie delle istituzioni non orientate al plusvalore per reagire alle pressioni combinate di plusvalore reputazionale, professionale e del profitto economico²⁶. Sebbene le reazioni spontanee alle pressioni di surplus fittizi, stiano nel cercare interventi politici dello Stato, meccanismi istituzionali alternativi potrebbero essere più adatti, cioè forme societarie orientate al non plusvalore di decisione collettiva. Perciò si potrebbero creare degli attori collettivi che sperimentino nuove forme democratiche al di fuori della politica istituzionale. Un esempio promettente è quello di ICANN che prova a reagire al plusvalore combinato degli interessi economici, tecnologico-scientifici e politici. Dopo aver provato invano a copiare le procedure di voto dal sistema politico, ICANN adesso lo fa trasformando sé stesso in un'organizzazione non profit non statale che è legittimata da una costituzione di stakeholder (Mahler, 2019).

²⁵ Questi argomenti trasferiscono le idee di Polanyi e Klein sulle *false commodities* e la loro sostituzione con istituzioni non di mercato dall'economia ad altri sistemi sociali. Cfr. Klein (2020), Polanyi (2010).

²⁶ Per un'elaborazione di questo argomento cfr. Karavas (2019).

6.11 Ecologizzare orientamenti al plusvalore

Mentre questa strategia costituzionale porterebbe ad abolire le pressioni al plusvalore in certe aree sociali prudentemente circoscritte, laddove queste pressioni creassero invece conseguenze intrattabili, una strategia alternativa aiuterebbe a influenzare le pressioni al plusvalore per incrementare la loro sensibilità alle irritazioni provenienti dall'ambiente sociale. Anche in questo caso possono servire come esempio le esperienze economiche di pressioni sociali sulle aziende for profit. Poiché l'esperienza mostra che le strategie di minaccia al profitto sono le più utili per agevolare i cambiamenti (Krause, 1986, 108 ss., Van der Heijden, 2020), ciò potrebbe essere generalizzato in una strategia tesa a minacciare la produzione di plusvalore in diverse aree sociali. L'orientamento al plusvalore può essere perciò osservato come il punto più sensibile di ogni sistema sociale. Quando la riproduzione delle competenze mediali è minacciata, la sensibilità dei sistemi alle irritazioni esterne è al suo picco. Perciò invece d'interventi di ampio raggio e le pressioni esterne potrebbero concentrarsi su uno e solo un problema, così da calibrare le risposte su orientamenti al plusvalore specifici e spingerli verso un nuovo orientamento possibilmente ecologico (Mölders, 2014). Si dovrebbero identificare queste "leve" del sistema, luoghi dove un piccolo cambiamento può spingere a una grande modifica nei comportamenti (Meadows, 2008, 145)²⁷. Ciò implicherebbe i seguenti principi guida:

- combattere gli eccessi del plusvalore e ridurre il loro uso parassitario al minimo necessario, così che la forza motivazionale sia comunque mantenuta;
- ridurre la distanza degli scopi secondari dagli scopi primari, cioè spingere il plusvalore più vicino agli output;
- creare motivi per "statisti", cioè per il sacrificio d'interessi di potere in favore del pubblico interesse;
- creare in altre aree plusvalori "artificiali" per l'azione a favore del pubblico interesse: ricerche mediche per malattie rare; incentivi economici per la produzione di beni ecologicamente sostenibili; ricerche scientifiche in aree dove la reputazione non sia immediatamente attesa. Facilitare le condizioni di cornice per attività di terzo settore e per i beni comuni.

Per combattere il lato oscuro della giuridificazione, il diritto dovrebbe rivolgersi contro sé stesso. Come tutto il dibattito sulle alternative al sistema del diritto ha mostrato, il diritto non è per nulla ben attrezzato per risolvere le dispute tra le persone, in modo soddisfacente per tutti gli interessati (Fitzpatrick, 1992). La mediazione, l'arbitrato, l'accordo, rendono maggiore giustizia alla natura del conflitto, alle sue cause e ai bisogni delle persone in conflitto. Coerentemente nei conflitti si potrebbe fare senza il diritto. In

²⁷ Per i concetti recenti di regolazione si veda Bora *et al.* (2017).

breve, il diritto falsifica le realtà del conflitto e produce decisioni che sono basate su finzioni autoprodotte.

Più generalmente il ruolo del diritto sarebbe quello di promuovere istituzionalmente una riflessione a livello societario, sui diversi plusvalori – sia sulla loro produzione sia sulla distribuzione – includendo il plusvalore normativo del diritto stesso. Lasciati solo ai loro meccanismi, i plusvalori sistemici seguiranno solo la propria visione limitata che si focalizza sulla massimizzazione della loro specifica funzione. Pressioni esterne della società civile, dalla politica e dal diritto – particolarmente dal diritto costituzionale – dovrebbero indurli a diventare ecologicamente sensibili, per contrastare i loro effetti negativi e per promuovere gli effetti positivi sulla natura, sulla società e sulla gente.

Delle contro-istituzioni²⁸ sarebbero necessarie per proteggere l'integrità delle sfere sociali d'azione contro le tendenze espansive e, per certi versi, totalizzanti delle strategie di plusvalore dei sottosistemi sociali. Le garanzie istituzionali dovrebbero essere efficaci contro gli imperativi motivazionali di media comunicativi altamente selettivi: la seduzione attraverso il denaro, la sanzione negativa del potere, le richieste vincolanti del diritto, le pretese di verità scientifiche e le fantasie di fattibilità tecnologica. Queste contro-istituzioni sarebbero dirette a contrastare la violenza strutturale che irraggia dalle pressioni al plusvalore dei diversi media di comunicazione. Dovrebbero resistere agli imperativi monodimensionali di quelle motivazioni e dovrebbero cercare di liberare da queste restrizioni il potenziale di un giudizio politico collettivo derivante.

²⁸ La partecipazione dei lavoratori è un caso di successo per una contro-istituzione politica alla prevalente razionalità economica nelle imprese. Cfr. Luhmann (2018b [1966]).

7. Contro-diritti: sul potenziale trans-soggettivo dei diritti soggettivi¹

7.1 La critica di Christoph Menke dei diritti soggettivi nella modernità

Nel suo influente libro, *Critica dei diritti* (2015), Christoph Menke ha affinato aspetti importanti dell'antica teoria dei diritti soggettivi. Le riflessioni che seguono si basano sulla sua teoria, ma la modificano argomentando che, dopo le trasformazioni della società tardo-moderna, la rilevanza politica dei diritti soggettivi non sta tanto nel loro ruolo di diritti individuali, quanto nella loro capacità di sviluppare un potenziale trans-soggettivo in tre dimensioni: comunicativa, collettiva e istituzionale. Se questo potenziale dovrà essere realizzato, allora sarà richiesto di liberare quello che Menke chiama l'“affettività pre-concettuale” dei diritti soggettivi nel diritto, nella politica e nella società.

Per certi aspetti, Menke basa la sua analisi su Niklas Luhmann che ha offerto la teoria recente più significativa dei diritti soggettivi. Menke però va ben oltre Luhmann in punti cruciali. Luhmann ha attribuito ai diritti soggettivi un ruolo cruciale nel processo storico di differenziazione funzionale, ma alla fine li ha descritti semplicemente come fenomeni di transizione sulla via di un sistema giuridico pienamente autoreferenziale e gli ha negato una funzione sociale rilevante, non appena il diritto avesse raggiunto la sua completa autonomia (Luhmann, 1982, 9 ss). Questa affermazione può essere accolta solo se si presuppone, come fa Luhmann, che i diritti soggettivi abbiano oggi perso la loro qualità di fonti del diritto (*Ibidem*, 65 ss.). Non appena si considera, secondo il pluralismo, l'ordinamento privato come un autentico ordinamento giuridico, i diritti soggettivi – e, in particolare, la “proprietà” mediata dal diritto societario – possono essere intesi come una sua fonte

¹ „Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte: Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension“. In: Franzki H *et al.* (eds.) *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*. Mohr Siebeck, Tübingen 2018, 357-376. Trad. ingl. “Counter-Rights: On the Trans-Subjective Potential of Subjective Rights”. In: Kjaer P (ed.) *The Law of Political Economy: Transformations in the Functions of Law*. Cambridge University Press 2019, 372-393. Traduzione di Riccardo Prandini.

giuridica e ottenere una funzione sociale indipendente, che in tempi di transnazionalizzazione è persino indipendente dal diritto statale². Sono i diritti soggettivi che, per Menke, rappresentano il contributo centrale del diritto alla costituzione delle società tardo-capitaliste, in particolare all'instaurazione del potere sociale al di fuori dello Stato. Allo stesso tempo egli sostiene che i diritti soggettivi, se vogliono svolgere un ruolo di emancipazione, devono essere trasformati in "contro-diritti". Offre inoltre impulsi cruciali per la loro critica e sviluppa l'immaginazione istituzionale in direzione di quella che definisce un "nuovo diritto".

Egli è altrettanto debitore, per molte intuizioni, di Jürgen Habermas, ma intraprende un'importante correzione della sua teoria del discorso. Certo, a differenza di Kant, Habermas permette agli "interessi" empirici dei partecipanti di essere il punto di partenza per un discorso razionale che li universalizza in norme giustificate. Tuttavia, li lascia poco analizzati e si concentra esclusivamente sulle condizioni procedurali della razionalità comunicativa (Habermas, 2013). Menke critica ciò come mera proceduralizzazione e sottolinea, al contrario, un nuovo tipo di materializzazione; un orientamento verso ciò che egli chiama «pulsioni e forze materiali», verso il «naturale, arazionale» (Menke, 2015, 158 ss.). Menke mette in primo piano l'altro lato del giudizio politico: invece di prendere in considerazione le condizioni procedurali del giudizio normativo, come fa Habermas, sottolinea la materialità di un «affezione preconettuale» (*Ibidem*, 337 ss.), in cui investe le sue speranze di emancipazione. Riorienta così l'attenzione verso la dimensione affettiva, emotiva, arazionale del giudizio in un «processo di trasformazione riflessiva dell'evidenza sensibile, affettiva» (*ivi*), di cui le teorie dell'argomentazione razionale non tengono conto.

La critica di Menke allo Stato sociale rappresenta un altro contributo originale all'analisi delle società tardo-moderne (*Ibidem*, 281 ss.). Pur riconoscendo pienamente i profondi conflitti tra la concezione del diritto liberale e quella dello Stato sociale li considera entrambi come catturati in un *circulus vitiosus* di reciproco fallimento: la loro critica si applica sempre e solo ai rapporti di dominio dell'altra parte che, a loro volta, si riconvertono sempre e ancora in dominio. In definitiva questo circolo vizioso deriva dalla loro comune origine, cioè dalla forma borghese dei diritti soggettivi. Un possibile "nuovo diritto" può nascere solo quando questa circolarità dei diritti liberali e dello Stato sociale viene infranta.

In contrasto con le usuali versioni della teoria critica – che mirano sempre a criticare le società liberal-capitaliste orientando verso una visione, più o meno vagamente sviluppata, di società socialista – Menke combatte su due fronti. La sua critica non è rivolta solo alle formazioni liberal-capitaliste, con

² Sulla qualità dei diritti soggettivi come fonti giuridiche si veda: Femia (2018, 349). Sul carattere giuridico delle norme transnazionali dei governi privati si veda: Teubner (1999b).

le loro tendenze intra-societarie a una concentrazione del potere (*Ibidem*, 177 ss.), ma anche alle formazioni social-comuniste con le loro tendenze totalizzanti e di unificazione politica (*Ibidem*, 399 ss.). Menke va oltre entrambe le alternative e cerca di formulare una teoria del giudizio politico autentico, che, alla luce degli ovvi sviluppi negativi di entrambe le alternative, rappresenta un notevole tentativo di elaborare utopie politiche. Se si tiene conto anche della sua implicita critica al quietismo post-strutturalista, le «avanguardie dell'immobilismo» (*Ibidem*, 159 ss.), allora Menke sta combattendo una battaglia su tre fronti.

Tuttavia, il più provocatorio dei tre temi dovrebbe essere l'idea di un «nuovo diritto» (*Ibidem*, 369 ss.). L'argomento di Menke è caratterizzato da molteplici e sorprendenti colpi di scena. Il suo sorprendente punto di partenza sono le idee di Nietzsche sulla ribellione degli schiavi contro il dominio. Menke non segue Nietzsche nella svalutazione della ribellione degli schiavi, ma vi si oppone ribaltandola. Il diritto di rimanere passivi, il diritto di non partecipare e il diritto di essere considerati nelle decisioni, sono investiti da Menke con connotazioni estremamente positive. Nel passo successivo, insiste sul fatto che la passività, tipica della mentalità dello schiavo che non cerca di governare sugli altri, non deve essere considerata solo come debolezza. Piuttosto, è proprio nella sofferenza della passività che Menke scopre la «forza emancipatrice dell'affezione preconettuale»: la forza della ricettività sensibile in cui il soggetto soffre il suo ostinato affetto. Menke intende la «passività del sensibile» «dialetticamente come forza, come disordine o come negatività». In una terza svolta, si allontana dall'enfasi, dapprima unilaterale, della ricettività affettiva «arazionale» e sostiene una «mediazione materialistico-dialettica» del preconettuale con una argomentazione normativa razionale, mediazione da cui dovrebbe emergere un autentico giudizio politico. La mediazione non mira a razionalizzare l'affetto, ma piuttosto, al contrario, a dispiegare il potere dell'arazionale contro il razionale – anzi, insiste sul fatto che «l'affezione sensibile (...) deve essere efficace contro la sua razionalizzazione». I «contro-diritti», che liberano tale giudizio politico, devono essere istituzionalizzati nella politica, nel diritto e nella società (*Ibidem*, 381 ss.). Solo quando i contro-diritti saranno stabiliti sarà possibile un autogoverno politico dei sottosistemi sociali. I contro-diritti devono essere stabiliti in modo tale da «includere contemporaneamente tutti come capaci di giudizio, concedendo agli impotenti il diritto di essere presi in considerazione» (*Ibidem*, 400).

7.2 Dimensioni trans-soggettive dei diritti soggettivi

Il mio contributo non equivale a criticare la teoria di Menke, ma suggerisce piuttosto di riorientarla verso i diritti trans-soggettivi. Sia la critica di

Menke ai diritti, così come le sue idee su un nuovo diritto, devono essere sviluppate in direzione non individualista. Menke attribuisce i diritti soggettivi quasi esclusivamente ai singoli esseri umani, come era usuale nella fase iniziale del capitalismo. Occasionalmente, egli mette in relazione i diritti costituzionali con le pratiche sociali, ma anche allora, in definitiva, li relativizza facendo riferimento a singoli attori³. I diritti soggettivi per gli attori collettivi – caratteristici del tardo capitalismo – non appaiono nell’argomentazione di Menke e neppure lo fanno le garanzie istituzionali per le pratiche sociali – arte, scienza, educazione per esempio – come diritti soggettivi o come contro-diritti in un “nuovo diritto”.

La concezione individualistica dei diritti soggettivi di Menke è intimamente connessa alla sua critica del lato oscuro del capitalismo, ispirata a Marx e Foucault. Per Menke i diritti soggettivi rappresentano i meccanismi centrali del dominio della società borghese, che oscillano tra sfruttamento e normalizzazione (Menke, 2015, 177 ss.). Al contrario, essendo ispirato da Luhmann e Derrida, voglio sottolineare tre dimensioni non individuali dei diritti soggettivi, tutte basate su una critica del lato oscuro della differenziazione funzionale che ho descritto più in dettaglio altrove (Teubner, 2012, 78 ss.).⁴ Nel linguaggio della teoria dei sistemi getterò una nuova luce sulla “reificazione” della volontà individuale criticata da Menke: in primo luogo, nella dimensione della comunicazione interindividuale; in secondo luogo, nella dimensione dell’azione collettiva e, in terzo luogo, nella dimensione dei media comunicativi. Questo non solo dovrebbe dare maggiore profondità all’analisi e alla critica dei diritti soggettivi nella tarda modernità, ma anche ampliare le prospettive di possibili contromisure in un diritto futuro.

7.3 Diritti soggettivi come “volontà reificata”

7.3.1 Comunicazione: Volontà socializzata

Menke interpreta i diritti soggettivi riferendosi solo alla coscienza e alle “volontà empiriche” degli individui intesi come “dati di fatto”, un “qualcosa di dato” che è determinato mediante la sua forma giuridica (Menke, 2015, 177 ss.). Si dovrebbe invece chiarire che le presunte volontà individuali, a cui si suppone che si riferiscano i diritti soggettivi, non possono essere intese come lo sono. La “volontà” dei diritti soggettivi è sempre una volontà socializzata, finanche nelle semplici interazioni sociali. La volontà dell’“individuo” non è altro che un fenomeno prodotto dalla comunicazione sociale, che

³ Alcune recenti e ambiziose critiche dei diritti soggettivi in quanto meramente individuali possono essere trovati in Wielsch (2008) e Karavas (2015).

⁴ Sulla relazione supplementare tra le critiche sociali di Luhmann e Derrida, si veda in particolare Teubner (2008; 2003).

solo successivamente viene attribuito alle “persone”, cioè a meri artefatti semantici, a loro volta generati solo dalla comunicazione. Tale volontà comunicativa è quindi necessariamente “reificata” se considerata in relazione alla vita interiore delle singole persone⁵. Questa non è solo un’intuizione sociologica: anche i giuristi parlano di una volontà oggettivata che si oppone alla “volontà interiore” come fenomeno intra-psichico e che viene invece interpretata in modo tipizzato attraverso l’orizzonte dell’altro e le esigenze di interazione sociale (Röhl, 2008, § 78). Menke sembra invece localizzare la volontà, intesa come “qualcosa di dato”, nella coscienza e nell’azione individuale. Non è tuttavia chiaro se egli identifica anche altre manifestazioni della volontà. Se sì, dove? Nell’intenzione del parlante – e solo lì? Nella comprensione del destinatario – e solo lì? Nel significato intersoggettivo? Nel significato prodotto da una comunicazione autonoma, distaccata dalle intenzioni individuali? O nella ricostruzione giuridica della volontà riferita ai diritti soggettivi?

Se i diritti soggettivi si riferiscono alla “volontà” del soggetto, allora questo riferimento è di per sé così indeterminato da rimanere aperto a tutte le possibili forme della volontà – “reificate” o autentiche, repressive o emancipatorie, liberali, comuniste o dialetticamente mediate. Anche l’“affetto preconcettuale” di Menke è potenzialmente presente nel riferimento ai diritti soggettivi, il che implica che il “nuovo diritto” è già potenzialmente disponibile. A ben vedere, ciò che rimane del riferimento del diritto alla volontà, non è in realtà una questione di “forma” del diritto, ma piuttosto una questione di “forma” della società, vale a dire come questa volontà viene intesa nella comunicazione sociale in circostanze storiche contingenti che, a sua volta, influenzano la costruzione giuridica della volontà.

7.3.2 Attori collettivi: la “formazione della volontà” della persona giuridica

Il contrasto con la volontà individuale è più evidente nel caso delle organizzazioni formali e di altri attori collettivi. Come è noto, il diritto non investe solo gli individui con diritti soggettivi, ma anche le organizzazioni aziendali e gli attori collettivi, anche costituzionali, il che ha contribuito in modo significativo a fare di queste organizzazioni dei centri di potere privato⁶. I diritti soggettivi hanno perso il loro unico riferimento agli individui simultaneamente all’ascesa delle organizzazioni aziendali. Menke non si occupa affatto di questa dimensione collettivista, che caratterizza l’odierna “società

⁵ Il resoconto teorico migliore del doppio-lato di coscienza e comunicazione si trova in: 103 ss. e 278 ss.). La teoria della interpretazione oggettiva deriva da basi diverse. Cfr. Oevermann (2001).

⁶ Per analisi critiche dello sviluppo storico di attori aziendali e governi provati si veda Barkan (2013).

delle organizzazioni” – e non lo fa nemmeno per le associazioni civiche, i sindacati e i partiti politici. Ma poiché gli attori collettivi sono diventati soggetti giuridici dotati di diritti soggettivi, dobbiamo porci la domanda: a quali “volontà” si riferiscono i diritti soggettivi? Se si tratta solo di un’aggregazione delle preferenze individuali dei membri, come decretato dall’individualismo metodologico, allora ci si perde nel paradosso di Arrow (1985, 148). Si deve quindi tener conto della dimensione sovraindividuale “collettiva” dei diritti delle organizzazioni – una dimensione che può essere compresa solo se si consente che le organizzazioni possano avere la propria “volontà”, intenzioni, preferenze, interessi, razionalità e capacità d’azione. Tutte queste proprietà organizzative nascono da complessi processi comunicativi all’interno dell’organizzazione e sono distinte dalle preferenze individuali dei loro membri e dalla loro semplice aggregazione (Teubner, 2015c). Così, nelle organizzazioni contemporanee, avviene una “reificazione” che è più drastica che nell’interazione tra individui.

7.3.3 *Media comunicativi: imperativi motivazionali*

Nella dimensione istituzionale (dei diritti soggettivi), le istituzioni sociali – arte, scienza, educazione, economia – appaiono come soggetti quasi giuridici (Vesting *et al.*, 2014). In questa dimensione, i diritti soggettivi diventano “diritti senza soggetto” e le istituzioni “soggetti senza diritti”⁷. Le istituzioni sociali qui menzionate sono semplici insiemi di norme e si distinguono chiaramente dalle organizzazioni sopra citate, perché non sono formalmente organizzate e non sono in grado di agire da sole come attori collettivi. Di conseguenza, il diritto non personifica queste istituzioni come portatrici di diritti, ma dei diritti costituzionali in forma istituzionale che garantiscono l’autonomia di certi ambiti sociali di azione contro la politica e altri campi di azione espansivi. La libertà dell’arte non investe solo il diritto al singolo artista, ma protegge anche l’autonomia dell’arte come processo comunicativo, che comprende la produzione di opere d’arte, la loro ricezione, critica e diffusione. Lo stesso vale per la libertà di parola, la libertà della scienza, la libertà dei

⁷ Per una critica del pregiudizio individualistico inerente il concetto di diritti soggettivi e per una enfasi della loro dimensione trans-soggettiva, si veda: Fischer-Lescano (2018). Lo studioso riprende il concetto dei diritti senza-soggetto delle istituzioni, che non sono portatori diretti di diritti, ma sono solo indirettamente protetti mediante dei diritti fondamentali. E li generalizza per tutte le situazioni tradizionalmente raccolte nel concetto di diritti soggettivi. Femia (2018) distingue in modo simile tra diritti soggettivi tradizionali e diritti trans-soggettivi che però differenzia in diritti discorsivi e collettivi, da un lato, e “diritti senza regole” dall’altro, con l’aiuto dei quali sono attivate energie per interessi ecologici. Malte-Christian Gruber (2018) discute in che modo vadano elaborate procedure adeguate all’efficacia dei diritti trans-soggettivi.

mezzi di comunicazione e la libertà di associazione⁸. Certo, questa dimensione istituzionale è in qualche modo importante per Menke che si occupa immancabilmente della costituzione, critica e riforma dei contesti sociali d'azione, ma non teorizza il ruolo cruciale dei diritti soggettivi in questi processi⁹. Comprende al meglio le istituzioni come quadri normativi per l'azione individuale. Perché, allora, Menke attribuisce diritti soggettivi solo agli individui e non alle istituzioni, solo agli esseri umani e non ai sistemi sociali, solo agli attori e non ai discorsi, solo allo spirito soggettivo e non allo spirito oggettivo? Ed esiste qualcosa come la volontà dei sistemi funzionali della società che può essere distinta sia dalla volontà individuale che da quella organizzativa, a cui si riferiscono i diritti soggettivi?

A questo punto viene alla ribalta la terza dimensione della "reificazione". Come detto sopra, la volontà individuale è già socializzata nell'interazione quotidiana, così come nelle organizzazioni formali, anche se in modo diverso. Ma la volontà sociale è anche profondamente messa in forma dai sottosistemi funzionali. Essa degenera così nella volontà limitata dell'*homo oeconomicus, juridicus, politicus, medicalis* che permette, sempre e solo in modo comunicativo, una messa in forma parziale della volontà individuale filtrando efficacemente il resto. Il riferimento giuridico alla volontà del soggetto è quindi sempre già sempre legato alle stringenti condizioni di un sottosistema funzionale altamente specializzato. Di conseguenza, i diritti soggettivi non fanno riferimento a nient'altro che a categorie sociali pre-formate di individualità: "preferenze" o "interessi", "desideri"¹⁰.

Il riferimento dei diritti soggettivi, al fatto empirico della volontà, deve quindi essere sempre inteso anche come riferimento alla razionalità e alla normatività di uno dei grandi sottosistemi funzionali. Questo, in definitiva, è il significato della teoria istituzionale dei diritti costituzionali: l'autonomia dei sottosistemi sociali dell'arte, della scienza, della educazione e dell'economia. Per questo motivo è così importante il doppio significato dei diritti costituzionali individuali e istituzionali – come sostenuto da Carl Schmitt (1985), ma soprattutto da Helmut Ridder (1975). Altrettanto importante è il

⁸ In modo paradigmatico, sulla libertà della scienza, la Corte costituzionale della Germania federale Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG., «determina che la scienza, la ricerca e l'insegnamento siano liberi. Secondo lo spirito e la lettera, una norma oggettiva fondamentale è qui stabilita, come capace di regolare la relazione tra scienza, ricerca, insegnamento e Stato, [...] Simultaneamente questa determinazione costituzionale garantisce un diritto alla libertà di tutti coloro che sono attivi in questa sfera» (BVerfGE 35, 79 [112]).

⁹ La teoria sociale (Constant, Simmel, Luhmann) ha sistematicamente dimostrato la reciprocità della libertà individuale e della autonomia del contesto comunicativo del senso, giuridicamente parlando tra l'individuo e le dimensioni istituzionali dei diritti. Su un trattamento completo di questo tema, si veda Bohn (2018).

¹⁰ Per una elaborazione, critica verso la funzionalizzazione economica a senso unico dei diritti soggettivi e per la loro compatibilità con il senso scientifico e artistico, si veda Wielsch (2017; 2008).

doppio senso dei diritti soggettivi nel diritto privato, poiché non proteggono solo gli interessi individuali, ma anche le istituzioni sociali come ha dimostrato in particolare Ludwig Raiser (1977). La “volontà” dei diritti soggettivi è quindi sempre rivolta al codice binario di uno dei sottosistemi funzionali, limitato dai suoi programmi, orientato alla sua massimizzazione della sua razionalità e motivato all'accettazione da parte del mezzo comunicativo in questione. In termini sistemici questi media comunicativi – denaro, potere, diritto, verità – sono in realtà ciò che è cruciale per la terza dimensione della “reificazione” sociale della “volontà”. Questo rapporto tra i media comunicativi e la “volontà”, a cui si riferiscono i diritti soggettivi, non è immediatamente comprensibile. Tuttavia, il contributo dei media comunicativi sta proprio nel creare i motivi (!) per l'accettazione della comunicazione nei rispettivi ambiti di validità. I mezzi di comunicazione hanno la «funzione di rendere prevedibile l'accettazione di una comunicazione nei casi in cui è probabile un rifiuto» (Luhmann, 1997, 316). In questo modo, i media comunicativi pre-formano la “volontà”, a cui si riferiscono i diritti soggettivi. Certo, il potere motivazionale dei media comunicativi non è diretto verso stati mentali, ma verso motivi come costrutti sociali – e questa è la nostra preoccupazione al momento – che operano con l'assunzione di stati di coscienza diversi ma corrispondenti. I media comunicativi formano così motivi sociali ed esercitano un'influenza indiretta sulla formazione della volontà intrapsichica. La responsabilità di falsificare l'autentica forma volontà – che Menke critica nell'economia politica contemporanea come “reificazione”, “fatto”, “qualcosa di dato”, “empirista” e “positivista” – sta quindi nella forza motivazionale dei media comunicativi, più che nella socializzazione della volontà attraverso l'interazione o l'organizzazione. Più precisamente: l'“evidenza” che Menke sta cercando è bloccata perché i media comunicativi fin dall'inizio rimpiazzano l'evidenza con una formazione unilaterale di motivi controllati dal potere, dal denaro, dal diritto o dalla conoscenza. Nella prospettiva della teoria dei media, i diritti soggettivi si riferiscono a una volontà di potere, volontà di denaro, volontà di verità. Certo, in superficie i diritti soggettivi celebrano l'autonomia dell'essere umano individuale, ma in realtà costringono l'individuo nella “gabbia di duro acciaio del futuro” di weberiana memoria, qui intesa come la schiacciante coazione motivazionale dei media comunicativi che sono unidimensionalmente orientati alla massimizzazione della loro razionalità. A differenza della vulgata marxiana, la formazione della volontà non è soggetta esclusivamente all'imperativo del profitto dell'economia capitalista, ma anche all'imperativo del potere della politica, a quello della conoscenza della scienza, all'innovazione della tecnologia, del ciclo di notizie dei mezzi di informazione e all'imperativo della standardizzazione del diritto.

Se si osserva la socializzazione della volontà individuale in queste tre dimensioni – la dimensione dell'interazione, la dimensione dell'attore

collettivo e la dimensione dei media comunicativi – allora diventa possibile determinare perché e in che cosa il riferimento dei diritti soggettivi alla “natura della volontà” implichi, non solo la reificazione della volontà privata dell’individuo, come Menke descrive (2015, 266 ss.), ma anche la reificazione della formazione di norme sociali che si genera attraverso la mera positività della comunicazione, del collettivo e dei media. Non è quindi esagerato suggerire che anche se gli individui rimangono ufficialmente i soggetti di diritti soggettivi, i soggetti segreti nella tarda modernità sono piuttosto dei processi sociali d’interazione, d’organizzazione e dei media comunicativi.

7.4 Contro-diritti di un nuovo diritto

Perché Menke si dimentica tanto della società quando teorizza i diritti soggettivi? Il motivo della sua (quasi) esclusiva concentrazione sull’individuo deve essere dovuta, in ultima istanza, alla speranza che pone sul ruolo che l’“affezione pre-concettuale” giocherà in un nuovo diritto. Come già accennato, i “contro-diritti” di Menke mirano a liberare energie. Solo quando il “diritto di passività” dà potere a questa affezione – nella sua mediazione dialettica con argomentazioni normative – si può realizzare un autentico giudizio politico (Menke, 2015, 337 ss.). Tuttavia, Menke colloca questo potere affettivo esclusivamente nella coscienza dei singoli esseri umani e non – in opposizione alla coscienza – nella comunicazione sociale autonoma. Nel lavoro di Menke, la comunicazione sociale svolge al massimo il ruolo di ordine pubblico, che determina il quadro normativo per la liberazione dell’affezione pre-concettuale.

Ma qui ci si deve chiedere: la comunicazione sociale non contiene di per sé potenzialità di affezione pre-concettuale completamente diverse da quelle che siamo abituati a trovare nella coscienza individuale? (Durkheim, 2016)¹¹. La sfida qui è connettersi con i progressi di Émile Durkheim e dare una forma teorica oggi difendibile – non psicologica, ma strettamente sociologica – alle formulazioni di *colère publique*, *conscience collective* o delle norme come *faits sociaux*. Bisogna riconoscere che anche la comunicazione affettiva – così come la comunicazione cognitiva o normativa – ha effetti selettivi e può creare orizzonti affettivi (Reinbacher, 2017, 24), quali veri e propri “mondi affettivi” (Ciompi, 2004). La domanda che deve essere rivolta alla teoria dell’affettività pre-concettuale di Menke è: la socialità non scatena, di per sé, una forza affettiva pre-concettuale che realizza un surplus sociale di affettività che va oltre quella della coscienza?¹² Ciò presuppone certamente che «la

¹¹ Per un tentativo rimarchevole di stabilire una comunicazione affettiva come indipendente in relazione a stati mentali si veda Bohn (2018) e Reinbacher (2017).

¹² Per un primo schizzo di questo potere comunicativo, in particolare nel caso del *pouvoir constituant* entro il pluralismo costituzionale, si veda Teubner (2012c, 61 ss.).

cognizione e l'emozione, la razionalità e il sentimento, il senso e l'affetto siano trattati non solo a livello individuale, ma anche nella dimensione collettiva come concetti correlativi» (Reinbacher, 2017, 17). In particolare, la socializzazione della volontà nelle tre diverse dimensioni, cambia anche la visione del “nuovo diritto” che promette non solo di liberare nuove potenzialità affettive nella coscienza individuale, ma anche nella comunicazione sociale.

A questo punto, dobbiamo chiarire in termini più precisi il significato di “affezione pre-concettuale”, prima che questo venga identificato come evento comunicativo indipendente e non solo come stato mentale. Occorre qui fare riferimento al paradosso giuridico discusso da Niklas Luhmann e Jacques Derrida. Non è sufficiente intendere l’“affezione pre-concettuale” nella comunicazione solo come equivalente sociale delle emozioni individuali. In sostanza, è una vera e propria questione di quadratura del cerchio. Si tratta della compatibilità dell’incompatibile, che – per quanto impossibile – si realizza tuttavia nel contesto attuale: si tratta della (in)compatibilità tra l’esperienza che il diritto ha del suo ambiente e l’esperienza che ha del mondo. In termini sistemici più precisi, si pone una distinzione tripartita tra (1) l’ambiente interno del diritto, come auto-costruzione nel diritto, (2) l’ambiente esterno del diritto, e (3) il mondo come sfondo per ogni possibile osservazione, che l’osservazione stessa non può tuttavia osservare. L’ambiente esterno del diritto (2), contro il quale il diritto si chiude attraverso operazioni giuridiche, non può essere sperimentato direttamente attraverso tali operazioni. Ma l’ambiente esterno del diritto (2) può essere vissuto indirettamente come rientro di questo ambiente all’interno delle autodescrizioni del diritto, apparendo come ambiente attivato (1). Questo è l’ambiente interno del diritto, il costruito di realtà che il diritto fa del suo ambiente. Il mondo (3), tuttavia, è il punto cieco della distinzione legale/illegale, la sua unità invisibile, il suo paradosso (Luhmann, 1997, 147 ss.) – e questa stessa differenza tra mondo (3) e ambiente esterno (2) è trascurata da Menke quando discute la concettualizzazione sistemico-teorica luhmanniana dell’ambiente del sistema giuridico (Menke, 2015, 112). Gli manca l’osservazione di Luhmann secondo cui «[...] per un concetto teorico-sistemico del mondo, questo significa che il mondo è la totalità di ciò che costituisce il sistema e l’ambiente per ogni sistema» (Luhmann, 1997, 154).

Riappare qui il problema della quadratura del cerchio: il diritto è in grado di reagire solo indirettamente al suo ambiente esterno (2). Lo fa solo con una distinzione giuridica specifica nel suo ambiente interno (1). Rimane, tuttavia, inevitabilmente esposta al mondo (3), anche se non può osservare il mondo (3) attraverso le sue distinzioni giuridiche specifiche. Nel diritto questo problema di quadratura è intensificato dalla costrizione a prendere decisioni. O si ignora il mondo, attraverso lo *stare decisis* nelle distinzioni giuridiche

canoniche, o ci si espone ai problemi decisionali dell'essere esposti all'esperienza del mondo.

Sembra dunque esserci una connessione tra, da un lato, un mondo così inteso (3) – che, come unità paradossale della distinzione/designazione del diritto, non può essere osservato, ma che allo stesso tempo è la base di tutte le distinzioni giuridiche – e, dall'altro, l'“affezione pre-concettuale”, che sperimenta un'evidenza preriflessiva. La domanda è: mentre un accesso mediato all'ambiente esterno (2) attraverso l'irritazione e il rientro che produce un ambiente interno (1) è in ogni caso possibile; esiste anche un accesso “autentico” al mondo (3), che non può mai davvero essere prodotto per mezzo di distinzione e indicazione, ma forse mediante affezione, meditazione, arte, esperienza mistica, comunicazione non linguistica? Le “affezioni pre-concettuali” non sarebbero quindi solo un'apertura sensibile verso l'ambiente esterno (2), l'esperienza enfatica dell'altro e similare, ma piuttosto un'esperienza pre-concettuale del mondo (3), un'esperienza immediata del mondo non ancora scolpita mediante distinzione e indicazione. Mentre Luhmann mette in guardia dal perdersi in tali paradossi e raccomanda di nascondere quello del mondo in distinzioni sempre nuove, Jacques Derrida chiede che ci si esponga a tale esperienza paradossale e riporta questa esperienza nell'argomentazione giuridica (Derrida, 2003). Una teoria della giustizia dovrebbe basarsi su una tale oscillazione tra l'autotrascendenza del diritto e la re-immanentificazione nella dottrina giuridica dei diritti soggettivi (Teubner, 2009; Augsberg, 2018). Per quanto riguarda Menke, ci si dovrebbe chiedere se oltre a questa forma – non del tutto sconosciuta – di esperienza della nostra vita interiore, la comunicazione, l'azione collettiva e i media comunicativi non possano anche mediare un accesso affettivo, “arazionale” e indipendente al mondo. Se Menke postula un contro-diritto soggettivo all'evidenza pre-concettuale dell'esperienza (come condizione preliminare per il giudizio politico), questo potrebbe essere interpretato come un diritto al “mondo” nel senso sopra descritto (3)? Un diritto – individuale, ma anche collettivo – di sperimentare il mondo (3) “prima che” fosse tagliato attraverso la distinzione e la indicazione? Un diritto di esporre la comunicazione al mondo, di esporla al paradosso della distinzione e della indicazione? Un diritto alla passività, alla non partecipazione, alla ricettività, che si distinguerebbe nettamente dal diritto soggettivo convenzionale? Più concretamente, l'esperienza senza concetto sarebbe sostenuta non solo, come è consuetudine, da un diritto soggettivo alla libertà, che in realtà è concesso solo entro gli imperativi dei sistemi sociali, come gli imperativi del mercato o gli imperativi scientifici, ma piuttosto attraverso un diritto – individuale, ma anche collettivo – alla sospensione sia degli imperativi giuridici che degli imperativi dei sistemi sociali?

Tali contro-diritti permetterebbero un accesso al “mondo” attraverso un'intuizione senza concetto, ma consentirebbero anche un giudizio normativo, che si libera da giudizi controllati unilateralmente dal denaro, dal potere

o dalla scienza. Qui emerge l'analogia con l'analisi del giudizio estetico di Kant, come suggerito da Menke e altri, che, come tale, rappresenta nientemeno che una quadratura del cerchio nella sua mediazione di affetto e ragione. E non solo i giuristi, ma anche tutte le professioni sono ossessionate da questo problema di quadratura, almeno quelle da cui ci si aspetta un giudizio spinto dagli imperativi del processo decisionale – assistito e contemporaneamente abbandonato dalla scienza – in situazioni di *non-liquet*.

I contro-diritti sarebbero così non solo posti contro la volontà individuale dei diritti soggettivi borghesi, ma soprattutto contro quelle strutture sociali che “reificano” le “volontà”, gli “interessi”, le “preferenze”, i “bisogni dei pazienti” a “dati di fatto”. Se il contro-diritto al giudizio politico deve essere rafforzato contro questi “diritti inerenti” socializzati, allora si dovrebbe determinare specificamente per ogni ambito sociale come e a quale punto un nuovo diritto potrebbe istituzionalizzare i contro-diritti. A mio avviso, i diritti costituzionali sarebbero la categoria giuridica più adeguata a questo proposito – non però nel loro effetto tradizionale contro lo Stato, quanto piuttosto nei loro effetti orizzontali contro le costellazioni sociali di potere. Completamente in linea con Menke, tali diritti costituzionali sarebbero orientati a consentire un autentico giudizio politico, distinto in base al contesto sociale in questione¹³. Poiché le minacce al diritto costituzionale differiscono da contesto a contesto, i contro-diritti nelle organizzazioni dovrebbero essere organizzati diversamente dai contro-diritti nelle interazioni o in diversi sistemi funzionali. I contro-diritti non avrebbero quindi solo a che fare con lo scatenare un “affezione pre-concettuale” nella coscienza individuale, come Menke immagina, ma anche nelle suddette tre dimensioni della socialità: comunicativa, collettiva, mediale. Che cosa potrebbe significare questo per ogni dimensione?

7.4.1 Comunicazione affettiva

Esiste davvero l'affezione pre-concettuale come fenomeno puramente comunicativo nelle interazioni? E non solo nell'accezione più comune che la comunicazione libera affetti psicologici negli individui partecipanti, o che “trasferisce” gli affetti da un individuo all'altro, ma piuttosto in senso stretto che la comunicazione come tale produce formazioni di significato indipendenti e marcatamente diversi?¹⁴. Certo, la comunicazione di significato

¹³ Sulla contestualizzazione dei diritti fondamentali in sfere d'azione diverse, si veda: Teubner (2006, 338 ss.).

¹⁴ Questa è la sfida centrale a cui la sociologia delle emozioni deve rispondere se vuole offrire un contributo indipendente correlativo a quelle psicologiche. Cfr. Reinbacher (2017). Anche le teorie del senso di giustizia che tematizzano solo le emozioni degli esseri umani che partecipano, ma non la dimensione affettiva della comunicazione giuridica in sé, devono

preconcettuale sembra una contraddizione in termini, in quanto ciò implicherebbe una comunicazione per mezzo della non comunicabilità linguistica. Sembra controintuitivo inserire a questo punto dei contro-diritti poiché il diritto comunica, in ultima analisi, linguisticamente attraverso il riferimento dei diritti soggettivi alla volontà. Vale a dire, il diritto produce informazioni sul diritto e sulla volontà per mezzo di concetti.

Ma è come nel caso della comunicazione estetica in letteratura: il messaggio estetico delle sue parole non si trova nel suo contenuto, ma piuttosto in ciò che non può essere comunicato verbalmente, eppure si trova proprio in ciò che può essere co-comunicato nelle parole, che va oltre ciò che può essere detto. «L'arte funziona come comunicazione anche se – o proprio perché – non può essere adeguatamente resa attraverso le parole (figuriamoci attraverso i concetti)» (Luhmann, 2017a). Bisogna sottolineare ancora una volta che la comunicazione senza concetto degli affetti non si riduce in alcun modo ai suoi effetti sulle emozioni individuali, cioè rilasciando emozioni nei processi psicologici. Ciò che conta, invece, è il significato specifico che la comunicazione degli affetti crea, per distinzione al sentimento individuale. La differenza di coscienza e comunicazione implica che – come la comunicazione in letteratura – accanto alla comunicazione dei contenuti, avviene una vera comunicazione del non comunicabile linguisticamente. La differenza nella interazione tra azione e sofferenza, sottolineata da Menke, non è caratteristica solo della coscienza umana, ma proprio della comunicazione sociale in quanto tale (2015, 350 ss.). Di conseguenza, i contro-diritti non devono essere diretti solo al sentimento individuale, ma con uguale intensità alla comunicazione sociale degli affetti pre-concettuali.

Un grande potenziale di tali contro-diritti per la comunicazione affettiva sta nelle semplici relazioni sociali di carattere più privato – cioè nella comunicazione quotidiana oltre alla politica istituzionalizzata e oltre altri sistemi funzionali¹⁵. Qui gli affetti pre-concettuali sono comunicati spontaneamente, sia linguisticamente che non linguisticamente. Non a caso i sondaggi d'opinione degli Stati autoritari e del mondo aziendale sono tanto interessati alla comunicazione affettiva privata a fini di controllo sociale. Infatti, non senza ragione, queste relazioni sono spesso oggetto di massicce tecnologie di manipolazione, di propaganda politica e, in particolare, di pubblicità aziendale. E non senza ragione sono state recentemente sviluppate su Internet

rispondere a questa sfida. Contrariamente a Luhmann che vuole spingere le emozioni fuori dalla comunicazione per limitarle solo ad una esperienza psicologica e questa alla “funzione immunitaria del sistema psichico”, Parsons era più sensibile alla indipendenza dell'affetto comunicativo, quando identificava l'“affetto” con un medium sociologico simbolicamente generalizzato del sistema dell'azione. Si vedano Luhmann (1990c, 251 ss.) e Parsons (1977, 214 ss.).

¹⁵ Per un focus sul potenziale di resistenza in comunicazione private quotidiane, si veda Sheffi (2016) e Thompson (2015).

portentose tecnologie di controllo e censura contro la diffusione di stati d'animo e stati emotivi comunicati privatamente. Questo dimostra proprio l'importanza di una istituzionalizzazione nella quotidianità di contro-diritti che avversino il disciplinamento statale e aziendale della vita emotiva sia individuale sia della comunicazione affettiva.

7.4.2 Attori collettivi

Il potere comunicativo dell'affezione pre-concettuale è espresso nel modo più chiaro nella sua dimensione collettiva¹⁷. Non solo gli individui devono essere dotati di contro-diritti, come suggerisce Menke, ma anche gli attori collettivi poiché sono proprio loro che dotano – attraverso le proteste organizzate – i contro-diritti, di un potere politico e aumentano le possibilità della loro applicabilità nei processi. Una delle sfide più importanti per l'immaginario istituzionale” (Unger, 1996) del “nuovo diritto” è come concettualizzare i diritti collettivi, così che non solo i programmi politici possano essere sviluppati, ma possa essere articolato anche l'affetto pre-concettuale nei movimenti sociali, nelle organizzazioni, associazioni, sindacati e ONG, così da produrre giudizi politici collettivi mediando con i concetti. Qui non si tratta solo di proteggere costituzionalmente le motivazioni individuali, ma piuttosto di allargare gli spazi sociali per la formazione di una volontà collettiva in procedure adatte a questo scopo.

I movimenti di protesta sono candidati paradigmatici per una articolata comunicazione affettiva collettiva. Nella loro fase iniziale i movimenti di protesta sono in larga misura caratterizzati da un'articolazione spontanea di lamentela affettiva, malcontento, accuse, impegno e appartenenza – senza teorie sviluppate o programmi espliciti di azione politica. Questi programmi non sono esplicitamente articolati come ondate di emozioni individuali, ma piuttosto come affetti di un attore collettivo che, come movimento sociale, può dispiegare un notevole potere comunicativo (Markoff, 2025; Luhmann, 1997, 847 ss.; Tratschin, 2016, 154 ss.). I movimenti di protesta sono l'esempio perfetto della “ribellione degli schiavi” – nella sua forma collettiva attuale – che Nietzsche ha criticato e il cui potenziale produttivo Menke ha scoperto ancora una volta. Esprimere pubblicamente la sofferenza dell'ingiustizia, invece di sviluppare alternative politiche; articolare le lamentele senza concettualizzarle; dimostrare passività contro lo sviluppo di alternative

¹⁷ Mascareno parla dalla prospettiva della sociologia delle organizzazioni, della abilità di certi attori collettivi di una compassione sistemica in contrasto agli affetti individuali dei membri. Cfr. Mascareno e Drago (2016). Si basa su Thompson (2012, 80 ss.) che distingue tra 4 tipi di organizzazioni (ciniche, sostenitrici della base, entusiasti e produttori di etica). Negli ultimi due tipi, la comunicazione affettiva-collettiva potrebbe giocare un ruolo importante (Esempi: Novo Nordisk, Lefrage, fair commerce, Eco-aziende, cooperative finanziarie).

politiche, rivendicare il diritto alla non partecipazione istituzionale, evitare di assumere funzioni decisionali politiche, chiedere ai governanti di preoccuparsi delle loro preoccupazioni – tutte queste caratteristiche tipiche della ribellione degli schiavi, oggi indicano non singoli attori quanto piuttosto i movimenti di protesta collettiva. Ciò include la simbiosi con i mezzi di informazione che ha effettivamente permesso ai movimenti successi sociali e politici, ma che in tanto non è supportata da obiettivi politici concettualmente sviluppati in quanto lo è sulla pura e semplice comunicazione affettiva. E anche se gli attori della politica istituzionalizzata di solito rifiutano tutto questo come una forma di politica ingenua, non politica, sconsiderata e irrazionale, è proprio questa comunicazione affettiva che deve essere sostenuta da contromisure collettive. Infatti, e ancor più radicalmente, non si può limitare la portata dei contro-diritti agli affetti collettivi pre-concettuali, solo a movimenti di protesta “progressisti”, “di sinistra” o “emancipativi”, ma a contrario essa va estesa anche a movimenti “reazionari”, “di destra”, “in cerca di comunità”, se questo potenziale affettivo collettivo non deve essere soggetto a censura politica fin dall’inizio. Qui i contro-diritti di un nuovo diritto devono scatenare la loro efficacia anche contro la notevole opposizione da parte di una sfera pubblica che – pur comprendendosi come “critica” – è disposta fin troppo rapidamente a procedere a divieti amministrativi contro i movimenti “populisti”. D’altra parte, va anche fortemente sottolineato che questa ampia tolleranza verso una comunicazione affettiva radicale, da qualunque parte essa provenga, può essere realizzata solo se un diritto sicuro di sé è in grado di vietare la violenza manifesta e di far rispettare efficacemente questo divieto attraverso un contro-potere manifesto¹⁹.

7.4.3 Mezzi di comunicazione

I contro-diritti sarebbero infine necessari anche nella dimensione istituzionale per proteggere l’integrità dei campi di azione sociale contro le tendenze espansive, se non addirittura totalizzanti, di altri campi di azione sociale. I diritti fondamentali istituzionali dovrebbero essere efficaci contro gli imperativi motivazionali altamente selettivi dei mezzi di comunicazione: corruzione attraverso il denaro; sanzioni di potere negative; richieste vincolanti di legge; rivendicazioni di verità scientifica e fantasie di fattibilità tecnologica. I contro-diritti sono quindi diretti contro la “violenza strutturale” (Galtung, 1965), che si irradia da qualsiasi mezzo di comunicazione. Sono diretti contro gli imperativi motivazionali unidimensionali e cercano di liberare il giudizio politico da queste restrizioni. Consentono un accesso al

¹⁹ Menke (2015, 406) ascrive esplicitamente al nuovo diritto, il diritto di applicare legittimamente i contro-diritti con la violenza.

“mondo” attraverso l’“affezione pre-concettuale” e quindi consentono un diverso tipo di giudizio normativo, che lo libera dall’unilateralità delle determinazioni concettuali controllate dal denaro, dal potere o dalla scienza.

Mentre i contro-diritti mirerebbero a neutralizzare gli imperativi motivazionali dei media comunicativi altamente specializzati – e quindi corretti rispetto alla loro corruzione del giudizio, essi preserverebbero simultaneamente le conquiste culturali della differenziazione sociale che hanno origine negli imperativi motivazionali stessi dei media comunicativi. È così che comprendo il significato della battaglia bifronte di Menke diretta, da un lato, contro le realtà delle società capitalistiche e, dall’altro, contro le utopie comuniste del processo decisionale totalizzante. Questo spiega la critica di Menke alla socializzazione totalitaria e alla de-differenziazione emancipatoria. La posta in gioco è, invece, la promozione della differenziazione sociale, compresi i suoi diversi media comunicativi, che tuttavia – e questo è il punto cruciale – devono essere legati alla loro responsabilità sociale attraverso l’abilitazione al giudizio autentico.

7.5 La policontestualità dei contro-diritti

I contro-diritti, secondo Menke, devono seguire progetti diversi nella politica, nel diritto e nella società (2015, 372). In politica, egli finalizza i contro-diritti alla passività, poiché la passività rende possibile un autentico giudizio politico. Dovrebbero essere realizzati come contro-diritti per la singolarità contro le tendenze aggregative totalizzanti della socializzazione. Nel diritto, invece, Menke sostiene un diritto alla passività diversamente concettualizzato, se si vuole superare la “datità” dei diritti soggettivi. L’obiettivo sarebbe la politicizzazione interna di diritti soggettivi “reificati” positivisticamente. Menke mira in ultima analisi a un superamento della vecchia politica e del diritto attraverso l’attivazione del dissenso nella società, garantito in entrambe le sfere attraverso il diritto alla passività. Questo non dovrebbe essere inteso come semplice diritto di stabilire teorie alternative o nuove ideologie, che si imporrebbero sulla vita, ma piuttosto come una nuova “forma” di produzione del giudizio nella politica e nel diritto. Lo scopo ultimo di Menke è una nuova “politica” in entrambi i campi. Dopo tutto, egli sviluppa una teoria politica del diritto, e non una teoria del diritto autonomo.

Alla fine, Menke va oltre gli ambiti della politica e del diritto e concentra esplicitamente i contro-diritti sulla società stessa (*Ibidem*, 396 ss.). Se la società è apparsa nella sua teoria, in primo luogo, dalla prospettiva del governo, sia come riferimento del diritto al “naturale” o come riferimento della politica alla società, Menke sposta ora la prospettiva. I contro-diritti al potere sociale dovrebbero essere stabiliti anche nella società stessa, una sorta di effetto orizzontale dei contro-diritti in parallelo agli effetti orizzontali dei diritti

costituzionali stabiliti. Appaiono ora come il “buon autogoverno della società”, nella misura in cui i diritti sociali devono essere efficaci “nel conflitto tra partecipazione e considerazione”.

Tuttavia, l'enorme varietà dei campi d'azione sociale, rimane relativamente vaga e indeterminata. Il più delle volte Menke parla in modo indifferenziato della “società” o della “pratica sociale” al singolare (*Ivi*). Se si vuole promuovere questo filone di pensiero, allora ci si dovrebbe concentrare maggiormente sulle trasformazioni centrali della società tardo-moderna, cioè non solo sulla differenziazione funzionale, ma anche della differenziazione di organizzazioni, reti e movimenti sociali. Sia i diritti soggettivi esistenti che quelli futuri acquisiranno chiarezza e specificità se si realizzeranno in ambiti sociali diversi e assumeranno necessariamente forme corrispondentemente diverse²⁰. I pensieri di Menke puntano in un certo senso in questa direzione. Come già accennato, egli determina i contro-diritti in modo diverso a seconda che essi appaiano in politica (come garanzia della singolarità) o nel diritto (come garanzia della politicizzazione interna del diritto). Questa analisi dovrebbe essere sviluppata per altri ambiti sociali – per l'economia, la scienza, l'arte, i media, la medicina – e dovrebbe scoprire forme molto diverse di diritti soggettivi borghesi, da un lato, e di futuri contro-diritti dall'altro (Augsberg, 2012, 72 ss.; Teubner, 2006).

Le contromisure di Menke vanno quindi intese come l'istituzionalizzazione della riflessività nel diritto, nella politica e nella società. Il loro compito è quello di rendere possibile il buon giudizio – il «processo di conversione riflessiva di prove sensibili e affettive» (Menke, 2015, 377) – in politica e nel diritto così come all'interno della società. In politica, la riflessività rompe le routine politiche, privilegiando la singolarità dell'individuo contro le esigenze della politica aggregativa. Allo stesso tempo, i contro-diritti istituzionalizzano la politica riflessiva nel diritto. E la riflessività nella società si andrà istituendo, rafforzando l'irritabilità dei domini unidimensionali d'autonomia attraverso la loro “politicizzazione interna”²². La particolarità dei contro-diritti sarebbe così visibile in tutti i campi poiché essi non si limitano a proclamare programmi politici, teorie e ideologie alternative, ma facilitano invece l'irritabilità comunicativa, la sensibilità, il sentimento, la capacità di sofferenza, la reattività, la spontaneità, l'intuizione, l'immaginazione – anche l'esperienza mistica – contro le concentrazioni sociali di potere.

Permettetemi quindi di riassumere la mia proposta sui contro-diritti. Mentre Menke li concettualizza per gli individui – nella politica, nel diritto e nella

²⁰ Qui sta il punto d'inizio per considerare esplicitamente contesti sociali diversi nella loro forma specifica, entro cui i diritti soggettivi sono realizzati per frammenti di corpo: Karavas (2018). È anche la tesi centrale di Pablo Holmes sulla necessità della politicizzazione della società mondiale (2014, 582 ss.).

²² Sulla auto-politicizzazione del diritto, si veda: Horst (2018). Sheplyakova (2018) elabora la politicità specifica del diritto e la sua dipendenza da elementi procedurali.

società – bisognerebbe ripensarli in tre dimensioni trans-soggettive: le dimensioni della comunicazione, degli attori collettivi e dei media comunicativi. Se si suppone che il diritto reagisca adeguatamente alle trasformazioni delle società tardo-moderne, è necessario sviluppare tali contro-diritti in due direzioni diverse. In primo luogo, i contro-diritti individuali verrebbero ampliati per includere i contro-diritti per collettività, organizzazioni, movimenti sociali, reti, sottosistemi funzionali, ma anche per sistemi sociali semplici – non come sostituti dei diritti individuali, ma piuttosto come loro complementi co-originari. In secondo luogo, i contro-diritti che Menke concepisce come unitari dovrebbero essere pluralizzati come contro-diritti agli imperativi motivazionali dei diversi media comunicativi, che dovrebbero essere organizzati diversamente in differenti contesti sociali.

8. Il diritto davanti alla sua legge: Franz Kafka sulla (im-)possibilità dell'auto-riflessione del diritto¹

8.1 L'uomo di campagna

Immaginiamo che l'uomo di campagna nella parabola di Kafka *Davanti alla legge* non sia l'individuo umano che è stato consegnato alla forza del legalismo istituzionalizzato (potere, morale, religione ecc.), come riscontriamo in numerose interpretazioni di Kafka, spesso caratterizzate da una determinazione dei ruoli un po' troppo frettolosa². Supponiamo invece che si tratti di un giudice "di campagna" che, laggiù, debba occuparsi di un caso giuridico secondo legge, ma che ora, nel tormento della decisione, non riesce a scorgere ciò che è giusto secondo legge. Oppure, per dirla altrimenti, immaginiamo che sia la stessa procedura legale individuale, o più in generale che sia *la pratica decisionale del processo giuridico*, nella totale confusione della vita, a trovarsi di fronte alla sua propria legge e a non avere idea di ciò che fa.

In questo caso, non sarebbe l'accusato che deve rendere conto di sé davanti alla legge in un procedimento penale, né la parte che cerca i suoi diritti davanti alla legge, ma il diritto stesso, alla disperata ricerca di una legge in ragione della quale possa prendere la sua decisione. Se poniamo ora i protagonisti che emergono da questo doppio scambio di ruolo in un confronto reciproco – ad esempio, non è un individuo specifico che sta «davanti alla legge», ma il discorso giuridico; e la legge da parte sua non è un'autorità generalizzata e distante, ma (a un livello più triviale) il diritto vigente e positivo – allora è necessario affrontare la domanda: cosa succede all'interno della misteriosa relazione tra "diritto e legge" quando questo rapporto è sottoposto alla logica da incubo dell'universo di Kafka?

¹ *The Law before its law: Franz Kafka on the (im)possibility of Law's self-reflection*. «Ancilla Juris», 2012, 176-203, http://www.anci.ch/_media/beitrag/ancilla2012_176_teubner.pdf. Traduzione in questo libro. Traduzione di Gianluca Maestri.

² Per i suggerimenti critici sono grato ai partecipanti a un seminario tenuto da Christoph Menke a Francoforte nel semestre estivo del 2011.

Ciò non significa che la prospettiva individuale debba essere contestata di per sé. Tuttavia, in un senso complementare, la nostra prospettiva istituzionale permette a cose molto diverse tra loro di prendere voce nel mondo di Kafka. Nella mia interpretazione un po' audace sono incoraggiato dal turbinio di associazioni relative a Kafka proposte da Derrida, in cui egli convoca la letteratura «davanti alla legge» (Derrida, 1996, 95). Ed è Kafka stesso a spingere i suoi osservatori attraverso un'ampia varietà di istituzioni, attraverso il potere, il militare, il circo e la medicina, eleggendoli sempre non come semplici estranei, ma come parte della vita professionale-istituzionale: l'agrimensore, il medico di campagna, il ricercatore, il nuovo avvocato, l'impiegato di banca. Un ultimo aspetto, ma non meno importante, è rappresentato dalle personali esperienze negative di Kafka in qualità di assicuratore, ovvero di qualcuno che aveva a che fare con le assurde leggi interne alle compagnie di assicurazione, certamente impiegate nel farsi della sua produzione letteraria. Pertanto, sembra del tutto ragionevole pensare che nelle parabole di Kafka non solo gli esseri umani in carne ed ossa sono tormentati davanti alle porte del diritto, ma che allo stesso tempo le istituzioni giuridiche della nostra epoca moderna siano sottoposte al tormento dell'autoanalisi.

Il discorso giuridico che tenta di accertarsi della sua legge è tormentato da incubi che sono diversi da quelli esperiti dalla persona che è soggetta alla legge e che è esposta all'arbitrarietà del sistema giudiziario. La parabola di Kafka rende visibili gli abissi che vengono affrontati da parte di qualsiasi auto-riflessione collettiva della comunità epistemica giuridica. Se il diritto sta "davanti" alla legge, allora è alla disperata ricerca della sua origine nel tempo, della giustificazione del suo contenuto e della fondazione sociale delle sue norme e dei suoi giudizi. Pertanto, sorge l'insolubile questione della priorità: il diritto ha forse la precedenza sulla legge? Quindi, la legge non ha affatto precedenza sul diritto? La catena di eventi che costituisce la procedura giuridica dovrebbe pertanto precedere, in senso temporale, la legge o la norma che dovrebbe assistere quella catena di eventi nel raggiungimento di una decisione? Tale catena di eventi dovrebbe essere l'origine della legge anche dal punto di vista sostanziale? Ancora, da una prospettiva sociale, nel caso individuale la decisione deve avere la precedenza gerarchica, discostandosi dalla legge generale? In questa relazione triangolare che sussiste tra l'uomo, il guardiano e la legge, la questione diviene ancora più complicata: dove risiede la precedenza? Nella legge, nel portavoce della legge, o nella procedura legale? In quale di queste tre risiede l'origine delle norme?

Da una prospettiva istituzionale, «l'uomo di campagna», il cui significato dell'origine viene multistratificato, non si riferisce più semplicemente al contadino che si affligge di fronte ai tranelli dei sofismi legalistici. Il contrasto implicito tra città e campagna apre a una ricchezza di dimensioni diverse, le quali non possono essere affrontate tutte in questa sede, ma possono essere soltanto accennate per mezzo delle seguenti distinzioni: 1. legge vs. vita, più

in generale: cultura vs. natura, 2. norma statutaria vs. processo di applicazione della norma, più in generale: struttura vs. processo, 3. testo statutario vs. interpretazione giuridica, più in generale: norma vs. decisione, 4. legge vs. caso giuridico, più in generale: universalità vs. singolarità. «L'uomo di campagna» non è più solo un essere umano come parte in causa, ma diviene l'intero complesso processo di applicazione del diritto, un processo che si svolge davanti alla porta, direttamente sulla soglia che separa la vita dalla legge.

8.2 Autocalunnia

Quel «Qualcuno» che deve aver calunniato Josef K. – ne *Il Processo* – non è altro che lo stesso Josef K. Con questa audace affermazione, Giorgio Agamben può sostenere in modo plausibile che non si tratta di un'autorità esterna separata che accusa una persona “davanti alla legge”. Invece, l'uomo di campagna sta accusando sé stesso (Agamben, 2009, 26 ss.). Se seguiamo il mutamento di ruolo che è stato proposto, allora l'autoaccusa di una persona si trasforma nell'*autoaccusa del diritto*. Il diritto porta sé stesso in giudizio (Wiethölter, 1989, 794 ss.).

Il diritto non può sfuggire alla propria autoaccusa, perché se segue (come l'uomo di campagna “insaziabilmente” chiede al guardiano della legge circa la legge generale) la sua implacabile spinta interiore verso l'universalizzazione, allora necessariamente non si pone più la domanda «diritto o torto?» solo in relazione a un caso giuridico nel presente esempio, ma anche in relazione a tutte le azioni umane. Si sta ponendo – per tutti gli eventi mondiali – la domanda riguardante la loro posizione giuridica (*Rechtslage*). Infatti, nell'età moderna il diritto ha storicamente (quando ha smesso di pensare alle azioni in un modo che era fondato sulle procedure legali e ha iniziato a pensare alle posizioni giuridiche in un modo che si riferisce a ogni evento della società) completato questa transizione verso l'universalizzazione delle sue categorizzazioni e ha “giuridificato” il mondo intero. Quindi, la procedura legale si scontra inevitabilmente con sé stessa e pone la domanda che tormenta sé stessa: l'applicazione della differenza tra diritto e torto è effettivamente un diritto o un torto? Però poi il diritto resta intrappolato nei paradossi dell'autoreferenzialità. Come per il mentitore cretese, le cui affermazioni vere diventano false e viceversa, ciò che abbiamo di fronte non è più una semplice contraddizione, bensì un'oscillazione infinita all'interno del paradosso: se diritto, allora torto. Se torto, allora diritto... Questo è il paradosso fondamentale del diritto: in risposta alla domanda sul suo fondamento non ottiene un chiaro sì o un chiaro no, ma un interscambio quasi beffardo tra valore positivo e valore negativo di una valida giustificazione.

In primo luogo, il peccato originale del diritto risiede nel fatto di aver effettivamente introdotto nel mondo la distinzione diritto/torto, per poi in seguito aver prodotto costantemente non soltanto del nuovo diritto, ma anche del nuovo torto. Il diritto è in una posizione di colpa nei confronti del mondo, perché nella creazione stessa di questa distinzione nuoce al mondo stesso, non solo quando infligge una punizione a un condannato, ma anche quando solleva semplicemente la *quaestio juris*, quando recide l'innocenza del mondo mediante il suo codice binario «o legale o illegale» (senza una terza via). Il diritto pone così ciascuna persona, tutti gli eventi e persino sé stesso entro un sospetto generale “kafkiano” che nemmeno l'umanesimo giuridico dell'Illuminismo, con la sua presunzione di innocenza, è in grado di rimuovere. L'inesorabile impulso a scandagliare continuamente il mondo secondo tale criterio partorisce sempre di nuovo e sempre più del torto. Ed è proprio la tanto decantata natura generale della legge, che si suppone elimini l'arbitrarietà nei casi individuali, che crea al contrario di nuovo il torto, perché con le sue violente astrazioni non potrà mai rendere giustizia alla singolarità nelle sue infinite manifestazioni.

La legge di Kafka obbliga la pratica giuridica a generare una seconda volta, creando una “realtà giuridica” che è fittizia, eppure molto reale nella sua finzione, quasi mostruosa. L'intero romanzo *Il Processo*, in cui Josef K. nella sua immaginazione trasforma la banale realtà della sua vita di impiegato di banca in un procedimento giudiziario, testimonia nei confronti del mondo il folle incubo in cui ci conduce la moderna giuridificazione della vita³. Il palazzo di giustizia di Kafka è una delle tante «gabbie d'acciaio della schiavitù del futuro» che Max Weber ha profetizzato per la società moderna – il castello di Kafka sarebbe un altro di questi, così come la colonia penale, il circo e l'America. La coercizione che si esercita nel palazzo di giustizia riduce esseri umani in carne e ossa a persone giuridiche che agiscono per costrizione, la cui caratteristica tipica consiste esclusivamente nell'avere diritti e doveri, le cui attività sono limitate al solo fatto di essere in grado di commettere atti o leciti o illeciti, la cui unica qualità è essere colpevole o innocente. La propagazione di questo secondo mondo è l'empietà commessa dal diritto. È un atto di violenza contro la vita, rispetto al quale il diritto (se applica a sé stesso le proprie categorie) si autoaccusa. Questa è la maledizione del fare il torto. Propagandosi ancora, deve generare sempre ancora torto.

Tuttavia, dovremo fare un passo avanti. Non solo l'autoaccusa, ma l'autocalunnia da parte del diritto. Questa sarebbe la terza interpretazione della disputa nella cattedrale tra Josef K. e il cappellano, circa la questione se sia stato il guardiano a ingannare l'uomo oppure se il guardiano stesso è colui

³ Per quanto riguarda la follia del diritto, si possono trovare diagnosi accurate in Kiesow (2004).

che è stato ingannato (Kafka, 2014, cap. IX). Nella sua ricerca del diritto, la pratica giuridica nell'era moderna diventa una vittima dell'auto-inganno – nel suo auto-giudizio inganna sé stessa e lo fa non per negligenza o per *dolus eventualis*, ma per *dolus directus*. Perché nella chiara consapevolezza di usare false categorie per la sua autoaccusa, il diritto calunnia sé stesso. Non soltanto quando il diritto condanna gli uomini, ma anche quando il diritto processa sé stesso, non può fare altro che esporsi alle sue stesse categorie calunniose. È qui che entra in gioco per la seconda volta la critica di Kafka al diritto moderno, orgoglioso della sua autonomia e formalità. Tale critica è ora rivolta non alla pratica dell'applicazione, ma alla sua autoriflessione. Infatti, a differenza del diritto delle società tradizionali, che era in grado di classificare e valutare la propria legge attraverso una cosmologia onnicomprensiva nelle cui connessioni morali, religiose e politiche è indissolubilmente legata, il diritto altamente specializzato della nostra società funzionalmente differenziata non è in grado di comprendere in modo esaustivo la propria legge e decidere se è vera o falsa, buona o cattiva, benefica o dannosa, bella o brutta, sana o malata, giusta o ingiusta.

La malattia di cui soffre il diritto nell'epoca moderna è la perdita dei criteri della legge positiva, delle nostre norme giuridiche che sono stabilite solo attraverso la decisione. A sua disposizione il diritto moderno possiede solo il suo codice binario legale/illegale – questa *langue de bois* della moderna legalità – ristretto, inadeguato (ai fini della descrizione del mondo), privo di contesto e in definitiva privo di significato. E il diritto può riflettere su sé stesso solo con l'aiuto dei suoi stessi costrutti che falsificano la vita. La sua autovalutazione è imbrigliata nelle limitazioni dei suoi criteri, dei suoi processi, dei suoi *fora*. Il peccato originale del diritto non consiste solo nel fatto di nuocere ai soggetti giuridici attraverso la violenza della propria codificazione binaria, ma anche nel fatto che persino nei suoi momenti migliori, nei momenti di auto-riflessione critica, di destina a una ingiustizia, lo sbaglio dell'auto-calunnia, continuando a farlo ancora e ancora. Il modo in cui il diritto moderno inganna sé stesso – il guardiano inganna l'uomo, l'uomo inganna il guardiano e la legge inganna entrambi – è qualcosa che «non bisogna considerare vero, bisogna considerarlo solo necessario» (*Ibidem*, 223), come afferma giustamente il cappellano, così come ha ragione Josef K. quando dice della giuridificazione totale del mondo: «della menzogna si fa una norma universale» (*Ibid.*, 223).

8.3 Eccessi di ambivalenza

Eppure, la *Kalumnia* con cui Agamben vede Josef K. marchiato per sempre non è l'intera storia, perché ciò attribuirebbe un valore meramente negativo al diritto. Agamben vede solo la violenza che il diritto compie nei

confronti degli esseri umani. La storia del diritto di Agamben è una storia della sofferenza che inizia con l'*homo sacer* e finisce necessariamente nei campi di concentramento e nei campi profughi dell'età moderna – la colonia penale di Kafka. Tuttavia, la parabola di Kafka *Davanti alla legge* possiede una struttura più complessa: non una *pura negatività*, ma una *ambivalenza eccessiva*. Questo perché il diritto produce sempre entrambe le cose allo stesso tempo: mette alcune persone nel torto, altre nella ragione. Con le sue condanne provoca dolore, sofferenza e tormento, ma contemporaneamente crea anche la certezza dell'aspettativa e della fiducia, su cui le persone possono edificare i loro progetti di vita. Nella sua esistenza Kafka ha patito l'assurdità del diritto delle assicurazioni, eppure ha formulato proposte coraggiose in merito a questo diritto assurdo che potevano condurre verso una maggiore giustizia (Banakar, 2009, 463 ss., Corngold, 2009). Poiché il diritto è in grado di generare solo finzioni giuridiche, essa produce permanentemente menzogne, ma sono proprio le menzogne giuridiche che possono essere concretamente utili, così come mostrato dalla nota parabola giuridica islamica del dodicesimo cammello. Il diritto di Kafka provoca i tormenti della consapevolezza permanente della colpa e suscita la speranza di un'assoluzione redentrice. Nel successo del diritto moderno risiede il suo fallimento e nel suo fallimento risiede il suo successo.

È questa simultaneità che rende il tormento davvero insopportabile. Ciò perché, nel contesto puramente negativo che Agamben ci presenta, la fuga verso la libertà è aperta: (auto)distruzione del diritto. L'uomo di campagna non rimarrebbe seduto davanti al guardiano, senza sapere cosa fare. Egli piuttosto protesterebbe – anzi, dovrebbe farlo – contro il torto evidente, o combattendolo o semplicemente andandosene. O “facendosi sentire” (*Voice*) o “andandosene” (*Exit*). Nella protesta o nella fuga, il “diritto” si libererebbe finalmente della legge. Questo era il messaggio del movimento del diritto libero (*Freirechtsbewegung*): ignorare la legge quando si emette una sentenza. Il mondo giuridico di Kafka non ha nulla a che vedere con questo pietismo giuridico. Nel *Davanti alla legge*, in risposta alla minacciosa domanda se sta facendo il diritto o il torto quando applica la legge, il processo giuridico ottiene la risposta paradossale: con l'applicazione della legge si sta sempre facendo contemporaneamente il diritto e il torto.

L'apodittica sicurezza del pre-giudizio di Agamben contro il diritto – *Kalumnia* – è trasformata da Kafka in una incertezza esistenziale: *Kalumnia* – o forse verità? Se si guarda all'osservatore – nel racconto *In galleria* – l'ambivalenza eccessiva dell'universo di Kafka è resa ancora più chiara. «Se una qualunque cavallerizza, gracile, malata di tisi, fosse spinta sopra un malfermo cavallo in giro nella pista ininterrottamente», impotente rispetto ai crudeli rituali dell'operazione circense, «forse allora un giovane spettatore di galleria *si precipiterebbe* giù per la lunga scala e [...] darebbe a gran voce l'alt», «Ma poiché non è così: [...] *piange* di un pianto inconsapevole»

(Kafka, 2017, 34 s., corsivo aggiunto). L'orrore non è semplicemente la realtà dietro la bella apparenza, né l'orrore e l'apparenza possiedono lo stesso "status di realtà". L'apparenza è espressa nello stato d'animo indicativo per ciò che sta realmente accadendo e l'orrore è espresso nel congiuntivo per ciò che è semplicemente possibile. Questa evidente ambivalenza asimmetrica smentisce il negativismo di Agamben che riesce a vedere solo l'orrore nel diritto dell'età moderna. È invece infinitamente più difficile avere a che fare con un'ambivalenza eccessiva che con l'orrore assoluto.

Il paradosso rende inevitabile il fatto che anche l'autoaccusa del diritto non può mai smettere di oscillare tra i valori di diritto/torto. All'accusa non segue mai una sentenza e neppure la condanna della legge in nome di un diritto superiore, al modo di Agamben. Il giudizio sul diritto è sempre differito. Ed è sempre impossibile decidere se è nella pura esistenza del diritto stesso che risiede la sua colpa – o addirittura il suo merito. Questo è ciò che rende la "situazione kafkiana *par excellence*" e non la certezza che l'autoaccusa sia una calunnia deliberata, come vorrebbe Agamben, così che la colpa originaria del diritto sia stabilita a priori, invece della tormentosa incertezza del fatto che l'autoaccusa è la calunnia di una parte innocente o un'auto-riflessione che promette verità e giustizia.

Ed è questo paradosso che spiega in primo luogo la attività/passività rimarchevole dell'uomo nei confronti del guardiano. Il paradosso paralizza la pratica giuridica e la priva del coraggio di decidere a favore della resistenza alla legge: o fuggire o stare, o farsi sentire o andarsene. Ma questo è solo un lato della questione. L'altro lato è che il paradosso incoraggia il diritto a tentare la de-paradossalizzazione della legge per mezzo di distinzioni sempre più sussidiarie, come quella che il legittimo "uomo di campagna" offre quasi sommessamente al guardiano della legge. Mentre la negatività di Agamben chiede l'abolizione del diritto, il paradosso di Kafka è una provocazione a propagare "insaziabilmente", in configurazioni sempre nuove, per riportare il diritto «in ragionata obbedienza». Ma qual è la qualità di queste distinzioni?

8.4 Il giudizio

Il puro sconcerto dell'uomo di campagna di fronte all'inaccessibilità della legge – cioè, dalla prospettiva che abbiamo adottato, la paralisi dell'autoriflessione del diritto che è innescata dal paradosso fondativo e dal paradosso decisionale del diritto – non è la fine della storia. Come lampi, tre eventi improvvisi e devastanti accadono all'uomo al momento della sua morte. In primo luogo, si sprigiona un'inestinguibile luce splendente. Poi, sappiamo che l'ingresso era destinato solo a lui. Successivamente, l'ingresso viene chiuso. Dopo una tale esperienza, simile a quella di Damasco, nessuno può più resistere alla sospensione che è stata innescata dai paradossi.

«... a te solo era riservato l'ingresso». Con queste parole viene pronunciato un duro giudizio: chi sta davanti alla legge è condannato alla libertà decisionale. Questo giudizio getta una luce nuova sulle precedenti risposte ambigue date dal guardiano – ovvero, l'ingresso è vietato, ma può essere deferito; l'ingresso viene lasciato aperto, ma con un avvertimento riguardante i guardiani più potenti. Soltanto l'uomo può – e deve – decidere. Né l'universalità della legge, da cui potrebbe trarre aiuto nella sua decisione, né il sostegno fornito da altri che cercano di accedere alla legge, gli forniranno indicazioni su come decidere. Tale coercizione decisionale assoluta significa, per quanto riguarda la prospettiva individuale, che è necessario un passaggio radicale dal diritto oggettivo di un legislatore esterno, i cui comandi devono essere obbediti dal soggetto, al diritto soggettivo dell'individuo, vale a dire al potere soggettivo di porre il diritto, che tuttavia è ancora sottoposto alla legge. Nei termini della prospettiva istituzionale, questo «a te solo» significa che il processo giuridico individuale non ha altro ricorso che sé stesso nel suo processo decisionale. Solamente il singolo processo giuridico che sta realmente procedendo può essere responsabile di stabilire la norma su cui si fonderà la decisione, ovvero, nessuna autorità esterna, nemmeno la legge generale che è tenuta in così grande considerazione da tutti. La legge ha solo forma come vuota validità senza alcun significato.

La legge come struttura concreta, come standard comportamentale definita come vincolante, non ha assolutamente un'esistenza propria in relazione all'evento giuridico. Essa esiste solo nella misura in cui è invocata da un evento giuridico e continua a esistere solo nella misura in cui tale evento invoca l'aspettativa di eventi giuridici futuri. La legge deve essere continuamente re-invocata da eventi giuridici. Se il diritto come catena di eventi muore, allora anche la porta della legge sarà «chiusa». Gli stessi libri di legge non sono la legge, al massimo sono dei guardiani di porte, o in un altro senso, sono unicamente dei sedimenti di significato che vengono risvegliati a nuovo significato solo dall'invocazione dell'evento giuridico. L'invocazione deve essere continuamente rinnovata.

Tuttavia, questa autonomia normativa è “davanti” alla legge, vale a dire che rimane a essa vincolata. Ciò perché senza la legge e i suoi infiniti “mondi dietro mondi”, che forniscono lo spazio per la “normatività”, non sussiste la possibilità della libertà di stabilire norme, nessuna possibilità di continuare a costruire il Diritto e nessuna possibilità di giustizia. La libertà a cui la legge condanna il diritto non è semplicemente un caos destrutturato, ma la libertà di stabilire norme, una libertà che ha già le strutture della legge impresse su di essa. Come afferma giustamente Derrida, sono solo le condizioni che rendono possibile la cognizione giuridica, le quali sono inerenti al diritto:

Tali possibilità forniscono al testo il potere di *fare la legge*, a cominciare dalla sua. Ma ciò a condizione che lo stesso testo possa comparire *davanti alla*

legge di un altro testo, di un testo più potente, custodito da guardiani più potenti (Derrida, 1996, 96-97.).

Il fatto che ciò sia circolare o tautologico non deve essere inteso come una critica. Al contrario. Ne *Il processo* la tautologia diventa autologica, perché il testo nel capitolo “Nel duomo” applica la circolarità del normativo a sé stesso: la parabola “Davanti alla legge” sta davanti alla legge dell’intero romanzo *Il processo*, così come il romanzo sta anche davanti alla legge della parabola. Non solo le due opere costituiscono una reciproca interpretazione l’una dell’altra, ma ognuna è una precondizione dell’altra. La specifica “normatività della colpa” dei due testi non deriva da un’autorità normativa esterna e indipendente da essi, ma dall’interrelazione autoreferenziale, indeterminata e autosufficiente tra i due testi.

Eppure, c’è una particolare contraddizione in questo dovere di stabilire norme. Ciò perché i potenti guardiani della porta vietano all’uomo ogni ingresso alla legge. E allo stesso tempo, l’ingresso è destinato solamente a lui. In questo egli è esposto alle confusioni di un doppio legame: è obbligato a obbedire alla legge e, allo stesso tempo, è obbligato a infrangerla. Agire in modo tale che il massimo della propria volontà sia in ogni momento obbedire alla legge e allo stesso tempo infrangerla. Questo doppio legame gli fornisce una libertà assoluta e al contempo lo imprigiona in una colpa permanente: costrizione decisionale e colpa decisionale.

Qualunque sia l’alternativa da lui scelta, ogni volta si ritrova invischiato nella colpa. L’individuo o diventa colpevole di aver infranto la legge, o diventa colpevole di non ribellarsi a essa. Era giusto corrompere il primo guardiano, oppure l’uomo avrebbe dovuto trovare il coraggio di intraprendere la lotta per il diritto?

La teoria giuridica oggi prevalente rifiuta di contemplare tali richieste paradossali e irragionevoli. Dalla teoria giuridica sono banditi il paradosso fondativo del diritto, il paradosso decisionale dell’applicazione della legge, il “doppio legame” del diritto soggettivo. Alcuni negano semplicemente la loro esistenza, mentre altri proibiscono qualsiasi figura di pensiero paradossale per motivi logici, altri ancora li disprezzano e li liquidano come semplici bizzarrie filosofiche. Tuttavia, sullo sfondo della suggestività angosciante dei testi di Kafka, tutte e tre le risposte si rivelano semplici gesti impotenti. Nella nostra contemporaneità solo pochi teorici del diritto prendono sul serio questi paradossi: Niklas Luhmann, Giorgio Agamben e Jacques Derrida.

8.5 Contesto di delusione

Luhmann costruisce la propria teoria giuridica sull’audace tesi che il posto del soggetto trascendentale è ora occupato dal paradosso (2000b, 132

ss.)⁴. Esattamente come Kafka, Luhmann osserva il diritto in quanto sistema autonomo che si forma nel processo di modernizzazione, come se fosse fin dall'inizio imbrigliato nei paradossi dell'autoreferenzialità, così che le sue auto-osservazioni sono minacciate dalla paralisi. Per Luhmann la via d'uscita da tale paralisi è rappresentata da quel «a te solo era riservato l'ingresso». La sorprendente rivelazione del guardiano ci conduce fuori dalla paralisi, dalla sospensione, dal crepuscolo. “Tracciare una distinzione”, questo è ciò che Luhmann richiede alla pratica giuridica affinché possa aggirare i paradossi. Il fatto che il discorso giuridico stesso, e solo il discorso giuridico, debba tracciare una nuova distinzione, rappresenta la strategia mediante la quale i paradossi saranno rimossi, in modo che ci salverà dal cadere nelle loro oscure profondità. Anche se la nuova distinzione è a sua volta necessariamente fondata su un paradosso, tuttavia ha un potere di autosostentamento che si basa – sebbene solamente per un tempo limitato – sulla sua plausibilità e sulla sua capacità di risolvere i problemi.

Questa è certamente una soluzione elegante, ma non può rendere giustizia a ciò che accade nella scena della morte. Ovvero, essa non reagisce agli altri due eventi improvvisi, ma anzi deve ignorarli. La soluzione di Luhmann che scioglie il paradosso non può chiudere la porta alla legge paralizzante, ma deve costantemente aspettarsi il ritorno del paradosso della legge. E l'“elogio della routine” (*lob der routine*) di Luhmann (1971) non fa certo scaturire dalla porta della legge nessuna luce splendente inestinguibile. Prosegue soltanto la precedente routine di pedanti distinzioni legalistiche, la permanente ricorsività delle operazioni giuridiche. La nuova distinzione non fa che nascondere il paradosso in un luogo poco sicuro, dal quale presto riemergerà.

Agamben, invece, vi legge effettivamente due eventi insieme: «*a te solo era riservato l'ingresso. E adesso vado e la chiudo* [la porta]». La chiusura della porta: per Agamben è questo il messaggio chiave. E ce ne offre un'interpretazione sorprendente. Il fatto che la porta della legge sia chiusa non è una sconfitta, non è un fallimento dell'uomo, ma al contrario è il risultato della sua paziente strategia di attesa e dell'intenso, anzi intimo, incontro continuo e solitario con il custode della legge, piuttosto che dell'impossibile penetrazione nella legge stessa. La strategia era volta a costringere il guardiano a chiudere l'ingresso alla legge. È proprio in quel momento che l'uomo trova la sua libertà, quando l'entrata della legge viene chiusa, quando la legge viene annullata, la sua vuota validità interrotta, la legge stessa abolita (Agamben, 1998, 55 ss.).

Tuttavia, Agamben non riesce a fare i conti con la luce splendente. Nella sua lettura, la luce splendente che l'uomo riconosce nel buio non riveste

⁴ «I paradossi sono (si può anche formulare così) l'unica forma in cui la conoscenza è incondizionatamente disponibile. Essi prendono il posto del soggetto trascendentale a cui Kant e i suoi successori avevano attribuito un accesso diretto alla conoscenza che è incondizionato, valida a priori e intrinsecamente evidente».

quasi nessun ruolo. Eppure, questo «bagliore che scaturisce inestinguibile dalla porta della legge» è il momento di maggiore intensità nella parabola, «che mette in ombra» gli altri due eventi nella scena della morte. In questa luce tutto è diverso. Derrida parla addirittura del «momento più religioso» (Derrida, 1996, 91). Cosa dice la parabola sull'origine e sull'intensità della luce? La luce viene «dalla porta della legge», ovvero, la sua origine non si trova da nessun'altra parte se non nella legge stessa, ed essa «scaturisce inestinguibile». Ciò rappresenta l'esatto contrario dell'abolizione della legge, come sostenuto da Agamben. È impossibile avere esperienza della luce senza la legge, senza la sua vuota pretesa di validità, senza la sua menzogna, senza i suoi paradossi, senza la sua oscenità. Nessuna legge, nessuna luce. L'assenza di legge che Agamben auspica non potrà mai generare la luce. La disperazione evocata da Kafka non si riferisce alla grande delusione della legge, che Agamben vorrebbe distruggere perché ostacola la giustizia. Ciò è troppo semplice. Infatti, la legge può essere messa da parte, spenta, abolita. Tale possibilità rimane sempre aperta. Al contrario, l'uomo fa la sorprendente scoperta che è precisamente la grande delusione della legge a essere necessaria al fine di rendere la prospettiva di giustizia almeno momentaneamente possibile. O per dirla in un altro modo: la giustizia dipende dalle oscenità della legge. Non si può avere giustizia senza legge.

È solo sulla base della connessione inseparabile tra tutti e tre gli eventi che la scena della morte può essere interpretata – luce inestinguibile, destinazione singolare, chiusura della porta. Nell'apparire della luce splendente, la chiusura della porta non significa l'abolizione della legge o la sua eliminazione in qualsiasi comunità che verrà. Neppure il fatto che la luce appaia simultaneamente alla chiusura della porta può essere ridotto all'opposizione tra un presente carico di sventura e la promessa di un lontano futuro buono, come suggerirebbe Agamben. Attendere la “comunità che viene” solo attraverso il Muselmann, ossia cominciando dalla più profonda umiliazione, sarebbe un manicheismo (Agamben, 1995, 206 f.) che fa dipendere la salvezza della nuova comunità dalla distruzione della legge. E che rende la salvezza della “comunità che verrà” dipendente dall'abolizione della legge. Tuttavia, nell'evento attuale la luce e le tenebre coincidono. Nelle tenebre appena prima della chiusura della porta, la luce appare come la momentanea scintilla di una opportunità che, nel fallimento del diritto davanti della legge, rende la giustizia possibile.

In una prospettiva individuale, ciò significherebbe che l'uomo, alla fine dei suoi tormenti, esperisce il riconoscimento soggettivo della giustizia individuale. Una prospettiva istituzionale farebbe un passo in più e potrebbe mettere in relazione (e limitare) tale possibilità al singolo procedimento giuridico. È solo per questo conflitto singolare, e non per altri conflitti, che si determina questo ingresso nella legge, ed è solo rispetto a questo conflitto singolare che è possibile una prospettiva di giustizia, che si intende

unicamente nella sua possibilità. Una giustizia strettamente limitata al caso individuale è possibile, ma non esiste alcuna possibilità di generalizzazione ad altri casi. La giustizia associata al processo individuale non possiede alcun effetto continuativo; al contrario, la porta della *res judicata* è chiusa e deve essere riaperta in ogni processo, dopo il quale viene sempre chiusa.

Vi sono due interpretazioni possibili. Tuttavia, ci si può chiedere se il testo non consenta una lettura che porti a un livello estremo la critica di Kafka alla modernità giuridica. Lo stesso discorso giuridico autonomo sarebbe allora il soggetto collettivo davanti alla legge, che è in grado di fare esperienza della luce splendente solo nell'autotrascendenza davanti alla legge che solo a esso è destinata. In questa autotrascendenza non ci sarebbe né un futuro in cui la legge è abolita, né un ritorno al diritto "radicato" delle società tradizionali. Il fatto che Kafka non sia in alcun modo nostalgico del diritto premoderno è dimostrato dalle esperienze dell'agrimensore ne *Il castello*, con le strutture repressive della comunità del villaggio, contro le quali egli si ribella costantemente. «*A te solo era riservato l'ingresso*» significherebbe allora la giustizia esclusivamente giuridica (*Eigen-Gerechtigkeit*) *del diritto moderno autonomo*, una giustizia che non può che svilupparsi a partire dalla legge stessa, dal superamento della legge e senza ricorrere a nessun'altra istituzione – né politica, né scientifica, né morale, né religiosa. Nell'epoca moderna, una giustizia che possa applicarsi a tutta la società è impossibile, vi è solo una giustizia particolare intesa per il diritto, una giustizia che è chiaramente distinta da altre giustizie particolari (quelle della politica, della morale o dell'economia). L'autotrascendenza del diritto moderno significherebbe allora che per il diritto come istituzione singolare c'è una via separata alla giustizia che solo il diritto stesso e nessun'altra istituzione può seguire. È solo nella cecità in cui è caduto che il diritto moderno decontestualizzato può vedere la luce splendente della propria autotrascendenza. Quindi non s'intende l'ingresso di una coscienza individuale alla trascendenza, ma un ingresso collettivo a essa, anche se questo ingresso non riguarda la società nel suo insieme, bensì l'autotrascendenza del discorso giuridico stesso (Teubner, 2022f).

8.6 Biforcazione

Se pensiamo ai tre eventi insieme in questo modo, allora si rivelano due interpretazioni reciprocamente contraddittorie, con le quali si giudica il comportamento dell'uomo. In un'interpretazione, è proprio il semplice fatto di stare seduto lì, l'"attivismo/passivismo" non particolarmente lodevole dell'uomo, a permettergli di percepire la giustizia. La paziente attesa dell'uomo, così come le sue insaziabili domande, non sono state vane. Egli ottiene il potere di giudizio nel momento finale dei suoi sforzi. E lo fa perché

ha deciso di non penetrare nel vuoto infinito del diritto e ha invece cercato, in uno sforzo continuo, di stabilire un ponte tra mondi diversi. Non è “dentro” la legge, ma rimane fuori, “davanti” alla legge, sulla soglia, nel confronto permanente con il guardiano, per mediare, da quella posizione, tra la vita e la legge. Il potere di giudizio si dimostra non semplicemente nella sussunzione del particolare all’interno del generale, ma nel gettare un ponte tra due mondi inconciliabili⁵. Kafka radicalizza l’opposizione che deve essere superata: non solo nella direzione ragione *versus* emozione, ma anche argomentazione giuridica *versus* decisione irrazionale, ordine della legge *versus* caos della vita, così come, in definitiva, immanenza *versus* trascendenza.

Questa interpretazione si avvicina al sofisticato capovolgimento di prospettiva con cui Jacques Derrida porta a conclusione la sua notevole decostruzione del diritto (Derrida, 2003, 82 ss.)⁶. Dopo una radicale trascendenza della legge positiva, dopo il passaggio attraverso il deserto, dopo il delirio di una giustizia infinita, si deve arrivare – sostiene sorprendentemente Derrida – a un “compromesso”, un compromesso di giustizia infinita con il più banale calcolo delle conseguenze giuridiche, della banale sussunzione sotto una regola di legge. Secondo Derrida, la sconvolgente esperienza della giustizia non deve servire da alibi per la compostezza con cui si attende un futuro possibile.

Abbandonata a sé stessa, l’idea incalcolabile e donatrice della giustizia è sempre prossima al male, ovvero al peggio perché il calcolo più perverso può sempre riappropriarsene [...] Ma la giustizia incalcolabile *ordina* di calcolare (*Ibidem*, 83).

Dunque, l’errore colpevole sarebbe quello di penetrare sempre più a fondo nei paradossi della legge e desiderare di rimanervi nel quietismo post-strutturalista. Invece, da ciò bisogna esigere l’umiliante compromesso continuo con l’osceno guardiano. La luce splendente appare solo nel richiudere la porta, nel rifiuto finale di entrare. Questo non sarebbe semplicemente il compimento nel fallimento, ma il compimento solo dopo le fatiche dell’incontro, il compromesso con il calcolo, l’umiliazione, la corruzione, il lavoro sisifeo del discorso giuridico. Non si tratta dell’elogio del solo potere mistico, ma dell’elogio del compromesso tra esperienza mistica della giustizia e il banale calcolo delle conseguenze giuridiche – questa sarebbe l’unica interpretazione che giustificerebbe l’attesa dell’uomo.

L’altra interpretazione si dà nel momento in cui leggiamo la parabola accanto a un altro testo di Kafka. Tale interpretazione non accetta che il

⁵ Come è noto, Kant situa il potere di giudizio non nella sfera della ragione pura, né in quella della ragione pratica, per definirlo invece come un mezzo con cui combinare le due parti della filosofia in un unico insieme.

⁶ Ciò ha innescato una grande irritazione nel campo decostruttivista. Cfr. Vismann (1992).

faticoso confronto con il guardiano abbia come risultato la giustizia. Al contrario, l'uomo è costretto a rendersi conto, alla luce splendente del sole, che avrebbe potuto ottenere giustizia se non si fosse lasciato coinvolgere nell'insensato interrogatorio del primo guardiano e avesse invece trovato il coraggio di battersi con gli altri guardiani più potenti e penetrare nella legge fin dove lo avrebbero condotto le sue forze. Una simile obbedienza che porta l'uomo a rimanere seduto davanti alla porta, il suo adempimento del dovere, è la sua violazione del dovere. Invece di corrompere solo il primo guardiano, l'uomo avrebbe dovuto trovare il coraggio di rompere il divieto di entrata e di intraprendere la lotta per il diritto. Anche in questa lettura, la luce splendente è un'esperienza che giunge a lui in questo preciso momento. Perché ora "riconosce" la giustizia – ma solo come un'altra giustizia, l'opportunità rappresentata che non è riuscito a cogliere.

Però la questione del come quest'altra giustizia possa essere raggiunta è espressa solo negativamente "davanti alla legge", solamente come esperienza deludente di aver perso la grande opportunità. Nell'opera di Kafka, l'instaurazione positiva della giustizia che appare possibile e il modo in cui ciò potrebbe avvenire si coglie più facilmente in *Un messaggio all'imperatore*. Anche in questo scritto abbiamo la situazione triangolare tra un'autorità lontana, un soggetto di quell'autorità e un intermediario, sebbene in questo caso la direzione del movimento sia invertita. Anche qui troviamo un intermediario, non un guardiano, ma un messaggero imperiale che fa sforzi sovrumani affinché il messaggio dell'autorità giunga al soggetto. E anche qui, è presente l'amara delusione della scoperta che ogni reale mediazione tra i due mondi è impossibile e che la comunicazione attraverso il messaggero è una vana speranza. Invece: «nessuno può venirne a capo, anche se sia latore del messaggio di un morto». Poi, però, arriva la frase decisiva: «Ma tu siediti alla finestra e immagina che giunga a te, quando scende la sera» (Kafka, 1981, 280).

Quale delle due letture sia appropriata – se la giustizia debba trovarsi nel confronto paziente, auto-tormentante e umiliante con l'oscuro custode della legge, o viceversa nell'immaginazione collettiva del discorso giuridico che si svolge davanti alla legge e vuole assolutamente penetrare nella legge – è una domanda che deve rimanere aperta. Tuttavia, per entrambe le letture vale lo stesso: anche quando la luce splendente illumina tutto, non c'è il trionfo della giustizia. L'ambivalenza eccessiva di Kafka continua, anche davanti alla luce che splende inestinguibilmente dalla legge. Kafka rifiuta di rispondere alla domanda «perché tutto gli si fa buio intorno, o se siano i suoi occhi a tradirlo». È davvero la luce splendente della giustizia? Della trascendenza? E se fosse così, allora sarebbe una luce che viene da fuori – da Dio, dalla scienza, dalla politica, dalla morale o dal diritto naturale? O viene da dentro, come un autotrascendimento dall'"arcano" del diritto stesso? O è semplicemente una specie di luce riflessa? Una mera illusione scintillante che

nasconde il vuoto oscuro? Un ipocrita autoinganno del diritto moderno, divenuto cieco nella sua autonomia formale? È impossibile uscire da questa ambivalenza, perché non esiste alcun criterio a nostra disposizione per distinguere tra immaginazione collettiva della giustizia e autoinganno collettivo.

8.7 Diritto della letteratura

Tutto sommato, Kafka sembra essere un sensibile osservatore del diritto moderno, le cui intuizioni forniscono molti spunti di riflessione alla sociologia del diritto e alla filosofia del diritto. L'accuratezza con cui Kafka ritrae l'eccessiva ambivalenza del diritto sembra essere a un livello superiore a quello di molti teorici sociali che ci rivelano i dilemmi del diritto nell'età moderna. Max Weber ha definito questo dilemma in termini di razionalità "formale" interna del diritto a rischio di influenze esterne "materiali" e irrazionali provenienti da interessi economici e politici. La risposta di Kafka risiede nel fatto che è proprio la razionalità formale più interna del diritto a essere profondamente irrazionale. I tentativi di Hans Kelsen di preservare la "purezza" della normatività del diritto contro le influenze empiriche impure falliscono alla luce dell'osservazione di Kafka secondo la quale è proprio dalla sua purezza che scaturisce l'oscenità del diritto. La conversazione nella cattedrale tra Josef K. e il cappellano smentisce tutti i tentativi di una teoria argomentativa razionale del diritto, come quelli di Habermas o Alexy. In termini di erudizione, abilità interpretativa, uguaglianza di opportunità di articolazione, onestà e autenticità dei partecipanti alla discussione, questa conversazione soddisfa certamente i requisiti del discorso razionale. Eppure, ciò non termina in un consenso liberatorio, ma in incertezza, paralisi, ansia e senso di oppressione. E Luhmann deve concedere a Kafka che le sue strategie di "deparadossificazione", che sotto la minaccia del paradosso inventano rapidamente una nuova distinzione, non vedranno mai uscire dalla porta della legge l'ineffabile luce splendente, perché queste strategie non si espongono al paradosso, ma si fermano "davanti alla legge" e ai suoi paradossi, iniziando il più rapidamente possibile il loro ritiro nella routine.

Perché, allora, la forma letteraria? Perché l'esperto praticante di diritto assicurativo Dr. Franz Kafka non scrive semplicemente un'opera di sociologia del diritto ben organizzata? Lo scopo della parabola di Kafka è quello di fornire alla teoria o alla pratica giuridica suggerimenti su come affrontare i paradossi del diritto? Oppure la letteratura giuridica ha un valore aggiunto, al di là dei benefici che fornisce alla teoria giuridica?

La chiave può essere trovata in alcune peculiarità della pratica giuridica "di campagna". Nelle lunghe conversazioni tra l'uomo e il guardiano, e tra Josef K. e il cappellano, la comunicazione è a un livello molto più complesso di quello che potrebbe mai essere postulato dalle discipline accademiche

razionali. È vero che la dottrina giuridica, la giurisprudenza e la sociologia del diritto descrivono molto dettagliatamente le dimensioni razionali del sistema giuridico, l'ordinamento del procedimento, la logica dell'argomentazione, la costruzione della dottrina giuridica e la struttura dello "stare decisis". Tuttavia, queste non prestano attenzione a quelli che definiscono come gli elementi "non razionali" della pratica giuridica, e normalmente li escludono dall'analisi, anzi devono farlo. L'oscuro impulso alla giustizia, i percorsi contorti del senso di giustizia, gli elementi arbitrari nel giudizio professionale del giudice, i tormenti decisionali del processo con giuria, gli elementi osceni nella procedura giuridica, i paradossi fondativi e decisionali del diritto – in generale, gli eccessi particolari dell'ambivalenza giuridica – non possono essere post-costruiti dalle discipline accademiche, o comunque non in profondità. Cosa possono dire le analisi logiche o teoriche dei paradossi giuridici sull'esperienza dolorosa della paralisi e sulla sua risoluzione estatica nella luce splendente che sono vissute dall'uomo di campagna al momento della sua morte?

Nelle sofisticherie delle aule di tribunale, negli arcani delle burocrazie amministrative e nelle involute costruzioni linguistiche di avvocati e consulenti, la pratica giuridica crea di per sé una seconda versione della realtà, un po' come l'arte o la religione creano i loro mondi, che possono essere percepiti solo in misura limitata dall'approccio razionale delle discipline accademiche che li osservano. E nemmeno la dottrina giuridica, che a sua volta rappresenta una peculiare astrazione della pratica giuridica che non può essere considerata accademicamente legittima, è in grado di controllare gli arcani del diritto per mezzo dei suoi strumenti concettuali. La scienza sociale e la dottrina giuridica possono solo qualificare le aree profondamente nascoste della pratica giuridica come irrazionali e condannarle come tali. Lo stesso accade quando la sociologia del diritto indaga i pregiudizi del potere giudiziario e quando la teoria dell'argomentazione porta i giudizi ad analisi. Questa seconda realtà non è solo il processo giuridico con i suoi vari ruoli, le sue norme, i suoi concetti e principi, ma anche tutta la propagazione di un mondo giuridico, un mondo che appare completamente diverso dal mondo quotidiano o dal mondo delle discipline accademiche. Eppure, le ricostruzioni letterarie possono raggiungere una visione indipendente dei mondi segreti della pratica giuridica. Certo, esse non hanno nemmeno un accesso diretto all'interno della legge, ma l'osservazione della letteratura produce un valore aggiunto che va al di là della più avanzata sociologia del paradosso giuridico fino ad oggi, ad esempio come quella postulata da Luhmann. Tale valore aggiunto può essere descritto indirettamente come la possibilità di sperimentare i paradossi del diritto, una rievocazione affettiva della pratica del giudizio, il "contenuto umorale" dell'ingiustizia. L'arte, trattando il diritto, comunica messaggi sugli eventi giuridici che non possono essere comunicati a parole (ad esempio il Mosè di Michelangelo). Per quanto riguarda la letteratura

del diritto, questo sembra controintuitivo, perché in definitiva, naturalmente, essa comunica diritto in modo verbale; in un modo che è paragonabile alla dottrina giuridica, trasmette una conoscenza peculiare del mondo giuridico. Tuttavia, il suo effettivo messaggio letterario non è costituito dal contenuto, ma da qualcosa che non è verbalmente comunicabile, e che tuttavia viene comunicato insieme alle parole (vedi *Michael Kohlhaas* di Kleist, *Il processo di Kafka*, *Deutsches Requiem* di Borges). «L'arte funziona come comunicazione sebbene, anzi: perché non può essere resa in modo adeguato con le parole (per non parlare dei concetti)» (Luhmann, 2017a, 26). Così il ruolo della letteratura giuridica non deve assolutamente essere ridotto al sentimento giuridico, al fatto che essa si limiti a suscitare affetti nell'evento psicologico. Al contrario, la duplicazione della produzione di senso nella coscienza e nella comunicazione ha come effetto che nella letteratura giuridica vi sia una vera comunicazione su ciò che non può essere comunicato a parole. Il valore aggiunto della parabola di Kafka risiede nel fatto che gli aspetti non comunicabili del diritto sono resi comunicabili dalla forma letteraria e da essa solamente. Non è nella dottrina giuridica o nella teoria giuridica che possiamo sperimentare alcune delle profondità segrete del diritto, ma nel racconto "davanti alla legge".

Allegato.

Franz Kafka, *Davanti alla Legge*

Davanti alla legge sta un guardiano. Un uomo di campagna viene da questo guardiano e gli chiede il permesso di accedere alla legge. Ma il guardiano gli risponde che per il momento non glielo può consentire. L'uomo dopo aver riflettuto chiede se più tardi gli sarà possibile. «Può darsi», dice il guardiano, «ma adesso no». Poiché la porta di ingresso alla legge è aperta come sempre e il guardiano si scosta un po', l'uomo si china per dare, dalla porta, un'occhiata nell'interno. Il guardiano, vedendolo, si mette a ridere, poi dice: «Se ti attira tanto, prova a entrare ad onta del mio divieto. Ma bada: io sono potente. E sono solo l'ultimo dei guardiani. All'ingresso di ogni sala stanno dei guardiani, uno più potente dell'altro. Già la vista del terzo riesce insopportabile anche a me». L'uomo di campagna non si aspettava tali difficoltà; la legge, nel suo pensiero, dovrebbe esser sempre accessibile a tutti; ma ora, osservando più attentamente il guardiano chiuso nella sua pelliccia, il suo gran naso a becco, la lunga e sottile barba nera all'uso tartaro decide che gli conviene attendere finché otterrà il permesso. Il guardiano gli dà uno sgabello e lo fa sedere a lato della porta. Giorni e anni rimane seduto lì. Diverse volte tenta di esser lasciato entrare, e stanca il guardiano con le sue preghiere. Il guardiano sovente lo sottopone a brevi interrogatori, gli chiede della sua patria e di molte altre cose, ma sono domande fatte con distacco, alla maniera dei gran signori, e alla fine conclude sempre dicendogli che non può consentirgli l'ingresso. L'uomo, che si è messo in viaggio ben equipaggiato, dà fondo ad ogni suo avere, per quanto prezioso possa essere, pur di corrompere il guardiano, e questi accetta bensì ogni cosa, però gli dice: «Lo accetto solo

perché tu non creda di aver trascurato qualcosa». Durante tutti quegli anni l'uomo osserva il guardiano quasi incessantemente; dimentica che ve ne sono degli altri, quel primo gli appare l'unico ostacolo al suo accesso alla legge. Impreca alla propria sfortuna, nei primi anni senza riguardi e a voce alta, poi, man mano che invecchia, limitandosi a borbottare tra sé. Rimbambisce, e poiché, studiando per tanti anni il guardiano, ha individuato anche una pulce nel collo della sua pelliccia, prega anche la pulce di intercedere presso il guardiano perché cambi idea. Alla fine, gli s'affievolisce il lume degli occhi, e non sa se è perché tutto gli si fa buio intorno, o se siano i suoi occhi a tradirlo. Ma ora, nella tenebra, avverte un bagliore che scaturisce inestinguibile dalla porta della legge. Non gli rimane più molto da vivere. Prima della morte tutte le nozioni raccolte in quel lungo tempo gli si concentrano nel capo in una domanda che non ha mai posta al guardiano; e gli fa cenno, poiché la rigidità che vince il suo corpo non gli permette più di alzarsi. Il guardiano deve abbassarsi grandemente fino a lui, dato che la differenza delle stature si è modificata a svantaggio dell'uomo. «Che cosa vuoi sapere ancora?» domanda il guardiano, «sei proprio insaziabile». «Tutti si sforzano di arrivare alla legge», dice l'uomo, «e come mai allora nessuno in tanti anni, all'infuori di me, ha chiesto di entrare?» Il guardiano si accorge che l'uomo è agli estremi e, per raggiungere il suo udito che già si spegne, gli urla: «Nessun altro poteva ottenere di entrare da questa porta, a te solo era riservato l'ingresso. E adesso vado e la chiudo».

Franz Kafka (2014, 117 ss.)

*II. L'auto-sovversione del sistema
come compimento della sua autonomia*

di Riccardo Prandini

1. Trailer

Per il semplice fatto di essere perseguita (...)
ogni fondazione si espone al confronto con altre possibilità
e con ciò al dubbio su stessa.
Cercando il necessario,
la fondazione produce contingenze.
Opera in modo controintuitivo.
Si allontana dal fine al quale tende.
Sabota di continuo sé stessa,
in quanto apre l'accesso ad altre possibilità
laddove vorrebbe chiuderlo (Luhmann, 1992, 215).

Tutto ha inizio, nella realtà dei sistemi osservati, con un paradosso. Nel suo esistere ogni sistema (biologico, fisico, psichico, sociale) opera e, così facendo, pone una distinzione – un confine – tra la sua autopoiesi e il “suo” esterno. Tale operare accade e basta, senza sapersi, senza conoscersi. La prima distinzione è “cieca”, semplicemente essa viene posta e prodotta dall’operare sistemico che si chiude in sé stesso (prima chiusura operativa) generando comunque un dentro e un fuori. Quando il sistema comincia a operare mediante quelle speciali operazioni chiamate “osservazioni” (operazioni che simultaneamente “distinguono e indicano” un lato della distinzione) quel confine-limite viene tematizzato (riflettuto) e va a costituire una specifica auto-descrizione, quella basata sulla differenza tra identità (interno-sistema) e alterità (esterno-ambiente). Solo allora il sistema sa di sé stesso che è “un” sistema (seconda chiusura osservativa). Ma anche allora, pur sapendo di essere sé stesso, non può osservare “assolutamente” perché anche l’osservazione è una operazione che produce la sua propria cecità. L’osservatore non è né indicazione né distinzione: è sempre entrambi; è il terzo escluso del suo osservare. A quel punto, quando l’osservazione – che è alla base di ogni cognizione perché indica sempre qualcosa – si è attivata, si rende esplicito il paradosso. L’osservatore osserva questo e non quello, determina qualcosa, crea un positivo, de-limita. Ma in questo stesso processo di *world making* lascia qualcosa nella invisibilità, esclude in quanto determina. Il punto paradossale è che ciò che è reso invisibile, è la condizione di possibilità del visibile: è l’osservatore stesso a costituire il punto cieco della sua osservazione. In tal senso *the same is the different*. Chi è allora quell’esistente – quel “distinto” – che si auto-pone? E dove sta il “momento” dell’auto-porsi che indica-crea l’osservatore come identità, come sistema? Dentro o fuori il sistema? Il sistema esiste (distinto) prima di essersi posto? Se la sua esistenza (determinazione) sta nell’essere posto (distinto) chi è quel distinto che lo distingue? La teoria dei sistemi risponde con un paradosso originario e irrisolvibile. Il “negativo”, il “non” del sistema – ciò da cui il distinto si distingue

– è posto “dal” sistema stesso: l’identico è il differente. Nessuna osservazione (cognizione) può sfuggire a questa logica paradossale perché sempre, qualche che sia l’ente indicato – “determinato” – lo è a partire da un punto cieco (la distinzione stessa) che non può apparire. Questo lo si può certamente osservare (è quello che stiamo facendo), ma non si può mai osservare la “forma” della distinzione *in actu*, cioè l’unità della differenza tra il distinguere e l’indicare. L’osservare procede sempre e inevitabilmente generando del negativo, dell’invisibile, del “resto” che deve obliare per trovare identità. L’osservare arriva sempre un passo dopo l’operare (sia pure di una osservazione): arriva come la Nottola di Minerva di hegeliano memoria.

Si tratta sempre di una esclusione includente o, come direbbe Roberto Esposito, di un uso affermativo (e non negativo, escludente) del negativo (Esposito 2022). Il negativo, il distinguere, il determinare, non va negato creando una vera e propria spirale di annichilazione, bensì messo in produzione a favore della indicazione. Negare una negazione non significa creare una affermazione, significa annichilire il negativo, raddoppiandolo. Il negativo, invece, abita dall’interno il positivo, ne è la condizione di “possibilità”. Esso è parte della autopoiesi del sistema, della creazione dei suoi elementi di base. Dalla sua (doppia) chiusura operativa il sistema non può mai evadere (così come dalla sua autopoiesi). Ma ciò non significa che tutta la realtà *esista* nel sistema. Lo è solo quella che esso può attuare, realizzare, rimandando ciò che non indica non nel ni-ente, ma nel campo della potenzialità. Il resto è complessità, irritazione, sorpresa, “mondo”: un orizzonte di possibilità sempre maggiore rispetto a quanto il sistema possa processare entro i confini auto-posti. Non è dunque mai possibile che il sistema possa “replicare” l’ambiente punto-per-punto. Il sistema mappa sempre e altro non può fare, cerca la sua *requisite variety*. Se provasse a “replicare” il suo esterno crollerebbe sotto una pressione intrattabile (iper-complessità) che ne distruggerebbe il confine e quindi il suo spazio operativo: le sue condizioni di operabilità.

Quando nel 1993 Niklas Luhmann pubblicò nella sua monografia dedicata a *Il diritto della società* (2012), le sue ricerche trentennali sulle comunicazioni giuridiche, riprese proprio nel capitolo finale *La società e il suo diritto* questo assunto di base collegandolo a un tema di ricerca in realtà poco battuto: quello della immunologia sociale. Il sottosistema sociale del diritto, questa la tesi, è il sistema immunitario della società che compensa la carenza delle mappe che sempre e solo possono “adeguarsi” alla complessità esterna. Non si tratta affatto di metafore o di analogie con la biologia. Ogni sistema – e qui si tratta di società, cioè di comunicazioni – costruisce la sua complessità riducendo quella ambientale, negandone parti e potenzializzandole. Non è possibile alcun vero adattamento-punto-per-punto del sistema all’ambiente e il sistema immunitario è proprio la conseguenza e il segno di quella necessaria rinuncia all’adattamento. Non si tratta neppure di “conoscere” meglio l’ambiente che è e rimane “quello che è”: il sistema solamente lo testa

mediante le sue operazioni e così ne costruisce una rappresentazione interna (lo mappa), riportando a coerenza quella immagine con la memoria (immaginario) sistemica (o mutandola, nel caso non sia più adeguata). Da qui nasce la realtà dei sistemi, come un test di coerenza tra immagini interne. Quando un sistema percepisce qualcosa di estraneo e incoerente – cioè di potenzialmente pericoloso – attiva la sorveglianza e poi le sue difese. Questa percezione del negativo in quanto pericoloso deve saper distinguere tra *self* e *non self*: e tra i *non self* deve distinguere tra quelli pericolosi (agenti patogeni) da quelli non pericolosi per la sua autopoiesi. Una parte di questo “sapere” è costituito da una memoria di lungo periodo “potenziale e plastica”: semantiche e simbologie elementari che orientano nel distinguere. Nel corso del tempo, però, il sistema immunitario comincia a rispondere alle sfide che giungono dall’esterno, apprendendo e memorizzando nuove fonti di pericolo. Un esempio chiarificatore per cominciare. Nella sua straordinaria ricostruzione della questione sociale, Robert Castel (2019) dedica alcune dense pagine alla figura del vagabondo nel XIV al XVI secolo. Entro una società differenziata per strati, l’aiuto ai bisognosi si articola entro un inquadramento sociale basato su due assi: 1) l’appartenenza riconoscibile a un territorio; 2) l’impossibilità di lavorare. Chi rientra in questa griglia viene riconosciuto dal sistema sociale come un individuo certamente problematico, ma simultaneamente degno di venire aiutato. Il sistema “riconosce” un problema, ma lo tratta come una parte del *self* includendolo entro pratiche di assistenza. Il vagabondo, invece, nelle sue diverse declinazioni semantiche, è “riconosciuto” come un estraneo pericoloso – come un *non self* – e perciò escluso dalla società attraverso diversi dispositivi giuridici (dal bando, alla deportazione, al lavoro forzato, fino alla messa a morte). La diversa semantizzazione di questi individui dipende solo dal grado della loro “inclusibilità” nel tessuto sociale e, certamente, non da qualcosa di oggettivamente naturale.

Nel caso peculiare del diritto, il sistema immunitario si attiva quando riconosce una “contraddizione” (un *No!*, una negazione, una distinzione “contrastante”) – che potrebbe metterne in pericolo l’autopoiesi per esempio nella attraverso l’utilizzo della violenza (fondamentale su questa tutta l’opera di Girard: un pericolo di *escalation* dell’uso della forza che distrugge le condizioni i possibilità del sociale: la vita *in primis*) sia come ritiro-disimpegno delle persone dalla società (un pericolo di regressione, disaffiliazione, desocializzazione che disaccoppia sistemi psichici e sociali). «In un senso molto iniziale, il diritto ha avuto sempre a che vedere con la soluzione di conflitti che possibilmente si sarebbero risolti in modo violento» (Luhmann, 2012, 257). Nel riconoscerla la trasforma da estraneità pericolosa in qualcosa di gestibile e trattabile secondo i suoi codici: in un conflitto, cioè in un diverso “No” che sostituisce il primo “No”. Nel processo di sostituzione il negativo pericoloso non viene negato ed escluso. Al contrario viene incluso nel sistema come elemento che permette l’immunizzazione. Il sistema genera un

conflitto giuridicamente trattabile che immunizza dalla sempre possibile violenza o dal ritiro dalla società come strategia di sopravvivenza. Questo vero e proprio uso positivo del negativo permette al sistema di trattare il non self come affermazione del self. Solo distinguendo negazioni (distinzioni) patologiche da negazioni (distinzioni) normali, solo se si riesce a “positivizzare” il negativo, solo allora l’esclusione diventa inclusiva, cioè una negazione affermativa e produttiva.

Il conflitto è quindi sempre un *pharmakon* da usare con cautela. È un veleno che attiva una reazione salutare, ma solo se può parassitare un sistema costituito da strutture capaci di sostenere l’auto-poiesi anche in situazioni di pericolo. “Nel” sottosistema del diritto, il conflitto proceduralizzato è sempre una ricostruzione interna del conflitto “vivente” che ne tradisce assolutamente il senso esistenziale e si rende indifferente a tutto quanto non possa essere tradotto nel linguaggio giuridico: nelle aule giudiziarie si perde ogni riferimento diretto alla esperienza delle parti in causa. Ma con il conflitto, il diritto produce anche soluzioni “generalizzabili” che si presume possano durare, almeno per un po’, anche nel futuro come soluzioni. Il diritto “generalizza-*astrae*” la sua propria esperienza interna, tipizzandola, quando viene toccato da una contraddizione. Il contatto è estremamente selettivo, temporalmente breve, difficilmente utilizzabile per casi diversi, ma comunque genera una memoria immunologica specifica pronta a riconoscere casi simili¹. Per tale motivo il sistema immunitario serve come dispositivo che, come sottolinea l’immunologa Antonella Viola, “danza nella tempesta” (2021); costruisce equilibri cangianti e in continuo movimento. Certamente non serve a “purificare” un sistema da errori o irritazioni: gli sfrutta.

Il sistema del diritto apprende mediante conflitti, siano pure auto-prodotti e vi risponde producendo regole per la loro soluzione (momentanea): anticorpi. La sociologia del diritto di Gunther Teubner riprende questo tema immunologico e, senza farne una trattazione specifica, rilancia la teoria sistemica ribadendo il pro-blema dell’auto-sovrersione e dell’auto-sabotaggio del diritto. Il diritto, strutturandosi nel corso del tempo, percepisce contraddizioni sociali e produce conflitti trattabili: immunizza il sociale. Ma come ogni sistema immunitario deve riguardarsi anche delle sue stesse contraddizioni interne, quelle che genera inventando sue proprie giurisprudenze e dogmatiche che in certe evenienze pongono in pericolo sé stesso e la sua coerenza. Molti casi sarebbero esemplari di questa pericolosità interna: dalla colpa oggettiva al principio di precauzione (Tosini, 2020). In realtà la

¹ La tradizione ebraica enfatizza questa memoria. Mentre il diritto europeo ricorda la soluzione dei conflitti, le decisioni, i principi di governo, le regole precise, quello ebraico ricorda piuttosto le controversie e le tiene sempre presenti. Il diritto europeo reagisce con correzioni minori: le corti costituzionali e quelle più elevate introdussero la pubblicazione delle opinioni dissenzienti dei giudici di minoranza. Contano quasi come “precedenti” e il conflitto può così ripresentarsi (Teubner 2011d).

possibilità contemporanea di poter trattare big data mediante dispositivi di IA, insieme a imponenti spinte alla “previsionalità” – cioè a voler determinare prima quella che potrà succedere dopo – stanno creando contraddizioni *disruptive* nel sistema del diritto soprattutto nei campi vitali delle assicurazioni, del controllo sociale e della sanità (Cevolini, 2021; Guillen e Cevolini 2021). Ma non tratteremo di queste nuove fattispecie. Ciò che qui interessa è che il diritto in quanto sistema, risponde ai pericoli auto-prodotti immunizzandosi da sé stesso, in particolare dalle sue sempre presenti tendenze alla “totalizzazione”. Il principale dispositivo auto-immune del diritto è dato dalle immagini di Giustizia che servono a de-totalizzarlo, a esporlo sempre e costantemente a etero e auto-irritazioni. Ma tutta la teoria teubneriana parla (anche) di questo: dai processi di costituzionalizzazione societaria, alle reazioni auto-immuni del diritto che diventa riflessivo per evitare fenomeni di proceduralizzazione e giuridificazione assoluta del mondo sociale, fino alla auto-sovrersione, attraverso la formula di trascendenza della Giustizia, del diritto stesso.

Ognuno di questi passaggi parla di “negazioni” che devono essere affermate trasformando inclusioni escludenti in esclusioni includenti. È qui che la teoria dei sistemi si accoppia con altre sollecitazioni quali *in primis*, il pensiero negativo, il pensiero delle istituzioni, le teorie “produttive” del conflitto sociale (Esposito 2010). Sembra che proprio il pensiero italiano abbia una sua specifica collocazione in questa “famiglia” di teorie tutte rivolte all’affermazione del negativo come forma di immunologia capace di contrastare ogni “totalizzazione”. Un pensiero del “Contro”, contrastivo, contrastante: contro-diritti; contro-istituzioni; contro-democrazie. Immagini di mondi potenziali e alternativi che tengono sempre “sotto contingenza” il presente che si vorrebbe presentare come “dato”. Ma ogni dato è costruito, temporalmente specifico, transeunte. Il mio contributo, prova a sistematizzare a mo’ di “cassetta degli attrezzi” alcuni di questi dispositivi di potenzializzazione (Andersen e Pors 2016). Nella prima parte tenta una prima ricostruzione dei dispositivi immunologici della società, andando oltre il diritto. Nella seconda parte ricostruisce il pensiero di Teubner sul filo del tema della auto-sovrersione e della immunologia. La conclusione riapre i giochi tra le trascendenze della Giustizia e del suo oltre, laddove balugina la Grazia. Il lungo saggio è concepito come un film con tanto di trailer, primo e secondo tempo, titoli di coda e stinger. Il “film”, girato e montato tra il 2019 e il 2021 è dedicato a Gunther a cui vanno anche i ringraziamenti per aver saputo attendere. Costituisce il mio minuscolo contributo a quel *geistige Arbeit* che vorrebbe contra-stare la potentissima *illusio* – vera e propria pozione magica – dei disillusi “araldi del destino” (Cacciari 2020).

2. Primo Tempo.

Le funzioni del negativo nella teoria dei sistemi sociali

2.1 A proposito di nulla

2.1.1 Annihilation e nullificazione

Il film *The Host* (2006)² del regista Bong Joon-hu – poi premio Oscar 2019 con *Parasite* – appare, fin dalla sua prima scena, come un enorme “teatro del negativo”. In un laboratorio (forse un obitorio, dove la morte viene presentata come ultimo apparire della vita) che è proprietà dell’esercito americano (siamo in Corea del Sud), un anatomopatologo ordina a un suo sottoposto di gettare nello scarico il contenuto di oltre 200 bottiglie di formalina, ritenendole ormai *scadute*. Già l’incipit del dramma *nega* ogni procedura sicura di raccolta e contenimento di *rifiuti tossici*, introducendoci in una atmosfera di *falsità e dinieghi*³. Temendo il *licenziamento*, l’assistente getta centinaia di litri della sostanza nel fiume Han. Questa *ouverture* – vera e propria profezia di ciò che avverrà in seguito – rivela le prepotenze del “negativo” – della negazione, del no, del diniego, dell’esclusione, del niente, dell’annullamento – colte nella loro piena capacità annichilente. Cos’è, infatti, un obitorio se non il luogo dove *muore la morte*? E l’ordine illegale del “padrone” non *nega-esclude* forse la libertà dello “schiavo” che non può che re-agire (*senza alcun altro motivo positivo*) e che poi si *suiciderà* per il senso di *colpa*? L’azione del *gettare* nello *scarico* la formalina, non indica forse l’*espulsione* dell’alterità entro un non-spazio di *deiezione* svuotante così come la *paura* del *licenziamento*, rappresenta il rischio del *diniego* e

² La parola ospite (*Hospes*) dis-piega in sé stessa due significati – quello di chi ospita e di chi è ospitato – che ne rendono ambivalente l’utilizzo. Il significato doppio sembra dipenda dalla antica pratica “istituzionale” dell’ospitare, che prevedeva sempre l’aspettativa di reciprocità. In zoologia, indica la specie, animale o vegetale, a spese del quale vive un parassita. *Parassita* che è, appunto, il titolo del film premio Oscar dello stesso regista. A complicare tutto la somiglianza etimologica tra *Hospes* e *Hostis*, ospite e nemico. Su questo la bibliografia è estesissima, ma si veda: Miglio (a cura di) 1992.

³ In questo *Trailer* del saggio, metto in *corsivo* i termini che si riferiscono al “negativo”.

dell'*esclusione* sociale? E così via lungo una via crucis negativa di continui *annientamenti*⁴. Ma questo non è che l'inizio negativo di una "non-storia" de-genere (Horror? Commedia? Drama?) che procede per sole negazioni. *Via negationis*.

Aggredita e *negata* dall'uomo, la "natura" (la stessa vita?) reagisce raddoppiando la negazione, senza pervenire a nulla di positivo. Dalle acque emerge un mostro anfibio (un altro "non-qualcosa") che attacca alcuni passanti, *uccidendo* e rapendo una bambina (ridotta a *preda* cui viene negata ogni altra qualità esistenziale). I sopravvissuti mostrano i segni di una malattia che viene subito attribuita a un virus sconosciuto: un negativo assoluto e invisibile senza cura *immunizzante*. Vengono perciò *isolati* in spazi di *inclusione escludente* per prevenire (negare) il contagio. Tra questi vi è una strana non-famiglia, *disfunzionale* e composta da *perdenti* che vive alla giornata *senza* nessuno scopo: un padre anziano (che riconosce di non essere stato un *cattivo* padre) e tre figli – un *disoccupato*; una figlia campionessa di tiro con l'arco (che però ha appena perso la gara della vita *mancando* l'ultimo bersaglio) – e il figlio maggiore, quello che sembra più stupido; il padre della bambina rapita dal mostro, *persa* nel fuggifuggi generale, scambiandola con una altra bambina – un vero e proprio *atto mancato* di soccorso. Questo uomo – vero e proprio "negato" alla vita che conduce una esistenza *insensata* – convince i due fratelli e il padre che sua figlia non è morta, ma reclusa in una *discarica* sotto il ponte che crossa il fiume. Mentre si scopre che il virus è solo una *menzogna* dei militari (invasori?) americani – solo interessati a imporre un ordine *repressivo* – la non-famiglia trova il mostro che ha *inghiottito* la figlia e un altro bambino *orfano di genitori*. Nello *scontro* finale il vecchio padre dei fratelli *muore*, ma i suoi tre figli *uccidono* il mostro che, però a sua volta, *uccide* la bambina. Il padre della bambina morta adotta il bambino orfano, ricominciando una vita apparentemente *priva* di senso, ma che forse potrebbe ospitarne dell'*altro*. Fine, senza fini, del film!

E, alla fine del giorno e del film... chi è il mostro di chi? Chi ospita il mostro? Un altro mostro? L'anfibio: i militari americani egemoni; il popolo accondiscendente e instupidito dai mass media; i mass media irresponsabili; la famiglia disfunzionale che comincia a vivere solo davanti alla morte, ma che poi torna subito al non senso? Chi nega, chi annichilisce? Chi rifiuta i rifiuti, scaricandoli nel nulla? E soprattutto: questa non-storia (non vi è in realtà alcuna conclusione logica) non mostra solo un lato del negativo – quello della sua prepotenza, della sua *escalation* che degenera in una logica

⁴ *L'annihilatio*, secondo Esposito (2018), è esattamente l'esito del voler rispondere negativamente a una negazione. Questo raddoppiamento del negativo, non genera alcuna positività, bensì l'annientamento dell'Altro. Il nichilismo sarebbe dunque non l'apparire del negativo, ma la negazione che questo negativo è parte dell'essere, la distruzione della differenza che lo abita, la riduzione dell'Essere all'ente. Così pure il totalitarismo non è che l'eliminazione di chi nega l'autoaffermazione di chi vuole essere Uno.

mortifera dell'annichilimento – negando perciò la possibilità che una *diversa negazione* possa distinguere il negativo dalla sua logica mortifera? Chi è dunque questo “ospite” del nichilismo? Chi è questo *Xenos* perturbante in quanto negativo che a sua volta potrebbe *affermare* la vita invece che annientarla? *Who's hosting the Host?*

2.1.2 Modernità come negazione: dal “processo produttivo irresistibile” alla dialettica negativa

È solo a questo punto che presento il tema di questo saggio: quello del negativo che afferma, del distinguere che non esclude, del No che costringe a dire sì in modi diversi, al conflitto che genera nuovi ordini (conflittuali). Tema che la sociologia sembra aver perso per strada da qualche lustro a vantaggio: o di una ricerca sospettosamente unilaterale di positività senza fratture quali (l'integrazione, i beni comuni, la relazionalità, la comprensione, la governance cooperativa, i valori condivisi, etc.): o di una ricerca che si sofferma ideologicamente solo sugli effetti catastrofici e destinali di un “neoliberalismo” capace di annichilire la realtà. In entrambi i casi persiste una idea di società normativamente intesa come un “tutto” che integra senza scarti le sue “parti”: società che viene pensata solo come “unità”, come un tutto organico composto da giuste relazioni. Il tema del negativo sembra invece recuperato – seppure solo dalle frange più riflessive – dalla filosofia (politica)⁵, in particolare, da quella italiana che dagli anni Settanta sembra essersi ritagliata un posto rilevante a livello internazionale⁶.

Il punto, detto nel modo più semplice, è questo: almeno a partire dalla autoriflessione della Modernità in quanto epoca storica, cioè almeno da Hegel, il negativo, il “no”, la negazione – sotto le forme del distinguere, determinare, dividere, etc. – è uno dei momenti costitutivi, “produttivi”, del reale e il metodo dialettico non fa che seguire processualmente la logica della

⁵ Nel campo sociologico hanno avuto una certa importanza, a partire dalla fine degli anni Sessanta (stimolate prima di tutto dal marxismo, ma anche dal famoso capitolo di Simmel sul “contrasto”) le teorie del conflitto. Questa rilevanza è però, per così dire, rimasta prevalentemente a livello di una risposta disciplinare ai fallimenti di quelle teorie che volevano rispondere positivamente al problema dell'ordine sociale. Il conflitto è diventato quindi un campo di analisi teorica ed empirica specifico – fortemente limitato ai temi del potere, del controllo e del cambiamento sociale – senza mai riuscire ad entrare nelle fondamenta analitiche delle teorie. Può essere che questo deficit di legittimazione sia stato dovuto alla forte re-identificazione (con scopi di legittimazione disciplinare) della scienza sociale come scienza *problem-solving* a trazione empirista. A quel punto un conflitto è diventato solo un problema da risolvere.

⁶ Su questa identità della filosofia italiana si veda Esposito (2010). Si veda anche Cantarano (1998), molto utile per ricostruire questo panorama italiano, che include (almeno) pensatori come: Agamben, Cacciari, Cavarero, Esposito, Gargani, Givone, Marramao, Masini, Negri, Pareyson, Quinzio, Rella, Sasso, Severino e Tronti.

realtà che si auto-comprende nel processo facendosi Spirito Assoluto. Il negativo non è certamente il veicolo della nullificazione, bensì il suo opposto: la dialettica ha perciò un “andamento irresistibile”, non toglibile (come si sarebbe detto) a sua volta. Così per Hegel la dialettica mostra come l’Idea si costituisca logicamente in modo immanente e necessario secondo “momenti” peculiari: 1) ogni determinazione dell’Idea si presenta nel suo essere assolutamente separata e opposta ad altre determinazioni (che nega). Ogni idea si presenta “intellettualisticamente” come assoluta e auto-sussistente, pur essendo limitata e finita (in quanto l’opposto di ciò che nega): la parte si presenta come un tutto. Per esempio, il bene è un “in sé” assoluto che non abbisogna di null’altro per definirsi. Esistono “il” bene e “il” male. 2) Ogni determinazione però è costretta a sopprimersi e diventare il proprio opposto. Se infatti “il” bene è un assoluto isolato dal male, allora non potrà essere la negazione del male (non essendovi alcun rapporto, neppure negativo, tra i due). Ma se ciò è vero, allora l’esclusione dell’opposto (il male) dal suo opposto (il bene), logicamente originerà una determinazione (il bene) come identica al suo opposto (il male): una chiara contraddizione: il bene è il male. Questo è il momento dialettico o del negativo razionale. 3) Il terzo momento è quello speculativo o del positivo razionale. Concepisce l’unità delle determinazioni nella loro opposizione, l’unità degli opposti che conserva, modificandoli (*Aufheben*) gli elementi del processo: “sublare” non significa semplicemente eliminare una determinazione in favore di un’altra, ma significa che una determinazione non viene pensata più nella sua indipendenza, assolutezza e immediatezza, ma viene abbassata a *momento* di un intero (Houlgate 2006)⁷. Gli opposti permangono, ma hanno senso solo nella loro relazione oppositiva. Togliere, sublimare la contraddizione significa togliere l’assolutezza-isolamento-esclusione dell’opposizione. Come scriveva Hegel stesso: «Qualcosa è tolto solo in quanto è entrato nella unità col suo opposto. In questa più precisa determinazione di un che di riflesso, esso si può convenientemente chiamare momento» (Hegel, 2004, 101).

Questo movimento “irresistibile”, questa vera e propria vita dello Spirito, ha un punto di inizio e di fine. All’inizio si “deve” iniziare da qualcosa (una percezione, una idea, qualcosa che viene poi una categorizzato) di assolutamente semplice che non può presentarsi già come *una sintesi di altro*. In termini filosofici non può che essere, appunto, l’Essere indeterminato e indifferenziato di Parmenide. Alla fine, si deve arrivare a una categoria che *non è la tesi di una sintesi più ampia*, che non ha nulla di più sintetico oltre a dessa: l’Idea stessa come Totalità o Spirito. Da questo punto di vista la Storia (e la storia della Filosofia) disvelano la logica necessaria del processo di disvelamento dello Spirito Assoluto. Così come sintetizza Emanuele Severino: «...il processo di *produzione* del mondo da parte dell’*arché* è lo

⁷ La bibliografia sul tema della dialettica è talmente vasta da essere intrattabile.

stesso processo nel quale l'unità indeterminata, indifferenziata e semplice (*l'ápeiron*) – in cui l'*arché* consiste – si *differenzia* nella molteplicità delle determinazioni del mondo, così *l'autoproduzione* dell'Idea è l'insieme il differenziarsi dialettico della categoria più semplice e indeterminato (la categoria dell'Essere) nella molteplicità del sistema delle categorie, del sistema cioè che si realizza come natura e come spirito» (Severino, 1984, 244-245). Con Hegel, dunque, la negatività diventa affermazione. Proprio tale positività del negativo, questo concepire il processo dialettico come avente una “sintesi positiva” è stato criticato come contraddittorio e ha dato vita alla dialettica negativa di Adorno che critica il “sistema” dialettico di Hegel, basato sull'equazione della negazione con la positività. Con esso prevale, nel punto più intimo della dialettica, il principio anti-dialettico, cioè quella logica tradizionale che *more arithmetico* calcola meno per meno come più. Quel processo che si fa “verità” va inteso, invece, come processo interminabile che contraddice continuamente i suoi risultati: «Detto in altri termini, che l'assolutezza della verità dialettica implichi una radicale dialettizzazione del proprio stesso valore di verità significa che il dinamismo dialettica ha sempre di fronte a sé, come possibile reale, l'instaurarsi della non-dialetticità. Contro qualsiasi *vis* ipostatizzante, e dunque al di là dei corto circuiti ancora inficanti il sistema hegeliano» (Donà, 1992, 26)⁸. Questa interminabilità del processo guidato dal negativo, Adorno la chiamò “speranza”: «È inerente alla determinazione della dialettica negativa di non quietarsi presso di sé, come se fosse totale; questa è la sua figura della speranza» (Adorno, 1970, 367).

2.1.3 Logica, ontologia e performatività del negativo: dall'uso escludente della negazione alla negazione della negazione come paradossale affermazione indeterminata

Da questa eredità hegeliana va ricominciata la ricerca⁹. E proprio dalla decennale ricerca di Roberto Esposito (1988; 1998; 2002; 2018; 2020; 2022)

⁸ Come rileva Donà in modo dirimente «Il vero pensiero dialettico, dunque, sa che l'irrisolvibile lotta in cui si concretizza la vita di ogni esistente coinvolge necessariamente anche il proprio radicale atto “relativizzante – anch'esso, come pensiero dialettico, si contrappone al proprio “non”, e dunque ha da prendere coscienza della sempre incombente possibilità di essere tolto da quest'ultimo» (Donà, 1992, 24). Una introduzione notevole al tema del “negativo” può essere trovata in: Donà, 2004).

⁹ Che da Hegel si debba ripartire, sempre, lo riconosce anche Luhmann nella sua summa teorica dove, nelle pagine conclusive, si interroga sul presunto “progetto della Modernità” cioè alla contemporaneità: «Si penserà di nuovo ad Hegel: fino ad ora l'unico tentativo mediato fino in fondo. In quel caso, però, non si dovrebbe collocare alla fine della storia un termine come spirito, né si dovrebbe vedere in esso un principio conclusivo, una figura superiore» (Luhmann 1999a, 400).

dedicata al chiasmo, all'alterazione dei termini opposti e alla negazione affermativa, che cominciamo. Esposito ci richiama a qualcosa di decisivo dal punto di vista politico e, per noi, sociologico. Nel suo lavoro pluridecennale il filosofo napoletano mostra come, soprattutto nel Novecento, ma in realtà incubata dai grandi classici proto-moderni – Hobbes, Rousseau, Locke, Bodin – la categoria del negativo abbia sempre oscillato tra l'operare in termini meramente logici (Principio di non contraddizione, *omnis negatio est determinatio*), ontologici (attraverso distinzioni "materiali" quali amico/nemico, Noi/Loro) attivandosi performativamente (e quindi realizzando programmi di distinzione e/o discriminazione), fino a diventare una vera e propria categoria metapolitica¹⁰. Per essere sintetici: ogni ente è determinato non in quanto distinto da altro (e quindi con "altro" sempre in relazione necessaria in quanto presupposto del sé), ma dall'esclusione di ciò che non è il sé. Il negativo diventa "esclusione del negato": è il "non" del suo "non". Il negativo viene negato e quindi, paradossalmente raddoppiato entro una spirale nichilistica di negazioni. Si tratta di una vera e propria "espulsione" del negato che permane nel sociale solo come l'escluso. Si pensi ai terribili processi di "polizia/pulizia" etnica dove il diverso è negato, negandone in radice l'umanità, alla ricerca di una purezza etnica che non tollera alcuna diversità. La "negazione-differenza-distinzione", la frattura istituente l'identità – che la abita dall'interno come una piega (il non proprio che sempre determina il proprio in un rapporto di esclusione includente) – diventa negazione-annientamento-esclusione. Le categorie novecentesche del "nemico" che istituisce per esclusione l'amico nella filosofia politica di Schmitt; della "pulsione di morte" come paradossale spinta della vita ad annullarsi (in Freud); dell'essere-per-la-morte come riferimento di senso fondativo dell'Esser-ci (in Heidegger); della fine della storia come spinta all'indifferenziato e all'animale (in Kojève), così come altre categorie del negativo, mostrano questa spirale annichilente della Modernità. In campo sociologico non esiste una ricerca del genere che classifichi le forme dell'annichilimento. Molta sociologia riprende i "tipi" della filosofia politica novecentesca, svolgendo critiche alla esclusione, marginalizzazione, colonizzazione dei mondi vitali, mercificazione, alienazione, securizzazione, etc. In tal senso rielabora la critica alla negazione dell'alterità. Ma probabilmente per la sua stessa genesi ottocentesca che identificò come bersaglio critico il cambiamento "moderno" della

¹⁰ Per Manfred Riedl (1990) la "metapolitica" è la trasposizione distortente di presupposti metafisici all'interno delle categorie politiche moderne. In buona sostanza si tratta dell'uso di concetti scientifici per utilizzi non scientifici, ossia come fonti di legittimazione più "dirette". Ciò accade quando, per esempio, la distinzione Noi/Loro che presiede ogni processo di identificazione sociale, viene utilizzata non in termini logici, ma scivola nella ontologia (fissa) spingendo poi a performance di esclusione. Quando l'esclusione diventa un principio di annichilimento dell'altro, la categoria si tramuta in metapolitica, uscendo dai suoi confini per semantizzare un rifiuto assoluto del diverso.

società – semantizzato prevalentemente come passaggio da una epoca a forte integrazione, a una di forte disintegrazione – non coglie più profondamente il nesso costitutivo e non solo dialettico tra ordine e disordine. Si pensi solo ai concetti costitutivi della scienza sociale ottocentesca che reagiscono a quella che Peter Wagner chiama “prima crisi della Modernità” (1994): demagificazione vs incanto; secolarizzazione vs religiosità; anomia vs ordine; società vs comunità; solidarietà meccanica vs solidarietà organica; squilibrio vs omeostasi; mondo vitale vs sistema; agire strumentale vs agire comunicativo; liquidità vs solidità e potremmo continuare molto a lungo. Sono tutte semantiche che contrappongono a un “pieno” – a una società pensata come fortemente ordinata e integrata – un processo di svuotamento, di indebolimento, di disintegrazione e di disorganizzazione. Non è un caso che Talcott Parsons (1987) nel suo capolavoro del 1937 parlerà del “problema dell’ordine” sociale. In queste sociologie – sebbene in modo molto diverso – il disordine è la negazione dell’ordine, il suo “negativo”. E a questo negativo occorre rispondere con una ulteriore negazione, cercando di ricostruire un *continuum* istituzionalizzato di relazionalità, integrazione, coesione, etc. Evidentemente dopo il momento della “chiusura della Modernità” a cui seguono solo crisi della stessa senza soluzione di continuità, questo paradigma dell’ordine non può rispondere. La traiettoria della tradizione marxiana e marxista è esemplare. Seppure ben fondata sulle “contraddizioni”, “lotte”, “rivoluzioni”, sembra però concludersi nella ricerca di una Totalità che si presenta come espulsione del negativo (il Capitalismo) e ricostruzione di un “comune” che però sembra sempre mancare sé stesso. Non si tratta più di liberare lo Spirito assoluto, ma di istituire la società comunista¹¹. E anche se non si credesse più che il capitalismo possa essere contrastato, negato, tolto e superato, allora si proverà a moltiplicare le sue contraddizioni interne, accelerandone la fine che non giunge più dall’esterno, ma dalla sua consunzione. Qui certamente, e si pensi a Deleuze o a Negri, il conflitto, il negativo agisce in una forma affermativa, ma si risolve in un piano dell’immanenza dove il “No” perde della sua specificità venendo funzionalizzato al divenire di una affermazione senza fine¹². Qui sembra di assistere a un rovesciamento del negativo nel positivo che somiglia molto alla annichilazione del primo. La stessa tradizione simmeliana – giustamente valorizzata per la sua interpretazione positiva del conflitto – risente di questa ricerca di “totalità”, dove

¹¹ Sui rapporti pericolosi tra il marxismo e la Totalità, tema di estremo interesse che meriterebbe uno studio particolare, si veda la ricostruzione di Esposito nella parte dedicata al “Pensiero istituyente” di Claude Lefort. (Esposito 2020). La catastrofe politico-sociale dei cosiddetti regimi comunisti ha certamente accelerato il pensiero della differenza che ha, in gran parte, sostituito il marxismo come nuova “vulgata”. Su questi registri simbolici si veda ancora la distinzione tra pensiero Destituente, Costituente e Istituyente in: Esposito (2020).

¹² Per questa critica alla immanentizzazione della critica, che sfocia in una paradossale post-critica della critica, si veda anche: Galli (2020), testo su cui torneremo.

vita e forme, alla fine giungono a un Terzo regno conciliato dal conflitto (D'Anna 1996).

Ancora più esemplificativo di questo slittamento del negativo è il destino delle categorie “metasociali” (in analogia alla metapolitica di Riedl) dello straniero, del diverso, del non appropriabile, del non appartenente alla stessa società o etnia, etc., facilmente traducibili da operatori logici a rappresentazioni ontologiche fino a dispositivi performativi di esclusione. Il “sociale” sembra compensare la sua evidente evanescenza ontologica (ancora oggi mancante di un chiaro consenso) attraverso auto-descrizioni “cieche” che immaginano una stabilità ordinata, proiettando fuori di sé un’alterità strumentalmente usata per innalzare Identità assolute e totali¹³. Il meccanismo del Capro espiatorio – studiato da decenni sulle orme di René Girard – esemplifica perfettamente la potenza ordinante della performatività centrata su logiche di esclusione. Il capro espiatorio è quella figura necessaria della esclusione sociale che “fissa” – per l’interno – una identità semplice, a portata di mano, aggregativa, integrativa, avvolgente, omnicomprensiva, totalizzante e – per l’esterno – la vittima sacrificale che acquisisce come unica consistenza identitaria il suo essere esclusa. La figura di una inclusione che “irretisce” l’altro nel cerchio della Totalità, ma solo come elemento negato ed espulso, è così disegnata. La vittima è riconosciuta solo come esclusa e mai potrà “crossare” la linea che la identifica negandola. L’altro è implicato come presupposto necessario, come l’escluso che va tenuto in vita nella sua astratta alterità. Un altro escluso che serve a essere solo negato performativamente: una fissazione dell’escluso ad uso negativo.

Nelle pieghe¹⁴ di questa tradizione moderna, Esposito prova a ricostruire un sentiero diverso dove la negazione non si presenti come potenza annichilente, ma neppure venga pensata dialetticamente come togliimento-superamento-sostituzione positiva del negativo: cerca invece la strada di un pensare-agire che utilizzi il negativo in senso affermativo. Non è qui possibile ricostruire il percorso che va dal libro sulla *Communitas* (1998), passando per le

¹³ A dire il vero, quasi a un quarto del nuovo millennio, ogni fondazione ontologia sembra non trovare i suoi elementi primi. Ma le scienze che non si occupano dell’umano, non mostrano particolari difficoltà a lavorare senza fondamenti certi (che vuol dire, in positivo, che si sono abituate a lavorare con fondamenti contingenti). Praticamente tutti i concetti di base sono avvolti da una nube crescente di ignoranza: spazio, tempo, materia, vita, etc. Solo le scienze “umane” sembrano patire ancora questo clima di non-sapere, forse perché necessitano di auto-rappresentazioni rassicuranti e “antropomorfe”. Per esemplificare: l’idea che la società non sia costituita da individui o quella secondo cui l’azione è solo una semplificazione di processi comunicativi che devono attribuire a qualcuno una emissione, non sono ancora stati digeriti. Che poi questa crisi dei fondamenti “antropologici” della società possa sfociare in un nichilismo piatto e banale, oppure in una nuova fondazione complessa, non è qui il luogo per discuterlo.

¹⁴ Pieghe è un concetto fondamentale che utilizza Deleuze (1990) e che sta proprio a raffigurare il ri-entro di una distinzione in sé stessa. Ma di questo si veda oltre.

riflessioni sull'*Immunitas* (2002), fino a *Politica e negazione* (2018), *Pensiero istituyente* (2020), *Istituzione* (2021) fino al recentissimo *Immunità comune* (2022)¹⁵. Qui basta ricordare che al centro del nuovo sentiero stanno le tradizioni di pensiero che hanno saputo concepire in modo diverso il negativo: quella spinoziano-humeiana, rielaborata da Deleuze, che fa della differenza e della determinazione non le negazioni della negazione, ma sue forme d'affermazione; quella di un Macchiavelli proto-moderno che legge la negazione come opposizione-scontro capace di incorporare un potenziale di "alterazione", evitando così l'esclusione di una delle parti collidenti; quella del Kant che con l'"opposizione reale" tra forze contrarie e positive, vede emergere non giochi a "somma zero", bensì nuovi equilibri; quella del Nietzsche che presuppone le forze rispetto ai fenomeni (i flussi alle staticità) con la conseguente critica alla dialettica hegeliana; la co-appartenenza di potere e resistenza teorizzata da Foucault; per finire con la riflessione di Lefort sulla auto-costituzione simbolica del sociale che presuppone un antagonismo ineludibile e un "terzo" capace di mediarlo creativamente. Una genealogia tutta tesa a preservare un rapporto di co-implicazione differenziale, ma non escludente, tra unità e differenza, ordine e disordine, istituito e destituente, costruzione e decostruzione e via dicendo. In tal senso il rapporto di contrapposizione tra due elementi, non si costituisce secondo una operazione di negazione reciproca e neppure salva dialetticamente i termini sublimandoli in un terzo arricchito. Piuttosto il rapporto è quello di co-implicazione che non cancella affatto l'opposizione, ma la iscrive entro un orizzonte affermativo. Laddove, per esempio si tratti della distinzione comunità/immunità: «Si tratta di *affermare* lo stesso negativo, strappato alla sua semantica difensiva e ricondotto alla funzione di limite interno attraverso il quale la comunità si differenzia da sé stessa» (Esposito 2018, 189).

Un secondo filosofo politico che lavora su questo tema, seppure in modo diverso, è Carlo Galli. Qui riprendiamo alcuni spunti dal suo to fondamentale dedicato alle *Forme della critica* (2020). Anche in questo caso il problema è dato dalle forme del dividere – come decisione e giudizio – sintetizzate come "forme della critica". Se, come vedremo a breve e come abbiamo introdotto, osservare è simultaneamente distinguere e indicare un alto della distinzione, allora "criticare" è una forma di osservazione particolarmente decisiva. Secondo Galli ogni proposta filosofica – e il campo indagato in questo caso è quello della filosofia politica – non può che radunare un campo di avversari (in ciò stesso producendo il proprio spazio di opposizione), per criticarli e simultaneamente per "inventare" un nuovo campo di affermazione e proposta. Le diverse forme della critica si presentano allora storicamente

¹⁵ Un punto però va sottolineato. In *Communitas*, Esposito pensava ancora ai processi immunitari come negazione del *Cum*. A partire da *Immunitas*, la relazione tra immunità e comunità si complica (o meglio: si co-implica) e segue le logiche della piega, del *foldings*, del ri-entro dell'Uno-nell'-Altro.

come critiche delle forme date (a dogmi, tradizioni, paradigmi, etc.): compito della critica è di «svelare la mediazione di tutte le presunte immediatezze (il loro concatenarsi in un sistema non sistematico) l'immediatezza della mediazione stessa (la contingenza concreta, l'origine particolare dei discorsi ordinativi e legittimanti)» (Galli 2020, 8). In altre parole ogni "indicazione" – quella parte dell'osservazione utilizzata per determinare qualcosa (in questo caso: filosofie politiche orientate a legittimare un Ordine) – si presenta come "immediatezza" (come "affermazione data") mentre è sempre frutto di una mediazione (in quanto prima di indicare, si è dovuto distinguere – e negare –, rendendosi ciechi a questa prima operazione): e ogni mediazione (travestita da immediatezza) si "impone" sempre in modo contingente, possibile altrimenti così che se ne possa dare una vera e propria genealogia decostruttiva. Il punto che avvicina questo modo di pensare a quanto stiamo per proporre sta nella riflessività dello sguardo critico e quindi nella sua necessaria "temporalizzazione" (che avvicina comunque alla dialettica):

La critica è strutturalmente contraddittoria, perché ha un inizio che non può essere criticato; la critica è divisione che si dà entro un campo unitario di mediazione, che essa stessa presuppone e produce attraverso un'immediatezza, cioè la decisione strategica istituyente; la critica è un unico processo epocale ma è aperta alla contingenza, vi è coinvolta; i diversi modi della critica non determinano direttamente opzioni politiche o costituzionali, che restano a loro volta esposte alla contingenza storica (*idem*, 18).

Ogni critica è perciò stesso, criticabile e quindi il "criticare" come forma decisiva del pensare è stesso contingente: ma di questo paradosso finale diremo oltre.

Senza voler provare a riassumere la riflessione di Galli, piena di punti importanti per una comprensione radicale della Modernità, mi limito a proporre una lettura orientata delle forme di critica alle forme che presenta. Mi interessa particolarmente il procedere dinamico di quelle forme che, secondo la stessa logica della critica, una volta innescate si auto-sospongono nel tempo. Tre sono le forme di critica analizzate: quelle "razionalistica", "dialettica" e "negativa". L'origine del Moderno e dunque la sua immediata forma critica, va ricondotta al razionalismo di Cartesio, Galileo, Locke e Hobbes. La Modernità nasce come critica alla immagine sostanziale e metafisica del mondo in quanto *universitas rerum* gerarchicamente ordinata in una catena dell'essere. Il razionalismo osserva la lunga tradizione platonica, aristotelica e poi tomistica cristiana, come dogma scientificamente non sperimentabile. Al suo posto, dopo aver de-sostanzializzato l'immagine del cosmo, pone la distinzione tra soggetto e oggetto con il primo che mediante la ratio calcolante, sperimenta e certifica l'ordine. Il soggetto rappresenta quell'origine che distingue tra moderno e antico indicando sé stessa come moderna cioè come capace di organizzare il mondo su basi certe ed esatte.

Qui la divisione è negazione dell'errore, dell'*opinio*, del dogma scolastico e metafisico. Se filosoficamente è Kant a rappresentare questa forma (non a caso rimangono famose le sue tre "Critiche"), dal punto di vista filosofico-politico, sarà Hobbes a incarnare l'idea di razionalità capace di mettere ordine al disordine naturale dei rapporti umani. A questa prima forma ne segue una seconda che, evidentemente, prende di mira proprio criticamente il razionalismo. Entriamo nella forma dialettica della critica che osserva il razionalismo come "intellettualismo", cioè come cieco rispetto alla sua stessa "potenza distintrice". Con Hegel comincia a emergere una prestazione della Ragione che coglie la contraddittorietà del suo procedere per divisioni. In tal senso il pensiero dialettico è critico, in quanto capace di portare a sintesi le distinzioni produttive di sapere. Solo per la coscienza infelice esistono i distinti: per la Ragione esiste solo il processo che, sublando (superando) contraddizioni, produce il disvelamento pieno nella Storia dello Spirito assoluto.

Se Hegel pensa l'Intero come *telos* della storia e dell'autocoscienza, sarà Marx a capovolgere il senso della dialettica, cercando il concreto formarsi del concreto, la genesi del qui e ora storico analizzato come processo di produzione (capitalistico). La critica si impegna in una lotta mortale con il reale stesso e la sua interna contraddizione. Chi introdurrà la terza forma di critica, quella negativa, è Nietzsche. Il suo filosofare con il martello raduna, in un unico campo critico, le due precedenti critiche colpevoli di voler dare senso alle realtà mediante "mediazioni". Per entrambe le forme, razionalistica e dialettica, pensare è negare e negare significa affermare un dover essere diverso. Il filosofo tedesco critica ogni raddoppiamento del reale, mentre cerca l'affermazione indeterminata che si esistenzializza in una adesione alla Vita (dire di sì alla vita, contro ogni soggetto critico che dice no). Nel Novecento queste forme saranno riprese, criticate, radicalizzate e approfondite da altre tre scuole di critica: quella decisionistica che fa perno sulla divisione (Schmitt e Benjamin), quella dialettica negativa che fa perno sulla contraddizione (Scuola di Francoforte) e quella decostruzionista che opera mediante la sconnessione (la *vague* francese post nietzscheiana: Derrida, Foucault e Deleuze). Con quest'ultima svolta la critica sembra, replicando la polemica nietzscheiana, voler auto-abolirsi, entrando nel paradosso sia filosofico (ogni verità è una favola) e politico (l'accettazione del reale, la pura volontà di affermazione rischiano di somigliare a una rinuncia di azione politica). Su quest'ultimo punto rimangono utili le riflessioni di Roberto Esposito sul Pensiero Istituyente (2020 e 2021).

Alla fine del Novecento, questa "immane potenza della critica" (per parafrasare Hegel) non può che portare a paradossi. In effetti il *tour de force* che Galli presenta, tende ad esaurirsi in due "forme" neutralizzanti la critica: la sua totale immanentizzazione e la post-critica (che a loro volta sono strettamente legate). La prima forma appare come il risultato di un processo storico di lunga durata che a forza e furia di de-sostanzializzare il campo di

forze da criticare (l'immediatezza mediata), si ritrova, alla fine della decostruzione, solo nella presenza del differire. Che si tratti di Derrida (almeno da quello interpretato da Galli) con la *différance* e al suo decentramento infinito o, ancora di più, del Deleuze della ripetizione e del rizoma, alla fine e paradossalmente si nega la funzione distintiva del criticare, decidendosi per una "pura affermazione". Evidentemente questa nuova "immediatezza" sarà criticabile spostandola nel campo del paradosso. La seconda forma prende il nome di post-critica, che osserva la "volontà di criticare" come una risostanzializzazione della Modernità, come coronamento dell'antropocentrismo soggettivista. In tal senso la via di fuga non è l'affermazione della vita, quanto forse l'affermazione del vivente (non antropomorfo). Ma, di nuovo, "chi" è l'attivatore della post-critica? Nessuna osservazione può chiamarsi fuori dall'essere a sua volta osservata, anche quella dei post-critici. In entrambi i casi la riflessività della critica sembra continuare a trattare il suo necessario paradosso interno come qualcosa da negare e da togliere, producendo però solo altri paradossi. Di fatti queste due forme di neutralizzazione critica permangono oggi a fianco di nuove critiche, quelle più *mainstream* (basate su un razionalismo *updated*) o riferentesi ai cosiddetti *Critical Studies*. Tutte e tre le forme si criticano, mostrando così la inaggirabilità del giudizio e la sua paradossalità. Galli ha quindi ottime ragioni per riaffermare la necessità metodologica di utilizzare la figura della "teologia politica" per smascherare-svelare l'impossibilità logica, ontologica e performativa della neutralizzazione della critica che dovrà pur sempre "radunare" in un campo oppositivo il punto di vista necessario e contingente di ogni osservatore: chiama questa posizione "realismo critico". E, in perfetto stile riflessivo, ha ragione nell'evidenziare che la critica non può però mai porsi come un Assoluto, cioè come quel movimento che toglie il suo opposto. Se critica sarà, sarà "pensiero in movimento" capace di osservarsi a sua volta determinata e condizionata, cioè contingente. Con le parole di Galli «La critica ha il compito di affermare che il mondo non può non essere com'è (...). E al tempo stesso la critica ha il compito (...) Di riconoscere il mondo com'è, e di non accettarlo com'è. Anzi, è proprio la non-accettazione, la contrarietà, il presupposto della critica» (*ibidem*, 54.). La critica è allora capacità di fare emergere le contraddizioni concrete del reale, mostrandone le origini e la genealogia. Questa operazione, una osservazione di osservazioni, libera ogni necessità del suo carattere immediato e la rimanda alla sua contingenza. È in tanto critica in quanto "contingenza liberata", accompagnata dalla necessità del giudizio. Da notare che il nuovo campo di opposizione che Galli raduna, il "neoliberismo", si manifesta a sua volta come ordine di crisi permanente" come "interna mobilità", "connessione di nuovi tagli e cesure": come necessaria "eccezione", cioè come contingenza che va risulta mediante una "nichilistica decisione morfogenetica". È proprio dallo scontro tra queste due contingenze che, a mio avviso, genera la distinzione tra la chiusura del

mondo sociale (TINA: *There Is No Alternative*) e la sua possibile riapertura (TAAP: *There Are Always Potentialities*).

La riflessione di Galli ci riporta alla teoria dei sistemi. Per essa, la critica è possibile ma non come negazione dell'esistente e sostituzione di esso con un mondo migliore, bensì come capacità di distinzione e di riflessione sull'uso di essa (Luhmann, 1997, 1109). La critica è quindi osservazione di osservazioni che mostra la contingenza del normale, la sua altissima improbabilità. E, si badi bene, questa anormale normalità, questa probabilità improbabile, è osservata come una mediazione contingente che nel suo farsi storico empirico è necessaria (in un dato spazio-tempo). Detto con altre parole: la società così come è – con tutte le sue contraddizioni presenti – è frutto di una evoluzione che trasforma l'improbabile in probabile e che la espone a continue "crisi" a cui i critici pensano di poter dare una soluzione "corretta" (Esposito 2017). La teoria dei sistemi certamente osserva tale crisi – e i suoi osservatori critici – ma non pretende di dare una soluzione (che non crede più possibile): semplicemente mostra che sono possibili ulteriori osservazioni ("potenzializzazione"), compresa la sua, e che comunque ogni tentativo di fondazione (cioè di trovare una distinzione ultima) espone sé stessa alla ricerca di diversità. Qui il conoscere è dato dall'osservare: e l'osservare prende la "forma" paradossale della ingiunzione simultanea del distinguere indicando un solo lato della distinzione. Sarà questa indicazione un negativo escludente o potrà essere pensata in modo affermativo senza perdere la sua potenza di specifica di distinzione? In altri termini: come è possibile che il teorico dei sistemi sociali, dell'autopoiesi e dell'autoreferenza – tutti concetti che rimandano alla "chiusura" – possa entrare in quella genealogia affermativa? Cerchiamo allora di chiarire come la teoria luhmanniana, che fa da *background* alle riflessioni di Teubner, possa aiutare a sviluppare questa nuova tradizione della forza affermativa del negativo. Sono tre le "forme" che, proprio alla base della sua teoria, ci presentano un modo diverso di significare la negazione e il negativo: il Mondo, l'osservatore e il senso.

2.2 Il negativo-potenziale nella teoria dei sistemi: unmarked state (mondo), distinzione (osservatore), rimando (senso)

2.2.1 Incipit sistema: mondo, osservatori e paradossi

*En Arché: all'inizio... o nell'inizio*¹⁶?

¹⁶ Il riferimento è qui a Cacciari (1991) che sintetizza un ventennio di ricerche basate sul *negatives Denken*. Il problema è dato dal pensare l'Inizio come diverso dal fondamento dell'origine. Se infatti si pensa l'inizio come fondamento, allora esso va pensato prima come "incondizionato" e poi, contraddittoriamente, come necessitato a iniziare, cioè "condizionato" da Altro. Ma se così fosse Inizio e iniziante sarebbero sempre dialetticamente presupposti e

All'inizio... perché bisogna pur cominciare in qualche spazio-tempo. Per osservare un qualche ente (sia pure un pensiero, una idea, un concetto, un percolato) occorre *distinguerlo* da qualcosa d'altro: *omnis determinatio est negatio*. "A non è B, C, D", et "A non è non-A"; *principium firmissimum* di identità e di non contraddizione, *tertium non datur*. Questo *non* è quello: questo è il "non" di quello. Questo ente è fatto, prima di ogni altra "cosa", da un confine, da una segno di "distinzione" (*separazione*): |. L'ingiunzione, il *Fiat* per cominciare, è semplicemente esprimibile come: *Draw a distinction!* Occorre quindi introdurre un inizio "nello" spazio indistinto che lo precede sempre. Ma, questa superficie bianca è già uno spazio? Poiché per esserlo deve essere lei stessa distinta (ma da cosa Altro?) che lo può accogliere. Questo paradossale "pèri-spazio"¹⁷ non può essere concepito come una pagina bianca, come il Nulla (che è la semplice e "positiva" nullificazione dell'essere: il suo contrario, quindi "un" distinto, una "cosa" tra le altre). Piuttosto va pensato come un ni-ente, uno spazio di com-possibilità che include la sua stessa negazione: uno spazio ancora "indifferenziato" di potenzialità¹⁸: direbbe Luhmann, come un *unmarked state*. Prima, *nell'* inizio – non ancora all'inizio – vi è il ni-ente (che però non è un mero nulla che presuppone, a contrario, l'essere come pura positività); dopo, *all'* inizio – non nell'inizio – è posto un confine mediante una barra che distingue. Questo presupposto di ogni distinzione – *unmarked state*, questo ni-ente – può essere

quindi destinati a una conciliazione che li nega. Inizio va invece pensato come "com-possibilità" o "in-differenza" dei distinti, dove è sempre possibile anche il non iniziare alcunché. Di nuovo l'obiettivo critico è l'Hegel dell'inizio logico. Se "inizio" soggiace alla necessità dialettica, allora non potrà essere incondizionato, quindi neppure vero inizio libero di non-essere.

¹⁷ È certamente un "pèri-spazio" perché non abbiamo alcuna possibilità di de-finirlo se non "analogizzandolo" a uno spazio. È un "inconcepibile-pensabile" come il concetto di infinità e di eternità. Il concetto di Dio è un buon esempio di tutto ciò. Ma appunto, almeno in una certa tradizione cristiana, Dio stesso deve farsi uomo per comprendersi. Senza distinguersi in Padre, Figlio e Spirito, rimarrebbe anch'esso nell'abisso della *via negationis*, almeno per una certa teologia. In realtà potrebbe essere concepito anche come "pura positività": che differenza farebbe? Forse per i teologi non apofatici, una differenza utile.

Peter Sloterdijk (2004), in un bellissimo saggio dedicato a Luhmann, richiama a una riflessione cui possiamo solo accennare, ma che è centralissima e che richiama a genealogie dell'ordine. Il problema con l'*arché*, sorge soltanto se questo Principio è dall'inizio (!) pensato come una unità indistinta dove vige una sorta di prossimità originale tra elementi simili. Solo così la distinzione rompe quella armonia connotando la libertà di osservazione come generatrice di una estraneità peccaminosa, di una "ingiustizia". Se invece l'*arché* viene pensata come unità di composibili, cioè se viene presupposta una estraneità originaria tra le possibilità che lì sono potenzializzate, allora la distinzione invece che disunire, riunisce i frammenti generando isole di ordine dentro a un mare di elementi dissimili e disaccoppiati.

¹⁸ Luhmann stesso richiama alla figura della "indifferenza" posta dall'idealismo hegeliano e schellinghiano, rimandando quindi a una simbologia religiosa del mondo (1989, 263; 2017a, p 36). Per la potenzializzazione dello spazio, si veda: Barel (1989).

alluso solo come il “mondo”, l’insieme di tutte le com-possibilità: il mistico¹⁹ che mostra l’impossibilità di dire come è il mondo, e permette solo di dire che è: «nicht *wie* die Welt ist, ist das Mystische, sondern *daß* sie ist» (Wittgenstein, 2009) ciò di cui non si può dire ma solo alludere, perché come un orizzonte sfugge a ogni cattura di senso ultimo. Questo indicibile, indefinibile, questa Chōra²⁰, questa impossibile condizione di possibilità di ogni distinzione, è appresentabile (mai rappresentabile) sempre e solo come scarto, come plusvalenza della distinzione, come terzo escluso incluso, come “dintorno”, “paraggio” mai definibile (perché se lo fosse diventerebbe una “altra cosa”). È il vecchio adagio per cui il Mondo – l’orizzonte ultimo di senso, l’intrascendibile – per “sapersi” deve distinguersi in una parte che vede e una che è vista. Ma proprio per questo, non può vedere con quale distinzione distingue il visibile e l’invisibile. La distinzione che illumina genera, simultaneamente, il suo punto cieco: «Distinction is perfect continence» (Spencer Brown 1971, 1): la distinzione, paradossalmente, contiene sé stessa, come parassita invisibile²¹. Il mondo è intrascendibile (quindi indistinguibile) perché contiene anche ogni sua negazione e determinazione – ma lo si vede solo distinguendolo, quindi costruendo una parte che lo vede dall’esterno, ma che invece è interna.

Ogni forma, quindi, presuppone il Mondo come paradossalmente privo di distinzioni, indifferente. Ma questo “stato non marcato” è letteralmente invisibile, è un “punto cieco” – che ap-punto non è uno spazio, ma un punto – qualcosa senza parti e dimensioni (Luhmann 2017a, 36). Mediante la distinzione (il taglio), si crea così un nuovo “spazio immaginario” (che concettualmente è però il primo, essendo l’altro assolutamente *unmarked*): questo è la prima “Forma” che *separa* e apre la possibilità di avere fenomeni²²: è

¹⁹ Famoso l’aneddoto che vede Wittgenstein informare il suo primo editore: «Buongiorno, Le ho portato il mio libro, si chiama *Tractatus logico-philosophicus*, è costituito da due parti, una scritta e una non scritta. Bene, sappia che quella non scritta è di gran lunga quella più importante». Chiaramente questo silenzio, questa riflessione per cui “su ciò di cui non si può parlare si deve tacere”, non rimanda alla afasia come negativo del parlare, ma dei limiti del poter “mostrare” attraverso il linguaggio ciò che non è per definizione dicibile.

²⁰ Il tema della *Chōra* ha una tradizione filosofica, molto importante. Rimanda al Timeo di Platone laddove si affronta il problema dell’origine del mondo. Notevole è che non se ne possa parlare mediante i generi dell’emulare e dell’imitazione, ma mediante un terzo genere “difficile e oscuro”. Derrida riconosce esplicitamente che «Essa *arriva* in un terzo genere e nello spazio neutro di un luogo senza luogo, un luogo dove tutto si marca, ma che sarebbe in sé stesso “non marcato”» (Derrida, 1997, 67).

²¹ «La *forma formans* è la forma formata» (Luhmann, 2017a, 35). Oggetto e processo di formazione dell’oggetto, sono la stessa cosa, con la conseguenza che l’oggetto “si manca sempre”, si trascende.

²² Qui forma non va intesa come connessione, *pattern* ordinato tra elementi, come *Gestalt*. Se così fosse, la Forma sarebbe già unità e rimanderebbe al suo esterno il “caso” o il senza forma. Ma dovendo rimandare, non sarebbe già per questo una “unità di una distinzione”? Su questo si veda Luhmann (2017a, p 34).

quello che Spencer Brown chiama lo *unwritten cross*. Questo segno, questa barratura – | – non “fa” però ancora la “differenza”, perché semplicemente distingue-separa due spazi equi-valenti: un *marked space* da un *unmarked space*. “Senz’altro”, posto nel mezzo di due distinti, l’osservatore oscillerebbe come l’asino di Buridano, di qua e di là senza potersi de-cidere, senza poter pragmaticamente procedere oltre: senza poter operare! Non potrebbe poiché per il darsi di un ente, affinché esso si faccia fenomeno, occorre – simultaneamente al porre una distinzione, al creare la Forma – “indicarne” un lato. Prima si barra lo spazio: |, poi se ne indica un lato: 7. In altri termini, i due lati non partecipano alla definizione della forma in modo eguale: è operativa una asimmetria. Affinché l’osservazione possa operare, bisogna partire da uno dei due lati, cioè “indicare” quello di partenza. Questa asimmetria è sempre data per scontata, al di là di affermazioni o negazioni, perché entrambe indicano già qualcosa. La Forma autogenera uno spazio interno di indicazione (attualmente operativa) e uno esterno di connotazione (il “possibile” che è forfettariamente considerato in quanto negato, ma ri-attivabile, negando la sua precedente negazione). Ogni forma è “forma a due lati”. Ogni osservazione, quindi, contiene simultaneamente – “in uno” – l’atto del distinguere e dell’indicare: è una l’*unità* di questa differenza, cioè un *paradosso*. In tal senso, il Mondo è paradossalmente ciò che è (*indistinto* da sé); ma poiché per osservarsi deve porsi fuori da sé è anche ciò che non è. Il mondo è e non è sé stesso simultaneamente. Ogni distinzione nasconde e rivela un paradosso, spostandolo altrove: quello di essere già contenuta in una distinzione invisibile. Una volta tagliato il mondo in due spazi (si noti che questo taglio è per così dire operativamente cieco: esso “avviene”), bisognerà chiedersi dove stava l’osservatore: da che spazio osservava?

La risposta è: nuovamente un paradosso. L’osservatore è la stessa distinzione utilizzata che rimane un punto cieco «An observer, since he distinguished the space it occupies, is also a mark (...) the first distinction, the mark, and the observer are not only interchangeable, but, in the form, identical» (Spencer-Brown, 1971, 76)²³. Semplicemente mentre osserva non lo sa, perché usa una distinzione, ma non può distinguere la distinzione che usa perché, per farlo, mentre distingue (indicando) dovrebbe distinguere tra distinzione e indicazione. Per “sapersi” come osservatore, deve invece “riflettere”, cioè operare una seconda osservazione: una seconda distinzione e indicazione. L’osservatore non vede la distinzione, vede l’indicazione. L’osservatore è costretto, dal suo operare, a vedere i fenomeni e a non vedere sé stesso che distingue e indica i fenomeni. Se lo facesse oscillerebbe senza mai prendersi identificare, cioè senza mai poter indicare alcunché e così il senso

²³ Non esiste nessuna leva, nessun punto terzo, dove poter risolvere il paradosso. Nessuna distinzione di tipi e di livelli logici viene in aiuto perché l’osservazione ha sempre un solo piano di operatività. L’osservatore usa distinzioni, ma non può distinguerle mentre le usa (Esposito, 1992).

dell'indicare (distinguendo) verrebbe meno. La forma deve ri-entrare (*re-entry*) in sé stessa per essere osservata ¶. La prima distinzione divide il mondo in una forma a due lati: l'osservabile e l'inosservabile. E il distinguere stesso è inosservabile perché deve indicare un lato per essere operativo. Una distinzione è fatta rientrare nel lato della indicazione rendendo visibile ciò che il primo osservatore è invisibile. Ciò che è distinto deve essere distinto dalla distinzione stessa. Così Spencer Brown «We take as given the idea of distinction and the idea of indication, and that we cannot make an indication without drawing a distinction. We take, therefore, the form of the distinction for the form». Solo il secondo osservatore può vedere che la differenza interno/esterno del primo osservatore, è una differenza dentro alla sua forma, cioè posta dall'osservatore stesso che ne è l'artefice. L'osservatore di primo ordine, invece, non vede sé stesso osservare (a meno che non osservi sé stesso mentre osserva, ma così diventerebbe osservatore di secondo ordine), bensì solo oggetti sterminati *bona fide*: ontologie. L'osservatore è qui il terzo escluso (incluso) della forma. La seconda osservazione ri-entra la forma nella forma – distingue l'atto del distinguere – e divide l'osservabile in osservabile e inosservabile, cioè osservato e osservatore. Non esiste nessun possibile ritorno all'unità perduta (che, tra l'altro, è solo congetturabile a ritroso): «l'inosservabilità dell'operazione di osservazione è la condizione trascendentale della sua possibilità», cioè un paradosso (Luhmann, 2017a, 65). Per riassumere: le osservazioni di primo ordine vedono il mondo (“intellettualisticamente”, si direbbe usando Hegel); quelle di secondo vedono l'osservatore “nel” mondo che osserva – sui generis – “il” suo mondo; quelle di terzo vedono l'osservatore di secondo ordine che osserva quello di primo, etc. e così regredendo all'infinito. Solo l'auto-referenza dell'auto-osservazione (la riflessività) può riguadagnare un punto fermo contingente (ma sempre “superabile”), implicando la differenza tra osservazione di osservazioni (dall'esterno) e auto-osservazione (dall'interno).

Come già per tutto l'idealismo tedesco, il sapere comincia sempre dopo l'operare (la Nottola di Minerva!). Ogni distinzione presuppone sé stessa e, perciò, come chiarisce Luhmann, esclude sé stessa da ciò che distingue. Questo, tra l'altro, ribadisce che l'osservazione procede come un gambero: è sempre alla “Ricerca del tempo perduto” perché accompagna qualcosa che la precede, sempre: potremmo dire che è l'ombra del Soggetto (metafisicamente posto). Vive in un presupposto invisibile, ne è *parassita*. In tal senso, la conoscenza inizia e finisce con una differenza: il primo taglio che distingue tra visibile e invisibile rimanda all'impossibilità di tornare all'*unmarked state* del Mondo, alla sua unità che è solo deducibile a posteriori, ma mai osservabile, pena il doverla distinguerla. Così Luhmann chiude la disputa con Hegel: «La macchia cieca viene solo spostata e non può mai soddisfare l'aspettativa di Hegel, che la successione di sublimazioni (*Aufhebungen*) dialettiche alla fine rendano il contrasto, marcato con la distinzione, trasparente

a sé stesso, cioè, nella terminologia di Hegel, lo rendano “Spirito”» (Luhmann, 2017a, 37). Il sogno di Hegel (forse degli hegeliani) sarebbe quello di raggiungere uno stato finale della forma, dove essa non ha più un lato esterno. Ma proprio questo è impossibile. Al paradosso non c'è soluzione logica (Esposito, 1992). Lo si può solo srotolare perché «l'inosservabilità dell'unità della distinzione di volta in volta utilizzata è la stessa in tutte le distinzioni; ha quindi lo stesso tipo di certezza della certezza del mondo grazie alla irraggiungibilità» (Luhmann, 2017a, 40).

Come può avvenire questo *unfolding*? Come si può evitare che il paradosso non blocchi l'osservazione in una eterna oscillazione interno/esterno, senza pace e improduttiva di “sapere”? Come può il sistema che osserva, riguadagnare identità discernibili e stabili con cui operare? Secondo Luhmann sono tre i modi (1999b). Il primo ha a che vedere con la dimensione *materiale* del senso. L'ingiunzione “distingui!” può (o non può) essere eseguita ma chi non la esegue non può osservare. Se, invece, la esegue, viene attratto dalla danza della distinzione che spinge necessariamente al paradosso. Se però si inizia a distinguere, allora si potrà sempre aggiungere distinzioni, fingendo che non si basino su paradossi: il sistema deve comunque procedere, spostandosi paradossalmente, fuori dal paradosso per un momento: e finché questa fuga in avanti funziona, funziona²⁴. In fin dei conti il paradosso è visibile solo a un secondo osservatore, mentre il primo proietta del “reale” e procede in esso: esternalizza realtà e le memorizza internamente. Quando l'osservazione si blocca, allora si inserisce una nuova distinzione che nasconde il paradosso. Questa arte è chiamata da Luhmann “eurialistica”²⁵. Il secondo modo riguarda il *tempo*. Ogni paradossia contiene, dall'inizio, un paradosso temporale. La distinzione, infatti, deve rendere possibili simultaneamente entrambi i lati della distinzione, ma le operazioni e il passare dall'una all'altra, richiedono tempo: *crossing is time consuming*. Anche in questo caso, il paradosso non è cancellabile, ma solo evitabile. Basta che l'osservatore *de facto* tratti sequenzialmente una simultaneità. Sappiamo già che il paradosso del “presente” – così come quello del tempo e dell'eternità – sono da Agostino in poi, riconosciuti e trattati (o per meglio dire, scansati e nascosti). Il terzo modo è *sociale* e sta nel chiedersi chi è che osserva e come. L'ontologia e la metafisica tradizionale giudicano (*diaieresis*), cioè osservano, mediante due soli valori (vero/falso) degli oggetti monovalenti (oggetti *bona fide*). Il mondo è descritto come l'essere oggettivo composto di generi e specie e l'osservatore (la parte del pensiero) deve solo osservare nel modo giusto, cioè vero, cioè adeguato. Una vera e propria *fede* sostiene la scienza! Per esempio, qualcuno giudica una affermazione vera distinguendola dal falso e negando questa falsità. Chi osserva in modo sbagliato, scorre

²⁴ Questo inizio è sempre arbitrario e in quanto tale logicamente inesplicabile. È semplicemente un presupposto all'osservare.

²⁵ Luhmann (1992).

sul lato del falso e del soggettivo. Questo fino a Kant e alla fenomenologia (con gli apriori e l'intersoggettività trascendentale a fare da Terzo garante dell'osservazione, a mediare tra soggettivo e oggettivo). Una volta che si passa alla osservazione di secondo ordine, invece, ci si focalizza non su *cosa*, ma su *come* e chi osserva. Si deve quindi osservare una bivalenza (l'osservazione di primo ordine: distinguere e indicare) con tre valori (due per l'indicazione dei due lati della distinzione in oggetto e una per distinguerlo da altro) e si nota subito che i diversi osservatori tagliano il mondo in modo diverso, generando un pluriverso di contesture (Günther 1976b).

Questa ultima paradossia, è ben evidente proprio a partire dalla distinzione sistema/ambiente, la distinzione fondativa della teoria dei sistemi. Il sistema può osservarsi come sistema perché *auto-pone* la separazione tra sé e l'altro, operando ciecamente. Nega, separa, oppone l'altro dal sé: distingue sé (autoreferenza) dall'ambiente (eteroreferenza). Dati due valori un qualsiasi ente o è sistema o è ambiente, *tertium non datur*. Il sistema pone sé stesso distinguendosi da altro, quindi è simultaneamente: il sé, l'altro che ha posto e il loro opporsi: è unità della distinzione. Se poi prova ad osservarsi, allora la proposizione paradossale (il sistema è l'ambiente) è vera perché è falsa ed è falsa perché è vera. Proprio questo lo si può osservare con una osservazione di secondo ordine. Il terzo escluso dalla distinzione bivalente riappare per osservare la distinzione stessa distinguendola da altro: il principio del TnD salta e viene sostituito da quello del terzo escluso in quanto incluso²⁶. Nessuna teoria dei tipi di gödeliana o russelliana memoria può nulla. In tutti e tre i modi presentati, il paradosso però non sparisce affatto: semplicemente viene svolto (dispiegato), in attesa che nuove paradossie emergano. Chi cerca fondamenti, deve distinguere e indicare "quali" e immediatamente si auto-sabota esponendosi al paradosso e alla ricerca di nuovi fondamenti. Alla fine, chi vuole giudicare il mondo con la distinzione vero/falso, si ritrova a fare i conti con la domanda: la distinzione vero/falso è vera o è falsa? Per esempio: l'esperienza mistica è vera o è falsa? Ma così non si fa altro che ridurre il mondo a un solo criterio di verità che da altri osservatori verrà osservato come inadeguato. Questo "relativismo" è insuperabile con la logica classica che in esso vede solo *clownerie* paradossali, postmodernismi, attacchi all'ordine. Questi osservatori – che con le loro distinzioni moralizzano l'osservare orientandolo alle loro proprie limitatissime "verità" – però

²⁶ Questo il processo logico: 1) con un oggetto monovalente bastano due valori per giudicare. Con il primo si pone la sua identità con il secondo si nega tutto il resto (la sua alterità). La negazione è esclusa dalla posizione. Ma se si volesse, con soli due valori a disposizione, anche escludere il secondo valore (negativo) dall'indicazione (positiva), mancherebbe un valore. 2) Perciò per indicare una oggetto bivalente, occorre distinguere ogni suo lato dal lato contrapposto e poi da tutto il resto (il Terzo). Qui salta il principio del *Tertium non datur*: il terzo è dato ma in quanto escluso. Terzo escluso e *Tertium non datur* non coincidono.

non vedono l'altro lato della contingenza di tutte le distinzioni: la "necessità" di distinguere. In questo non esiste relativismo che tenga.

Ogni distinzione contiene sé stessa e quindi il negativo che cerca di escludere. A livello sociologico, e non logico, bisognerà allora chiedersi come sia possibile una comunicazione sociale senza garanzia di consenso. Di fatti il mondo contemporaneo non può reggersi sul consenso. C'è addirittura chi parla di "apocalisse cognitiva" (Bronner 2021) indicando l'ormai incoercibile esplosione di punti di vista discordanti. L'orizzonte contemporaneo è dato da osservazioni di secondo e ulteriore ordine e livello, quindi sulla base di una contingenza insopprimibile. Chiunque volesse ridurre questa complessità porterebbe la società sulle vie di unità "fondamentalistiche", che si trattasse di scienza, politica, religione, morale, economia, diritto, etc.: ogni sottosistema sociale che volesse "imporre" il suo proprio punto di vista come fondamento stabile dell'ordine lo potrebbe fare solo a scapito di altri. L'unica strada appare quella di isole di ordini contingenti e cangianti che, momentaneamente, permettono di simulare consensi sfruttando per un po' degli accordi. Ogni ordine ha la sua legittimità che si scontra con gli altri e queste collisioni sembrano venire rese tollerabile dal sistema dei mass media che, letteralmente, inventano un mondo comune su cui poter comunicare (Luhmann 2000c). A questo punto la vera sfida, invece che trovare una "verità" socialmente condivisa, è ben diversa: come garantire continuamente la possibilità di comunicare i continui e necessari dissensi, i plurimi "No", senza far collassare il sistema sociale nella negazione assoluta della mancanza di connessioni comunicative, come direbbero Esposito e Galli nella "immanentizzazione sconnessa" del sociale (per loro a trazione neoliberista). E siamo poi sicuri che negando la "sconnessione" – negando un negativo – abbiamo trovato la soluzione. Non sarebbe di nuovo imporre un punto di vista annihilente?

2.2.2 Orizzonte di senso, logica del rimando e potenzializzazione del sistema

E tutto ciò ci introduce a un diverso concetto – oltre che a quelli di mondo e di osservazione – che significa il negativo in modo non escludente, bensì affermativo: quello del "senso". La sua "portanza" è difficilmente sopravvalutabile nel sistema di pensiero luhmanniano e in tutte le fasi della sua elaborazione (a differenza, per esempio, di concetti quali autopoiesi e osservazione, introdotti negli anni Ottanta). Potremmo dire che è una delle categorie più stabili del suo apparato teorico, di derivazione fenomenologica. Il sociologo tedesco da sempre introduce il concetto di "senso" in modo esplicitamente *indifferenziato*; cioè come qualcosa che si auto-presuppone, sempre. Il senso è la modalità (sempre presupposta) dell'esperire e dell'agire che si articola nella forma che distingue tra attualità e potenzialità. Come in ogni

forma qualcosa è indicato – cioè reso *attuale* – mentre tutto il “resto” è rimandato nel *possibile*. Ma, attenzione, questo rimando “conserva” il possibile che può essere riattualizzabile. Il collegamento tra attuale e possibile è sempre mantenuto “possibile” nella forma del senso. Questa *ospitalità-ricettività* del medium senso rimanda, a sua volta, alla apertura – anzi più precisamente alla *accessibilità* – del Mondo: «Qualsiasi cosa venga intesa, si ha comunque la completa apertura del mondo e quindi la garanzia dell’attualità del mondo nel senso della sua accessibilità» (Luhmann, 1990c, 148). La logica del “rimando” indica esattamente che la selezione-indicazione dell’attuale, non esclude la negazione del possibile, ma anzi lo mantiene presente pur in assenza: lo virtualizza. Tutto ha perciò senso anche l’*irreale*, l’*impossibile*, l’*impensabile*, l’*irrealizzabile*: il No di qualsiasi Sì. Ciò che in una osservazione è indicato non elimina ciò che è potenzializzato, non lo nega affatto annullandolo, anzi lo colloca in uno stato di virtualità, di inibizione momentanea che lo conserva per la sua possibile riattualizzazione. Questa potenzializzazione non significa “semplice possibilità d’essere”: ben più radicalmente significa che ogni attualizzazione produce, oltre al proprio apparire e operare, anche altre possibilità di sviluppo. Possiamo pertanto affermare con Barel (1979, 186) che ogni sistema – come si presenta nell’attuari – non è che solo una frazione di quello che è realmente (cioè potenzialmente). Il potenziale è fatto rientrare nel reale: ne costituisce una realissima latenza. Il reale è ciò che è, più le sue potenzialità. Con un termine inglese potremmo distinguere *Actual* da *Real*.

Questa forma del senso tiene perciò insieme la necessità di selezionare (indicare), ma anche quella di mantenere la ridondanza di rimandi possibili e riattivabili nell’*unmarked space*. Ciò accade proprio perché il senso, così come il mondo, è l’unità di una differenza (quella tra l’attuale e il possibile), dove il *negato* è *necessario* a contrario per attualizzare il suo altro. Il senso contiene il suo contrario “salvato”, perché il negare è sempre una operazione sensata, che “afferma” senso. Ogni evento può avere senso o non senso; soprattutto il “non senso” ha sempre massimamente senso: in altre parole il senso è un fenomeno autoreferenziale e universale. La negazione è parte del senso e non il suo annullamento. Su questo punto Luhmann è chiarissimo: «Anche le negazioni hanno senso, solo per questo possono essere connesse a qualcos’altro. Ogni tentativo di negazione del senso in generale presupporrebbe quindi, a sua volta, il senso, dovrebbe aver luogo nel mondo. Il senso è quindi una categoria indifferenziata che non può essere negata. La sua eliminazione sarebbe in senso stretto *annichilatio* – un compito, questo, che spetterebbe ad un’istanza esterna che è impensabile» (Luhmann, 1990c, 150). La mancanza di senso, così importante nel Novecento – dalle arti fino ai tragici fatti politici – non genera affatto un annientamento del senso, proprio perché essa ha massimamente senso. Se fosse *annihilatio* allora l’Olocausto, oltre sterminare vite, sarebbe stato dimenticato nel buco nero del

nulla. A contrario, invece, ha prodotto una lunga narrativa come trauma sociale che rappresenta il “male assoluto”, cioè qualcosa di estremamente sensato (Alexander 2006a; 2018).

Il riferimento alla *annihilatio* rende evidente la connessione al ragionamento che stiamo conducendo. Nessuna negazione, intesa come rimando, è esclusione in quanto nullificazione. Sebbene *omnis determinatio est negatio*, quel negare non espelle il rimando all’altro e non lo esclude dall’orizzonte del possibile: lo pone in una latenza riattivabile che contribuisce al significato globale di quella selezione attuale, così come i silenzi danno senso alla musica, gli spazi bianchi allo scritto, lo stand-by all’azione, le pause alla comunicazione, i turni nel dialogo, etc. Potremmo dire, ma lo riprenderemo in seguito, che attuale e possibile insieme formano una *atmosfera* di senso. Luhmann, perciò, risignifica la negazione come affermazione: «Possiamo riassumere queste formulazioni e altre simili nella tesi che il mondo di senso è un mondo chiuso (oppure, in altre parole: che il senso è un medium universale non negabile), in modo che ogni esclusione può avvenire solo nel mondo e, come ogni indicazione, solo in modo che venga tracciata una distinzione. Questo escludere è però anche la condizione costitutiva di qualsiasi determinazione e ne consegue che bisogna mettere in discussione proprio le idee più elevate o i principi ultimi costituenti, chiedendo loro cosa escludano e cosa rendano invisibile: la loro prestazione, cioè dare fondamenti, serve soprattutto a consentire di chiamare anti-forma (come l’antimateria) ciò che può essere presente solo come assente» (Luhmann, 2017a, 43).

Il concetto di negazione ha quindi nella teoria dei sistemi una funzione (paradossalmente) fondamentale in diversi modi. Per operare, un sistema deve distinguersi da un ambiente operando in modo “cieco”; per osservare (e osservarsi) deve poi distinguere tra distinzione e indicazione; per dare significato deve indicare un lato e non l’altro (deve selezionare quindi negare, decidendosi ogni volta tra infinite possibilità). Come presupposto di tutto questo operare, i sistemi devono dare per scontati due fenomeni indifferenziati e indeterminabili (perché se non lo fossero, sarebbero solo dei positivi a loro volta negabili): il mondo e il senso che non sono negabili, bensì sempre presenti come lato assente e potenziale dell’osservazione. Abbiamo quindi una interessante topologia da osservare. Da un lato ogni tipo di negazione presuppone uno sfondo non negabile, indifferenziato, che ne costituisce la condizione stessa di possibilità. Dall’altro ogni negazione permette di mantenere accessibile ciò che è stato distinto e posto virtualmente in *stand by*.

Ci troviamo di fronte a una logica non “escludente” di negazione. Qui negare significa sempre mantenere “incluso l’escluso”. Si tratta di qualcosa di più di una negazione che “connota” ogni denotazione-indicazione. È una negazione che “fa-essere”, che afferma, che non sostituisce un essente con un altro essente, negando e abolendo il primo, ma lasciando spazio al secondo virtualizzandolo. La differenza che fa la differenza può essere così

descritta: «I concetti di distinzione e di forma non implicano ancora una negazione. Piuttosto, l'altro lato è e resta presupposto proprio quando lo si usa per indicare qualcosa di determinato» (Luhmann, 2017a, 44). Ciò significa pensare il negativo, il No, come un chiasmo: come quella operazione che distinguendo – cioè separando qualcos'altro – simultaneamente lo richiama. Il negativo può essere quindi pensato come *rinvio*. Se il senso è la forma ordinativa dell'esperire, basata sulla distinzione tra attuale e possibile, allora questo “rapporto costitutivo” – l'unità della distinzione – non lavora con una logica escludente. Le selezioni sensate, le distinzioni, rimandano sempre ad altro come loro co-costitutivo. Ogni operare distinguente è un “essere-rinviati-al-di-là-di-se-stessi”. Luhmann riconosce perciò «il primato funzionale della negatività dell'esperire vivente costitutivo di senso» (Luhmann, 1971, 21). Il negare si qualifica per una specifica combinazione di riflessività e generalizzazione. Comporta una prestazione di *generalizzazione* di ciò che la determinazione positiva (l'indicazione) non designa. In altri termini non occorre negare discretamente (precisamente) ogni altra determinazione: o meglio ogni distinzione non è negazione diretta di qualcos'altro. La logica è, invece, quella di mantenere questo negativo potenziale a disposizione, “potenzializzandolo”. In altri termini: il rischio enorme di selezionare qualcosa, è possibile solo perché ciò che non è indicato è *mantenuto possibile*. Questa generalizzazione – che lascia il negato non escluso ma potenzializzato – deve permetterne la riattualizzazione. Riattualizzare significa negare riflessivamente: la negazione nega sé stessa in modo tale che la parte esclusa venga re-inclusa e non annullata. La negazione, perciò, non fa passare l'essere delle potenzialità nel non-essere assoluto, nel nulla: «ogni negazione permane in una provvisorietà non annullabile e non esclude l'accesso a ciò che è negato». (Luhmann, 1971, 22). Con un linguaggio che risente ancora molto della fenomenologia tedesca, Luhmann specifica che nell'«afferrare una determinata cosa io sono sicuro che “ogni altra cosa” rimane conservata» (*Idem*, 22). Qui interviene la logica della “riserva” (quella che io chiamerò logica del “rimando”): Nel negare ci si riserva di negare la negazione per riattualizzare ciò che è rimasto potenziale e non è stato annullato. L'identità di qualcosa è l'unità della differenza tra quella cosa e il suo altro potenzializzato. La parte esclusa non viene a sua volta identificata (indicata); non va a costituirsi come un “positivo” o da annullare o che potrebbe annullare il positivo prima designato. Si tratta piuttosto di una logica di affermazione. In tal senso la negazione è una prestazione del sistema e mai può essere imputata all'ambiente. Fuori non esistono eventi negativi, se non prodotti dal dentro. Infatti, non si può dire che “qualcosa non c'è” e neppure indicare “tutto quello che qualcosa non è”. La negazione è un operatore positivo, perché come ogni operazione ha luogo realmente. La sua funzione sta nel rinviare ad altro.

Concludiamo questa parte di riflessione sulla “negazione affermativa” riprendendo quanto Peter Sloterdijk scrisse a proposito della teoria luhmanniana, definita come una proposta “asatanica” (ma sarebbe più corretto tradurre con “a-diabolica”) che ironizza e neutralizza la pulsione della Modernità ad annientare il nemico escluso, o meglio incluso per essere escluso: «Si può condividere l’idea che l’opera di Luhmann rappresenti nella sua totalità una confessione terapeutica contro la tentazione degli intellettuali di fare piazza pulita affidandosi alla violenza. La più laconica delle sue risposte l’ha resa in una dichiarazione alla stampa: Non si tratta semplicemente del fatto di eliminare l’altra metà e di installarsi al suo posto» (Sloterdijk, 2004, 82). L’altra metà rimane come confine esterno del sistema – e quindi come suo costitutivo – e mai può essere eliminata.

2.3 Le istituzioni immunitarie della società: preservare l’autopoiesi costruendo contra-dizioni

2.3.1 Dai paradossi alle contraddizioni fino ai conflitti: la funzione della negazione per la società

Abbiamo cercato di argomentare che la teoria dei sistemi di Luhmann permette di operare con quella modalità che Roberto Esposito ha chiamato *negazione affermativa*, una negazione che distingue senza escludere/annullare il suo “resto” cui può sempre rinviare. E in questo re-invio, non si dà alcuna sintesi che omologa i distinti: nessun “superamento dialettico”. Abbiamo visto che ovunque si cominci con una osservazione – e non si può cominciare altrimenti – si opera in una forma: che questa forma è l’unità dei distinti; che ogni forma, se osservata, conduce a un paradosso costitutivo. La Legge della Forma costringe a cominciare e finire con paradossi. Il paradosso non consente di fissare alcuna determinazione, cioè di indicare davvero qualcosa: non consente di indicare né A né non-A perché non consente di fissare alcuna indicazione. Indicare l’uno è indicare anche l’altro (A è non-A; per esempio, il sistema è l’ambiente che esso stesso inventa negandolo). A questo punto l’osservazione, se osservata, necessariamente si blocca. Si resta nella oscillazione perenne. Secondo Luhmann è *Stheno* (una delle Gorgoni) a rappresentare questo pericolo: chi osserva i paradossi rimane pietrificato. E neppure il recente interesse ai paradossi può affascinare tanto da pretendere di fondare la scienza su di essi: come scrive Luhmann una descrizione della realtà che mischi arbitrarietà e paralisi non porta a nulla. Si hanno quindi solo altre due possibilità: o non si guarda (e dunque non si osserva nulla!); o si guarda da un’altra parte cercando di procedere. La soluzione sta dunque in una sorta di terapia creativa: introdurre nuove distinzioni per deparadossalizzare il sistema e permettergli comunque di osservare qualcosa. In buona

sostanza il sistema crea delle asimmetrie che nascondono (per un po') il paradosso, creando strutture che servono a connettere eventi. Si può quindi affermare che i paradossi svolgono una funzione di "irritazione" del sistema, di stimolo per la creatività, guadagnando tempo per trovare soluzioni ad altri paradossi. In pratica un "uso paradossale dei paradossi" a cui viene chiesta una soluzione che non possono dare. Ogni fondamento è solo e null'altro che "l'attività" del fondare e quindi non è un fondamento (e lo è). Alla fine del giorno l'osservatore può solo osservare che ogni altro osservatore costruisce le sue strutture connettive sulla base di paradossi.

Quando però questo paradosso di base a tutte le forme viene utilizzato come "determinazione" di senso in sé, se diventa un "tema" della comunicazione cui contrapporre un diverso tema (a sua volta determinato), si cambia "gioco". Si prenda la affermazione «Deparadossalizzare i paradossi è la soluzione ai problemi di fondazione e simultaneamente non lo è». Qui abbiamo due determinazioni di senso che si oppongono. Abbiamo quindi una contraddizione (A e non-A) che indica entrambi i lati della distinzione e indica l'assenza di distinzione come oggetto specifico determinabile (forma della cancellazione). Di questo tipo di negatività, di opposizione, di contraddizione abbiamo moltissimi esempi nella realtà. Laddove il paradosso, essendo irrisolvibile, può essere solo nascosto spingendo alla creatività – pena il bloccare la osservazione – la contraddizione, invece, svolge una funzione molto diversa e per certi dire pervasiva. Potremmo dire che il paradosso semplicemente spinge a rendere produttiva, operativa, una impossibilità che deve rimanere latente. Le contraddizioni – e ancor di più i conflitti – svolgono invece funzioni ben osservabili: non devono essere nascoste, bensì comunicate in tutta la loro forza.

Se Luhmann decise di dedicare un capitolo specifico al tema della "contraddizione e del conflitto", nel suo fondativo *Soziale Systeme* del 1984 (1990), un motivo dev'esserci stato. Il sociologo tedesco aveva già in precedenza lavorato sulla relazione tra ordine e conflitto e tra conflitto e diritto. Certamente l'ingombrante fantasma parsoniano del (pregiudizialmente pregiudicato) "funzionalismo omeostatico" era incombenente e Luhmann (pur consapevole dei pregiudizi) lo voleva mettere definitivamente in soffitta! Ma un capitolo dedicato alla relazione tra contraddizioni e conflitto – tra l'altro posto tra quello dedicato a "struttura e tempo" e "società e interazione" – considerata come decisiva per l'autopoiesi sociale, va analizzato con cura vista la sua posizione e il contenuto strategico per una teoria "universalistica" della società. Vedremo infatti che di questo si tratta: di una funzione speciale che questi due tipi di "negazione" hanno per la società.

Prima di procedere alla analisi di quel capitolo, riprendiamo per sommi capi, un intervento dei primi anni Ottanta, pubblicato in Italia dalla rivista

«Il Centauro» (Luhmann, 1983b)²⁷. L'inizio è fortemente ironico e polemico. Sembra che gli scienziati sociali si contrappongano in due gruppi: i monisti, conservatori, organicisti, tecnocrati e con potere, da una parte e i dualisti, conflittualisti, dialettici, propositori della lotta di classe e senza potere (ma che lo anelano). Per Luhmann si tratta di una mera leggenda! Alla base di questa falsa distinzione vi sono i concetti di statica-ordine vs dinamica-conflitto. Il problema è che ognuno dei due concetti prende senso dall'altro cioè dalla sua negazione e non è possibile fare "sociologia" senza usarli entrambi (e cioè, ricorda Luhmann, vale per Marx *et* per Parsons!). Solo Hegel aveva avuto il coraggio di partire dalla contraddizione per cercare poi l'unità, ma anche la dialettica è diventata una "parte" del "gioco delle parti" in polemica. Che fare? Il problema sta nuovamente nella categoria di "negazione", in specifico con il superamento della dialettica da parte della teoria neo-evoluzionistica²⁸. Alla idea di uno sviluppo "conforme a legge" ne subentra uno dove l'ordine deriva, sotto certe condizioni improbabili, dal caso. Ne consegue che «l'ordine, pertanto, non può più essere interpretato come una *sintesi*, che supera le opposizioni, toglie le contraddizioni, risolve i conflitti; esso viene considerato, invece, come una sorta di *acquisizione combinatoria* che (...) ha particolari *chances* di conferma a partire da sé» (Luhmann, 1983b, 5). Se è così, allora l'ordine non deriva né da soluzione di conflitti né dal togliere le contraddizioni sublandole, bensì dalla realizzazione di complessità improbabile. Inoltre, lo stile teorico sistemico che deve adeguarsi alla complessità sociale crescente, non può concepire il "negativo" come *avversario* (Luhmann cita il capitale e il dominio politico). Da questa premessa conseguono, per Luhmann, tre tesi.

1) L'instabilità è un'esigenza del mantenimento di stabilità. Ne è manifestazione il fatto che i sistemi sono costituiti da eventi contingenti che appaiono e subito scompaiono. Dunque, è il sistema stesso che si auto-costringe al rinnovamento continuo (autopoiesi). Ogni selezione rimanda ad altro e deve trovare una connessione (se no, l'autopoiesi si blocca). L'instabilità è necessaria a connettere e poi a sconnettere, per riconnettere altro.

2) Il caso è la condizione della necessità e questa, del caso. "Caso" significa presenza di eventi non previsti dal sistema; "necessità" significa esigenza di connetterli (evento e struttura). La loro relazione non è contraddittoria, bensì incrementale. Più un sistema si stabilizza connettendo eventi e strutturandoli, più si fa dipendente dal caso, cioè di nuovo dalla produzione di eventi imprevisi, e viceversa.

²⁷ *Il Centauro*, il titolo sembra derivasse da una idea di Roberto Esposito, era diretto dal filosofo Biagio De Giovanni e vedeva tra i protagonisti alcuni dei più interessanti pensatori italiani della sinistra eterodossa, per certi versi sovrapponibile alla esperienza del "pensiero negativo".

²⁸ Questa sostituzione di Hegel con Darwin è ribadita nei due volumi di Luhmann, (1997).

3) Conflitto e ordine seguono la medesima logica. I conflitti sono ordini sistemici altamente integrati e il problema è come integrarli, a loro volta, con ordini sociali diversi (per esempio non conflittuali).

In ogni caso, a ogni (ogni!) comunicazione si può rispondere con un No! Si tratta di un fatto massivo che, come instabilità e caso, è un momento indispensabile alla autopoiesi sistemica (che però non significa affatto e immediatamente “Progresso”). Questa pervasività del negativo, se da un lato rende inutile ogni ricorso a teorie basate sull’ordine sociale inteso come assenza di conflitti, disordini, contraddizioni, etc., dall’altro non spiega ancora precisamente quale sia la “funzione” di questa negatività e di come il sistema sociale stesso la produce. È proprio il tema del capitolo IX, su Contraddizione e conflitto, di *Sistemi sociali* del 1984 (1990) che esaminiamo ora.

Luhmann comincia la sua analisi rilevando che le contraddizioni sono sempre state concepite come errori di logica (al pari dei paradossi). Se la logica si fonda sul Principio di non contraddizione e “calcola” le condizioni di possibilità del reale, allora la realtà non dovrebbe contenere contraddizioni: solo il pensiero si contraddice sbagliando. Qui è in gioco la cornice concettuale degli oggetti monovalenti (l’essere) e della logica a due valori (vero/falso) per giudicarli (il pensiero). È il pensiero a contraddirsi, finché non trova la soluzione, per esempio distinguendo livelli logici. A questo primo punto, Luhmann risponde che, almeno da Hegel in avanti, sposare questa posizione equivarrebbe a escludere dalla scienza niente di meno che proprio la società (si pensi agli anni ‘70 e a tutta la produttività dell’osservazione delle contraddizioni del sistema capitalistico!). Ma il vero problema sta nel concettualizzare, ancor prima, cosa sia una contraddizione e che funzione sociale abbia.

Luhmann comincia (e come potrebbe non farlo!) ponendo una distinzione tra riproduzione autopoietica del sistema e osservazione. La prima riguarda semplicemente il fatto che il sistema deve costruire da sé le proprie operazioni di base e non può prenderle dall’ambiente: un sistema psichico produce pensieri; un sistema sociale comunicazioni. Le operazioni sono eventi ciechi che semplicemente operano e operando discriminano tra *in* e *out*. L’osservazione è una operazione speciale che, come ogni operazione, riproduce il sistema, ma inoltre pone una distinzione e ne indica un lato. Le contraddizioni hanno una funzione diversa rispetto a queste due operazioni. Per l’autopoiesi una operazione si conetterà a una contraddizione reagendo ad essa, “comunque”, pena la fine del sistema. Qui accade quel che accade. Per l’osservazione è diverso. Mentre opera (vive) il sistema, osservando, si scontra con una indecidibilità, perché non riesce a precisare la distinzione che usa indicando ed escludendo in modo non contraddittorio. Osserva A e non-A, insieme. Potremmo dire che la contraddizione viene percepita dal sistema, ma per diventare comunicazione (cioè società) deve essere osservata. In campo psicanalitico si tratterebbe di un livello di conflitto ancora non saputo – per

esempio una relazione di doppio legame – che per poter essere trattata deve essere osservato e comunicata: infatti solitamente serve un terapeuta sistemico esterno per attivare l’auto-osservazione dei pazienti in trattamento che oscillano nel *double bind* senza capire in che situazione sono (Salvini Palazzoli). Ma ancora non siamo che all’inizio. Quale materiali di senso viene attivato per costruire una contraddizione immanente al sociale (e non per esempio allo psichico)?

Il punto è questo: ciò che (in una comunicazione) si contraddice deve essere prima già stato determinato (osservato). La forma della contraddizione rimette in discussione una determinatezza del senso “già” raggiunta (a differenza dei paradossi che oscillano nel determinare “qualcosa”). Quindi un qualcosa di determinato partecipa come operazione alla autopoiesi, ma viene contraddetto a livello di osservazione. Secondo Luhmann, un sistema si boicotta continuamente in questo modo proprio perché opera mediante il senso – il rinvio al possibile – quindi anche a possibilità incoerenti e opposte. Ogni senso ha in latenza una possibilità di contraddizione immanente: «La contraddizione è una componente dell’autoriferimento del senso poiché ogni senso include la possibilità della propria negazione» (Luhmann, 1990, 565). Ogni sì, chiama alla luce un possibile no. Ma, di nuovo: perché un sistema blocca l’osservazione mediante una contraddizione, proprio per *consentire* la propria riproduzione? Non è anche questa una contraddizione? Non potrebbe il sistema cancellare la contraddizione o lasciarla perdere, obliarla – per non parlare degli apparati ideologici e di persuasione che sono sempre in atto per nascondere le contraddizioni?

Per rispondere bisogna capire meglio come si formi l’unità di senso che sintetizza il contraddittorio permettendo di osservare “una” contraddizione: detto e contraddetto devono formare una unità dove lo scontro, la collisione, è osservabile e produttiva. Anche qui per Luhmann vale la logica autoreferenziale e autopoietica dei sistemi: è la contraddizione stessa che crea, riunisce determinati elementi – li oppone e unisce in una *contradictio* – che potrebbero benissimo anche non opporsi. Qui un colpo di scena! La logica stessa non rappresenterebbe una macchina per sopprimere le contraddizioni, ma il suo contrario (!): un sistema di regole che condiziona la costituzione e il riconoscimento di contraddizioni. La logica “positiva” (quella del Principio di non contraddizione) sarebbe un sottoprodotto della vera logica che ne è il negativo²⁹. In ogni modo, prima va costituita una unità di senso e poi,

²⁹ Questa preminenza del negativo, ricorda Esposito (2018), è pure riconosciuta dalla logica polacca Anna Wierzbicka che scopre in tutte le lingue un nucleo semantico universale composto da una sessantina di termini al cui centro sta proprio il negare. Nello sviluppo della sua ricerca (1972; 1980), la studiosa passa dal concepire questa negazione come “I don’t want” o “diswant” con funzioni fortemente illocutive di rifiuto, fino a una più astratto e basilare “not” che si ritrova proprio all’origine dell’apprendimento linguistico nei primi due anni

secondo logica, occorre indicarne o meno la contraddittorietà con altro. Ciò accade in modo diverso per sistemi psichici e sociali. Per i primi è solo la coscienza che opera pensando la contraddizione e pensando o meno di risolverla³⁰: e nella coscienza (tali incoerenze) rimangono se non vengono comunicate. Per i sistemi sociali a operare è invece la comunicazione (che forma una unità di senso integrando le tre diverse selezioni di: informazione, atto del comunicare e comprensione): qui la contraddizione si forma comunicando un rifiuto che rimane attivo finché non succede altro.

Solo a questo punto è possibile specificare la funzione sociale delle contraddizioni. La loro funzione è «quella di conservare, e di mettere in rilievo, l'unità formale di un contesto di senso, senza tuttavia rafforzare, anzi svuotando, la sicurezza delle aspettative con ciò naturalmente connesse. Le contraddizioni destabilizzano un sistema, rendendo questo effetto visibile attraverso l'insicurezza dell'attesa» (1990, 371). In pratica vengono comunicate due linee di aspettativa incompatibili senza indicare quale verrà scelta. È proprio questa incertezza “unificata” e comunicata così chiaramente a spingere verso una soluzione. Forse questa opposizione potrebbe anche essere neutralizzata, ma la sua forza attrattiva è indiscutibile. La contraddizione produce insicurezza ma, ecco di nuovo il punto, questa non è disfunzionale al sistema in quanto tale. Al contrario: prezzi, norme, verità, apprendimenti, etc., tutto deve poter cambiare per permettere alle strutture della certezza di “testare” se sono ancora funzionali o se devono essere cambiate. La contraddizione è un segnale d'allarme che qualcosa non funziona più come ci si sarebbe aspettato e che va affrontato. Per esempio: durante una pandemia globale un governo non vuole imporre l'obbligo di vaccinazione per i più diversi motivi. Allo stesso tempo però impone una serie di leggi e regolamenti che rendono quasi impossibile svolgere le proprie occupazioni quotidiane a chi non si vaccina. L'opposizione politica e i non vaccinati si oppongono a questa linea governativa, comunicando che il governo sta operando in modo contraddittorio e ipocrita. Per un certo tempo (che può essere lungo) la contraddizione è mantenuta in uno stato di “neutralizzazione” in quanto il governo ha il potere di reggerne le conseguenze. Se però l'opposizione sociale aumenta o la mancanza di obbligo non porta più a risultati utili, allora il governo è costretto ad affrontare e sciogliere la contraddizione.

Tutto questo processo comunicativo, testa, mette alla prova una struttura di aspettative (non obbligo a vaccinarsi) finché il suo mantenimento diventa disfunzionale e si tenta di cambiarlo. Le contraddizioni, perciò non sono il male, ma al contrario sono “segnali di allarme” attivabili. Le contraddizioni

di vita. I bambini, quasi ancora infatti, usano il “not” non solo per negare o rifiutare, bensì in modo più polisemico.

³⁰ Tutta la ricerca psicologica e psicanalitica mostra come i sistemi psichici possano benissimo operare pur in presenza di pensieri contraddittori che spesso vengono nascosti o che comunque non bloccano poi l'azione.

creano incertezza in modo mirato, evitando l'anomia: amplificano le contingenze del possibile, non rimandandole all'attuale, bensì all'impossibile (momentaneo). L'autopoiesi è spinta a occuparsi della sua possibile-impossibilità: il sistema non reagisce alle possibilità che si escludono reciprocamente, ma allo stesso *rapporto di esclusione*. Ancora una volta è qui in azione una logica della negazione non escludente: «le contraddizioni che rompono strutture, sostituendosi momentaneamente ad esse, riescono dunque a conservare la riproduzione autopoietica e consentono un agire capace di connessione, nonostante sia incerto quali aspettative sono in vigore» (1990, 273). In altri termini le contraddizioni lavorano su quella “temporalizzazione della complessità” e dell'autopoiesi che necessita di eventi istantaneamente dissolventi da poter connettere mediate strutture o, quando queste sono incerte, mediate contraddizioni. Senza questo rimando tra evenemenzialità degli elementi (disgregazione continua) e possibilità connettive (aggregazione continua) – senza questo rapporto di negazione non escludente – nessuna autoriproduzione è possibile, almeno laddove l'ambiente varia (e l'ambiente varia per definizione, essendo popolato da altri sistemi che simultaneamente operano secondo il loro codici e programmi).

2.3.2 La scienza delle contraddizioni come parte della immunologia sociale: i simboli del rifiuto che permettono l'autopoiesi del sistema

La funzione delle contraddizioni favorisce lo sviluppo di un sistema immunitario. E questo ci porta all'ultimo pezzo di argomentazione che ci introduce al sistema del diritto. Scrive Luhmann che «Le contraddizioni consentono (ma non impongono) l'eliminazione delle deviazioni e quindi possiedono una serie di proprietà che favoriscono lo sviluppo di un sistema immunitario. Un sistema immunitario deve essere compatibile con l'autoriproduzione in circostanze mutevoli (Davis, 2018). Non costituisce semplicemente un meccanismo per correggere le deviazioni e ripristinare lo status quo ante; deve praticare tale funzione in modo selettivo, riuscendo a conciliarla con l'eventuale accettazione di opportuni mutamenti. Non serve necessariamente a conservare le strutture aggredite, ma presuppone per il proprio funzionamento, in primo luogo per la stessa individuazione di contraddizioni, l'esistenza di strutture e di delimitazioni di ciò che è possibile» (Luhmann 1990, 573). Come si vede siamo dentro al rapporto tra sistema e ambiente. Un sistema, autoreferenziale e chiuso, non può reagire alle perturbazioni che vengono dal suo ambiente in modo “puntuale”: è sempre per definizione in debito di complessità. Per Luhmann il sistema immunitario compensa questa asimmetria, cercando di intercettare le irritazioni non previste, senza negarle in toto, ma anzi sfruttandone alcune per rivedere le sue difese. Il sistema immunitario è quindi la conseguenza di un sistema che è impossibilitato ad

adattarsi al suo ambiente. Il sistema, essendo autoreferenziale e chiuso, non conosce il suo ambiente. Sulla base delle sue strutture interne, fa esperienza dell'esterno "memorizzando" ciò che si connette bene e ciò che fa problema (*selfe non self*). Sulla base di questa sensibilità autoprodotta le perturbazioni più consuete e non pericolose vengono o filtrate o eliminate, mentre quelle impreviste e pericolose vengono isolate: alcune di queste "alterità" vengono apprese e metabolizzate dal sistema; ad altre alterità capaci di metter in pericolo l'autopoiesi del sistema, questi risponde con un No: vede una contraddizione e la trasforma in un conflitto (giuridico) (Tosini, 2021).

Le contraddizioni generando incertezze e instabilità possono attivare i sistemi immunitari. Tutto ciò non spiega ancora perché alcune di esse si trasformino in veri e propri conflitti. Semplicemente le contraddizioni stimolano una risposta, anche e soprattutto in mancanza di una vera e propria cognizione (come i sistemi immunitari). Ma non è necessario, per esempio, sapere perché davvero un omicidio è commesso. Basta sapere che è una fattispecie giuridica. Inoltre, come al solito, la difesa immunitaria non porta a una maggiore conoscenza di nulla, bensì solo a trattare maggiore complessità. In tal senso le contraddizioni sono paragonabili a "sistemi di allarme" che circolano nel sistema in modo molto libero e sempre a disposizione. Funzionano come il sistema immunitario, generando elementi che permettono comunque l'autopoiesi del sistema.

Luhmann immagina il sistema immunitario come costituito da simboli di rifiuto; dall'universo dei "no", in rapporto a quello dei "si". Sappiamo già che il senso, la forma, il linguaggio, comprendono la possibilità del negativo. Ma ecco il punto dirimente: «il sistema *non* si immunizza *contro* il "no", bensì *con l'aiuto* del "no"; non si tutela *da* cambiamenti, ma grazie *ai* cambiamenti» (Luhmann, 1990, 576). Qui il negativo diventa affermativo: evita che il sistema si strutturi troppo rigidamente perdendo di capacità di risposta nei confronti dell'ambiente (e del suo ambiente interno). Per tale motivo il sistema immunitario non tutela la struttura, bensì solo l'autopoiesi: «protegge dall'annientamento mediante negazione» (Luhmann, 1990, 576). Le contraddizioni presuppongono una relazione tra struttura ed elemento (eventuale): sorgono come opposizione a qualcosa di strutturato. Non riguardano né le une (non esistono contraddizioni strutturali) né le altre (le contraddizioni esistono, sono possibili, ma solo come eventi), ma solo la loro relazione. Proprio perciò le contraddizioni svolgono la funzione di allarme «distruendo per un istante la pretesa globale del sistema di essere complessità già ridotta e ordinata» (*ibidem* 578). Accade che un istante (evento) del sistema, come insieme di elementi connessi attuali, rimandi ad altre possibilità (prima negate, ma non nullificate): in questo attimo-evento il rimando prende la forma di una contraddizione – quindi di un elemento di senso determinato, sebbene contraddittorio – che nonostante tutto garantisce una ulteriore connessione, cioè l'autopoiesi del sistema. La contraddizione *segnala*

una incoerenza che preoccupa; che un contatto potrebbe bloccarsi; che a una aspettativa non consegua nulla; che il sistema sociale potrebbe collassare; che a un agire non seguirebbe nulla; che i sistemi psichici si ritirassero dalla comunicazione o che cominciasse a usare la forza e la violenza. Proprio per questo evenemenziale “lampeggiare” dell’allarme, il sistema si attiva per dare una risposta³¹: «l’*autopoiesi* del sistema *non* viene *interrotta*. Si va avanti. È merito della rifondazione hegeliana del concetto di “dialettica”, l’aver per prima formulato questo punto» (Luhmann, 1990, 578). Il sistema, di fronte al pericolo che la comunicazione cessi, rinuncia alle sue normali strutture connettive, le riapre alla possibilità e quindi all’incertezza, pur di salvare l’*autopoiesi*. Le società complesse abbisognano perciò di un numero crescente di contraddizioni per mettersi in allarme. Laddove nella normalità dei casi l’*autopoiesi* procede in relazione a strutture di aspettative certe, il sistema immunitario la permette proprio quando questa modalità normale risulta in difficoltà.

2.3.3 Il diritto come sistema immunitario della società: incertezza, conflitti e diritto

Questa teorizzazione generale, sulle istituzioni immunitarie sociali, va riportata a un riferimento specifico, quello con il sistema sociale “società” cioè l’orizzonte ultimo delle comunicazioni. La tesi di Luhmann è che il diritto funge da sistema immunitario della società. Il rapporto è quindi tra la società come orizzonte ultimo delle comunicazioni e un suo sottosistema specifico, che svolge però una funzione per la società intera. Questo va sottolineato perché nello sviluppo della teoria Luhmann sembra poi modificarsi, arricchendo i dispositivi di immunizzazione oltre il diritto. Per ora basti specificare che la funzione del diritto è quella di vincolare il tempo, ponendo delle aspettative controfattuali (le norme) e rendendole relativamente indifferenti al cambiamento (nel senso che possono essere cambiate solo attraverso specifiche procedure di diritto). Il diritto crea delle aspettative che rimangono certe anche davanti a conflitti e contraddizioni di fatto. Davanti a una norma ci si adegua e, in caso di violazione, si viene sanzionati. Ciò significa che il diritto orienta pure i comportamenti rendendone alcuni, quelli leciti, più probabili (statisticamente) di altri (illeciti), almeno finché il diritto funziona. Si noti che Luhmann non fonda la funzione del diritto su una questione

³¹ Un sistema di allarme per proteggere la casa da “estranei” è un ottimo esempio. Il sistema non ha alcuna cognizione di ciò che entra nel suo campo di risonanza. Potrebbe trattarsi di un ladro, di un gatto o di un ramo sbattuto dal vento. Ma l’allarme scatta e segnala la possibile intrusione. A questo punto l’osservatore controlla cosa sta accadendo e agisce di conseguenza. Il caso paradossale di auto-allarme sarebbe quello per cui il proprietario di una casa attiva l’allarme interno, mentre lui è in casa.

materiale (il “cosa” della aspettativa, la fattispecie) o quella “sociale” (chi ha diritto o torto), bensì su una problematica temporale. Ogni comunicazione è un evento (contingente e temporaneo). La norma non è null’altro che un “vincolo temporale” che tiene ferma una struttura di aspettative anche se “di fatto” accade qualcosa di diverso: le aspettative sono giuste, l’azione sbagliata; non si cambia la norma, bensì si giudica l’azione come conforme o deviante. Affinché si differenzi un sistema del diritto devono però entrare in gioco anche le dimensioni materiali e sociali del senso: il contenuto normativo e la distinzione tra conformità e devianza. Solo a questo punto si condensa il codice del diritto nella distinzione ragione/torto (*Recht/Unrecht*) che poi può essere programmata verso scopi del sistema. Già a questo livello elementare, come accade per la formazione di tutti i sottosistemi, emerge chiaramente il valore costitutivo di una doppia negazione (estremamente rischiosa). Con la prima si seleziona la distinzione direttrice (il codice) del sottosistema, negando altre distinzioni e rendendo il sistema indifferente a tutto ciò che non rientra nella distinzione stessa. Con la seconda si privilegia un lato della distinzione rispetto all’altro (attribuendo una positività e una negatività, anche se entrambe sono rilevanti!), laddove i due valori dovrebbero essere logicamente simmetrici (Luhmann 1996b).

Qui si osserva di nuovo la rischiosità dell’osservare, cioè di distinguere e indicare. Le due operazioni sono necessarie ed espongono il sistema al rischio di sbagliare la prima (e successive) mosse. Detto in altri termini, ogni delimitazione può essere osservata (da un osservatore di secondo ordine) come una perdita di complessità e di opportunità, o addirittura come un errore. Basta quindi chiedersi chi ha il diritto di distinguere tra diritto e il resto – istituendo il diritto: oppure se distinguere tra ragione e torto sia ragionevole o meno, per riaprire la complessità: e basta chiedersi quanto una decisione di un tribunale abbia attribuito in modo giusto o ingiusto le posizioni di ragione e torto, per mettere in dubbio il sistema giudiziario. È proprio in questi momenti – quando qualcuno dice “no” alle distinzioni utilizzate – che il rischio necessario del negare si mostra in tutta la sua potenza e il suo riduzionismo. Ma, se il sottosistema è davvero autopoietico, allora anche il negare non porta al crollo del diritto, bensì solo alla sua ristrutturazione mediante altro diritto. L’autopoesi continua anche in presenza di un blocco delle aspettative. Si pensi, come esempio classico, alla verifica della costituzionalità delle leggi presentate dai parlamenti. Laddove il giudizio è negativo, il sistema del diritto non crolla affatto e con esso neppure la Costituzione: semplicemente una Legge è rigettata da una Legge superiore. Il caso diventa interessante e paradossale solo se qualcuno vuole giudicare la costituzionalità di una norma costituzionale oppure quando si rendono incostituzionali gli emendamenti alla costituzione (Roznai, 2016).

Mediante la codificazione realizzata nella differenza tra ragione/torto, il sistema filtra le molteplici e onnipresenti potenzialità di conflitto insite nella

comunicazione sociale: ricordiamoci che basta comunicare un No per creare un conflitto e se ci si può aspettare di avere ragione, spesso, si attiva il diritto. Da qui l'infinita e spesso sorprendente capacità che il diritto ha di catturare anche i conflitti minimi: una lavatrice centrifuga, facendo troppo rumore e il vicino di casa, fa causa! Qualcuno non è "compatibile" con il nostro stile di vita e si chiede il divorzio. In tal senso il diritto è sì un sistema che risolve conflitti proceduralizzandoli giuridicamente, ma li rende anche possibili sulla base di presunzioni e tipificazioni giuridiche. La sua evoluzione dipende proprio dalla capacità di generalizzazione di situazioni tipiche che possono essere attivate in caso di aspettative normative disattese (variazioni), cioè in caso di conflitto. A quel punto sorge il problema di attribuire una ragione e un torto. Questo avviene mediante i procedimenti giuridici che permettono di decidere in modo tipizzato e nel caso specifico quale delle due parti in causa è dalla parte della ragione. Pare quindi evidente il legame tra diritto e conflitto. Solo comunicando un no e aprendo un contra-dire, una disputa, il diritto si attiva creando uno spazio di incertezza dentro a una situazione di scontro. La sua funzione, quindi, non può essere la soppressione del conflitto (che tra l'altro presupporrebbe un lavoro molto più lungo e faticoso). Per Luhmann «il diritto non serve a evitare i conflitti; se confrontato con la repressione dei conflitti, in uso nelle società vicine a un modello interazionistico, esso comporta anzi un'enorme moltiplicazione dei possibili conflitti. Il diritto cerca soltanto di evitare l'attuarsi violento dei conflitti, fornendo per ogni conflitto forme di comunicazione appropriate» (Luhmann, 1990, 580). Invece di reprimere il conflitto, come accade per esempio nella microsocietà balinese magistralmente descritta da Bateson, si usano i conflitti "trattando" la possibile deriva distruttiva in modo da depotenziarla e sublimarla in una forma socialmente ordinata e comunicabile basata sulla semplicissima distinzione torto/ragione.

Siamo dunque al punto di svolta della argomentazione: all'aumentare della complessità sociale, deve aumentare la complessità dei sistemi (legge del *requisite variety*); per poter operare in un ambiente complesso, i sistemi hanno bisogno di dispositivi di allarme che lascino "risuonare" le contraddizioni in modo da poter filtrare ciò che può essere utile alla autopoiesi; nessuna risposta punto-per-punto è infatti possibile da parte del sistema per fare fronte all'ambiente. Le contraddizioni e i conflitti servono a mettere in allarme le strutture del sistema: qualcosa di atteso è contra-detto; una struttura di aspettative non assorbe più incertezze in modo adeguato. Il sistema percepisce che non può continuare nel modo sino ad allora usuale perché qualcosa dice di no, si contra-pone. Tutto sembra bloccarsi davanti a questa collisione. Ma, nel mentre, la comunicazione deve continuare anche se le aspettative normali sono messe in crisi e rese altamente incerte. I conflitti servono esattamente a questa funzione – regolare una comunicazione che potrebbe risultare così destrutturante da far collassare il sistema. Mediante il tema del

conflitto la comunicazione continua, prendendo tempo per riconfigurare le strutture messe in crisi.

I conflitti sono dei sistemi sociali – autoreferenziali e autopoietici – che sorgono ogniqualvolta una comunicazione viene contraddetta o quando una contraddizione viene comunicata. Abbiamo due comunicazioni: con la prima sono rese evidenti certe aspettative; con la seconda si comunica esplicitamente il no. Come è chiaro, ma nascosto (!), la contra-dizione è l'unità del senso di due comunicazioni dal senso determinato e il conflitto si incarica di realizzare l'autopoesi comunicativa anche laddove una struttura di aspettativa è negata: «I conflitti servono quindi proprio a continuare la comunicazione sfruttando una delle possibilità che essa tiene aperte, e precisamente il ricorso al “no”» (Luhmann, 1990, 597-597). Senza la forma conflitto, la comunicazione potrebbe terminare, collassando, o degenerare in violenza. Come sistemi sociali che legano comunicazioni a comunicazioni, i conflitti sono le immagini “in negativo” di quella doppia contingenza che chiama in essere le aspettative sociali: non faccio ciò che ti aspetti se non fai ciò che mi aspetto. Potremmo anche dire che a un “no” segue un secondo “no”. A meno che non intervenga qualcosa che ferma la comunicazione (potrebbe bastare un semplice “far finta di nulla” e allontanarsi: lasciar passare del tempo; cambiare discorso; far finta di non aver capito, etc., ma potrebbe anche trattarsi di una violenza che “zittisce” l'altro!), questa catena comunicativa di No tenderebbe molto velocemente a generalizzarsi e, per così dire, a iper-integrarsi. Si generalizza, perché qualsiasi evento può essere usato per danneggiare il contendente; si iper-integra perché ogni no, attira un altro no, in una logica ferrea di esclusioni reciproche: una escalation annichilente. Il conflitto diventa un parassita del sistema da cui nasce e che tende ad assorbire al suo interno: un enorme buco nero che attrae ogni comunicazione annichilendola, tanto che la perdita del nemico potrebbe significare la perdita stessa del sé, come accade quando si perde dell'amante. Questa forma del conflitto spiega anche la facilità del suo inizio e della sua pervasività sociale. Ripetiamo: basta comunicare un no, e riceverne uno in cambio. La presenza potenziale dei conflitti è perciò massiva, continua e inestirpabile. Proprio perché i conflitti rappresentano l'altro lato del consenso (specialmente quello tacito) – ad ogni sì, può seguire un no – e proprio perché hanno una enorme capacità di assorbire l'attenzione e le energie delle parti in causa, la società deve poterli condizionare. La “soluzione dei conflitti” non è perciò il *telos* della società, esattamente come l'ordine sociale non è uno stato di calma piatta o di omeostasi: se tutti i conflitti fossero risolti – ancor di più se fossero vietati – la società non si allarmerebbe più e si metterebbe in pericolo da sola, isolandosi dal suo ambiente esterno ed interno. Mancherebbero le possibilità di istituzionalizzare un sistema immunitario.

Prima di introdurre il tema dell'immunizzazione, voglio sottolineare di nuovo la rilevanza del diritto rispetto a quella “potenziale” pervasività del

conflitto che sembra costituire per Luhmann il “negativo” da negare per poter parlare di ordine sociale. Siamo nel cuore del problema dell’ordine. In un saggio del 1985 Luhmann ne le basi teoriche per collegare i concetti di aspettativa, conflitto e diritto. Il punto di avvio è la necessità che comunicazioni possano collegarsi a comunicazioni. Per farlo occorre che il tempo – irreversibile – venga trattato in modo reversibile attraverso “aspettative” tipiche a cui rifarsi per comunicare una comunicazione. L’aspettativa, il potersi attendere qualcosa dagli altri (e quindi da sé anticipando l’aspettativa) può essere trattata in due modi: o cambiandola davanti a una delusione; o mantenendola ferma. Nel primo caso si ha cognizione, nel secondo normazione. Mentre cresce la complessità sociale, entrambe le aspettative devono crescere. Serve più cognizione e più normatività. In particolare, le società contemporanee molto complesse e differenziate per funzione, necessitano di una certa instabilità per rispondere alle sfide ambientali. Accelerazione sociale, flessibilità e incertezza vanno collegate. Come già spiegato le coppie concettuali costanza/mutamento e stabilità/instabilità vanno relate in modo peculiare. La costanza è raggiungibile mediante instabilità e il mutamento è atteso stabilmente. L’instabilità è definita come incertezza dell’aspettativa. Fino a che il sistema riesce a gestire in nodo equilibrato il suo rapporto con l’ambiente, questa instabilità è per così dire assorbita. Ma in certi casi può “degenerare”, per esempio quando spinge a “presentificare” il tempo non sapendo a cosa connettere una azione, oppure esondare in pura angoscia e bloccare l’azione stessa. Se l’incertezza diventa riflessiva (instabilità dell’instabilità), si corre il rischio dell’autodistruzione sistemica. Per Luhmann, invece, un modo di istituire un rapporto stabile con l’instabilità è proprio attraverso i “conflitti”. Da qui un *tour de force* teorico notevolissimo.

Punto primo. I conflitti stabilizzano strutture instabili. Lo fa perché i protagonisti del conflitto (Ego ed Alter) entrano in un gioco speculare e mimetico (Girard! Lacan!), diventando partner di un sistema ultrastabile. Basta un “No” e si introduce l’aspettativa che ci si comporterà di conseguenza, così che Alter faccia lo stesso. Ricordiamo che a “ogni” comunicazione è possibile dire “No”: il negativo è lo sfondo pervasivo e quasi invisibile della società. Qui sta la “doppia contingenza” dell’azione: ognuno deve ricordare che tutti possono agire altrimenti: una sorta di autoreferenza informale. Questo “doppio negativo” è la base per costruire l’ordine sociale. Esso può accadere in molti modi. Il conflitto è uno dei più sperimentati. Esso crea sistemi, stabilizza aspettative, assorbe incertezze. Lo fa così bene tende a diventare fine a sé stesso: diventa un potentissimo “attrattore” di ordine per così dire negativo; un duplicatore del doppio “No”. Quello che è utile per Ego è un danno per Alter, e viceversa: *tertium non datur*. Questa iperstabilità, però, provoca una sorta di regressione sociale, di isolamento dal resto della società. Chi è impegnato in conflitti, non fa altro. La società ha dunque bisogno di filtrare i conflitti. Lo può fare lasciandoli cadere nell’indifferenza o, se non si può,

attraverso il diritto. Dopo di esso, non rimane che il potere politico e/o la guerra per assorbire la sempre possibile violenza. Così il diritto produce e tratta conflitti. Punto secondo. E dunque i conflitti securizzano le aspettative, assorbono incertezza creando strutture di aspettative stabili sebbene negative, allora il diritto serve a reintrodurre incertezza. Lo fa introducendo un Terzo (un testo, un arbitro, un giudice) che rimette in gioco le aspettative e riapre la regressione duale alla presenza decisiva di una parte neutrale. Il Terzo discrimina, ma non si sa a favore di chi. La sua stessa presenza genera aspettative di comportamento più generalizzate di quelle duali del conflitto, più “obiettive”, e su cui Ego ed Alter possono “contare” anche in caso di volontà di uscire dal conflitto (senza perdere la faccia). Punto finale. Il conflitto allarma il sistema del diritto che interviene “esternalizzando” (il conflitto) in “temi”, suddivisi per situazioni diverse e capaci di dare soluzioni differenziate. Diritto, perciò, apre all’insicurezza il conflitto e lo sotto-tematizza in parti affrontabili. Solo così può estrarne “similitudini”, “tipi”, “fattispecie”, “generalizzazioni”, “comparabili e quindi riutilizzabili laddove altri conflitti vengano comunicati. Queste “generalizzazioni” sono equiparate da Luhmann agli anticorpi che “sentono” gli antigeni del conflitto.

Riassumendo. 1) Nella società vengono continuamente comunicati dei “no”, ma in quanto comunicazioni, essi sono solo eventi. Senza “sistematizzarli”, andrebbero persi mancando quindi di svolgere la loro funzione immunitaria; 2) a livello dei sistemi ciò che consente la creazione di legami tra elementi, è il “condizionamento” 3) i conflitti – contraddizioni comunicate – segnalando problemi, rappresentano il condizionamento degli eventi immunitari; 4) i conflitti, in quanto sistemi autopoietici, tendono a proseguire e la loro cessazione dipende dall’ambiente. Come avviene dunque che condizionando i conflitti, il sistema immunitario venga tenuto in allerta? In altri termini: quali sono le condizioni che permettono la riproduzione e il consolidamento dei conflitti? Come fare sì che qualcuno si incammini verso un conflitto, senza doversi preoccupare troppo delle conseguenze dell’attivarlo? Si badi bene che la domanda presuppone che il sistema immunitario, per essere funzionante, necessiti continuamente di essere attivato: i conflitti sono perciò necessari alla sicurezza del sistema che ne deve predisporre continuamente. Il dispositivo necessario è appunto quello del condizionamento che si presenta in due diverse modalità: 1) limitazione dei mezzi; 2) accrescimento di insicurezza sistemica. Il primo vieta, per esempio, l’uso della violenza (o del ricatto), permettendo al conflitto di svolgersi. In generale tutte le condizioni sociali che generano asimmetrie di potere troppo elevate, vanno disattivate, in modo tale che ognuno possa permettersi di iniziare un conflitto. Da qui anche la diversa forma che i conflitti prendono relativamente alla forma di differenziazione della società. Il secondo dispositivo si basa invece sulla inclusione di terze parti (all’inizio imparziali). Il Terzo serve a bloccare la polarizzazione-regressione dovuta alla dualità dei confliggenti (la loro

simmetria); inoltre, la possibilità di guadagnare il sostegno del Terzo, durante il conflitto, reintroduce incertezza spinge a una elaborazione meno decisa del conflitto. La figura del Terzo, già ben introdotta dal Simmel studioso del conflitto, è certamente all'origine di gran parte di quelle che potremmo chiamare "istituzioni del giudicare" o della regolazione dei conflitti e molti studiosi ne fanno la forma stessa del diritto (Supiot, 2006) I due dispositivi facilitano l'avvio di confitti (e di innovazioni) rendendo comunicabili più contraddizioni, ma lo fanno per così dire depotenziando la carica destrutturante dei no. Il no viene mantenuto alla stessa stregua del sì, anzi viene sostenuto dal sistema: ma, sebbene comunicato e quindi capace d'introdurre incertezza nelle aspettative (strutture) del sistema, non ne blocca l'auto-poiesi. Ciò, tra l'altro, rende possibile formare comunicazioni in assenza di consenso.

L'ultimo passaggio che serve a spiegare la riproduzione di un sistema immunitario riguarda la selezione dei conflitti. Sappiamo già che questi sorgono di continuo, ma che moltissimi poi svaniscono in modo quasi impercettibile. Esiste una enorme ridondanza di conflitti che sono a disposizione per il sistema immunitario, ma ancora non sappiamo come venga selezionato il potenziale conflittuale, il *non self* pericoloso. Luhmann distingue due strumenti quasi opposti di selezione di conflitti suscettibili di successo. Il primo è rappresentato di nuovo dal diritto, in particolare dal sostegno che questo dà a chi ha già posizioni economiche e di potere rilevanti. È infatti chiaro che queste posizioni ricche di risorse e garantite dal diritto, mettono in condizione di poter avviare – o di prepararsi a rispondere – a conflitti che difficilmente ci si attenderebbe di avviare da posizioni diverse. Allo stesso modo si capisce come la società moderna cerchi di mettere a disposizione di tutti il diritto a prescindere da posizioni di potere ascritte: "La Legge è uguale per tutti". Il secondo meccanismo per selezionare conflitti passibili di sviluppo è quasi opposto al primo perché opera a un livello molto più informale, sebbene organizzato: quello dei movimenti sociali. Qui Luhmann fa specifico riferimento alla società contemporanea che definisce "temporanea". In questo tipo di società altamente complessa egli evidenzia un nesso tra: 1) allentamento dei nessi di interpenetrazione tra sistemi sociali e sistemi psichici; 2) specificazione dei contributi richiesti per mantenere quella relazione; 3) produzione di effetti tramite cumolazione di effetti.

Il primo punto significa che con la Modernità si istituzionalizza l'individualismo e ciò significa che gli attori sociali, più di prima, attribuiscono alla propria identità personale le scelte e non, per esempio, a ruoli, status o posizioni sociali. Questo determina il fatto che ogni azione ora va meglio specificata, ogni legame motivato personalmente, ogni scelta deve riferirsi a "ragioni" peculiari e riconoscibili, ogni contributo individualizzato. Questo processo di detradizionalizzazione (e de-naturalizzazione) del mondo sociale, non può essere però sostituito solo da scelte individualmente attribuite: serve

qualcosa che agisca in modo più generale. Questo fatto è la “cumulazione di effetti”, cioè fatti sociali che emergono e scompaiono a un ritmo veloce e che – nella loro pervasività momentanea – attirano l’attenzione mediante “parole d’ordine”, slogan, etc., aggregando azioni e credenze. Il punto rilevante è che l’attrazione di queste tematiche riguarda, simultaneamente, sia un impegno molto personalizzato sia la mancanza di sostegno strutturale permanente. Ne deriva che la cumulazione di effetti (la creazione di fatti sociali temporanei) genera altri effetti (l’impegno e il disimpegno nei loro riguardi), tendenzialmente non prevedibili e governabili. La società tratta questa fenomenologia mediante una speciale modalità di auto-osservazione definita “movimento”. Per mezzo dei movimenti la società entra in risonanza con l’enorme massa di contraddizioni che emergono, permettendo una gestione *ad hoc* dei conflitti che ne derivano (potenzialmente). Così come il diritto agevola la selezione di conflitti passibili di sviluppo, così fanno i movimenti comunicando inquietudini, critiche e, soprattutto, proteste capaci di mettere in allarme il sistema sociale. Ancora una volta il No, la negazione, il negativo, non funzionano come dispositivi di esclusione, bensì come meccanismi immunitari che davanti alla difficoltà di connettere la comunicazione a strutture sociali, la preserva rinunciando alla sicurezza strutturale. E poiché normalmente la riproduzione sociale avviene in base a strutture di aspettative, le istituzioni immunitarie ne garantiscono l’autopoiesi anche quando questa normalità è fortemente irritata.

2.3.4 Non solo diritto: breve excursus sul sistema immunitario sociale

Il sistema immunitario della società non si limita al diritto. È possibile che Luhmann avesse in mente una vera e propria teoria da arricchire con esempi. Nei suoi lavori fa riferimento alle istituzioni immunitarie in modo piuttosto asistemico, con l’eccezione del capitolo de i “Sistemi sociali” che abbiamo lungamente analizzato e, nel capitolo dedicato a “Individualità dei sistemi psichici” dove i sentimenti sono equiparati al sistema immunitario della psiche. Il rapporto tra movimenti sociali e diritto è però esemplificativo della possibilità di pensare a un sistema immunitario molto più stratificato, multilivello e capillare: esattamente quello che le ricerche più recenti mostrano in campo biologico. È infatti evidente che, solo per aprire una finestra su questo campo di indagine ancora poco sviluppato, i movimenti solitamente intercettano molto prima del diritto le contraddizioni sociali. Hanno una capacità enorme di percepire il *non self* e di filtrarne la pericolosità o meno. Il diritto interviene dopo, se il movimento è riuscito a portare un tema di contraddizione a livello di conflitto che richiede l’intervento di una terza parte che giudichi. Ma abbiamo anche visto che gli stessi codici dei diversi sottosistemi sociali svolgono una funzione di filtro e di discriminazione tra

eventi comunicabile nel sistema o meno. E che, ancora prima, la capacità di trasformare un “evento” in una comunicazione è il filtro che rende qualcosa attenzionabile a livello sociale³². In ognuno di questi livelli – trasformazione di un evento in comunicazione; diffusione della comunicazione mediante mass media; codificazione della comunicazione da parte dei sottosistemi sociali; protesta nei confronti di qualcosa; intervento del diritto per trasformare un potenziale scontro pericoloso in un conflitto giuridicamente trattato – si marca una distinzione tra *self/non self* capace di allarmare la società.

Potremmo quindi ipotizzare che il sistema immunitario della società è multistratificato e procede per meccanismi di specificazione che trattano la distinzione *self/non self* in modo diverso a seconda della pericolosità del *non self*, ribadendo che il pericolo finale è il blocco dell’autopoiesi comunicativa. Occorre quindi sempre distinguere tra la capacità che ha la società di allarmarsi a diversi livelli, utilizzando la comunicazione come meccanismo di auto-irritazione e di percezione della differenza *self/non self*³³. Non è lo scopo di questa riflessione provare a sviluppare in modo più complesso le intuizioni di Luhmann, ma è chiaro che questo lavoro andrebbe svolto. Mi limito dunque a riepilogare i luoghi teorici dove Luhmann ha elaborato l’idea di immunologia, cominciando con i sistemi psichici (quindi uscendo per un momento dal sociale).

i) Emozioni. Secondo Luhmann il “sentimento” si attiva in un accoppiamento tra percezione fisica (di un esterno o di un processo interno) e l’elaborazione psichica, proprio quando l’autopoiesi della coscienza è in pericolo. Qualcosa – di non ancora compreso – sorprende (irrita) la coscienza: un mafore appena percepibile (una extrasistole!); un passo falso; un rumore nella notte; un giramento di testa; un formicolio in un arto. Ma potrebbe anche trattarsi di “sentire delle voci”, oppure di uno stato di ansia generalizzato. La

³² Per esempio, prima che il virus Covid19 venisse comunicato, nel sottosistema sanitario e poi mediante i mass media al resto della società, il virus è circolato realmente nella società: soltanto che questa circolazione – e i suoi effetti – non erano socialmente esistenti. E sappiamo da tempo che vi sono alcuni problemi esistenti, per esempio quello di una bassa fertilità in certe zone del mondo – che però non sono ancora diventati temi di comunicazione sociale abbastanza forti da diventare problemi sociali.

³³ Semplicemente riprendendo da https://it.wikipedia.org/wiki/Sistema_immunitario: Il sistema immunitario protegge gli organismi dalle infezioni grazie a una difesa di più livelli di crescente specificità. In termini semplici, le barriere fisiche impediscono agli agenti patogeni, come batteri e virus, di entrare nell’organismo. Se un patogeno supera queste barriere, il sistema immunitario innato fornisce una risposta immediata, ma non specifica. Il sistema immunitario innato si trova in tutte le piante e gli animali. Se patogeni eludono con successo anche la risposta innata, i vertebrati possiedono un secondo livello di protezione, il sistema immunitario adattativo, che viene attivato dalla risposta innata. Qui, il sistema immunitario adatta la sua risposta durante l’infezione migliorando il riconoscimento del patogeno. Questa migliore risposta viene poi mantenuta dopo che il patogeno è stato eliminato, in forma di una memoria immunologica, permettendo così al sistema immunitario adattativo di rispondere più velocemente e più efficacemente ogni volta che incontrerà nuovamente questo patogeno.

sorpresa si attiva in contrasto a una aspettativa del sistema psichico e non tanto alla “realtà” esterna (o interna), almeno in un primissimo momento. Ci si aspetta un battito cardiaco regolare (lo si è imparato nel tempo), e non lo è: ci si aspetta di digerire senza problemi, ma accade il contrario; ci si attende un dialogo “interiore” controllato dal *self*, ma si sentono voci estranee. La coscienza – strutturata in memoria di “realtà” – non trova appigli strutturali e la sua autopoiesi entra in difficoltà. Non si hanno risposte pronte; mancano le certezze date per scontate; le strutture di aspettative non assorbono l’incertezza. Il pericolo è entrare nel panico; pericolo di *crash* delle strutture psichiche, per esempio di regressione a uno stato di percezione non strutturata in pensieri³⁴. A questo punto, al posto delle strutture connettive usuali, subentra appunto il sentimento come «procedimento semplificante di discriminazione» (Luhmann, 1990, 435) che consente di reagire e di decidere senza badare alle conseguenze. Non si ha tempo di tematizzare quello che accade e neppure di comunicarlo: il sistema psico-fisico viene inondato di stimoli e deve reagire internamente a questo profluvio in modo immediato, pena perdere la connessione di pensieri e percezioni. Il sistema psichico utilizza la via inusuale del sentimento per continuare l’autopoiesi: si prende paura e si urla! Ci si angoschia del dolore al petto, ma si reagisce chiamando il familiare. Si capita in una situazione imbarazzante e ci si mette a ridere. Si esperisce amore e si bacia qualcuno. Questa via traversa del sentimento viene poi semantizzata socialmente mediante un catalogo di “emozioni” che servono alla comunicazione e a tornare al livello sociale del senso³⁵. La società mette infine a disposizione semantiche e temi di comunicazione tipizzati (Ehrenberg 1999; 2010; 2019) – che possono circolare e “popolarizzarsi” mediante mass media – fino a rendere possibile una ampia cultura del *self help* (Cabanas e Illouz 2018).

ii) Ironia. Altri riferimenti vanno a forme che non attribuiscono una contraddizione allo scambio comunicativo tra un Ego e Altri, bensì alle intenzioni stesso dell’emittente (che sia una persona o una organizzazione, non fa la differenza). Una forma di auto-contraddizione molto elaborata come l’ironia, per esempio, dove il contenuto della comunicazione (il suo senso intenzionato) è contraddetto dalla sua forma comunicativa (la frase che contraddice l’intenzione: sei molto gentile, davanti a qualcuno che ti urlando contro in modo violento). L’autocontraddizione è utilizzata per continuare a comunicare con gli altri, senza però prendere una posizione precisa. In un certo senso si prende tempo in attesa che le cose si chiariscono, oppure non si chiarisce apposta la propria intenzione per post porla o tenersi aperte diverse alternative. Anche in questo caso, l’aspettativa usuale che contenuto e forma siano

³⁴ Chiunque abbia sperimentato una cosiddetta “crisi di panico”, il che sembra ormai molto normale, sa che la prima “sensazione” è quella di una perdita completa di controllo psichico e fisico, con conseguente incapacità di reazione.

³⁵ Per la differenza tra sentimenti ed emozioni si veda la parte terza di: Archer (2007).

coerenti (serietà per contenuti seri; comicità per contenuti divertenti; autenticità per contenuti profondi, etc.) si dimostra troppo rigida e la si decostruisce per tenersi aperte almeno due strade (si potrà ritornare sul contenuto o sulla forma, modificandoli in termini di coerenza): ironizzando si continua l'autopoiesi comunicativa senza bloccarsi davanti alla struttura coerente che limiterebbe troppo le proprie *chances* e che vorrebbe sempre che ognuno comunicasse ciò che pensa in modo chiaro e preciso. Non è un caso che spesso l'ironia rappresenti una strategia individuale o organizzativa per rendere incerto il futuro e sfruttare questo rimanere in uno stato oscillatorio, tenendosi aperta la possibilità di cambiare modalità comunicativa (tornare seri) al momento opportuno. La famosa frase di Groucho Marx "Non vorrei mai far parte di un club che accettasse tra i suoi soci uno come me", detta davanti a chi gli chiede di entrare a farne parte, permette di comunicare senza prendere posizione, ma neppure senza dire di no. Altri esempi li troviamo nella comunicazione ipocrita delle organizzazioni o nel loro "talk" (Brunsson 2007; Luhmann 2005) e, più in generale, in forme di comunicazione che Andersen chiama "anti-strutturali".

iii) Ipocrisia. Nils Brunsson (2002; 2007) presenta una modalità di immunizzazione tra le più interessanti almeno a livello organizzativo. Il presupposto teorico è che noi Occidentali siamo abituati a pensare in termini dicotomici di corpo/mente, materia/spirito e azione/idee. In particolare, idee e azioni sono pensate come distinte, ma collegate (sia normativamente che effettivamente): le une possono e dovrebbero riflettere le altre. Quando pensiamo a individui e a organizzazioni, se le pensiamo come razionali, ci immaginiamo che le idee controllino le azioni e che queste implementino in modo coerente le idee. Nel caso delle organizzazioni, per coordinare idee e azioni dei diversi membri, interviene la comunicazione. I membri sono quasi sempre posizionati in ruoli diversi che possiamo distinguere tra decisori e attori. Potremmo sintetizzare che siamo di fronte al tipico modello Principale-Agente. I primi devono però comunicare e legittimare le loro decisioni, rendendole comprensibili, ragionevoli e sensate davanti a diversi pubblici (*audiences*). Solo così si raggiunge quella coerenza che rende possibile ai decisori di presentare le azioni degli attori come implementate per il bene dei pubblici. Il problema è che questo controllo delle idee sulle azioni e questa coerenza tra decisione e atti, non è per nulla semplice da costruire. Tre sono i problemi: 1) in certe situazioni quello di cui si parla non si può fare e quello che si fa non si può dire (problema di coerenza); 2) le idee possono avere più o meno forza delle azioni (problema di controllo); 3) le idee possono apparire e scomparire più velocemente delle azioni (problema del collegare coerenza e controllo).

1) Coerenza. Nelle organizzazioni la definizione delle idee (e poi delle decisioni) è pensata entro un contesto di comunicazione aperto, veritiero e rendicontabile. Soprattutto si presume che ciò che viene ideato (e poi deciso) sia

quello che poi si farà o si vorrà fare. Spesso, invece, queste presunzioni sono infondate. Molto spesso le idee sono “espressive” di valori e identità. Cose “buone da dire” in pubblico per presentarsi in un certo modo. Ma, molte di queste cose facili da dire, non sono realizzabili. A volte mancano le conoscenze per implementarle. Altre volte le idee sono più facili da dire che da realizzare. L’azione costa tempo, denaro, sforzi, risorse, etc. Le idee inoltre possono essere interpretate in modi molto diversi, tanto che la loro realizzazione si blocca davanti a possibili implementazioni. Inoltre, e spesso, vincono le idee più interessanti e non quelle realizzabili. In sintesi, la comunicazione delle idee, nelle organizzazioni, risponde a una logica di “espressione” che spesso collide con quella “strumentale” delle azioni.

Lo stesso vale a contrario: molte cose possono essere fatte, ma è meglio tacerle. Per esempio, molte cose provocherebbero imbarazzo e conflitti se comunicate, quindi è più economico farle trovare già realizzate. Tenere tutto nascosto previene dal mettere in discussione la coerenza tra valori e fatti. Più in generale esiste sempre una certa tensione tra verità e pratica. Ci sono alcuni valori socialmente dati per scontati che tutti sanno non essere realizzati e che quindi vengono lasciati in una zona grigia di quasi realtà. Esempio: La Repubblica italiana è (...) basata sul lavoro! Ciò può provocare un effetto di indifferenza reciproca tra chi parla e agisce. Ognuno fa il suo senza chiedersi più se esista una coerenza.

2) Problema del controllo. A società moderna, attraverso le sue organizzazioni, permette in modo molto elevato una separazione di ruolo tra chi parla e chi agisce. Se questo facilita la vita delle organizzazioni, soprattutto mediante le pratiche della decisione, pone un enorme problema di controllo delle idee sulle azioni. Ciò accade soprattutto perché nella normalità dei casi sono gli attori, chi implementa, ad avere il potere, le conoscenze e le risorse, per controllare l’azione. La vecchia barzelletta del marito che in casa decide su che posizione prendere rispetto ai temi della guerra e della pace mondiale, mentre la moglie decide come spendere i soldi e in che scuole mandare i figli, esemplifica il fatto. In generale gli attori predispongono le cose in modo che i decisori vedano la realtà come loro vogliono che la vedano.

3) Problema del tempo. Solitamente le idee appaiono e scompaiono più velocemente delle azioni: persone e organizzazioni cambiano opinione acquisendo nuovi punti di vista; sono più sensibile a certi tempi in certi momenti; l’attenzione dipende da una miriade di fattori. Le azioni, a contrario, vengono abitualmente radicate in strutture e routines che le mantengono abbastanza stabili; deve passare tempo prima che si mostrino le conseguenze e altri tempo prima che l’attore decida di cambiare modo di agire anche in presenza di nuove informazioni. Questa diversa temporalità genera problemi di sincronizzazione. Per esempio, si può cominciare con una idea e mentre l’azione cerca di implementarla, cambiare opinione. Oppure la stessa idea può dimostrarsi meglio realizzata se nel processo si cambia l’implementazione.

Secondo Brunsson esistono però altri modi di relazione tra azione e idee, oltre a controllo e coerenza: la “giustificazione” che risolve parte del problema della coerenza, e l’“ipocrisia” che risolve parte del problema del controllo. Giustificare significa che le azioni pianificate o realizzate sono difese per convincere che siano quelle giuste. Qui si tratta di allineare le idee alle azioni diversamente dalla concezione che le idee guidino le azioni. Si guadagna coerenza, perdendo di controllo (nel senso che ora sono azioni a controllare le idee). In realtà accade spesso che nei processi di giustificazione, soprattutto quelli dove sono implicati numerosi Principali e Agenti, si perda il senso del controllo che diventa molto “circolare”. Ogni caso affinché la giustificazione funzioni, occorre un alto grado di flessibilità sia nelle idee che nelle azioni. La strutturazione delle due deve lasciare spazio a una maggiore libertà di mutamento. Potremmo dire che il dover “giustificare” una azione segnala la presenza di una potenziale contraddizione con l’idea che si presumeva dovesse guidare l’agire. Giustificarsi permette dunque – di fronte a un possibile blocco della comunicazione tra ideatori e attuatori che si trovano disallineati rispetto a una aspettativa di coerenza – di perseguirla in un modo diverso. Ma accade spesso che le organizzazioni agiscano in modi che non è utile comunicare. Qui la strada della giustificazione è sbarrata perché quello che è fatto non va detto: è qui che entra in gioco l’ipocrisia.

Le organizzazioni possono infatti decidere di comunicare idee incoerenti con le azioni. La strategia dell’ipocrisia è basata sul compensare la mancanza di giustificabilità di una azione, mediante quello che Brunsson chiama un “*Talk*” che va in direzione opposta (comprese anche le decisioni). Si tratta di una opzione fondamentale laddove occorra comunque agire senza poter guadagnare sostegno dal pubblico rilevante. L’esempio più eclatante è quello dei governi (per esempio) di sinistra che fanno politiche di destra, impegnandosi però in una *Talk* che sottolinea il loro progressivismo (e viceversa, per i governi di destra). I pubblici danno molta importanza ai *Talk* (e alle decisioni), oltre che alle azioni. Ciò spiega, per esempio, come le campagne elettorali siano sempre meno coerenti con le azioni dei governi poi eletti. Durante la campagna, conta il *Talk* (show). Poi si troveranno scuse e giustificazioni per spiegare perché non si è riusciti a realizzare i programmi comunicati. I pensi a questo ulteriore esempio: un modo semplice per far accettare, nel presente, eventi negativi (più inquinamento, più tasse, più burocrazia, etc.) è di “dire” che il giorno dopo cominceranno le riforme per cambiare direzione. I vantaggi dell’ipocrisia sulla giustificazione sono enormi. In primo luogo, l’ipocrisia separa ciò che può essere detto e ciò che può essere fatto. Ciò che ha senso dire, lo si dice, anche se non condurrà all’azione. In seconda battuta la catena del controllo è orientata nel modo corretto, laddove le idee controllano i *Talk* e le decisioni. Terzo, viene generata una certa coerenza non tra idee e azioni, ma tra idee, *Talk* e decisioni. Quarto e paradossalmente: l’ipocrisia ha più forza morale della giustificazione! Meglio presentare idee giuste,

senza realizzarle, che giustificare azioni sbagliate. Fine l'ipocrisia è estremamente flessibile perché permette a diverse opinioni di riflettersi in diversi modi (*Talk*, decisioni e azioni); consente maggiore destrutturazione e possibilità di contraddizioni nel *Talk* e nelle decisioni che non devono essere implementate; laddove le idee delle parti siano inflessibili, permette comunque di agire senza perdere tempo in opere di convincimento.

L'ipocrisia nelle organizzazioni (ma anche a livello individuale) si presenta perciò come una istituzione immunitaria. Viene utilizzata quando una contraddizione tra il dire e il fare potrebbe diventare un problema e bloccare l'autopoiesi comunicativa del sistema. Qualcuno potrebbe rifiutarsi di continuare la comunicazione e ritirarsi; altri potrebbero accusare il *talker* di essere insincero e truffaldino, etc. L'aspettativa normale è che si faccia quello che si dice e viceversa. Questa è la struttura "normativa" data per scontata per organizzazioni e individui. Accade però che una azione, un evento, non si connetta a quella struttura. Una comunicazione collide contro una seconda comunicazione. Ci si può imbarcare in lunghi processi di giustificazione, ma quando le idee non sono allineabili alle azioni, allora per evitare il blocco del sistema rimangono tre strade: ritirarsi dalla comunicazione, innescare un conflitto, o essere ipocriti. Così Brunsson «Hypocrisy is a way of handling situations when what is said cannot be done and when what is done cannot be talked about. Hypocrisy means that we can continue to talk about things that can be talked about and do things that can be done. What can be said is not limited by what can be done, and vice versa» (2007, 124). Come si vede l'autopoiesi del sistema "organizzazione" continua anche se le comunicazioni sono contraddittorie. La contraddizione tra idea, decisione e azione potrebbe bloccare la comunicazione, mettendo l'organizzazione in una situazione di stallo e di incertezza assoluta. La risposta è l'ipocrisia. L'organizzazione si immunizza dal blocco mediante l'ipocrisia che permette comunque di comunicare. In molti casi l'ipocrisia è osservata, ma non si danno possibilità di contrasto. In altri casi, invece, l'osservazione porta a una comunicazione critica che potrebbe portare al crollo reputazionale dell'organizzazione. La risposta è, però, di nuovo immunitaria. L'organizzazione comunicherà (*Talk*) che l'unica funzione del comunicare e del decidere è quella di creare una azione coerente (nel futuro). Passerà dunque a una posizione di meta-ipocrisia dove il messaggio sarà che essa non è ipocrita mentre lo è. Maggiore è la rilevanza che la comunicazione (*Talk*) ha, maggiore il contenuto sarà quello di enfatizzare che la cosa più rilevante è l'azione e che il resto è solo preparatorio a questa. In ogni caso una struttura di aspettative coerente – che dire e fare siano allineate – viene contraddetta: invece che mantenere questa rigidità (o, nel caso estremo, invece che smantellare l'aspettativa) la si rende *loose* permettendo alla comunicazione di continuare in modo ipocrita.

iv) Destruire. Una ultima riflessione sulle istituzioni immunitarie della società ci è fornito da Andersen e Stenner (2019). I due pensatori elaborano la loro proposta riprendendo la teoria luhmanniana. I sistemi immunitari servono a proteggere i sistemi da contraddizioni che irritano le loro strutture di aspettative, quando esse non sono adeguatamente condizionate (per esempio mediante il diritto). La novità sta nell'introdurre il concetto di "tecnologie di potenzializzazione" come mezzi di immunizzazione che rispondono alle rigidità strutturale dei sistemi sociali (compresa quella del diritto). Tre sono i temi in questione: 1) il crescente problema della rigidità delle strutture sociali; 2) la necessità di destrutturarle per permettere ai sistemi di sfruttare maggiormente le loro potenzialità; 3) i rischi connessi a questa immunizzazione che non riesce a discriminare tra strutture produttive e improduttive.

Il primo punto è il più semplice da chiarire. In una società che vede le sue strutture temporali "accelerarsi" – il che significa la complessità aumenta sempre più velocemente – le strutture sociali (cioè le limitazioni ai collegamenti tra elementi) tendono ad invecchiare altrettanto velocemente. Potremmo dire che la prima accelerazione degli anni Settanta – che riguardò soprattutto strutture economiche – portò alla elaborazione della cultura *Just in Time* un primo tentativo di riconsiderare il senso stesso della strutturazione. Quasi mezzo secolo dopo – dopo la crisi della programmazione, dello strutturalismo, delle grandi narrazioni, della solidità che svanisce nell'aria e dopo tutte le esagerazioni sulle liquefazioni sociali che hanno paradossalmente rappresentato le nuove grandi narrazioni – si è cominciato a teorizzare la funzione delle strutture in modo più adeguato questo ha cambiato anche il concetto di immunità. Lo stesso Luhmann ridefinisce il concetto di struttura insieme a quello di evento³⁶. Struttura è un requisito per l'autopoiesi dei sistemi, cioè per permettere che un evento si colleghi a un altro. E gli eventi sono occasioni reali momentanee che appaiono e scompaiono nel presente e che, quindi, necessitano di essere collegate per non sparire senza lasciare traccia. In società gli eventi sono comunicazioni e le strutture "aspettative di aspettative" (limitazionalità). Senza strutture, gli eventi rimangono fenomeni atemporali, quindi destinati all'oblio: senza eventi, le strutture non vengono attivate e messe in azione. Luhmann parla in specifico di reciproca possibilizzazione. Questa concettualizzazione serve per uscire dalle secche dello "strutturalismo" e dello "struttural-funzionalismo" dove delle strutture conta la stabilità o l'omeostasi; occorre invece passare a una teoria "funzional-strutturalista" dove il problema è quello di permettere un passaggio da evento a evento entro un contesto strutturato. È allora chiaro come la strutturazione abbia un rapporto ambivalente con la stabilità: da un lato servono limiti (cioè selezioni) alla connettibilità, perché non ogni evento può essere connesso ad

³⁶ Si veda il fondamentale e sottovalutato capitolo "Struttura e tempo" in Luhmann (1990).

ogni altro (serve una riduzione di complessità); dall'altro questa limitazionalità deve continuamente rimanere aperta alla ristrutturazione, al mutamento, per non diventare un vincolo troppo stringente.

Questa ambivalenza riguarda il nesso tra attualità e potenzialità. Essendo le strutture dispositivi limitazionali (selezioni), ciò che non è attivato (escluso) rimane in potenza. Proprio per questo le strutture limitano la connettibilità, rendendo però possibile un orientamento ordinato. Come abbiamo già lungamente discusso, questa virtualità (esclusa) rimane (in latenza) a disposizione come potenziale di ciò che è attuato. A livello sociale rimangono presenti e disponibili le potenzialità non attuate, o almeno quelle socialmente "plausibili". Si era deciso in un modo, ma si torna sulla decisione: si era organizzato il magazzino in un modo, ma lo si riorganizza; si era andati alle feste sempre vestiti in modo sportivo, ma alla prossima si vorrà essere eleganti; si era scelta una certa strategia difensiva in tribunale, ma si è scoperta una giurisprudenza più adatta al caso, etc. Queste potenzialità non attuate, ma attuabili, potremmo anche dire questa ridondanza non attivata, rappresenta uno stock di possibilità estremamente importanti che potrebbero rivelarsi più adatte a limitare il sistema di quelle attualmente selezionate. È il tema della "potenzializzazione" del sistema, cioè della necessità di selezionare sempre in modo tale da tenere aperte nuove possibilità: è di nuovo il tema di un negativo che non esclude ciò che esclude. Ma come fa il sistema a reagire alla troppa strutturazione? Come accade che il sistema si attivi contro le sue strutture obsolete? È qui che Andersen e Stenner introducono il tema della immunizzazione.

Il punto da sottolineare è, di nuovo, che i meccanismi immuni non proteggono il sistema da pericoli esterni in modo "immediato": il sistema, infatti, non ha accesso diretto al suo ambiente (e viceversa). L'immunizzazione funziona invece dall'interno: crea mezzi sistemici per proteggere l'autopoiesi. Non protegge direttamente la struttura del sistema, bensì l'autopoiesi. In tal senso l'immunità è sempre auto-immunità. Ciò significa abbandonare la rappresentazione dei dispositivi immunitari intesi come parti (strutture) del sistema che difendono dall'esterno. Questa immagine si rileva sbagliata, nel momento in cui si scopre che i topi di laboratorio – isolati dall'ambiente – sviluppano comunque un sistema immunitario normale (Varela 1979; 1985). Secondo Varela il sistema immunitario non funziona come una barriera sistemica di anticorpi che distruggono antigeni provenienti dall'esterno. Questa è la tipica visione del negativo che esclude, distruggendo l'altro. Invece quel che accade è molto diverso. Il sistema, attraverso una rete autoriprodotta di anticorpi, distingue tra un centro e una periferia immunitaria, dove nel centro (un *network*) gli anticorpi rispondono in modo tollerante e inclusivo rispetto agli antigeni (quella esclusione inclusiva di cui abbiamo detto), mentre la periferia attacca in modo più libero gli elementi problematici. L'immunità serve a potenziare l'autopoiesi e a liberarla da elementi che

non troverebbero connessione o ne troverebbero una troppo strutturata. La “percezione” (osservazione) della problematicità degli antigeni è una costruzione del sistema, mai un fatto immediato. Per tale motivo le reazioni immuni sono sempre autoimmuni: la alterità è costruita come “interferenza”, “disturbo”, “irritazione” della autopoiesi sistemica. Quando poi la irritazione arriva direttamente dalla strutturazione del sistema, l’autoimmunità diventa evidente. Sebbene le strutture servano l’autopoiesi in quanto facilitano la connessione tra gli elementi, può accadere che quella funzione diventi problematica: se così è, scatta un allarme immunitario. Può infatti succedere che le stesse strutture che securizzavano l’autopoiesi, diventino il problema e così comincino a irritare l’autoriproduzione del sistema. Per esempio, la struttura feudale dell’Europa del XV secolo entra in contraddizione con lo sviluppo di una società basata su un salariato che necessita di un mercato del lavoro formalmente libero (Castel 2019).

Qui entriamo nel terzo problema sollevato da Andersen e Stenner. Potremmo dire che ogni struttura sociale ben stabilizzata, può diventare un fattore di nuova irritazione per sistemi che necessitano di rimanere molto flessibili e mutevoli. Il diritto, come sistema immunitario della società – è un ottimo esempio. La sua incoercibile e incontrollabile ipertrofia; una giurisprudenza ormai individualmente intrattabile in quanto non memorizzabile e gestibile (e che ormai necessita di Intelligenza artificiale per essere ordinata); le continue contraddizioni che emergono dal corpus di Leggi e norme ad ogni livello; i principi di responsabilità oggettiva o i principi di precauzione che (per fare solo due esempi) divengono parte del diritto generando una contraddizione tra la sua istituzionalizzazione e le necessità di cambiamento (Tosini, 2021), etc., lo trasformano in una struttura sociale troppo rigida e problematica. Potremmo dire che il sistema immunitario della società, si struttura troppo, reagendo in modo inappropriato (o troppo o troppo poco; o troppo lentamente o troppo velocemente, etc.) alle sfide che irritano il sociale.

Anderson riprende il concetto di “tecnologia” da Luhmann, generalizzandone il significato. Una tecnologia è un qualsiasi dispositivo che raggiunge ripetutamente, e in condizioni di applicazione diverse, un effetto desiderato. Una tecnologia ha la forma specifica dell’operare con la differenza tra “complessità ridotta di relazioni causa-effetto ripetitive” e “relazioni causali non ancora determinate”. Esistono due tipi di tecnologia: una strutturante e una liminalizzante. La prima tende a rendere standard, prevedibile e ripetibile qualcosa (o qualcuno): ne riduce le possibilità dandogli una forma precisa. La seconda cerca di creare diversità e tende ad aprire nuove possibilità ampliando la variabilità. Liminal è qui pensato proprio come il contrario di strutturante, nel senso per esempio dei riti anti-strutturali descritti da Victor Turner (1972; 1993): riti che servono a passare da una struttura a un’altra, sospendendo la prima per lasciare spazio alla seconda. L’apertura di possibilità di queste tecnologie funge quindi da sistema immunitario che reagisce

a strutture sociali troppo rigide. Il dispositivo opera con una logica negativa di questo tipo: 1) dice “no” a una struttura troppo rigida; 2) questo è quindi concepibile un “no a un no” (a una struttura limitante); 3) questo “no riflessivo” ha un carattere performativo specifico e 4) è un “no” generale alla struttura. Il primo “no” comunica una contraddizione. Per esempio, si osserva che una riforma del mercato del lavoro (della sua struttura di opportunità), finalizzata ad aprirlo a più lavoratori, produce un sistema duale dove alcuni sono più insiders garantiti e altri outsiders precari. La riforma genera una contraddizione tra finalità e risultato. Questa contraddizione viene osservata da qualcuno e diventa tema di comunicazione. Se un qualche attore sociale la comunica con un “No!” allora diventa un conflitto. Questo No! può non avere solto una valenza negativa, di critica frontale alla struttura. Può invece essere inclusa in una comunicazione positiva, una agenda di nuove riforme, per esempio, che spingono a immaginare un nuovo mercato del lavoro. Si tratta di una critica affermativa o ricostruttiva che, dopo aver detto No! non si ferma a quello, ma dice No!, al solo uso negativo della negazione. Questa riflessività della negazione ne potenzia la forma performativa. In un certo senso il “doppio no”, sospende il giudizio sulle strutture attuali della società, duplicandole – una volta come negazione e una seconda come prospettiva – entro uno spazio immaginario che non si scontra direttamente con il reale, guadagnando tempo per possibili cambiamenti. Infine, a differenza del sistema immunitario del diritto, quella logica potenzializzante afferma un No! generalizzato alle strutture chiamando in causa una azione di riforma complessiva. Operando in questo senso, la potenzializzazione non fa differenza tra strutture positive e negative, rischiando così di destrutturare il sistema in modo incontrollato. I processi di auto-immunizzazione possono essere definiti proprio come quelli che reagiscono sia ai pericoli “esterni” sia che attaccano le strutture interne di difesa. Tornando al nostro esempio, il rischio sarebbe quello che venga abolita ogni messa in forma del mercato del lavoro per liberalizzarlo del tutto, con conseguenze sociali distruttive. Sarebbe come voler avere *flexibility without security* e non una nuova struttura di *flexsecurity*. In tal senso esiste una auto-immunità positiva che nega le negazioni depotenzializzanti delle strutture sociali ormai inadeguate. Il sistema immunitario potrebbe attivarsi anche nel caso che la strutturazione venisse rifiutata in toto. Dipende da come viene interpretato il pericolo interno. Il punto rimane però uno: come sostenere la potenzializzazione del sistema che nega la negatività delle strutture, senza distruggere ogni forma di strutturazione che porterebbe alla connettibilità di tutto con tutto, cioè al caos.

2.3.5 Re-immaginare la società: i movimenti sociali come sistemi di allarme capillare

In questa riflessione sulle forme immunologiche, un campo di analisi prende sempre più forza, almeno dal 1984 in avanti: quello dei movimenti sociali. Luhmann sembra incontrare i movimenti sociali preso alla sprovvista³⁷. In numerosi momenti sembra avvertire un doppio imbarazzo: 1) come definirli non essendo includibili né nei tipi sistemici dell'interazione né in quelli dell'organizzazione; 2) come spiegarne la genesi e soprattutto la "fortuna" visto che non sembrano catalizzarsi in un sottosistema sociale particolare. Rispetto al primo problema la questione è data dal fatto che i movimenti sociali non operano né solo né principalmente mediante decisioni (bensì mediante motivazioni e impegni); non includono solo membri (ma anche simpatizzanti, sostenitori e aderenti, necessitando di attirarne nuovi continuamente). Certo anche i movimenti possono organizzarsi o prendere la forma organizzativa, ma questo non li definisce. Neppure sono sistemi interattivi, basati sulla mera presenza di individui: *Greenpeace* è attiva anche quando i suoi membri non sono in presenza, per esempio comunicando le sue idee mediante siti. Certamente la performance dello *stand off* così come delle manifestazioni e dei "colpi a sorpresa" sono utili alla comunicazione della protesta (e fortemente cercati dal mass media), ma non esauriscono il movimento. La sua unità non può essere rintracciata né in decisioni (organizzazioni) né nella presenza (interazione). Viene invece definita dalla "forma-protesta" che, in un certo senso, svolge la stessa funzione dei codici nei sottosistemi sociali³⁸; catalizzare la comunicazione sociale dispersa, in un circolo ricorsivo sistemico. La forma ha sempre due lati: *coloro che protestano/contro chi si protesta*. La tecnica di organizzazione del movimento è quella del tracciare un confine "dentro" l'unità sociale, ma "contro" di essa (Luhmann, 2017b, 154). Chi protesta è dentro alla società, ma la osserva cose se potesse starsene all'esterno: i materiali comunicativi che vengono condensati nella protesta provengono dalla "periferia" dei poteri sociali – da chi non si sente sufficientemente *established*, da chi non è contento dei decisori – e va verso il "centro", in questo caso verso i sottosistemi sociali funzionalmente differenziati, nelle organizzazioni dove si prendono le decisioni. La comunicazione della protesta segue sempre più spesso la distinzione decisori/coinvolti (rischi/pericoli), laddove i primi possono controllare quello che fanno, mentre i secondi non possono che venire colpiti dalle decisioni

³⁷ In una bella intervista con Hellmann, che faceva il punto sulla ricerca sui movimenti sociali, Luhmann addirittura a un certo punto afferma: «Devo rileggere le mie vecchie cose per vedere se mi contraddico» (2017b, 187).

³⁸ Con protesta Luhmann intende basicamente i "temi" contro cui/verso cui si comunica, ma si potrebbe generalizzare al tema della mobilitazione di aderenti *contra* qualsiasi altra cosa. I movimenti hanno quindi una funzione polemica.

dei primi³⁹. La protesta è quindi spesso sovra codificata dal codice morale, nel senso che chi protesta si sente sempre dalla parte del giusto e soprattutto non si sente responsabile della società che critica. Potremmo anche dire che la protesta è un parassita della differenziazione funzionale e che si nutre, paradossalmente, del suo ospite. Se la protesta cambia le cose (uccide l'ospite), allora anche il movimento muore. Il successo dei movimenti sociali sembra quindi dipendere dalla forma di differenziazione sociale che li definisce come un fatto del tutto moderno.

Qui Luhmann riprende la teoria di Parsons secondo cui a una maggiore differenziazione sociale, corrisponde una maggiore generalizzazione simbolica – soprattutto dei valori – necessaria a mantenere una rappresentazione di unità sociale comunicabile e, simultaneamente, un orientamento comune tra sistemi sociali sempre più diversi. Ma che succede proprio quando i valori sono sufficientemente generalizzati – fino a perdersi nell'iperuranio delle tavole dei principi irrinunciabili – ma non davvero realizzabili? Come la società reagisce a questa inflazione dei valori? La risposta sembra arrivare proprio dalla protesta e dai movimenti che la diffondono. La società genera una sua rappresentazione negativa, per mettersi sotto accusa, per auto-soverrirsi. Il termine “nuovi” che qualifica questi movimenti, riguarda le tematiche non più rivolte solo alla distribuzione iniqua delle ricchezze. Ora i temi di protesta sembrano riguardare qualcosa di molto più basilare: la differenziazione sociale stessa, le sue conseguenze in tutti i settori e, ancora più basicamente, i rapporti tra i sistemi e suoi ambienti (quelli sociali; quelli psichici, ambientali e materiali). Una contraddizione viene notata: qualcuno la comunica, esplicitando la sua critica, il suo “No”!, la sua protesta. Per fare un solo esempio: la società predica (il verbo è quello giusto!) l'eguaglianza tra uomini e donne definiti dal loro sesso (e poi tra uomini-donne e generi; e poi tra uomini-donne-generi e transgender; e così via per ulteriori differenziazioni). Quotidianamente risulta però chiaro che questa eguaglianza non solo non è implementata: nelle organizzazioni, sul lavoro, in famiglia, nella sfera pubblica, tende ad aumentare e a mutare di forma. A questo punto – mentre le istituzioni producono quantità immense di “*Talk*” – il movimento “si muove”, mettendo in allarme la società e protestando contro la contraddizione.

Se la forma della protesta in un certo senso somiglia alla codificazione dei sistemi funzionali, la pluralità quasi inesauribile dei “temi” della protesta, somiglia ai programmi dei sottosistemi. La relativa facilità nel procurarsi temi deriva ai movimenti sociali dal poterli “estrarre” da un fondo quasi inesauribile di immaginari sociali utopici (Taylor 2004). Si pensi agli

³⁹ È soprattutto nel libro dedicato ai rischi che Luhmann (1996a) elabora questa distinzione decisori/coinvolti che identifica una ineludibile differenza di scala tra i pochi che decidono e i molti che vengono coinvolti dalle decisioni, cosicché i primi “calcolano” le loro azioni sui rischi che corrono, mentre i secondi non possono che osservare pericoli non controllabili.

immaginari della eguaglianza, della libertà e dell'equilibrio e dell'ordine sociale, della coesione, della sostenibilità, etc.: ognuna di queste immagini di società perfetta, genera per contrasto una contro-immagine realistica che entra in contraddizione con quella utopica e stimola al conflitto. Il progetto *progressivo* della Modernità è, da questo punto di vista, una lunga narrazione di come dovrebbe essere la società che ne ispira gli attori e gli mette a disposizione parametri di giustizia e perfettibilità da perseguire. Alla luce di questi immaginari, la contro-realtà apparirà sempre “diseguale”, “illiberale”, “squilibrata” e “disordinata”. La contraddizione genera delle dispute, delle controversie, dei dissidi (Lyotard, 1985): soprattutto produce delle “possibili alternative” che quasi mai (a dire il vero) si realizzano del tutto. Se a questa logica si aggiunge l'accoppiamento strutturale con i mass-media, si perverrà ben presto alla osservazione che l'opinione pubblica viene formata attraverso la produzione continua di “allarmi”, “paure”, “pericoli”, “critiche”, “moralizzazioni”, “traumi” (Alexander, 2018) etc., che si comunicano – in una atmosfera di crescente scetticismo rispetto alle strutture sociali di base sempre meno trasparenti e controllabili – mediante una serie infinita di “No”. Voglio sottolineare ora alcuni punti che derivano da queste riflessioni e che hanno a che fare con la duplice funzione del “No”: quella di negazione e quella di affermazione di un'alternativa.

a) Il primo aspetto che voglio enucleare è la correlazione tra lo sviluppo dei nuovi movimenti sociali e le conseguenze, sempre più imprevedibili, della differenziazione funzionale della società. I movimenti sociali sono un fatto specificamente tardo moderno. Tra le conseguenze fondamentali di questa differenziazione, sta certamente il fatto che le società attuali non possono accedere a una auto-rappresentazione unitaria e gerarchica: sono società senza centro e senza vertice. Chi intenda quindi cambiarle non può fare leva su un solo sottosistema⁴⁰. I nuovi movimenti sociali sfruttano proprio questo “posto vuoto” della rappresentazione (Lefort, 2007) per criticare in modo trasversale tutti i sottosistemi di funzione e l'accumulazione degli effetti negativi che deriva dal loro operare quotidiano. I sottosistemi sociali operano in modo “moderno” e ciò significa che filtrano tutta la realtà mediante i loro codici specifici. Questo permette loro un trattamento universalistico e specifico degli eventi rilevanti e quindi una notevolissima indifferenza al resto di ciò che accade. I sottosistemi scontano sempre un deficit di riflessione rispetto alle conseguenze del loro operare nell'ambiente (sociale e non). C'è chi parla di un trade-off tra il ridurre la complessità, da un lato (interno), e la sostenibilità sociale (il lato esterno del loro operare). In altri termini i movimenti sfruttano la “unilateralità” dei sottosistemi sociali, osservandone la storicità e contingenza del loro operare e introducendo

⁴⁰ Spesso ed erroneamente, i sistemi politico ed economico-capitalistico vengono identificati come i centri del sistema sociale. Ultimamente si è affiancato il sistema delle reti telematiche. In tutti i casi si tratta di sovrastime dei loro poteri.

“alternative” spesso tanto gradite dai mass media quanto poco realizzabili. Godono perciò di un vantaggio enorme: poter sfruttare le delusioni di aspettative (i costi sociali derivati dall’operare dei sottosistemi sociali), senza dover proporre alternative effettivamente realizzabili, almeno nel breve periodo. E lo fanno senza poter (e spesso volere) catalizzare un nuovo codice che li trasformerebbe in un sottosistema. Pagano l’impossibilità di diventare un sottosistema, guadagnando in capillarità, diffusione sociale e possibilità di mutare velocemente.

Questo primo punto ci mostra una logica dove il “negativo” è attivo – cioè “affermativo” – in numerosi sensi. Innanzitutto, è presente come critica, opposizione, protesta, contrasto alla logica e alle conseguenze della differenziazione sociale per funzioni⁴¹. I movimenti segnalano contraddizioni sociali che scaturiscono ovunque proprio a causa della differenziazione per funzioni, cioè per come è strutturata la società moderna. La loro funzione specifica è quella di “esprimere” pubblicamente le contraddizioni sociali, mettendo in allarme i sistemi. Possono lavorare molto sul solo lato della critica, lasciando sullo sfondo la parte propositiva, che però rimane virtualmente sempre presente. I movimenti condensano nella protesta – cioè nel comunicare un No! (una opposizione) – la loro *performance*. In tal senso svolgono una funzione per la società che non ha equivalenti funzionali. Certo ogni sottosistema ha sue forme interne di riflessione e di critica (si pensi solo alla scienza), ma che appunto sono tendenzialmente interne. I movimenti, invece, osservando la società come se fossero esterni ad essa, lavorano in termini trasversali e globali. Spesso la protesta non presenta alcuna efficace capacità di proporre dei “Si”⁴². Per meglio dire la *pars construens* gode paradossalmente di una delle qualità della negazione: la sua indeterminatezza. Nel proporre alternative si può rimanere sempre molto sul vago, lasciando alla Storia la funzione di determinare il cambiamento. In ogni caso la forma protesta ha sempre due lati e – anche se spesso meno forte del lato negativo – quello affermativo è indispensabile (almeno “a contrario”). I movimenti, infatti, non possono mai essere solo distruttivi, soprattutto se vogliono avere la chance di essere comunicati mediante i mass media e di interessare il pubblico trasformandolo in simpatizzante. Sono costretti a immaginare un futuro diverso, ma nella società: un futuro migliore e più attraente del presente.

b) Il secondo aspetto rilevante sta nella (quasi sempre invisibile) rischiosità (parzialità) della codificazione dei sottosistemi sociali che può essere osservata criticamente in modo radicale dai movimenti sociali. Da un lato la codifica +/- dei sottosistemi – basata sulla distinzione di un lato positivo (di

⁴¹ Luhmann (1996a, 164) addirittura definisce i movimenti come dei “cani da guardia” che possono solo abbaiare e mordere: il che non è mai abbastanza costruttivo!

⁴² Qui Luhmann (1996a, 163) specifica che i movimenti di protesta compensano i deficit di riflessione della società moderna. Ma compensare significa, appunto, essere sempre alla rincorsa di qualcosa che precede.

connessione) e uno negativo (di riflessione) – agevola il trattamento degli eventi (“tecnicizza” la comunicazione permettendone un trattamento veloce dovuto alla attribuzione di valore su uno dei due lati che può essere reso reversibile mediante una negazione); dall’altro questa stessa semplificazione mostra, con piena evidenza, che una massa immensa di informazioni non viene processata, ma anzi spinta in una zona di latenza non utilizzata. Anche in questo caso esiste la possibilità di una riflessione interna al sistema. Per esempio, quello economico può chiedersi se in certe condizioni particolari, fare più debito sia (alla lunga) più profittevole che non farlo; o può chiedersi se la profittabilità non metta così in pericolo l’ambiente da dover essere controllata. Oppure il sistema del diritto può chiedersi se una legge non sia incostituzionale; o se sia giusto mandare in prescrizione alcuni reati; attribuire torti anche in totale assenza di intenzionalità di infrazione della norma. Ma nessun sottosistema può mettere in dubbio la sua distinzione direttrice. Il sistema economico capitalistico non può mettere in dubbio la logica del profitto; quello giuridico il valore dell’avere ragione; quello scientifico la verità, etc. Se lo facessero si auto-negherebbero completamente, si distruggerebbero. Questa critica radicale può invece venire dall’esterno del sottosistema. I movimenti sociali ri-attivano le possibilità negate dai codici (e virtualizzate nello spazio non marcato) presentandole come alternative alla codificazione. Per esempio, possono criticare la distinzione profittevole/non profittevole riammettendo il valore del non mercantile nell’economia: possono criticare il diritto riferendosi alle logiche superiori della giustizia e dell’amore, etc. Allo stesso tempo possono criticare l’attribuzione delle comunicazioni su un lato del codice o sull’altro, osservando le condizioni stesse di tale operazione. Possono opporsi a una verità troppo politicamente orientata; a un diritto pagato con il denaro o pregiudiziale; a un profitto che distrugge l’ambiente, etc. Questa duplice possibilità di negare la codificazione in modo radicale – cioè come se la si osservasse da fuori dalla società – svolge una funzione immunitaria relevantissima. Allarma continuamente il sistema rispetto alle sue strutture, accumulando segnali di rigidità, disfunzionalità, ineffettualità, mettendolo di fronte alla possibilità di passare nel lato non marcato della distinzione: in quello “spazio immaginario” dove la società è osservabile in altri modi. Lo stesso Luhmann afferma che la crescente marea di critiche alla società attuale sembra indicare un allarmante “irrigidimento” e “invecchiamento” nelle sue strutture, tanto che si potrebbe pensare a segnali che indicano un possibile inizio di cambiamento della logica di differenziazione funzionale stessa.

c) Un terzo aspetto della negazione, fortemente connesso al precedente, ha propriamente a che vedere con l’esclusione sociale. Se è vero che ogni distinzione deve indicare un lato della forma, allora sempre e necessariamente vi sarà anche l’altro lato e perciò un interno e un esterno. Cosa significa questo per la società come sistema omnicomprensivo delle

comunicazioni dotate di senso? Qual è l'esterno della società? Chiaramente siamo già nel paradosso. La società non ha un esterno sociale, ma solo non sociale: la vita e il pensiero, per esempio. Ma, allora, dove stanno gli individui? Dentro o fuori? La risposta di Luhmann ha a che fare nuovamente con la forma di differenziazione sociale. Nella modernità funzionalmente differenziata ogni individuo è previsto come incluso in ogni sottosistema sociale. Ogni cittadino (e già siamo nel diritto!) deve poter partecipare alla economia (diritto al lavoro retribuito); al diritto (come soggetto di diritti e doveri); alla formazione (scuola obbligatoria), etc. Come poi ognuno colga o meno le opportunità di questa inclusione apriori, dipende da innumerevoli fattori e genera innumerevoli conseguenze nella cosiddetta stratificazione sociale. Soprattutto dipende da come si viene inclusi o meno, non nella società o nei suoi sottosistemi, ma in particolare nelle sue organizzazioni. Nella realtà di tutti i giorni è osservabile una situazione molto diversa. Vi sono parti della popolazione mondiale che di fatto sono escluse dalla partecipazione ai sottosistemi sociali: non hanno una abitazione; un'identità registrata dalla pubblica amministrazione; non accedono alla istruzione; alla vita politica; sono senza lavoro e denaro, senza assicurazione sanitaria, etc. Dice Luhmann che si tratta di qualcosa di ben più radicale della marginalizzazione, dello sfruttamento, e della repressione sociale. Piuttosto si osserva una forte integrazione di spirali di crescente esclusione, dove la vita individuale si riduce alla sopravvivenza del corpo e della psiche in condizioni sociali minime, interattive. Questa fenomenologia dell'esclusione è così radicale da far chiedere a Luhmann «se questa differenza tra inclusione ed esclusione non sia oggi una specie di meta-codificazione o di super-differenza guida» (2014, 229). Se così fosse in società si avrebbe una distribuzione asimmetrica tra chi è dentro e chi è fuori in uno spazio “selvaggio” probabilmente popolato da gangs, organizzazioni illegali e criminali, etc., e poi forse anche in insieme di individui esclusi da queste forme illegali⁴³. Questo vero e proprio “negativo” (fotografico) della società degli inclusi è una fonte continua di ispirazione per i movimenti di protesta. Lo è perché tratta della contraddizione più palese delle società moderne: le condizioni sociali per essere riconosciuti come esseri umani dotati di diritti universali e incondizionali. Anche in questo caso la critica, il negativo, si contrappone a un altro negativo, quello della esclusione, generando però un positivo affermativo: una società della inclusione incondizionata; dei diritti incondizionati; del reddito universale, etc. E, di nuovo, solo i movimenti di protesta hanno la capacità di osservare “just in time” e ovunque, questa contraddizione. Le altre agenzie e organizzazioni istituzionali lo possono fare, ma con minore capacità di penetrazione e di anticipazione nel mostrare gli effetti dell'esclusione.

⁴³ In molti romanzi e film distopici questi sono gli individui che vendono i loro corpi o che sono usati da organizzazioni più o meno legali per compiere azioni rischiose (per esempio cavie per il sistema sanitario).

I movimenti sociali di protesta, in sintesi, hanno la funzione paradossale di comunicare, dentro alla società stessa, la negazione delle strutture sociali che sviluppano contraddizioni, ma come se la critica provenisse dal di “fuori” della società. Questa esternalizzazione protegge il movimento dal riflettere che la sua stessa esistenza dipende dalla società e dalle sue contraddizioni. Solo questa “purificazione” permette ai movimenti di svolgere pienamente la loro funzione «(...) fare la trasposizione della negazione della società nella società» (Luhmann, 2017b, 201). Si noti il doppio collegamento alla funzione immunitaria dei movimenti. In primo luogo, essi comunicano contraddizioni e costruiscono conflitti laddove le strutture sociali mostrano problematiche interne, pur mantenendo con la loro protesta l’autopoiesi della società. In seconda istanza questa funzione immunitaria avviene in totale “ignoranza” dell’ambiente che non è mai immediatamente sondabile. È solo attraverso le comunicazioni che la società irrita sé stessa, Una comunicazione che contraddice un’altra comunicazione, creando un “effetto di resistenza” interno. Questa resistenza tra comunicazioni, una volta ricordata e memorizzata nel sistema, diventa un nuovo pezzo di cultura: un test per la realtà. I movimenti non conoscono meglio di altri la realtà: quello che fanno è immunizzare il sistema attraverso una protesta che prosegue la comunicazione anche se le strutture abituali sono messe in forte discussione e criticate. E i sottosistemi funzionali con le loro organizzazioni devono poi prendere atto di quelle critiche cercando di rispondervi attraverso negoziazioni e accordi che fanno guadagnare tempo. La questione del tempo torna ad essere qui estremamente rilevante nel suo doppio registro. A differenza del sistema del diritto che deve sempre leggere i conflitti attraverso la giurisprudenza attuale e che ha tempi di inserimento di nuove fattispecie piuttosto lunghi, i movimenti possono evidenziare nuovi tipi di conflitti, nuove violazioni del sentire comune, molto più velocemente e senza dover predisporre alcuna procedura giuridica di filtro. Il diritto è lento nel reagire alle contraddizioni, ma poi una volta creata la fattispecie può proceduralizzare i conflitti in modo veloce; i movimenti, viceversa, sono molto veloci nel trattare la contraddizione, ma poi lenti a trattarla. In fine dei conti, per fare un solo esempio, la comunicazione “femminista” dura da più di sessant’anni senza che la società abbia risolto la contraddizione che essa evidenzia.

3. Secondo Tempo.

Costituzioni societarie, collisioni, plusvalori e contro-diritti

3.1 Sovversione e liberazione

3.1.1 Il progetto emancipativo della sociologia giuridica di Gunther Teubner. La “collisione” come dispositivo di salvaguardia del sociale

Nelle precedenti pagine abbiamo argomentato che la teoria elaborata dal sociologo Luhmann, mostra come i sistemi (basati sul senso) operino attraverso una logica di una “negazione affermativa”. Si tratti della logica della distinzione, del senso o della costituzione del mondo – con i loro inerenti paradossi – oppure dell’operare delle istituzioni immunitarie (della società), i sistemi comunque selezionano qualcosa (escludendo qualcosa d’altro), ma senza escluderlo definitivamente, bensì affermandone la rinviabilità. Quella che potremmo chiamare logica del “rimando”, mantiene sempre una apertura alla “potenzialità”, un riferimento cioè a uno “spazio virtuale” che trascende lo spazio di ciò che è attuale.

L’operare sistemico è quindi sempre implicitamente aperto al mutamento. Ciò non dovrebbe cogliere di sorpresa perché si tratta sempre di un sistema che deve operare entro un ambiente che muta sempre. Questa, potremmo dire, è la lezione che, da Hegel in poi, l’Occidente – e ora il globo – apprende. La realtà è divenire e, nel divenire, ogni fondamento, istituto, struttura, etc., lavora contro sé stessa. Come ricorda Luhmann nell’esergo posto a incipit di questo contributo, ogni distinzione-indicazione – ogni “dato”, ogni “determinato” – sabota di continuo sé stesso, in quanto rimanda necessariamente ad altre possibilità, generando contingenza proprio laddove vorrebbe invece impiantare necessità: «ogni parola che si pronuncia fa pensare al suo contrario» (Goethe, 1907). Si manifesta, pertanto, in modo evidente una logica latente al divenire, quella che qui indicheremo come “logica del auto-sovversione”. Sovvertire (*sub-vertere*) significa “mandare sopra quello che era sotto”, liberare qualcosa che era oppresso. Sembra quasi stagliarsi una logica che collide con quella dell’assoggettamento (*sub-iacere*). Se questa punta a

piegare su sé stesso il rapporto tra interno (il Sé) ed esterno (l'Altro), reintroducendo l'alterità nel soggetto come inclusa in quanto esclusa (reprimendola); quella della sovversione opera in modo opposto “spiegando” l'interno verso l'esterno, senza però perdere capacità di determinazione (liberandola). La sovversione ri-manda l'attuale determinato verso il possibile virtuale, costringendo ogni “sistematicità data” a fare i conti con il divenire e il mutamento, con l'alterazione. A differenza dell'assoggettamento che “manda sotto quello che era sopra”, negando e reprimendo l'alterità come possibilità d'alterazione, il sovversivo lavora l'identità dall'interno, aprendo quella differenza che, prima la costituisce (l'identità) in modo invisibile, poi la altera in modo visibile. È proprio questa logica della alterazione del determinato – o del determinato come sempre “determinato” dall'altro da sé stesso (“alterato”) – che muove l'operare sovversivo del sistema, direttamente dall'interno (e nient'affatto come “attacco dall'esterno”).

Possiamo introdurre la medesima logica del rimando e dell'alterazione, come rapporto tra sistema e ambiente, legandola direttamente al sottosistema del diritto. Ogni sistema costituisce la sua complessità interna come riduzione della complessità ambientale nella forma specifica della (doppia) chiusura operativa e (insieme). Una volta determinato il confine che separa/unisce sistema e ambiente, il primo non può rispondere alle sfide ambientali punto-per-punto. È proprio a partire dalla inaggrabile differenza di complessità che il sistema immunitario interviene per compensarne il divario. Attraverso il diritto la società trasforma contraddizioni pericolose in conflitti gestibili giuridicamente e quindi trattabili: ricostruisce (internamente) un pericolo (esterno) per l'autopoiesi, in una comunicazione (giuridica) che permette la riproduzione del sistema sociale stesso. Il sistema generalizza esperienze interne che usa come segnali comparativi – resistenze – per fonti di irritazione ambientali che rimangono in sé stesse ignote. Qualcosa – una contraddizione tra aspettative sociali diverse – genera un conflitto che potrebbe essere pericoloso per la società. Questo conflitto viene riconosciuto e portato “davanti” al sistema del diritto che lo trasforma in una procedura giudiziale attraverso una irritazione della sua struttura giuridica⁴⁴. Solo a quel punto il diritto deciderà chi ha torto e chi ragione. In tal modo l'autopoiesi prosegue anche in presenza di contraddizioni. Ecco perché, e qui sta il punto «il sistema immunitario non serve a correggere errori, ma ad attenuare i rischi strutturali» (Luhmann, 2012, 535). Il diritto, quindi, apprende attraverso il conflitto – anche dal conflitto causato dal diritto stesso. Il diritto si autogenera mediando conflitti e traendo da essi delle “regole di collisione” generalizzabili in casi simili. È la formazione di “regole” di scontro, collisione, conflitto, disputa a rappresentare la formazione di anticorpi, non per adattarsi

⁴⁴ Alla fine di questa riflessione, termineremo proprio con il saggio di Teubner dedicato al Kafka di *Davanti alla Legge*.

all'ambiente, ma per proseguire l'autopoiesi sistemica. Per tale motivo lo scontro, il conflitto e la sovversione, sono da ascrivere ai più generali dispositivi immunitari che, a loro volta, appaiono ora sotto la luce, inattesa, dei processi di apprendimento. Immunizzare significa, pertanto, utilizzare materiali irritanti, ricostruiti entro i confini del sistema, per modificare la capacità strutturale di assorbire perturbazioni senza mettere in pericolo l'autopoiesi.

Proverò ora a sviluppare questa “necessità del sovvertire” a partire dal lavoro di Gunther Teubner che, nella sua rilevantissima rielaborazione-traduzione-tradimento del pensiero sistemico luhmanniano, porta alle estreme conseguenze la logica dell'alterazione, della collisione, dello scontro, della auto-sovversione e dell'auto-sabotaggio che de-finiscono i sempre contingenti e mutevoli processi di istituzione del diritto. Teubner agisce teoreticamente su due livelli: i) elabora una teoria sociologica originale che, pur sviluppando le concettualità luhmanniane, le modifica sostanzialmente nel tentativo di ripensare in profondità i processi di chiusura e di apertura dei sistemi, sia a livello *orizzontale* (relazioni tra sotto-sistemi sociali) identificando tematiche innovative che Luhmann non sviluppò, *in primis* quella del costituzionalismo societario; ii) sia a livello *verticale* (relazioni tra sistema sociale, sotto-sistemi sociali e sistemi psichici), approfondendo in modo più attento le conseguenze – produttive e distruttive – della differenziazione sociale sul suo ambiente psichico e naturale; iii) orienta questi due assi – orizzontale e verticale – alla riflessione basilare sulla giustizia come auto-trascendenza e auto-sovversione del diritto. È perciò il processo di differenziazione sociale ad essere il soggetto della storia su cui vengono proiettati gli altri fenomeni emergenti. La riflessione teubneriana è indirizzata, da un lato, a definire le condizioni (sempre più improbabili) della differenziazione sociale che dovrebbero liberare nuove energie sociali e, dall'altro, a mostrare come quella stessa differenziazione produca effetti perversi e pericolosi per la società. La collisione, il conflitto, l'opposizione, la sovversione sono dispositivi di “negazione affermativa” necessari per mantenere l'autopoiesi sistemica – e con essa il mutamento – in un contesto dove le contraddizioni diventano una normalità. La teoria teubneriana è quindi concepibile come un illuminismo sociologico emancipatorio; un *Sapere Aude* teso alla liberazione della autonomia individuale e sociale in un contesto di giustizia sempre più improbabile. Un sapere che si specializza in due modalità: nell'arte spesso conflittuale del differenziare, intesa come arte di distinguere per mantenere le differenze (*vs* la loro sempre possibile de-differenziazione); 2) nell'arte del sovvertire ogni identità data (e quindi anche ogni differenza!), costringendo i sistemi a riflettere continuamente sulla loro necessaria contingenza. Per sostenere questa tesi prenderò in esame alcuni tra i principali saggi teubneriani pubblicati nell'ultimo decennio. In tutti i casi abbiamo a vedere con una prestazione specifica del diritto (perché di questo tratteremo) per la società. La trasformazione di una “contraddizione” – che tende a bloccare

l'autopoiesi sociale – in un “conflitto” giuridico che costituisce l'anticorpo capace di immunizzare la società dalla sempre possibile fine dell'autopoiesi.

Cercherò di mostrare la rilevanza che hanno nella sua teoria due topologie di riflessione specifiche. Una “verticale” che riguarda il rapporto tra sottosistema del diritto e il suo ambiente umano: in particolare tratterò l'elaborazione dei diritti umani/fondamentali – forse estendibili anche oltre l'umano – concepiti come difesa nei confronti della possibile espansione potenzialmente distruttiva dei sottosistemi sociali. In questo spazio verticale relativo al rapporto tra sistema e ambiente, il conflitto – mediato dal diritto – mostra quanto le istituzioni immunitarie della società siano oggi decisive per permettere l'autopoiesi di una società, sempre più esposta a contraddizioni di ogni tipo. La seconda riflessione riguarda i rapporti “orizzontali” tra sottosistemi sociali, cioè le relazioni tra la società e il suo ambiente interno. In questo spazio tratterò della collisione tra regimi giuridici globali e dell'emergere delle costituzioni transnazionali. Anche in questo caso l'evoluzione-cambiamento avviene non in relazione adattativa a un ambiente non conoscibile, ma solo attraverso lo scontro tra comunicazioni contraddittorie. Il mutamento è endogeno e non può appigliarsi, se non simbolicamente, a nessun esterno: può però sfruttare le irritazioni. In tal senso – e di nuovo – lo scontro, il conflitto, la negazione, le contraddizioni, sono il “motore” della costruzione di realtà sociali dinamiche che in modo affermativo contrastano ogni tentativo (o deriva non intenzionale) di bloccare il cambiamento mettendo l'autopoiesi sociale in pericolo. Questo piano orizzontale mi porterà a riflettere sul senso della democrazia in contesti altamente auto-regolati. Democrazia qui significa capacità di avere voce nei processi di autogoverno, in un sistema che però tende ad autoregolarsi mediante “sistemi esperti”, cioè a chiudersi in élite di decisori che escludono la maggioranza di coinvolti (dalle decisioni). I nuovi soggetti costituzionali svolgono perciò la funzione di segnalare al sistema quel pericolo di iper-strutturazione esclusiva. Di nuovo la protesta, il conflitto, la scoperta e comunicazione di scandali e contraddizioni, diventano protagonisti di quello scontro tra assoggettamento e sovversione.

3.1.2 Diritti fondamentali come norme di collisione. Come immunizzarsi dai pericoli della Matrice sociale anonima

Il primo esempio di scontro “verticale” mediato dal diritto, ci viene dai saggi dedicati alla violazione, da parte di una *Matrix* anonima di comunicazioni sociali, dei diritti umani (Teubner 2006; 2016). Teubner vuole rispondere a una domanda sempre più centrale nella prassi giuridica e sociale: i diritti umani (o diritti fondamentali), obbligano oltre che gli Stati – come una tradizione costituzionale ben consolidata riconosce già da tempo – anche gli attori sociali privati e, ancora più fundamentalmente, i processi anonimi di

violenza strutturale non identificabile in nessuna struttura sociale particolare? L'*incipit* della riflessione riguarda l'esplosione di scandali (per esempio, la pressione che il sistema economico fa sulla ricerca scientifica), divulgati – e certe volte “drogati” (scandalo della produzione di scandali a scopo di intrattenimento!) – dai mass media, che scuotono la sensibilità degli spettatori occidentali e che allarmano l'attenzione di una *audience* globale⁴⁵. Siamo di fronte alle aspettative di rispetto e riconoscimento di forme di vita le più diverse che vengono sempre più contraddette da processi, strutture ed eventi che violano il loro valore. Contraddizioni che incrementalmente vanno a condensare una peculiare etica globale (Boltanski 2000). Quando queste innumerevoli contraddizioni vengono comunicate – come protesta, causa giuridica, sciopero (i famosi *Fridays (Strike) for Future*) – si trasforma in un “allarme” che problematizza rapporti sociali dati per scontati. Come reagisce la società a questa crescente delusione delle sue aspettative strutturali? Come prova a superare lo stallo comunicativo che sembra metterne in pericolo l'autopoiesi. Possiamo pensare a moltitudini di persone in piazza che interrompono le attività quotidiane mettendo in ginocchio l'operare dei sistemi? Oppure alla rottura di rapporti tra stati? O al disimpegno sociale di quote sempre più ampie di popolazione? O alla messa al bando di interi settori sociali? La società potrebbe semplicemente prendere atto dell'esistenza della contraddizione lasciando che le cose continuino ad andare come sempre⁴⁶. Ma questa strategia, oltre ad essere molto costosa in termini di utilizzo del controllo sociale, non farebbe che negare l'allarme, rischiando di non reagirvi in tempo⁴⁷. Sarebbe come disattivare il sistema immunitario, sperando così di non ammalarsi! Una reazione diversa potrebbe essere quella di “moralizzare” la comunicazione, distribuendo “colpe e innocenze” ai vari attori sociali (come sembra fare Greta Thunberg e i movimenti sociali connessi)⁴⁸. Il sistema del diritto ha però una funzione sociale specifica che

⁴⁵ Si noti che uno dei temi che emergeranno nel futuro, è proprio la difesa dei diritti umani, politici e sociali – quali per esempio quello della *privacy* – dall'assalto del sistema dei mass media. Gli scandali non sempre sono reali. Spesso sono creati ad arte per rovinare la reputazione delle persone e delle organizzazioni. È quella che in Italia è conosciuta come la temibilissima “macchina del fango”.

⁴⁶ Questa è l'auto-accusa che l'Occidente fa a sé stesso da almeno 60 anni, senza però mai riuscire a risolvere le contraddizioni strutturali della società. Ciò significa che non tutti i problemi possono essere affrontati e che molte cose proseguono nell'ingiustizia senza che questo blocchi la comunicazione.

⁴⁷ I numerosi tentativi di negare il pericolo del Covid19, messi in atto dai governi di alcune nazioni (Brasile, Inghilterra e Stati Uniti, *in primis*, ma pure Svezia e Russia tra gli altri) ha mostrato durante la pandemia partita a marzo 2020, quanto sia rischioso non lasciarsi allarmare dalle proteste.

⁴⁸ E questa moralizzazione potrebbe essere ripresa entro il sistema politico, soprattutto dalle opposizioni critiche dei governi in carica. Potrebbe diventare lo spunto per acquistare (o produrre), o meno, certi beni; o per aprire una riflessione sulla teologia del Creato. Ogni sottosistema sociale può reagire in modo diverso, a seconda dei suoi codici, interessi, strategie.

spinge verso una diversa reazione. Quella di trasformare queste contraddizioni in “conflitti” giuridicamente trattabili. Mediante il conflitto e le procedure della sua aggiudicazione, la società reagisce al blocco comunicativo, senza doverlo moralizzare. Il colpevole riconosciuto nella procedura giuridica non è immediatamente identificabile come il “nemico (escluso) dell’umanità”, come il “mostro”. È “solo” colpevole giuridicamente. Questa è una delle prestazioni più “civilizzanti” del diritto positivo che immunizza contro la violenza senza fare a sua volta violenza, annientando l’Altro. Tutta la più recente riflessione sulla “giustizia riconciliativa” a partire dal caso del Sud Africa, ne è un chiaro esempio (Arato, 2016).

Dal punto di vista giuridico il dibattito su queste violazioni fondamentali, sembra polarizzarsi su due posizioni: una che risponde al problema solo se l’infrazione dei “diritti umani” implica la partecipazione dello Stato; l’altra che invece risponde considerando anche l’intervento di attori transnazionali, spesso privati e, addirittura di processi comunicativi anonimi. Per la prima, conosciuta come *State Action Theory*, i diritti fondamentali sono validi solo entro i confini statali, e solo in via indiretta: i) o quando sono direttamente implicati attori statali o se vi sono privati a cui sono attribuite funzioni pubbliche (tipo: erogazione di servizi di interesse pubblico da parte di privati); ii) o laddove gli attori privati sono attivati direttamente da poteri statali. Secondo questo approccio la soluzione starebbe nel dare più potere allo Stato, e/o nell’*attribuire* più potere giuridico ai cittadini (*empowerment*). Per la seconda, conosciuta come *Theory of the Structural Effect*, le cose si complicano assai in quanto, fuori dai confini statali, è inferiore la capacità di garantire (*enforce*) i diritti fondamentali poiché questi sono, normalmente, costituzionalizzati negli Stati.

Teubner però, non è convinto di questa duplice soluzione, perché essa intende ancora – da un lato – il conflitto come scontro tra *diritti individuali* e parti (istituzioni) della società e – dall’altro – tratta ancora in modo organicistico l’essere umano come una “parte” del “tutto” sociale, cioè come elemento del sistema. I diritti umani sono perciò immaginati come attributi di individui posti “di fronte” allo Stato, a sua volta inteso come rappresentante del tutto sociale e come Terzo che media i conflitti tra le sue parti. Qui operano ancora le moderne concezioni di giustizia *commutativa* e *distributiva*, tipiche di un mondo moderno che distingue astrattamente tra pubblico e privato. Occorre invece generalizzare il problema, portandolo al livello di complessità adatta alla forma di differenziazione della società contemporanea. Non è più possibile considerare gli esseri umani (qualsiasi cosa ciò significhi! Corpi, menti, anime, etc.), come “parti” del tutto sociale. Il rapporto tra esseri umani e società non è quello tra parte e tutto, bensì tra sistema e ambiente: la società non è fatta dagli individui e neppure questi sono fatti dalla società, nella loro realtà individuale. Occorre “immunizzare” gli uni (esseri umani) dall’altra (società) – e viceversa – riguadagnando il loro rapporto di

esclusione inclusiva (negazione affermativa) in modo diverso. Occorre dunque rielaborare la teoria di quel rapporto sotto due aspetti: 1) gli individui costituiti da un sistema biofisico e psichico, vivono/pensano nell'ambiente dei sistemi sociali e perciò sono intanto *inclusi* nel sociale come persone (indirizzi per la comunicazione) in quanto *esclusi* come individui nella loro concretezza esistenziale socialmente "intrattabile"⁴⁹; 2) società non è un insieme di parti istituzionali, funzionali al tutto e tendenti all'equilibrio omeostatico, bensì una *matrice* anonima di comunicazioni codificate per rispondere a determinate costellazioni di problemi. Questa matrice comunicativa tende a espandersi con totale indifferenza nei confronti del suo ambiente (sociale, psichico ed ecologico). Da qui nascono le contraddizioni tra le strutture di aspettative della matrice anonima e le aspettative riposte nella "intangibilità", inviolabilità dei diritti dell'uomo. Emerge allora un nuovo problema che tocca i fondamenti del diritto: come possono essere formulati i diritti umani, se gli uomini in "carne ed ossa" sono *esclusi* dalla società, intesa come matrice anonima di comunicazioni? La risposta è: ridefinendo i diritti umani come diritti *ecologici*. Ciò significa che il diritto della società non deve porsi come finalità, l'impossibile inclusione giuridica dell'uomo, bensì l'improbabile rapporto di esclusione-includente (negazione affermativa) con esso, senza alcuna pretesa di *risolverlo/ridurlo* nelle comunicazioni giuridiche. La persona che si presenta in "giudizio" è solo una maschera dell'essere umano reale che trascende completamente il sistema del diritto. E questa contraddizione tra l'essere umano concreto e la sua rappresentazione giuridica (la "persona" in giudizio), va trasformata in un conflitto perenne che protegge-immunizza da ogni tendenza riduzionista, "giustizialista"⁵⁰. Ora il rapporto non è più tra il tutto e le sue parti, bensì tra sistemi e ambienti. Di conseguenza il problema diventa quello di: i) limitare le tendenze espansive della matrice sociale comunicativa; ii) elaborare in modo adeguato le diverse razionalità delle matrici sociali, le loro relazioni con i loro ambienti e i diritti che ne emergono.

La sfida che lancia Teubner è fondamentale. Bisogna rispondere a un duplice problema. Da un lato, prendere atto che i processi di differenziazione della società producono sempre più fenomenologie di alienazione, esclusione sociale, indifferenza nei confronti dei concreti esseri umani. E si badi bene che questi processi di esclusione non sono un effetto imprevisto del

⁴⁹ Nessuno, infatti, può pensare i pensieri degli altri e neppure vivere della loro vita (o morire della loro morte), se non in modo del tutto metaforico, cioè appunto traslato da un sistema all'altro (Luhmann).

⁵⁰ Lo stesso vale viceversa. La consapevolezza che ogni essere umano concreto trascende il sociale, non può condurre alla idea che non possa esistere una traduzione-tradimento adeguato dell'uno all'altro. Se così fosse nessun diritto sarebbe possibile. Per esempio, applicare le neuroscienze al diritto, mostrando come ogni individuo processa la realtà in modo idiosincratico e incomparabile, porterebbe solo alla fine della giudicabilità di qualsiasi azione umana.

funzionamento della società! Ne sono semplicemente l'effetto diretto. Dall'altro, rispondere – in maniera non regressiva – a questa *esclusione fondativa* dell'individuo, con nuovi dispositivi di riconoscimento. Ancora una volta una “negazione” escludente (l'essere umano non è parte della società) “rimanda” a una inclusione (la società crea le persone per poterle trattare e lo deve fare secondo criteri di giustizia). La soluzione è data dall'introdurre nuove distinzioni “responsive”: in questo caso, il distinguere tra la concretezza empirica ed esistenziale dell'individuo e la mediazione simbolica attraverso cui l'individuo diventa una persona socialmente inclusa⁵¹. La matrice “immaginarie” del sociale (per dirla in termini lacaniani) – costituita da comunicazioni – non può includere immediatamente l'individuo, senza uno scarto: quando pretende di farlo, entra in contraddizione con l'aspettativa che l'essere umano è *sacro e intoccabile* e che, proprio per questo, va ricostruito quello scarto che lo difende dalle pretese totalizzanti del sociale⁵². Questa contraddizione segnala un pericolo di espansione della matrice comunicativa: la contraddizione va trasformata in conflitto e utilizzata per immunizzare la società dalle sue pretese di assoggettare l'individualità. Ma ciò ancora non basta. Proprio il riconoscimento che la persona è una costruzione della comunicazione, e non è l'essere umano – proprio questa prima immunità che difende l'individuo dalla prepotenza matriciale – può mettere in pericolo l'individuo stesso. Vi è infatti un doppio-fondo in questa situazione, un doppio-gioco che somiglia molto al gioco sempre rischioso dovuto alla triplice distinzione utilizzata da Jacques Lacan (Recalcati 2012) per spiegare la mediazione tra uomo, società e realtà. In primo luogo, vi è il Reale, cioè la concretezza empirico-esistenziale degli esseri umani, con tutta la loro complessità e plasticità vivente. Il Reale (bio-psichico) dell'individuo è ineffabile per la società: una latenza mai del tutto concepibile (catturabile) e mai del tutto condivisibile-comunicabile. È ciò che già Simmel indicava come un *apriori* del sociale: l'esistenza, autonoma di una individualità che sempre eccede l'orizzonte del comunicabile e, quindi, dello scambiabile (foss'anche in termini comunicativi). Questa individualità (e la sua dignità) è il fondamento,

⁵¹ Qui i concetti di individuo e di persona possono anche essere scambiati. Dipende da che significato gli si attribuisce. Per esempio, la corrente “personalista” concepisce la persona come l'ambiente intoccabile dal sistema e l'individuo come sua reificazione sociale riduttiva ed egoistica. Luhmann e Teubner seguono, invece, la etimologia e la storia semantica del termine persona, riconducendola alla “maschera” sociale che un individuo inaccessibile indossa per rendersi comunicabile. Si veda come riflessione: Esposito (2007).

⁵² Interessante sarebbe seguire, a questo punto, il concetto di *Homo Sacer*, almeno nel dialogo a distanza con Giorgio Agamben. Rilevante sarebbe anche un dialogo con Roberto Esposito e la sua concettualizzazione di *terza persona*. D'altra parte, tutta la tradizione cattolica del diritto naturale si basa proprio sulla differenza tra natura-artificio (sociale), indicando nel Creatore colui che attribuisce diritti e alla società l'unico compito di adeguarsi mediante il diritto positivo (come tomisticamente la verità deve essere adeguazione dell'intelletto alla cosa).

non socializzabile, del sociale, la sua perenne latenza, il suo “punto cieco”. Questo Reale però, che spesso si manifesta come “impossibile” (la sorpresa che esce dalla latenza: «è impossibile che Ego sia così o abbia fatto/detto questo, mi ha davvero sorpreso!»), escluderebbe l’individualità concreta da quel “mondo comune” che è la società (Arendt, 1964)⁵³: *individuum ineffabile est!* Per poter trattare questa individualità inafferrabile, la società deve costruire un mondo comune dove ognuno possa essere riconosciuto e comunicato. Questo è il registro dell’immaginario, quell’insieme di tipizzazioni sociali “a-specchio” che distinguono tra il simile e il diverso, tra il “noi” e gli “altri” e dove si preferisce il simile, la ripetizione, il ruolo, la strutturazione, la conferma: è la logica “identitario-insiemistica” che Castoriadis critica nella sua riflessione sulla istituzione immaginaria della società (1995). L’immaginario è la “cultura” che storicamente-contingentemente, istituisce in ogni società la “realtà” condivisa (non il Reale, non condivisibile). Siamo di fronte a un enigma: abbiamo una latenza incommunicabile che balugina nella realtà come negazione del “dato di fatto-dato per scontato” sociale, per esempio come scandalo; e abbiamo una rete di significati (cultura e semantica) storicamente situati che istituiscono il “mondo comune”. Così pensate non potrebbe esistere alcun rapporto tra queste due sfere di senso. Ma a costituire l’unità della loro differenza, il terzo escluso, il loro punto cieco, è il “simbolico” quell’ordine della differenza che continuamente fa scontrare, confliggere Reale e immaginario, sfondando le loro reciproche tendenze alla chiusura. Ogni società ha il suo modo di semantizzare l’individualità. Dentro al socialmente comunicabile, il Reale dell’individualità si manifesta come mancanza, delusione, effetto di blocco, sorpresa, scandalo, disagio, irritazione, trascendenza delle strutture di aspettative sociali. Si attiva quando qualcosa si blocca nel registro della comunicazione, mostrando la sua eccedenza, il suo porsi “sotto” i processi comunicativi: un “sotto” latente che viene portato “sopra” nella evidenza comunicativa, sovvertendo il dato per scontato. In questa sovversione qualcosa di diverso, di altro, viene simbolizzato, senza mai esaurire la sua capacità di rimando, di eccedenza. Il simbolico è il luogo delle eccedenze e dell’alterazione che richiama alla reciproca trascendenza di sociale e individuale.

Riprendendo queste definizioni, potremmo allora dire che i diritti dell’uomo, emergono quando il simbolismo dell’umano sempre eccedente la semantica storica e immaginaria del sociale, viene deluso. Qualcosa di terribile accade, qualche scandalo si palesa: l’immaginario sociale non è adeguato a rispondere e si scontra con l’eccedenza simbolica dell’umano.

⁵³ Nessuna società sarebbe possibile senza una mediazione “simbolica” che qui è data dalla semantizzazione della persona. Ogni società storicamente data, ha elaborato le sue semantiche dell’individuo, così da poterlo riconoscere come membro a pieno diritto (Archer 2007). Il registro del simbolico, il suo ordine, pone i confini di significato condiviso entro i quali gli individui vengono socializzati e diventano persone riconosciute come tali.

Accadono cose che ripugnano al simbolismo dell'umano che rimanda, nella sua eccedenza di senso, a un Reale mai comunicabile. Proprio in questa necessaria distinzione e connessione tra i tre registri, si gioca la costante e crescente sfida che deriva dalla richiesta e dalla evoluzione semantica di diritti umani "responsivi", cioè capaci di salvare-immunizzare l'individualità ineflabile dai poteri assoggettanti del sociale, mentre simultaneamente la si riconosce (sempre) entro una definita semantica sociale. Il Reale dell'uomo, la sua latenza inesauribile, prepolitica e presociale (si sarebbe detto un tempo: la sua natura), mai del tutto definibile e comunicabile in quanto auto-trascendente (il sociale), sfonda e sfugge costantemente i registri dell'immaginario, simbolizzando una mancanza, una assenza, una violazione e rimandando oltre quello a una situazione più piena di senso. Proprio attraverso lo scandalo, la contraddizione, la pietra d'inciampo che fa dire «No, non è possibile che ciò sia accaduto! No, bisogna assolutamente che ciò non accada più!»; proprio attraverso la negazione, il registro immaginario iper-identificante viene spezzato e rielaborato simbolicamente⁵⁴. Così il simbolismo dei diritti umani è la spina nel fianco di ogni ideologia immaginaria che vorrebbe ridurre l'immagine dell'Uomo a qualcosa di simile a un Noi specifico e spazio-temporalmente prefissato⁵⁵.

È proprio su questo frangente che Teubner si distingue in modo rilevante dalla teoria di Luhmann: sul valore della "forma persona". Secondo Luhmann (2018a), le *persone* non sono sistemi (come per esempio il corpo, la psiche o la società) e quindi non hanno una realtà empirica in sé e per sé. Sono invece delle ri-costruzioni del sistema sociale che le utilizza per identificare, localizzare e definire i sistemi psichici, cioè per accoppiare strutturalmente lo psichico con il sociale: per sincronizzarli in un evento condiviso. La comunicazione sociale ha bisogno di punti di identificazione per delimitare le possibilità e ridurre l'orizzonte delle aspettative entro processi caratterizzati da doppia contingenza (Luhmann 1984). Al centro del problema sta la costituzione di sistemi sociali e non quella del riconoscimento di sistemi psichici o del rispetto di personalità equilibrate, che sono e rimangono nell'ambiente della società. L'essere umano è incluso in quanto escluso; ma escluso non come espulso, bensì come rimando virtuale a una realtà

⁵⁴ Si noti che allora la Realtà dell'umano (la sua "Natura"?) e la cultura dell'umano (la sua semantizzazione immaginaria storicamente contingente) non sono incompatibili. Stanno in un rapporto di reciproco conflitto creativo mediato da simbolismi profondi.

⁵⁵ Ma, attenzione, quello stesso simbolismo, se viene colonizzato dall'immaginario o se è inadeguato a rispondere del Reale dell'umano, può mettere in pericolo l'individualità. Non è un caso che la stessa cultura dei diritti dell'uomo sia stata criticata come struttura rigida e ideologica della società proprio in quanto, da punti di vista diversi, riguarda solo un tipo di uomo (bianco, occidentale, borghese, maschio, lavoratore, sano, etc.) escludendone altri; è un concetto androcentrico che esclude il femminile; è utilizzato contro altri uomini, etc.: in pratica perché anch'esso esclude qualcosa d'Altro, costringendo l'umano dentro a un "Noi" immaginifico (Zizek 2001).

inattuabile. Su questo non ci sono differenze sostanziali tra Luhmann e Teubner. Dal punto di vista prettamente giuridico, invece, quando Luhmann tratta dei diritti umani e/o fondamentali, lo fa sempre avendo come riferimento sistemica la società, cioè senza però mantenere un rimando all'ambiente individuale. Perciò i diritti fondamentali vengono concepiti come istituzioni che garantiscono alla società di differenziarsi, in particolare attribuendo diritti soggettivi capaci di infrangere la forma simmetrica della norma della reciprocità tipica della differenziazione per strati: «i diritti fondamentali servono a regolare la comunicazione in modo tale che rimanga complessivamente disponibile per la differenziazione» (Luhmann 2002b, 59). In specifico il problema dei diritti fondamentali – e poi umani – sorge per difendere la differenziazione sociale dall'emergere di un sottosistema politico che, come ogni nuovo sottosistema rilasciato nel processo stesso di differenziazione, ha tendenze espansionistiche: «i diritti fondamentali ottengono, a tale riguardo, la loro collocazione come istituzioni della società nel suo complesso. Essi bloccano le tendenze espansionistiche, strutturalmente condizionate, del sistema politico nell'interesse del mantenimento di un ordine comunicativo differenziato che, nelle sue singole sfere, è riferito a specifici problemi funzionali della società» (Luhmann 2002b, 290). Come vedremo più avanti, i diritti umani dicono No! a certi tipi di comunicazione ritenute scorrette. Possono essere utilizzati come strumenti di conflitto sociale interni alla società. Una comunicazione confligge con un'altra comunicazione producendo quella “resistenza” interna al sistema, quella memoria che è la sua unica forma di realtà (senza alcun accesso diretto all'ambiente umano). Il sistema sociale si pone in pericolo endogenamente e cerca di salvarsi con l'invenzione dei diritti umani⁵⁶: bisogna quindi difendere la società da sé stessa! Metterla in allarme; predisporre forme di conflitto mediate dal diritto che la immunizzino da sé stessa.

A differenza di Luhmann, Teubner cerca di elaborare una semantica di diritti fondamentali capace di renderli “responsivi” della complessità dell'individuo. A fare la differenza è proprio il concetto di responsività che, al suo interno, mantiene un duplice riferimento-rimando alla “adeguatezza” e alla responsabilità (ma di questo diremo dopo). Per Teubner l'individuo è sì un complesso di fenomeni mentali e corporei che stanno nell'ambiente della società. Ma, prima che diventi socialmente una persona – con i suoi diritti e doveri giuridicamente costruiti-riconosciuti – anche mente e corpo posseggono diritti intrinseci “latenti”, da intendere come tendenze all'auto-sussistenza e all'integrità in quanto differenze reali dal sociale: *conatus vivendi*, autopoesi. Occorre *ridistinguere* tra esseri umani e persone. Gli esseri umani

⁵⁶ Si noti che questo processo è descritto, per esempio, da Slavoj Žižek (2011), come la formazione di un potere politico osceno che possiede un potere incondizionale e che non è legato da alcun diritto. Un potere eccezionale. Solo entro questo messaggio latente ha senso parlare dell'emergere di diritti umani.

sono latenze presociali, e quindi pre-personali. Questa *vita*, che si vuole libera, non possiede alcun forum giuridico dove poter attivare il diritto e mai lo possederà. E proprio questa contraddizione, se comunicata, diventa un conflitto che attiva il “discorso” dei diritti umani. I diritti dell’uomo, in senso specifico (e a differenza di Luhmann), vanno riferiti proprio a questa latenza. Quando la sofferenza psichica e mentale riesce a irritare la comunicazione, allora e solo allora, può entrare nella sfera del sociale e del diritto (il quadro di E. Munch, *L’urlo*, esprime simbolicamente, per esempio, proprio uno di quei momenti!). Ma lo fanno in modo del tutto approssimativo, immaginario, e senza mai toccare la realtà del mentale e dello psichico, che è ontologicamente intoccabile. Allo stesso modo non sono diritti semplicemente positivi, se con ciò indichiamo la decisione del volere sociopolitico del momento: appresentano simbolicamente qualcosa di presociale che preme, lotta, per la sua sussistenza e il suo riconoscimento, confliggendo con il registro immaginario del sociale. Ri-presentano quella realtà presociale, velandola mentre la svelano: *ri-velandola* attraverso il loro conflitto con il sociale. Secondo Teubner, i “diritti” *latenti* diventano così, prima diritto *vivente* (pretese di riconoscimento) e poi se specificamente elaborati, diritti umani, in senso specificamente giuridico.

Questo processo d’emersione dei diritti dell’uomo non ha come correlato né una società organica né tantomeno costituita da istituzioni ordinate gerarchicamente. Nella teoria teubneriana, la società prende la forma di una matrice di processi comunicativi anonimi. Questa rappresentazione serve a pensare il sociale non più in termini di un insieme di macro-attori istituzionali – il cui paradigma è ancora lo Stato – a cui attribuire volontà, progetti e azioni. Quel tipo di “sociale” è, per così dire, troppo legato alle logiche moderne d’identificabilità e attribuzione di capacità di *agency*. Il processo di differenziazione funzionale che si globalizza, va invece ormai raffigurato nei termini di un flusso di comunicazioni anonimo che viene codificato molteplicemente⁵⁷. Ne consegue una società policontesturale dove il conflitto-collisione tra: 1) le diverse razionalità dei sottosistemi; 2) i sottosistemi sociali e la società; 3) i sottosistemi sociali e i loro ambienti umani e non umani, è endemico.

Teubner elabora ulteriormente questo potenziale endemico di conflittualità analizzando come, non tanto o solo individui umani, quanto una rete complessa di attori collettivi, si difende dal pericolo di una logica economica

⁵⁷ Qui vediamo una possibile riflessione sistemica sui processi di razionalizzazione di weberiana memoria – costituenti sfere di senso autonome e reciprocamente in competizione – che si coniugano ai processi di astrazione del legame sociale di marxiana memoria e alle dinamiche dei micropoteri, descritte da Foucault. Il risultato è la frammentazione del sociale, che – per usare una metafora sloterdijkiana – si trasforma in una sorta di schiuma costituita da miriadi di bolle chiuse l’una all’altra e in continuo scontro (2009). Ogni bolla sviluppa una sua razionalità che tende a colonizzare-assoggettare le altre.

che espandendosi non sembra voler rispettare i diritti “comunicativi” in gioco (Hensel e Teubner 2022). Di nuovo la logica che si osserva è simile a quella che descrisse Karl Polanyi ne *La grande trasformazione*. Un sottosistema particolare, nel caso in esame, quello economico (agito dalle multinazionali farmaceutiche), cerca di imporre al sistema scientifico e della sanità (agito da ricercatori, scienziati, medici) certi medicinali, facendo pressione sulla pubblicazione o sulla non pubblicazione di determinati risultati delle ricerche e test che riguardano le loro sperimentazioni. Si tratta del *publication bias*, cioè delle strategie di pubblicazioni selettive, clausole di censura nelle ricerche, licenziamento di ricercatori, finanziamento di ricerche mirato, etc. Quando, per esempio, a un ricercatore viene imposto contrattualmente di non pubblicare i risultati negativi di una sperimentazione, si trascendono i rapporti conflittuali tra diritti individuali e multinazionale che potrebbero essere mediati dallo Stato. Si attiva invece una rete di rapporti e di intralacciamenti che riguardano, da un lato le razionalità specifiche e autonome di diversi sottosistemi sociali (scienza, sanità, economia); dall’altro la rete di istituzioni e organizzazione che operano entro quelle logiche (multinazionali, istituti di ricerca, associazioni di pazienti, etc.) e ancora le strategie di pubblicizzazione della scienza e di costruzione di una opinione pubblica informata. Dentro a questa complessità e densità societaria, la relazione tra diritti fondamentali individuali, riconosciuti dallo Stato e quindi tradotti entro il campo del diritto privato per diventare effettivi, non sembra essere adeguata. I diritti fondamentali devono diventare delle norme di collisione in un contesto più complesso. Cosa collide, infatti, in questi casi? Razionalità autonome diverse che si manifestano in modo impersonale e anonimo (il politeismo dei valori weberiano, il dissidio di Lyotard); media comunicativi in espansione che codificano la realtà in modo non gerarchizzabile rifiutando qualsiasi mediazione di terzi valori; danneggiati che non sono solo individui, ma pure processualità sociali (come, per esempio, la ricerca scientifica o la cura sanitaria). Questa complessità che si scontra in modo non ordinabile da parte dello Stato (trattandosi spesso di “casi” che trascendono la nazionalità), deve poi attivare dei contropoteri societari capaci di fungere da dispositivi immunitari.

Ciò che Teubner sta descrivendo è l’emergere di quella che chiama una “violenza strutturale” che produce dei danni. Questa struttura non è composta da attori individuali o collettivi già determinati e riconoscibili. Il problema dell’osservazione è proprio quello di non riuscire ad attribuire ex ante una colpa a qualcuno. Saranno le procedure a costruire questi “indirizzi-di-attribuzione” che, al momento della violenza, sono ancora processi anonimi, reti, logiche comunicative. Entro queste processualità fluttuanti, però, una aspettativa sociale viene chiaramente contraddetta. Un diritto – quello della ricerca scientifica libera, della pubblicabilità dei suoi risultati, del poter essere curati in modo adeguato con medicinali adeguati, di potere essere

informati in modo veritiero quale opinione pubblica, etc. – viene attaccato da una logica comunicativa (la creazione di utilità economica) che non vuole rimanere limitata entro la sua legittima autonomia normativa. Il denaro vuole riprodursi senza alcun limite. Il media della comunicazione non esercita la sua forza motivazionale attesa, come premio per una impresa-investimento riuscita. Trae ragione dalla sua mera autoriproduzione: denaro per il denaro, avrebbe detto Marx. È chiaro che questo plusvalore del sistema, genera un allarme e viene vissuto dall'ambiente come una minaccia e uno scandalo. Il difficile equilibrio tra chiusura e apertura sistemica, il bilanciamento paradossale tra auto ed eteroreferenza, viene pervertito e, se comunicato, genera un conflitto. Si trasforma in una “febbre” che segnala un possibile blocco dell'autopoiesi. Nel caso del *publication bias* l'allarme tocca, almeno, due logiche. In primo luogo, segnala che il diritto di libertà di ricerca scientifica (e di pubblicazione trasparente dei suoi risultati), entra in contraddizione e poi conflitto con il diritto a fare utili economici. Nessuno dei due valori può essere escluso e neppure sostituito. Se la scienza non comunica verità (scientifica) nessun altro sistema può farlo: né la politica, né la religione, né l'economia, né il diritto, etc. Lo stesso vale per la generazione di utile economico (o per la ricostruzione di solvibilità economica) che non può essere prodotta al di fuori dell'economia. Non solo i due sottosistemi sono insostituibili, ma se non producono i loro “valori”, la società intera va in crisi. Che questi due mezzi di comunicazione simbolicamente generalizzati (verità e solvibilità-utile) siano codificati in modo specifico, autonomo e insostituibile, non significa che debbano in qualche modo “dialogare”: è vero anzi il contrario. Proprio la differenziazione funzionale e l'autonomia delle logiche societarie che ne deriva, richiamano a un maggior intreccio operativo tra i sottosistemi. Senza denaro, poca ricerca scientifica; senza verità scientifica, poca tecnologia e innovazione; senza tecnologia poca sanità; etc.

Le società funzionalmente differenziate sono altamente integrate: se va in crisi un sottosistema, le ripercussioni colpiscono la società intera. L'evoluzione sociale, almeno quella dell'Occidente, ma ora molto globale, ha però costruito delle regole di “incontro” tra i sottosistemi che ne facilitano gli accoppiamenti. Per esempio: se un trial di un medicinale in sperimentazione, su cui una multinazionale farmaceutica ha investito somme enormi di denaro, porta a risultati negativi, questa notizia va riportata nel rapporto di ricerca e poi pubblicata su riviste specializzate e controllata mediante peer review. Questa è la “regola di incontro”. Se, invece, la farmaceutica imbavaglia la verità, o paga i ricercatori per non dirla, o acquista le riviste per controllarli, allora si attiva una contraddizione tra strutture di aspettative: da un lato la verità, dall'altro l'utile. Se la contraddizione è comunicata mediante un No!, allora questo No! diventa un allarme che riguarda il sottosistema della scienza (un anticorpo) che, se comunicato in un certo modo, può anche trasformarsi in uno scandalo sociale. Lo stesso vale per la seconda

contraddizione, quella tra le aspettative riposte sulle case farmaceutiche e quelle che concernono il sistema sanitario. Le prime operano legittimamente solo se, inseguendo un utile lecito e socialmente atteso, mettono sul mercato medicinali utili e a prezzi abbordabili. Il sistema della sanità opera legittimamente se le sue organizzazioni acquistano e usano medicinali e tecnologie che curino i pazienti. Se anche qui una delle aspettative è disattesa, si creano contraddizioni, conflitti e scandali. E se non si creano, ma poi lo si scopre, lo scandalo è doppio a dimostrare quanto l'allarme sociale sia fondamentale per segnalare rischi e pericoli. Quando Teubner presenta il *trial-registration* come contro-istituzione sociale adatta a proceduralizzare la norma di collisione tra sottosistemi, sta proprio mostrando l'attivazione del sistema immunitario della società. Il *trial registration*, come procedura obbligatoria di pubblicazione, va a rafforzare le difese immunitarie sociali laddove è stato segnalato il pericolo di assoggettamento di un sottosistema (scientifico) da parte di un altro (economico). Va sottolineato come questa contro-istituzione a cavallo tra organizzazioni farmaceutiche, scientifiche, editoriali, etc., funziona facendo leva sul nuovo "centro" del sistema scientifico che non sono più tanto i "centri di ricerca" (chiaramente necessari), quanto il sistema internazionale delle "riviste" scientifiche. È lì che la scienza può circolare velocemente, mantenendo la sua razionalità autonoma garantita dai round di peer reviews. A garantire i diritti fondamentali della ricerca non è quindi più tanto lo Stato con la sua amministrazione, quanto le organizzazioni e le procedure della scienza che, tra l'altro, diventano sempre più globali andando a sollecitare processi simili alla auto-costituzionalizzazione della scienza.

Anche in questo caso, dunque, la collisione – mediata dal diritto – ed attivata da allarmi, scandali, conflitti, contraddizioni, è produttiva di norme che attraverso il No! vanno a garantire l'autopoiesi dei sottosistemi, anche laddove le loro strutture di aspettative sono in stallo. Dalla violazione, dallo scandalo, dal male, origina il diritto e il bene (Alexander, 2006b). E in questo caso il problema a cui reagisce il sistema immunitario è la condensazione troppo rigida di logiche sociali (nel caso specifico: economiche) che vanno trasformate. Il Diritto si arricchisce di aspettative di apprendimento e di cambiamento che, apparentemente, ne mettono in dubbio la funzione sociale: quella di tenere ferme le aspettative davanti ai fatti. Ma quando i fatti diventano conflitti, il sistema giuridico può anche reagire cambiando le sue strutture troppo rigide.

3.1.3 Nuovi rischi, nuove immunità. L'invenzione di una personalità digitale per difendere la società dalla autonomia decisionale non-umana

Nello spazio che si crea dallo scontro tra la matrice sociale e l'integrità di psiche e corpo, riemerge la questione dei diritti fondamentali (o diritti

umani). Lo scontro non avviene più tra attori privati (individuali o collettivi), con o senza la mediazione dello Stato, e individui; ma tra esseri umani e matrici sociali. Il problema, ovviamente, diventa: come è possibile citare in giudizio una matrice anonima? Per rispondere a questo problema la società crea ancora nuove distinzioni! È infatti in atto un enorme processo di costruzione di nuovi “attori”, cui possono essere attribuite capacità di *agency*. E se vi è *agency*, vi è attribuzione di responsabilità, quindi si apre il campo del diritto. La prima mossa è quella di ridurre la complessità della matrice, condensandola in istituzioni, cioè attori collettivi, riconoscibili dal diritto. Può essere quindi applicato l’“effetto della terza parte”, quale artificio semantico per *localizzare* il potere anonimo della matrice. Il futuro della società, e del suo diritto, vedrà certamente l’emergere di molti attori – umani e non umani – che, producendo effetti sociali, dovranno venire giuridificati. Anche in questo ambito bisogna riflettere su come la società possa difendersi da sé stessa mentre simultaneamente apre lo spazio per nuovi partner della comunicazione. In particolare, Teubner affronta qui il problema dei *confini* della società e delle influenze che le sue comunicazioni hanno sull’ambiente (Teubner 2015a; 2019). Il diritto, in quanto sistema sociale autopoietico, da sempre costruisce i suoi soggetti – che possono essere individuali o non individuali – attribuendo capacità giuridica, per esempio, a collettività. In generale però si tratta sempre di piccole o grandi organizzazioni composte da esseri umani. L’evoluzione sociale propone oggi nuovi e più radicali scenari: in particolare il problema di come considerare gli esseri naturali non umani (tema dell’ecologia) e quelli che sono artificiali, ma che possiedono una peculiare capacità di selezione (per esempio, agenti elettronici dotati di reale IA). La posta in gioco è enorme: permettere alla società, cioè al sistema della comunicazione, di estendere il suo dominio, di creare nuova *varietà*, permettendo la creazione di nuove risorse e partner comunicativi. Il *telos* è quello di aumentare sempre più le possibilità di comunicazione, cioè di scambio regolato, e mediante ciò, di *liberare* tutte le energie a disposizione *riconoscendo* il diritto di ciascuno di essere incluso nella società, come libero ed eguale, garantendo protezione dalle conseguenze dannose di questo “rilascio”. Questa è l’*Agenda* della Modernità, con tutto il suo grandioso strascico di lotte per il riconoscimento della libertà e dell’eguaglianza. Ed è evidente che ridurre questo “gioco” ai soli esseri umani (ma poi chi? i bianchi, maschi, con proprietà, maggiorenni, mentalmente normali, eterosessuali, i già nati, etc., solo per ricordare i *focus* di alcune delle battaglie civili della Modernità che, appunto, hanno spinto sempre più in avanti la cerchia di soggetti umani garantiti dal diritto) sarebbe troppo restrittivo. Nella società della comunicazione diventa soggetto di diritto colui con il quale si può comunicare, sia esso umano o non umano, naturale o artificiale, individuale o collettivo, reale o virtuale.

Il problema va quindi affrontato ad un livello teorico molto astratto: quello dei processi di personificazione o, per meglio dire, di comunic-agentificazione degli attori sociali. La domanda a cui rispondere è fondamentale: perché le diverse società riconoscono forme così diverse di soggettività, individuale o meno, umana o meno? Va ricordato che una teoria ben attestata vede nella occidentalizzazione del mondo una restrizione di partner comunicativi: si compari, solo come esempio, la comunicazione delle società animiste, con quella delle società monoteiste⁵⁸. Questo processo di “riduzione” del sociale, durato centinaia di anni, oggi cambia di direzione. Stanno emergendo nuovi “poli” della comunicazione, non più legati al mondo della trascendenza, ma a quello dell’immanenza. Per Teubner questo nuovo ampliamento delle possibilità di comunicazione sociale, ha a che vedere con il fenomeno dell’incertezza, o per meglio dire della “intelleggibilità” (o meno) delle situazioni sociali. Se Ego può trattare un qualcosa come un qualcuno, cioè come un Alter ego, ne guadagna la creazione di un rapporto di tipo agenziale che, pur non eliminando il problema della previsione e della probabilità (tipico anche delle relazioni soggetto-oggetto), rende possibile trattare l’output di Alter non come un caso, bensì come una ragione. Tutto il problema delle “altre menti” e dell’intersoggettività, comincia qui. Attribuire intenzionalità sensata a qualcosa, è il primo passo per gestirla e, quindi, la condizione necessaria per cercare di influenzarla⁵⁹. Non si può comunicare con Dio, con una montagna – e neppure con una vacca – (sacra), a meno che non li si consideri come qualcuno con cui parlare o da ascoltare. Questa comun-agentificazione, implica tre condizioni.

Si comincia concependo un oggetto come qualcosa di “intrasparente”, indeterminato e non calcolabile: una *black box* davvero buia, ma non banalmente meccanica. Occorre, quindi, trasformarla in un soggetto – e quindi “schiariarla” - mediante la sostituzione dei processi interni banali (la macchina) con processi basati sul senso (il soggetto non banale). Questo è il problema delle “altre menti” e delle ragioni che diventano le cause dell’agire. In seconda istanza, i processi interni al sistema osservato vanno rimpiazzati con uno “schema di senso” molto particolare, quello della doppia contingenza, dove l’agire di Ego dipende da quanto si esso aspetta come reazione da Alter (e viceversa). In terza battuta bisogna chiudere questo processo trasformativo (da oggetto a soggetto), attraverso l’attribuzione di “indirizzabilità” di Alter. Al termine di questa trasformazione saremo passati da un oggetto meccanico – a cui non si poteva attribuire alcuna intenzionalità comunicativa – a un soggetto, cui viene riconosciuto il potere di processare senso autoreferenzialmente. Come scrive Lorentzen, citato da Teubner: «Personalità significa nient’altro che il significato simbolico delle capacità di partecipare alla

⁵⁸ Un riferimento classico è: Fuchs (1996).

⁵⁹ Qui il riferimento va al lavoro di Dennett e alla sua concettualizzazione di intenzionalità: si veda, per esempio Dennet (1993).

comunicazione, e non importa (ed è storicamente variabile) se le entità rilevanti siano dei, animali, spiriti, robot, o uomini». Il sistema comunicativo della società genera artefatti comunicativi per utilizzarli come ambiente sensato e quindi per potervisi connettere. Il diritto della società stabilizza aspettative normative su questi artefatti, attribuendo loro personalità giuridica, quindi diritti e doveri.

Naturalmente (sic!) tutto il problema sta nell'individuare come le entità possono diventare agenti. A chi attribuire capacità di elaborazione di senso, doppia contingenza e indirizzabilità? A un bancomat? A un delfino? A un feto? A una rete di aziende? A e-bay? A uno spirito (nella macchina) invisibile? A una famiglia? Alle generazioni future? Alla grande Gea? Qui la capacità di elaborare output imprevedibili è decisiva. Si prenda ad esempio il rapporto con un distributore di caffè. Se si inserisce la monetina e si seleziona "caffè ristretto", ma esce "caffè d'orzo", probabilmente ci se la prende con il meccanismo che non ha funzionato o con il tecnico che l'ha programmato male (e non con la macchinetta, a cui al massimo si dà un bel calcio!) e si fa causa alla ditta proprietaria. Ma se stiamo utilizzando una macchina dotata di intelligenza artificiale, che modifica gli *input* elaborando le differenze che vengono introdotte e che quindi non ha tutti i suoi *output* pre-programmati (da un programmatore umano), come la mettiamo? Se la macchinetta elaborasse dati sanitari del cliente, "scegliendo" per esempio la quantità di caffeina? Qui non è più possibile semplicemente fare causa al proprietario, perché egli potrebbe argomentare di non potere rispondere di attività autonome del sistema (e quindi attribuirgli responsabilità). Sono qui possibili due orientamenti.

Il primo, rappresentato dalla posizione di Luhmann, è che l'I.a. concerne soltanto la manipolazione di segni e quindi non la creazione di senso (1997, 522. In pratica la macchina non "sa" distinguere tra atto del comunicare e informazione e quindi non può comprendere e ancor meno comunicare. Perciò nessuna personalizzazione è qui possibile. Il secondo è rappresentato dal pensiero di Latour e dalla teoria della *Actor Network Theory*. Il filosofo francese compie una operazione diversa da quella di Luhmann. Riduce a soltanto uno i criteri di agentificazione: la doppia contingenza. Introduce perciò il concetto di Attante per concepire agenti non umani a cui la scienza ha dato voce (Latour 2000). Gli attanti, per potere essere operativi, devono però ibridarsi con gli umani perché, di per sé stessi, non hanno capacità comunicativa. Questa soluzione, che dà vita a tutta una nuova politica rappresentativa della Modernità, è certamente più tollerante di quella luhmanniana. Ma rimane un problema enorme e cioè che questa relazione con gli attanti è davvero fondata su una "finzione" che generalizza in modo eccessivo il concetto di personalità.

La proposta di Teubner sta nell'introdurre un concetto graduale di *agency* che derivi la sua coerenza e dalla plausibilità delle specificità di

funzionamento di ogni sottosistema sociale. La coerenza della *agency* rappresenta il meccanismo di “variazione” interno al sottosistema (in esame). Quando in un determinato sottosistema, la presenza o mancanza di agenzialità, entra in contraddizione con il suo “senso” complessivo, si attua un cambiamento di *status*. Esempi di “entità” che non erano considerate “agenti” e che a un certo punto della storia occidentale, sono stati “attivati” come partner autonomi di comunicazione sono: gli schiavi, i malati mentali, etc. In altri casi accadde che miriadi di attori, precedentemente concepiti come sociali – le divinità dell’Olimpo greco e i Lari e i penati romani, etc. – vennero *esclusi* dalla comunicazione e sostituiti, per esempio, dall’Unico Dio (con cui però, oggi, si fatica a comunicare). L’ammissibilità di questi nuovi attori non dipende solo dalla loro plausibilità in quanto indirizzi comunicativi, ma anche dalle loro condizioni sistemiche di riconoscimento pubblico, e poi giuridico. I criteri-motivi della selezione dei nuovi attori possono essere molteplici – politici, scientifici, giuridici, sportivi, mass mediologici, etc. – ma non sono gli stessi di quelli della variazione. Teubner conclude il saggio con due esempi estremamente interessanti. Il primo ha a che vedere con i diritti riconosciuti agli animali. In questo caso ci troviamo di fronte a qualcosa di simile a un attante ibrido composto dagli animali (non comunicanti) e dagli umani. Chiaramente non si vedono in giro ancora gruppi di animali organizzati che rivendicano diritti (a parte facile battute di spirito!). Si vedono piuttosto gli animalisti, esseri umani in carne ed ossa, che rivendicano i diritti per gli animali, *in vece* degli stessi. Qui l’elaborazione di diritti soggettivi s’attiverebbe per difendere gli animali dalle irritazioni pericolose del mondo umano. La parte debole sarebbe rappresentata dal mutismo comunicativo animale, salvato dalle buone intenzioni umane. Il secondo esempio, speculare al primo, ha invece a che vedere con la matrice comunicativa di attanti elettronici e mass mediali.

Teubner (2019) ha ripreso recentemente questo tema elaborandolo più a fondo in relazione alla “personalità digitale” degli agenti di software. L’incipit riguarda ancora il pericoloso attacco al mondo umano, da parte di “predatori” digitali (algoritmi, robot, software, con abilità di apprendimento): nuove specie digitali. La descrizione è, al solito, drammatizzata: esistono nuove minacce non ancora ben conosciute che attaccano il sistema sociale. Questo deve attivare il suo sistema immunitario, per trasformare il pericolo in una opportunità di auto-potenziamento difensivo. Il sistema immunitario si attiva mediante conflitti codificati nel diritto. In questo caso il pericolo si presenta come “buco nella catena di responsabilità” dovuto alla impossibilità degli umani di controllare l’autonomia agenziale digitale, da cui dipendono sempre di più. I nuovi *liability gaps* possono riguardare numerose eccezioni quali: le catene causali multiple che si attivano entro immense reti di computer (si pensi al caso delle Borse valori dove ha luogo un *high frequency trading*); stime e previsioni sbagliate basate su Big Data non facilmente

controllabili; rotture digitali dei contratti; responsabilità non contrattuali, etc. La soluzione sta nell'inventare uno status giuridico indipendente per queste entità. Ma quale e come?

In effetti un primo tentativo è stato, al contrario, quello di utilizzare categorie giuridiche tradizionali attribuendo le responsabilità agli esseri umani, in prima battuta i programmatori o i proprietari delle macchine. Ma proprio così si formavano i "buchi" laddove entravano in gioco le macchine e le loro logiche autonome. L'inefficacia di queste risposte ha attivato il Parlamento europeo che nel gennaio 2017 ha deciso di attribuire uno status giuridico speciale, quali persone elettroniche dotate di speciali diritti e doveri. Ma al momento tutto ciò pare esageratamente reattivo. Le macchine non mostrano ancora capacità "sogettive" di elaborazione autonomo di "senso": piuttosto possono decidere per output non prevedibili. Siamo ancora all'interno di una cornice Principale-Agente, dove però gli Agenti non umani di Principali umani hanno capacità di elaborazione enormi (ma non di "senso"). Inoltre, sempre più spesso, non si tratta della attività di agenti singoli, ma di reti o meglio di associazioni tra macchine in rete e umani. Questo problema di "riconoscimento", che deriva dai buchi nelle responsabilità, nasconde qualcosa di molto più rilevante. Il pericolo che arriva dagli agenti digitali è triplice: 1) quello relativo alle possibili autonome decisioni degli agenti; 2) quello inerente alle reti costituite da agenti digitali e umani; 3) quello che emerge dalla collaborazione in rete tra computer. Quale che sia il rischio, il punto che riguarda la nostra discussione ha a che fare con "irritazioni" ancora poco riconoscibili e quindi intrattabili dal sistema del diritto che deve trovare forme di regolazione per difendersi dai pericoli derivanti.

Questo "riconoscimento" comincia con la costruzione della capacità digitale d'azione. È qui che il sistema immunitario del diritto opera, mediante il riconoscimento-ricostruzione della irritazione – ancora enigmatica – che genera un blocco comunicativo non potendo, quell'"evento", connettersi ad alcuna struttura di aspettative pronta a riceverlo. Gli agenti digitali vanno concepiti, quindi, come algoritmi a cui viene ascritta una identità e quindi una capacità di azione, ma solo sotto certe specifiche condizioni. Non si sta antropomorfizzando la "macchina", paragonandola all'umano: al contrario l'algoritmo rimane senza-mente, un membro non-umano della società che, in quanto, membro acquisisce diritti e doveri. La traduzione da "corpo estraneo" ad "antigene" da trattare avviene mediante un processo specifico di trasformazione. In breve: l'output dell'algoritmo deve prendere la forma della comunicazione, cioè della sintesi tra i tre eventi dell'atto comunicativo, della informazione e della comprensione. Se questa traduzione non avviene, allora dal punto di vista sociale non si ha comunicazione e quindi l'evento non può essere realmente trattato. Laddove invece la sintesi avviene si tratta, a differenza della comunicazione tra umani, di una comunicazione asimmetrica: 1) le operazioni degli algoritmi non sono in nessun modo equiparabili a quelle

mentali. Sono segnali elettrici che operano su base matematica. D'altra parte, però, nel processo comunicativo conta normalmente e prevalentemente solo l'espressione esteriore della elaborazione; 2) nella comunicazione interumana la doppia contingenza (la scelta di Ego dipende da quanto si aspetta da Alter e viceversa) è simmetrica, mentre in quella con le macchine è solo tipica della parte umana. Anche questa asimmetria non osta a un processo comunicativo sensato, come la comunicazione con "entità" silenti ha storicamente mostrato; 3) l'evento della comprensione (della differenza tra informazione e atto comunicativo) avviene solo nella coscienza, come ricostruzione della autoreferenza dell'altro mediante propria autoreferenza. Le macchine e i loro algoritmi non sono capaci di quella prestazione. D'altronde neppure questo deficit impedisce un processo comunicativo sufficientemente complesso da funzionare come prestazione sociale. Anche nella comunicazione interumana spesso – e nella maggioranza dei casi – non occorre realmente "comprendere" le motivazioni profonde di un atto comunicativo. Lo stesso vale per la comunicazione con le macchine. Ciò che conta è che la macchina comunichi di aver interpretato il "testo" dell'umano ("apri Facebook, Alessia!"), cioè distingua tra atto comunicativo (l'emissione dell'umano che viene riconosciuta come tale e non come un suono nel sottofondo) e l'informazione ("apri Facebook" e non la finestra della cucina). Se ciò accade, la comunicazione procede, senza che all'umano venga in mente di chiedersi il perché. Nel caso Alessia aprisse un sito e non Facebook, il partner umano interpreterebbe che vi è stato un deficit nella trasmissione del segnale e non che Alessia stia facendo le bizze perché non ci è ricordati del suo compleanno. In una parola: non conta affatto la cosiddetta "intelligenza artificiale", bensì la "comunicazione artificiale" (Esposito, 2017, 250).

Una volta che al flusso di bit sia stata attribuita una "personalità", cioè una capacità di partecipare alla comunicazione sociale, occorre un secondo momento di "traduzione" affinché il sistema immunitario del diritto si attivi. Di fatti ogni sottosistema sociale crea il suo tipo di "persona" con cui poi ha a che fare. Nel caso del sistema del diritto, l'attribuzione di autonomia agenziale appare estremamente "graduata" e multidimensionale. Alcune "qualità" comunicative vanno ricostruite. In primo luogo, un "nome" o meglio un indirizzo comunicativo stabile e riconoscibile a cui attribuire agenzialità. In seconda istanza una "intenzionalità" come capacità di determinare scopi e perseguirli. La scienza da tempo si domanda se le coscienze umane sia realmente capaci di "libertà", ma ciò non impedisce alla comunicazione di presupporlo e, se il caso non si dà, di riconoscere i tipi di vincolo che rendono impossibile la sua espressione. Anche in questo caso non ha molto senso seguire metafore umane, richiedendo alla macchina di esprimere autonomia, auto-determinazione, libertà, etc. Gli unici che desidererebbero "farla semplice" sono probabilmente gli avvocati in cerca di business.

Per il sistema del diritto, il grado di agenzialità sufficiente e necessario sembra attestarsi sulla soglia della attribuzione di capacità selettive in condizioni di incertezza. La macchina deve andare oltre un mero rapporto stimolo-risposta o di semplice input-output. Il programma non deve predeterminare l'output e l'ambiente deve essere non troppo strutturato, cioè deve rendere possibile una alternativa. In sintesi, due sono i punti: la macchina deve poter selezionare tra alternative sulla base di qualche criterio; il programmatore non deve essere in grado di prevederlo, cioè predeterminarlo. Oltre a queste due qualità, deve esserci una memoria che ricorda la decisione e la rende osservabile ex post come decisione di qualcuno. Se queste condizioni sono date allora è possibile, giuridicamente, collegare una decisione a una responsabilità. Si noti che le condizioni possono essere modificate dal diritto: si potrebbe chiedere una capacità di apprendimento da parte della macchina, oppure addirittura la capacità di esprimere senso di colpa. La soglia sembra dipendere da due questioni intrecciate: 1) quanto il sistema sociale vuole "rischiare" nel delegare capacità selettive alle macchine, il che è relato a; 2) quanto aumento di efficienza questa delega produce per il sistema. È infatti chiaro che dal punto di vista evolutivo la potenza di calcolo delle macchine produce una quantità di variazioni che gli umani non sarebbero riusciti a produrre, né in termini di quantità né di qualità (e in poco tempo!). Il sistema giuridico, come sistema immunitario, prima riconosce queste perturbazioni trasformandole in qualcosa di estraneo, ma riconoscibile: poi attribuendo responsabilità permette di selezionare ciò che può essere mantenuto nel sistema e ciò che va enucleato ed espulso.

Non conta ora seguire come il diritto stia elaborando fattispecie e giurisprudenza per i rischi dell'autonomia degli algoritmi, della associazione con gli umani e di rete. Va invece sottolineato, a conclusione della argomentazione, come anche qui il "valore" da salvare sia duplice: da un lato, l'importanza dell'includere-riconoscendo nuove agenzialità nel sociale, così da immunizzarlo da eventi "estranei" ed incontrollabili; dall'altro, che questa inclusione operi mantenendo qualcosa dell'evento estraneo, facendo della sua pericolosità la forza del sistema. La logica immunitaria all'opera è chiara e somiglia a quella della vaccinazione. Riconoscendo e includendo parte dell'elemento estraneo, il sistema si protegge mettendovisi in contatto. Ma questo contatto avviene seguendo i suoi dispositivi – per il diritto: regole conflittuali generalizzabili.

3.1.4 La frammentazione giuridica della società-mondo e l'in(s)contro tra modernità e tradizione quali dispositivi di negazione affermativa nel diritto

L'elaborazione sociologica di Teubner procede in senso "topologico", per problematiche spaziali verticali e orizzontali. Tradotto nella teoria dei

sistemi ciò significa focalizzare la riflessione sulle relazioni tra ambienti esterni e interni ai sistemi sociali. Come abbiamo visto, il vettore verticale del pensiero teubneriano è rappresentato dal problema dell'emergere dalla latenza di nuovi diritti umani e dal loro "effetto orizzontale", così come dalla elaborazione di nuovi soggetti del diritto. In entrambi i casi il sistema del diritto si pone in relazione con il suo ambiente "esterno", la natura umana, o comunque riconosce l'*agency* a delle soggettività socialmente rilevanti. Il vettore orizzontale è invece rappresentato dall'ambiente interno del sistema sociale, cioè dall'insieme dei sottosistemi che codificano le comunicazioni, oggi, a livello globale. Potremmo anche dire che al cuore della sociologia di Teubner sta il problema del *potere* – in tutte le sue forme – che, da un lato, viene rilasciato durante i processi di evoluzione sociale e va ad aumentare la *requisite variety* del sistema nel suo complesso e, dall'altro, deve essere limitato perché potrebbe sempre delirare e assoggettare la libertà guadagnata. A questo processo di liberazione dei poteri, rispondono processi di giuridificazione altrettanto poderosi a livello globale. La domanda che si pone Teubner è se questa giuridificazione globale produce *un* sistema del diritto transnazionale "unitario" o qualcosa di diverso. La risposta è netta: la giuridificazione globale produce solo frammenti di ordine che scatenano le loro energie collidendo. Per testare questa argomentazione, Teubner utilizza due esempi che riguardano proprio degli scontri, quello tra: 1) ordini giuridici transnazionali diversi; 2) il diritto positivo moderno e ordini normativi di tradizioni culturali non occidentali.

Il primo in(s)contro è esemplificato dal caso GlobalSantaFe Corp., una società statunitense che nell'ottobre 2001 chiese di poter registrare il suo dominio sul *www* col nome "globalsantafe.com". Il conflitto nacque perché un cittadino coreano, tale Park, qualche mese prima registrò in Corea, un dominio con lo stesso nome. Mentre la Corte statunitense accusava Park di aver violato i diritti di proprietà di un marchio, questi faceva ricorso alla Corte di Seoul, bloccando il trasferimento del sito poiché la Corte americana non aveva giurisdizione sul caso (Korth e Teubner 2009). GlobalSantaFe Corp. chiese quindi alla Corte statunitense di riportare la registrazione negli Usa, e così avvenne. Cosa significa questo caso nella riflessione teubneriana? Innanzitutto, mette di fronte all'in(s)contro tra due regimi giuridici nazionali, quello coreano e quello statunitense, ognuno dei quali evidentemente legittimi entro i suoi confini. Fin qui si tratterebbe solo di armonizzare due regimi nazionali a un livello internazionale. Ma la realtà è molto più complessa. Infatti, la registrazione del nome dell'azienda avviene in un "terzo regno" virtuale, né nazionale né internazionale, quello del cyberspazio, il famoso World Wide Web, che è appunto globale⁶⁰. Questo spazio ha elaborato

⁶⁰ Non è mio interesse spiegare il caso dal punto di vista prettamente giuridico quindi limiterò le informazioni a quanto basta per comprendere l'argomentazione sociologica del saggio. Per ulteriori riflessioni su casi simili, si veda: Karavas e Teubner (2003).

privatamente le sue regole e la sua giurisdizione, mediante l'Icann (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). Chi deve, quindi, risolvere il caso? Le leggi nazionali, quella privata di Internet o un ibrido? E ancora: le regole dell'Icann, pur non essendo norme nazionali, sono davvero norme giuridiche valide che possono davvero collidere con quelle nazionali? Per poter rispondere a questi quesiti bisogna ampliare l'orizzonte d'osservazione dei fenomeni, generalizzandoli a livello di una reale globalizzazione.

Secondo Teubner il diritto, seguendo le logiche della differenziazione funzionale, si sta istituendo a livello globale e al di là delle legislazioni nazionali. Questo processo di *unificazione* del sistema giuridico, però, si auto-riproduce mediante atti giuridici guidati da differenti fonti e programmi che si orientano in modo plurivoco al codice legale/illegale. Si tratta dunque di una unità basata su processi capaci di trasferire/trasmettere il simbolo della *validità* giuridica tra ordini giuridici molto eterogenei. A crearsi è una complessa fenomenologia concernente un'*interlegalità* strettamente operativa, dove sistemi normativi paralleli e di diversa origine si *irritano* e disturbano, senza andare a costituire un super-sistema gerarchizzato, quanto una formazione eterarchica senza una vera e propria meta-regola definitiva di riconoscimento. Il sistema del diritto "globale", perciò, non è più concepibile a partire dagli Stati-nazione; anzi, il diritto nello Stato ne rappresenta solo una minima parte, così come il diritto internazionale tra Stati. La differenziazione del diritto non avviene più solo su base territoriale, seguendo confini politici, bensì per faglie e fratture funzionali differenziate a livello globale, a partire dalla cosiddetta Amministrazione transnazionale⁶¹. Emergono dunque *regimi giuridici transnazionali* che elaborano il loro diritto a partire da linee tematiche specializzate e che pretendono una validità giuridica globalmente riconoscibile. Con regime, secondo la definizione di Koskenniemi, si intende «una unione di regole che implementano particolari diritti, doveri e poteri e di regole che hanno a che vedere con l'amministrazione di queste regole, includenti regole particolari che servono a reagire alle rotture. Quando questo regime cerca precedenza riguardo alla legge generale, abbiamo un regime auto-contenuto, un caso speciale di legge speciale». Questi regimi vanno perciò a sovrapporsi a quelli nazionali, senza sostituirli. Prima di poter collidere producendo nuova normazione, occorre però che i regimi acquisiscano lo status di diritto valido e non semplicemente quello di lasche norme sociali, cioè che vengano riconosciuti entro il sistema del diritto. Da un lato, infatti, non tutte le aspettative normative della società, diventano diritto riconosciuto; dall'altro, aumenta in maniera esponenziale la domanda di giuridificazione delle comunicazioni sociali.

⁶¹ Non è un caso che il diritto amministrativo sia sempre stato, in letteratura, identificato come primo e classico esempio di globalizzazione giuridica. Si veda il classico: Kingsbury e Krisch (2006).

Quale è allora, il criterio, la prova, la certificazione, della validità giuridica? Certamente non il marchio del sistema politico nazionale: la Legge. Neppure il semplice riferimento al codice legale/illegale che da solo non basta. Ciò che conta, secondo Teubner, è l'istituzionalizzazione di processi generativi di regole secondarie. Il diritto transnazionale può dunque essere definito come «una terza categoria di ordini giuridici autonomi, oltre le categorie tradizionali del diritto nazionale e internazionale. Il diritto transnazionale è creato ed elaborato dai poteri generatori di diritto della società civile globale, è basato sui principi generali del diritto e nelle loro concretizzazioni in pratiche sociali. La sua applicazione, interpretazione e sviluppo è – almeno prioritariamente – sotto la responsabilità di gestori privati di soluzioni di dispute, ed è codificato – se lo è – entro cataloghi generali di principi e regole, forme standardizzate di contratto o codici di condotta che sono istituite da corpi privati di produttori di regole» (Calliess). Così per esemplificare: le fonti dell'Icann sono le regole secondarie che governano gli atti privati degli utilizzatori di internet (l'Udrp – *Uniform Domain Name Dispute Resolution* – le regole supplementari accreditate per la soluzione di conflitti e le regole per i panel dei provider. Nell'esempio di GlobalSantaFe, la regola di collisione va dunque trovata non a livello territoriale-nazionale, ma utilizzando una *Rule of Referral* del diritto privato internazionale. Solitamente viene utilizzato il criterio del *primary coverage* che risponde al quesito su dove la relazione in esame debba venire imposta (il problema del riferimento di competenze). Nel caso in esame, si tratta del livello transnazionale, a cui i livelli nazionali devono sottoporsi. Questo riferimento però lascia senza soluzione il problema del *public interest* che concerne la decisione – sulla base di criteri pubblici a compensazione degli interessi privati – relativa alla soluzione del conflitto. Infatti, il *primary coverage* tende a produrre un “effetto tunnel” che limita troppo l'attenzione del giudice sugli interessi in gioco che, perciò, vanno continuamente ricontestualizzati in una cornice più ampia di interesse pubblico. Tra queste cornici, le più rilevanti sono quelle dell'*Ordre public transnational* (il riferimento al livello globale) e alle specifiche razionalità degli altri sottosistemi implicati (cioè alla particolarità delle operazioni contestualmente in atto). Queste scelte non rendono però ancora giustizia alla decisione da prendere. Ad essa si perviene soltanto se si è capaci di riferirsi a una solida base di diritto sostantivo. Bisogna, perciò, scoprire una nuova regola sostanziale che integri gli elementi dei diversi diritti in collisione. Questo ultimo ibrido andrà poi a costituire un primo “mattoncino” della vera e propria *Lex Digitalis* che verrà.

Il secondo problema affrontato è rappresentato dal caso dell'“Albero di Neem”. Lo scontro, qui, è tra le garanzie da attribuire alla produzione e all'utilizzo esclusivo di conoscenze/saperi tradizionali vs saperi globali. Le razionalità tipiche dei sottosistemi sociali occidentali configgono aspramente con i saperi tradizionali perché, nel tentativo di utilizzarli, ne infrangono

l'integrità e la diversità. Siamo di fronte a un problema di rispetto della diversità culturale che crea immediatamente paradossi. Se la diversità è riconosciuta, allora non è più davvero diversa; se non lo è allora è intraducibile. Di nuovo un problema di immunizzazione dall'estraneo. L'albero di Neem (da cui il nome del caso giuridico) è considerato, specialmente in India, sacro ed è utilizzato per le sue numerose virtù salutiste. Una multinazionale statunitense acquistò un insieme di brevetti per commercializzare quel prodotto naturale contro determinati funghi. Attivisti di varie Ngo, spinti da altri attori della società civile, fecero causa alla multinazionale per appropriazione indebita e la vinsero perché i brevetti non creavano davvero un prodotto nuovo. Questo caso mostra una doppia frammentazione della società. In primo luogo, quella tra razionalità moderne e tradizionali: in seconda battuta tra le diverse culture. La distinzione fondamentale è qui tra la differenziazione funzionale – fortemente *disembedding* – che presiede la produzione di sapere moderno e l'*embedding* sociale del sapere tradizionale. Il pericolo è che gli attori della società funzionalmente differenziata, partecipino alla decostruzione-distruzione del sapere tradizionale, nel tentativo di sfruttarlo per le loro peculiari razionalità. Si pensi ad esempio a come la scienza moderna, separi – per forza e senza possibilità di integrazione successiva – la razionalità strumentale da quella riferita al valore (per esempio religioso o morale). Anche se volesse spiegare il sentimento religioso, la razionalità moderna lo potrebbe fare solo dal punto di vista scientifico, andando a tradire il vero senso del religioso. Lo stesso accade quando la scienza pretende di esaurire il senso di ogni fenomeno, come nel notissimo caso dell'amore (Prandini 2011; 2019). Il sapere moderno, in sintesi, è fondamentalmente *disembedding*, razionalmente definito, pubblicamente accessibile a tutti (in via di principio) e si scontra con quello tradizionale che è invece *embedded*, valorialmente definito, in molti casi esoterico. Per usare le variabili modello di Parsons, si tratta di un tipico scontro tra orientamenti “sociali” (universalistici, affettivamente neutrali, diffusi, acquisiti e riferiti al sé) e “comunitari” (particolari, affettivi, specifici, ascritti e riferiti alla collettività).

In questo caso la regola generale per lo scontro tra i due saperi deve proteggere e rispettare la tradizione, cercando di limitare l'espansione del sapere moderno perché esso potrebbe letteralmente “cannibalizzare le episteme tradizionali” (Fischer-Lescano e Teubner 2008). Ancora una volta occorre includere una parte dell'estraneo (la tradizione o la modernità, dipende da chi osserva) per poterla riconoscere e affermarla come fattore produttivo di nuovo diritto: il ricorso a diritti fondamentali è richiesto per realizzare questa operazione. Perché la loro funzione è quella di mettere in sicurezza l'autonomia delle sfere sociali, contro le tendenze espansive di altri sottosistemi. Occorre auto-immunizzare la società dalla sua potenza riproduttiva illimitata. Non si tratta però, qui, dello scontro tra diversi sottosistemi sociali o tra questi ed individui, ma tra *principi* sociali costitutivi. Qui osserviamo una

emergenza orizzontale tra principi di produzione culturale. È necessario dunque elaborare una forma ibrida di legalità capace di rispettare sia l'integrità della razionalità moderna che quella tradizionale. Il ricorso ai diritti di proprietà intellettuale di tipo individuale, non sono affatto sufficienti, perché quando si tratta del sapere tradizionale l'individualità e la proprietà non sono le categorie adeguate. Neppure costruire categorie collettive di proprietà è però adeguato, in quanto sarebbe una contro-mossa dal sapore tipicamente moderno che contrappone pubblico e privato intesi in modo occidentale! Quel che occorre è, invece, dis-individualizzare nel modo più radicale possibile i diritti in gioco e renderli trans-individuali, capaci cioè di riconoscere processi comunicativi autonomi. In ultima analisi i confini della "comunità", cui attribuire la produzione del sapere, vanno identificati secondo gli stessi parametri indigeni e non mediante categorie moderne.

Non si tratta affatto di una sfida semplice perché, in linea puramente logica, ci si trova dinanzi a un vero e proprio *dissidio*, o paradosso, irrisolvibile: proprio se il diritto moderno include-traduce quello tradizionale, allora lo esclude-tradisce! Il diritto moderno dovrebbe essere così responsivo da ricostruire le logiche e gli interessi del sapere tradizionale, in sé stesso. Un tentativo classico fu quello di inventare il concetto di diritto consuetudinario, che però non è mai stato del tutto compreso entro la forma moderna del diritto. Il problema è che il diritto moderno, in quanto tale, non può che corrompere la logica "indigena" se prova ad includerla in sé stesso. Ogni tentativo di traduzione di un sapere nell'altro, è di per sé stesso un tradimento: ogni tentativo di comprensione è un fraintendimento. L'unica possibilità è che questi fraintendimenti possano essere creativi e responsivi rispetto alle *condizioni di produzione* del sapere tradizionale. In pratica il sapere tradizionale viene *protetto* (difeso, immunizzato) se è utilizzato conformemente al "diritto consuetudinario" delle persone coinvolte. Gli attori occidentali debbono rispettare il principio del consenso "previo, libero e informato" degli autori indigeni coinvolti e le stesse forme di trasmissione del loro sapere. Non si tratta per nulla di proteggere il sapere tradizionale in quanto stock di sapere "morto" e "museificato", quasi si dovesse immetterlo in un mega file bibliotecario. La sua difesa non può avvenire mediante una esclusione netta del moderno. Bisogna invece proteggere la sua stessa forma di produzione – che è del tutto contestuale-*embedded* – e attraverso ciò, proteggere le condizioni generali per la preservazione delle culture locali. In sintesi, la protezione va sia al sapere, sia al suo radicamento sociale. Lo slogan sarebbe il quasi impossibile *Globalizza localmente la diversità!* Teubner ci mette perciò nuovamente di fronte al paradosso della *unitas multiplex*. Se da un lato la globalizzazione spinge al riconoscimento della varietà comunicative, dall'altro il processo di inclusione dei saperi tradizionali porta verso la loro esclusione, in quanto alterità-estraneità dal Moderno. L'unica via di uscita da questo paradosso di inclusione che esclude (inclusione escludente), è il

tentativo – dentro al diritto – di inventare nuove regole di in(s)contro che da un lato spingano al riconoscimento dell’altro, includendolo nel diverso.

3.2 Processi di costituzionalizzazione societaria transnazionale

3.2.1 Tra potere costituente e costituito: la riflessività del sistema come protesta contro sé stesso

La grande narrazione teubneriana è quindi simile a una “toccata e fuga” dei processi di creazione, liberazione e controllo del potere, inteso come capacità che ogni sottosistema sociale ha di imporre la sua propria logica su altre. L’operare dei sottosistemi sociali è allo stesso tempo la risorsa più importante e pericolosa della società. Quando si espande in maniera tumultuosa e incontrollata (quando ogni suo mezzo di comunicazione “inflaziona”), deve venire “addomesticato” e incorniciato entro dispositivi di limitazione, senza però che essi frenino in modo inadeguato i processi di differenziazione sociale. Tra questi *dispositivi*, la modernità, ha elaborato le costituzioni politiche, meccanismi per istituire e regolare il potere attraverso il diritto, risolvendo, in un colpo solo, il problema della sua legittimità e quello della validità del diritto (Luhmann, 2012; Thornhill 2010; 2916b). Nella contemporaneità, i poteri più minacciosi non sono però più rilasciati dalla politica statale e nazionale. Provengono invece dalla matrice anonima, costituita dai sottosistemi sociali differenziati per funzioni (economia, sanità, diritto, potere, verità, etc.) che ormai eccedono i confini politici degli stati. La soluzione sta nel generalizzare, prima, e rispecificare, poi, il concetto di Costituzione entro ogni sottosistema sociale funzionalmente differenziato a livello globale (Prandini 2010). Questo processo teorico-pratico, però, deve superare numerosi “ostacoli epistemologici”. Le costituzioni non statali, per poter essere realmente comprese, infatti, vanno analizzate in profondità così da evitare alcuni banali errori di interpretazione e porsi nella posizione giusta per valutarle.

Il primo punto che Teubner affronta, per ripensare il costituzionalismo societario, attiene alle false premesse che, in modo quasi invisibile, minano dall’interno la possibilità di svilupparne una teoria (Teubner 2011b; 2011c; 2012; Golia e Teubner, 2021). Cinque sono gli ostacoli epistemologici che vanno prima mostrati e poi corretti.

1) Primo errore: il costituzionalismo societario è una diretta conseguenza della globalizzazione. Questa prima linea argomentativa individua nella globalizzazione – concepita prevalentemente come movimento di mercantiliz-zazione neoliberale della società – i limiti e le debolezze della proposta del costituzionalismo societario. L’argomentazione solitamente segue tre linee: i) gli stati-nazione subiscono un processo di de-costituzionalizzazione a causa dell’incremento di potere delle organizzazioni transnazionali; ii) gli

effetti extraterritoriali dell'azione dello Stato creano uno spazio di diritto senza reale legittimazione democratica; iii) non esiste alcun mandato democratico per le organizzazioni transnazionali. Secondo Teubner, queste argomentazioni nascondono il “peccato originale” del costituzionalismo Stato-centrico moderno. È tipico della forma costituzionale statale il non poter chiarire se le costituzioni politiche possano applicarsi ai settori non politici della società. In altri termini, rimanendo sul meridiano dello Stato, non si è capaci di chiarire il problema del potere *sociale*. Ogni potere sociale (economico, scientifico, giuridico, dei mass media, dei sistemi formativi, etc.), va regolato da processi decisionali politici o va protetto nella sua autonomia? La teoria sociologica chiarisce che il problema del costituzionalismo societario emerge, invece, per altri motivi e precisamente a causa della differenziazione funzionale che definisce strutturalmente la modernità. La problematica è per così dire rimasta in latenza durante la modernità stato-centrica, ma era già ben presente in essa. Il *welfare state*, in particolare, ha sempre nascosto le sub-costituzioni civili ma, simultaneamente, le ha segretamente riconosciute dentro ai tentativi di organizzare la relazione tra apparati statali e società civile, per esempio, mediante la dottrina e la pratica del corporativismo e neocorporativismo. La globalizzazione, perciò, ha soltanto svelato questa latenza, aprendo il vaso di Pandora delle costituzioni societarie. Il tema pertanto non è come compensare la “fine dello Stato costituzionale”, quanto come generalizzare e rispecificare le sue funzioni e strutture a livello globale (se possibile).

2) Secondo errore: la sfera transnazionale deve essere costituzionalizzata dal nulla. Questo è il tema del trasferimento di poteri statali a organizzazioni, regimi e reti non statali. Si presume che questo trasferimento sia avvenuto senza che alcuna costituzionalizzazione desse forma alle nuove fenomenologie. A contrario, secondo Teubner, siamo già in presenza di un primo abbozzo di ordine costituzionale transnazionale, a cominciare dai patti commerciali che vennero siglati a partire dagli anni '40 in Europa e nelle Americhe, fino alle recentissime discussioni sulla regolazione dei mercati finanziari. Al centro del problema non sta dunque la creazione *ex nihilo* di nuove costituzioni, bensì la trasformazione di un ordine costituzionale transnazionale già *in nuce* e *in actu*. In generale, sino ad oggi, si sono sviluppate più le strutture costitutive (istituenti) che quelle limitative (regolanti) dei sottosistemi, ma non appena questi si “costituiscono” – e cominciano ad emergere gli effetti problematici del loro operare – anche le strutture limitative vengono elaborate.

3) Terzo errore: bisogna concepire la *governance* degli attori transnazionali come una forma di politica istituzionale. Questa linea argomentativa coglie nella “privatizzazione” del potere, ormai effettivamente ben al di fuori dello Stato, il punto di innesco dei processi di costituzionalizzazione globale. Certamente si tratta di un punto necessario, ma non sufficiente per

comprendere i processi in atto. Secondo Teubner bisogna prendere in considerazione l'emergenza di regimi privati – connessi o meno alla politica istituzionale – e chiedersi fino a che punto le analogie con le costituzioni politiche possano servire, o meno, a comprendere le innovazioni in essere. Se nella modernità il diritto è stato prevalentemente *embedded* negli stati-nazione, ora il diritto viene elaborato a livello di regimi transnazionali (post-nazionali) che si condensano su tematiche specifiche e non sulla base di una differenziazione territoriale. Quello che sta verificandosi, a livello di una globalizzazione policentrica, è un diritto senza Stato cioè un pluralismo giuridico globale. I confini del diritto non sono più quelli dello Stato, bensì quelli di entità transnazionali che producono un loro diritto sostanziale.

4) Quarto errore: gli effetti orizzontali dei diritti fondamentali vanno ridotti ai doveri basilari degli Stati. Il dibattito sui diritti fondamentali rimane fortemente limitato al gioco stato-mercato. L'argomentazione erronea tematizza quei diritti a livello privato, ma li connette in modo troppo stretto con le politiche dello Stato; in buona sostanza, li riconosce soltanto se possono essere imposti dagli Stati. Ma, in questo modo, l'obbligatorietà è solo mediata e mai immediata e, pertanto, non si riconosce davvero il problema dell'eccesso di potere delle diverse sfere sociali sui loro ambienti, in particolare sulle coscienze e sui corpi. Se si vuole elaborare una vera costituzionalizzazione dei sistemi sociali globali, occorre invece ripensare i diritti fondamentali come effettivi ogniqualvolta che, nella matrice del sociale, si fa un uso distruttivo del potere.

5) Quinto errore: bisogna istituire una costituzione globale unitaria. Esiste un fronte teorico molto forte che avanza l'idea della possibilità di una costituzione globale unitaria, del tipo di quella – per semplificare – che si concretizzerebbe nella costituzione dell'Onu. In realtà si pensa sempre a un insieme di attori politici e sociali che formano una specie di super-organismo globale, un meta-Stato di Stati. La prospettiva sociologica è invece molto scettica riguardo a questo punto. Descrive piuttosto un mondo frammentato, non tanto da riaggregare, quanto da costituzionalizzare in modo differente da quello moderno statale e nazionale. Al posto dell'unità, subentra una doppia frammentazione: a) ogni sottosistema si auto-costituzionalizza e si scontra con gli altri sottosistemi; b) ogni area del globo elabora le sue forme culturali di costituzione e di diritto, scontrandosi con quelle tipicamente occidentali. L'unica soluzione è allora quella di creare un "diritto del conflitto tra i diritti", da cui possano emergere soluzioni contingenti, flessibili, ma viabili. Questo sarà il punto centrale della nostra argomentazione.

Una volta identificati questi cinque ostacoli epistemologici, i problemi non sono finiti. In realtà il processo di costituzionalizzazione procede a diverse velocità a seconda di quanto i sottosistemi sociali abbiano raggiunto una loro autonomia a livello transnazionale (Teubner 2014b; 2012b; 2011a): e quanto più l'hanno raggiunta, quanto più trovano negli stati-nazione

proprio quelle organizzazioni politiche che vogliono difendersi dagli stessi processi di autonomizzazione. In effetti se nella modernità all'istituzione degli stati è seguita la loro costituzionalizzazione, questo non avviene in modo semplice per i sottosistemi differenziati per funzioni. Sono presenti numerosi processi di costituzionalizzazione che però non sono ancora confluiti in vere e proprie costituzioni. Per fare alcuni esempi, l'ONU, così come numerosi trattati internazionali, ha elaborato norme di tipo costituzionale, ma non ancora paragonabili a quelle delle costituzioni statali. Lo stesso vale per la costituzionalizzazione del diritto internazionale. Riflettendo sui diritti umani, Peters ha suggerito che essi possiedono cinque caratteristiche specificamente costituzionali: 1) limitano la sovranità degli stati; 2) rendono alcuni valori fondamentali, universalmente vincolanti; 3) stabiliscono una gerarchia di norme; 4) posseggono lo status di diritto positivo; 5) forniscono una base argomentativa a favore dell'estensione del diritto internazionale. Il diritto internazionale subisce una morfogenesi quando, da mero strumento di trattati tra stati nazione, si trasforma in una sorta di *Ordre Public International* che obbliga la volontà degli stati partecipanti, in relazione a una idea autonoma di bene pubblico. Un candidato più interessante a rappresentare una vera costituzione societaria, è quello del diritto amministrativo globale, poiché esso mira proprio alla regolazione diretta dei processi sociali e non tanto alla loro politicizzazione. Ma neppure esso può essere considerato un caso di costituzione globale già definito. Il problema sta a monte, nella pretesa che attraverso questi processi si possa costituire una sorta di "comunità" politica. In realtà, al momento, è solo possibile una frammentazione costituzionale cioè la creazione di isole costituzionali, laddove i processi sociali lo richiedono.

È da queste consapevolezza che inizia il lavoro di ricostruzione teorica di una idea di Costituzione non statale. Le Costituzioni dei sottosistemi sociali transnazionali non possono attingere a risorse politico-giuridiche, come accadde per gli Stati nazione. Possono soltanto sfruttare la forza dei conflitti e della domanda di giuridificazione che giunge dai processi quotidiani, per elaborare norme di qualità costituzionale che si aggregano in modo imprevedibile andando a formare "frammenti" di una Costituzione globale. I candidati principali rimangono le organizzazioni internazionali che trattano di questioni fondamentali per la globalizzazione: il Wto per l'economia; l'Icann per Internet (Golia e Teubner 2022); le organizzazioni che producono standard globali, come ISO, per fare solo alcuni esempi. Ognuna di queste organizzazioni, nata spesso come controparte degli Stati nazione, si libera di quel riferimento territoriale e comincia ad operare globalmente. Non bisogna però pensare che i sottosistemi globali, differenziati per funzioni, si costituzionalizzino in quanto sottosistemi. In realtà sono le organizzazioni e i processi dei sottosistemi a costituzionalizzarsi. Ma anche questa interpretazione è limitativa. Non sono solo i processi interni alle organizzazioni a venire costituzionalizzati, ma anche le loro relazioni con l'ambiente. Per questo motivo

il concetto più adeguato è quello di costituzionalizzazione di regimi, poiché i regimi sono più ampi delle organizzazioni. I regimi hanno un centro e una periferia, dove al centro si situano organizzazioni formali, mentre nelle periferie si trovano tutte le interazioni con le altre *constituencies*.

In buona sostanza per Teubner quello a cui assistiamo oggi, è uno scontro tra regimi sociopolitici nazionali – che emersero nella Modernità – e regimi globali che tendono a rompere ogni dispositivo di controllo statale. In questo momento le finalità del costituzionalismo sociale sono quella di smantellare le strutture regolative degli Stati nazione per aprire i confini territoriali troppo angusti. A fianco di queste esigenze – che sono soddisfatte dalla funzione *costitutiva* della costituzionalizzazione – non tarderanno a emergere anche i problemi di controllo e *limitazione* dei nuovi poteri così rilasciati. Si tratta di uno squilibrio dinamico che spinge verso la funzione limitativa della Costituzione. Tre sono i campi di scontro che vanno identificandosi: 1) lo scontro tra particolari sub-razionalità sistemiche; 2) tra queste e la razionalità strumentale dell'Occidente e 3) tra ogni razionalità e i suoi effetti distruttivi per la società. È l'incrocio tra questi conflitti che darà forma a una costituzionalizzazione ibrida, dove ognuno degli attori in gioco farà la sua parte nella elaborazione delle costituzioni societarie: il potere politico-giuridico degli Stati, i contropoteri extra-statali, le pressioni dalla società civile e dai mass media, le proteste globali, etc. La sfida è combinare gli impulsi che giungono dall'interno delle organizzazioni con le pressioni esterne, in modo da bilanciare in modo adeguato la funzione costitutiva con quella limitativa (Teubner 2011c; Golia e Teubner 2021). I regimi auto-costituzionali sono definiti da una *duplicazione di riflessività*. La creazione secondaria di norme si combina ai principi fondamentali della specifica razionalità sistemica. Su questa base si sviluppano elementi reali di tipo costituzionale: regole organizzative e procedurali e definizione di libertà e di autonomia sociale.

3.2.2 *Costituzionalizzazione della società globale differenziata per funzioni: Costituzioni fittizie, auto-sovrersioni e pouvoir destituant*

È con il saggio dedicato a David Sciulli che Teubner chiarisce in modo definitivo lo *status questionis* del costituzionalismo societario, sottolineando massimamente la funzione autoimmunitaria del sistema (Teubner 2022b).

Il saggio è strutturato su nove “variazioni” del tema del costituzionalismo societario elaborato dal sociologo americano Sciulli. Le prime sei riprendono criticamente il dibattito in corso, mostrandone i limiti teorico-empirici, ma mantenendo anche quanto di interessante è stato elaborato. Le tre variazioni seguenti rilanciano il tema accentuando gli aspetti più innovativi della riflessione. Si tratta quindi di una specie particolare di “crescendo” che porta l'argomentazione verso la scoperta di nuove “musicalità”.

1. La prima variazione riguarda il problema del se la Costituzione vada concepita come accoppiamento strutturale tra politica e diritto oppure come relazione tra diritto e diverse sfere sociali (in confini nazionali). Se si prende la seconda strada, allora si può cercare di estendere per analogia la costituzionalizzazione nazionale delle sfere sociali, in quella internazionale. L'idea è che, se emergono problemi costituzionali oltre lo Stato, questi possano essere risolti mediante ibridazioni tra i diritti statali in gioco. Questa visione sottovaluta la capacità autocostituzionale delle sfere societarie globalizzanti, che non passano più attraverso il diritto degli stati. Mantiene però una sua rilevanza perché, comunque, storicamente le costituzioni moderne nascono entro gli stati-nazione e da quel processo traggono la loro logica specialmente quella che adopera i diritti fondamentali come norma-di-blocco dell'espansione del potere. Qui si mostra chiaramente la funzione *limitativa* del dispositivo costituzionale.

2. La seconda variazione riguarda la costituzionalizzazione del medium sociale del potere. Se si concepisce questo come un medium comunicativo, circolante in tutta la società, che agevola l'accettazione di "comandi", allora le costituzioni rappresentano il modo per "formalizzare" il potere contenendone la logica espansiva. Da questo punto di vista la globalizzazione può essere descritta (anche) come una generalizzazione del medium del potere a livello transnazionale. L'esempio più radicale è dato dalla riflessione di Chris Thornhill che costruisce una articolatissima narrativa che racconta della autonomizzazione del potere globale eccedente ogni confine nazionale o internazionale. Il potere si trasforma in un medium globale che viene "formalizzato" dal diritto. Ancora più radicalmente è il diritto che si ibrida direttamente con il potere diventando il medium globale capace di ripoliticizzare la società-mondo, in un certo senso unificandola. Per Teubner questo radicalismo politico-giuridico che vede l'emergere del diritto globale come nuovo *pouvoir constituant*, è mal posto. Certamente il diritto acquisisce una funzione "costitutiva" per così dire autonoma, ma non può essere tralasciata la rilevanza dei poteri non-politici, bensì espressi indipendentemente dalle varie sfere societarie, a cui poi il diritto dà forma giuridica. In altre parole, ogni medium comunicativo – il denaro, il potere, la sanità, l'informazione, etc. – viene costituzionalmente formalizzato anche senza un rapporto diretto con il potere politico. Formalizzazione dei media, questo il punto da mantenere, non significa politicizzazione della società. Anche in questo caso in gioco è la funzione limitativa delle costituzioni.

3. La terza variazione riguarda non la logica del potere, ma quello della economia o, per meglio dire, la generalizzazione della razionalità economica al resto delle sfere societarie. A partire dalle teorie economiche del costituzionalismo, fino alle versioni razionaliste dello stesso, l'idea è che esista una sola razionalità vincente per la Modernità: una sorta di deriva evolutiva che seleziona le istituzioni efficienti a qualsiasi livello sociale. Anche questa

versione mono-logica mostra però i suoi evidenti limiti, proprio perché come le precedenti, vede in una sola razionalità la risposta ai problemi societari. I critici identificano – come al solito con uno “sconto” teorico inaccettabile – questa tendenza con il famoso neoliberalismo. Sebbene sia teoricamente ed empiricamente riduttivo concepire un *telos* societario di tipo economico – che tra l’altro impedisce di osservare il mutamento sociale in termini di ineliminabile policontestualità – queste visioni offrono lo spunto per mostrare come i processi costituzionali riguardino non solo il medium del potere, ma pure altri media tra cui e in prima istanza, quello economico che per molti osservatori tenderebbe a “colonizzare” la società contemporanea.

4. La quarta variazione sul tema in un certo senso “compensa” la precedente deriva economicista, puntando l’attenzione sui processi di istituzionalizzazione, in prevalenza giuridica. Qui viene elaborato gran parte del dibattito sul costituzionalismo societario. Troviamo in questa variante tutti quegli autori che descrivono i processi di costituzionalizzazione come costruzione di una complessa gerarchia di norme. Il riduzionismo tipico di questo approccio ha a che fare con il confondere la giuridificazione (tra l’altro interpretata ancora mediante la figura della gerarchia) con i processi riflessivi dei diversi sottosistemi sociali che introducono continuamente irritazioni “materiali” nei processi istituenti. La Costituzione non è solo un dispositivo giuridico moderno, quanto un vero e proprio campo di battaglia dove “idola” diversi si contrano dando vita a processi di selezione normativa non giuridicamente prevedibili.

Queste prime quattro variazioni mostrano la stessa logica riduttiva: scegliere un unico aspetto – o media della comunicazione – per farlo diventare il “motore” della costituzionalizzazione. Che sia il potere, invece che il denaro, piuttosto che il diritto, non toglie che si tratta sempre di un solo e unico media comunicativo che, da solo, non può spiegare i processi costituenti. Inoltre, e questo mi pare ancora più erroneo, le variazioni esaminate considerano solo le funzioni limitative e costitutive dei processi in atto. In buona sostanza sono capaci di osservare solo delle relazioni dinamiche dell’insieme costituente. Da un lato, mediante le analisi che riguardano il medium del potere (e del denaro), enfatizzano la funzione *costitutiva*, pubblica, espansiva, creativa di nuovi ordini della costituzionalizzazione. Questa funzione presiede a regolazione di processi che hanno a che fare con la dimensione “consumatoria” del sottosistema (quella che presiede, dall’intero dello stesso, la scelta nel presente degli obiettivi-scopi da acquisire-raggiungere in futuro). Questa funzione riguarda la complessa e contingente fenomenologia della creazione di strutture che riguarderanno la “guida” (*steering – guidance*) del sistema. Concerne, per essere ancora più chiari, quelle parti che identificano, istituiscono e regolano gli scopi del dispositivo politico-giuridico costituzionale (Principi fondamentali della Carta). D’altro canto, le variazioni esaminate sottolineano la funzione *limitativa* (o regolativa) delle

costituzioni, quella che presiede la predisposizione di stabili strumentazioni (soprattutto di tipo giuridico) che servono come mezzi-dispositivi per implementare gli scopi. Per tornare all'esempio precedente, nei testi costituzionali si tratta prevalentemente della parte dell'"ordinamento" dell'attore politico. Tale funzione sta sempre in una relazione dinamica con la precedente: se quella costitutiva è "creativa" e centrifuga, quella limitativa è invece regolativa e centripeta. I due processi – espansione e limitazione – si rincorrono nel tempo, quasi a formare il "respiro" delle costituzioni viventi.

Le due successive variazioni sul tema riguardano, invece, due ulteriori funzioni della che sono state meno studiate in quanto eccedono l'accoppiamento tra le strutture del potere e del diritto che "modernamente" hanno caratterizzato la genesi delle costituzioni. Non è in caso che la maggior parte della riflessione scientifica provenga dalle discipline giuridiche e politologiche (insieme naturalmente a quelle storiche), mentre quelle sociologiche e culturologiche hanno sinora contribuito meno. Va però detto che recentemente stanno aumentando le analisi di "sociologia costituzionale" e anche un inizio di riflessione sugli "immaginari" costituzionali. La quinta variazione riguarda la funzione *integrativa* delle costituzioni, cioè quella parte che presiede ai rapporti (diritti e doveri) tra le varie parti sociali e alla istituzione di un "ordine" comune e condiviso nel presente. Nel dibattito internazionale questa funzione viene sottolineata da chi è particolarmente interessato alla istituzione di un ordine internazionale, magari cosmopolitico, capace di integrare una sorta di comunità politica sovranazionale istituyente. Qui si attardano i veri teorici di una Costituzione globale, entrando in un dibattito scientifico vigoroso con i teorici della (meno olistica) Costituzione transnazionale. La sesta variazione ha a che vedere il tema della immaginazione costituzionale. Qui troviamo quegli studiosi che, prendendo atto dell'impossibile olistico della Costituzione globale ne vogliono comunque mantenere il simbolismo unitario, necessario a dare una qualsivoglia rappresentazione dei processi e delle strutture giuridico-politiche in atto. Certamente qui si colgono quegli aspetti culturali, rappresentativi, immaginativi che svolgono una funzione fondativa, seppure fittizia. Abbiamo a che vedere comunque con dei "testi" che contengono narrative necessarie a dare una identità collettiva per agenti plurali che stanno costituendosi, integrandosi e regolando le loro potenzialità di azione.

Teubner conclude questa prima analisi, cercando di selezionare gli elementi di base per riconsiderare i processi di costituzionalizzazione. Tra questi mantiene: 1) la formalizzazione giuridica del potere; 2) la funzione integrativa della Costituzione; 3) la necessità di una rappresentazione simbolica dell'unità sociale costituita; 4) il rapporto tra elementi e unità costituzionale; 5) la spinta alla auto-costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali transnazionali senza una trazione solo giuridica (istituzionalismo) o economica

(razionalismo); 6) la rilevanza della istituzionalizzazione ; 7) il modello storico delle costituzioni nazional-statali.

Se si volesse condensare questa lunga riflessione in uno schema di facile lettura (adattato a fini didattici e per il pubblico italiano), si potrebbero rappresentare i processi di costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali transnazionali come il combinato disposto di quattro prerequisiti funzionali – per dirla à la Parsons – che rispondono ad esigenze di creazione e mantenimento di un sistema nel tempo (presente e futuro) e nello spazio (esterno e interno) (tab. 1).

Tab. 1 – Processi di costituzionalizzazione

	Verso l'interno	Verso l'esterno
Orientato al Presente	<p>- Integrazione - <i>Funzione integrativa</i></p> <p>Parte I della Costituzione Italiana</p>	<p>- Strumentalità - <i>Funzione limitativa</i></p> <p>Parte II della Costituzione italiana</p>
Orientato al futuro	<p>- Identità - <i>Funzione simbolica</i></p> <p>Principi fondamentali della Costituzione italiana</p>	<p>- Direzionalità - <i>Funzione costitutiva</i></p> <p>Principi fondamentali della Costituzione italiana</p>

È solo a questo punto che Teubner rilancia il discorso del costituzionalismo transnazionale facendo leva esattamente su tre argomenti che si collegano alla funzione del “negativo” e della attivazione di sistemi (auto)immunitari capaci di sostenere l’autoipotesi del sistema anche contro la sua stessa strutturazione. Il primo argomento riguarda l’emergere del cosiddetto trans-costituzionalismo. Il suffisso “trans” sta a significare due diversi ma connessi processi. Il primo si riferisce al movimento dell’andare “oltre” le sempre particolari e contingenti costituzioni societarie che vanno emergendo con velocità e capacità formalizzanti diverse nel mondo. Qui “trans” significa che nessuna Costituzione particolare potrà mai olisticamente co-legare, a livello globale, la frammentazione dei processi costituenti. Nessuna Costituzione può sintetizzare la frammentazione! Ma non si tratta di frammentazione semplicemente cacofonica, bensì di una sorta di processo continuo di meta-costituzionalizzazione che, si badi bene (!) attraverso l’in(s)contro tra le diverse e parziali costituzioni genera una specie *sui generis* di potere costituente mai del tutto istituzionalizzabile. Qui sta il secondo significato di “trans”, cioè di un passaggio che mediante i conflitti genera ordine. Mentre Teubner sottolineando che questo trans-costituzionalismo avanza mediante regole procedurali atte a risolvere conflitti, senza una Terza parte gerarchicamente

sovraordinata, va anche ricordato che laddove questi scontri avvengono – in prevalenza in Corti di diverso livello politico – si attiva una sorta di Common Law riflessiva (o di sperimentalismo giuridico) basato sul diritto privato internazionale e su metodi eterarchici di soluzione dei conflitti che tendono a una logica fortemente negoziale, compromissoria e aperta ad accordi sempre rivedibili. Questa logica deve continuamente regolare i due principi contrapposti e base del diritto privato internazionale: da un lato il riconoscimento di ordini giuridici diversi che apre alla irritazione reciproca; dall'altro l'*ordre public national* che invece, immunizza un sistema dall'altro.

Proprio dentro a questo principio – che evidentemente richiama a un dispositivo di immunizzazione – viene fatto paradossalmente operare un orientamento in direzione opposta, potremmo dire di opposizione affermativa. Qui entra l'ottava variazione. L'*ordre public international* viene riletto come principio del conflitto tra i diritti non più immunitario verso il “diverso”. Ogni Costituzione societaria, nella sua specificità transnazionale, deve apprendere a rendersi leggibile e compatibile dalle altre costituzioni societarie, ricostruendo dal suo interno principi di un *ordre public* rivolti alla società intera. Questo duplice movimento, ben lungi dall'essere procedurale, genera suoi propri “valori” sostanziali che vengono poi usati per “giudicare” i conflitti. Proprio per questo Teubner rileva che si attivano qui due diverse variazioni: quella della “unità” di una meta-costituzione mai davvero raggiungibile, ma pensabile come ordinata all'unità; e quella del carattere “fittizio” della stessa. Ogni Costituzione societaria parziale “proietta” sullo schermo di questa meta-costituzione fittizia, punti di riferimento e orientamento comuni – certamente parziali e contingenti – ma ciononostante effettivi. Per usare una immagine ormai nota, potremmo pensare a una Costituzione transnazionale “virtuale” – continuamente in mutamento, rivedibile, aperta, fortemente flessibile – i cui principi e norme vengono ri-aggiornate perennemente e in diretta quasi si trattasse di un Costituzione su un Cloud globale. Che questo gioco di continui “ri-mandi” si limiti a regole procedurali o generi anche valori-proprie sostanziali; che si tratti di un solo Nomos, ma con tante narrazioni oppure di narrazioni plurali che ri-costruiscono ex post un Nomos comune; che l'unità sia raggiunta solo attraverso auto-descrizioni normative o anche mediante le singole decisioni sui conflitti, conta meno di quanto lo caratterizza in positivo. Una struttura a rimandi aperti che, seppure si attivi basilarmente costruendo regole per la soluzione dei conflitti (logica immunitaria), riconosce la diversità senza eliminarla, bensì includendola nelle sue strutture normative che sono *semper reformande*.

Questo riferimento alla logica del “rimando” e dell'apprendimento, ci riporta direttamente al tema dell'immunità intesa come capacità del sistema di destrutturarsi continuamente per non minacciare la sua autopoiesi. È infatti questo la nona e ultima variazione proposta da Teubner. Le autodescrizioni cognitive e normative di sistemi, le loro narrazioni, sono le basi riflessive su

cui i processi di costituzionalizzazione prendono forma. In particolare, a contare è la riflessività mediale del sottosistema. Questo processo di “formalizzazione” dei media stimola le funzioni costitutive, limitative e integrative delle costituzioni, ma il punto da sottolineare riguarda soprattutto le funzioni simbolico-identitarie dei processi costituenti. Potremmo affermare che mediante la riflessività mediale, il potere costituente che tende a diventare costituito, acquisisce una capacità cognitivo-normativa de-istituente. Teubner è molto preciso in tal senso: le costituzioni societarie, attraverso la riflessività mediale, generano continuamente elementi auto-sovversivi, o per meglio dire, acquisiscono capacità elevate di risonanza all’ambiente che protesta, critica, confligge, contro la strutturazione normativa. La tendenza “naturale” dei sistemi a creare strutture (sicurezze, routine, stabilità, etc.) è controbilanciata da questa estrema attenzione alla critica, al negativo che spinge a de-istituire. Di nuovo appare chiaro come qualsiasi descrizione mono fattoriale e dimensionale dei processi costituenti societari è incompleta e parziale. Le costituzioni societarie non vengono generate né solo da processi riflessivi con a base il potere politico (politicizzazione), né a base giuridica (giuridicizzazione) e neppure da “ipercicli” comunicativa relativi all’accoppiamento strutturale tra strutture del potere e del diritto. I processi vanno invece osservati proprio nel rapporto sistema/ambiente. Il nuovo *pouvoir constituant* non ha sede solo né nelle istituzioni politiche né in quelle del diritto. Il *demos* non è stato sostituito dal sistema del diritto e neppure da quello politico. Piuttosto emergono sempre nuovi *demoi* – pubblici, arene di attori, movimenti sociali, contro-istituzioni, etc. – relativi ai diversi contesti societari, che continuamente irritano dall’esterno i processi di costituzionalizzazione che, a loro volta, danno forma a quelle irritazioni selezionandone gli elementi che – come vaccini – possono essere iniettati nel sistema rafforzandone la capacità di autopoesi. Il sistema del diritto, in tal senso, diventa una arena di apprendimento che è stimolata e stimola i processi costituenti: si auto-soverte continuamente per rimanere responsivo alla idea democratica delle costituzioni politiche moderne (Teubner, 2022g).

Entriamo così nel tema delle forme plurime di “contro-democrazia”: quell’insieme di istituzioni giuridico-politiche che criticano la strutturazione moderna dei sistemi politici e del diritto. Questa contro-democrazia, spesso, sembra operare in opposizione diretta alle istituzioni politico-giuridiche, ma in realtà ne costituisce il centro propulsivo. Riprendendo i prerequisiti funzionali che permettono e agevolano i processi di costituzionalizzazione, possiamo vedere in opera questa continua, capillare, pervasiva “forza del negativo” che de-istituisce il costituito. Laddove la funzione “limitativa” prende il sopravvento, specialmente attraverso il medium del diritto privato transnazionale – andando a istituire una matrice giuridica che può prendere le forme plurali della *lex mercatoria*, digitale, sanitaria, sportiva, scientifica etc., senza alcun vero interesse per processi costitutivi di una *polity* (seppure

fittiziamente unitaria) – si attiva la forza negativa delle critiche a una costituzionalizzazione senza rappresentanza politica, a una costituzione “privatizzante” solo strumentale-procedurale che non “mette in scena” alcun attore politico, ma che si appoggia prevalentemente a fori privati o professionali di arbitrato e di soluzione dei conflitti. Laddove, invece, la funzione “integrativa” prende il sopravvento, sfruttando il diritto pubblico e amministrativo – generando istituzioni politico-giuridiche deboli, scarsamente identitarie, prive di una vera narrazione unitaria – come nel caso classico della Comunità europea o del WTO, si attiva la forza critica negativa alla “burocratizzazione” del politico, alla sua sostituzione con meri apparati tecnocratici, della prevalenza non democraticamente controllata di Corti e Tribunali per i diritti dell’uomo, che di nuovo non rappresentano alcun reale *demos* se non una comunità e *panel* di esperti guidate da visioni del mondo parziali.

Tab. 2 – *Medium, patologie e reazioni immunitarie dei processi di costituzionalizzazione*

	Verso l’interno	Verso l’esterno
Orientato al presente	<p><i>Funzione integrativa</i> - Medium: Diritto amministrativo pubblico - Patologia: Costituzioni tecnocratiche o Diritto amministrativo globale - Reazione immunitaria: Critiche alla burocratizzazione, proceduralizzazione, dematerializzazione, de-territorializzazione mancanza di rappresentanza democratica</p>	<p><i>Funzione limitativo-regolativa</i> - Medium: Diritto privato transnazionale - Patologia: Costituzioni e regimi privati - Reazione immunitaria: Critiche alla privatizzazione, Soft-law, Governo degli esperti e delle élite. Mancanza di democrazia.</p>
Orientato al futuro	<p><i>Funzione simbolica</i> - Medium: Potere politico - Patologia: Costituzioni “simboliche” - Reazione immunitaria: Critiche alla strumentalizzazione della Costituzione, Mancanza di democrazia, Regimi autoritari.</p>	<p><i>Funzione costitutiva</i> - Medium: Potere politico Patologia: Costituzioni fondamentaliste - Reazione immunitaria: Critiche al populismo, fondamentalismo, comunità immaginarie.</p>

Laddove a prendere il sopravvento è la funzione *costitutiva*, con il medium del potere a guidare l’emergere di “comunità immaginarie” – per esempio nei potenti processi guidati dalle forze populiste che spingono per un

diritto sostanziale che dovrebbe tracciare i confini “naturali-etnici-tradizionali” delle *polities* – le forze critico oppostive del negativo si attivano per una de-materializzazione dei processi costituenti. Infine, è osservabile anche l’espansione non regolate del medium simbolico costituzionale, laddove vengono prodotte e comunicate “Costituzioni simboliche”, Carte fondamentali che servono solo a legittimare regimi che realmente non accedono a reali rivoluzioni costituzionali. Qui le forze critiche si attivano per smascherare la mancanza di democrazia e l’utilizzo solo “ideologico” delle costituzioni (tab. 2).

3.3 La democrazia del contro: come contestare l’istituzionalizzazione

3.3.1 Principi di legittimazione e dispositivi di contro-democrazia: contestazioni capillari, demos multilivello, pouvoir irritant e pouvoir contrastant

Chi si preoccupa, allora, della democrazia dentro ai regimi transnazionali? Le Corti? Le istituzioni politiche transnazionali? Se fosse così si tratterebbe di una mera legittimazione da “autorizzazione” e da delega, solo formale e molto debole. Nel caso di negoziazioni inter-nazionali si avrebbe poi il problema di stati “canaglia”. Alcuni dei principi fondamentali sono seguiti, ma sono deficitari dal punto di vista democratico (cioè del potere del *demos* di darsi delle regole). Queste istituzioni hanno bisogno di legittimarsi perché le loro regole debbono essere riconosciute e accettate come giuste soluzioni a problemi dai loro *stakeholder*. Il problema della legittimità della governance riguarda, proprio come imposta Teubner (2022f) in modo corretto, la generalizzazione e rispecificazione del principio *Quod omnes tangit*, cioè del rapporto “politico” tra decisori e coinvolti. Evidentemente si tratta della interpretazione moderna del principio che, ai tempi di società strutturate per segmenti e strati, non aveva alcun riferimento al concetto moderno di democrazia. E la Modernità di quel principio ha riguardato, dopo qualche rivoluzione e lunghe lotte, i cittadini legalmente riconosciuti degli stati-nazione che, mediante le istituzioni sociopolitiche della rappresentanza (a diversi livelli), hanno potuto influenzare (decidere?) la direzione politica e autoregolativa della società di appartenenza (Thornhill 2013). Spingere questo principio democratico al di fuori dei confini nazionali, necessita almeno di tre “traduzioni”. In primo luogo, il principio va generalizzato, astraendolo dal contesto statale-nazionale e traducendo il meccanismo della rappresentanza in un ben diverso principio di auto-contestazione interna ai regimi transnazionali. In seconda istanza, l’auto-contestazione va rispecificata, adattandola alle caratteristiche specifiche dei diversi regimi e alle loro logiche funzionali. Infine, il combinato disposto della auto-contestazione contestualizzata – diversamente da quanto la marea montante di riflessioni “consensualiste, partecipative e identitarie” abbia affermato – va fondata su un contro-principio

decisivo per la qualità della democrazia: il principio del dissenso (organizzato) interno.

È a partire da questo principio che possiamo elaborare una vera e propria teoria immunitaria della contro-democrazia. Seguendo Teubner, possiamo sottolineare che le teorie politiche e giuridiche si siano troppo focalizzate sulla funzione identificativa-integrativa dei processi democratici, cioè sulla parte interna dei processi, quella maggiormente dedicata alla “costruzione del consenso”. Ma come già sappiamo la logica del sistema è sempre la logica di una differenza, cioè del rapporto tra sistema/ambiente. Guidare la riflessione a partire dal sistema è dunque un grave errore che dimentica e nasconde l’altra parte del sistema che ne co-costituisce il senso: il suo ambiente (interno ed esterno) (Teubner 2016). La costruzione del consenso – e quindi la legittimità della governance del sistema – dipendono dalla costruzione “attiva” del dissenso. La forma di osservazione decisiva per la qualità della governance, a qualsiasi livello ne stiamo parlando, è basata sulla unità della differenza consenso/dissenso. È proprio in quel rapporto che dobbiamo guardare per comprendere la possibilità di democrazia nelle istituzioni. E, si badi bene, non soltanto quella relativa al livello transnazionale: questa qualità, i suoi processi e le sue strutture, riguarda sia un Dipartimento dell’Università, che una cooperativa sociale; sia le istituzioni di un Comune che di una città metropolitana; e via salendo di livello⁶².

Dissenso organizzato rappresenterebbe allora il dispositivo immunitario della logica “politica” dei sistemi, intesa (tale logica) come l’insieme dei processi e delle strutture che, a ogni livello, elaborano la differenza consenso/dissenso orientata a prendere decisioni vincolanti per la collettività di riferimento. Il principio del dissenso si attiverrebbe in presenza di specifici allarmi che il sistema ricostruisce a partire dal suo confine identitario: allarmi che riguardano l’indifferenza nel rapporto tra decisioni e coinvolti. Laddove i decisori non considerano più il loro ambiente interno di “coinvolti”, si attiva un allarme: deficit di legittimità democratica! La contraddizione tra il principio democratico e la sua non applicazione, crea conflitti che le istituzioni della contro-democrazia hanno il compito di generalizzare e di mantenere pronte all’uso. Il risultato raggiunto, se raggiunto, porta alla de-istituzione dei centri decisionali e alla destrutturazione di strutture troppo rigide e divenute impermeabili all’ascolto dei problemi dell’ambiente. Qui osserviamo realizzarsi tutte quelle *performances* di conflitto, contrasto, opposizione, critica, indignazione, occupazione, *Standoff*, *Sit-in*, etc., che ritualizzano il

⁶² La differenza sta soltanto nella effettualità-praticità delle soluzioni immaginate, laddove probabilmente a un livello micro è più semplice costruire consenso (ma è poi vero? Forse i teorici della politica dovrebbero apprendere qualcosa dai teorici dei piccoli gruppi!), mentre a livello macro è più rilevante lavorare sulla parte dell’organizzazione del dissenso (ma, ancora e di nuovo, questo pregiudizio sottovaluta per esempio, la rilevanza della terapia di coppia per gestire bene i conflitti!).

principio di “contrasto” al potere istituito (Wagner-Pacifici 2020; Alexander, 2006a). In quanto dispositivi immunitari, permettono alla comunicazione politica di continuare, mentre si pone una contraddizione che bloccherebbe il sistema.

Un contributo fondamentale a comprendere questi dispositivi immunitari politici è dato da Pierre Rosanvallon (2015; 2012) nella sua ultradecennale ricerca sulla democrazia rappresentativa e i suoi limiti. Il politologo francese dedica una parte rilevante delle sue riflessioni proprio al concetto di “Contro-democrazia”. Il punto di partenza è estremamente consono al discorso che stiamo conducendo: da sempre la democrazia (almeno quella rappresentativa e basata sul voto per selezionare le classi dirigenti) è percorsa da un duplice motivo. Da un lato, è promessa di partecipazione dei cittadini al governo di sé stessi; dall’altro è sempre problema proprio in quanto mancata realizzazione della promessa. Uno tra i tanti modi per osservare questa “crisi” strutturale interna al principio democratico è utilizzando la distinzione tra legittimità e fiducia. La prima è concepita come una qualità giuridica procedurale prodotta mediante i meccanismi dell’elezione: potremmo dire che è il lato interno e sistemico del politico. La seconda rappresenta invece il lato esterno, ambientale, etero-riferito all’estensione della legittimità in termini morali, cioè di rapporto tra eletti ed elettori, e alla sua estensione temporale capace di economizzare sulla sua verifica continua. Raramente legittimità (auto-riferimento) e fiducia (etero-riferimento) si sovrappongono nella vita politica quotidiana: solitamente ciò accade – più simbolicamente che realmente – nella cosiddetta “luna di miele” tra governo ed elettori nei primi giorni del Governo. Di norma questi due riferimenti si separano e, a quel punto potendosi creare una crisi, si cercano soluzioni alla separazione. Una prima reazione lavora sul lato della legittimità procedurale, provando a migliorare la “democrazia elettorale-rappresentativa” quale dispositivo di economizzazione del consenso. Questo orientamento però, tende paradossalmente ad allontanare ancora di più i cittadini dalla “pratica” democratica quotidiana, andando a generare una sorta di muro tra elettori ed eletti: in Italia si definisce questa sindrome con i termini altisonanti di “partitocrazia”, “teatrino della politica”, “lontananza delle istituzioni”, etc. Questa distanza – che ultimamente è stata rinominata come antipolitica e populismo – genera sfiducia, apatia, disinteresse, cinismo. È su questo versante che operano – come negazione affermativa – i meccanismi di “organizzazione della sfiducia”. Rosanvallon vede due modalità in cui storicamente questa “politicizzazione della distanza politica” ha preso forma in Occidente. La prima è quella classica della sfiducia liberale teorizzata da Montesquieu-Madison-Constant. Al centro qui è la critica al potere politico che deve essere limitato da contropoteri (legittimati da un diritto alla “resistenza” dei cittadini). Secondo questo filone ogni Costituzione è, paradossalmente “un atto di sfiducia” che va costantemente riattivato nelle procedure di governo della società. Il secondo

orientamento, più contemporaneo, è di tipo democratico. Qui il tema è leggermente diverso: data per scontata l'autonomia operativa dei governi dal volere (sempre poco coerente) degli elettori, ciò che conta diventa il suo controllo continuo. Ripetiamo: diversamente dalla democrazia rappresentativo-elettorale, qui il problema non sta nel cambiare governo e/o nell'agevolare la competizione per il potere; il problema è invece "controllarlo" e limitarlo mediante contro-istituzioni che il politologo francese chiama "contro-democrazia". Con il termine si intende quell'insieme di forme democratiche indirette, disseminate a livello capillare, che contrastano continuamente la democrazia istituita. Tre sono le forme enucleate: 1) i poteri di sorveglianza; 2) le forme di interdizione e 3) l'espressione di un giudizio. La sorveglianza controlla "con continuità" il potere delle istituzioni, misurandone "in diretta" la sua legittimità "sostanziale" (e non più "procedurale"). Tale controllo si elabora nelle forme della vigilanza (popolo-controllore), della denuncia (popolo-veto) e della verifica (popolo-giudice). Rosanvallon (2012) parla esplicitamente di contro-poteri di interdizione (forme negative di negazione, proibizione, divieto, blocco): una forma di azione che non si concentra sui tentativi di "orientare" le decisioni politiche, ma che si industria nel sanzionarle e bloccarle. Si tratta di una democrazia e di una sovranità popolare "negative", più semplici da organizzare in termini di protesta e senza necessità di controproposta; una "potenza di rifiuto" e di "resistenza" facilmente attivabile e comunicabile ogni volta che un atto politico istituzionale non rispetta le aspettative. La "giurisdizionalizzazione" della politica risponde ai deficit di promesse elettorali e preme costantemente per l'*accountability* e la *responsiveness* della politica istituita. Si tratta di tre forme indirette di politica perché non necessitano di una istituzionalizzazione e proceduralizzazione formalizzata, ma simultaneamente rappresentano modalità "affermaive" di democrazia, una democrazia dell'intervento che si aggiunge a quella dell'espressione e del coinvolgimento che, a loro volta, nacquero per compensare la crisi della democrazia rappresentativa. Tutto ciò non comporta affatto una deriva a-politica della società, bensì una sua torsione contro-politica che riattiva il cittadino elettore.

Due sono i punti da sottolineare in questa riflessione, ed entrambi hanno a che fare con i meccanismi immunitari del politico. In primo luogo la contro-democrazia, con la sua "vitalità contestatrice", ha il vantaggio di essere "permanente" e non limitabile soltanto ad una sua attivazione entro procedure; non istituzionalizzabile, in quanto perderebbe la sua intrinseca espressione pluralista ed emergenziale; non olistica, poiché nessuna sua "rappresentazione", neppure quella della Moltitudine o della Assemblea, o di qualsiasi altro termine, può de-limitare la sua eterogeneità; capillare, cioè attivabile a tutti li livelli territoriali e istituzionali possibili; cognitiva, in quanto tesa a sostenere processi di "rivelazione della società a se stessa". La contro-democrazia, insieme alla democrazia elettorale-rappresentativa e al lavoro

riflessivo del politico, vanno poi a costituire i principi di quella Costituzione mista che Rosanvallon propone per rivitalizzare la democrazia contemporanea a tutti i suoi livelli di governance.

Teubner (2022f; 2014a; 2012; 2011a) elabora qualcosa di molto simile, ricostruendo il principio del *quod omnes tangit*, per ognuno dei suoi elementi fondamentali. Rileggiamo la sua ricostruzione dal punto di vista dei dispositivi immunitari del medium “politico”.

1) Primo problema: Popolo e rappresentanza. Sebbene anche a livello nazionale il Governo non concentri mai tutta la capacità di decisione (pubblicamente vincolante), ma anzi condivida questo potere con numerose altre istituzioni territoriali, a livello dei regimi transnazionali non esiste nulla di comparabile: né a un governo centrale, né a un parlamento capaci di rappresentare le volontà dei “cittadini”. E neppure, a dire il vero, esistono cittadini di una *polity* a confini ben definiti (Lindhal, 2017). La differenza è quindi duplice: molteplicità dei centri decisionali (vs Governo centrale) e indefinitività univoca dei “cittadini” dei regimi transnazionali (vs cittadinanza statale). Per rispondere alla sfida, dovuta a questi due “limiti” democratici (se osservati in modo statale-nazionale!), Teubner fa due mosse: 1) spostare il problema dal tema (impossibile da trattare) della rappresentanza (transnazionale) a quello (trattabile) del controllo delle decisioni e della loro contestazione. Si dia pure un potere che decide! L’importante è poterlo osservare e contestare; 2) destrutturare il *demos* in tre *audiences*: membri di diritto, destinatari delle decisioni e *outsider* coinvolti. Le due mosse sono logicamente connesse perché le diverse forme di contestazione – e tale “diversità” è una ricchezza immunitaria – vanno organizzate in relazione alle tre diverse forme di inclusione nel sistema. Il gruppo “informe” degli *outsider*, cioè dei coinvolti dalle decisioni, ma a bassa possibilità di partecipazione e controllo delle decisioni – il pubblico più distante dal centro del sistema – organizzerà forme di contestazione e protesta molto diverse, ma tutte tendenzialmente molto radicali e generali non dovendo quasi mai proporre soluzioni. È questo il campo della pubblica opinione più o meno organizzata – dal contestatore “di giornata” fino al membro di movimenti sociali più o meno generalisti – che attualizza una sorta di *pouvoir irritant* e a cui alcuni studiosi vorrebbero attribuire una sorta di diritto di “resistenza”, attivabile nelle Corti, all’espansione dei poteri dei regimi nazionali e transnazionali. Questo popolo dei “coinvolti” ha bisogno di essere pubblicizzato e comunicato dai mass media, in quanto non essendo molto organizzato, soffre di mancanza di capacità di farsi ascoltare. La sua “impotenza” viene però compensata dalla capillarità della sua presenza sul territorio e dalla sua capacità di mettere in forma i più disparati temi di contraddizione, trasformandoli in conflitti. Potremmo anche dire che utilizza il *medium* molto sciolto di problematiche critiche onnipresenti, condensandole di volta in volta in temi della comunicazione. A mio parere rappresenta la parte più periferica e “territorializzata” del sistema

immunitario del politico, quasi la “membrana di irritazione” più distribuita lungo i confini del sistema. Paga questa sua capillarità, con una estrema difficoltà nell’istituzionalizzare la protesta e nel mantenerla nel tempo elaborando soluzioni effettive. Il secondo gruppo, quello dei destinatari diretti delle decisioni, cioè degli *stakeholder* che vengono riconosciuti dal sistema in modo formale. Gli esempi più chiari sono quelli dei lavoratori sindacalizzati nelle imprese, così come tutte le forme di istituzionalizzazione delle minoranze entro sistemi di rappresentanza: qui forse l’esempio più chiaro è quello della opposizione istituzionalizzata da norme, al governo e alle maggioranze parlamentari. Il loro modo di contestazione sarà più tematicamente specifico, più stabile nel tempo e più diretto verso le posizioni di governo del sistema. Inoltre, la loro partecipazione al sistema è garantita proceduralmente, seppure in una posizione non decisionale. Ogni sistema funzionalmente differenziato e su base territoriale diversa, genera degli spazi diversi per questo tipo di “potere di contrasto” (*pouvoir contrastant*) al potere istituito. Dipende molto dalle traiettorie morfogenetiche dei diversi sistemi, quale e quanto potere viene riconosciuto a questi *stakeholder*. Il terzo gruppo di attori contestatori è radicato nel centro decisionale del sistema. Si tratta dei membri della organizzazione che partecipano alla costruzione delle decisioni. Qui è dove la democrazia rappresentativa può essere maggiormente utilizzata, sia a rinforzo dei poteri contrastanti delle minoranze, sia a sostegno della dialettica interna ai centri di potere. Non è un caso che la democrazia moderna, dopo aver istituito i partiti politici come forme di partecipazione alla politica, abbia anche istituzionalizzato le “correnti”, le forme di selezione del personale politico (le “primarie”), la possibilità di critica interna aperta e, per certi versi, richiesta. Anche in questo caso saranno i sentieri di sviluppo dei diversi sistemi a generalizzare questi principi di collisione.

Ognuno di questi attori, nella loro diversità, formano il sistema immunitario del politico che serve a “intercettare” quelle comunicazioni che generano contraddizioni interne al sistema. Non è né possibile né auspicabile cercare di catalizzare in un’unica arena questa stratificazione che risponde invece proprio a diverse sfide ambientali: da quelle più nuove e periferiche, a quelle più tradizionali e centrali. Il sistema immunitario è poi completato da tutta quella serie di contro-poteri che dall’esterno, limitano l’espansione del potere politico, in primo luogo: il contro-potere giudiziario (che limita giuridicamente il medium del potere); il contro-potere informativo dei mass media (che illumina la scena politica rendendola più trasparente e accessibile); il contro-potere conoscitivo della scienza (che limita il potere nel suo voler dire “il vero” nei più disparati ambiti di realtà); il contro-potere economico (che limita la finanziabilità della politica); il contro-potere religioso (che toglie al potere l’ultima “parola” sul senso della vita) e via elencando. Tutti questi contro-poteri agiscono a livello nazionale come transnazionale e diventano effettivi laddove possono comunicare, cioè diventare “fatti sociali”.

2) Secondo problema: temi di decisione. A differenza dello Stato-nazione, ove i palamenti e i governi possono decidere di legiferare su ogni ambito di vita, a livello transnazionale ciò non è usuale essendo i regimi fortemente specializzati solo su un tema. Questo produce un effetto tunnel che rende difficile, soprattutto, per gli attori di secondo e terzo gruppo di organizzare un dissenso. Si parla di sovra determinazione materiale delle costituzioni che rende molto difficile fare sentire “logiche” diverse al loro interno. È come se il sistema immunitario fosse troppo sviluppato in una sola direzione e quindi poco sensibile per tutto ciò che la esula. A questo livello il sistema riesce a isolare troppe poche contraddizioni, o meglio, solo contraddizioni di un tipo. La soluzione sembra svilupparsi mediante una “eterarchia” delle contestazioni che si sviluppa in due direzioni diverse: internalizzando le differenze nel regime che decide o esternalizzandole verso il conflitto tra regimi. Nel primo caso i principi e valori di altri regimi vengono riconosciuti e ricostruiti nel regime che decide, così che il suo principio guida venga contrastato e limitato. Nel secondo caso, invece, il conflitto è negoziato tra regimi diversi così che vengano presi in considerazione principi diversi. In entrambi i casi appare evidente l’attivazione del diritto come dispositivo immunitario che seleziona contraddizioni, le trasforma in conflitti di diritto e generalizza forme di soluzione giuridiche di esso. Si tratta probabilmente, in questi casi, di dispositivi auto-immunitari, in quanto il sistema si immunizza dalla sua tendenza “totalizzante” costringendosi ad ascoltare l’altra parte e diversi valori in gioco. Anche in questo caso le contro-istituzioni che regolano il conflitto e il conflitto tra diritti hanno come funzione quella di aprire i regimi a discorsi, logiche, principi e valori emarginati cercando sempre, nel riconoscimento della diversità un motore per negoziazioni e compromessi, cioè forme di comunicazione basate sulla forza motivazionale dell’incertezza e dell’ignoranza.

3) Terzo problema: pluralità dei media comunicativi dei regimi transnazionali. Qui si tratta del problema più interessante rispetto al tema del potenziale di contrasto e di contestazione interno ai regimi. Teubner ha perfettamente ragione nel ricordare che, in generale, l’argomentazione degli scienziati politici e dei giuristi ha ancora come bersaglio una idea di potere del tutto inadeguata a sostenere l’auto-contestazione. Il potere da contestare rimane, nell’immaginario degli studiosi, ancora e solo quello orientato – da un lato – al potere dei sistemi politici statal-nazionali e – dall’altro – quello diretto alla forza coercitiva sostenuta dalla violenza fisica (*Gewalt*). Il problema è che i regimi transnazionali funzionalmente differenziati utilizzano media di comunicazione che non sono solo quelli del potere politico, ma che purtuttavia esercitano pressioni alla obbedienza altrettanto forti. Laddove i *media* utilizzati sono quello del sapere, del diritto, della salute, del denaro, contro-istituzioni contestative devono seguire quelle logiche e contrastarle dall’interno. Un caso di estremo interesse e che ha già prodotto una quantità

enorme di riflessioni e pubblicazioni è, appunto, quello che riguarda la reputazione scientifica che viene ormai “calcolata” mediante algoritmi e *ranking* basati su citazioni, pubblicità delle riviste e delle case editrici, presenza nei mass media, affiliazione a università e centri di ricerca, etc. È chiaro che la reputazione è una forma di potere, non politico, bensì scientifico. È altrettanto chiaro che la qualificazione scientifica di uno studioso dipende solo parzialmente da quel tipo di *ranking* e che, soprattutto, quel tipo di classificazioni possono essere sfruttate strumentalmente per costruire reputazione e quindi carriere. La reputazione da mezzo diventa fine per un fine poco “reputazionale”. Di fronte a questa espansione non adeguata della reputazione, una strategia di contestazione basata sulla denuncia di un uso esagerato di potere politico da parte dello studioso in esame, potrebbe fallire completamente il bersaglio. Potrebbe invece centrarlo una strategia di contrasto basata su analisi che svelano la presenza di cerchie di “amici-degli-amici” che generano monopoli del sapere, rapporti poco trasparenti con editori, relazioni politiche che agevolano la pubblicazione, etc., operando come *gatekeeper* della conoscenza. L’auto-contestazione è fortemente dipendente dal contesto epistemico del regime esaminato e quindi deve essere calibrata su quelle specificità. Anche questo terzo principio mostra come i dispositivi immunitari funzionino solo a partire dalla ricostruzione interna di una irritazione esterna, prima riconosciuta poi elaborata internamente, e che quindi ogni dispositivo immunitario sia auto-immunitario. Il principio della inclusione del diverso, trattato prima attraverso il simile e trasformato poi da pericolo in opportunità di difesa, rappresenta quella forza del “negativo” che non distrugge l’estraneo ma lo accoglie come potenzialità di cambiamento.

3.3.2 *Contro-poteri “privati”*: Private ordering, disembedding e reembedding normativo e doppia riflessività costituzionale

Una diversa rappresentazione di questo duplice dispositivo immunitario dovuto da irritazioni esterne (che entrano in risonanza con il sistema) e di contrasti interno ai sistemi stessi, ci viene dal drammatico bisogno di giuridificazione a livello transnazionale e che, vista l’insufficienza di risposte giuridiche degli stati-nazione, richiede una produzione di ordini giuridici “privati”. Anche qui si osserva una duplice e contraddittoria logica: da un lato, il bisogno di norme capaci di vincolare il tempo in modo da tenere ferma l’aspettativa di fronte ai fatti (Habermas, 2013); dall’altro, il bisogno opposto di predisporre nel diritto dispositivi d’apprendimento che lo salvino dal pericolo, sempre presente, di una sua eccessiva chiusura (Luhmann, 1998b). Se si vuole comprendere come è possibile comporre questa contraddizione, non bisogna limitare la propria osservazione al solo sistema del diritto, ma ampliarla a forme diverse di normazione. È quello che fa Teubner in una serie

di studi dedicati ai Codici aziendali di condotta che rimanderebbero alla capacità delle multinazionali di generare una propria costituzionalizzazione. La domanda è: perché i sottosistemi (e le loro organizzazioni), gli stessi che “liberano” il loro potere nella società, dovrebbero auto-limitarsi? E siamo certi che questa “auto” regolazione, riguardi solo l’organizzazione interna delle aziende?

Un primo spunto per cercare di rispondere al quesito è dato dal tradizionale modello industriale tedesco, il famoso neocorporativismo (Teubner 2020). Nella seconda metà del XX secolo, la Germania cercò di ordinare i rapporti tra Stato, società ed economia mediante la cosiddetta co-gestione. Questa costellazione di attori è stata recentemente affiancata dalla sempre più influente *Corporate Governance*, tanto da mettere in discussione se il modello fosse ancora attuale o se fosse stato sostituito dalla cosiddetta ondata neoliberista. Secondo Teubner per spiegare la spinta auto-regolativa del sistema economico (e non solo), bisogna allargare il campo visivo e osservare quello che accade nell’ambiente del sistema industriale. All’ombra della narrazione liberista – sia quella propositiva che quella critica – stanno emergendo nuove forme di governance, equidistanti sia dalle pressioni degli azionisti-proprietari che dei sindacati: capitale e lavoro non sono più gli unici protagonisti nel gioco della governance industriale. Ad entrarvi in modo rilevante sono i nuovi attori nazionali, ma soprattutto transnazionali, come i movimenti di protesta, le Ngo, le *class actions*, le reti di consumatori, etc., debitamente rappresentati dai mass media, che pressano le multinazionali spingendole a codificare le loro norme interne anticipando la legislazione nazionale e anche la contrattazione con le controparti sindacali. E qui che troviamo la nuova sfida della auto-costituzionalizzazione dei regimi privati di *governance*. Si può parlare di questi processi, solo quando si attivano percorsi giuridici – estremamente specifici – capaci di rispondere ad almeno 5 diverse problematiche, quelle della: 1) giuridificazione interna; 2) costituzionalizzazione; 3) giustiziabilità; 4) ibridazione; e 5) inter-relazione nella filiera produttiva.

Il primo problema ha a che vedere con lo statuto/valore delle norme che le multinazionali, sotto pressione dall’ambiente sociale esterno, elaborano (giuridificazione). Le organizzazioni private, infatti, non producono leggi statali, ma neppure generano mere norme sociali, abitudini, costumi. Producono invece aspettative normative (Codici di condotta) che sono filtrate nel codice binario legale/illegale di Corti e Tribunali internazionali (come anche dalla Legge nazionale). In seconda battuta, queste “condensazioni normative”, vengono trattate con il simbolismo della *validità* globale (e non solo nazionale) del diritto. Herberg, uno dei massimi esperti della questione, spiega cosa serva a definire come diritto, una norma volontaria – un codice – comunicato volontariamente da una organizzazione. Ben tre sono i passaggi richiesti: 1) a livello macro – nella relazione con la società – i codici di

condotta servono all'azienda per comunicare con il suo ambiente (dipendenti, sindacati, partiti politici, associazioni dei consumatori, movimenti sociali, etc.) con l'obiettivo di generare fiducia e di crearsi una buona reputazione (nazionale e transnazionale); 2) a livello intermedio – nell'operare quotidiano dell'organizzazione – gli organi esecutivi e regolatori (anche qui nazionali e transnazionali) fungono da *advisor* ed *enforcers* delle norme auto-prodotte dalle aziende; 3) al livello di base, le regole concrete organizzative e tecniche, vanno a costituire le aspettative basiche dei Codici. Affinché i Codici producano realmente una giuridificazione, è necessario predisporre organi o uffici delegati a controllare e a sanzionare i comportamenti dei membri. Ciò però, non è ancora sufficiente. Occorre pure che si attivi un secondo processo normopoietico. È necessario che l'organizzazione operi riflessivamente attraverso posizioni legittimate a interpretare, giudicare e applicare i Codici di condotta stessi. Se ciò avviene, allora i Codici di condotta non rappresentano solo autentiche fonti giuridiche, ma acquisiscono pure una qualità "auto-costituzionale". Al processo che ha generato la norma giuridica si accoppia un processo riflessivo di tipo giuridico. In pratica, secondo Teubner, si rispecifica l'accoppiamento strutturale che nell'Ottocento diede vita alle costituzioni politiche, cioè la relazione stretta tra diritto e razionalità del potere statale. Nel caso delle multinazionali, l'accoppiamento avviene tra la razionalità delle *corporations* e quella diritto (non solo nazionale). Così due aspetti tipici della costituzionalizzazione, la regolazione dei processi di decisione (regole organizzative e procedurali) e l'istituzione di confini tra l'organizzazione e il suo ambiente (diritti fondamentali), sono posti in essere.

Rimane però aperto il problema decisivo, della *giustiziabilità* (cioè della reale effettività giuridica) di questo diritto. Secondo Teubner è fondamentale che i codici di condotta privati possano essere giudicati o comunque messi alla prova del diritto statale. Si tratterebbe, ancora una volta, di un conflitto costruttivo tra diritti, quello che Michaels e Pauwelyn (2011) chiamano *Re-State-ment of Non-State Law*: una ricostruzione reciproca tra due ordini giuridici che collidono. La soluzione migliore, per tale traduzione, starebbe nell'istituire tribunali e corti "terze" capaci di elaborare norme sostantive trans-istituzionali, senza però imporre una gerarchia tra di essi. Questo processo di ricostruzione, mediata da terze parti, è più probabile proprio laddove giungono – dall'ambiente delle aziende multinazionali – delle pressioni che allertino i diversi pubblici della presenza di problematiche sociali. Non si tratterà mai, però, di un processo di traduzione che assoggetta i Codici privati alle leggi pubbliche (statali) o alle norme del diritto amministrativo globale. Qui si inserisce un nuovo punto che Teubner (2022c) sviluppa in un saggio più recente. A differenza di quanto numerosi studiosi avevano preventivato, il processo di globalizzazione non ha standardizzato e omologato i processi di giuridificazione. In particolare, Teubner si chiede quale rapporto esista tra Codici aziendali di condotta delle imprese transnazionali, i regimi di

produzione nazionali (condizioni istituzionali dell'attività economica) e le varietà del capitalismo (nel caso in esame: il capitalismo statunitense vs quello renano neocorporativo). In estrema sintesi, e per quanto riguarda il ragionamento qui elaborato, la risposta va verso la estrema frammentazione dell'impatto, soprattutto dopo la crisi economica del 2008. Non conta qui esplicitare analiticamente il discorso del sociologo tedesco. Mi preme solo sottolineare alcune questioni fondamentali per il nostro filo conduttore. In modo piuttosto imprevedibile, ma fondamentale per l'immunologia sociale, Teubner approccia il tema da un punto di vista esterno: la serie di scandali che i mass media globali – sotto la spinta dei movimenti di protesta, sindacati, associazioni di lavoratori, etc. – diffondono colpendo l'opinione pubblica e che riguardano condizioni di lavoro disumane, lavoro minorile, corruzione politica, violazione di diritti umani nelle fabbriche e nelle imprese, mancanza di garanzie giuridiche per i lavoratori, etc. Di fronte a questa continua irritazione che comunica la delusione delle aspettative normative della Modernità e la contraddizione tra un mondo del lavoro che dovrebbe includere le persone nella società, ma che di fatto le esclude, il diritto internazionale sembra aver fallito. Nessun diritto del lavoro globale sembra in grado di sanare queste contraddizioni. Emergono invece norme transnazionali diverse, i Codici aziendali di condotta, in due fenomenologie diverse: quella “pubblica” dettata dalle istituzioni globali del lavoro (Onu, Oecd, Ilo, Ue, etc.); quella privata e volontaria delle imprese multinazionali. E tra queste due avviene una sorta di inversione gerarchica, dove le prime a trazione pubblica prendono la parte della *soft law*, mentre le seconde quelle della *hard law*. È il *private ordering* giuridico che sembra prendere il controllo dei processi di giuridificazione.

Questo spostamento di rilevanza dal pubblico al privato segue lo spostamento di potere tra sottosistema economico, fortemente globalizzato (con le sue organizzazioni multinazionali) e sottosistema politico ancora differenziato regionalmente (cioè per Stati), a favore del primo. Non può più esistere un *ordre public économique* globale a trazione pubblica. Neppure i diversi Codici aziendali volontari trovano una chiara standardizzazione privata, perché la loro effettività dipende dai regimi produttivi in cui sono radicati. Uno stesso Codice volontario che passi al giudizio di una Corte statunitense o europea subirà un trattamento totalmente diverso. In tutti i casi, però, si osserva una triplice convergenza inattesa che riguarda l'importanza delle “irritazioni” ambientali al sistema del diritto. La prima concerne il bersaglio dei movimenti di protesta che non attaccano più direttamente le leggi statali, bensì le aziende multinazionali. Sono proprio i movimenti protestatari, le Ong e gli altri attori di società civile a rappresentare i nuovi *pouvoir constituents* che diventano veri e propri co-produttori della regolazione giuridica del mondo economico. Lo fanno irritando il sistema del diritto e attivando quindi il suo sistema immunitario che provvede conflitti per risolvere le

contraddizioni. La seconda convergenza riguarda l'ampliamento delle problematiche che vengono per così dire "politicizzate" a livello globale. Non più solo le contraddizioni tra capitale e lavoro, ma anche la tutela dell'ambiente, le lotte contro l'esclusione sociale, la tutela dei consumatori, il riconoscimento dei diritti umani in ambito economico. Attraverso lo scontro tra attori della società civile e multinazionali, l'interesse pubblico entra dalla porta del *private ordering*. Infine, si osserva che le imprese multinazionali si auto-obbligano a proteggere i diritti fondamentali. Anche e soprattutto in questo caso la elaborazione di processi giuridici va analizzata non solo dall'interno del sottosistema giuridico, bensì nella connessione con i suoi ambienti sociali, psicologici e naturali. È proprio da quelle frizioni, irritazioni, allarmi – dalla continua pressione che l'ambiente attiva sul sistema – che vengono comunicati dei No! capaci di socializzare le contraddizioni latenti. Questo "potenziale negativo" a sua volta attiva i meccanismi immunitari – in questo caso rappresentati dalle norme di collisione – che regolano i conflitti permettendo al sistema di modificarsi, sino alla auto-contestazione.

Ma ancora il processo di "costituzionalizzazione" non è completo, se non si risolve il problema della giuridificazione della "filiera produttiva". È infatti evidente che il costituirsi di alcune "isolate isole" di multinazionali, dotate di Codici di comportamento responsivi, in un mare di altre aziende che si comportano solo seguendo una razionalità economica pura, non produrrebbe alcuna autoregolazione del sottosistema. Teubner mostra allora come stanno sviluppandosi "catene globali di produzione" – istituite né come relazioni di mercato, né come aziende integrate – ma che necessitano di essere regolate. Sono invece intere filiere che elaborano dei Codici condivisi che estendono la loro portata e la validità a livello trans-nazionale (Sabel e Victor, 2022).

È con un saggio ulteriore che Teubner (2015b) elabora ancora più in profondità il tema della costituzionalizzazione delle multinazionali. Due sono le fenomenologie in atto riguardo ai Codici di condotta delle multinazionali. Da un lato assistiamo a una loro istituzione mediante accordi internazionali tra stati e attraverso la regolazione delle condizioni di lavoro, della qualità del prodotto, delle politiche ambientali, della protezione dei consumatori e diritti umani, sotto la pressione di organizzazioni internazionali quali l'Onu, l'Oecd e l'Ilo. Dall'altro si osserva l'impegno volontario delle multinazionali a creare loro Codici, sotto la pressione dell'opinione pubblica mondiale amplificata dai mass media. Esiste un fronte molto scettico riguardo alle due fenomenologie. Rispetto alla prima si afferma che i Trattati internazionali rappresentano solo deboli raccomandazioni senza alcuna reale possibilità di sanzione. Rispetto alla seconda si afferma che in pratica si tratterebbe solo di relazioni pubbliche e di legislazione simbolica. Secondo Teubner invece, sotto determinate condizioni, questi fenomeni possono trasformarsi in reali processi di costituzionalizzazione civile. Seguendo le intuizioni di Polanyi

(nella dialettica tra *disembedding* e *reembedding*) il processo è descrivibile secondo due fasi: la prima di *espansione* e costituzione di un sottosistema sociale; la seconda di *auto-limitazione* dello stesso. Il processo di espansione-costituzione avviene quando un insieme di organizzazioni, nel nostro caso aziende, necessitano di eccedere i confini degli Stati nazione per costruire un mercato globale. Il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, il Wto, il Nafta il Mercosur, l'Apec, rappresentano regimi giuridici transnazionali tesi alla protezione e alla liberazione dei diritti di proprietà, di libera competizione e contrattazione: i numerosi *standard* internazionali servono qui per qualificare i processi e i prodotti a livello globale. La fase costitutiva ha quindi come scopo primario di decostruire le regole nazionali, per aumentare l'autonomia economica a livello globale. A seguito del *rilascio* di queste nuove energie il sistema neocostituito, liberato dai vincoli nazionali, tende a de-lirare e diventare pericoloso per il suo ambiente. Qui si innestano i processi di *limitazione* spinti sia dall'esterno sia dall'interno. Il combinato disposto delle regole costitutive e limitative va a produrre una vera e propria costituzione laddove viene elaborandosi una doppia riflessività e un meta-codice. La *doppia riflessività* riguarda il tipo di giuridificazione dell'organizzazione. Non solo norme primarie, bensì norme secondarie funzionali a identificare, interpretare, emendare quelle primarie. Le norme di secondo livello sono necessarie, ma non sufficienti a produrre costituzionalizzazione. Occorre un accoppiamento strutturale tra la struttura organizzativa dell'azienda (in relazione con il suo ambiente) e la sua giuridificazione. Si tratta di regole di secondo livello, in forma di "principi generali", che servono sia come punti di partenza per la generazione di norme interne, sia come punti fissi per la revisione delle stesse. Solo a questo punto occorre elaborare una meta-codificazione. Il Codice è, appunto, l'accoppiamento strutturale, su cui debbono essere "proiettate", cioè ricodificate, tutte le operazioni dell'azienda. Ogni valore viene così giudicato come compatibile o incompatibile rispetto al codice. In tal senso ogni decisione è valutata nei termini della sua costituzionalità. Il *meta codice* serve come unità nella differenza tra i codici del diritto (legale/illegale) ed economico (solvibile/insolvibile): nel primo caso specifica se ci troviamo di fronte a norme semplici o costituzionali; nel secondo se le operazioni economiche sono realizzate in vista della *mission* sociale dell'azienda o meno.

Il quesito ora diventa il seguente: siamo di fronte a un unico spazio giuridico globale che ingloba tutti i tipi di diritto, oppure assistiamo a una frammentazione di spazi giuridici pur entro un quadro globale. Questa ultima sembra essere la risposta di Teubner che, infatti, dipinge l'emergere di spazi giuridici differenti dove la validità del diritto e la sua portata variano al variare di certe condizioni. Queste sfere, in particolare quelle private (economiche) e pubbliche (degli stati), eccedono sé stesse e si ibridano. I regimi di diritto privato delle aziende si mettono in rete, andando ben oltre i confini

nazionali. Quelli di diritto pubblico, creano regolazioni che ibridano pubblico e privato, come per Ilo, Oecd, Onu, etc. L'ibridazione tra queste due sfere di diritto, non genera – questo è il punto – alcuna nuova unità gerarchica del diritto e neppure una rete di reti o una meta rete. Il nome per dare forma a questa differenza è *ultraciclo*. Due sistemi chiusi l'uno all'altro si perturbano mediante i loro cicli comunicativi. In primo luogo, si crea una catena *iperciclica* di comunicazioni tra aziende, reti di aziende e le loro filiere, con effetti di vincolo giuridico reciproco. In seconda istanza il diritto pubblico perturba con raccomandazioni quello privato, senza però una forza di sanzione reale. Ciò significa che il diritto pubblico non può direttamente intervenire nella produzione dei Codici aziendali, ma può solo tentare di influenzarli dall'esterno, e viceversa. Nessun passaggio di validità giuridica da uno all'altro, ma soltanto possibilità di apprendere cosa accade all'interno dei sistemi. È la relazione “conflittuale” tra gli ordini giuridici frammentati che viene regolata cognitivamente, ma la loro validità normativa interna è mantenuta. Il diritto pubblico può solo fornire modelli, principi, buone pratiche, raccomandazioni per i codici privati. Questi traducono quelle raccomandazioni al loro interno, venendo pressate anche dalla società civile. Le spinte alla auto-costituzionalizzazione delle imprese, non nasce perciò né da motivazioni volontaristiche interne e neppure da pressioni statali esterne. Emerge proprio come interrelazione tra gli ambienti interni ed esterni delle organizzazioni economiche e non genera mai una unità globale di tipo giuridico.

3.3.3 Le Corti internazionali come nuovi contro-centri del sistema giuridico transnazionale: l'emergere del Costituzionalismo “vivente” e sperimentale

La socio-logica dei “contro-diritti e poteri” non si limita certo ai Codici aziendali e neppure alle opinioni pubbliche informate dai mass media. Possiamo tracciare un ultimo scenario evolutivo intrecciando la teoria sistemica con le ricerche di sociologia dei processi costituenti che sta elaborando Chris Thornhill (2016a; 2016b; 2013; 2011b). Riassumo alla sua logica elementare l'ampio lavoro di questo sociologo inglese, anch'egli studioso di Luhmann.

La ricostruzione socio-storica dello studioso inglese comincia dalla analisi della modalità politica di organizzazione sociale dovuta al passaggio alla differenziazione funzionale. Questa forma di differenziazione sostituisce quella premoderna “a strati” o ranghi tipica del mondo europeo medievale organizzata e governata da più centri di potere sociale, stratificati per rango e multifunzionali: il famoso cosmo medievale gerarchico. Le Rivoluzioni francese e nordamericana del Settecento accelerarono il consolidamento dei centri politici che presero la forma-Stato, capace di centralizzare tutto il potere sociale con conseguente possibilità di differenziazione funzionale. Si possono osservare qui due processi morfogenetici. Il primo riguarda

l'“astrazione” del potere sociale e vede la sua plus-valorizzazione mediante “accentramento” nelle istituzioni proto-statali che monopolizzano la forza fisica. A questa immensa capitalizzazione di potere, seguì la reazione della sua costituzionalizzazione, cioè il tentativo di controllare il potere mediante la creazione dei diritti fondamentali, dei contropoteri e delle istituzioni che dovevano bilanciare la centralizzazione. Il combinato disposto di “centralizzazione” e “divisione” del potere portò alla creazione di numerose sfere sociali formalmente libere. A questo primo processo ne seguì un altro che sistematizzò le nuove fonti di autorità politica. In tal senso le Costituzioni moderne rappresentano documenti che segnalano lo stabilirsi di una impreveduta forma di legittimità politica (la Legge superiore) che si pone sopra tutta la congerie di normazioni sociali multilivello premoderne. Le due Rivoluzioni francese e nordamericana inventano l'immagine del Popolo come potere costituente (la volontà della collettività che sta prima della Legge) che viene poi inteso come potere latente attivato solitamente mediante elezioni, rappresentato e, con ciò, collegato alle nuove istituzioni democratiche. Questa però è solo la auto-descrizione del processo storico, così come ci è stata tramandata dalle semantiche curate del potere politico. Nella realtà, ricorda Thornhill, fino al 1815 praticamente nessuno Stato era lontanamente simile a quella immagine. Solo dal 1870 ricomincia in Occidente quel processo di costituzionalizzazione che poi diventerà endemico dopo l'epoca dei totalitarismi e la Seconda guerra mondiale. Tra il 1865 e il 1880, in Italia, Germania e Francia le élite fanno ancora leva su una idea non ancora pienamente democratica e inclusiva di democrazia, per cementare la formazione degli Stati.

Ma è con la Prima guerra mondiale – e la prima entrata delle masse nella vita dei Paesi – che cominciano ad aumentare le domande di inclusione sociale e quindi la necessità di formare istituzioni capaci di mediare tra identità e interessi già molto plurali e in cerca di rappresentanza, così come di controllarle per esempio mediante il welfare state. Ne deriva un modello di costituzionalismo corporativo, o comunque a rappresentanza di interessi sociali plurali, che presuppone comunque al suo fondamento la sintesi di una volontà popolare collettiva. Thornhill parla di un “neo-volontarismo popolare” che, da un lato, mantiene la finzione della volontà del popolo *Before the Law* e, dall'altro, la sua espressione mediante le numerose procedure istituzionali inventate per risparmiare sul consenso e incanalarlo politicamente e unitariamente. Si tratta sempre del tentativo di sintetizzare una costituzione “materiale” (la vita “reale” del Paese) con una procedurale (le istituzioni giuridiche capaci di mediare). Ma il paradosso è duplice. Da un lato le istituzioni chiamate a dare “sostanza” al Popolo – mediandone un'identità nient'affatto naturalmente data e presupposta – fallirono, come il radicamento dei totalitarismi degli anni '30 mostrò drammaticamente. Dall'altro, dopo la catastrofe della Seconda guerra mondiale, la democrazia cominciò ad affacciarsi davvero, ma non come qualcosa di “sostanziale”, quanto piuttosto come ben

puntellata da un proceduralismo giuridico garantito dalla cosiddetta Guerra fredda. Questa democrazia a base giuridica e proceduralista, trova la sua massima espressione dopo il 1945 quando gran parte delle nuove Costituzioni nazionali europee e poi extra-europee (quelle che succedettero ai vari regimi post totalitari, prima, e quelle relative al post colonialismo, poi) vengono scritte, istituite e sostanzialmente garantite da un contesto politico-legale transnazionale, sospinto soprattutto dalla neonata Onu e da una dottrina dei Diritti umani difficilmente sottovalutabile perché il nascente sistema delle Corti internazionali comincia a tessere una prima rete giuridica globale. Thornhill parla addirittura di “procedure di trascrizione” di norme da un livello globale già istituito a uno locale: procedure capaci di “iniettare” legittimità nelle Costituzioni nazionali. Si noti che a livello locale, cioè nazionale, anche molte Costituzioni introdussero delle Corti Supreme o Superiori o Costituzionali, esse stesse funzionali a tradurre le norme transnazionali nel loro contesto e a giudicare la produzione legislativa sulla base di criteri e standard giuridici ormai fortemente globali.

Secondo Thornhill ci troviamo ormai di fronte a un nuovo modalità di *constitution-making* che sostituisce la “finzione” del Popolo (e del politico), con processi di costituzionalizzazione “secondaria”. In buona sostanza esiste un primo livello di costituzionalizzazione che, dopo la Seconda guerra, ormai è transnazionale e legittimato dalla dottrina dei Diritti umani, e un livello nazionale secondario – basato su procedure di trasmissione inter-legale e giuridica di norme costituzionali – che va a sostituirsi alla finzione del potere costituente. A cambiare in modo radicale è la stessa idea di *agency* politica, pensata classicamente come esterna alle procedure giuridiche, e sostanziata in una qualche “volontà” di sorta. Ora, invece, si tratta di una finzione del sistema giuridico che ricorsivamente – e chiaramente mediata da qualche decisore a cui attribuire responsabilità – comunica inter-giuridicamente. Per Thornhill (che qui segue Luhmann), già la procedura giuridica in sé è una interfaccia tra il sistema giuridico e quello politico, che permette al diritto di apprendere cognitivamente dal suo ambiente. La tesi del sociologo inglese, però, si distacca radicalmente da quanto Luhmann continuò a scrivere (e da quanto gran parte del dibattito afferma ancor oggi), è cioè che l’evoluzione sociale non permette ad alcun sottosistema di avere primazia sugli altri. Per Thornhill, invece, esiste nella società globale un sottosistema che ha preso la guida dell’evoluzione: il sistema del diritto. Da questo punto di vista ogni decisione che chiameremmo politica, ogni *poli(t)icality*, è solo una auto-descrizione fittizia di processi ormai inter-giuridici dove le controversie, le contestazioni, i conflitti, le negoziazioni, in pratica tutta la vita sociale con conseguenze su Terzi, non può che essere inscritta nel medium del diritto e, perciò stesso, da questo “formata”. In un senso ancora più radicale, la decisione politica viene “internalizzata” dal diritto. Ciò è empiricamente osservabile in diverse fenomenologie. In primo luogo, è ormai molto improbabile

che la creazione di norme avvenga al di fuori di procedure giuridiche. Il diritto è positivizzato. In particolare, l'utilizzo che le Corti internazionali e nazionali fanno dei principi del "margine di appezamento" e dalla "proporzionalità", permette la creazione di norme costituzionali senza alcun passaggio a una legittimazione politica rappresentativa. In seconda istanza, perde di rilevanza anche il ruolo politico dei cittadini mentre ne acquisisce quello dei "litiganti", soprattutto e nuovamente nelle Corti. Sembra emergere una sorta di *Litigation Loop* tra Corti nazionali e internazionali.

A livello nazionale la funzione del conflitto e del litigio (*Public Interest Litigation*) è da tempo utilizzata come strategia di interesse pubblico per trasformare pezzi di legislazione, diritti acquisiti, e per cercare il riconoscimento di altri diritti. Il caso esemplare della Colombia (*acciones populares*) soprattutto relativo a temi ecologici e di protezione di minoranze, mostra come i processi di costituzionalizzazione siano incanalati mediante il medium del diritto dei conflitti. In terza battuta, secondo Thornhill, è già presente un sistema globale del diritto, basato sulla sedimentazione dei Diritti dell'uomo che funzionano come referente simbolico per la traduzione di legislazioni di secondo livello. Questa rete di concetti giuridici altamente astratti e utilizzabili quasi ovunque (...viga il diritto) crea dall'interno la figura degli aventi diritto – individuali e collettivi – e viene attivata sia dal centro del sistema, le Corti e i Tribunali internazionali, sia dalla sua periferia (il livello locale, cioè internazionale). La procedura giudiziale delle Corti diventa il nuovo potere costituente nella società globale dove il vero potere è quello dei diritti umani. Thornhill ha gioco facile a mostrare come questa "internalizzazione" del politico da parte del giuridico, mediante diritti dell'uomo, funziona sia per isolare i conflitti interni alle nazioni (riferendosi appunto al "Terzo" dei diritti dell'uomo), sia invece includendo nel discorso e nel conflitto minoranze prima escluse a livello nazionale. I poteri costituenti sono perciò simultaneamente "divisi" e "moltiplicati". L'elenco di questa nuova *agency* democratica, che si sovrappone al "cittadino" politicamente incluso e che prende legittimità dal contatto inter-legale mediante diritti umani, è impressionante. Si tratta, in primo luogo di nuovi soggetti democratici come NGO, movimenti sociali e gruppi etnici. Ma la novità è data dalla formazione, attraverso la procedura del "litigio", di nuove soggettività che realmente vanno a sostituire i cittadini nazionali con: litiganti individuali, collettivi (indigeni, altre collettività, persone senza dimora, rappresentanti di interessi pubblici).

Tre sono le connessioni che vedo con le riflessioni di Thornhill: una critica e due positive. In primo luogo, mi sembra che il processo descritto con ogni tipo di dovizia, rappresenti bene quella che altrove ho chiamato l'interfacciarsi tra diritto "vivente" e diritto "vigente". Questo interfacciarsi rende l'idea della porosità assoluta del sistema del diritto contemporaneo che continuamente riflette sulle sue strutture date (vigenti) per immunizzarsi da esse.

Il problema attuale rimane infatti quello di una eccessiva strutturazione del sistema che deve continuamente auto-sabotarsi per mantenersi flessibile. Lo stesso Thornhill introduce la dottrina del *Living Constitutionalism* come forma sperimentale e aperta di continua costituzionalizzazione. Questa dottrina agevola e sostiene l'intervento massiccio di Giudici e professionisti del campo giuridico, per trasformare le strutture normative rendendo impossibile un legame troppo stretto con la dogmatica e la "tradizione" che, paradossalmente, la tradirebbe (pur riconoscendola continuamente e attualizzandola). La pratica della interpretazione "giudiziale" è perciò adatta a trasformare quasi in diretta la volontà dei cittadini che, si badi bene, è dall'inizio intesa come cangiante. I dispositivi più utilizzati per rendere vivente le strutture normative basilari della società, sono quelle del *Public Interest Litigation* dove si portano in giudizio interessi e identità conflittuali e si spinge alla rappresentazione di nuove soggettività e interessi. Così si creano nuovi canali di dialogo tra istituzioni politiche e soggettività sociali. Infine, questo costituzionalismo vivente è costantemente connesso agli standard internazionali dei diritti umani che vanno a costituire una sorta di "formula di contingenza", cioè di riferimento valoriale su cui proiettare la creazione di nuove norme (Prandini, 2005; 2012; 2013). Dal mio punto di vista questo *Living Constitutionalism* rappresenta proprio quel *pathos* della distanza tipico di una dottrina internazionale dei diritti umani che nella loro "astrazione concettuale" vanno a costituire quegli anticorpi di base, quegli *eigenvalues*, che alla luce di conflitti servono a filtrare cosa è diritto e cosa è torto. Quello che per Thornhill è il primo livello del sistema globale del diritto, prende la forma della astrazione dei diritti umani.

Questo primo livello (del sistema immunitario) ha però bisogno di avvicinare maggiormente le contraddizioni sociali: necessita di *Legal Irritants* e di Corti e *fora* giudiziali che li attivino. Questo secondo livello (il sistema immunitario appreso) sintetizza il *pathos* della vicinanza necessario a filtrare i macro-conflitti. È proprio attraverso il nuovo centro del sistema giuridico globale – le Corti e i Tribunali internazionali (e nazionali) – che le contraddizioni vengono tradotte in conflitti giuridici e, concio, immunizzare il sociale. Ciò accade perché solo Corti e Tribunali, se avvicinati e attivati, sono nella posizione del "dover decidere" a prescindere dalla loro volontà. È proprio lì che la "vita" del diritto si riproduce contro gli antigeni che la mettono in pericolo. Le Corti rappresentano quello che per l'economia sono le Banche centrali, cioè il centro operativo e simbolico del sistema a contatto dell'ambiente. Di questa necessaria compresenza di distanza e vicinanza parleremo più avanti.

Questa simultanea presenza di distanza e vicinanza, immunità ascritta e acquisita (due memorie con temporalità diverse), rende il sistema capace di proteggersi senza dover conoscere punto a punto l'ambiente e senza alcuna necessità di adattamento. Ciò che invece non convince nella teoria di

Thornhill è la duplice idea che: 1) il sistema del diritto sia preminente a livello globale rispetto agli altri sottosistemi; 2) che il diritto assorba in sé il politico. Se per la prima affermazione mancano proprio criteri scientifici di validazione (per cui rimane una mera ipotesi di lavoro, tra l'altro abbastanza inutile alla teoria): per la seconda a mio parere si tratta solo di una mancanza di volontà di osservare con maggiore attenzione la realtà. In primo luogo, infatti, sono molteplici e spesso molto violente le reazioni del politico (soprattutto nazionale) alla "totalizzazione" del giuridico. Certamente gli Stati debbono legiferare e giuridificare sulla base dei diritti umani e di standard astratti del diritto. Ma questo non toglie che fortissimi siano gli scontri tra sistemi nazionali, internazionali e le sentenze delle Corti. Inoltre, rimane fuori da questo "immaginario" una parte rilevante del sistema internazionale: si pensi per esempio alla Cina, all'Arabia Saudita, a gran parte dell'Africa e del Sud America. Lì gli standard dei diritti umani non sono certamente la regola. Infine, basterebbe semplicemente osservare dal punto di vista della comunicazione politica tutto ciò che Thornhill mostra solo da quello giuridico, per vedere come gli attori politici siano esattamente l'altro lato di quel tipo di giuridificazione. Anzi, la teoria ne godrebbe di capacità analitica.

4. Coda. Plusvalori sistemici, contro-diritti e il *pathos della vicinanza*

4.1 Lo scatenamento dei plusvalori sistemici, i contro-diritti e la re-entry conflittuale degli eventi mediali nelle forme sociali. Verso regimi di (auto)sovversione istituzionalizzata

4.1.1 *The Juggernaut Unleashed: tendenze totalizzanti e contro-istituzioni societarie de-totalizzanti*

I saggi più recenti di Teubner riprendono e sintetizzano le sue riflessioni sui pericoli della Modernità scatenata. Lo fanno approfondendo di nuovo le argomentazioni dell'ultimo trentennio, ma riescono ad aggiungere nuove problematiche e – se così possiamo dire – andando al cuore del “negativo”. In particolare, i tentativi di osservare il costante rimando all'ambiente del sociale stesso (coscienze psichiche e corpi) e poi anche al mondo come condizione delle differenze: come loro spazio non marcato che si appalesa in modalità non comunicative o concettuali. Questo focalizzarsi sulla immagine “negativa” del visibile, questo concentrarsi su ciò che *in absentia* si appresenta ai margini della comunicazione sociale, queste “atmosfera” che rivelano (nel duplice senso dello svelare e del velare di nuovo, simultaneamente) realtà invisibili, può essere argomentato sulla base di una ultima distinzione: quella tra *medium* e forme. Come cercheremo di mostrare il *medium* di ogni operazione sistemica rappresenta in un certo senso, il “negativo”, il “latente”, la “materia oscura” sui cui si imprinono le forme fenomeniche della realtà; il lato passivo in cui si imprinono attivamente le forme. Senza questo “Altro” del visibile, senza questo “escluso, incluso” dalla comunicazione, senza questa costante irritazione ai confini delle distinzioni, non sarebbe possibile alcuna comunicazione, cioè alcuna società.

Il saggio sui processi di espansione dei sottosistemi sociali (Teubner 2022e) comincia proprio con il riconoscimento che la società moderna, costituita attraverso una forma di differenziazione funzionale, spinge per generalizzare quei pericolosi processi di espansione ingovernabile che Marx descrisse, in campo economico, come “mercificazione” di tutta la realtà.

Questa espansione impositiva di una logica particolare – la ricerca di profitto, di plusvalore – al resto della società, genera quello che Habermas chiamò “colonizzazione”. Secondo Teubner, l’estensione del “dominio” del capitale, riguarda, in realtà, anche tutti gli altri sottosistemi sociali che, ognuno a partire dalle proprie operazioni specifiche, genera un plusvalore tendente a colonizzare il “resto” del loro ambiente. La logica è quella di una *escalation* continua senza possibilità di auto-limitazione. Questa plurale *eigendynamik*, questo politeismo dei valori in conflitto, questa volontà di potenza sistemica, esprime una pressione operativa continua e riflessiva a rigenerare e potenziare il proprio *medium* peculiare di comunicazione. Il denaro (per l’economia), la verità (per la scienza), il potere (per la politica), la validità giuridica (per il diritto), etc. Nel normale funzionamento di un sottosistema sociale, poniamo la scienza, gli eventi vengono prima filtrati dal codice peculiare del sistema (vero/falso), poi comunicati mediante il linguaggio della verità: solo la scienza può dirci se è necessario vaccinarsi contro un virus, in termini scientifici. Certamente possono comunicarlo anche la politica o la religione o i mass media, ma quella informazione non avrà lo stesso senso. Infine, se il sottosistema della scienza non riproducesse sé stesso mediante la verità, si bloccherebbe sulla falsità: ma chi ha bisogno di una scienza che scopre solo delle falsità? Il punto è però che esiste una tendenza ad andare ben oltre la riproduzione del sistema: quella di “investire” l’operazione non sulla sua logica di massimizzazione di output, bensì verso l’incremento del *medium* stesso. Qui ritroviamo l’inversione perversa della logica M-D-M tipica del mercato a quella D-M-D tipica del capitalismo.

Quale è la ragione che, almeno nella tarda Modernità, spinge verso questa estrazione di plusvalore? La risposta di Teubner è estremamente interessante. Il contributo dei mezzi di comunicazione simbolicamente generalizzati, sta nel creare i motivi di accettazione di comunicazioni sempre più implausibili. Lì sta il loro potere: quello di motivare all’accettazione di comunicazioni che, a loro volta, vengono accettate perché la motivazione ad accettarle le sostiene. Il circolo è quello tipico di una auto-dinamica basata su processi riflessivi, che cioè applicano i risultati sui risultati. È ormai da tempo evidente che queste dinamiche non rispondono ad alcuna logica o razionalità sostanziale (diretta a scopi). Per fare solo un paio di esempi, conosciuti da tutti: il “consumismo” cioè la motivazione a consumare per consumare non ha alcuna relazione adeguata ai bisogni “naturali”, anzi li inventa; la finanziarizzazione dell’economia, sfugge del tutto all’uso adeguato o razionale del plusvalore per fini di crescita economica *fundamental*, etc. Ogni sottosistema è spinto a “crescere per la crescita” anche perché si innescano competizioni “posizionali” tra di essi. La corsa si accelera e nessuno sa bene perché occorra correre così forte. La spinta a incrementare le opzioni di sviluppo diventa il fine del sottosistema che funziona con logiche del tutto endogene.

La corsa al plusvalore ha conseguenze di grande rilevanza sociale. In primo luogo, il fine “formale” tende a sostituire quelli “sostanziali”. A una motivazione di primo ordine (per esempio: trovare verità) necessaria al funzionamento del sistema, se ne affianca e poi si sovrappone una motivazione di secondo ordine (per esempio: creare reputazione scientifica). La “scienza per la scienza”, per rimanere all’esempio, sostituisce la scienza. A ciò corrisponde la spinta a una espansione senza limiti del sottosistema che trova le sue motivazioni ormai solo a partire dal suo interno. Ma questo primo movimento di espansione-crescita illimitata, ne genera un secondo altrettanto rilevante. Proprio perché il fine diventa quello di potenziare la propria potenza, ne deriva il fatto contraddittorio che alcune comunicazioni non sono più possibili. Per esempio le imprese non producono più beni e servizi, magari “utili”, ma che non danno “utile”; la scienza non farà più ricerca su problematiche poco “pubblicabili”; la sanità non curerà più malattie troppo rare; la scuola non si interesserà più di tanto a insegnare a chi non ha grandi capacità di apprendimento, oppure gli studenti non si iscriveranno a corsi che non promettono più alta occupabilità; le Corti, i tribunali e gli avvocati preferiranno occuparsi di casi e fattispecie ad alta “giudiziabilità” che agevolano la loro carriera, per non parlare dei politici che si interesseranno solo a problemi che gli portino voti, etc. Anche qui vediamo in atto una logica della totalizzazione, cioè della esclusione di “residui”, di “scarti” di “alterità” che rallenterebbero la crescita del sistema. Il sistema si “dis-trae” da quanto non ritiene produttivo. Ma, come vedremo, questa esclusione del negativo, potrebbe rivolgersi contro.

Se si entra con maggiore attenzione nella costruzione teorica del concetto di plusvalore, come fa Teubner, allora si osserva che in gioco sono tre le diverse dimensioni dei mezzi di comunicazione simbolicamente generalizzati; il loro substrato, la loro forma e le competenze di ogni posizione sociale che opera con i media. Il substrato è, per usare la distinzione dello psicologo Heider (1926), il *medium*, utilizzato operativamente dai sottosistemi per motivare alla accettazione delle sue comunicazioni. Gli elementi del medium dipendono dal sottosistema che opera: il denaro (economia), la verità (scienza), il diritto valido (diritto), il potere (politico), etc. Come ogni *medium* si tratta di elementi “sciolti”, cioè utilizzabili in modo fortemente decomponibile e ricomponibile. Il denaro può essere usato per comperare qualsiasi cosa (acquistabile); la verità riguardare qualsiasi osservazione scientifica; la validità per giustificare qualsiasi norma (giuridica), etc. Questa “scioltezza” non esaurisce mai la forza motivazionale dei mezzi di comunicazione che è praticamente illimitato. Non è che se la scienza verifica in un mese più teorie, allora il mese dopo dovrà risparmiarsi. La forma del medium invece, è il modo in cui quegli elementi si condensano in “programmi”, “stringhe di significato”, specifici. Un investimento in dollari non è un investimento in bitcoin; un programma di ricerca sul *Climate Change*, non è un

investimento in un programma sui “populismi politici”; un investimento in una riforma del diritto civile, non lo è in quello penale o familiare, etc. Come ogni forma, anche questa ordina gli elementi mediali in qualcosa di definito. Ed è proprio all’incrocio tra medium e forma che si sviluppa il processo di creazione di plusvalore, mediato dalle “competenze mediali” degli attori sociali. Queste competenze sono necessarie a implementare gli elementi mediali in forme. Per tornare ai nostri tre esempi: la profittabilità di “un utilizzo di denaro”, diventa il vettore per investire in un determinato programma; la reputazione scientifica di “un ricercatore”, diventa il vettore per convincere ad aprire un nuovo filone di ricerca; l’autorità normativa di “una speciale Corte o di un foro”, serve a indirizzare una causa in un certo modo. Queste competenze mediali devono costantemente riprodursi e per esse vale la regola di Matteo: chi più ne ha, più ne avrà: chi meno ne ha, meno ne avrà e gliene sarà tolto! È a quel livello che la competizione per il plusvalore si manifesta. Ed è qui che si manifestano le logiche dell’estrazione del valore dall’ambiente (psichico, sociale e naturale), quelle dello sfruttamento e dell’espropriazione. Il problema si radicalizza per un ulteriore motivo. I sottosistemi sociali, funzionalmente differenziati, non solo non percepiscono immediatamente il pericolo di “estrarre” troppo dai loro ambienti sociali – che per loro è solo un’altra opportunità di espansione – ma neppure quello delle conseguenze che tale estrazione potrebbe avere su di loro. Tutto ciò esplose nella generazione di spinte simultanee e plurali alla economicizzazione, giuridicizzazione, politicizzazione, fideizzazione, scientificizzazione, sanitarizzazione, etc. della società. Una lunga serie di “totalizzazioni”, ognuna basata sul tentativo di estrarre valore dal resto dell’ambiente, senza alcuna responsabilità

Per Teubner occorre trovare regole di blocco esogene a questi processi. Queste potrebbero venire elaborate nelle Costituzioni. Ma quali? Quelle nazionali, essendo però le tendenze al plusvalore globali? Rimandiamo per ora questo problema. Per Teubner le Costituzioni potrebbero introdurre principi e protezioni giuridiche. Per rimanere in campo economico: i principi richiederebbero un intervento plurale sul plusvalore, da parte di diversi attori sociali con compiti diversi, per esempio: lo Stato tassa, i sindacati controllano le condizioni lavorative, le associazioni di consumatori che i profitti vengano reinvestiti in prodotti migliori, etc. Riprendendo la famosa dialettica tra *disembedding* e *re-embedding* descritta da Polanyi, Teubner introduce il tema delle “merci fittizie”, cioè della trasformazione mercantile di beni che andrebbero immunizzati dal sistema economico capitalistico: terra, lavoro e moneta (oggi si aggiungerebbe certamente l’accesso alla rete e l’acqua). Sono beni così fondamentali per tutti che vanno protetti dalla spinta alla plusvalorizzazione capitalista. In particolare, furono i sindacati (per il lavoro) e le banche centrali (per il denaro) che si mossero per arginare la colonizzazione e a funzionare come sistemi immunitari, generando conflitti contro le

tendenze al plusvalore economico. La creazione di queste istituzioni immunitarie è il futuro della costituzionalizzazione frammentata del mondo globale. Ogni sottosistema dovrà trovare le sue “merci fittizie” – i beni fondamentali da proteggere – e organizzare intorno ad essi movimenti di protesta, associazioni di cittadini che cercano garanzie, gruppi di rappresentanza e di pressione, interessi politici che rappresentano minoranze, stakeholders, constituencies diverse, etc., cioè tutta quella congerie di “sentinelle” e “perceptor” di pericoli capaci di attivare mediante conflitti, il sistema immunitario sociale.

Un’ultima riflessione, per noi la più rilevante, ha a che fare proprio con le tendenze al plusvalore del sistema giuridico stesso. Ricordiamo che quel sottosistema è considerato da Luhmann, il sistema immunitario della società che, trasformando i conflitti e le contraddizioni sociali in conflitti giuridici riesce a sostenere l’autopoiesi della società non permettendo che gli scontri blocchino la riproduzione del sistema. Ma, attenzione (!) che anche questo sottosistema subisce le stesse spinte alla creazione di plusvalore degli altri. È estremamente interessante capire come Teubner elabori la questione. “Estrazione del plusvalore normativo delle decisioni giuridiche” questo è il punto. Dove avviene che le competenze del sottosistema estraggano questo valore? Proprio nei conflitti sociali. Quando un conflitto si presenta, il sistema giuridico (laddove attivato) lo ricostruisce attraverso il linguaggio del diritto che ne distorce la concretezza e contestualità. In questa *translation, something is lost!* Il sistema giuridico è spinto da una logica espansiva di giuridicizzazione della realtà, mediante lo sfruttamento giuridico dei conflitti. Invece che riflettere su quale tipo di giustizia attivare, il sistema giuridico cerca di capitalizzare i conflitti giuridicizzandoli: *summum ius, summa iniura!* Il risultato è il cosiddetto “giustizialismo”, la tracotante volontà di giustizializzare tutto e tutti mediante il solo diritto. Di nuovo, un frammento di senso, vuole farsi totalità. In tal senso il sistema immunitario del diritto comincia a funzionare in modo totalizzante, scambiando qualsiasi irritazione (conflitto) come una prova della necessità della sua attivazione: malattia auto-immunitaria. L’immagine del Giudice irreprensibile che rovina la vita delle persone in giudizio per risolvere i conflitti solo con la legge o le norme, è un classico della letteratura e della cinematografica occidentale, per non dire dei poteri scatenati e irresponsabili di certa magistratura.

L’unico modo per indirizzare il sistema immunitario del diritto a reazioni adeguate quello solito dell’auto-sovrersione. Il diritto spesso non è il modo migliore di risolvere i conflitti. Molti altri modi svolgono meglio quella funzione: mediazioni, conciliazioni, arbitrati, accordi, negoziazioni private. Rimane famosa la ricerca di Chase (2009) su *Disputing Systems*, in particolare sulle *Alternative Dispute Resolution* che sempre più a livello globale compensano i problemi materiali-temporali e sociali tipici delle Corti amministrative americane. Tutte modalità che potremmo pensare come dentro al

sistema del diritto, ma in una posizione più capillare e meno formalizzata. La funzione del diritto sarebbe quindi quella di promuovere una riflessione societaria sulla necessità di contro-istituzioni normative che operino non in opposizione ma in parallelo al diritto. Il sistema immunitario si auto-immunizzerebbe contro i suoi deliri espansivi, chiedendo aiuto a sistemi immunitari periferici più capaci di intercettare certi tipi di conflitti. Di nuovo il sistema dovrebbe auto-sabotarsi, creando al suo interno zone di collisione che ne bloccano le tendenze totalizzanti, cioè a dire, che trasformano inclusioni escludenti, in una esclusione affermativa.

4.1.2 I Contro-diritti come negazione affermativa del diritto: passività, assoggettamenti, soggettivazioni e sovversioni

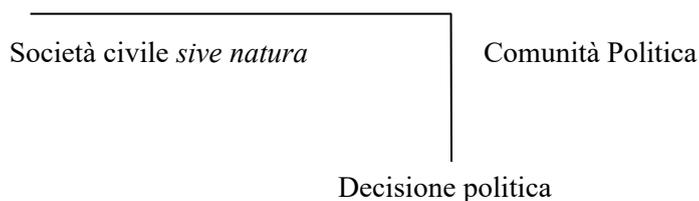
Rimane ora da affrontare la problematica della passività nel diritto, e i “contro-diritti” (*Gegenrecht*) ci mostrano proprio l’affermatività del negativo, la sua produttività, in quel campo peculiare. In una società globale occidentalizzata e centrata sui valori del “positivo” e dell’“attivo”, i controvalori del “negativo” e del “passivo” possono giocare una funzione di grande rilevanza. L’occasione per affrontare il tema è data dal lavoro del filosofo del diritto Christoph Menke nel suo saggio dedicato alla *Critica del diritto*, o dei *Contro diritti* (2015). Menke sviluppa una genealogia del diritto moderno, mostrandone la contingenza storica e le alternative che la sua stessa forma esclude. Il filosofo prende spunto dalla moderna rivoluzione borghese che diventa il paradigma del passaggio dal dominio tradizionale di una società differenziata per strati (diseguali e posti in una gerarchia), a quello tipico di una società differenziata per funzioni (con una eguaglianza tra i sottosistemi e senza una gerarchia). Tale mutamento genera l’ideologia dell’eguaglianza “formale” dei cittadini in uno Stato di diritto e con diritti soggettivi che perdono ogni rapporto con ogni presupposto “bene oggettivo” e con la *Sittlichkeit*. Questo passaggio rivoluzionario, che si istituzionalizza mediante *La Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino* del 1791, dà inizio a una Modernità che promette libertà, ma paradossalmente produce domino come Adorno e Horkheimer mostrarono. Per Menke e seguendo Marx, la Rivoluzione fa in modo sbagliato qualcosa di giusto. Per costruire una nuova Comunità politica di individui liberi ed eguali, crea l’antitesi artificiale tra un soggetto politico – che crea i diritti – e i cittadini privati – che vengono autorizzati a pretenderli – creando perciò stesso individualità separate ed egoistiche (il famoso “individualismo possessivo e proprietario”. La Comunità politica, che prende la forma dello Stato (prima assoluto, poi liberale e infine costituzionale) si trasforma in un mero strumento per la riproduzione dell’individualismo proprietario, posto come l’originale abitante di una surrettizia società civile impolitica (ma che in realtà è mera invenzione:

la cosiddetta “naturalizzazione del sociale”). Il cittadino serve l’uomo egoista che pretende di avere diritti giustificandoli come naturali, cioè “alienati” dalla Comunità politica. Il giudizio politico (la capacità di auto-governarsi) e il diritto (positivo) in tanto assicurano la libertà in quanto la presuppongono come esterna al governo politico stesso che diventa così mera amministrazione. Così facendo – e attraverso l’ideologia di una società civile immune dal “politico” – espongono la società a una serie infinita di nuove dominazioni e di nuovi poteri sociali che si scatenano essendo paradossalmente garantiti proprio dai diritti fondamentali. I sottosistemi sociali economico, scientifico, dei mass media, sanitario, degli aiuti, etc., immunizzati dal sistema politico mediante il diritto, liberano i loro plusvalori e mettono in pericolo la società che, prima, li ha legittimati. I diritti soggettivi dovrebbero proteggere i cittadini da queste tendenze espansive, ma in realtà lo fanno solo se *enforced* dallo Stato. A quel punto lo Stato deve intervenire nuovamente con l’uso legittimo della forza o imponendo con forza il diritto. Si crea così una situazione di crisi permanente, quella che Menke chiama l’aporia dello Stato costituzionale moderno. Il risultato è che libertà non significa più emancipazione. Il caso del diritto di proprietà è, come sempre, esemplare: con esso il diritto non solo garantisce agli individui di avere un potere su qualcosa che viene reso indisponibile ad altri, ma soprattutto gli consente di farne quello che vogliono senza alcuna connessione al “bene comune”. La contraddizione è che la volontà individuale si realizza comunque nella società, producendo conseguenze che poi vanno regolate perché generano continuamente conflitti intersistemici, esternalità negative, conseguenze inattese. La libertà genera controllo e viceversa.

Secondo Menke questa forma del diritto “aliena” la volontà individuale dalla normatività sociale – (dalla Ragione, dalla virtù, dall’autonomia, dal bene comune, dal *telos* dell’operare) che hanno caratterizzato tutte le forme premoderne di diritto – sostituendole con l’ideologia della libertà negativa. A questo punto la Modernità emerge come dominio dell’individualismo proprietario che, a sua volta, è basato sulla disattivazione della sua normatività sociale e politica (processo di *Entsittlichung*, de-moralizzazione). Questo processo che promette libertà, ma riproduce dominio, si collega alla semantica moderna del diritto borghese: da un lato, mediante la forma dei diritti, il sistema del diritto riconosce la libertà individuale (e la pretesa di avere sempre nuovi diritti) come qualcosa di pre-giuridico; dall’altro, questa stessa possibilità è paradossalmente abilitata dal diritto. In altri termini la libertà appare due volte: la prima come preconditione naturale e la seconda come prodotto sociale. Questo paradosso replica l’aporia fondamentale della genesi del potere sovrano moderno di hobbesiana memoria: il potere costituente che genera il potere costituito è presupposto, come Soggetto collettivo (il Popolo), prima di essere stato costituito. E replica anche l’aporia del diritto positivo stesso (almeno così come lo osserva la teoria sistemica). È il

diritto che decide cosa è diritto e cosa non lo è, cosa è “norma” e cosa è “fatto”, separandosi da suo altro che non è “altro” che il suo sé alienato e obliato. Una volta (auto)prodotto e perciò (auto)costituito, il sistema del diritto osservandosi riflessivamente, decide autonomamente chi ha torto e chi ha ragione. È la famosa doppia chiusura dei sistemi, la prima necessariamente latente, la seconda necessariamente manifesta. Ma d’altra parte proprio così facendo il diritto rimanda sempre e necessariamente al suo “esterno”, sia esso concepito come diritto naturale, dell’uomo, o anche come rimando ai comportamenti sociali da regolare. È lo stesso processo che Teubner descrive distinguendo le due fasi del processo che genera la “costituzione” di un sottosistema: prima abbiamo il momento della auto-costituzione del sottosistema sociale che si distingue da altro; poi il momento della sua costituzione giuridica. Entrambi i processi sono necessari ed è necessario che la loro interdipendenza rimanga invisibile. Se non lo fosse tutto il processo risulterebbe “arbitrario”.

In sintesi, con l’invenzione dell’individuo moderno, si separano il soggetto politico che “dichiara” i diritti, dal soggetto privato che ne viene autorizzato. L’atto politico autorizza il cittadino a-politico ed egoista, rappresentando la comunità politica che fonda, come mezzo per gli interessi di ciò che viene fondato: a questo punto, la politica si de-politicizza. Si noti il paradosso: l’azione che fonda, la decisione politica, istituisce la società civile come sua “base naturale” separata che, da quel momento, è rappresentata come fondante la comunità politica (che a sua volta viene ridotta ad amministrazione-protezione della società). Mediante un’analisi genealogica, Menke rivoltà il processo di causazione. L’ordine liberale con i suoi diritti soggettivi non è creato dalla volontà pre-sociale con la funzione di garantirla: invece è quell’ordine che crea la nostra immagine di esseri autonomi pre-sociali.



Questo processo produce, in totale contraddizione con la sua rappresentazione moderna, un vero e proprio assoggettamento, nel senso etimologico del “gettare sotto” (*sub-jectum*) quello che dovrebbe stare sopra. La decisione politica (il giudizio politico) crea una sua esternalità nascondendo il “momento” produttivo e rimandando ad esso la giustificazione della sua attività. Seguendo Foucault potremmo dire che assoggettare significa costituire un soggetto mediante pratiche di potere che simultaneamente lo

attivano e disattivano, lo riconoscono e disconoscono. La logica è sempre la stessa, quella della unità invisibile di qualcosa che si manifesta come distinto. Il diritto borghese costituisce il soggetto moderno – il cittadino – presentandolo come naturalmente libero, mentre appunto lo sta letteralmente istituendo dentro al sistema (del diritto) dove soltanto può proteggerlo. In tal senso il soggetto è (da) sempre assoggettato. I diritti fondamentali sono perciò concepiti come protezioni, immunità, del soggetto verso le pressioni politiche e sociali: protezione della sua naturalità, asocialità e apoliticità. Ma questa immunità è, paradossalmente, il prodotto del sistema politico stesso.

La mossa critica e ricostruttiva di Menke è quella di ri-politicizzare (in realtà di ri-socializzare) la costituzione del soggetto (di diritto), riconoscendo che la sua naturalità è “posta” dal sistema ed evitando, così, la Scilla del liberismo borghese e la Cariddi del totalitarismo storicamente rappresentata dall’esperienza comunista sovietica. Bisogna salvare la forza emancipatrice dei diritti soggettivi – che immunizzano dalla totalizzazione – senza per questo separare positivisticamente l’individuo dal sociale. Questa opportunità è data dal poter pensare i processi costitutivi in modo critico e riflessivo. In questo modo si sovverte l’assoggettamento, sub-vertendolo a sua volta. Occorre pensare un diritto che non “inventi” una società civile depoliticizzata e separata, ma che neppure obblighi ognuno a partecipare attivamente al giudizio politico dell’auto-governo. La Rivoluzione borghese apre per la prima volta una reale possibilità di emancipazione mediata dalla riflessività. Riflessività qui significa la consapevolezza dell’infondatezza del diritto e, simultaneamente, la ricerca di dispositivi che compensino questa mancanza di fondamento.

4.1.3 Genealogia dei contro-diritti: la rivolta degli schiavi che affermano la loro passività

Per il diritto della Rivoluzione borghese, “avere un diritto” significa poter attivare una pretesa vincolante rispetto a qualcosa e/o qualcun’altro. Questa pretesa a qualcosa – a un diritto – è “posta” come fattuale, cioè come antecedente a ciò che la autorizza (la comunità politica): prima i fatti poi le norme. Per la Rivoluzione moderna, dove il sistema del diritto rimane l’unico ordine normativo ormai condiviso, i “fatti” – la società civile, i bisogni, le volontà degli individui, le loro pretese, etc. – sono posti come “dati”: è il “Mito della fatticità” esplorato dal filosofo Sellars. Le norme devono solo “fissare” socialmente il commercio di queste fatticità. Questa moderna e contingente forma del diritto è la forma di un potere, in quanto nasconde l’azione del produrre, alienandola in un prodotto già dato. Così facendo determina, in modo nascosto, un intero stile di vita che viene percepito come normale, esigibile, giusto, etc. La critica marxiana mostra proprio la genesi invisibile, la

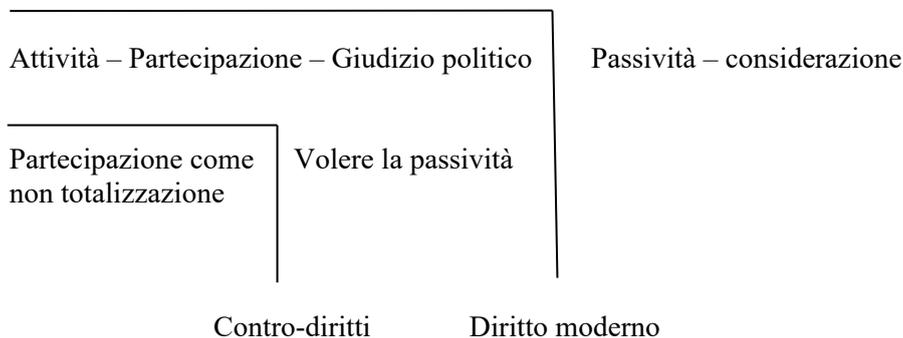
genealogia, della distinzione alienata. Ne critica le condizioni di possibilità e quindi ne svela la totale contingenza. Ne deriva la possibilità di un nuovo diritto: un contro-diritto capace di trasformare ciò che permette. Per scatenare questa critica, a Marx (e a Hegel) Menke affianca il Nietzsche della *Genealogia della morale*, con la sua analisi (critica) della rivolta degli schiavi, cioè dei sottomessi. Come in Hegel lo schiavo è determinato dalla presenza del padrone (mentre questo si vorrebbe sovrano, cioè indipendente dallo schiavo). Per il padrone il diritto esprime qualcosa di positivo, la pretesa del potere sullo schiavo. Per lo schiavo, invece, manifesta una contrapposizione al potere del padrone. Lo schiavo è infatti in una posizione di passività, di sottomissione, di assoggettamento. Diversamente da Hegel per Nietzsche (qui critico della mancanza di “forza” degli schiavi) lo schiavo vuole rimanere passivo, vuole che venga riconosciuto il suo diritto a non avere potere: vuole un diritto ad avere diritti perché soffre dell’attività dell’altro. Vuole che venga riconosciuto un limite al potere, voler rimanere indefinito dal potere. Solo questa volontà di “sottomissione” – che per Nietzsche è solo segno di mancanza – può sradicare dal sentiero moderno delle infinite “lotta per il riconoscimento” secondo cui avere diritti significa “non avere il diritto di avere un diritto diverso”. Se lo schiavo vuole essere riconosciuto per essere *empowered*, diventerà a sua volta un padrone producendo come suo “esterno” altri schiavi. Entro questa logica ogni inclusione non può che essere escludente. Per il filosofo tedesco della volontà di potenza, gli schiavi in rivolta lottano per vedersi “riconosciuti” dei diritti. Ma a differenza dei diritti dei padroni che sono orientati a creare “valore” (potenza, nobiltà, rango) prendendo distanza dalla plebe, quelli degli schiavi in rivolta oppongono un nuovo diritto: quello di riconoscere la responsabilità dei padroni di essere tali, nel bene o nel male. Gli schiavi non vogliono potere di creazione, bensì potere di richiamare i padroni alle loro responsabilità; una richiesta di essere presi in considerazioni da chi ha diritti. Per gli schiavi, quindi, il diritto fondamentale è quello di “essere considerati”. Ma questo diritto conferma lo schiavo nella sua posizione. Non emerge alcuna altra affermazione oltre a quella del padrone. Lo schiavo rimane in bisogno di considerazione. Potremmo dire che i coinvolti chiedono di essere considerati dai decisori e non chiedono di abolire la loro posizione di sofferenti. Per Nietzsche significa che gli schiavi confermano un diritto a “soffrire”, ad essere sofferenti: accettano la passività perché non hanno l’energia creativa dei padroni.

Menke comincia da una critica a Nietzsche per ripensare una passività “attiva”. Come prima mossa torna a Aristotele secondo cui “soffrire” significa essere affetti (*paschein*, passio) in contrasto alla azione (*poiéin*, actio). Soffrire significa essere affetti – colpiti – da un’azione, essere passivi, non trasformarsi in agenti. Azione e passione formano due momenti correlati di una stessa relazione che Kant avrebbe poi definito di comunità (*Gemeinschaft*). Questa comunità però non è vera *communio*, bensì solo

commercium, relazione tra elementi che stanno in relazione in modo reciprocamente “esterno”. Cosa rappresenta per il critico della ragione pratica, la *communio*? Una relazione dove le parti non sono reciprocamente esterne, bensì internamente connesse: realizzazione dello stesso bene, cui ognuno partecipa. Comunismo: partecipazione uguale di tutti verso la produzione di un bene comune attraverso l’auto-governo! Se così è, allora il diritto alla sofferenza dello schiavo che chiede al padrone di auto-limitarsi e di considerare le conseguenze del suo agire, è un diritto a non essere un partecipante eguale, a non partecipare al giudizio politico: un diritto contro il politico. Tal senso la Rivoluzione borghese è rivoluzione di schiavi: avere il diritto anche se non si partecipa e si rimane passivi (almeno politicamente). Il diritto moderno è, paradossalmente, una affermazione attiva della passività. Tutto il pensiero liberal democratico, da Constant in avanti, concepisce questo diritto al non partecipare come diritto alla *privacy* e a una sfera intoccabile di libertà e di passioni che sfuggono al giudizio politico, come diga allo scatenamento degli appetiti politici.

Secondo Menke esiste però una seconda interpretazione della rivolta degli schiavi, un ottimismo della debolezza. Gli schiavi non ribadiscono una condizione naturale di passività, bensì la vogliono attivamente: vogliono essere passivi, “vogliono non voler partecipare”. Non ribadiscono una debolezza, bensì affermano una nuova posizione e il suo “valore”. La passività, la non partecipazione diventa un momento della definizione del bene: una alterità incistata nella pienezza del bene. Questa mossa antiborghese, permette di distinguersi anche dal comunismo, in quanto la passività diventa una condizione di possibilità del bene, uno suo “momento”. Ciò significa una diversa determinazione del Bene dove la passività non è il suo altro assoluto e dove il giudizio politico è costituito anche dalla non partecipazione. Le due rivoluzioni, borghesi e comunista, invece, si basano sulla opposizione tra servo e padrone. La prima, mantiene la servitù salvaguardandola, dichiarando un diritto alla considerazione e concependo la passività come un fatto: la seconda obbliga tutti a diventare padroni, considerando l’attività l’unica virtù e riconoscendo un diritto alla partecipazione. Due facce della stessa medaglia, due modi opposti della stessa rivoluzione moderna dell’eguaglianza. Ognuna universalizza il suo punto di vista: quello del servo e della sua debolezza da salvaguardare nella sfera privata (passività come pericolo di essere esposti all’azione dell’altro); quella del padrone con la sua forza di partecipazione. Di fianco alla Rivoluzione liberale borghese abbiamo dunque quella comunista. Quella liberale proclama l’eguaglianza di “considerazione” (di riconoscimento) di tutti i privati cittadini con i loro voleri; quella comunista proclama l’eguaglianza di “partecipazione”. Per il liberalismo il cittadino, posto di fronte alla società, è debole e va protetto; per il comunismo, invece, è forte e capace di autogoverno. Il sofferente (liberale) universalizza la figura del servo (passività) e il partecipante (comunista) quella del

padrone (attività). Per andare oltre alle due rivoluzioni non bisogna utilizzare quella distinzione – attivo/passivo – ma inventare un soggetto la cui passività non è servile perché è liberamente voluta e la cui attività non è quella del padrone perché non è una volontà di creazione di plusvalori. Secondo Menke lo scopo della rivolta degli schiavi è quello dell’affermazione della volontà di una passività de-naturalizzata. “Soffrire” passivamente significa non voler partecipare alla pratica sociale collettiva e quindi all’auto-governo. Significa non esercitare attivamente il giudizio (politico). Ma, e questa è la *pars construens* di Menke, volere attivamente essere un sofferente significa che non partecipare al giudizio (prassi) politico necessario per determinare il bene comune, è un “momento” della generazione del bene stesso. Vuol dire far rientrare la passività nella attività: la passività è la condizione interna per l’attività del giudizio. Soffrire significa quindi non partecipare e partecipare significa agire il giudizio politico governando (e auto-governandosi). La non partecipazione diventa, allora, condizione di possibilità del partecipare (politicamente).

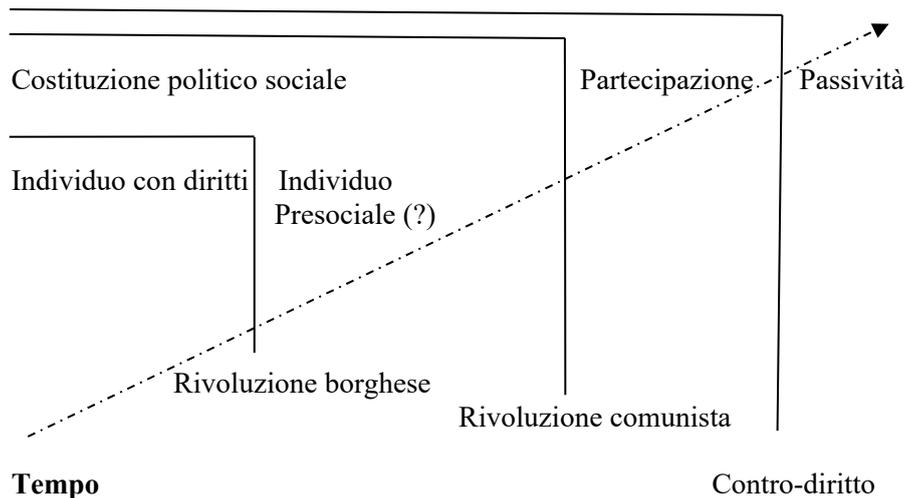


La rivolta degli schiavi (gli ebrei contro Roma) inaugura invece questa nuova differenza: abolire la relazione servo-padrone, creando un soggetto la cui passività non sia servile (in quanto è “voluta”) e la cui attività non sia padronale (perché non vuole creare nessun “valore”). La rivolta “affermativa” dello schiavo – la sua negazione potenzializzante – significa volere la propria sofferenza come riconoscimento che l’incapacità di partecipare è un momento della produzione del bene comune e non un suo opposto: e che il bene comune è praticato mediante un giudizio politico che non è quello del padrone. La passività diventa la condizione interna e necessaria per poter attivare il giudizio. L’incapacità di partecipare è la condizione per la partecipazione. La nuova forma di partecipazione, allora, richiede il diritto a non partecipare per poter partecipare nel modo giusto e si condensa in un diritto alla considerazione. Il diritto a non partecipare diventa così un diritto politico. Allo stesso tempo cambia la forma dei diritti soggettivi. Non più diritti (forme) che autorizzano la volontà egoistica di individui (la loro “materia”

pensata come naturalmente data). Il nuovo diritto sarà invece riflessivo. Farà rientrare la distinzione forma/materia, nella forma. A quel punto la naturalità del volere – sulla cui base si erge il diritto borghese alla considerazione – diventerà una questione politica. Per uscire da questo gioco l'unico modo è pensare a dei contro-diritti (*Gegenrecht*). Questi non sono l'altro del diritto, il suo esterno oppositivo “naturalmente dato” e neppure altri diritti: sono la faglia che li taglia dall'interno non permettendo che divengano diritti moderni, cioè una totalità che si contrappone ad altre totalità. La rivolta degli schiavi domanda il diritto alla non partecipazione sulla base e al fine del bene della partecipazione. Ricordiamoci che il diritto alla non partecipazione è il diritto alla considerazione. Questo diritto è creato dalla partecipazione attiva al politico e non è un suo “naturale” esterno. Il diritto basilare e antipolitico alla considerazione ha qui quindi una base politica. E si tratta di un politico che non è né il liberale né il comunista. La rivolta crea un nuovo diritto insurrezionale che non è né soggettivo né privato, bensì un contro-diritto. Crea un diritto fondamentale alla considerazione; non c'è politica senza contro-diritti diversamente da quanto dice il comunismo. Il comunismo non è creazione di un bene comune “totalizzante” e neppure sua distribuzione a tutti. Allo stesso tempo non esistono contro-diritti senza politica (contro liberalismo). La rivoluzione consta in un mutamento radicale nel giudizio politico, cioè nel modo di prassi relativo alla sfera politica. Consiste nel ripensare la relazione tra attività e passività nel produrre il diritto. La proposta di Menke è di pensare la passività non come l'altro dell'attività (la considerazione) che va garantita giuridicamente. Questo è il tipico errore empirico e positivista. La passività va invece intesa, dialetticamente, come un momento del processo che genera diritto, come sua condizione di possibilità. Ciò dà vita ai contro-diritti dove il momento (dialettico) della non partecipazione nel processo del giudizio che crea il diritto, non è il suo l'Altro, bensì l'altro nel giudizio stesso. La passività diventa il negativo affermato e lo scarto interno al diritto.

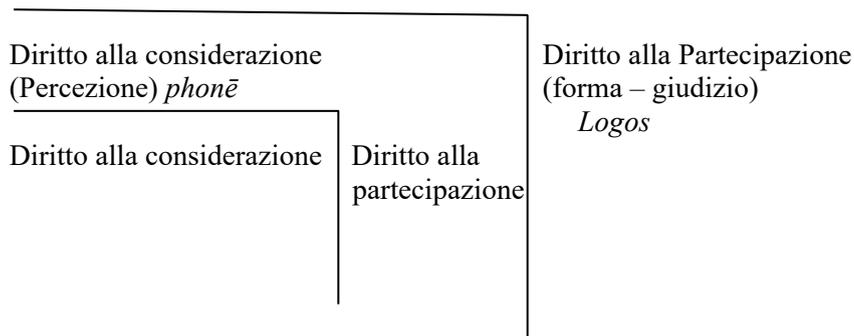
A cambiare è radicalmente l'idea della prassi del giudizio politico. Di nuovo è la fondazione aristotelica a essere chiamata in causa. La capacità di giudizio è pensata come differenza tra *phonē*, il mero suono che indica piacere e dolore condiviso da tutti gli animali sulla base della percezione (sensazione), e *logos* che invece distingue tra bene e male, tra giusto e sbagliato. Giudicare significa essere liberi dalla passione, dall'affezione, dalla percezione. Giudicare è poter dire di No alla pressione dell'ambiente, separando la situazione particolare percepita dal “concetto” universale della stessa. Solo astraendosi dall'affezione il giudizio può ragionare. Qui nasce la distinzione classica tra il “gusto” particolare, soggettivo e percettivo, dalla ragione che si articola in concetti. La pressione del percepito, la sua forza dirompente, va messa a distanza, concettualizzata e trattata in modo spassionato. Così per Aristotele esistono “schiavi naturali”, persone che hanno la capacità di

giudizio, ma solo passiva: comprendono i giudizi dei padroni, ma non riescono loro stessi a giudicare. La capacità di giudizio che è ben diversa dalla mera capacità di parlare in modo “mimetico”, è capacità politica. Si pensi, come esempio, alle battaglie per attribuire voto a persone che venivano concepite come dotate di sola “voce”: donne e giovani. Questi sono “schiavi” la cui capacità di percepire va tenuta in considerazione da chi farà il diritto. Per questo il comunismo vorrà trasformare quella voce in giudizio partecipativo.



La rivoluzione del giudizio sta in un atto di affermazione diverso perché non vuole separare la voce dal linguaggio, la percezione dal giudizio, il patire dall’agire, l’affezione dal concetto. La parte “sofferente” non è solo la materia su cui la forma del giudizio può “spadroneggiare”: non è un’incapacità esterna al giudizio. L’affezione è invece un medium di una evidenza, di una potenza pre-concettuale che continua a operare anche quando si attiva il logos discorsivo. L’incapacità non è mera assenza di capacità. L’altro del giudizio va rientrato nel giudizio non in quanto “materiale grezzo” su cui costruire il giudizio, bensì come “forza che orienta”. Neppure questa forza è l’ambiente esterno del giudizio. In realtà ne diventa, dialetticamente, un “momento”. È il suo altro, cioè il suo proprio come altro. Nel giudizio non viene cancellato: sopravvive come l’inquietante negativo e passivo del giudizio. Nel processo tutto è mediazione. Questa irrequietezza, disordine, inquietudine (*Unrest*) è ciò che dall’interno irrita il giudizio concettuale e lo scardina. Lo sovverte. Il contenuto di questi contro-diritti è la loro passività, l’incapacità nella capacità. Attraverso l’affezione il soggetto si espone alla realtà e ne viene posto in questione. Anche qui è in gioco una mediazione che mantiene ciò che viene superato. La sensazione percepita, di per sé, non

è argomentabile perché rimane intraducibile nel linguaggio. Simultaneamente, però, il giudizio mantiene qualcosa di quella sua negatività. I due momenti permangono in conflitto perché comunque l'affezione significa qualcosa di non sociale, di non partecipativo: rimane il contro-momento della partecipazione sociale. Qui si dà uno dei problemi della elaborazione di Menke. Egli stesso riconosce che i contro-diritti sono simili ai diritti borghesi perché riconoscono il diritto a non partecipare. Anzi riconosce che la loro differenza è instabile. Però i contro-diritti essi non autorizzano la neutralità della volontà individuale rispetto alla normatività morale. Ma che significa allora questa relazione alla moralità? Forse si può provare a capire, collegandosi al diritto alla considerazione come diritto alla mancanza di potere. Nel diritto borghese il padrone non ha diritto di considerazione, perché è sempre attivo e perché partecipando dà vita al governo, decide della legislazione, di ciò che è giuridicamente valido o no. In tal senso non ha bisogno di essere "considerato" dal governo stesso che egli è. Se ciò è vero allora nella modernità ad *avere* diritti sono solo i governati, i coinvolti dalle decisioni, i rappresentati, e le minoranze. Per la rivoluzione dei contro-diritti, questa passività non va cancellata dall'auto-governo di tutti, perché è una condizione interna del potere di giudicare. Chi governa deve considerare e riflettere sulla sofferenza che impone con le sue decisioni su chi è governato. Un buon governo non vuole totalizzarsi, bensì vuole mantenere al suo interno una opposizione, un governo rivoltante. Questa sembra la differenza. Il governo non deve considerare i bisogni di chi non governa come una mera pretesa di volontà individuali scollegate dal bene comune. Deve riflettere, mentre legifera sulle conseguenze della sua opera attiva e reintrodurre le conseguenze delle sue decisioni rispetto ai coinvolti.



Cambia anche la forma del diritto. Non più un mero codice che traduce una materia pre-giuridica distruggendola nella traduzione. Non è una neutrale considerazione giuridica di ogni volere concepito come dato che esiste prima del diritto. È l'unità della distinzione tra giuridico e non giuridico come forza di auto-sabotaggio: come forza che preme sempre per rivolgersi contro

se stessa. È iscrizione della insurrezione contro l'ordine dentro all'ordine. È formula di contingenza che – come mostra una certa concezione dei diritti umani – confligge contro il diritto posto. Diritto continuamente in lotta contro sé stesso, da entrambi i lati da quello della determinazione e da quello dell'indeterminabilità. Diritto che insegue il suo bene che, paradossalmente, è la sua giustizia, la ricerca del giusto in ogni situazione. Ciò significa che la giustizia è riconoscere la simultaneità del diritto a partecipare e a non partecipare. Il soggetto del diritto è perciò “separato”, così come il sociale che deve mantenere al suo interno il non sociale. Non questo o quello, ma questo e quello. La separazione unisce, nel conflitto della differenza.

4.1.4 Regimi di soggettivazione come ciclo infinito di critica: assoggettamenti, soggettivazioni, sovversioni

Prima di riprendere le riflessioni di Teubner sulla teoria dei contro-diritti, introduco una lettura critica di Karsten Schubert (2021). Secondo il filosofo tedesco la critica di Menke ai diritti soggettivi moderni, può essere esemplificata con riferimento alla ormai classica analisi di Hanna Arendt sulle persone senza cittadinanza, cioè senza garanzie statali (rifugiati e migranti). Solo chi è membro di uno Stato, cioè incluso in una società territorialmente definita, può attivare i diritti umani che senza questo ancoraggio statale rischiano di rimanere solo una retorica. Secondo Arendt occorre sganciare i diritti umani da quel radicamento. Solo così, individuando una *membership* globale, i diritti umani possono rappresentare il famoso “diritto ad avere diritti”. Secondo Schubert possono darsi due letture di Menke, una forte e una debole. Per la prima, la forma moderna dei diritti individuali genera un processo di *Entsittlichung*, demoralizzazione, adiaforizzazione del giudizio, nel senso di creare una immagine neutrale dei fini-appetiti individuali. In pratica il diritto “cancella” la socialità-politicità dell'individuo, generando una sua immagine di naturalità positivista che si trasforma immediatamente in individualismo proprietario. Come correggere questa tendenza che porta logicamente a quella che Parsons (1937) chiamò il “problema hobbesiano dell'ordine”? Secondo Schubert, il tentativo di radicale ri-eticizzare delle condotte di vita in vista di un bene comune politicamente deciso – trasformando la passività naturalistica in attività politica – provocherebbe una nuova totalizzazione che metterebbe in pericolo la differenziazione sociale. Che succederebbe, per esempio, al diritto alla privacy o ai diritti delle minoranze? Se il giudizio giuridico diventa politico e se questo si rappresenta come l'unica Ragione universalistica possibile, allora le due sfere si sovrappongono togliendo spazio al pluralismo e alla libertà e riportandoci verso un totalitarismo “benevolo”.

La lettura “indebolita” interpreta, invece, i contro-diritti come protezioni, cioè come “immunità giuridiche”. Ma se è così, allora i contro-diritti somigliano davvero molto ai diritti individuali liberali, almeno nella loro performatività. Si prenda come esempio la “sofferenza” di un qualsiasi gruppo di discriminati. Potrebbero anche non essere persone umane, oppure in futuro macchine. Qui il soffrire e l’impossibilità di partecipare all’argomentazione politica vengono compensati dalla presa di parola di rappresentanti e, perciò, inclusi nella comunicazione sociale e giuridica. Se però li si include e gli si garantiscono diritti, allora questi si presentano come diritti individuali (o di collettività singolari).

Secondo Schubert è possibile “salvare” questo necessario aspetto immunitario del diritto – che protegge le individualità dalla totalità sociale – ripensando in profondità l’idea di libertà che il liberismo ha elaborato e portandola su un versante riflessivo. La libertà, in sintesi estrema, va intesa come “forza critica”, cioè come infinita pulsione “sovversiva” (Schubert 2020). Occorre andare oltre le libertà negative (del liberalismo) e quelle positive (del repubblicanesimo) dei diritti soggettivi. Il ragionamento ha a che fare con i processi di soggettivazione e, di conseguenza, di liberazione da essi. Secondo Schubert la soggettivazione, qui seguendo Foucault, è sempre costituita entro il medium del potere. Qui il potere è ciò che abilita gli individui a pensare e agire in modo socialmente riconoscibile. In tal senso ogni soggetto è sempre e simultaneamente costituito in modo autonomo ed eteronomo: non esiste mai una condizione di libertà o di cattività assoluta. Questa osservazione “ontologica” ci pone in un campo storico che vede mutare successivi “regimi di soggettivazione (o assoggettamento)”. Va dunque chiarito che ogni critica all’assoggettamento è, essa stessa, storicamente situata e parte del processo di soggettivazione. In altre parole, dal potere non si esce, ed anche la critica del potere è una modalità di controllo. Tutti siamo stati “gettati” nel mondo, da altri e da essi siamo dipesi e continuiamo a dipendere anche nel processo riflessivo di critica alla nostra “gettatezza”. A differenza di Menke, secondo cui l’assoggettamento è sempre solo potere repressivo, la soggettivazione è sempre anche una possibilità di emancipazione. I soggetti critici (individuali o collettivi), i motori dell’emancipazione e della sovversione, sono pure essi già da sempre costituiti e assoggettati. I diritti soggettivi sono perciò una forma di immunità verso la etero-dipendenza e proprio per questo – e paradossalmente – anche verso sé stessi così come costituiti *hic et nunc*, essendo il Sé sempre auto-costituito. Se il diritto è immunità allora deve diventare auto-immune: immunizzarsi da sé stesso, riaprendo spazi di cambiamento.

Assoggettamento-soggettivazione, significano perciò che i soggetti, nella loro originarietà, sono sempre costituiti da altro da sé, da una dipendenza che ha potere su di essi. Se è così, allora nessuna soggettività si può dare senza avere a che fare con il potere, pena in non auto-costituirsi. Il processo di soggettivazione non può essere una mera “sofferenza passiva”, un mero

“subire”, bensì va osservato come un processo attivo di auto-soggettivazione. Ma se è così, allora questo processo di liberazione critica è eteronomo o no? Dipende da come si concepisce la libertà. Se la si concepisce “digitalmente”, come assoluzione dal sociale, dall’Altro – come movimento di uscita assoluta dalla dipendenza – allora certamente il processo è eteronomo e quindi non produce liberazione. Se, invece, la libertà è concepita “analogicamente” come un processo infinito di liberazione-emancipazione da Altro che mantiene con esso una comunicazione di riconoscimento – se cioè si presuppone sempre una dipendenza che va riconfigurata e mai elusa – allora questo processo può avere risultati liberanti (o oppressivi, se non riesce).

La libertà diventa la capacità di problematizzare riflessivamente il proprio assoggettamento alla luce di un processo sempre possibile e mai finito di soggettivazione. È sempre una re-entry della libertà nella scena originale della dipendenza. Con una osservazione di primo ordine ci costituiamo come soggetto, obliando che per differenziarci utilizziamo una alterità che, nella realtà, ci è necessaria: osservando, poi, questa osservazione ci vediamo assoggettati da noi stessi, dipendenti dalla nostra osservazione nel momento in cui la usiamo per soggettivarci. E, presa (auto)coscienza di questa auto-dipendenza, riconosciamo che possiamo emanciparci da noi stessi liberandoci da quella forma osservativa. La libertà assoluta rimane impossibile e l’eteronomia va a costituire solo un “momento” del processo di liberazione che però non finisce mai e non ci rende mai soggetti assoluti. Non si giunge mai a un punto definito, si sta sempre nel processo. E questo accade sempre storicamente, mai all’interno di una soggettività libera dal contesto. In altri termini all’inizio sta la differenza. L’affermazione che la libertà è possibile solo come processo di liberazione – o di riconoscimento affermativo del legame – non è però ancora sufficiente per metterci al riparo dal sospetto che si tratti, anche qui e ora, di una forma subdola di assoggettamento. Il problema però, nasce solo perché l’osservazione è posta nella logica modale della possibilità semplice, dove possibilità e necessità sono pensate come intellettualisticamente opposte. Se si passa invece a distinguere (osservare) la necessità di diverse possibilità, si esce dal problema e si fa rientrare la possibilità nella necessità. In questo modo si identificano “regimi di soggettivazione critica” capaci di riflettere continuamente la dialettica tra autonomia e dipendenza. La libertà diventa allora una pratica abituale e istituzionalizzata di assoggettamento critico in vista di nuove forme di soggettivazione.

Dentro a questa logica di “potenzializzazione” uno dei punti più rilevanti che presenta Schubert riguarda la concezione della “percezione”, e dell’affetto. Come si distingue il percettivo-passivo dal giudizio-attivo? Come definire, comunicando, ciò che percepiamo al di fuori della comunicazione? È solo l’argomentazione che dà forma al medium della percezione o accade anche viceversa? Qui Menke si gioca gran parte della sua teoria dei controdiritti e Schubert prende sul serio la questione. Riprendiamo quindi alcune

delle sue argomentazioni per impostare il problema. Come esempio, individuiamo la lotta per il riconoscimento della “differenza” che prima il femminismo negli anni ‘70, poi i movimenti omosessuali degli anni ‘80 e ‘90 e, infine, quelli queer, trans e intersessuali nel nuovo millennio, hanno elaborato. Tutta questa storia rappresenta un lungo processo di liberazione da schemi di riconoscimento sessuale ritenuto escludente e quindi ingiusto. Ogni schema è un regime di assoggettamento-soggettivazione che va superato. Il punto interessante è che questo superamento avviene in parte sulla base di qualità corporee percepibili come i caratteri sessuali marcati biologicamente e in parte sulla base di auto-percezioni soggettive del proprio genere. Inoltre, parte di queste lotte avviene sulla base della capacità di dare voce a delle sofferenze di minoranze che voce non avevano e/o che non riuscivano esprimere liberamente. Ora la dialettica della lotta e delle libertà di critica che si dipana tra questi mondi, il loro esterno e il loro interno, dipende moltissimo da come è concepita, cioè comunicata, l’affezione di una realtà percepibile, pre-concettualmente. Per cominciare, una politica “essenzialistica” ha permesso di contrapporre il femminismo al maschilismo, laddove la percezione della differenza sessuale ha giocato la funzione di critica a un codice binario asimmetrico. La lotta degli omosessuali ha anch’essa fatto riferimento al pre-concettuale corporeo, ma inserendo già la percezione di un “piacere” non declinabile solo nei termini della mera differenza biologica. Già in questi primi due momenti la “sofferenza” dei dominati da culture escludenti è stata rappresentata da movimenti di protesta che hanno messo in scena il patimento collettivo delle minoranze. A partire dalla *New Gender Politics* i marcatori della differenza sono decisamente passati dal campo biologico a quello della percezione psichica con l’eccezione del movimento per il riconoscimento della intersessualità. Certamente queer e trans hanno concepito la loro affettività molto più centrata sul trovare sintonia tra il loro corpo e la loro percezione psichica, piuttosto che su altro, tanto di entrare in conflitto anche con parte del primo femminismo e del mondo omosessuale. In questi casi la percezione pre-concettuale e affettiva è stata comunicata socialmente come decisione di auto-attribuzione del genere, senza più reclamare alcuna “oggettività” intersoggettivamente condivisibile. Questo allontanamento da marcatori biologici ha però generato un dibattito molto acceso sulla possibile “arbitrarietà” nell’attribuzione del genere. A questo alcuni movimenti hanno reagito con la contromossa di riproporre il genere e il suo possibile cambiamento nei termini di determinanti genetiche, così da rendere di nuovo oggettivo il “dato di fatto”. Questo regime di soggettivazione, pensato per garantirsi un marcatore solido e inattaccabile, ha paradossalmente portato a giudizi politici di esclusione sia da parte di chi ne ha approfittato per affermare sulla base della genetica che certe persone non potevano dirsi uguali ad altre, sia di chi senza volontarietà ha comunque messo in difficoltà i proponenti della attribuzione per decisione. Si è così compreso che sarebbe

stato meglio basare il giudizio, sulla base di una teoria degli stili di vita invece che su delle affezioni che comunque vengono già filtrate da una Ragione universalistica (genetica, psicologica, culturale, etc.). Di particolare interesse la critica Queer della etero-normatività (ma potremmo aggiornarla alla critica che le teoriche delle identità non binarie – trans e intersessuali – fanno del femminismo classico).

All'inizio del processo, del ciclo critico, abbiamo un concetto e pratica di normalità (“normativa”, evidentemente) che vede la distinzione sessuale uomo/donna come data. Naturalmente la critica Queer osserverà questo risultato di “normalizzazione” come una naturalizzazione storica di qualcosa che naturale non è. Data questa critica inserirà una nuova distinzione che denaturalizzerà quella uomo/donna, istituendo un nuovo regime di soggettivazione. Ora, per esempio, l'identità sessuale può essere decisa, cioè acquisita, e non ascrivita dalla natura. Per riprendere la critica di Schubert a Menke, possiamo osservare che se questo nuovo “valore” viene legalizzato in un diritto individuale liberale borghese – il diritto a scegliere il proprio genere – allora in un certo senso va a “concretarsi” in un nuovo diritto positivo e quindi posto contingentemente, ma percepito come necessario entro lo Stato di diritto. Solitamente questa lotta per il riconoscimento avviene mediante un ciclo di performances sociali messe in atto da movimenti di protesta. Avremmo quindi un tipico caso di partecipazione a comunicazioni di potere che ci pone sul lato attivo del giudizio politico che, a sua volta, tende a saturare il campo. In altri termini quel diritto non sarebbe diverso, nella sua genesi, da qualsiasi altro processo moderno di istituzione del diritto. Addirittura, potrebbe diventare a sua volta l'espressione di quella Ragione unica e universalistica che include le differenze omogeneizzandole. Diventerebbe una egemonia Queer che non lascia spazio ad altro e che chiude il cerchio o ciclo delle lotte. Diventerebbe repressione, paternalismo, politicizzazione della ragione. Una cultura politica, per difendere la sua identità, crea un diritto soggettivo che sottrae dalla disputa sul concetto di identità e di genere. Siamo nella Modernità. Qui torna utile Menke. Cosa ne è di tutte le altre ragioni? Per esempio, di chi non crede alla identità Queer? E soprattutto, che ne è di chi non ha la forza e le risorse di entrare nel dibattito come un movimento di protesta? Che ne è per esempio delle madri poco istruite e casalinghe che non capiscono il dibattito? Che ne è della parte debole dei deboli? Che ne è dei cosiddetti cisgender che non vogliono neppure sentirsi chiamare così, perché già questo appellativo li rende non naturali? Emergono quindi nuovi esclusi dai regimi di soggettivazione istituzionalizzati che reclamano rappresentazione. Continuamente la sofferenza e la passività cercano di essere re-incluse del dibattito, da altri osservatori. In questo caso, si tornerebbe nel ciclo moderno delle lotte per il riconoscimento. Oppure la passività andrebbe riconosciuta come diritto a non voler essere identificati: a essere lasciati liberi di farsi i fatti propri? Oppure a non avere identità? Si può

riconoscere l'identità della non-identità a chi non la vuole? Sarebbe, comunque, una immunità dalla immunità del diritto, da dover riconoscere mediante il diritto. In ogni caso non potrebbe differire molto da un diritto soggettivo moderno. E qualcuno potrebbe reclamare il diritto a non avere diritti, sovvertendo la Arendt? Secondo Schubert una soluzione sarebbe quella di cambiare la logica modale sui cui si basa il diritto e riconoscere la necessità delle diverse possibilità (diversi diritti?) o la possibilità di diverse necessità. In pratica bisognerebbe creare istituzioni politiche aperte alla loro costante (auto)critica (del dato) pur nella necessità di identificarsi in qualcosa di dato, momento per momento. Un *perpetuum mobile*. Per criticare deve esserci qualcosa da criticare. Per esserci qualcosa da criticare deve sempre esserci qualcosa. La distinzione dato/criticato (necessità/libertà) rientra continuamente in sé stessa. L'immunità del diritto che garantisce la libertà negativa, si immunizza da sé stessa, diventando libertà positiva. Il giudizio è ripolitizzato solo perché non è mai stato depolitizzato. Il costo è però altro perché il processo, la dialettica, va istituzionalizzata: ciò significa istituzionalizzare il riconoscimento che l'unità è una differenza che però necessita di presentarsi come unità. E il diritto non è più solo un meccanismo di immunizzazione, ma anche di (auto)irritazione, (auto)sovvertimento e di (auto)sensibilizzazione, compresa quella di chi pretende di non avere alcun riconoscimento. Il diritto condensa nella sua forma processi fluidi di critica e di rimedializzazione dei suoi elementi. Il diritto ad avere diritti potrebbe significare questo: il diritto ad avere e non avere diritti. Immunità che si immunizza da sé stessa.

4.1.5 La re-entry del non-diritto nel diritto: i contro-diritti come diritto a non essere giudicati solo mediante il diritto

Con la riflessione sulla passività e l'affezione come ragioni dei contro-diritti, siamo al limite estremo, sui confini del diritto (come dispositivo immunitario sociale). Non è perciò un caso che Teubner (2022a), nel suo saggio dedicato all'opera di Menke vada cercando i suoi stessi limiti. Lo fa introducendo nuovamente il problema da cui la mia riflessione aveva iniziato: l'impossibilità di raggiungere una unità, un punto di approdo fondativo dell'osservazione, una "totalità". E lo fa riflettendo su due impossibilità, ben visibili al pensiero, ma insuperabili: il paradosso di comunicare l'incomunicabile e quello della distinzione che vuole essere una indistinzione.

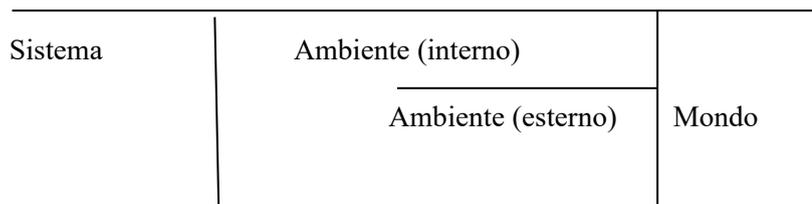
Il paradosso di ciò che viene "comunicato" senza venire comunicato, è un topos del pensiero, soprattutto estetico, ma anche nel campo delle interazioni intime. Si tratta di qualcosa di estremamente noto e normale per la teoria dei sistemi. Due sono le ragioni basilari. In primo luogo, occorre sempre ricordare le referenze sistemiche delle osservazioni. La teoria distingue

diversi livelli di realtà che la scienza comunica come “ontologie”. Tra queste certamente distinguiamo gli elementi di base della vita che formano sistemi biologici, quelli del pensiero che formano la psiche e le comunicazioni che formano la società. I tre livelli sono autopoieticamente chiusi l’uno all’altro: nessun elemento di un sistema può passare nell’altro, ma sono possibili ricostruzioni interne delle altre operazioni in ogni sistema (Sé). Un campo particolarmente interessante è dato dalle “percezioni”, cioè da quegli elementi che potremmo chiamare “sensibilia”. Si tratta di quegli elementi percepiti dal corpo che però si intrecciano continuamente con il pensato. Per tornare a un tema già affrontato, le “sensazioni” rappresentano proprio questo livello di confine tra il percepito (pre-concettuale) e il pensato (concettuale). Come ricordiamo proprio le sensazioni sono considerate da Luhmann i dispositivi immunitari del pensiero. Quando un evento esterno o interno al Sé provoca una reazione rilevante, viene “sentito” dal sistema come irritazione che poi può venire, o meno, concettualizzata come “emozione”. Questa sensazione permette al sistema (psichico, in questo caso) di proseguire l’autopoiesi anche se è sotto la pressione di stimoli che lo irritano in modo immediatamente non trattabile. Probabilmente le sensazioni, dal punto di vista evolutivo, rappresentano proprio un modo di contatto con la realtà che deve essere pre-concettuale per essere efficiente: devono trasmettere pre-concettualmente la distinzione (sensitiva) tra ciò che sostiene l’autopoiesi e ciò che la mette in pericolo. Ma il percepito non è solo sensazione: ne fa parte tutto quanto “tocca”, attiva, il nostro corpo (lo e-muove) passando poi (spesso) a un livello di elaborazione psichico. Potremmo chiamarlo il campo dell’“affezione”, dell’*ad-facere*.

Proprio perché si tratta comunque di sistemi operativi autonomi e chiusi, la connessione tra il sensibile e il pensabile, e poi tra questi due e il comunicabile (e poi dal comunicabile al culturalizzabile), non è mai immediato. Se accade, accade per mezzo di traduzioni-tradimenti di elementi da un sistema all’altro. Un esempio classico è dato dal sistema concettuale e poi comunicato mediante “etichette” che i *sommelier* utilizzano per tradurre qualcosa di assolutamente percepito in modo soggettivo, il gusto, in qualcosa di standardizzato e quindi di classificabile. Tutto il campo del fenomeno estetico poi codificato nel sistema dell’arte ha a che vedere con questo paradosso. Il tradurre una percezione sensoriale in pensiero prima e comunicazione poi. Non è un caso che anche Menke sia studioso del fenomeno estetico e in suoi lavori pensi la traduzione tra “critiche”, della ragion pura, pratica e poi del giudizio. E, appunto, *aisthēsis* è sensazione e sentimento. Questo porta poi Luhmann a sviluppare nella sua sociologia dell’amore, il tema della paradossale comunicabilità dell’incomunicabile (e viceversa). Sebbene la società sia comunicazione, e l’amore sia comunicazione intima, gli amanti sentono di non poter esprimere a “parole” (e neppure a gesti) ciò che sentono. Questo con-testo pre-concettuale è una condizione di possibilità del concettuale, così come il

sensibile e lo psichico sono pre-condizioni del sociale. In ogni caso un “fenomeno” così come ci appare è sempre condizionato da una “alterità” che lo abita anche se non è visibile. La logica è sempre la medesima. Un “dato”, un “fatto” si manifesta come distinto da altro e indicato, ma l’unità della distinzione che lo forma si invisibilizza. Per esserci qualcosa, qualcos’altro va obliato ed escluso, Ma questa esclusione può essere riflessivamente affermata come possibilità interna di ciò che appare. Questo movimento di recupero dell’escluso impedisce al sistema di chiudersi e di totalizzarsi: lo scarto potenzializza. Potremmo anche dire che intorno al fenomeno, che ci appare sempre come definito e in-dividuo, è percepibile quell’aura di alterità che lo abita dall’interno: questa assenza del presente, genera particolari atmosfere⁶³.

Teubner riprende il problema della passività, del sensibile, dell’affezione, presentati da Menke nella sua “critica”, proprio per ri-considerare il sistema del diritto e della necessità di un contro-diritto. Lo fa argomentando a due livelli: il primo a livello di costruzione della teoria, il secondo applicato alla comunicazione del diritto. Entrambi hanno a che fare con il limite maggiore della teoria di Menke, cioè l’attribuire l’affettività solo a livello psichico o comunque individuale. Per Teubner, invece, bisogna portare il problema della affettività pre-concettuale al livello sociale. Il primo modo per farlo è distinguere tra le operazioni del sistema, il rapporto con i suoi ambienti e, infine, con il mondo.



Come sappiamo ogni sistema si auto-costituisce operando e riproducendo gli elementi di cui è composto. È autopoietico e autoreferente. In tal senso ogni sistema è chiuso e conosce solo ciò che può conoscere dal suo interno. D’altra parte, il sistema nel costituirsi si auto-distingue da un ambiente ponendo da sé la distinzione che quindi “costruisce” simultaneamente il suo ambiente (attivato – *enacted*). E, come già sappiamo, quel confine che separa è anche confine che unisce: è l’unità invisibile della differenza tra sistema/ambiente. Per riprendere l’esempio del diritto. Il diritto pone la distinzione (interna) tra diritto e non diritto. Questo non diritto è però duplice. È il

⁶³ Per una introduzione all’interessantissimo tema delle “atmosfera”, si veda: Griffero (2010).

non diritto interno (cioè il torto che è costituito dalle operazioni del sistema diritto mediante la codificazione) e anche il non diritto esterno: ciò che non fa parte delle sue operazioni cioè gli altri sottosistemi sociali, più tutto il “resto che accade”. Ma dove accade esattamente tutto questo “resto” che, appunto, rimane anche se non è visibile. Tutto accade nel Mondo, l’orizzonte ultimo di senso, il con-testo di ogni testo possibile, l’ultima cornice possibile al di là della quale sta l’inconcepibile (che però è appunto paradossalmente “così” concepibile). Il mondo è dunque quell’escluso che rende possibile l’inclusione: è materia oscura, il mistico, ciò di cui non si può parlare, ciò che non si vede perché è ovunque: la visione del sommo poeta Dante che nel canto XXXIII del Paradiso non può che ringraziare un fulgore che, oltrepassando le capacità umane, gli permette di osservare il “Tutto”⁶⁴. Il sistema del diritto, questo il punto, risponde concettualmente al suo ambiente interno e ricostruisce mediante questa mediazione anche l’ambiente esterno. Ma del “Mondo”, egli può solo patire, in quanto esposto a quell’accadere che non *comprende* concettualmente. È proprio qui che si può forse solo sentire, patire, l’esposizione al Mondo. Ed è qui che, riprendendo Derrida, Teubner vede una prima connessione con la Giustizia quale sfondamento dei confini del diritto. Ma di questo diremo dopo. Per ora occorre raccogliere la sfida di Menke. Che connessione esiste tra questa affezione del Mondo, della realtà non ancora concettualizzata e il diritto? Può esistere un diritto non definibile nel sistema del diritto? Certamente non come diritto, perché questo sarebbe del tutto contraddittorio. Può invece essere concepito come contro-diritto, cioè come quella base di “non” diritto dentro al diritto (non nel suo esterno ambientale); come quello “scarto”, quel residuo, quell’ombra che sempre accompagna la luce delle distinzioni giuridiche. Qualcosa dentro il diritto si fa “sentire” senza poter essere definito giuridicamente, ma richiamando nuovi diritti. Si tratterebbe quindi di una duplice istanza: il diritto (dentro al diritto) a non essere del tutto definito dal diritto (il “diritto a non avere a che fare con il diritto”); il diritto a potenzializzare il diritto vigente con altri diritti futuri. In entrambi i casi si tratta di sospendere e sovvertire il diritto vigente e valido e, soprattutto, la sua immagine di diritto positivo che al fuori della sua “sistematicità” non riconosce alcunché. Qui si tratterebbe precisamente di quella “totalizzazione” del sistema dei diritti che presume di essere perfetto, conchiuso, definito per sempre. I contro-diritti sabotano dall’interno questa

⁶⁴ Qual è ‘l geomètra che tutto s’affige per misurar lo cerchio, e non ritrova, pensando, quel principio ond’elli indige,

tal era io a quella vista nova: veder voleva come si convenne l’imago al cerchio e come vi s’indova;

ma non eran da ciò le proprie penne: se non che la mia mente fu percossa da un fulgore in che sua voglia venne.

A l’alta fantasia qui mancò possa; ma già volgeva il mio disio e ‘l velle, sì come rota ch’igualmente è mossa,

l’amor che move il sole e l’altre stelle.

chiusura con rimandi plurimi e diversi: rimandando a “pretese” giuridiche che non sono ancora diritti (potenzializzazione come futurizzazione del diritto e del suo cambiamento); a un diritto che non è positivo (diritti naturali); a diritti che vogliono superare il diritto vigente “sistematico” (si pensi al lavoro di Tully (2007) sulla *Strange Multiplicity*); con il contro-diritto a considerare, dentro al diritto, aspetti della realtà che non sono giudiziabili e che non devono esserlo (una sorta di diritto a disconnessione selettiva dal diritto). Si tratta, a mio avviso, di due dispositivi diversi di auto-immunizzazione del diritto. Entro le pratiche del diritto e sui bordi dello stesso, si “sente” di non che il diritto non può essere il tutto: si sente questa irritazione non perché semplicemente si osserva nel suo operare quotidiano egli “scarta” qualcosa; o perché anche includendo tutto non riesce a fare sempre giustizia; o perché si ha continua evidenza che il diritto produce continuamente torti e ingiustizia. Questo il diritto lo sa benissimo e lo vede con sicurezza (sebbene non abbia soluzioni sempre adeguate). L’irritazione è più basilare. È, invece, la “sensazione”, impossibile da concettualizzare (pena il rientrare nel concetto, appunto), di non poter essere diritto senza lasciare al suo interno spazio al non-diritto. In questo, la dialettica negativa di Menke coglie il segno. Il sistema del diritto, oltre a misurare i suoi ambienti con i suoi codici, sente che il Mondo – la totalità degli eventi che accadono – ne sono parte costitutiva e invisibile, che va comunque considerata anche quando non si manifesta giuridicamente.

Se questo è il punto, per non rimanere all’interno di un banale “misticismo” dei contro-diritti, occorrerà capire anche come la comunicazione (cioè la società) può manifestare questa passività (che però rimane davvero incommunicabile nel diritto). Qui Teubner ha gioco facile a criticare Menke. Abbiamo già visto con Schubert che non si capisce davvero quale sia la differenza tra i contro-diritti e i diritti liberali riflessivi e lo stesso filosofo tedesco riconosce che i contro-diritti sono paradossalmente quasi indistinguibili dai diritti liberali. Teubner però va ben oltre, avvantaggiandosi del concetto di comunicazione come elemento operativo e basilare della società. Bisogna dunque che l’affezione riguardi davvero l’autonomia dei processi comunicativi e non semplicemente la comunicazione di emozioni e affetti individuali. L’esempio che viene fatto è di nuovo quello dell’arte che comunica comunque, ben oltre e indipendentemente dalle sue forme (parole, segni, pennellate, sculture, immagini, etc.). Questo, di nuovo, è semplice. Basta, appunto, comunicare il “vuoto”, il nonsense”, l’incommunicabile. Tutta l’arte del Novecento lo ha già fatto, dalla pittura, alla poesia, dal cinema al teatro. Ma questo è già appunto un comunicare, cioè una operazione attiva del sistema. Rientra nelle sue competenze. Occorre provare a elaborare qualcosa di più radicale.

4.2 Pathos della distanza e pathos della vicinanza: il pre-concettuale e l'atmosferico come sistemi immunitari adattivi

Per procedere nella argomentazione va innanzitutto sottolineato che la differenza tra sistemi psichici (coscienza) e sociali è decisiva: gli elementi dei sistemi psichici sono percezioni e pensieri, quelli dei sistemi sociali sono comunicazioni. L'individuo non comunica (perché la comunicazione è data sempre dalla comprensione della differenza tra enunciazione e informazione, per cui necessita almeno di un Ego e di un Alter), mentre la società non pensa e neppure percepisce. D'altra parte però i due sistemi non si danno senza un accoppiamento strutturale. Senza psiche che sia attenta e partecipi alla comunicazione, niente comunicazione; senza comunicazione che metta a disposizione una memoria di linguaggi e di temi, nessuna psiche potrebbe svilupparsi sufficientemente da diventare un Ego (Luhmann 2017a). Di particolare rilevanza è qui però la distinzione tra percezione e pensiero. Entrambe sono operazioni del sistema psichico. Il percepire è l'occupazione costante e spesso inconsapevole del sistema psichico. Il pensiero, soprattutto quello riflessivo, è già più scostante e necessita di maggiori astrazioni a partire dal linguaggio (pur non essendo tutto il pensiero linguistico). In ogni caso la percezione non è una operazione neurofisiologica del cervello. Non va confusa con una operazione del sistema nervoso.⁶⁵ Questo è chiuso come ogni sistema e non percepisce affatto perché non distingue tra auto ed etero-referenza. Questa distinzione è solo costruita nella coscienza, prima, e nella comunicazione poi. Potremmo dire che ogni sistema successivo (nervoso, coscienza, comunicazione) compensa una chiusura del precedente: la coscienza riapre il sistema nervoso osservando tra un dentro e un fuori; la comunicazione permette a sistemi psichici chiusi di scambiare "stati". Per fare un esempio che ci sarà comodo: una "sensazione" è il risultato dell'operare del sistema neurofisiologico (e vegetativo) che operando calcola differenze di "stato". Il famoso principio di codificazione indifferenziata, afferma che la risposta di una cellula nervosa *non* codifica la natura fisica degli agenti che ne hanno causato la risposta. Codificato è soltanto "quanto" ha avuto luogo del mio corpo, ma non "che cosa". Tale cambiamento di stato, viene poi percepito-sentito dalla coscienza che lo trasforma in "sentimento". Questo è

⁶⁵ «Dobbiamo escludere l'idea che i sistemi nervosi possano percepire. Che essi debbano vivere e funzionare affinché la coscienza percepisca e che ci siano accoppiamento strutturali tra sistema nervoso e sistema della coscienza, non viene certo messo in discussione (...) Solo così è possibile spiegare il fatto che la coscienza elabora percezioni sotto la pressione dell'immediatezza, mentre il cervello di fatto opera calcolando quantitativamente, in modo altamente selettivo, riflessivo e quindi sempre mediato. L'"immediatezza" non è quindi nulla di originario, ma è l'impressione risultante dalla differenziazione dei sistemi autopoietici del cervello e della coscienza (i sistemi nervosi) servono all'organismo per autosservarsi (...) non possono fare una cosa che può fare invece la coscienza, e cioè combinare continuamente autoreferenza ed eteroreferenza nel loro continuo operare» (Luhmann 2017a, 14).

ancora solo un vissuto esperienziale ma, in un secondo momento, può diventare motivo di pensiero. Un leggero “malore” ci dà da “pensare”. Ho una brutta sensazione, un cattivo presentimento: sarà angoscia, paura, depressione? A etichettare questi “sensazioni-pensate” saranno poi schemi sociali, formati e, trasmessi mediante *label* e comunicazioni, così da poter credere di indicare la stessa percezione in una comunicazione. Chiunque sia andato da un medico sa quanto difficile sia comunicare cosa sente e come spesso sia il medico a orientare quella sensazione (salvo poi, ripensarci e cambiare medico).

Tale successione di referenze sistemiche (corpo, psiche, società) rappresenta anche una sorta di gerarchia della “astrazione” del sistema dall’accoppiamento con il suo ambiente. Il sistema psichico “astrae” materiali dalle sue basi bio-neuro-fisiche (che purtuttavia devono funzionare), mediante il percepire, il pensare e il riflettere sul percepire e il pensare. Per poter operare deve “prendere le distanze” dalla immediatezza del contatto con l’ambiente, immediatezza che è già una esperienza auto-costruita cioè mediata dalla percezione che si “sente-sentire”. Abbiamo visto che la sensazione o il sentimento sono già modi attraverso cui i sistemi psichici si allontanano dal profluvio di stimoli neurofisiologici che potrebbero metterne in pericolo l’auto-poiesi. In tal senso Luhmann identifica nei “sentimenti” il sistema immunitario della psiche. Quando poi dal sistema psichico individuale e idiosincratico si passa a quello sociale, l’astrazione aumenta. È attraverso prima il linguaggio, poi la formazione dei concetti e delle idee (tutti fenomeni collettivi trasmissibili e apprendibili), il sistema sperimenta quel *pathos* della distanza di cui parla Hans Blumenberg (2010) nella sua teoria dell’inconcettualità (dell’affezione). Il “concetto” ha sempre a che fare con l’assenza dell’oggetto: ne è una sua rappresentazione iper-semplificata, comunicabile e astratta dalla percezione incomunicabile degli individui. Questa astrazione sfocia poi nelle operazioni più complesse della psiche e della società, quali la prevenzione, la previsione e l’immaginazione, l’invenzione di mondi che non esistono. Il *pathos* della distanza “sgrava” il sistema dal punto di vista materiale, temporale e sociale. Materialmente, lo sgrava dalla complessità non rappresentabile dell’ambiente, sempre troppo “ricco” da essere copiato perfettamente. Il sistema crea solo “mappe” della realtà che può essere concepita come l’ultima mappa che prova a compensare la semplificazione di tutte le altre mappe. Temporalmente, lo sgrava dal dover rispondere immediatamente agli stimoli e alle irritazioni ambientali: il sistema crea una sua temporalità interna che serve a organizzare il fluire degli eventi (e oggi sappiamo che anche la percezione, la più immediata, si serve sempre di un piccolo ritardo temporale: viviamo tutti in un passato che però non percepiamo). Socialmente lo sgrava perché le strutture sociali sono dispositivi per rendere “comune” qualcosa che non può mai esserlo – il mondo idiosincratico degli individui – tramite i processi comunicativi. Il sistema, in sintesi, è sempre un dispositivo di distanziamento dalle irruzioni del reale che di per sé lo contorna

ponendogli costantemente irritazioni. Questo *pathos* della distanza ci torna a indicare quello spazio operativo di indifferenza che serve al sistema per proseguire la sua autopoiesi senza dover continuamente rispondere punto per punto al suo ambiente interno, esterno e al mondo. Nella sua auto-costituzione un sistema, mediante la doppia chiusura, si distanzia (costruendolo) dall'ambiente interno e da quello esterno, come già sappiamo. Crea così un confine che permette ordinariamente di proseguire la sua autopoiesi escludendo tutto ciò che non è rilevante, il self dal non self. Potremmo per così dire che questa membrana costituisce il sistema immunitario “innato” e aspecifico.

Il problema però sorge perché questa prima barriera che discrimina tra *Self* e *Non Self*, opera normalmente sulla base delle sue strutture che tendono ad “allontanare” – appunto distanziare – in modo troppo astratto le irritazioni e i contatti con eventi ambientali. Per tale motivo a livello immunologico è necessario anche un secondo sistema, quello “adattivo” che risponde ad attacchi specifici. Qui si attiva una risposta non generica che necessita di andare oltre alla immunità innata. L'ipotesi che presento è che attivarsi, questa immunità di secondo grado, necessiti di superare il *pathos* della distanza sistemico, mediante un *pathos* della vicinanza. Il sistema, per riconoscere l'antigene (la comunicazione contraddittoria), deve lasciare che questo superi la prima barriera e si avvicini al suo *Self*. Se riprendiamo gli esempi di Luhmann, di Andersen e di Teubner, notiamo che per tutti il sistema immunitario della società – rappresentato dal diritto – si attiva venendo irritato da contraddizioni che diventano conflitti (comunicando un “no”!) a loro volta trasformati in procedure giuridiche (che trasformano la violenza potenziale in scontro regolato tra parti mediate da terzi). Affinché avvenga quello che gli immunologi chiamano “presentazione dell'“antigene”, occorre che qualcosa irri il sistema toccando i suoi confini già protetti (in quanto confini). La passività, la sofferenza, l'affettivo tutto ciò che Menke ha proposto come la base pre-concettuale della rivolta affermativa degli schiavi, ciò che richiama a un diritto di considerazione pre-giuridico – un contro-diritto che è l'escluso incluso e affermato del diritto, il suo rovescio – svolge la funzione di de-concettualizzare, de-astrarre, concretizzare, il sistema. È quel *pathos* della vicinanza che richiama esperienze elementari condivisibili da chiunque abbia esperito la sofferenza e sia capace di empatia con la “vittima”. Quel *pathos* contrae la distanza concettuale in triplice modo: materialmente riconducendo gli osservatori ad esperienze di dolore e sofferenza elementari; temporalmente attivando reazioni emotive che non necessitano di tempo per prendere “forma”; socialmente riducendo le distanze sociali mediante momenti di empatia, risonanza, immedesimazione.

I ragionamenti che Teubner sviluppa, in conclusione del suo saggio dedicato a Menke, sembrano portarci in quella direzione. Tre sono le fenomenologie che egli osserva come dispositivi affettivi e pre-concettuali su cui costruire contro-diritti. Il primo ha a che fare con la comunicazione affettiva

quotidiana che potrebbe essere “estratta” da sistemi di funzione (politico, economico, sanitario, mass mediale, etc.) per essere messa in valore. Questo sfruttamento dell’emotività va difeso da contro-diritti. Si pensi, come esempio, a tutte quelle forme di comunicazione pubblicitaria – su beni di consumo, su opinioni politiche, su credenze religiose, etc. – che per estorcere l’attenzione dei cittadini (o per memorizzarle a fini di ricerca) usano immagini e plot altamente emotivi⁶⁶. Questo sfruttamento è tipico di molteplici comunicazioni, non solo economiche. Ed è proprio una affezione che è costruita nella comunicazione. Viene prodotta una “atmosfera” emotiva che poi viene sfruttata. Tipiche di questa “atmosfera”, questo processo di significazione che va a costituire l’aura della comunicazione visibile (Griffero 2010), sono i caratteri di: 1) immediatezza non concettuale; 2) apertura a risonanze e significati diversi; 3) coinvolgimento del recettore; 4) olismo dei significati; 5) capacità di colpire l’immaginazione; 6) impressionabilità, come sentimento di sentirsi toccati da qualcosa di rilevante. I contro-diritti dovrebbero allora proteggere questa sensibilità elementare dal suo sfruttamento per fini di plusvalore sistemico ritenuti irrispettosi delle persone.

Il secondo fenomeno che innesca contro-diritti è quello, già ampiamente presentato, dei movimenti di protesta. Si noti che anche essi, nel protestare, creano vere e proprie sceneggiature adatte a suscitare emozioni; lo *stand off*; la carica alle forze dell’ordine per essere manganellati; la passività comunicata come forma di non violenza; il sit-in; le madri del Plaza de Mayo; lo studente davanti ai carri armati nella piazza di Tienanmen; le piazze (appunto!) e via elencando fino all’infinito. Qui si tratta di performances sociali (Alexander 2006a) comunicate per provocare emozioni che servono come “scorciatoie” per l’azione, risuonando in coscienze educate a comprendere la lotta del debole contro il forte, il carnefice contro la vittima. Qui perfettamente esemplari sono le “icone” perfette della violenza più atroce: le vittime senza possibilità di parola e di difesa, le persone inermi violentate, i torturati, i fatti sparire, etc. Può essere l’orso anoressico, la balena spiaggiata, il bambino cerebroleso picchiato, il carcerato senza diritto di replica; il bambino, l’anziano o il malato psichico legati al letto, etc. In questi come in molti altri casi, la sofferenza diventa lo scandalo che pre-concettualmente attiva il conflitto. Pre-concettualmente significa qui, dal punto di vista comunicativo,

⁶⁶ Una pubblicità recente di una automobile gioca sulla esperienza di affidamento di una bambina con una malattia rara (che poi è una atleta di successo): alla madre affidataria viene comunicato della malattia e la madre risponde dicendo che capisce quanto la sua vita “non sarà facile, ma potrà essere straordinaria...”. Chiaramente questa emozione non ha nulla a che vedere con nessun prodotto che la casa automobilistica può vendere. È solo la cornice per dire che chi compra quel prodotto è una persona “buona, sensibile e straordinaria”. Sfrutta così una emozione facendola risuonare sul narcisismo dei consumatori, che scambiano una patologia della personalità per una virtù personale e sociale. Questo tipo di comunicazione è costruita da professionisti che “sfruttano” l’esperienza elementare del bene derivato dal prendersi cura di una vita fragile. Ma per cosa? Per vendere un prodotto!

qualcosa di chiaro: chi avrebbe il coraggio di chiedere un supplemento di comunicazione per giustificare lo scandalo?

Infine, abbiamo i contro-diritti come dispositivi di riflessività del diritto, cioè come facilitatori di irriducibilità comunicativa e di attivazione del dissenso dentro all'operare dei diversi sottosistemi sociali. Una sorta di garanzia che protegga non solo le minoranze, ma pure beni e valori diversi che non seguono i processi di plusvalenza mediale. Come abbiamo già detto, nel diritto questo significherebbe, per esempio, proteggere certi attori dall'intervento di un certo tipo di diritto. Come si può giudicare attraverso il diritto occidentale e positivo, popolazioni contemporaneamente non contemporanee? Come difendere i beni comuni e i diritti di proprietà di popolazioni che non conoscono i diritti di proprietà? Come salvare il diritto da sé stesso? Come auto-immunizzarlo se diventa pericoloso per sé stesso, nel suo funzionamento ordinario? Qui torna la distinzione estremamente utile che Lyotard pose tra danno e torto nelle liti (conflitti) proceduralizzati mediante il diritto: «Un torto sarebbe questo: un danno accompagnato dalla perdita dei mezzi di provare il danno (...) In tutte queste circostanze, a quella privazione che è il danno si aggiunge l'impossibilità di portarlo a conoscenza degli altri, in particolare di un tribunale. Se la vittima cerca di superare questa impossibilità e di portare comunque testimonianza del torto subito, urta contro la seguente argomentazione: o il danno di cui si lamenta non ha avuto luogo e la sua testimonianza è falsa; o ha avuto luogo e, dal momento che può darne testimonianza, non è un torto quello che ha subito ma soltanto un danno e la testimonianza risulta ancora una volta falsa» (Lyotard, 1985, 21). Ci troviamo di fronte a un vero e proprio dilemma o paradosso. Lyotard elabora poi una teoria delle frasi, dei loro regimi (per noi dei linguaggi specializzati e codificati), dei generi e della impossibilità di avere un meta-genere che possa fare sintesi. Nel caso in esame, forse l'impossibilità di un diritto che sintetizzi la pluralità dei diritti. Questa non sintetizzabilità finale delle frasi è, per lui, la postmodernità. Per il nostro ragionamento significa che ogni sistema utilizza un suo linguaggio speciale per dare senso e ordine a ciò che include in sé stesso. Ma proprio questa serie di frasi, tenute insieme dal codice e dal linguaggio speciale, è paradossale perché se si vuole auto-fondare dall'esterno mediante un'ultima frase che faccia sintesi trovando l'unità, dovrà assumere che anche quella frase è parte della serie. I logici, per superare il paradosso costruendo gerarchie di tipi logici; la dialettica dinamicizzando il sistema, la teoria dei sistemi riconoscendo che nessuna unità è possibile, alla fine. Il diritto, come ogni sottosistema, se vuole trovare una unità compie ineluttabilmente un "torto" a sé stesso. Include nel suo sistema del non-diritto, qualcosa di non giudiziabile. Ma se non è "giudiziabile", non è detto che non possa rimandare al "giustiziabile". Questa ultima domanda ci porta oltre i titoli di coda, nello "stinger" della giustizia.

5. *Stingers*¹. L'auto-sovversione come auto-immunizzazione, ovvero del negativo come forma di affermazione

5.1 La giustizia come auto-sovversione del diritto: l'auto-trascendimento come opera di critica interna

5.1.1 *Your Inside is Out when your Outside is In: your Outside is In when your Inside is Out*².

Saprà Gunther Teubner, alla fine di questo avventuroso percorso tra isole di razionalità e di affezione, in continua collisione, salvare il diritto dalla sua sempre possibile ricerca di un plusvalore “ipergiustizialista” o dalle deflazioni che lo riducono a pura *Gewalt*, arbitrio, parvenza di forma che nasconde poteri sociali in lotta? Saprà rimanere in equilibrio sulla corda mentre attraversa da capo a capo l'abisso che separa/connette trascendenza/immanenza del/nel diritto; o cadrà tra l'orrore affascinante dei presenti, accorsi a godersi il grandioso spettacolo (Prandini 2005)? E saprà attraverso il diritto, immunizzare la società dalle sue crescenti contraddizioni, *in primis* quella di dover simultaneamente mantenere la sua potenza autopoietica attraverso/contro le strutture che ne permettono/impediscono la riproduzione? Di una strutturazione che si vuole non vincolante? Di una determinazione che vuole accogliere l'indeterminato? Di una distinzione che vuole rimandare oltre al distinto? Saprà, in altre parole, spiegare il mistero di una chiusura sistemica che deve essere sempre aperta, di una affermazione del negativo, di un'esclusione che include?

Questo ultimo enigma viene affrontato con la riflessione sulla Giustizia, l'Altro interno del Diritto, la sua piega nascosta, il suo distinto necessario. Il

⁶⁷ Gli *Stingers* sono le scene che nei film giungono dopo i Credits o Titoli di coda. Vengono solitamente usati per rilanciare il film annunciandone uno successivo. L'uso degli *Stingers* è stato reso famoso dal Marver Universe. *Stinger* significa però anche “aculeo”, “pungiglione” (di vespa). Gli *stingers* che presento vogliono proprio rappresentare un rimando “acuminato” a successive ricerche.

⁶⁸ *Everybody's Got Something To Hide Except Me And My Monkey* – The Beatles.

crescente desiderio di Giustizia, questo spirito indomito (un fantasma marxiano, l'Assoluto hegeliano, lo spirito del Dio cristiano nella kenosi, un messianismo senza messianismo?) e senza pace che non trova una "casa" dove poter stabilmente abitare-riposare, soffia sui duri processi di globalizzazione e sul (presunto) "nuovo ordine mondiale". Ovunque, nella società, si invoca giustizia: nelle transazioni di mercato, nelle decisioni politiche, nell'erogazione di beni e servizi, nei processi di comunicazione mass-mediale, nelle politiche di *welfare*, nei rapporti interpersonali, tra i sessi e le generazioni, etc. Si pretende Giustizia anche "tra" i sottosistemi-sociali, tra gli Stati, le etnie, le religioni, le culture, etc.; e soprattutto "tra" il sistema sociale e il suo ambiente naturale, con specifico riferimento alla concreta vita delle persone in carne, ossa e psiche. E chi sarà il *Träger* della Giustizia? Chi saprà tradurla fornendole gambe e forza? Quali conflitti e movimenti di protesta la porteranno sulla scena? Una "nuova Internazionale", come vorrebbe Jacques Derrida; o un Diritto dei Popoli, come sembrerebbe intendere John Rawls? Le Nazioni Unite riformate à la Habermas; una super federazione come vorrebbe Daniel J. Elazar? Una Assemblea delle moltitudini come immaginano Negri e Hardt? Una Macro Intelligenza artificiale benigna che osservi il fare e disfare degli uomini? E ancora: quali effettivi programmi politici, economici, sanitari, scientifici, giuridici, etc. potranno realmente implementare la Giustizia? E infine: siamo così sicuri che sia proprio "giusto" usare la distinzione tra giusto e ingiusto per perseguire la Giustizia? Chi è così Giusto da poterlo fare? Tornerà qualcuno con il coraggio di dire: «*Qui sine peccato est vestrum, primus lapidem mittat*» (Gv 8, 3), specificando che solo Lui è fuori dal novero degli eligibili ("vestrum")? E se, come secoli di esperienze tragiche a disposizione dimostrano, nel ricercare la Giustizia si commettessero le ingiurie più terribili, come fece Michael Kohlhaas? *Summum ius, summa iniuria*? Già lo sappiamo. Un diritto che si chiude in sé stesso senza più alcuna risonanza con il suo esterno, si totalizza. E in questa totalizzazione può certamente stare anche l'invenzione di una Giustizia "del" diritto. Un valore proprio che solo finge di lasciarsi ferire dall'esterno, dal negativo. E allora come affermare il negativo quando lo si può fare solo in positivo: come rientrare l'escluso senza renderlo incluso e servo del sistema? Come si realizzerà la "rivolta" degli schiavi che reclamano "nel" diritto un non-diritto?

Giustizia la si invoca, naturalmente, anche dal sistema del diritto; dalla sua reale, continua e prosaica prassi-esecuzione-imposizione, ci si attende "un diritto giusto". Pure qui però le cose non sono così semplici, anzi. Da sempre la saggezza e la letteratura, così come la realtà giuridica, mostrano che la sistematicità del diritto, il suo essere "sistema" formalmente chiuso ma storico e interpretabile, perciò, mai contenutisticamente dato una volta per tutte, è – paradossalmente – una delle fonti più terribili e scandalose di ingiustizia. Così scandalosa che, per alcuni, è meglio lasciare che accadano ingiustizie, piuttosto che rimuoverle commettendo illegalità (come aveva

testimoniato Socrate e come ancora preferiva Goethe); per altri era meglio disobbedire alle leggi se ritenute ingiuste, come tutta la antichissima lotta tra *ethos* e diritto per arrivare al tema della “disobbedienza civile” ha insegnato. Il diritto, applicato alla lettera, “rende” davvero giustizia? E che dire dei “gatti in pelliccia” di Rabelais, degli “azzeccagarbugli” di Manzoni, delle vespe di Aristofane? E la lentezza del diritto, come la risolviamo? Cancellando le colpe? Prescrivendole? E di tutte le innumerevoli variabili (politiche, etniche, ideologiche, di classe, religiose, etc.) che deturpano l’equilibrato incedere della giustizia, che ne facciamo? E, soprattutto, della ricostruzione dei conflitti che fa il diritto, tradendo sempre la loro specificità, che possiamo dire?

Alla fine, esausti, ci si appoggerebbe volentieri ancora una volta a Tolstoj e al suo “Non giudicare!” se questo servisse a qualcosa e se non fosse già un giudizio su chi giudica o intende farlo. Per la società rimane a disposizione solo la funzione del diritto e il suo necessario riferimento-legame alla giustizia. Laddove emerge un conflitto tra le parti, laddove occorre attribuire il valore di lecito e illecito, dove ci si attende che qualcuno abbia torto e qualcuno ragione e che queste due posizioni complementari vadano socialmente identificate, sanzionate e mantenute fisse nel futuro di fronte alla loro infrazione palese, là il legame sociale viene tradotto/tradito nel sistema del diritto: dove un Terzo dovrà giudicare a chi attribuire quale delle due posizioni (Cevolini 2007). Come scrisse Luhmann (2012, cap. 7) affinché si possa istituzionalizzare un sistema giuridico occorre una sola cosa: l’obbligo a decidere laddove un caso venga presentato davanti a un Tribunale (e Kafka ne sapeva qualcosa!). Questa traduzione nel linguaggio iper-artificiale e iper-tecnico del diritto è sempre e per sempre sarà un tradimento, in quanto interi “mondi” (l’infinità dei motivi, ragioni, pulsioni, vite, etc., delle parti in causa *et* la complessità della loro relazione contestualizzata, unica e contingente), vengono ridotti a “casi” generali trattabili dal diritto mediante regole di decisione astratte. Questa la funzione di immunizzazione di un diritto occidentale che non voglia inabissarsi in una intrattabile “causistica” priva di strutture per generalizzare o semplicemente evitare il conflitto e con esso il suo potenziale di cambiamento. A chi trovi tutto questo troppo postmoderno basterà chiedere se l’alternativa di copiare la società balinese che, per preservare l’immobilità delle sue strutture, abolisce i conflitti, sia a disposizione (Bateson 1976).

Niklas Luhmann ha ormai classicamente interpretato la relazione tra la necessaria contingenza delle operazioni del diritto e il fermo principio che ne dovrebbe regolare l’operare. Quale forma capace di de-finire, con-tenere, l’unità del sempre-cangiante-diritto, in Occidente viene forgiata la distinzione giusto/ingiusto. Di fronte alla contingenza di qualsiasi operazione giuridica, non tutto deve essere possibile. Questa coscienza dell’indeterminato esplode modernamente con la positivizzazione del diritto, dove – per diritto

– tutto il diritto potrebbe essere “altrimenti”. Occorre un “freno” alla produzione di contingenze che può esplodere in un de-lirare di decisioni incoerenti, sregolate, casuali. Per Luhmann, questo *katéchon* – figura esemplare di una immunità ancora solo “oppositiva” (Esposito 2002, cap. II) – è la Giustizia in quanto “formula di contingenza” del diritto, il modo in cui il sistema giuridico osserva la coerenza/incoerenza delle proprie decisioni, ossia la loro prova di realtà. Ma la ricerca di questi valori produce sempre nuove decisioni e quindi nuove contingenze. Gli *hard cases* lo mostrano: occorre decidere, anche in assenza di regole risolutive, anche sapendo che la decisione non sarà mai giusta-coerente. Come “nascondere” questo paradosso? E davvero è poi così necessario, nascondere? E volerlo nascondere non porta immediatamente alla sua apparizione?

Per Luhmann nelle società premoderne – differenziate per segmenti e poi per strati – la giustizia è pensata come concetto di “perfezione” e poi di “virtù” aristocratica. Con i concetti di perfezione è però possibile solo l’auto-sostituzione dei sistemi, una operazione troppo rigida e ingombrante. Con l’idea di “perfezionamento”, infatti, si mantiene fisso il valore specifico del sistema e lo si immunizza dal confronto con altre possibilità che, in questa configurazione, sono ancora concepite come qualcosa da escludere. Dal XVIII secolo, e con la differenziazione sociale per funzioni, il concetto di perfezione-virtù viene sostituito da quello di “sviluppo/progresso”. Progresso significa che la giustizia non è più un principio immutabile, ma che anzi deve mutare storicamente con il diritto: proprio per questo, è giusta. Oggi, nell’epoca della accelerazione, l’idea stessa di giustizia come “freno di controllo” sembrerebbe perdere il suo significato operativo, in quanto “criterio” del diritto: come direbbe Kelsen, sembra ormai solo essere un “ideale irrazionale”. E, ciononostante, giusto/ingiusto è un codice che ancora ordina il diritto nella sua reale vita operativa.

Il sociologo di Bielefeld riformula perciò il problema della contingenza come controllo interno di coerenza delle operazioni giuridiche, classicamente basato sul principio di eguaglianza (secondo cui casi uguali vanno trattati in modo uguale e i diseguali in modo diverso)³. La giustizia è una forma di riflessione del diritto che controlla-orienta l’accrescimento della propria complessità-e-adequatezza (Luhmann 1990b; 2012). All’aumentare della contingenza del diritto, aumenta perciò la richiesta di giustizia. In una formulazione più recente Luhmann definisce la giustizia come “schema per la ricerca di ragioni o valori, che diventano legalmente validi solo nella forma di programmi”. La giustizia è definita come “complessità adeguata di decisioni coerenti”: coerenza interna al sistema, giustizia “nel” diritto (da distinguersi da altri tipi di giustizia: politica, teologica, familiare, etc.). Ma, ci si

⁶⁹ Ritengo opportuno sostituire ad “eguaglianza” il termine “equivalenza”, come ben specificato da Boltanski e Thévenot (1991).

domanda, tale forma ha suoi contenuti specifici o si riduce a una formula procedurale, per così dire vuota, che controlla solo la coerenza del sistema sulla base della sua memoria (Western, 1982)? In altri termini su quali valori si fondano i giudizi di giustizia? Cosa c'è dopo la "Perfezione" e dopo il "Progresso"? Forse Luhmann (1995) avrebbe potuto rispondere: la consapevolezza del "non-sapere" cos'è giusto e l'improbabilità sociale della giustizia. Il non-sapere esprimerebbe così, simbolicamente, la nuova relazione tra il sistema e il suo ambiente. Ne esprimerebbe, in particolare, la totale e intrascendibile non trasparenza, immunizzando la giustizia da qualsivoglia "pulsione" a de-finire il diritto. Quali che siano le relazioni tra sistema sociale e i suoi ambienti (psichici, organici, ecologici, etc.) e quale che sia il sapere che ne deriva, rimane sempre del "non-sapere", del negativo: rimane sempre un "No". Giustizia significherebbe allora di più di un mero controllo di coerenza del diritto, di una riduzione delle differenze interne alla giurisprudenza. Sarebbe invece e soprattutto esigenza di rapporto adeguato con il suo "fuori", l'Altro, il perturbante. Rapporto, per i moderni, osservabile solo "negativamente"; impossibilitato a compilare elenchi di Giustizie-diritti; sola-mente rappresentabile attraverso l'esperienza del "dolore", della "sofferenza", dell'"alienazione", dell'irruzione imprevedibile dell'ambiente nel sistema. *Abgrund* della Giustizia, suo spazio enigmatico non-marcabile. Ma se così fosse allora il rapporto tra Giustizia e il suo Altro sarebbe di mera opposizione, di mera esclusione: o l'una o l'Altro! E così questa perturbazione non potrebbe davvero "torturare" la Giustizia (e di conseguenza il diritto). Sarebbe solo "fine della Giustizia" quale valore rappresentabile razionalmente e, pertanto, mera esplosione – negativa – delle ingiustizie: puro e astratto Nulla, rumore bianco. Giustizia come immunità dal diritto, senza alcuna possibilità "positiva" di determinazione-collisione! Ma davvero è solo pensabile una giustizia apofatica, un "buco nero" che attragga e negativizzi le ingiustizie senza alcuna "fontana bianca" che riproponga *eigenvalues*?

5.1.2 Ri(de)costruire il diritto e la "sua" Giustizia: sovvertire i limiti e i miti della modernità

Gunther Teubner, da sempre capace di lavorare la teoria dei sistemi dall'interno e in modo eterodosso, propone una semantica di Giustizia – "nel diritto" – che eccede la formula luhmanniana di contingenza (Teubner 2003; 2008; 2009; 2022f). Si chiede se la sociologia del diritto possa dire sulla Giustizia qualcosa di diverso dalla filosofia politica, morale o del diritto stesso. La tesi centrale è che la Giustizia vada compresa come un insieme di pratiche sovversive di auto-trascendenza del diritto. La Giustizia è una auto-descrizione del diritto che, paradossalmente, destituisce-sabota i suoi stessi successi perché, nelle sue sempre diverse attualizzazioni, crea nuove

ingiustizie (che diventeranno poi il tema delle nuove “giustiziabilità”). L’argomentazione di Teubner procede corrodendo i tre fondamenti della riflessione teoretica sulla Giustizia: 1) il suo radicamento nella reciprocità; 2) il presupposto del consenso; 3) l’ideologia della razionalità. Solo dopo aver rimosso questi tre “ostacoli epistemologici” è possibile procedere a una riconcettualizzazione adeguata della Giustizia.

1) Il paradigma perduto della Reciprocità. Giustizia, classicamente, è bilanciamento, equità, ricerca di reciprocità: *do ut des*. Le moderne teorie di John Rawls e di Jürgen Habermas si basano sul tentativo di trasformare la (pre-moderna) reciprocità interindividuale in un principio/procedura universalizzabile collettivamente. Sia il “velo di ignoranza”, sia la “situazione comunicativa ideale” rappresentano tentativi in tal senso, basati su processi di astrazione dal particolare verso l’universale. La critica di Teubner, fa qui perno sul concetto di policontestualità. Le società complesse non sono “definibili” attraverso alcun principio unificante e valido universalmente. Ogni “sfera di giustizia”, come direbbe Walzer, ha la sua logica basata su valori specifici che rigettano i valori delle altre sfere. Il loro scontro-collisione produce solo esclusione, ingiustizie e assoggettamenti. Così ogni specifico tipo di giustizia – valido solo in sub-universi di senso dove solamente è attualmente possibile una reciprocità generalizzata (di gruppo) – si pone in rapporto asimmetrico (non reciproco) con le altre giustizie e con una presunta (e impossibile) meta-justizia.

2) Il mito del (im)possibile consenso. Il secondo mito della giustizia moderna è quello della raggiungibilità di un consenso razionale. Se il principio habermasiano U(niversale) unito a quello D(iscorso) richiede un consenso dialogico e quindi “buone ragioni” condivise – “certezza”, “formalismo”, “routine decisionali”, *stare decisis*, “autorità”, “tradizione”, in una parola ordine razionalizzabile – allora la Giustizia della società complessa è un principio di “ulteriorità” che critica e sabotava costantemente il diritto, lo sovverte, lo mette davanti a continui conflitti interno, contraddizioni, contraccolpi. Il sistema diritto, in continuo rapporto con la “vita” sociale, prende la forma di un diritto-vivente che dialoga con i suoi fondamenti latenti-e-trascendenti (Resta, 2008; Cotta, 1991; Grossi, 2006) e che, continuamente, trasforma essendone simultaneamente informato. È perciò evidente che qualsivoglia meta-principio non ha alcuna possibilità di “unificare” la “strana molteplicità” dei sub-universi sociali di senso. Provasse a farlo, rappresenterebbe solo “una” della Ragioni tra le molte e, di fronte a un “No, non voglio comunicare razionalmente” oppure a un “io utilizzo una razionalità diversa dalla tua”, non potrebbe che prenderne atto oppure cercare di escludere quella alterità negando così proprio il *telos* del consenso razionale.

3) Contro il razionalismo e il formalismo giuridico. *Ratio et voluntas* e *Ratio et auctoritas*, queste formule del razionalismo giuridico, coniugate ai veri propri miti della calcolabilità e del formalismo del diritto, hanno

“infestato” la dottrina e impedito di osservare le reali logiche del diritto vivente. Oggi questa “sindrome” è acuita dal delirio di onnipotenza algoritmico. Il tentativo di “salvare” il diritto mediante la Ragione sfocia però inevitabilmente nel trilemma di Münchhausen: regresso infinito (infondatezza), decisione arbitraria (irragionevolezza), o circolarità (tautologia). Soprattutto, dopo il “momento” breve del *Rule of Law*, già con la sua morfogenesi nel *Welfare State* e ora ancor di più nell’epoca del Diritto vivente o del bio-diritto, numerosissime sono state le intromissioni di “materialità-sostanzialità” (vita) nel formalismo giuridico. La pura deduzione, il sillogismo, il ragionamento che giustifica la decisione del giudice, non sono più immuni dalla realtà vivida dell’ambiente sociale, personale e naturale. Cosa accade, per esempio, quando a dover razionalmente interpretare il diritto, sono soggetti in posizioni inesorabilmente asimmetriche, come i disabili mentali, gli animali non umani e i rapporti tra stati nazione e il loro ambiente? Cosa accade quando non si tratta più di danni, bensì di torti?

A questi tre ostacoli epistemologici, Teubner contrappone tre diverse vie d’uscita.

1) L’asimmetria e la riflessività di una Giustizia “del” diritto. In primo luogo, la Giustizia va operata in modo riflessivo nei diversi sistemi sociali. Ognuno di essi – con il proprio principio di riferimento e la sua logica – opera entro uno specifico ambiente. Ogni operazione deve essere calcolata nelle sue conseguenze sia interne che esterne. Ogni sistema deve riflettere sui limiti del proprio punto di vista e confrontarsi con l’esterno. Non esiste però un meta-principio unificante, anzi si dà conflitto-collisione tra principi di giustizia. La Giustizia “del” diritto può solo sovrapporsi alle giustizie degli altri sottosistemi, legittimata socialmente a decidere in casi di conflitto. Ma rimane Giustizia “del” diritto.

2) Giustizia eco-logica. Alle esorbitanti pretese del consenso razionale, Teubner sostituisce la Giustizia eco-logica. La complessità adeguata indicata dalla formula di contingenza, ha a che vedere non solo con la complessità interna del diritto, ma anche con il rapporto ai suoi diversi ambienti (società, personalità, natura). Interagendo con essi, la Giustizia incorpora elementi sostantivi e non solo formali. Ma come può la Giustizia in quanto operazione interna del diritto, rendersi responsabile nei confronti dell’ambiente? Come può l’auto-referenza aprirsi all’ambiente? La chiusura del diritto è da sempre stata intesa come una delle fonti principali dell’ingiustizia. Il diritto però può auto-osservarsi ed essere etero-osservato. Mediante auto-osservazione si viene a creare una dogmatica, una giurisprudenza, una teoria del diritto (con regole, procedure, principi, etc.) con cui occorre “fare i conti” (coerenza interna). L’osservazione dall’esterno – orientata da valori diversi da quelli del diritto – aumenta le pretese di complessità adeguata. L’extra-giuridico rientra nel giuridico, come vita, fatto, pretesa, richiesta, appello, scontro, scandalo, ingiustizia, cui rispondere con il diritto.

3) Auto-sovversione del diritto mediante Giustizia. Il non formalizzabile, il non calcolabile entra nel diritto quando questo si apre al suo ambiente (o quando lo invade). La positività-funzionalità del diritto viene sfidata da valori sostanziali che, una volta introiettati, tornano ad essere positivizzati, in un processo che continuamente apre crepe, ferite, problemi, dubbi, etc. Dall'immanenza dell'autopoiesi si viene spinti alla trascendenza dell'eteropoiesi e da questa ancora all'immanenza. Emerge così una dialettica tra interno ed esterno che eccede le distinzioni moderne del diritto sovvertendone continuamente le strutture. Il diritto si auto-immunizza dalle sue strutture mediante la Giustizia.

Diversamente da una indefinita ricerca di Giustizia "sociale", la Giustizia "nel" diritto è richiesta in situazioni molto specifiche, dove occorre decidere su casi concreti. Nella catena autopoietica del diritto – atto giuridico (operazione) / norma di diritto (struttura) / atto giuridico (operazione) – nel momento del passaggio dall'operazione alla struttura, si apre sempre uno spazio di possibilità impregiudicato, uno iato. È il momento di "sospensione" – *stand-by, surplace* – in cui il diritto viene applicato alla realtà concreta: qui si fa spazio il ragionamento giuridico, *euphronein*, che deve interpretare il caso e tradurlo in diritto così che possa essere trattato in quanto "fatto di diritto" e poi deciso. Non esiste alcuna procedura per ricucire lo iato tra norma/fatto/decisione, contrariamente a quanto pensano i deduttivisti e chi si vorrebbe appoggiare agli algoritmi. È in questo momento di estremo "pericolo" – in questa apertura al rischio estremo che l'autopoiesi cessi, che una operazione non trovi strutture di collegamento – che si trova la "salvezza". Il sistema del diritto comincia qui la sua riflessione, introducendo come valore "terzo" quello della Giustizia, valore però mai capace di portare all'unità la differenza tra fatto e interpretazione. Qui "il diritto fa il processo al diritto", scontrandosi con i confini che rimandano a un oltre inaccessibile. Qui a giustizia funge da dispositivo immunitario contro la chiusura del diritto, potenzializzandolo, cioè riaprendone la contingenza in attesa di richiuderla.

5.2 Auto-trascendenze del diritto

5.2.1 Oltre la Giustizia: formule di contingenza

I limiti del diritto sono facilmente osservabili nella esperienza quotidiana. Quasi immediatamente, facendo esperienza nelle Corti e nei tribunali, si è spinti a cercare un "Altro-dal-diritto" e un "Oltre-il-diritto" che renda Giustizia. La ricerca di Giustizia comincia proprio quando occorre ri-orientare la pratica del diritto. Ma proprio questa Giustizia, di fronte ai duri limiti del diritto, può de-lirare e trasformarsi nella ricerca di una "impossibile" Giustizia totale, irresponsabile: una "Giustizia infinita", scintilla divina, sapere

esoterico, non più contingente ma Ab-soluto. È stato Jacques Derrida (2003) a mostrare la forza e i limiti di questa immagine “altra” del diritto. La Giustizia emerge dalla riflessione del diritto che deve “includere” il suo ambiente ed elaborare concetti adeguati a tale rapporto. Fin qui Luhmann e la sua “paranoia” sistemica. Derrida lo eccede in tre mosse. 1) Laddove Luhmann identifica il paradosso del diritto e chiede di sostituirlo con una distinzione (a sua volta paradossale) capace di nascondere per un po’ (fino alla successiva de-paradossificazione), Derrida invoca la Giustizia come trascendenza del diritto e sua piena e abissale Alterità. Non esiste dialettica tra diritto e Giustizia quanto, piuttosto, esteriorità tra le due: collisione tra condizionalità e incondizionalità; 2) laddove attraverso la *re-entry* Luhmann include l’ambiente del diritto, ma a costo di tradurlo/tradirlo nel linguaggio del sistema (mai potendolo “riconoscere” veramente), Derrida cerca di decostruire quella relazione, ricostruendo dei contro-concetti capaci di rappresentare l’esterno del sistema; una sorta di “poiesi non sistemica” che Wiethölter chiamerebbe proprio “amministrazione della giustizia”; 3) laddove Luhmann identifica nel sistema della religione il luogo sociale della “trascendenza”, Derrida lo re-introduce in mondi simbolici diversi, creando nuove “porte per la trascendenza”. Così vanno lette le sue riflessioni sull’amicizia (sistema politico); sul dono (economia), sul perdono (moralità procedurale), sulla giustizia (diritto) e, aggiungerei sull’ospitalità (confini territoriali) e sull’alterità (identità) (Derrida, 1991; 1994; 2000; 2004; 2020). La Giustizia, in particolare, diventa l’esperienza dell’Altro del diritto; come l’esperienza nuda del volto è l’altro della morale razionalizzata; come il silenzio senza parola è l’altro del Logos; proprio come la *Chora* è l’altro dello spazio marcato, etc. Ma proprio ora, quando la Giustizia sembra essere stata assolutamente disvelata, quando il velo dell’immanenza del diritto sembra stato “perforato” dalla trascendenza della Giustizia “infinita”, proprio qui – all’apice della sua esaltazione – si mostrano i suoi limiti e gli effetti più pericolosamente paradossali. Troppa è la distanza che si esperisce tra il sistema e l’ambiente, tra la sete di Giustizia infinita (“nel” e “oltre” il diritto) e la dura realtà dell’ingiustizia nel mondo. Per “darsi” la Giustizia (trascendenza) dovrà pure “incarnarsi” nel diritto (immanenza): corre un obbligo di connessione tra trascendenza/immanenza, pena il de-lirio, la *de-liason*, *dis-junction*, della loro necessaria relazione: diritto senza Giustizia (l’incubo della piena immanenza del potere arbitrario e violento) *et* giustizia senza diritto (la “cattiva utopia” di un mondo immediatamente giusto); impossibilità di giustificazione, *Justification*, *Recht-fertigung* (Wiethölter 2005). Così potrebbe anche accadere che l’utopia post-metafisica, apofatica e decostruttiva di Derrida – se troppo facilmente letta alla luce della reale “sete nel deserto” dell’ingiustizia – si trasformi in una sorta di “ordalia globale”. La Giustizia “infinita-e-pura” potrebbe anche mostrarsi come necessario risultato di una risposta auto-

immunitaria del diritto che diventa malattia auto-immunitaria, prendendo io mira non il *non self*, bensì il *self* stesso del diritto: Giustizia senza più diritto!

Questo il sommo pericolo derivante dalla ricerca di una Giustizia “pura”, immediata, assoluta: giustizia perfettamente “gnostica”, immune e incurante dalla miseria creaturale, cioè della determinatezza dei sistemi. L’assolutamente Altro, il Demiurgo, pur nella sua purezza estatica così suadente, è troppo distante dalla “creatura” e può mutare il suo aspetto giusto e pietoso in un orrendo ghigno d’indifferenza e violenza. La Giustizia deve mediarsi, pena il suo irricevibile “assolutismo”. Il finito (il diritto) non può immediatamente contenere, comprendere l’“infinito” (la Giustizia) e viceversa. Così i critici del diritto positivo (e del diritto *tout court*, per esempio gli esponenti dei *Critical Legal Studies*, così come tutta la “sinistra” derridiana), finiscono per generare una sorta di “teoria negativa” e apofatica (perciò paradossalmente “positiva”) della Giustizia. L’“espressionismo” dei diritti dell’uomo – la sua pretesa di non avere forma e limiti, la reciprocità pretesa di tutto-cotutto che de-lira nell’ipermorale di gehleniana memoria – portato alle estreme conseguenze, si trasforma nel suo opposto poiché tenta imprudentemente di separare la trascendenza dall’immanenza, vuole rendersi indifferente dalla connessione che sempre è “impura”: vuole includere l’altro escludendolo come alterità e riconoscendolo come medesimezza. Questa Giustizia purificata vede solo ingiustizia laddove invece vi è vera (e contingente) giustizia umana “nel” diritto. Il rifiuto del “duro lavoro” che concerne l’*andirivieni* tra immanenza e trascendenza (ciò che Esposito chiamerebbe l’immunità comune; 2022), come in un nastro di Möbius, produce solo effetti perversi, come mostra l’esempio della *Infinite Justice* americana (e del commerciante di cavalli Kohlhaas).

Dopo circa una settimana dall’attentato al World Trade Center e al Pentagono dell’11 settembre 2001, il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti cominciò a far circolare un titolo che riassume il senso della risposta militare organizzata contro la violenza terrorista: il suo nome doveva essere *Operation Infinite Justice*. Così il 20 settembre 2001, il Presidente affermava che «Whether we bring our enemies to justice or justice to our enemies, justice will be done». Quasi immediatamente numerosi gruppi musulmani (più o meno integralisti e intolleranti, ma anche “laici”) cominciarono a protestare contro lo slogan poiché la loro fede indicava chiaramente che solo Allah poteva concedere/rendere “Giustizia infinita”. Un commentatore piuttosto radicale, Riyadh ul Haq, si augurò «May Allah establish justice upon the earth and may Allah exercise his prerogative of infinite justice», ma il resto del suo intervento non faceva intuire nulla di particolarmente buono e giusto! Arundhati Roy nel suo *The Algebra of Infinite Justice* (The Progressive Magazine 2001, e poi Flamingo, 2001), si spingeva molto oltre, dichiarando che Osama bin Laden rappresentava il “segreto di famiglia degli americani”, il *Dark Doppelgänger* del Presidente, il suo gemello inseparabile che

utilizzava, come il fratello, la stessa retorica religiosa per legittimare soltanto infinita ingiustizia. Qui torna utile “contro Derrida” l’analisi di Derrida (1995, 48 e sgg.) sull’attentato alle Torri Gemelle in cui legge tre momenti necessari di ciò che chiama logica della auto-immunità dell’indenne (cioè dell’immune). Il primo momento data alla guerra tra Usa e Urss in Afghanistan, il momento di convulsione finale della Guerra Fredda. Proprio gli ex alleati afgani, precedentemente armati e addestrati dagli Usa, si trasformano nei “terroristi”: un male – l’alleanza con l’Afghanistan – introiettato dagli Usa per combattere il male maggiore (l’Urss), una immunizzazione, si rivolta contro il corpo politico da assicurare. Il suicidio dei terroristi è suicidio degli Usa. Secondo momento. Dopo l’attentato alle Torri, prolifera come un cancro il terrore che un nuovo terrorismo incontrollabile possa distruggere l’occidente. La risposta a questo terrore genera la terza fase dove gli Usa e i loro alleati sono costretti a dichiarare una guerra perenne all’asse del male: ma in tal senso sono costretti a combattere contro la logica stessa della democrazia che vorrebbe svilupparsi all’infinito includendo gli estranei e trasformando i nemici in amici. In questa malattia auto-immune Roberto Esposito vede una antinomia necessaria della democrazia e non un caso. La democrazia deve continuamente rimanere “aperta”, controllando e difendendo i suoi confini (statali), cioè chiudendosi. Qui è evidente il paradosso classico: la democrazia può tollerare chiunque abbia valori diversi (rimanere aperta), ma solo fino a quando non corre il pericolo di essere “tolta” dagli antidemocratici (Esposito 2022, 49-80). La democrazia è necessariamente autoimmunitaria perché “comunità” (apertura) immunità (chiusura) sono due lati della stessa medaglia che sempre devono coesistere:

La democrazia è lacerata tra due volontà non solo diverse, ma incompatibili, che evidentemente confliggono tra loro: accogliere gli esclusi di ogni tipo all’interno dei propri confini – ma in questo modo non avrebbe più confini, sarebbe sconfinata – e, insieme includere soltanto quelli che dichiara “cittadini”, “fratelli”, “persone”, escludendo tutti coloro che, in base alle sue stesse norme, non lo sono» (Esposito, 2022, 54-55).

La stessa logica pertiene al Diritto e ai sogni di una Giustizia sconfinata. Il rifiuto di mediare Trascendenza e Immanenza, genera uno “strano garbuglio”. Da un lato spinge verso la pura ineffettualità del discorso sulla Giustizia “nel” diritto (tutto il diritto è solo, di nuovo e sempre ingiustizia) e, dall’altro, verso il tentativo (disperato e perciò privo di “cura” verso gli altri) di “giustiziare” tutta la realtà: *Fiat justitia, pereat mundus*. Naturalmente essendo solo Giustizia umana, nulla garantisce al suo de-lirio giustizialista. In termini teorici ciò significa che un particolare “linguaggio” crede di poter “risolvere” la realtà intera, “salvarla” nella sua pienezza. La Giustizia umana, invece, è limitata e condizionata; ha forma e confini. Ma da questi confini si può continuamente de-lirare. Nella contemporaneità le iperboli della

Giustizia si mostrano in sindromi peculiari. Da un lato il rischio di considerare la Giustizia come mera ideologia umanistica, nata per nascondere l'arbitrio, la forza, la violenza del diritto immanente e, conseguentemente, la riduzione del diritto a mero potere, oppressione, assoggettamento. Dall'altro la seduzione di una Giustizia pura, irrealizzabile "nel" diritto e perciò capace solo di condannarlo, rendendolo così mera tecnica positiva. In entrambi i casi il diritto deflaziona e la giustizia inflaziona. La *stasis* tra Giustizia e Diritto è solo una figura dei conflitti che "genera" continuamente il Moderno producendo nostalgie del Paradiso perduto prima che il tempo andasse *Out of Joint* (Prandini 2002; 2006).

Per Teubner invece, può solo trattarsi di auto-trascendenza del diritto che si auto-osserva criticandosi nella Giustizia. Giustizia che "deve" patire dal diritto tre tradimenti. 1) La sua riduzione a decisioni codificate in modo binario. Può Giustizia essere "fatta" dai giudici, nei Tribunali e nelle Corti, quando la concretezza della vita delle parti in causa spingerebbe invece verso o la mera comprensione o, viceversa, verso la vendetta? («Giudice Salomone, tagliare il bambino in due, è davvero giustizia»? E gli undici cammelli come verranno re-distribuiti? 2) La sua giustificazione razionale. Può la Giustizia essere giustificata razionalmente? Può il giudice chiudere gli occhi davanti all'ingiustizia infinita che caratterizza la realtà e ridurla a mera giurisprudenza, argomentazione tecnica, algoritmo semantico, continuità e coerenza giuridica? Potrebbe non essere davvero il caso, ma giustificare si deve. 3) La sua programmazione nel diritto. Può la Giustizia essere programmata, incrementata mediante la sua implementazione nella società? Anche qui: potrebbe non essere il caso, ma applicare Giustizia si deve.

I limiti sono chiari: non lo è affatto che essi rappresentino simultaneamente anche le uniche opportunità per elaborare Giustizia. Ecco come "potrebbe" essere svolto l'insegnamento di Teubner. Non più fughe nella "pura" trascendenza giustizialista o un cinico rinvio al (falso) realismo dell'immanenza del diritto. Trascendenza e immanenza sono legate indissolubilmente – necessariamente – come in un nastro di Möbius, pena la fuga iperbolica in un dia-bolico spazio immaginario. Diritto "e" Giustizia si ri-volgono l'una verso l'altra, l'una-per-l'altra, lungo il nastro in una continua "fuga" dall'interno all'esterno e viceversa. Il primo movimento va dall'interno all'esterno, dall'immanenza alla trascendenza. È un movimento di ascesa, *áskesis*, di estroversione, di esternalizzazione e di "spiritualizzazione". Il secondo movimento va dall'esterno all'interno, dalla trascendenza all'immanenza; è un movimento di discesa, di *kénōsis*, di introversione, di interiorizzazione e "incarnazione". Ma ancora serve un terzo movimento: dalla incarnazione all'abbandono al Padre sulla Croce. Senza i tre movimenti l'utopia di una Giustizia Infinita, "pura", si capovolge paradossalmente nell'incubo di una *sine cura* perfetta. L'immunizzazione che permette di aprire e potenzializzare il diritto, si trasforma in totale indifferenza e chiusura. Il troppo aperto si rispecchia

nel troppo chiuso. Giustizia disumana che rispecchia nel suo pro-fondo, ingiustizia disumana. Così non si tratta di ideare una giustizia infinita o assoluta, quanto una “responsiva”, cioè orientata all’Altro, ma entro i limiti del Sé. L’assolutezza e l’infinità screditano questo limite, questo necessario orientamento (de-finito) tra finito e infinito, per specchiarsi narcisisticamente nel “Valore assoluto”. Re-dimere la Giustizia dal diritto, scioglierla dalla dura necessità di stare con essa in relazione, patendone i limiti, è questo vero peccato, vera colpa.

Invece: piena reciprocità nella piena differenza, piena comunicazione nella piena singolare incomunicabilità, alterità nell’identità. *Revelatum est!* Ma appunto, il processo non è mai con-chiuso, finito, compiutamente disvelato. In ogni nuova *re-velatio*, in ogni giro nel nastro (ad ogni *re-volutio?*), si dà un punto cieco, il Segreto/Mistero della comunicazione-incomunicabile tra Diritto e Giustizia. Qui davvero *re-velatio* non è mai piena *Offenbarung*, immediato passaggio dal velato-nascosto al dis-velato-scoperto, ripetizione (hegeliana?) dell’identità; e neppure è trionfo della “differenza” come in Schelling (Forte 1992) o nelle esercitazioni di stile post-heideggeriane. È invece vera ἀπο-κάλυψις, andata-ritorno. È relazione tra Parola (il diritto come *juris-dictio*) e Silenzio (il fondo, *Abgrund*, latente del diritto), in vista di un In(s)contro. Se la Parola (il diritto storicamente-culturalmente formato) manifestasse compiutamente e una volta per tutte la sua Provenienza (il Silenzio-Giustizia del Diritto), questa ne sarebbe esaurita, messa a tacere (letteralmente “tacitata”, fatta tacere): messa a morte. Se, invece fosse il Silenzio a de-finire completamente la Parola, allora la Giustizia inghiottirebbe il diritto, “senz’altro” da fare-dire: nessun diritto sarebbe più elaborabile, nessuna argomentazione possibile. Solo compresa come in(s)contro la Giustizia può rappresentare quell’ulteriorità misteriosa del diritto a-venire, la sua mai determinabile *imago*. Solo così il Diritto è vera differenza della Giustizia, mai capace di esaurirla, ma sempre alla ricerca del suo In(s)contro; sempre sotto processo, in prova, in giudizio, giudicabile: diritto sempre in viaggio-verso, “orientato” a dire-balbettare (*juris-dicere*) la Latenza da cui proviene e che, a sua volta, si rende visibile nella storia. Solo così Diritto e Giustizia possono essere concepiti come veramente “viventi”, mai “dati”, mai “esauriti-esauribili”, entro il *medium* del tempo che non è né sola *corruptio* né mero *progressio*. Orientati l’uno – verso-per-con-a favore de – all’Altro: rivolti all’altro, riflessi nell’altro, ma senza alcuna necessità pre-data: meramente contingenti l’uno verso l’altro.

Non esiste migliore immagine di questa trans-immanenza (Prandini 2011), di questo rivolgersi simultaneo di Giustizia e diritto, di questo “rimando” continuo – determinante ma non escludente – che nella interpretazione che François Ost ha dato dell’episodio biblico del Monte Sinai. L’episodio è generalmente ricordato come la mera “trasmissione” della Legge di Dio a un Popolo: Dio, la Trascendenza, detterebbe al Popolo, l’immanenza,

un insieme di Norme. Teoria “classica” della comunicazione: un emittente, un messaggio, un ricevente, un codice di interpretazione. Secondo Ost, invece, bisogna leggere il “Monte Sinai” all’interno di una logica dell’Alleanza dove la Legge è realmente costruita-costituita insieme, attraverso la comunicazione. Dio e il popolo (con la mediazione di Mosè, il “nomade”) apprendono, insieme, le condizioni di rispetto della loro reciproca alterità che passa attraverso la simultanea affermazione di libertà e posizione della Legge. Da un lato, Dio rompe la tradizione teonomica, cosmica, astrale, cosmocratica, autodivinizzante, acronica, “faraonica”, per donare una vera alleanza (*brith*) che viene poi accettata in quanto con-trattata, con-divisa, de-liberata, negoziata in un in(s)contro tra il Popolo e Dio. Qui l’Altro, la Trascendenza è ormai Dio-con-noi, Compagno di viaggio dentro la storia. Il popolo deve liberarsi dalla seduzione della mera obbedienza (i “nuovi egitti”) e dalla esternalizzazione dei nuovi e sempre presenti *idola* per partire verso una reale esperienza (esodo) di libertà. Solo in questo rapporto, si dà una “legge che libera” perché accettata/compresa/riscritta come liberamente voluta. A fondamento della relazione tra Trascendenza e Immanenza sta una apertura fiduciaria reciproca (fedeltà responsiva, *sponsio*, *Vorverständnis*), che istituisce la sfera della legge insieme alla Giustizia.

Non possiamo seguire come si dovrebbe la grande esegesi di Ost, con il suo narrare *l’andi-ri-vieni* di Mosè sul Sinai, con Dio, poi con il Popolo, e di nuovo su e giù, (trascendendo e immanentizzando), e poi “ri-posando” e “riflettendo” due volte per quaranta giorni in un necessario periodo di “latenza” e di “pensosità”. Al centro di quella esegesi stanno però i temi anche cari a Teubner: la paradossale generazione reciproca della Legge e della libertà (contra Rousseau); il paradosso di un momento fondativo che è già da sempre preceduto da un accoppiamento (contra Hobbes); la Legge come reale esperienza di un processo di emancipazione dalla schiavitù e non come alienazione da essa (Ost 1999). Limitiamoci alla sostanza. La scrittura e riscrittura della Legge è il risultato di un in(s)contro, vera e propria *con-versio* reciproca, tra Dio e il suo Popolo. Rapporto di piena “trans-immanenza”. La “legge che libera” è paradossalmente preceduta da un radicamento fiduciario che precede l’accordo e il contratto: prima e dopo la Legge c’è comunque un rapporto sé/altro, sistema/ambiente. Insieme alla simbolicità dell’accordo si dà la diabolicità della divisione. Così chi rende giustizia già l’aveva ricevuta. Non solo. La legge è stata scritta e riscritta ben tre volte, entro la “terra di mezzo/di mediazione” della tenda e del *con-vegno*; spazio di riflessione, scontro, collisione che rende impossibile la chiusura dei due mondi.

In questo vero e proprio “dramma”, si danno due grandi tentazioni. Quella della Trascendenza che potrebbe isolarsi – separarsi – farsi *ab-soluta*, comandare, dettare la Legge, separandosi dalla relazione con l’immanenza: includere il Popolo escludendone la libertà. E quella dell’Immanenza, il Popolo, guidato dal comunicatore Aronne (*alter ego* di Mosè), sempre tentato

a “tagliare i ponti” (de-pontificare) con Dio, per crearsi un utile Vitello d’oro con cui conquistare la nuova Terra promessa, senza dover co-rispondere all’Altro. Da un lato Trascendenza assoluta: montagna inaccessibile all’uomo; piramide del comandamento; Gerarchia come teocrazia; Legge senza de-liberazione. Dall’altro mero piano dell’Immanenza; pianura “liquida”, rete senza dimensioni, dove la Trascendenza non può mettere radici, fare presa, at-terrare; Vitello d’oro di una circolazione tra populi(smo) e cesar(ismo). Solo nella Tenda (terra di mediazione, né montagna né pianura, luogo dello in(s)contro con Mosè e Dio in comunicazione, ri-volti l’uno all’altro) si può con-trattare la Legge: mai però come mero mercanteggiare utilitaristicamente, bensì come piena reciprocità-tra-i-perfettamente-diversi, in quanto “salvati” dall’*orientamento* alla Trascendenza (Ost, 2004). Forse, però, questa lettura dialettica non risponde davvero alla pretesa teubneriana di reciproca chiusura tra diritto e giustizia con la necessaria auto-trascendenza del primo che si scontra solo con l’Abisso della seconda. Forse è ancora una lettura troppo irenica, seppure incastonata di scontri e negoziazioni.

5.2.2 De Reditu: *auto-trascendenza del diritto verso cosa?*

Giustizia è proporzione, ricerca di equivalenza, giusta misura, *congruitas ac proportionalitas quaedam*. Giusta può essere qualsiasi operazione, struttura, evento. Giusto o ingiusto può essere qualsiasi sistema sociale laddove voglia “calcolare” la proporzionalità delle sue operazioni in relazione ad Altro. Nel diritto, Giustizia è misura-calcolo di congruenza: 1) delle operazioni-atti-eventi giuridici, con le strutture del diritto: 2) della rispondenza tra sistema (del diritto) e ambiente (personale, sociale, naturale). In radice essa è quindi rapporto di calcolo misurante, in base a un criterio, di certi e particolari aspetti degli enti – misurati in vista di una proporzione ritenuta congrua. Giustizia può dirsi in molti modi, perché misura secondo diversi metri, proporzioni e scopi. Per l’autoreferenza del diritto è nello *iato* tra decisione e memoria giurisprudenziale che emerge la necessità di giustizia. Proprio se questo “scandalo” si manifesta, quando l’autopoiesi del diritto non trova nelle sue strutture (giurisprudenziali e dogmatiche) un collegamento, allora una contraddizione si palesa e un conflitto può attivare meccanismi immunitari. La logica immunitaria è chiara: la domanda di giustizia appare quando nell’auto-osservazione del diritto qualcosa contraddice il diritto, ne boicotta l’autoriproduzione mediante le sue strutture giurisprudenziali e dogmatiche. Qui la Giustizia opera cercando criteri di “trasformazione” adatti a risolvere il conflitto, “oltre” il mero algoritmo giuridico. Quando è in gioco, invece, l’eteroreferenza, cioè l’irritazione che l’ambiente provoca nel sistema del diritto, la questione (se possibile) si fa ancora più problematica. È possibile rendere Giustizia all’ambiente, agli animali, alle psiche degli individui, ai

corpi (alla vita..., alla morte?), a Dio? È possibile calcolare l'incalcolabile differenza che l'Alterità presenta al diritto? Secondo Teubner nessun criterio di Giustizia è semplicemente derivabile, deducibile: né dalla memoria del diritto (dall'interno del sistema), né dal suo ambiente (sottosistemi sociali, ecologia, Dio, etc.). Lo scandalo che genera un conflitto, addirittura un "dis-sidio", non è semplicemente risolvibile trovando un criterio di misura tra quelli disponibili. È qui che l'autopoiesi potrebbe bloccarsi e il giudizio non arrivare come accade ne *Il Castello* di Kafka. Occorre invece, più radicalmente, che il diritto faccia la "sua" esperienza di trascendenza per poi tornare all'immanenza.

Questa esperienza del limite, questo toccare i propri confini (interni) questa irritazione, questa risonanza dovuta al *pathos* della vicinanza con il torto, con lo scandalo, con l'intollerabile, questa *re-entry* della distinzione sistema/ambiente nel sistema, genera una "Giustizia riflessiva". Essa emerge sul confine interno della relazione, tra sistema del diritto – e i suoi limiti-opportunità operative – e l'ambiente. È il rientrare della relazione diritto/ambiente del diritto, "nel" diritto, per trovare una nuova "misura", più responsabile del rapporto. Qui, però, il diritto è costretto ad auto-trascendersi, a uscire da sé per riflettere sulla sua relazione con l'Altro (del diritto) che – nella realtà – è una sua proiezione. La misura è prodotta dall'esperienza reale del non calcolabile. Giustizia riflessiva deve rispondere degli effetti del diritto sul suo ambiente, calcolarne le conseguenze, e ciò tenendo conto della differenziazione per funzioni e per culture della società globale. Così Giustizia si differenzia nelle sue tipiche operazioni e semantiche: commutativa, distributiva, riconoscitiva, redistributiva, secondo meriti, bisogni, identità, rispetto a individui privati, individui e organizzazioni, organizzazioni e società, etc. Giustizia è quindi questa plurale e collidente comunicazione di composizione dei diversi in una tela che ne conservi le specificità, riconoscendo ad ognuno dei fili il "suo". Così Giustizia come auto-trascendenza del diritto è simultanea presa in carico del diritto vivente e della sua "ombra", il diritto a-venire, il diritto latente (*potentia* di diritto) che verrà generato negli in(s)contri con l'ambiente. Ma Giustizia riflessiva non è solo "viaggio di andata" verso l'ambiente, mera etero-referenza. Giustizia deve rientrare nel diritto, subendone e patendone sempre e di nuovo i limiti. Il totalmente Altro dell'ambiente non è per nulla "giustificabile", pur rimanendo una "spina nel fianco" del diritto: deve rimanere Altro. Qui di nuovo il meccanismo immunitario si mostra nella sua logica né appropriativa, né escludente. L'alterità è solo ricostruzione interna del sistema – risonanza del fuori attraverso il dentro – che però includendo una parte del fuori e reagendovi, salva il dentro.

Giustizia dunque non è semplicemente uscire dal diritto per confrontarsi con l'Altro del diritto: questo vorrebbe dire che la Giustizia è negazione del diritto. Ciò significherebbe solo uscire "intellettualmente" dall'immanenza, ripudiandone la "storia", la prova, l'*ex-per-iri*, per tornare "immuni" (non

toccati) alla Trascendenza. Ma neppure che diritto e Giustizia si superano dialetticamente (anche se siamo più vicini a quanto sembra accadere). Non è questo il *De reditu* di cui parla Giovanni in 16.10 «Quanto alla Giustizia, perché vado dal Padre e non mi vedrete più». Per Teubner (2022f) il versetto va interpretato più profondamente. La Giustizia indicata nella prima parte del versetto, si realizzerebbe solo passando attraverso, sperimentando l'ingiustizia: il rendersi al Padre attraverso il sacrificio scandaloso del Figlio sulla croce – nella interpretazione di Girard, l'ultimo sacrificio che “sacrifica” ogni altro sacrificio, l'ultima violenza che rende evidente la ineffettualità del meccanismo vittimario. Solo inoculando il male nel bene, la morte nella vita, la malattia nella salute, può attivarsi l'immunizzazione. Il farmaco-vaccino va preso! Bisogna esporsi a quel veleno per introiettarlo e farne un dispositivo di cura. La seconda parte del versetto (...e non mi vedrete più) indica, invece, una mancanza di visibilità, una latenza, necessaria. Invisibilità come incommensurabilità di ogni Giustizia “nel” diritto a quanto è dovuto a “ogni” evento singolare, ad ogni particolare situazione. Così, alla fine del giorno, Teubner ci presenta una Giustizia latente, visibile solo in controluce, solo dal lato del sistema, mai direttamente pronunciabile: una virtualità potenziale. Giustizia sarebbe una sorta di contro-immagine del diritto che lo “tortura” continuamente, lo processa, lo sovverte (lo mette sotto-sopra, lo ri-volta), lo sabota, per spingere continuamente alla ricerca di nuovi criteri, *metra*.

Ma allora, se così è, si dà realmente ritorno? O per meglio dire: cosa torna? Non torna solo il diritto, allucinato dalla giustizia? Non si tratterebbe solo di una auto-trascendenza che mai veramente tocca l'Altro? E se è così, è davvero trascendenza? Davvero l'analisi di Teubner ci parla *De Reditu*? All'immanenza sarebbe veramente stata “donata” Giustizia mediante l'incarnazione? La Trascendenza avrebbe “ricevuto” Giustizia vedendosi adeguatamente tradurre nel Mondo; e infine, la Trascendenza avrebbe davvero contra-cambiato il dono con il suo *sacrum facere* salvifico? Se il ritorno non è altro che una mera costruzione ideale, una finzione costruttivistica, necessaria a non lasciare nell'arbitrio il diritto: se è pura “produzione” tecnica di simbolismi; pura *fictio* necessaria a dar senso a una realtà che non ne ha; pura operazione da Grande Inquisitore, mero freno (*katechon*) alla cattiva violenza, da parte di buona (?) violenza. Se è solo “filosofia della giustizia”, se ciò è, *allora* nessuna stazione d'arrivo per ritornare e ripartire, solo tappe di un viaggio dentro al diritto. Teubner ha perfettamente ragione ad allearsi con Derrida nel rimproverare l'alleanza con il male e il peggio di quelle immagini di Giustizia che non vogliono “sporcarsi le mani” con le dure leggi autopoeitiche ed auto-referenziali del diritto. Ma, simultaneamente, a Teubner porrei questa domanda: perché “la” Giustizia invece che il Nulla: non sarebbe socialmente meno improbabile un mero diritto come strumento di controllo sociale, accettato come “macchina” per produrre immunità (negativa) sulla base della sua forza di persuasione e, appunto, delle sue finzioni

giustizialiste? Mero *instrumentum regni*? Vero *Arcana imperi*, assolutamente giustificabile in quanto non sostituibile e necessario? E ancora: perché nel suo operare quotidiano, il diritto si fa “problema” dell’incontro con l’ingiustizia? Non potrebbe semplicemente immunizzarsi da questo suo Altro che lo irrita, proseguendo con i suoi obblighi di collegamento: decidere, motivare la decisione e comunque addivenire a un’altra norma?

Dentro alla teoria dei sistemi sociali, auto-trascendenza sembra essere l’ultima parola. La Giustizia è comunque un dispositivo semantico “del” sistema. Inutile cercare davvero una Trascendenza, un Altro del diritto che possa essere riflesso nel sistema, salvandone la diversità assoluta. Il sistema immunitario è tale “proprio” perché non cerca pieno adattamento all’ambiente, bensì vi rinuncia per ricostruirne pezzi utili alla sua difesa. L’unica Giustizia che davvero sarebbe trascendente sarebbe posta nell’*unmarked state*, che sappiamo già essere concepibile solo come “congettura” del sistema che sente, è affetta, da Altro (sebbene lo sia attraverso i suoi codici). È in questa passività estrema, oltre la percezione, che una Realtà altra è ipotizzabile come idea della ragione senza alcun contenuto davvero percepito.

5.2.3 Vor dem Gesetz. *L’impossibilità di trascendere il diritto*

Il diritto come sistema immunitario della società è inestricabilmente legato ad essa, non ne è un esterno. Certo il diritto trasforma la violenza endemica in conflitti proceduralizzati che la inibiscono, cioè immunizzano la società da ciò che potrebbe finirla. Ma lo stesso diritto va immunizzato – salvato-separato-messo in sicurezza – dalla sempre possibile plusvalorizzazione del suo *medium*: anche il sistema del diritto come gli altri sottosistemi sociali, può perdere la propria “misura”, volendo diventare la “misura di ogni cosa”. Il diritto può diventare un Assoluto, pretendendo di giuridificare tutta la realtà, credendo di esserne l’unico e superiore giudice. Alla fine di questa *peregrinatio*, Giustizia pare immunizzare il sottosistema sociale del diritto da sé stesso, cioè dall’essere ridotto a un sistema chiuso operativamente e cognitivamente, paradossalmente immune (separato) dalla società. In ogni suo momento, invece, il diritto riflette sul suo rapporto con l’esterno e sulla sua capacità di giudicarlo in modo adeguato. È in questa continua tortura che il diritto trova una alleanza nella Giustizia. Essa lo irrita e lo espone continuamente e senza possibilità di tregua, al suo presunto esterno. E quell’esterno è fondamentalmente percepito come dolore inferto dal diritto, come suo carattere moralmente ambivalente, come violenza subita dalla singolarità: come ingiustizia giuridica. Quella irritazione, quella auto-sovrersione del diritto, mediante Giustizia (giuridica), mostra però un enigmatico rapporto con un esterno che si palesa in guisa di *phantasmata*, privo di una vera sostanza: spettri di giustizia che infestano il sonno del diritto. Pongo

dunque quest'ultimo problema: con questa Giustizia che tortura il diritto, si costruiscono "ponti" tra mondi di senso diversi, ma reali e distinti – per cui vi è vero in(s)contro seppure momentaneo e contingente, tra l'immanenza (delle strutture del diritto) e la sua trascendenza ("immagini", "idee" di Bene che stanno nell'ambiente del diritto, mai da esso davvero producibili); oppure è lo stesso diritto che si auto-trasceude dall'interno, scontando i suoi propri obblighi di connessione, ma mai davvero dialogando con la Trascendenza bensì solo frangendosi contro di essa sempre attraverso i suoi (del diritto) confini interni. E se è un vero interscambio – un "vaccino" – da dove viene? E se, invece, è auto-immunità, con chi si "scontra"? E in tutti i casi il sottosistema del diritto non corre il pericolo, aprendosi alla Giustizia e auto-sovertendosi, de-istituendosi per lasciare filtrare l'antigene, di de-immunizzare la società stessa rendendola indifferente alla violenza che cerca continuamente di sublimare in conflitto? E questa stessa riflessione del diritto – che torna su sé stesso per auto-accusarsi – questa irresistibile spinta alla auto-critica, non dovrà ri-guardare anche la Giustizia: non occorre che anch'essa debba contro-istituirsi, rinunciando e simultaneamente pretendendo la sua specifica universalità, come riconosce Derrida: «Bisogna sapere anche che questa giustizia si indirizza sempre alle singolarità, alla singolarità dell'altro, malgrado o in ragione persino della sua pretesa di universalità» (Derrida 1995, 44).

Giustizia, in ogni caso, non può essere concepita come il mero negativo del diritto, qualcosa di completamente esteriore ad esso, perché se così fosse allora il negativo sarebbe solo funzionale all'identità del diritto che si ripete identica a sé stessa. Su questo ha ragione chi critica le "anime belle" che contrappongono la "violenza" del diritto con la "pace" della Giustizia. Questa va piuttosto concepita insieme al diritto, in un rapporto di co-implicazione, dove al "Sì" delle procedure giuridiche che autoriproducono il diritto (insieme alla società) co-rispondono dei "No" che ne indicano (del diritto) le contraddizioni interne e quelle che emergono nel rapporto con i suoi ambienti (sociali, psichici, biologici, etc.). In questo senso la Giustizia è quell'elemento che il diritto riconosce attraverso uno scontro (una ingiustizia) e che attiva processi di immunizzazione dalla forma del diritto stesso (che a sua volta è forma dell'immunizzazione della violenza): la sua auto-soversione. Affrontiamo dunque quest'ultimo scandalo: qual è il posto della Giustizia in questo dramma senza fine?

Siamo quindi giunti, come l'uomo di campagna, *Vor dem Gesetz*: davanti alla Legge. Forse non ce ne siamo mai allontanati, forse siamo sempre stati nei pressi della Legge (diritto), certamente ne cerchiamo il senso. Ma per "perseguire" la Legge (nel doppio significato di raggiungerla e di promuovere un'azione contro di essa?) sembra che si debba entrare da una porta che è già aperta e che quindi potrebbe benissimo non svolgere quella funzione. Per andare dove non si sa, con certezza, ma la porta c'è, insieme a un

guardiano-custode che sembra impedirne l'entrata – un osservatore della Legge (nel duplice senso di chi la segue e di chi ne conosce gli arcani). Anch'egli è e rimarrà sempre davanti alla Legge, come l'uomo di campagna che alla fine della sua vita, dopo aver cercato in tutti i modi di convincere il guardiano a farlo passare, morirà (o si addormenterà?) senza entrarvi. Mai, però, ha provato a forzare il “blocco”: solo alla fine dei suoi giorni gli sovviene di porre la domanda che mai ha fatto prima, pur avendo discusso di molte cose con il guardiano: «Se tutti si sforzano di arrivare alla Legge, perché nessuno oltre a me ha chiesto di entrare?». A quel punto, il guardiano gli grida una risposta inattesa: «A te solo era riservato l'ingresso di quella porta». Ciò detto la chiude. Di questa parabola Teubner (2022d) ha svolto una analisi molto profonda, entrando nel novero delle interpretazioni (im)possibili.

Teubner imposta la sua riflessione in questo modo: l'uomo di campagna non è tanto l'individuo – nella sua “intrattabile” singolarità – che fa esperienza dell'alienazione davanti al Diritto. A “stare” davanti il diritto è la stessa pratica del diritto che cerca “appigli” per scorgere un fondamento inconcusso che permetta di fare Giustizia e, quindi di salvare il diritto dall'arbitrio. Ma, questo il punto (o almeno così sembra essere) la porta deve essere varcata, perché se si rimane davanti alla Legge – illusi, presi nel gioco, dalle sue categorie – si fa esperienza solo di contra-dizioni, delusioni, promesse non mantenute, soprusi: dove si voleva lo *stare decisus*, si trova arbitrio; dove si voleva pacificazione, riemerge violenza; dove si voleva la soluzione dei conflitti si trovano solo altri conflitti, addirittura vendette. Il sogno del diritto che “salva”, che separa razionalmente la ragione dal torto, diventa un vero e proprio incubo, dove tragicomicamente chi è nel giusto risulta nel torto e viceversa: una vera esperienza kafkiana. Questa “oscillazione” drammatica, questa impossibilità di de-finire e giudicare con *metra* giuste i casi portati davanti alla Legge – questa inalterabile paradossalità – spinge il diritto e i suoi cultori (i suoi custodi-osservatori) a riflettere sulle sue categorie fondanti e, perciò, a rimetterlo costantemente in discussione. Questa dis-allineamento, s-cardinamento, tra Legge (Diritto) come sistema coerente, ordinato e prevedibile di norme e la sua applicazione ai casi (della vita) dove lo iato che in ogni decisione giuridica si apre abissalmente alla ricerca di collegamenti “giusti” pone in revoca la sua stessa (del diritto) sistematicità, viene moltiplicata da Teubner in una serie assolutamente inestricabile di aporie e antinomie: 1) Legge vs. vita, più in generale: cultura vs. natura; 2) norma statutaria vs. processo di applicazione della norma, più in generale: struttura vs. processo; 3) testo statutario vs. interpretazione giuridica, più in generale: norma vs. decisione; 4) Legge vs. caso giuridico, più in generale: universalità vs. singolarità. *Right is out of joint!* L'uomo di campagna non è più l'essere umano singolo come parte in causa di una diatriba, bensì rappresenta l'intero processo d'applicazione del diritto, un “processo” (*Der Prozess*: di nuovo nel

duplice senso di svolgimento e di pratica giuridica accusatoria) che si svolge davanti alla porta, sul confine-distinzione che separa-unisce la vita dalla legge (o così sembrerebbe). Il Processo rappresenta la sempre possibile messa in giudizio – alla “prova” – non solo di ogni atto quotidiano (lo scatenarsi mortifero del diritto contro la vita: le forme che umiliano la ricchezza della vita, come già Georg Simmel aveva intuito), ma ancora di più della stessa insondabile e mitica “fede” moderna che il diritto renda ragione di sé stesso senza altro a cui rispondere (Cacciari 1985; 1992)). Il diritto si fa “sistema” del tutto autonomo. Nessun altro sistema può giudicarlo dall’esterno. Solamente il singolo *Prozeß* che sta procedendo qui e adesso, ogni volta, può stabilire la norma (Legge) su cui si fonderà la decisione: nessuna autorità esterna, nemmeno la Legge generale, astratta e valida per tutti nello stesso modo, può farlo. Qui il diritto, davanti a sé stesso e con nessun altro testimone, si auto-accusa e porta sé stesso in giudizio (Wiethölter, 1989, 794 ss.). Ma di cosa, in specifico? Qual è la colpa del Diritto, quella che esso osserva davanti a sé stesso?

È quella di operare come distinzione che si auto-fonda volendo però rappresentarsi come unità davanti alla società. La Legge si vuole auto-descrivere come “Una”, ben fondata, stabile e capace – perciò – di giudicare la società, il suo ambiente (il suo “fuori”). Il peccato, per il Diritto, è perciò davvero “originale”, fondativo della possibilità di auto-porsi: la volontà di osservare, esplorare, giudicare attraverso il suo codice – diritto/torto (o meglio: ragione/torto) – il mondo come se questo fosse di fronte ad esso: alla “barra”. Di fronte alla Legge sta il mondo da giudicare. Si badi bene che la fede che sostiene gli uomini di legge – che vi sia del Diritto con di fronte un mondo da giudicare – questo “di per sé” non sarebbe affatto un torto. Lo diventa solo se l’uomo di campagna e il guardiano (entrambi uomini “del” diritto), vogliono (o sono costretti) “giudicare” la distinzione stessa che fonda il Diritto: giudicare il giudizio, ri-flettendolo su sé stesso. Solo a quel punto si palesa la “colpa” che nell’auto-riprodursi quotidiano del diritto “deve” rimanere latente perché – sebbene i valori e le forme che sostanziano la decisione possano cambiare nello spazio-tempo (e di fatto lo fanno sempre) – l’esigenza di distinguere tra chi ha torto e chi ha ragione, di risolvere-salvare i conflitti, rimane necessaria. Fin qui si rivela proprio la “accecante” ragionevolezza del diritto come forma di distinzione che immunizza la società dalla violenza. Ma proprio questo il diritto positivo può nascondere, rimandando a una qualche progresso nel tempo della qualità delle leggi e della loro maggiore adeguatezza alla complessità dei casi. Ma se si osserva attraverso porta che introduce, senza alcuno schermo, nella Legge (così almeno alcuni pensano, ma non è stato accertato da alcuno), se si varcano i suoi confini formali – ragione/torto – volendoli giudicare si svela la contraddizione interna del diritto: il suo paradosso (s)fondante. Chi, infatti, possiede le ragioni per giudicare (distinguere) la distinzione ragione/torto che taglia il

mondo generando il diritto stesso? Come nel peccato originale, anche per il diritto la colpa va attribuita a chi ha voluto fare chiarezza, illuminare la stanza, osservare l'indistinto: a chi ha effettivamente introdotto nel mondo la distinzione diritto/torto. Ne è derivato, infatti, nulla di meno, che una serie infinita di ulteriori diritti e torti. Più ragioni si saranno attribuite nel corso della Storia, più torti ne deriveranno spesso senza alcuna "certezza" di aver fatto giustizia: davanti a questa prospettiva viene voglia di "lavarsene le mani", ma pure questa è una decisione e Pilato si rovinò la reputazione.

Teubner radicalizza – e ne ha ben ragione – ancora di più la situazione del diritto davanti alla sua Legge. Volendo "fondarsi" (giustificarsi, salvarsi) il diritto scopre il suo paradosso (o meglio lo scoprono i suoi osservatori), destinandosi a una infinita auto-accusa incapace di trasformare la colpa in *Felix culpa*. Ma, c'è molto di più. Nella sua presunzione auto-riflessiva, nella sua superbia auto-fondativa, nel suo orgoglio (anche qui inteso nel duplice senso) di volersi deciso a prescindere da quanto lo circonda, dalle altre e diverse sfere di significato, il diritto che "fa Legge a sé stesso" non può che (auto)giudicarsi necessariamente e solo attraverso i suoi criteri, gli stessi che fanno problema, gli stessi che ha appena criticato. Il diritto, perciò, non si limita ad auto-accusarsi (*self-accusation/Selbstanklage*) bensì addirittura si auto-calunnia, oltraggia e inganna (*self-slander/Selbstverleumdung*). Nel suo tentativo di fare luce su sé stesso, il diritto si diffama, trasformandosi in una comunicazione fraudolenta: si auto-nega. Vuole assolversi mediante categorie del tutto incompetenti al giudizio. Non può certamente cambiare codice e procedure perché è diritto positivo, chiuso nella sua autoreferenza. La sua forza (di Legge) è la sua debolezza. Può ricostruire l'esterno (i casi della vita) solo internamente. Si fa (in)giustizia da solo. Il paradiso è perduto e volervi rientrare è impossibile: ciò che non può tornare è proprio lo *status* dell'innocenza che vigeva in quanto nessuno osservava il diritto. Sembra di riascoltare la Critica del diritto (violenza) di Benjamin. Il diritto si auto-istituisce separandosi violentemente dalla violenza, con un taglio. Al suo fondo permane una decisione arbitraria posta dal più forte, non razionalizzabile, utile per fingere di distinguersi dal suo esterno definito come "violenza extra giuridica". Il diritto, come le istituzioni borghesi, normalizza sé stesso routinizandosi e presentandosi ideologicamente come freno alla violenza. Una volta istituito, il diritto serve a salvare dalla violenza, ma non lo può fare davvero fare perché ne è dall'inizio abitato. Questa la scoperta di Girard. Questo torto che si fa al mondo, rompendone lo spazio liscio e neutro con un taglio – incidendo l'*unmarked state* dell'Aperto – si riproduce costantemente nell'uso quotidiano del diritto, negli errori di programmazione e di esecuzione, così come nei processi di attribuzione dei diritti e dei torti. Rimediare a quel taglio non si può davvero, anche perché significherebbe soltanto ritagliare di nuovo e di nuovo. All'Aperto, allo *status* non marcato, non si accede, mai. Si deve operare altrimenti. La porta aperta delle Legge, e poi il

barlume di luce che ne balenerà fuori, un attimo prima che l'uomo di campagna si spenga senza esservi mai entrato (e quindi senza risposte), mostrano una più profonda ambivalenza in gioco. Togliendo il torto, si toglie anche la ragione. Il paradosso è inaggirabile, bisogna solo affrontarlo senza farsi accecare. Ma la teoria giuridica bandisce sia il paradosso fondativo del diritto, sia quello decisionale dell'applicazione della legge che il "doppio legame" del diritto soggettivo. Vorrebbe immunizzarsi da suo proprio paradosso. Ad affrontarlo sono, invece, tre studiosi molto diversi, ma accomunati da un impegno comparabile. Il primo, Niklas Luhmann, impegnato a osservare osservazioni; il secondo, Giorgio Agamben, impegnato nel de-istituire i poteri istituiti; il terzo, Jacques Derrida, impegnato nel decostruire ciò che viene dato per scontato, per evidente, per presente. Teubner ricostruisce le tre soluzioni sulla base di tre momenti enigmatici nel finale della parabola: «A te solo era riservato l'ingresso»; «E adesso vado e chiudo la porta»; «il bagliore che, nella tenebra, scaturisce inestinguibile dalla porta della Legge».

La prima soluzione è quella di Niklas Luhmann. Per il sociologo tedesco il paradosso non può essere affatto "sciolto", immunizzato una volta per tutte. Il paradosso può essere solo "dissolto" nel tempo, introducendo nuove differenze e valori che ne nascondano per un po' la paradossalità. Per Luhmann i paradossi sono, ormai, le uniche forme di sapere incondizionato, ciò che sostituisce gli apriori e le auto-evidenze di ogni "trascendentale". Non essendo perciò mai eliminabili, li si può solo evitare, scansandoli e nascondendoli "sotto al tappeto": soprattutto ci si deve nascondere dal loro sguardo paralizzante (Luhmann (1992)). Ma anche questa soluzione risulta troppo semplice, in quanto la *routinizzazione* del paradosso non spiega affatto "il balenare della luce", cioè l'*irruzione* inattesa di qualcosa che sconvolge la pratica paziente e pedante dell'introdurre nuove distinzioni. Non basta una buona giurisprudenza quotidiana per salvare il diritto e dei suoi paradossi. D'altra parte, Luhmann a differenza di Teubner, non cerca alcuna "salvezza" nel e dal diritto.

La seconda soluzione è quella proposta da Giorgio Agamben che considera due momenti della parabola: «"A te solo era riservato l'ingresso" e "E adesso vado e chiudo la porta"» (Agamben, 2009). Secondo il filosofo italiano, l'uomo di campagna che nel racconto di Kafka si trova di fronte alla porta del tutto aperta della Legge, invece che mettersi a discutere aspettando dal guardiano il permesso di entrare, avrebbe dovuto combatterla, condannarla e rifiutarla. La Legge è davvero in questo caso concepita come una "frode" che colpevolmente introduce nel mondo la "presunzione" universale che gli uomini siano "peccatori". Essi sono naturalmente pre-giudicati davanti alla Legge, nel senso logico che la Legge non può che avere un rapporto "digitale" con ognuno di essi: o sono dalla parte del torto o dalla parte della ragione, ma sempre e comunque giudicabili. La Legge è male perché distingue tra diritto e torto, introducendo così una forma di significato violenta e

costringente: il diritto è, prima di tutto, violenza. La distinzione torto/ragione è il peccato *originale* del diritto: l'aver introdotto l'idea stessa di colpa. Il Diritto è perciò pura negatività da combattere che, se la lotta è ben condotta, può produrre una via di uscita positiva. La porta va quindi assolutamente chiusa. Negando il negativo, si abolirebbe la legge, la si annichirebbe. Riprendendo i concetti della immunologia, il diritto (e con esso la società), spegnerebbe, disattiverrebbe, il sistema immunitario disattivando però anche la distinzione tra sé e l'altro. Così si separerebbe la "comunità perfetta" dalla sua necessaria "immunità" attraverso processi di immunosoppressione, come accade quando si devono fare trapianti di midollo in alcune patologie leucemiche, cioè autoimmuni⁴. Nella interpretazione Teubner però, Agamben "butta il bambino con l'acqua sporca" fidando in una comunità-a-venire capace di fare a meno del diritto: si tratta di una riproposizione, direbbe Menke del comunismo come società senza diritto che viene sostituito dalla piena partecipazione. Ma questa soluzione non tiene conto dell'ambivalenza del diritto (e della società). Per Agamben il messaggio chiave è quello della «chiusura della porta». Ma, proprio per questo, non riesce a considerare il «bagliore inestinguibile» che proviene dalla porta. Questo bagliore, significa che solo dalla porta che introduce alla Legge è possibile trovare "salvezza". Solo dall'interno dei suoi paradossi e delle sue delusioni, del suo essere colpevole in quanto giudicante e divisiva, si può trovare il significato della Legge stessa. E, attenzione! Dall'auto-trascendenza di quel diritto positivo del tutto sradicato da mores, consuetudini, norme sociali, etc. Proprio la "miseria" del diritto moderno e positivo, del tutto autoreferenziale, e disinteressato al suo contesto, solo da lì balugina la luce. E tale luce illumina solo il diritto e non l'intera società. Un vero e proprio disincanto del diritto che nella sua più evidente limitatezza, scopre una scintilla di significato. La giustizia dipende dalle oscenità della legge. Non si può avere giustizia senza legge.

La terza risposta viene da Jacques Derrida e dalla sua dialettica senza fine tra Diritto e Giustizia⁵. Egli è forse l'unico a tenere insieme i tre momenti enigmatici del finale. Egli cerca davvero un "compromesso" tra la pura e colpevole immanenza del diritto e la trascendenza infinita di una giustizia messianica (senza Messia). La *condizionalità* ipocrita del diritto, la sua razionalità, il dover comunque decidere chi ha ragione e chi ha torto – magari facendo un torto per il fine superiore di mantenere "la" distinzione – può essere "salvata" soltanto dalla *incondizionalità* della Giustizia. Questa "idealità", questa messa "in immagine" del giusto orientato al bene, deve

⁷⁰ In quelle procedure, però, l'immunosoppressione è controllata medicalmente, dosata per il periodo di tempo necessario a che il nuovo midollo non venga rigettato, in un contesto dove l'ambiente viene completamente sterilizzato, per poi riattivare il sistema immunitario guarito.

⁷¹ Si veda solo come introduzione a una riflessione che richiederebbe ben altro spazio: Derrida (2003).

comunque mantenere un rapporto con il diritto, pena il trascendere verso una “giustizia illimitata” e purificata che rasenta a sua volta la violenza: che si tagli il bambino in due e se ne dia una parte a ciascuna donna che ne reclama la maternità! Facciamo piazza pulita degli ingiusti, eliminandoli zelantemente dalla faccia della terra, e così via. È il famoso Michael Kohlhaas l’eroe negativo del racconto di von Kleist (1963) che, per avere giustizia, si lascia morire rovinando anche il Principe sassone!

Secondo Teubner qui siamo di fronte a due possibili soluzioni. La prima è quella del compromesso. Non quindi voler entrare nello “splendore” della Giustizia, bensì accettare l’umiliazione del confronto continuo davanti a quella soglia. Pindaro non deve avvicinarsi troppo al Sole. Oppure la soluzione è quella contraria. La colpa è quella di “discutere” con il diritto e i suoi guardiani, lottarvi contro, cercare la collisione per produrre la scintilla. L’uomo di campagna avrebbe dovuto affrontare gli altri guardiani entrando nella Legge. Ma questo lo capisce solo alla fine, quando ormai è troppo tardi. In ogni caso la Giustizia non è incontrata, raggiunta; rimane una possibilità non colta. Teubner chiude la *questio* in modo ancora più scettico. Prima di tutto, nessuno ha dimostrato che quel baluginare di luce, indichi la Giustizia. Certo l’immagine della Luce, del bagliore, rimanda a quello della Illuminazione mistica. Ma nessuno garantisce di questo. E, inoltre: anche se la Luce indicasse “Giustizia” come decidere, giudicare, se essa giunge da fuori – da sfere di significato “altre”, appunto realmente trascendenti – o da una auto-trascendenza (magari ingannevole) del tutto interna al Diritto. Quale criterio di verità poter utilizzare?

5.2.4 Te lucis ante terminum: *prima del buio, in ascolto della Giustizia*

Ecco, dunque, il dilemma finale: donde proviene questa Giustizia, dove fondarla a sua volta? Da dove proviene quella scintilla che inquieta il Diritto, costantemente criticandolo e riaprendolo dalla sua autoreferenza? Cosa vaccina il diritto da Sé stesso? Di un fondamento, seppure paradossale si tratta. Anche il non fondamento lo è! Un presupposto è inevitabile. Teubner sembra volersi fermare davanti alla Legge. Pare che la Giustizia balugini come esperienza di vera trascendenza – una vera “fonte” che irrita la routine del sistema del diritto – ma in realtà nessuno può giudicare tale esperienza: mancano le categorie. La Giustizia (giuridica) è noumeno e ogni sua rappresentazione fenomenica è solo l’ombra della sua assenza. Per Teubner si dà esperienza della Giustizia solo come scontro che avviene all’interno del sistema del diritto e del suo codice. L’esterno è percepito solo internamente. E su “questo” Teubner ha ragione. Il diritto, come ogni altro sistema, è operativamente chiuso: ma, simultaneamente è cognitivamente aperto. Certo è una “apertura” nei limiti del sistema, cioè nei limiti della sua “realtà”. Il “salto” nell’alterità,

non può avvenire. Ma ciò non significa che tale apertura non sia effettiva. Realmente il sistema ricostruisce internamente gli scontri che ha con il suo esterno, anche se mai lo potrà “rappresentare” adeguatamente. Questo rapporto di apertura cognitiva è “co-costitutivo” della chiusura autoreferenziale ed autopoietica del sistema. La sua chiusura avviene già, senza potersi assolutamente sapere, nell’Aperto. Qui viene in aiuto la lunga riflessione di Massimo Cacciari che può essere riletta in termini sistemici. La Porta aperta della Legge è simbolo di quell’Aperto – *l’unmarked state*, dove il possibile comprende anche l’impossibile – che sempre precede e ospita qualsiasi operazione e osservazione. Davvero l’Altro dell’osservazione: o una (l’osservazione) o l’Altro. La Legge non trova fondamento “dietro” e “dopo” una porta, perché questo sarebbe segno evidente di un limite da varcare per scoprire e svelare l’arcano. Lo trova, invece, in quel “non” che contorna e definisce la Legge in quello spazio “non marcato” che permette ogni marcatura e distinzione, ma che non è concepibile, pena il marcarlo a sua volta, perdendolo di vista. Questo contorno invisibile è il “non” della distinzione che delimita la Legge (diritto), tagliando *l’unmarked space* e dando luogo alla distinzione tra Legge (diritto) e ciò che non pertinente la Legge (il suo ambiente). Quando il “fenomeno” del diritto si s-taglia mediante una osservazione – che è simultaneamente distinzione e indicazione – lo fa liberandosi-separandosi da un duplice e non da un singolo Altro da sé: da quello che viene perso-obliato quando si deve indicare solo un lato della distinzione, ma anche da quello spazio invisibile da cui si separa la distinzione stessa: appunto, il suo invisibile presupposto.

Questo è davvero l’impossibile di ogni osservazione, l’*Unwritten Cross*, l’indifferenza di Schelling, i “dintorni” e i “paraggi” della cosa, il mondo senza distinzioni, il fondo senza sfondo, il medium puro del senso, la Chora, la pura Latenza: gli “irraggiungibili”. Da quello spazio immaginario solo intuibile, ma senza alcuna figura possibile, a-concettuale, occorre separarsi, senza mai potervi tornare perché è la condizione (inconoscibile) di possibilità del conoscere stesso: ἀ-λήθεια. Semplicemente non siamo “capaci” di vedere quella Apertura che ci permette di conoscere, così come non siamo capaci di vedere la luce che ci permette di vedere, così come non vediamo il medium delle forme. Se la vogliamo distinguere la perdiamo, oppure scivoliamo nel buio. Così il fondamento della Legge sarebbe qualcosa di completamente diverso, impossibile da cogliere con le categorie del diritto, proprio perché ne sta a fondamento, immemorabile e indistinguibile⁶. Ma il punto è che

⁷² Si veda: Cacciari (2009). Certamente “Amore” potrebbe essere un bel simbolo di quel fondamento invisibile della Giustizia e, quindi, di un ben ordinato diritto. Ma, purtroppo, Amore, se pensato come unificazione in quanto incorporazione nell’Uno, torna a “togliere” i distinti. Sembra che *Lucifero*, precipitando negli inferi, abbia pagato le conseguenze del voler distinguersi da Dio, per osservarlo e amarlo a modo suo.

questo impossibile, questo inosservabile, questo dintorno senza confini, è paradossalmente parte di ogni distinzione: la co-istituisce nella sua assenza.

Se questa Apertura è co-costitutiva di ogni chiusura, allora la chiusura del sistema ne soffre, ne patisce sempre la presenza-assente. Un sistema è tale solo per distinzione all'ambiente. Per operare deve chiudersi e per osservare deve usare le sue proprie distinzioni. Ma questo non significa affatto che esso inventi il suo esterno, che non vi si rapporti. Riprendo qui una pagina, anzi una nota, poco conosciuta di Luhmann (2000c), dove il problema è chiaramente affrontato. Siamo nel primo capitolo de *La realtà dei mass media* dedicato proprio al "raddoppiamento della realtà". Il tema è posto in modo usuale. I sistemi operano realmente e alla cieca producendo sé stessi e la differenza con il loro ambiente. Ma insieme all'operare, alcuni di essi (quelli che operano in base al senso) "osservano", distinguendo. L'osservazione può riguardare sé stessi o altro. In tal senso i sistemi usano sempre la distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza. Se quindi ogni conoscenza presuppone la distinzione tra auto ed etero, allora tutta la conoscenza è una costruzione del sistema, perché solo il sistema può utilizzarla dal suo interno verso l'esterno. A cognizione della realtà non sta "fuori", bensì dentro alle operazioni cognitive. Fin qui sembrerebbe di ascoltare le tesi del "costruttivismo radicale" (di cui Luhmann è sempre stato accusato dai "realisti"). Ma alla nota 7, Luhmann chiarisce il fraintendimento. Il costruttivismo radicale gode di cattiva fama a causa di una sua autopresentazione problematica: «La sua radicalità dovrebbe stare nel limitarsi all'idea, al soggetto, all'uso dei segni. Ma questa è una posizione impossibile già dal punto di vista logico. Nell'uso di distinzioni come idea/realtà, soggetto/oggetto o segno/referente non si può fare a meno di un lato della distinzione senza rinunciare alla distinzione stessa. Non ci sono un soggetto privo di oggetto (si veda la fenomenologia di Husserl), un'idea senza riferimento alla realtà, un uso di segni privo di referenti. I "costruttivisti" dovrebbero allora fare lo sforzo di sostituire queste distinzioni (se le ritengono obsolete) con delle altre, ad esempio con la distinzione già più volte messa alla prova tra sistema e ambiente» (Luhmann 2000c, 19). Prosegue poi Luhmann in modo ancora più chiaro distinguendo da quello radicale un costruttivismo operativo: «Il costruttivismo operativo non mette affatto in dubbio che ci sia un ambiente, altrimenti non avrebbe alcun senso nemmeno il concetto di confine di sistema, che presuppone che ci sia un altro lato. La tesi del costruttivismo operativo non conduce quindi ad una "perdita del mondo" e non mette in dubbio che ci sia la realtà. Essa però presuppone il mondo non come un oggetto ma piuttosto come orizzonte nel senso della fenomenologia: quindi come irraggiungibile (...) Ciò che intendiamo come "realtà" può essere quindi solo un correlato interno delle operazioni del sistema (...) La realtà, allora, non è altro che un indicatore della riuscita delle verifiche di coerenza all'interno del sistema. La realtà viene elaborata all'interno del sistema attraverso l'attribuzione di senso (o meglio,

in inglese, attraverso il *sensemaking*). Essa si genera quando vengono risolte le incoerenze che possono risultare dalla partecipazione della memoria alle operazioni del sistema (...) Più il sistema diventa complesso e più si espone alle irritazioni, tanto maggiore è la varietà che il mondo può ammettere senza perdere realtà, e tanto più il sistema può permettersi di lavorare con negazioni, finzioni, assunti “solo analitici” o statistici, che si distanziano dal mondo così com’è» (*ibidem* 20-21). E ancora in modo più chiaro, sebbene nessun sistema cognitivo possa raggiungere operativamente il proprio ambiente: «...vale anche il principio secondo cui nessun sistema cognitivo può rinunciare a fare delle assunzioni di realtà. Infatti, se tutte le conoscenze venissero rapportate a costruzioni proprie e ricondotte all’uso della distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza, questa stessa distinzione apparirebbe come un paradosso e collaserebbe» (*ibidem*, 113).

Di queste righe fondamentali, sottolineo quanto segue: 1) la realtà esiste, ma è irraggiungibile ($\acute{\alpha}$ -λήθεια), è il Presupposto; 2) la “conoscenza” della realtà è un correlato interno delle operazioni del sistema (e qui si dà *in nuce* una teoria immunitaria della conoscenza che non posso svolgere) che necessita di una distinzione tra auto ed eteroreferenza (fosse pure un “principio di realtà”); 3) la conoscenza prodotta continuamente e senza fine, deriva da un *test* riuscito (conferma) o fallito (nuova conoscenza) tra la coerenza delle rappresentazioni (dei saperi) memorizzate nei sistemi e lo scontro con l’esterno. Per ciascuno di tali motivi, la chiusura operativa ed osservativa del sistema facilita e approfondisce la produzione di influssi dall’esterno: «...il marchio di “realtà” può essere concesso solo nel sistema, che prima genera delle incoerenze e poi costruisce ciò che si deve considerare realtà. Lo possono confermare l’epistemologia biologica, la semiotica, la linguistica e anche la sociologia – e sono tutte scienze empiriche (e non scienze dello spirito o cose del genere!)» (*ibidem*, 111).

A me pare che questi passaggi aiutino a ripensare il problema di Teubner. Da dove arriva Giustizia giuridica? Da dentro al diritto o da fuori? Forse dal rapporto tra un “dentro” (auto) che viene auto-irritato e auto-sovertito da un “fuori” (etero). Ma da quale fuori? Da uno “inventato” dal Diritto? O da uno Trascendente, davvero esterno? Da nessuno dei due. Da un fuori che realmente irrita il sistema del diritto che lo ricostruisce internamente. Un fuori che però, a mio avviso, va pensato come “memoria vivente” del sistema. Ma questa memoria, qui credo stia la mia differenza da Teubner, è realmente memoria sociale che genera dai dogmi e dalla giurisprudenza, ma anche e più potentemente da “immagini” di Giustizia che vengono elaborate altrove, soprattutto dove la “sofferenza” si mostra. Una memoria che è, letteralmente, trascendente l’auto-trascendenza del diritto, ben più complessa e generata ogni volta che un trauma viene culturalmente costruito. È proprio in questa definizione che troviamo i più chiari agganci con i processi culturali e con la memoria culturale della nostra società (Alexander 2003). Si pensi solo a

questo: il problema del diritto giusto, così come l'abbiamo ricostruito, è possibile solo se esiste una cultura che, per dirla in breve sintesi, "vive" della distinzione tra immanenza e trascendenza (tra fatti e norme, tra reale e ideale). Il "nostro problema" è, per così dire, *problematico* solo se proiettato in una civiltà "assiale" capace di distinguere tra ciò che si mostra e i suoi lati che si presumono nascosti e decisivi per comprendere il fenomeno⁷. Solo una cultura del genere può trattare il diritto, o meglio la normazione del mondo sociale, come "pre-giudicata" dall'ideale di Giustizia. Tolta questa assialità, tolto il problema⁸. E, se ciò è vero, nessuna giustizia sarà possibile senza diritto e viceversa: i due codici sono posti ortogonalmente, ma necessariamente stanno o cadono insieme. E ancora; solo entro una cultura assiale è possibile comprendere la forza "critica" e la continua riflessione della giustizia sul diritto, riflessione intesa come forza propulsiva che continuamente va alla radice del problema del diritto e della sua operazionalizzazione/implementazione. Si spiega così come è possibile l'infinito in(s)contro tra diritto e giustizia, tra due universi simbolici distinti, ma inestricabili.

La giustizia è cultura che pone in "immagini" gli ideali, mai empiricamente realizzabili e solo avvicinabili della "decisione" responsabile caso per caso, individuo per individuo, singolarità per singolarità: *honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Tale "idea" trascende l'immanenza dell'operare del diritto, ma lo "informa", o almeno lo "tortura" dall'interno, richiamandolo costantemente ad eccedersi. Che anche la giustizia abbia una storia, cioè che la sua cultura vari, è evidente⁹. Ma proprio essa, almeno quella Occidentale, mostra la continua creazione di simbologie, significati, teorie, fondazioni, volte a dare un significato al Diritto. L'insieme di queste culture della giustizia, la loro variabilità e – insieme – il loro riferirsi a una esperienza simile di discernimento "equilibrato" (eguale) di fronte a conflitti, ci parlano di una esperienza culturale fondamentale. La cultura della giustizia rappresenta dunque quella memoria che serve a ordinare il problema del giudizio davanti ad azioni/esperienze sempre possibili altrimenti. Memoria che, pur cambiando nel tempo, deve rimanere *coerente* alla sua origine/fine di cultura ordinativa. Memoria che oggi racconta della storia occidentale, ma

⁷³ Il tema della civiltà assiale, interpretato da Karl Jaspers e intuito da Max Weber, come momento originale della cultura occidentale, è di straordinaria rilevanza culturale e qui non possiamo che accennarne la rilevanza per la cultura del diritto. In ogni caso come introduzione si vedano: Eisenstadt (2011); Arnason et alii (2004).

⁷⁴ Di estremo interesse comparativo è il lavoro di Jullien (2011; 2016) sulla antica cultura e il pensiero europeo. Sarebbe molto rilevante osservare le differenze tra un mondo europeo dove il pensiero sembra procedere per distinzione discrete a uno cinese che pare svilupparsi per un continuum analogico. Allo stesso tempo, però, pur nella differenza si danno esperienze del "giusto" comparabili. Per questo di veda: <http://sinosfere.com/2020/10/25/michele-mannoni-metafore-di-justizia-e-ingiustizia-nella-semiosfera-cinese/>. Va ricordato che Jaspers include la civiltà cinese in quelle che avevano vissuto la catastrofe assiale.

⁷⁵ La bibliografia è sterminata. Si veda solo: Prodi (2000).

possibile di globalizzazione, di inclusioni crescenti nella società dei liberi ed eguali. Memoria che attraverso l'immanenza del diritto, il suo operare quotidiano, la sua funzione di legare il tempo, non permette che tutto possa accadere senza conseguenze. Non tutto ciò che è possibile, "deve" realizzarsi, senza che almeno un giudizio sia stato dato: questo l'imperativo del diritto. La giustizia di tale giudizio è l'auto-critica del diritto. In tal senso la giustizia (giuridica) è "sempre" ricostruita dall'interno del diritto, mai importabile "immediatamente" da un suo esterno, sempre riferita a un trattamento "eguale" di casi uguali, sempre con l'obiettivo di trovare "coerenza" nel decidere quali diritti e/o torti attribuire. Simultaneamente, però, tale memoria non è solo una creazione interna del diritto, bensì una "immagine", una "analogia", che viene generata attraverso le comunicazioni sociali, particolarmente dove si osserva uno scandalo, la delusione cocente e traumatica di un'aspettativa; quando cioè un "No" mette in crisi una struttura di aspettative che si riferiscono a particolari situazioni. E questo può accadere ovunque. Non è un caso che lo stesso Luhmann ricordi l'emergere, in situazioni particolari, di competenze speciali accanto alla Giustizia, come quelle della *aequitas* e della *clementia* (Luhmann, 2012, 207). Questa può già essere una soluzione responsiva della complessità del diritto. Il diritto, come forma culturale, è *salvato* soltanto attraverso l'infinita critica dei suoi fondamenti e valori che, nel tempo, vengono corrosi da ideali di giustizia cangianti. La salvezza del diritto, come universo di significato, è trovata nel suo operare che si confronta con un esterno reale che però è solo ricostruito dall'interno: la giustizia, una trascendenza immanente. Di nuovo con le parole di Cacciari si manifesta lo scontro tra questi dissonanti sfere di significato:

Riconoscere le ragioni epocali che caratterizzano questa tensione può tuttavia condurre a vedere come la dimensione del Diritto non sia concepibile al di fuori della sua inesauribile e inconcludibile "sete" di Giustizia, e come questa, a sua volta, non possa manifestarsi che attraverso la continua riattivazione, all'interno dei *giudizi* in cui si esprime, di una Themis "al di là" della lettera del Nomos, nel costante riferimento a Principi che lo *scritto* può indicare solo balbettando (Cacciari 2019, 105-106).

Ma di questa Themis potrà darsi solo un patetico e metaforico "anelito" o sarà possibile davvero immaginarne analogie, mai definitive, e sempre ironicamente in attesa non tanto di un'altra Giustizia, quanto di una giustizia Altra¹⁰?

Oltre all'immanenza del diritto e alla (auto)trascendenza della Giustizia, si presenta sulla scena un terzo protagonista di questa lotta che la teoria di

¹⁰ Sulla differenza tra un mero anelito "metaforico" e una possibile ironia "analogica", capace di rimandare a qualcosa di Altro che ecceda il circuito comunicativo di cui è fatta la realtà sociale e le sue "rappresentazioni di realtà", rimando a Cacciari 2022).

Teubner non contempla: “Amore”, *Caritas*, *Cháris*, *Gratia*. Occorre distinguere Giustizia e Amore pur nella loro reciproca relazione generativa (Boltanski 1990). Con Ricoeur¹¹ diremo che Giustizia argomenta, è proporzionale, basata sulla logica dell’equivalenza, dell’eguaglianza, della ripartizione, del rendere a ciascuno il suo; Amore invece non argomenta, afferma; è sproporzionato, basato sulla logica della differenza, della eccedenza particolaristica, del dare di più di quel che è dovuto, della supererogazione. D’altronde il comandamento d’amare il nemico-prossimo, di fare il bene senza sperare alcun *ritorno*, non è pura decostruzione della prudentissima e giustissima Regola aurea, perfetta formula di reciprocità generalizzata? Così quell’infinità della Giustizia che seguendo Derrida prende le qualifiche dell’Incondizionalità, andrebbe invece ricondotta a un principio diverso e del tutto “incongruo” a differenza della coerenza della Giustizia con la sua memoria operativa. Non è infatti da “*amor*” che si si aspetta il “trattamento” della singolarità, individualità assoluta? Non è forse vero che nessuna persona vuole essere considerata “uguale” alle altre? Non è forse vero che Amore vuole trascendere anche la logica del riconoscimento, liberandosi da essa per aprirsi al perfetto dono? Ma, se possibile, che comunicazione si dà ora tra Giustizia e amore? Non certo di sostituzione. Così si tornerebbe alla loro confusione e a chiedere alla Giustizia ciò che non le si può chiedere: essa solo può dare a ciascuno il suo, calcolandolo per mezzo di *metra* generali, formule di equivalenza (sotto certi rispetti) e di bilanciamento¹². E neppure di compensazione, come se dopo la Giustizia occorresse un supplemento di Amore. Ma come tradurlo nel diritto? Il dispositivo più antico che somiglia a ciò è il potere di Grazia che però appunto si situa al confine logico del diritto, sul suo estremo limitare con una terra incognita, e che viene attribuita da ruoli sociali di vertice rappresentanti del Tutto sociale e per casi singoli, non generalizzabili: soprattutto, viene amministrato al di fuori delle normali logiche della Giustizia. La Grazia non può che apparire “ingiusta” agli occhi (bendati) della Giustizia.

Forse però si potrebbe fare dell’Amore la sovversione della Giustizia, la Trascendenza(esterna) della trascendenza(interna): amore come immunizzazione della Giustizia dal suo volere essere “valore” ultimo. Così, e solo così, la Giustizia verrebbe dis-orientata sia dal “condizionalismo” (nelle diverse forme dell’utilitarismo, contrattualismo, welfarismo, etc.) sia dall’incondizionalismo che, in modo latente, sempre la tentano. Forse questa nuova Giustizia “appresenterebbe”, senza mai rappresentare pienamente, il vincolo latente della società: il segreto del mutuo indebitamento di ciascuno differente ma-in-comunione con altri. Questa è la base ingiustificabile della

⁷⁷ Paul Ricoeur si è occupato della Giustizia in molte occasioni. Ricordiamo solo: Ricoeur (1995; 2002; 2006).

⁷⁸ Questo l’insegnamento di Schauer (2006) che dimostra come, senza riferimenti al “generale”, non sia possibile fare giustizia come sognerebbero invece gli “incondizionalisti”.

comunicazione: che occorra comunicare per compensare la chiusura autopoietica dei sistemi psichici. Così l'Amore sovvertirebbe la Giustizia – nel suo ordine storico, dato, contingente – con-vertendola al continuo riconoscimento del muto debito, letteralmente insolubile/ingiustificabile/non-reciprocabile che ci rende inseparabili e simultaneamente perfettamente singoli e distinti: persone cui nessuna Giustizia potrà mai restituire ciò che manca e che, proprio perciò, rende necessaria la comunicazione e la società. Debito positivo, costituente, istitutivo, della relazione. Proprio qui, nella sovversione tra Amore e Giustizia, si mostra il dispositivo immunitario non escludente di cui stiamo argomentando. Proprio quando la Giustizia appare chiaramente impossibilitata a rendere a ciascuno il suo, pur venendo chiamata “in causa”; quando la sua funzione di formula di contingenza del diritto, pur operante, mostra i suoi limiti; quando “scandalosamente” il suo fallimento ne richiama drammaticamente la necessità; proprio allora l'autopoesi del diritto entra in contraddizione non trovando alcuna struttura che permetta alla sua comunicazione di proseguire. Di fronte a una possibile catastrofe del diritto – si pensi per esempio a una sentenza che dia a qualcuno (al genitore di un figlio ucciso violentemente) il “suo” (garantendo una pena al responsabile del delitto), senza però poter appunto “restituire” la vita del figlio ai genitori – la Giustizia rimane assolutamente inadeguata e, per così dire, silente. Certo, Giustizia “del” diritto magari è fatta (essendo la pena adeguata al “caso”); ma dove sta la Giustizia, quella che risponde ai genitori della perdita (e dell'impossibile) ritorno del figlio? Qui vi sono solo tre interpretazioni, le prime due simmetriche, la terza eccedente:

1) il diritto continua la sua autopoesi usuale, riferendo la sentenza (operazione) alle sue strutture di aspettative, anche se così facendo non è più riconoscibile alcuna vera Giustizia (e il problema sarà come far sì che, socialmente, venga assorbita la delusione!);

2) il diritto, di fronte ad aspettative di giustizia ritenute inaccettabili, non riesce a operare alcuna connessione ad aspettative; entra in contraddizione e produce un conflitto che cambia la struttura di aspettativa stessa, adeguando la pena (quindi il senso di Giustizia);

3) il diritto, in ogni caso mostra di non poter fare Giustizia, proprio perché qualsiasi sentenza venga emessa, il figlio non tornerà. A quel punto e a prescindere dalla sentenza, i genitori non possono che cercare Giustizia fuori “dal” diritto: o attraverso la vendetta personale (il che esporrebbe il sistema sociale direttamente alla violenza e al fallimento del meccanismo immunitario); o attraverso il per-dono, cioè una struttura di senso eccedente ogni struttura di aspettativa del diritto. In entrambi i casi la società non si immunizza “sentendo” i limiti del diritto senza riuscire a costruire una regola che possa generalizzare una reazione al caso. Potremmo dire con Roberto Esposito che nel primo caso la società torna ad aspettative di reciprocità negativa (la vendetta), mettendo in serio pericolo la sua riproduzione comunicativa; nel

secondo invece attiva una riproduzione estremamente problematica, perché senza “misura”, equilibrio, contraccambio, quindi difficilmente replicabile come struttura: una vera e propria contro-struttura, una *Communitas* à la Turner. È possibile una società senza diritto e senza l’istituzione degli altri sottosistemi, solo amorevolmente riprodotta? Sarebbe certamente una società utopica. Una società letteralmente “giustificata” da nulla dove solo l’amore del perdono, in modo supererogatorio e incalcolabile, riesce a motivare la continuazione della comunicazione.

Così, infine, può essere interpretato un altro topos classico del conflitto diritto-giustizia: Antigone (Cacciari 2007; Bauchau 1999). Nella tragedia di Sofocle si scontrano due *logoi* completamente “autoreferenziali” e intraducibili: la Legge di Creonte, basata sulla “sacralizzazione” della Polis in quanto fondata divinamente e la Legge di Antigone, *Dike* eterna e increata, che sta prima degli Dei, degli *idola* e che abita la latenza dell’Impenetrabile Ade. Entrambe sciolgono peccaminosamente il legame con l’Altro, con la Trans-immanenza. Sebbene il Coro, Tiresia ed Emone, avesse provato a convincere Creonte a rivedere la sua posizione “di diritto” e quindi a concedere Grazia (per fare giustizia!), egli rimane tutto entro il suo tempo “bloccato”, incapace di *amare* le ragioni dell’Altro e di lasciarlo a-venire. Di nessun perdono egli è capace e quindi di nessun futuro egli è “padre”; di nessuna *euphronēin* giuridica è davvero prot-agonista. E, davvero, non può perché è assolutamente incapace di ascoltare con Amore, la Latenza che Antigone richiama alla memoria. L’Indisponibile fondamento di quella Giustizia – dei “vivi-e-dei-morti” – che rende possibile la simultanea e perenne revisione del diritto *et* dei criteri di giustizia umana. Allo stesso tempo, tragicamente, Antigone non riesce a “sviluppare”, generalizzare, quella *Philia* originaria, Amore per il fratello, che in lei si presenta solo come amore auto-*delphica*. Questo Amore che solo potrebbe – rimandando alla memoria del passato e alla promessa che impegna il futuro – fare Giustizia, rimane in Antigone solo a sé riferita, autoreferenziale, chiusa, quasi “incestuosa”. Così Antigone, nella sua terribile “dismisura”, somiglia ed è simultaneamente, completamente dissimile a un’altra figura della civiltà occidentale, Maria di Nazareth¹³. Ma se questa, rinunciando a sé stessa e accettando il messaggio/dono

⁷⁹ Lo stesso Luhmann vede nella figura di Maria un potenziale problema per la Chiesa Cattolica e la sua teologia. Pare che il problema derivi dal fatto che – nella cultura popolare – Maria è fin troppo “motivabile” quando le si chiede *gratia*: intercede troppo, inflazionando la misericordia a danno della giustizia (Luhmann, 2014, 207, n. 39; Luhmann 2014, 230). D’altronde la stessa teologia cattolica (e non solo) ha dovuto nei secoli continuamente sforzarsi di “limitare” il culto mariano e le sue sempre possibili deviazioni dogmatiche. La funzione di Maria è comunque canonizzata per i cristiani, e presentata come la «Madre della misericordia», la «Speranza dei disperati», la «Regina dei miseri», la «Mediatrice di tutte le grazie», il «*Refugium peccatorum*» vivente. Il rapporto con la Giustizia non può che essere sempre “inquieto”: una inquietudine che riguarda il rapporto tra la Madre e il Figlio, ma anche tra il Figlio e il Padre.

dell'Angelo (l'Altro), può donare la Vita – facendosi *medium* tra trascendenza e immanenza, Antigone può solo donare la Morte, in *memoriam*, al fratello. Le due figure di donna significano nella loro perfetta dis-simiglianza il dramma della Giustizia sulla terra. Solo una vera mediazione può far comunicare giustizia e diritto, trans-immanentizzandoli. Mediazione che è l'opposto di mercanteggiamento: è lasciar-spazio/tempo a che la Trascendenza (Giustizia) si faccia carne (diritto) che si riorienta alla giustizia. Così il diritto verrà giustificato dalla Giustizia – sua letterale sovversione (porre il sotto, sopra) – e questa verrà “orientata-significata” dall'Amore – a sua volta sovversione della Giustizia.

Duplici auto-sovversione, auto-decostruzione ed etero-ricostruzione: vero donare-ricevere-contraccambiare che non confonde i protagonisti, ma li pone in relazione di pieno riconoscimento “e” di piena distinzione. Ma la stessa misericordia, la *Gratia* che “nulla misura e tutto concede”, può diventare per la società un problema proprio perché non costruisce *metra* equilibrati. Ancora Luhmann, in un passaggio particolarmente rilevante per quanto sto argomentando, contrappone il diavolo come rappresentante di un ordine umano comunque basato sullo scambio (e, ricorda Luhmann, Marx e Adorno se la prenderanno con lui per questo: egli è un difensore della cosmologia data!), a Maria «troppo caotica, che spinge Dio in direzione dell'*ad hoc-crazia*» (Luhmann, 1992, 207 e nota). Questo strano (dis)ordine fatto di “casi” senza regole, rappresenta un *fil rouge* nella tradizione cattolica che, in determinati momenti, verrà concepita come “redenzione” dal diritto, come «delivering us from...the Severity, Justice and Curse of the Law» (Reynolds, 1971, 422).

Forse si potrebbe dire che attraverso la Giustizia il diritto si auto-immunizza. Le aspettative di Giustizia (irraggiungibili) operano come sistema di allarme per un diritto (sempre) ingiusto. Allarmano il sistema del diritto rispetto a dogmatiche, giurisprudenze e sentenze ingiuste, contingenti, storicamente date, transeunti. Creano un conflitto tra il diritto e sé stesso a cui solo il diritto può rispondere. In tal senso “potenzializzano” il diritto vigente, “rimandandolo” ad altri criteri e misure, sovvertendone continuamente le strutture d'aspettative. Ogni grande cambiamento nel diritto è stato spinto da scandali, contraddizioni, conflitti che ne hanno sovvertito la struttura d'aspettative. Si pensi solo al “lungo romanzo” delle battaglie per i diritti civili e umani di qualsiasi tipo di minoranza. Spesso in quei casi le sentenze di “rottura” sovvertono letteralmente il diritto, ponendolo in conflitto con sé stesso e trovando nuove soluzioni, dentro al diritto. In questi casi le icone della Giustizia costringono le strutture del diritto ad aprirsi alla novità e, perciò stesso, a rispondere al pericolo che il diritto si chiuda in modo disfunzionale alla sua stessa autopoesi. La Giustizia è perciò spesso anti-strutturale e auto-immunizza il diritto dalla inadeguatezza della stasi e del dogmatismo.

Allo stesso modo, le aspettative supererogatorie dell'Amore e della Grazia, avvertono quelle della Giustizia che nessuna "misura" potrà mai rendere a ciascuno il suo. Proprio l'amore, questa aspettativa di eccedenza comunicativa che rifiuta qualsiasi corrispettivo, bilanciamento, ricambio, addirittura alcuna risposta, immunizza la società (e il diritto della società) dai pericoli della "simmetrizzazione", del *do ut des*, del calcolo compensatorio che esprime la perfettissima Legge del taglione:

²⁴Occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, ²⁵scottatura per scottatura, ferita per ferita, contusione per contusione. ²⁶Se uno colpisce l'occhio del suo schiavo o l'occhio della sua schiava e glielo fa perdere, li lascerà andare liberi in compenso dell'occhio perduto. ²⁷Se fa cadere un dente al suo schiavo o un dente alla sua schiava, li lascerà andare liberi in compenso del dente perduto (Esodo 21,24-27).

L'amore sovverte ogni struttura di aspettativa procedendo comunque senza attendersi letteralmente nulla. Non a caso l'idea di una società perfetta basata sul solo amore è un potente antidoto contro ogni strutturazione sociale (Prandini 2000), una sorta di *communitas perfecta* dove ognuno agisce non perché gli sia richiesto da un qualche ruolo, ma perché anticipa proprio la richiesta. Una comunità senza diritto e senza immunità! E neppure è un caso se le rappresentazioni letterarie di questa società ci appaiono sempre un po' perturbanti in quanto sovvertono ogni nostra aspettativa a partire dalla necessità della comunicazione tra esseri! Infine, non è sottovalutabile che quelle comunità perfette ci sembrino possibili solo fuori dal tempo e tendenzialmente non soggette a cambiamento. Nell'ordine perfetto dell'amore nulla può cambiare e il tempo è fermo: da qui l'inutilità di strutture di aspettative. Se così è, se solamente la comunità "integrata" dall'Amore, comunità senza bisogno di immunità, è logicamente la soluzione alla aporia tra apertura e chiusura, tra incondizionale e condizionale, allora si capisce anche come questa sia pura immagine a-venire. Chi volesse realizzarla nel tempo, ricadrebbe immediatamente nel paradosso di voler risolvere le necessarie distinzioni in unità; di voler abolire i confini immunitari che danno identità; di volersi immunizzare dall'immunizzazione, per abolire la distinzione tra *Self* e *non Self*. E deriverebbe qualcosa di Ab-soluto, totalmente immune da Altro, identico a Sé stesso. Ricorderebbe Dama Galadriel con a disposizione l'Anello, nella saga di Tolkien: «Ed io non sarò oscura, ma bella e terribile come la Mattina e la Notte! Splendida come il Mare ed il Sole e la Neve sulla Montagna! Temuta come i Fulmini e la Tempesta! Più forte delle fondamenta della terra. Tutti mi ameranno, disperandosi!» (Tolkien, Vol. 1, 2003, 453). O come avrebbero scritto qualche anno dopo Horkheimer e Adorno – rispetto a quell'illuminismo totalitario che attraverso un Logos calcolante cerca continuamente di annichilire il suo Altro, il suo resto non razionalizzabile: una terra

del tutto illuminata, un sistema che vuole sapersi senza più farsi irritare dal suo Altro «splende all'insegna di trionfale sventura» (1976, 11).

5.3 *Ende. Choreografie del possibile e dell'irrealizzabile*

Il sistema continuamente seleziona e rimanda a un contesto di potenzialità non attuate. Una parte di queste potenzialità rimane visibile, ma continuamente si ricompone uno sfondo invisibile di altre possibilità latenti. La logica del rimando è di per sé critica e potenzializzante in quanto ri-apre continuamente possibilità che problematizzano la realtà attuale, ciò che appare ora. Continuamente il rimando richiama a dei No che smentiscono dei Si, lascia trasparire dei negativi virtuali che virtualizzano l'attualità. In tal senso lo sfondo potenziale è il risvolto esterno del reale che continuamente viene richiamato dall'interno (l'attuale) e che ne co-costituisce l'identità (resa invisibile). È in questo continuo gioco di rimandi, di scontri tra Sì e No, tra ordini e conflitti, che il sistema si immunizza dalle minacce esterne, e soprattutto dalla minaccia interna più subdola: la sua strutturazione anelastica e insensibile all'alterità. Il sistema necessita continuamente di "sensibilità" capillari che gli indichino contraddizioni trasformandole in irritazioni utili al suo continuo cambiamento. Ma a cosa il sistema è "sensibile" se è autoreferenziale? Non è questa una ulteriore contraddizione? Qui entra un'ultima irritazione teorica che proviene da Giorgio Agamben (2022). La risposta potrebbe essere: un sistema è sensibile alla sua capacità di essere sensibile. Sente Sé stesso che sente che qualcosa non è Sé stesso; e sente Sé stesso proprio sentendo qualcosa che lo irrita, ma non direttamente. Può essere irritato solo da Sé stesso, mediante le sue strutture, le sue peculiari e specifiche "sensibilità". Ciò che è "là fuori" può solo immaginarlo come qualcosa che non è rappresentabile e che rimane una icona del possibile sempre adveniente. Ma su questo punto, che Agamben elabora intrecciando Kant a Heidegger, non possiamo fermarci.

Nella sua ultima ricerca Agamben vuole smontare e sovvertire la macchina ontologico-politica che ha generato l'Occidente, per riaprirne le possibilità latenti di de-istituzione di ogni "attualità". Nei termini che abbiamo sviluppato in questo saggio, potremmo dire che vuole destrutturare i processi di strutturazione che nascondono la vera realtà potenziale dei sistemi. Vuole immunizzare il sistema dalla sua immunizzazione mortifera e nichilista, riaprendo a processi di co-immunità (nei termini di Esposito). Vuole rimettere in gioco le strutture che tendono a chiudersi per riaprirle al possibile. Per farlo, secondo Agamben, deve letteralmente decostruire la distinzione tra potenza/atto cui conseguono quelle di essenza/esistenza e possibile/reale. La decostruzione genealogica di quella ontologia fa perno su una concezione "non modale" della possibilità, dove il possibile è il reale. Come categoria

modale la possibilità significa il *non ancora* reale (*wirklich*) il *non mai* necessario: ciò che è soltanto possibile e, per questo, che è ontologicamente inferiore alla realtà che si attua (Agamben 2022, 77). Se però così fosse, allora, la “Realtà” si darebbe solo come auto-superamento e perdita di sé: il Reale non sarebbe altro che un infinito processo di perdita di successive “realizzazioni” – tutte superabili – che si manifestano come la più pura negazione del Reale. Il Reale, in quanto mera “attualità” sarebbe qualcosa di sempre mancante per cui la sua realizzazione finale non sarebbe altro, paradossalmente, che realizzazione della realizzazione: il Sapere assoluto di Hegel che si autosupera continuamente fino a che non ha consumato ogni attualità.

Che questa partizione del Reale in *dynamis* ed *energeia* stia a fondamento di tutto il pensiero Occidentale – come passaggio dal niente all’ente (e viceversa), come infinito ἀσύμπτωτος (impossibilità di sintesi tra Reale e realtà) – e che giustifichi la logica della Scienza come processo infinito di congetture e confutazioni; della tecnologia come riduzione funzionante della complessità sempre da perfezionare di nuovo e anche come gestione politica del futuro da prevedere, è evidente. La distinzione stessa che fonda l’Umano per differenza dall’animale (e dall’angelico), narra della stessa logica. Solo in quanto esseri umani capaci di “sgravarci” e liberarci dall’immediatezza ingombrante della realtà, proiettando il possibile nell’orizzonte di un futuro sempre aperto (Agamben 2002) e imprevedibile: solo per questo è necessario istituire la politica come arte del governo del possibile.

Secondo Agamben questa distinzione tra reale/possibile, così concepiti, è il problema da deistituire. Ciò che conta ora è esattamente il possibile come “irrealizzabile”, come ciò che non è mai “dato”: «Occorre cessare di pensare il possibile e il reale come le due parti funzionalmente connesse di un sistema che possiamo chiamare la macchina ontologico-politica dell’Occidente. La possibilità non è qualcosa che deve, passando all’atto, realizzarsi: essa è, al contrario, l’assolutamente irrealizzabile, la cui in sé compiuta realtà agisce sull’accadere storico che si è pietrificato nei fatti come un termine (*Ende*), cioè spezzandolo e annichilendolo» (Agamben 2022, 15). Questa possibilità è una istanza reale, non attuale, assolutamente “deistituente”. E, come ricorda Agamben «si definisce deistituente una potenza che non si lascia mai realizzare in un potere costituito» (*Ibid.*).

Gli esempi che Agamben porta di questo “reale non attuale e irrealizzabile” sono molto rilevanti per la nostra ricerca. Il primo riprende la famosa “deistituzione” della realizzazione della Legge ad opera delle “opere”, elaborata da San Paolo. L’idea che si possa “realizzare” la Legge dei comandi attraverso le opere – che a loro volta sono la realizzazione di progetti ideali – non può mai pro-durre davvero Giustizia. Si viene infatti “giustificati” non perché si compiono gli ordini della Legge – perché si attuano comportamenti “retti” – ma solo per *gratia* divina e *sola fide*. A cambiare il rapporto con la Legge (la *Torah*) è l’evento messianico. Rispetto alla legge, esso opera una

inversione della usuale gerarchia tra atto e potenza che privilegia il primo: il compimento della Legge ne disattiva l'*energeia* e rende inoperanti i suoi comandamenti. Questa *katargesis* – abolizione – non è però distruzione, bensì “fine” e “compimento” del suo aspetto normativo, la sua disattivazione che permette davvero alla fede di diventare il reale della Legge e non il suo sempre possibile realizzabile. L’avvento del Messia è perciò fine della Legge in quanto *nomos ton entolon* (Legge dei comandi) e telos immanente della legge della fede in quanto *nomos pisteos*. D’altra parte, nel Regno non ci sarà bisogno più di alcuna Legge da realizzare mediante opere umane, perché quel Reale è umanamente irrealizzabile: è la verità della Legge di Dio. Proprio in quanto irrealizzabile in Terra, quel Regno, irrita l’immanenza dell’operare del sistema.

Qui Agamben incrocia il secondo esempio, tratto dalle riflessioni di Walter Benjamin nel famoso *Frammento teologico-politico*. Il problema è quello del rapporto tra l’ordine profano – quello che marxianamente sarebbe stato inteso come ordine nuovo – e il Regno, fra la storia così come si attua e il messianico nella sua reale irrealizzabilità. Scrive Benjamin (1977, 203) che «Il regno di Dio non è il *telos* della *dynamis* messianica; esso non può essere posto come scopo. Da un punto di vista storico, esso non è lo scopo (*Ziel*), ma termine (*Ende*). Per questo l’ordine del profano non può essere costruito sul pensiero del Regno di Dio, per questo la Teocrazia non ha alcun senso politico, ma solo un senso religioso». Così allora, vale anche per il concetto marxiano di società senza classi che, come recita la XVIII tesi sulla filosofia della storia, ne è la secolarizzazione. Entrambi non sono qualcosa «che possa essere mai posto come fine di una azione politica ed essere “realizzato” attraverso una rivoluzione o una trasformazione storica» (Agamben 2022, 14).

Non solo nessuna Giustizia, Regno o Comunismo sono davvero realizzabili mediante l’operare dei sistemi. Il punto è molto più profondo. La loro forza sta proprio nella loro debolezza operativa: in una “astenia” delle opere che sempre qualcuno vuole attuare per realizzarle la trascendenza nell’immanenza. Queste potenze, invece, per poter mantenere attiva la loro propria realtà, devono poter irritare l’attualità dei sistemi rimanendo per essi irrealizzabili. Ciò non significa che siano inefficaci o privi di significato sul piano storico. Sono due ordini di realtà che non possono mai davvero incontrarsi, ma la cui vera e propria “opposizione”, “scontro”, produce una vera comunicazione che indica un possibile e silenzioso approssimarsi di Altro. Questo strano “sentimento” che pervade l’attuale operare dei sistemi, con le loro operazioni comunicative immanenti e autoreferenziali, rimanda continuamente a un “fuori-altro” inaccessibile, ma ben presente nelle sue conseguenze irritanti. Il sistema s’immunizza continuamente dalla sua volontà di potenza strutturante – del suo voler realizzare Regni, comunismi, totalità identitarie – sentendo(si) alterato da qualcosa che “avviene”: *contigit*. In tal senso ogni sistema è co-immunitario: il rimando ad Altro lo costituisce,

protegge e riproduce come sempre necessitato a scontrarsi con eventi pericolosi, integrando nel Sé le irritazioni del non Sé trasformandole e trasformandosi continuamente.

Riferimenti bibliografici

- Abelshauer W. (2003), *Kulturkampf: Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Kadmos, Berlin.
- Abelshauer W. et al. (2012) (a cura di), *Kulturen der Weltwirtschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- Abizadeh A. (2012), *On the Demos and its Kin: Nationalism, Democracy, and the Boundary Problem*, «American Political Science Review», 106, 867-882.
- Ackerman B.A. (2000), *We the People: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge, Mass..
- Adorno T.W. (2015 [1951]), *Minima Moralia: Meditazioni sulla vita offesa*, Einaudi, Torino.
- Adorno T.W. (1996) *Nachgelassene Schriften Bd. 10: Probleme der Moralphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Adorno T.W. (1970 [1966]), *Dialettica negativa*, Einaudi, Torino.
- Agamben G. (2009), “K”, in Agamben G., *Nudità*, Nottetempo, Milano, 26-42.
- Agamben G. (1995), *Homo Sacer*, Einaudi, Torino.
- Ahmed I. et al. (2012), *Assessment of Publication Bias, Selection Bias, and Unavailable Data in Meta-analyses Using Individual Participant Data: a Database Survey*, «British Medical Journal», 344, d7762.
- Albert H. (1968), “Das Problem der Begründung”, in Albert H., *Traktat über kritische Vernunft*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Alexander J. (2018), *Trauma: La rappresentazione sociale del dolore*, Meltemi, Roma.
- Alexander J. (2006a), “Cultural Pragmatics. Social Performance between Ritual and Strategy”, in Alexander J., Gioesen B., Mast J, (a cura di), *Social Performance. Symbolic Actin, Cultural Pragmatics, and Ritual*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Alexander J. (2006b), *La costruzione del male*, il Mulino, Bologna.
- Alexander J. (2003), *The Meaning of Social Life. A Cultural Sociology*, Oxford University Press, New York.
- Alexy R. (2003), *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, «Ratio Juris», 16, 433-449.
- Alexy R. (2002), “Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, in Alexy R. et al. (a cura di), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, De Gruyter, Berlin.

- Amstutz M., Karavas V. (2006), *Rechtsmutation: Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum*, «Rechtsgeschichte», 8, 14-32.
- Andersen N.A., Pors J. (2016), *Il welfare delle potenzialità*, Mimesis, Milano-Udine.
- Andersen N.A., Stenner P. (2019), *Social Immune Mechanism: Luhmann and Potentialization Technologies*, «Theory Culture & Society», 37, 1-25.
- Anderson G.W. (2013), *Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 881-906.
- Applegate W.B., Furberg C.D., Byungton R.P. (1996), *The Multicenter Isradipine Diuretic Atherosclerosis Study (Midas)*, «Journal of the American Medical Association», 277, 297-298.
- Aquinas St. T. (2009 [1485]), *Summa Theologica*, Bibliobazaar works worldwide, Charleston, SC.
- Arato A. (2016), *Post Sovereign Constitution Making*, Oxford University Press, Oxford.
- Archer M. (2007), *Essere umani*, Marietti, Milano.
- Arden M. (2010), *Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe*, «Yearbook of European Law» 29, 3-20.
- Arnason J.P. et al. (a cura di) (2004), *Axial Civilizations and World History*, Brill, Leiden-Boston.
- Arendt H. (1964), *Vita activa*, Bompiani, Milano.
- Atlan H. (1993), *Enlightenment to Enlightenment: Intercritique of Science and Myth*, State University of New York Press, New York.
- Augsberg I. (2018), “Gerechtigkeit als Transzendenzformel”, in Viellechner L. (a cura di), *Verfassung ohne Staat. Gunther Teubners Verständnis von Recht und Gesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 11-35.
- Augsberg I. (2012), “Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit” in Voigt F. (a cura di), *Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion*, De Gruyter, Berlin, 65-89.
- Backer L.C. (2014), *The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century*, Working Papers Coalition for Peace & Ethics, 6, 1-27.
- Backer L.C. (2012), *The Structural Characteristics of Global Law for the 21st Century: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity*, «Tilburg Law Review», 17 (2012), 177-199.
- Baecker D. (2016), “Sociology of Media”, in Baxmann I. et al. (a cura di), *Social Media: New Masses*, Diaphanes, Zürich, 151-171.
- Bailey S., Mattei U. (2013), *Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 965-1014.
- Banakar R. (2010), *In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law*, «Law & Literature», 22, 463-490.
- Barbour V., Jocalyn C., Jones S. (2011), *Ghostwriting Revisited: New Perspectives but Few Solutions in Sight*, «PLOS Medicine», 8, e1001084.
- Barel Y. (1979), *Le paradoxe et le système*, Presse Universitaire, Grenoble.

- Barkan J. (2013), *Corporate Sovereignty: Law and Government under Capitalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- Barjiji-Kastner F. (2007), *Ohnmachtssemantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Velbruck, Weilerswist.
- Barr M.S., Miller G.P. (2006), *Global Administrative Law: The View From Basel*, «European Journal of International Law», 17, 15-46.
- Bateson G. (1978) *Verso una ecologia della mente*, Adelphi, Milano.
- Bauchau H. (1999), “La Lumière Antigone”, in Armel A. (a cura di) *Antigone*, Autrement, Paris 1999.
- Becker A., Dörter F. (2011), *The Association between a Journal's Source of Revenue and the Drug Recommendations Made in the Articles it Publishes*, «Canadian Medical Association Journal», 183, 544-548.
- Beckers A. (2015), *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law*, Hart, Oxford.
- Belvisi F. (2007), *Lo scandalo del tragico: il caso dei “ticking bomb”*, «Ragion Pratica», 29, 399-411.
- Benjamin, W. (1977), *Gesammelte Schriften*, b. II, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Besson S. (2009), “Whose Constitution(s)? International law, Constitutionalism, and Democracy”, in Dunoff J., Trachtman J. (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism. International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 381-407.
- Blumenberg H. (2010), *Teoria dell'inconcettualità*, duepuntiedizioni, Palermo.
- Bogdandy A. von, Dellavalle S. (2013), *The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective*, «Transnational Legal Theory», 4, 59-82.
- Böhm F. (1966), *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, «ORDO», 17, 75-151.
- Bohn C. (2018), *Twofold Freedom and Contingency*, «Simmel Studies», 22, 45-78.
- Boltanski L. (1990), *L'amour et la justice comme compétence*, Métailié, Paris.
- Boltanski L. (2000) *Lo spettacolo del dolore. Morale planetaria, media e politica*, Cortina, Milano.
- Boltanski L., L. Thévenot (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris.
- Bombardier C., Laine L., Reicin A. (2000), *Comparison of Upper Gastrointestinal Toxicity of Rofecoxib and Naproxen in Patients with Rheumatoid Arthritis. VIGOR Study Group*, «The New England Journal of Medicine», 343, 1520-1528.
- Bomhoff J. (2015), “The Constitution of the Conflict of Law”, in Muir Watt H., Michaels R. (a cura di), *Private International Law as Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 262-276.
- Bora A., Huber M., Mölders M. (2017), *Society, Regulation and Governance: New Modes of Shaping Social Change?* Elgar, Cheltenham.
- Bourdieu P. (1986a), “The Forms of Capital”, in Richardson J. (ed), *Handbook of Theory of Research for the Sociology of Education*, Westport, Greenwood, 46-58.
- Bourdieu P. (1986b), *La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique*, «Actes de la Recherche en Sciences Sociales», 42, 3-19.

- Brecht B. (1939), *Vorwort zu Galileo Galilei*, <http://www.ddr-hoerspiele.net/3-lp/galileo-galilei.html>.
- Bronner G. (2021), *Apocalypse Cognitive*, Puf, Paris.
- Brunckhorst H. (2014), “The Beheading of the Legislative Power: European Constitutionalisation Between Capitalism and Democracy”, in Fossum J.E., Menéndez A.J. (a cura di) *The European Union in Crises Or The European Union as Crises?* University of Oslo, Centre for European Studies, 585-611.
- Brunsson N. (2007), *The Consequences of Decision Making*, Oxford University Press, Oxford.
- Brunsson N. (2002), *The Organizaion of Hypocrisy: Talk, Decision and Action in Organizations*, Copenhagen Business School, Copenhagen.
- Buchanan J.M. (1991), *Constitutional Economics*, Blackwell, Oxford.
- Buckel S. (2007), *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Velbrück, Weilerswist.
- Bumke C. (2009), *Universitäten im Wettbewerb*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 69, 407-461.
- Cabanas E., Illouz E. (2019), *Happycracy*, Codice, Milano.
- Cacciari M. (2022), *Paradiso e naufragio*, Einaudi, Torino.
- Cacciari M. (2020), *Il lavoro dello spirito*, Adelphi, Milano.
- Cacciari M. (2019), “Destino di Dike”, in Cacciari M., Irti N. (a cura di), *Elogio del diritto*, La nave di Teseo, Milano, 65-111.
- Cacciari M. (2009) *Hamletica*, Adelphi, Milano.
- Cacciari M. (2007), “La parola che uccide”, in Sofocle, *Antigone*, Einaudi, Torino, V-XIV.
- Cacciari M. (1992), “Diritto e giustizia”, «Il Centauro», 2, 58-81.
- Cacciari M. (1991), *Dell’Inizio*, Adelphi, Milano.
- Cacciari M. (1985), *Icone della Legge*, Adelphi, Milano.
- Cafaggi F. (2011), *New Foundations of Transnational Private Regulation*, «Journal of Law and Society», 38, 20-49.
- Cahn E.N. (1949), *The Sense of Injustice*, New York University Press, New York.
- Cantarano G. (1998), *Immagini del nulla: La filosofia italiana contemporanea*, Bruno Mondadori, Milano.
- Carlin W., Soskice D. (2012), “Reforms, Macroeconomic Policy and Fiscal Stabilization Policy”, in Schettkat R., Langkau J. (a cura di), *Economic Policy Proposals for Germany and Europe*, Routledge, London.
- Castel R. (2019), *La metamorfosi della questione sociale*, Mimesis, Milano-Udine.
- Castoriadis C. (1995), *L’istituzione immaginaria della società*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Cass D.Z. (2005), *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford.
- Cevolini A. (2021), *Big Data, profezie, assicurazione: una prospettiva sociologica*, «ITHACA», XVII, 63-68.
- Cevolini A. (2007), “Erynnerung. Evoluzione e semantica del diritto arcaico”, in Cevolini A. (ed.), *Potere e modernità: Stato, Diritto, Costituzione*, FrancoAngeli, Milano.

- Chan A-W., Hróbjartsson A., Haahr M.T. (2004), *Empirical Evidence for Selective Reporting of Outcomes in Randomized Trials: Comparison of Protocols to Published Articles*, «Journal of the American Medical Association», 291, 2457-2465.
- Chase O.G. (2009), *Gestire i conflitti: Diritto, cultura, rituali*, Laterza, Roma-Bari.
- Christensen R., Fischer-Lescano A. (2007), *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Christie N. (1977), *Conflicts as Property*, «The British Journal of Criminology», 17, 1-15.
- Christodoulidis E.A. (2013), *On the politics of societal constitutionalism*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 629-664.
- Cicero M.T. (1987), *De natura deorum*, Aschendorff, Münster.
- Ciampi L. (2004), *Ein blinder Fleck bei Niklas Luhmann? Soziale Wirkungen von Emotionen aus Sicht der fraktalen Affektlogik*, «Soziale Systeme», 10, 21-29.
- Clapham A. (2006), *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford.
- Colón-Ríos J.I. (2014), *Five Conceptions of Constituent Power*, «Law Quarterly Review», 130, 306.
- Conrad D. (1965), *Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Corngold S. (a cura di) (2009), *Franz Kafka: The Office*, Writings Princeton University Press, Princeton, NJ.
- Cotta S. (1991), *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giappichelli, Torino.
- Cotterell R. (2006), *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Clarendon, Oxford.
- Cover R.M. (1983), *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*, «Harvard Law Review», 97, 4-68.
- Crouch C. (2017), *Globale Institutionen müssen Sozialstaat verwirklichen: Konsequenz aus rechten und linken Protest*, «Die Welt», 5, 5.
- Crouch C. (2012), *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo*, Laterza, Roma-Bari.
- Crouch C. (2005), *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- D'Anna V. (1996), *Il denaro e il Terzo regno. Dualismo e unità della vita nella filosofia di Georg Simmel*, Clueb, Bologna.
- Davis D.M. (2018), *The Beautiful Cure. The Revolution in Immunology and What it Means for Your Health*, University of Chicago Press, Chicago.
- De Angelis C., Drazen J.M. (2004), *Clinical Trial Registration: A Statement from the International Committee of Medical Journal Editors*, «The New England Journal of Medicine», 351, 1250-1251.
- De Kerchove M.v., Ost F. (1992), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Presses Universitaires de France, Paris.
- Deleuze G. (1990), *La piega*, Einaudi, Torino.
- De Munck J. (2016), "From Orthodox to Societal Constitutionalism", in Robé J-P. et al. (a cura di), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Ashgate, Farnham, 135-156.

- Deeg R. (2009), "The Rise of Internal Capitalist Diversity? Changing Patterns of Finance and Corporate Governance in Europe", *Economy and Society* 38, 552-579.
- Della Porta D. (2006) (a cura di), *The Global Justice Movement: Cross-national and Transnational Perspectives*, Paradigm Publishers, Boulder.
- Dennet D. (1993), *L'atteggiamento intenzionale*, il Mulino, Bologna.
- Derrida J. (2020), *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano.
- Derrida J. (2004), *Perdonare*, Cortina, Milano.
- Derrida J. (2003 [1994]), *Forza di legge*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Derrida J. (2000) *Sull'ospitalità*, Dalai, Milano.
- Derrida J. (1997), *Il segreto del nome*, Jaca Book, Milano.
- Derrida J. (1996), *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, Abramo, Catanzaro.
- Derrida J. (1995), "Fede e sapere", in Vattimo G. (a cura di), *La religione*, Laterza, Roma-Bari.
- Derrida J. (1994), *Gli spettri di Marx. Stato del debito, lavoro del lutto e nuova internazionale*, Cortina, Milano.
- Derrida J. (1996), *Donare il tempo: La moneta falsa*, Cortina, Milano.
- Dickersin K., Yuan-I Min, Meinert C.L. (1992), *Factors Influencing Publication of Research Results. Followup of Applications Submitted to two Institutional Review Boards*, «Journal of the American Medical Association», 267, 374-378.
- Donà M. (1992), *Sull'Assoluto: Per una reinterpretazione dell'idealismo hegeliano*, Einaudi, Torino.
- Donà M. (2004), *Sulla negazione*, Bompiani, Milano.
- Donati P. (2014), *Social Capital and the Added Value of Social Relations*, «Revue Internationale de Sociologie», 24, 291-308.
- Dreier H. (1993), *Dimensionen der Grundrechte: Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hennies & Zinkeisen, Hannover.
- Dreier R. (2002), *Niklas Luhmanns Rechtsbegriff*, «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 88, 305.
- Dryzek J., Niemeyer S. (2006), *Reconciling Pluralism and Consensus as Political Ideals*, «American Journal of Political Science», 50, 634.
- Dunoff J.L. (2016), "How to Avoid Regime Collisions", in Blome, K. et al. (a cura di), *Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 49-87.
- Dunoff J.L. (2011), "A New Approach to Regime Interaction", in Young M. (a cura di), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge, 136-174.
- Dupuy J-P. (1988), "Totalization and Misrecognition", in Dumouchel P. (a cura di), *Violence and Truth*, Stanford University Press, Palo Alto, CA, 75-100.
- Dürig G. (1957), "Art. 1 GG", in Dürig G., Maunz T. (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, C.H. Beck, München.
- Dürig G. (1956), "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", in Maunz T. (a cura di), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift Hans Nawiasky*, Isar, München, 157-210.
- Durkheim É. (2016 [1893]), *La divisione del lavoro sociale*, Il Saggiatore, Milano.

- Dustmann C., Fitzenberger B., Schönberg U., Spitz-Oener A. (2014), *From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy*, «Journal of Economic Perspectives», 28, 167-188.
- Easterbrook P.J., Berlin J.A., Ramana Gopalan, Matthews D.R. (1991), *Publication Bias in Clinical Research*, «The Lancet», 337, 867-872.
- Ehrenberg A. (2019), *La meccanica delle passioni*, Einaudi, Torino.
- Ehrenberg A. (2010), *La società del disagio*, Einaudi, Torino.
- Ehrenberg A. (1999), *La fatica di essere se stessi*, Einaudi, Torino.
- Eichhorst W., Weishaupt J.T. (2013), *Mit Neokorporatismus durch die Krise? Die Rolle des sozialen Dialogs in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, «Zeitschrift für Sozialreform», 59, 313-335.
- Eisenstadt S.N. (2011), *Le grandi rivoluzioni e le civiltà moderne*, Armando, Roma.
- Ellis J. (2017), *Scientific Expertise and Transnational Standards: Authority, Legitimacy, Validity*, «Transnational Legal Theory», 8, 181.
- Ellis J. (2013), *Constitutionalization of Nongovernmental Certification Programs*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 1035-1069.
- Elster J. (1998), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge.
- Esposito E. (2017) *Artificial Communication? The Production of Contingency by Algorithms*, «Zeitschrift für Soziologie», 46, 249-265.
- Esposito E. (1992), *I paradossi come distinzioni di distinzioni*, in Genovese R. (a cura di), *Figure del paradosso*, Liguori, Napoli, 245-273.
- Esposito R. (2022), *Immunità comune*, Einaudi, Torino.
- Esposito R. (2021), *Istituzione*, il Mulino, Bologna.
- Esposito R. (2020), *Pensiero istituyente*, Einaudi, Torino.
- Esposito R. (2018), *Politica e negazione*, Einaudi, Torino.
- Esposito R. (2011), *Immunitas*, Einaudi, Torino.
- Esposito R. (2010), *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Einaudi, Torino.
- Esposito R. (2007), *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impoersonale*, Einaudi, Torino.
- Esposito R. (1998), *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino.
- Esser J. (1972), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Athenäum, Frankfurt.
- Estlund D. (2008), *Introduction: Epistemic Approaches to Democracy*, «Episteme», 5, 1-4.
- Eyding D., Lelgemann M., Grouven U. (2010), *Reboxetine for Acute Treatment of Major Depression: Sytematic Review and Meta-Analysis of Published and Unpublished Placebo and Selective Serotonin Reuptake Inhibitor Controlled Trials*, «British Medical Journal», c4737.
- Fanelli D. (2010), *Do Pressures to Publish Increase Scientists' Bias? An Empirical Support from US States Data*, «PLOS ONE», 5, 1-7.
- Fassbender B. (2007), *“We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”*, in Walker N., Loughlin M. (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 269-290.

- Featherstone M., Scott L. (1995), "Globalization, Modernity and the Spatialization of Social Theory", in Featherstone M. *et al.* (a cura di), *Global Modernities*, Sage, London, 1-24.
- Febbrajo A. (2016), "Constitutionalism and Legal Pluralism", in Febbrajo A., Corsi G. (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Abingdon, 68-96.
- Feichtner I. (2015), "Verteilung in Völkerrecht und Völkerrechtswissenschaft", in Boysen S., *et al.* (a cura di), *Verfassung und Verteilung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 93-119.
- Femia P. (2018), "Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen", in Fischer-Lescano A. *et al.* (a cura di), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 343-356.
- Femia P. (2013a), "Infrasystemische Subversion", in Amstutz M., Fischer-Lescano A. (a cura di), *Kritische Systemtheorie*, transcript-Verlag, Bielefeld, 305-326.
- Femia P. (2013b), *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract*, «Law and Contemporary Problems», 76, 150-168.
- Femia P. (2011), *Against the 'Pestilential Gods': Teubner on Human Rights*, «Rechtsphilosophie & Rechtstheorie», 40, 260-274.
- Fikentscher W. (1977), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. IV., Mohr & Siebeck, Tübingen.
- Fikentscher W., Immenga U. (a cura di) (1995), *Draft International Antitrust Code*, Nomos, Baden-Baden.
- Fischer-Lescano A. (2008), *Kritik der praktischen Konkordanz*, «Kritische Justiz», 2, 166-177.
- Fischer-Lescano A. (2005), *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Velbrück, Weilerswist.
- Fischer-Lescano A., Teubner G. (2006), *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Fitzpatrick P. (1992), *The Impossibility of Popular Justice*, «Social & Legal Studies», 1, 199-215.
- Fischer-Lescano A., Teubner G. (2008), "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?", in Graber C., Burri-Nenova M. (a cura di), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: Legal Protection in a Digital Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, 17-45.
- Foerster H. von (1993), *Wissen und Gewissen*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Flink T., Simon D. (2014), *Erfolg in der Wissenschaft: Von der Ambivalenz klassischer Anerkennung und neuer Leistungsmessung*, «Leviathan», 42, 123-144.
- Flume G. (2012), "Das Modell Schweden: Kontinuität und Wandel einer Wirtschaftskultur", in Abelshausen W., Gilgen D.A., Leutzsch A. (a cura di), *Kulturen der Weltwirtschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 114-133.
- Folkers H. (2000), *Johannes mit Aristoteles ins Gespräch über die Gerechtigkeit vertieft: Epilegomena zum 12. Kamel des Niklas Luhmann*, «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 21, 61-107.
- Forde M. (1980), *The 'Ordre Public' Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions*, «The International and Comparative Law Quarterly», 29, 259-273.

- Forst R. (2012), “Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie: Zur Überwindung von drei Dogmen der politischen Theorie”, in Niesen P. (a cura di), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Campus, Frankfurt, 29-48.
- Forst R. (1999), “Die Rechtfertigung der Gerechtigkeit: Rawls’ Politischer Liberalismus und Habermas’ Diskurstheorie in der Diskussion”, in Brunkhorst H., Niesen P. (a cura di), *Das Recht der Republik. Festschrift for Ingeborg Maus*, Suhrkamp, Frankfurt, 105-168.
- Forst R. (1994), *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Forte B. (1992), *Rivelazione ed ermeneutica. Offenbarung aut re-velatio*. In: B. Forte (a cura di), *Sui sentieri dell’Uno*, Paoline, Cinisello Balsamo, 240-261.
- Foucault M. (2016), *Le parole e le cose: Un’archeologia delle scienze umane*, Rizzoli, Milano.
- Foucault M. (1993), *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino.
- Franzen M. (2011), *Breaking News: Wissenschaftliche Zeitschriften im Kampf um Aufmerksamkeit*, Nomos, Baden-Baden.
- Fuchs P. (1996), *Die archaische Second-Order-Society: Paripomena zur Konstruktion der Grenze der Gesellschaft*, «Soziale Systeme», 2, 113-130.
- Fugh-Berman A.J. (2010), *The Haunting of Medical Journals: How Ghostwriting Sold ‘HRT’*, «PLOS Medicine», 7.
- Galán A., Law S. (2016), *The Emergence of European Private Law and the Plurality of Authority*, «Transnational Legal Theory», 7, 499-523.
- Galli C. (2020), *Forme della critica*, il Mulino, Bologna.
- Galtung J. (1965), *Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm*, «Journal of Peace Research», 2, 348-397.
- Gamillscheg F. (1964), *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, «Archiv für die civilistische Praxis», 164, 385-445.
- Gardbaum S. (2003), *The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights*, «Michigan Law Review», 102, 387-459.
- Gelling L. (2013), *Negative Results Have a Value*, «Nurse Researcher», 20, 3.
- Gerstenberg O. (2000), “Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregulierung”, in Neumann U., Schulz L. (a cura di), *Verantwortung in Recht und Moral*, Steiner, Stuttgart, 141-156.
- Gesundheitswesen. Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit (2011), *Bupropion, Mirtazapin und Reboxetin zur Behandlung der Depression - A05-20C-Abschlussbericht*.
- Girard R. (2016), *Things Hidden since the Foundation of the World*, Bloomsbury, London.
- Goethe (1907), *Maximen und Reflexionen: Aphorismen und Aufzeichnungen*, Nach den Handschriften des Goethe- und Schiller-Archivs XXX.
- Goldoni M. (2014), *The Politics of Global Legal Pluralism*, «Jura Gentium», 11, 104.
- Golia A. Jr. (2019), *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralismo e responsabilità*, FrancoAngeli, Milano.
- Golia A., Teubner G. (2022), *Digital Constitution: On the Transformative Potential of Societal Constitutionalism. Symposium*, «Indiana Journal of Global Legal Studies» (in corso di pubblicazione).

- Golia, Angelo Jr, “Costituzionalismo sociale (teoria del)”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche - Aggiornamento VII*. UTET-Wolters Kluwer, Milano 2017, 217-260.
- Gondek H-D. (1994), “Gesetz, Gerechtigkeit und Verantwortung bei Levinas”, in Haverkamp A. (a cura di), *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin*, Suhrkamp, Frankfurt, 315-330.
- Goodman N. (1978), *Ways of Worldmaking*, Hackett. Indianapolis.
- Graber C. (1994), *Zwischen Geist und Geld: Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht*, Nomos, Baden-Baden.
- Grimm D. (2005a), *The Constitution in the Process of Denationalization*, «Constellations», 12, 447-463.
- Grimm D. (2005b), *Integration by Constitution*, «International Journal of Constitutional Law», 3, 191-210.
- Grossi P. (2006), *Società, diritto, Stato*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Gruber M.-C. (2018), “Fluide Zivilverfahren: Zur prozessualen Präsentation von Ermöglichungs- und Gegenrechten”, in Fischer-Lescano A. et al. (a cura di), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 227-248.
- Guibentif P. (2016), “Societal Conditions of Self-Constitution”, in Jirí Pribán (a cura di), *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, Routledge, London, 274-313.
- Guillen M., Cevolini A. (2021), *Using Risk Analytics to Prevent Accidents Before They Occur – The Future of Insurance*, «Journal of Financial Transformation», 54, 76-83.
- Griffero, T. (2010), *Atmosferologia: Estetica degli spazi emozionali*, Laterza, Roma-Bari.
- Günther G. (1976a), “Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations”, in Günther G., *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, Meiner, Hamburg.
- Günther G. (1976b), “Life as Poly-Contextuality”, in Günther G., *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, Meiner, Hamburg.
- Günther K. (2001), “Rechtsppluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem”, in Wingert L., Günther K. (a cura di) *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas*, Suhrkamp, Frankfurt, 507-538.
- Habermas J. (2013), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- Habermas J. (2012), “La crisi dell’Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell’Europa”, in Habermas J., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 33-98.
- Habermas J. (1994), “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”, in Habermas J. (a cura di), *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zu politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 293-305.
- Habermas J. (1985a), *Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien*, «Merkur», 39, 1-14.

- Habermas J. (1985b), "Law as Medium and Law as Institution", in Teubner G. (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlin, 203-220.
- Habermas J. (1973), "Wahrheitstheorien", in Fahrenbach H. (a cura di), *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Pfullingen, 211-265.
- Habermas J. (1973 [1971]), "Osservazioni propedeutiche per una teoria della competenza comunicativa", in Habermas J., Luhmann N., *Teoria della società o tecnologia sociale. Che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*, Etas, Milano, 67-94.
- Habermas J. (1969), *Protestbewegung und Hochschulreform*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Hall P.A., Soskice D. (a cura di) (2005), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, Oxford.
- Hall P.A., Thelen K. (2009), *Institutional Change in Varieties of Capitalism*, «Socio-Economic Review» 7, 7-34.
- Han B.-C. (2014), *Im digitalen Panoptikum: Wir fühlen uns frei. Aber wir sind es nicht*, «Der Spiegel», 2.
- Hardt M., Negri A. (2010), *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Segrate.
- Hassel A. (2014), *Adjustments in the Eurozone: Varieties of Capitalism and the Crisis in Southern Europe*, «LEQS» Paper No. 76.
- Hauriou M. (1986 [1933]), "La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social", in Hauriou M., *Aux sources du droit*, Bloud & Gay, Caen, 89-128.
- Hegel G.W.F. (2004), *Scienza della logica*, Laterza, Roma-Bari.
- Hegel G.W.F. (1987 [1820]), *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, Laterza, Roma-Bari.
- Heider F. (1926), *Ding und Medium*, «Symposium», 1, 109-137.
- Hensel I., Teubner G. (2022), "Matrix Reloaded: Critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del publication bias", in questo libro.
- Herberg M. (2011), "Bringing Professions Back In: A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society", in Joerges C., Falke J. (a cura di), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Hart, Oxford, 107-129.
- Hesse K. (1999), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg.
- Hirschl R. (2004), *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Höffe O. (2005), "Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung", in Ruloff D. et al. (a cura di), *Welche Weltordnung?* Rüegger, Zürich, 33-53.
- Holmes P. (2014), *The Politics of Law and the Law of Politics: The Political Paradoxes of Transnational Constitutionalism*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 21, 553-583.
- Honneth A. (2000), *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Horkheimer M., Adorno T.W. (1976), *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino.

- Horst J. (2018), "Gerechtigkeit als dialektischer Vollzug: Das Programm eines Rechts der Gegenrechte", in Fischer-Lescano A. *et al.* (a cura di), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 249-276.
- Horst J. (2015), *Lex Financiaria: Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*, «Archiv des Völkerrechts», 53, 461.
- Horton R. (1997), *Medical Editors Trial Amnesty*, «The Lancet», 350, 756.
- Houlgate S. (2006), *The Opening of Hegel's Logic: From Being to Infinity*, Purdue University Press, West Lafayette.
- Howse R., Nicolaidis, K. (2003), *Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?*, «Governance», 16, 73-94.
- Huntington S.P. (1993), *The Clash of Civilizations*, «Foreign Affairs», 72, 22-49.
- Hutter M., Teubner G. (2000), "Homo oeconomicus and homo juridicus: Communicative Fictions?", in Baums T. *et al.* (a cura di), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law: Liber Amicorum Richard M Buxbaum*, Kluwer, Den Haag, 569-584.
- Ibsen H. (1994), *Die Wildente*, Reclam, Stuttgart.
- Jäger H. (1989), *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Jasanoff S. (2013), *Epistemic Subsidiarity – Coexistence, Cosmopolitanism, Constitutionalism*, «European Journal of Risk Regulation», 4, 133-141.
- Jefferson T., Jones M.A., Doshi P., Del Mar C.B., Hama R., Thompson M.J., Spencer E.A., Onakpoya I., Mahtani K.R., Nunan D., Howick J., Heneghan C.J. (2014), *Neuraminidase Inhibitors for Preventing and Treating Influenza in Healthy Adults and Children*, «Cochrane Database System Review», 10, CD008965.
- Joerges C. (2011), "A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation", in Joerges C., Falke J. (a cura di), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Hart, Oxford, 465-501.
- Johnston A., Hancké B. (2009), *Wage Inflation an Labour Unions in EMU*, «Journal of European Public Policy», 16, 601-622.
- Jull A., Chalmers I., Rodgers A.. (2002), *Clinical Trials in NZ: Does Anybody Know what's Going on?*, «NZ Medical Journal» 115(1167): U269.
- Jullien F. (2016), *Essere o vivere. Il pensiero occidentale e il pensiero cinese in venti contrasti*, Feltrinelli, Milano.
- Jullien F. (2012), *L'invenzione dell'ideale e il destino dell'Europa*, Medusa, Milano.
- Kafka F. (2017), "In galleria", in Kafka F., *Un medico di campagna*, Passigli, Firenze.
- Kafka F. (2014), *Il processo*, Torino, Einaudi.
- Kafka F. (1981), *Il messaggio dell'imperatore*, Adelphi, Milano.
- Karavas V. (2019), *Empowerment through Technology? How to Deal with Technology Options in the Liberal-democratic State: The Example of Egg Cell Preservation*, «Ancilla Iuris», https://www.anci.ch/articles/Ancilla2019_101_Karavas.pdf.
- Karavas V. (2018), *Körperversfassungsrecht: Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts*, Dike, Zürich.

- Karavas V. (2006), *Digitale Grundrechte: Zur Drittwirkung der Grundrechte im Internet*, Nomos, Baden-Baden.
- Karavas V., Teubner G. (2003), *CompanyName.Sucks.Com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*, «German Law Journal», 4, 1335-1358.
- Kelsen H. (2021 [1960]), *La dottrina pura del diritto*, 2^a ed., Einaudi, Torino.
- Kelsen H. (2000 [1960]), *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino.
- Kempton K. (2020), *Marx, Wertkritik and the Illusions of State, Politics and Law*, «Verfassungsblog», 3 March 2020, <https://verfassungsblog.de/marx-wertkritik-and-the-illusions-of-state-politics-and-law/>.
- Kennedy D. (2008), *The Mystery of Global Governance*, «Ohio Northern University Law Review», 34, 827-860.
- Kesselheim A. (2011), *Covert Pharmaceutical Promotion in Free Medical Journals*, «Canadian Medical Association Journal», 183, 534-535.
- Kiesow R.M. (2004), *Das Alphabet des Rechts*, Fischer, Frankfurt.
- Kingsbury B. (2009), «International Law as Inter-Public Law», in Richardson H.R., Williams M.S. (a cura di), *NOMOS XLIX: Moral Universalism and Pluralism*, New York University Press, New York, 167-204.
- Kirchheimer O. (1976 [1928]), «Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus», in Kirchheimer O., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Suhrkamp, Frankfurt, 32-52.
- Kjaer P.F. (2015a), *The Function of Justification in Transnational Governance*, Discussion paper, Center for Global Constitutionalism, SP, IV, 2015-808, in: <https://ssrn.com/abstract=2686228> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2686228>.
- Kjaer P.F. (2015b), «From Corporatism to Governance: Dimensions of a Theory of Intermediary Institutions», in Kjaer P.F., Harmann E. (a cura di), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 11-28.
- Kjaer P.F. (2014), *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, Routledge, London.
- Kjaer P.F. (2010), *The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space*, «Wisconsin Law Review» 2, 489.
- Klein S. (2020), *The Power of Money: Critical Theory, Democracy, and Capitalism*, «Constellations», 27, 19-35.
- Kleinlein T. (2017), *Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und im nationalen Recht*, «Deutsches Verwaltungsblatt», 132, 1072-1079.
- Kleist H. von (2020 [1810]), *Michael Kohlhaas*, Fazi, Roma.
- Klösel D. (2012), *Compliance-Richtlinien: Zum Funktionswandel des Zivilrechts im Gewährleistungsstaat*, Nomos, Baden-Baden.
- Koenig-Archibugi M. (2012), *Fuzzy Citizenship in Global Society*, «The Journal of Political Philosophy», 20, 456.
- Korth P., Teubner G. (2009), «Le due forme del pluralismo giuridico: Conflitti normativi nella doppia frammentazione della società mondiale», in Società italiana degli studiosi del diritto civile (a cura di), *Diritto comunitario e sistemi nazionali*:

- pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti». Atti del 4. Convegno Nazionale, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, 13-48.*
- Koselleck R. (2006), "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung", in Koselleck R., *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Suhrkamp, Frankfurt, 365-401. GT
- Koskeniemi M. (2012), "Hegemonic Regimes", in Young M.A. (a cura di), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge, 305-324.
- Koskeniemi M. (2009), *The Politics of International Law - 20 Years Later*, «European Journal of International Law», 20, 7-19.
- Krajewska A. (2013), *In Search of the Holy Grail of Transparent and Coherent Global Health Law*, <http://campus.hec.fr/global-transparency/wp-content/uploads/2013/10/Krajewska-Transparency-and-global-health.pdf>.
- Krause D. (1986), "Corporate Social Responsibility: Interests and Goals", in Hopt K.J., Teubner G. (a cura di), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, De Gruyter, Berlin, 95-121.
- Krimsky S. (2003), *Science in the Public Interest: Has the Lure of Profits Corrupted Biomedical Research?*, Rowman & Littlefield Publishers, New York.
- Krisch N. (2016), *Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order*, «International Journal of Constitutional Law», 14, 657-679.
- Krisch N., Kingsbury B. (2006), *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, «European Journal of International Law», 17, 1-13.
- Kumm M. (2006a), *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, «German Law Journal», 7, 341-369.
- Kumm M. (2006b), *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called*, «American Journal of Comparative Law», 54, 505-530.
- Ladeur K.-H. (2007), *Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit: In Sachen Dieter Bohlen, Maxim Biller, Caroline von Monaco u.a.*, Halem, Köln.
- Ladeur K.-H. (2004), *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Ladeur, K.-H., Viellechner L. (2008), *Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes*, «Archiv des Völkerrechts» 46, 42-73.
- Lang A. (2011), *World Trade after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*, Oxford University Press, Oxford.
- Latour B. (2000 [1999]), *Politiche della natura. Per una democrazia delle scienze*, Raffaello Cortina, Milano.
- Lenski S.-C. (2007), *Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Lévinas E. (1982), *L'au delà du sujet*, Minuit, Paris.

- Lévinas E. (1980), *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, Martinus Nijhoff; La Haye, réédition Le Livre de poche.
- Lindahl H. (2017), *Linee di frattura della globalizzazione*, Mimesis, Milano-Udine.
- Lindahl H. (2013), *We and Cyberlaw: The Spatial Unity of Constitutional Orders*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 697-730.
- Loick D. (2014), *Juridification and Politics: From the Dilemma of Juridification to the Paradoxes of Rights*, «Philosophy and Social Criticism», 40, 757-778.
- Loughlin M. (2010), "What Is Constitutionalisation?", in Dobner P., Loughlin M. (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 47-72.
- Luhmann N. (2020 [1988]), *L'economia della società*, FrancoAngeli, Milano.
- Luhmann N. (2018a), "La forma "persona"", in Luhmann N., *Che cos'è la comunicazione?* Mimesis, Milano, 131-144.
- Luhmann N. (2018b [1966]), "Worker Participation in Decision-making", in Luhmann N., *Schriften zur Organisation I. Die Wirklichkeit der Organisation*, Springer VS, Wiesbaden, 255-274.
- Luhmann N. (2017a), *L'arte della società*, Mimesis, Milano.
- Luhmann N. (2017b), *Protesta*, Mimesis, Milano.
- Luhmann N. (2014). *Introduzione alla teoria della società*, Pensa Multimedia, Lecce.
- Luhmann N. (2012 [1993]), *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino.
- Luhmann N. (2005 [2000]), *Organizzazione e decisione*, Bruno Mondadori, Milano.
- Luhmann N. (2002a), *Das Erziehungssystem der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Luhmann N. (2002b [1965]), *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Roma.
- Luhmann N. (2001), *Diritti soggettivi: Mutamenti della coscienza giuridica per la società moderna*, «Sociologia e politiche sociali», 1, 10-59.
- Luhmann N. (2000a), *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Luhmann N. (2000b), *Die Religion der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Luhmann N. (2000c), *La realtà dei mass media*, FrancoAngeli, Milano.
- Luhmann N. (1999a), *Teoria della società* (con R. De Giorgi), FrancoAngeli, Milano.
- Luhmann N. (1999b), "The Paradox of Form", in Baecker D. (a cura di), *Problem of Form*, Stanford University Press, Stanford, 15-25.
- Luhmann N. (1998), "Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft", in Beck U. (a cura di), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 345-380.
- Luhmann N. (1997), *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Luhmann N. (1996a), *Sociologia del rischio*, Bruno Mondadori, Milano.
- Luhmann N. (1996b), *Zeit und Gedächtnis*, «Soziale Systeme», 2, 307-330.
- Luhmann N. (1995), *Osservazioni sul moderno*, Armando, Roma.
- Luhmann N. (1993), "Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory", in Rosenfeld M., Arato A. (a cura di), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, University of California Press, Berkeley, 157-172.
- Luhmann N. (1992), "Sthenografia", in R. Genovese et al. (a cura di), *Modi di attribuzione: filosofia e teoria dei sistemi*, vol. 1, Liguori, Napoli.

- Luhmann N. (1990a), *La differenziazione del diritto: Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Luhmann N. (1990b): “La giustizia nei sistemi giuridici della società moderna”, in Luhmann N., *La differenziazione del diritto: Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 315-362.
- Luhmann N. (1990c [1984]), *Sistemi sociali: Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna.
- Luhmann N. (1990d), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Luhmann N. (1989), “L’auto-poiesi dei sistemi sociali”, in Genovese R., *et al.* (a cura di), *Modi di attribuzione*, Napoli, Liguori.
- Luhmann N. (1988a), “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, in Teubner G. (a cura di), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlin, 335-348.
- Luhmann N. (1988b), *Die Einheit des Rechtssystems*, «Rechtstheorie», 14, 129-154.
- Luhmann N. (1985), *Conflitto e diritto*, «Laboratorio Politico», 2, 5-25.
- Luhmann N. (1983a), “L’autoregolazione della scienza”, in Luhmann N., *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 271-295.
- Luhmann N. (1983b), *Ordine e conflitto*, «Il Centauro», 8, 3-11.
- Luhmann, N. (1982), *Conflitto e diritto*, «Laboratorio politico», 2, 5-25.
- Luhmann N. (1981), “Organisationen im Wirtschaftssystem”, in Luhmann N., *Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 390-414.
- Luhmann N. (1978), *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, il Mulino, Bologna.
- Luhmann N. (1975), “Die Weltgesellschaft”, in Luhmann N., *Soziologische Aufklärung Band 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 51-71.
- Luhmann N. (1973), *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, «Der Staat», 12, 1-22.
- Luhmann N. (1973 [1971]), “Il senso come concetto fondamentale della sociologia. Che cosa offre la ricerca del sistema sociale?”, in Habermas J., Luhmann, N., *Teoria della società o tecnologia sociale*, Etas, Milano, 14-66.
- Luhmann N. (1970), “Wirtschaft als soziales System”, in Luhmann N., *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 204-231.
- Lyotard J.-F. (1985 [1983]), *Il dissidio*, Feltrinelli, Milano.
- Mahler T. (2019), “The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) on a Path Toward a Constitutional System”, in Mahler T. (a cura di), *Generic Top-Level Domains: A Study of Transnational Private Regulation*, Elgar, Cheltenham, 40-53.
- Margulis M.E. (2013), *The Regime Complex for Food Security: Implications for the Global Hunger Challenge*, «Global Governance», 19, 53-67.
- Markoff J. (2015), *Waves of Democracy: Social Movements and Political Change*, Routledge, New York.
- Martens W. (2014), “Democracy for Transnational Regimes”, in Leijssenaar B *et al.* (a cura di), *Futures of Democracy*, Wilde Raven, Nijmegen & Eindhoven, 113-138.
- Marx K. (2017 [1867]), *Il Capitale. Critica dell’economia politica*, E=mc², Napoli.

- Mascareno A., Drago C. (2016), *Nothing more than feelings? De la compasión individual a la compasión sistémica en las organizaciones modernas*, «Economía y Política», 3, 85-117.
- Mathews J., Sweet A.S. (2011), *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, «Emory Law Journal», 4, 102-179.
- Meadows D.H. (2008), *Thinking in Systems: A Primer*, Earthscan, London.
- Medwedjew Shores A. (1971), *Der Fall Lyssenko: Eine Wissenschaft kapituliert*, Hoffmann & Campe, Hamburg.
- Menke C. (2015), *Kritik der Rechte*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Menke C. (2004), *Spiegelungen der Gleichheit: Politische Philosophie nach Adorno und Derrida*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Michaels R., Pauwelyn J. (2011), “Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law”, in Broude T., Shany Y. (a cura di), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Hart, Oxford, 19-68.
- Miglio G. (a cura di) (1992), *Amicus (inimicus) hostis: Le radici concettuali della conflittualità “privata” e della conflittualità politica*, Giuffrè, Milano.
- Moeller H-G. (2012), *Luhmann Explained: From Souls to Systems*, Open Court, Chicago.
- Mölders M. (2014), *Irritation Expertise: Recipient Design as Instrument for Strategic Reasoning*, «European Journal of Futures Research», 2, 32.
- Möller K. (2018), *From Constituent to Destituent Power Beyond the State*, «Transnational Legal Theory», 9, 32-55,
- Möller K. (2016), “A Critical Theory of Transnational Regimes: Creeping Managerialism and the Quest for a Destituent Power”, in Blome K. *et al.* (a cura di), *Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 255-280.
- Moore M.H. (2013), *Recognizing Public Value*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Moravcsik A. (2004), *Is there a “Democratic Deficit” in World Politics? A Framework for Analysis*, «Government and Opposition», 39, 336-363.
- Muir Watt H. (2016), *Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival*, «Transnational Legal Theory», 7, 313-353.
- Nassehi A. (2019), *Muster: Theorie der digitalen Gesellschaft*, Beck, München.
- Neves M. (2013), *Transconstitutionalism*, Hart, London.
- Neyer J. (2010), *Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union*, «Journal of Common Market Studies», 48, 903-921.
- Nonet P. (2007), *Time and Law*, «Theoretical Inquiries in Law», 8, 311-332.
- Nowotny H. (2005), “The Changing Nature of Public Science”, in Nowotny H. (a cura di), *The Public Nature of Science under Assault. Politics, Markets, Science and the Law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1-28.
- Nowrot K. (2007), *Netzwerke im transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik*, Universität Halle-Wittenberg, Halle-Wittenberg.
- O’Brien R., Goetz A.M., Scholte J.A., Williams M. (2002), *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge University Press, Cambridge.

- Oevermann U. (2001), *Strukturprobleme supervisorischer Praxis: Eine objektiv hermeneutische Sequenzanalyse zur Überprüfung der Professionalisierungstheorie*, Humanities Online, Frankfurt.
- Ogorek R. (1988), "Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas", in Kreuzer H. (a cura di), *Kleist-Jahrbuch*, Erich Schmidt, Berlin, 96-131.
- Ost F. (2004), *Raconter la loi. Aux source de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris.
- Ost F. (1999), *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris.
- Paiement P. (2015), *Paradox and Legitimacy in Transnational Legal Pluralism*, «Transnational Legal Theory», 4, 197-226.
- Parsons T. (1987 [1937]), *La struttura dell'azione sociale*, il Mulino, Bologna.
- Parsons T. (1977), *Social Systems and the Evolution of Action Theory*, Free Press, New York.
- Parsons T., Ackerman C. (1966) "The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device" in DiRenzo J. (a cura di), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, Random House, New York, 24-40.
- Pashukanis E.B. (2001 [1924]), *The General Theory of Law and Marxism*, Routledge, London.
- Paskalev V. (2017), *May Science Be with You: Can Scientific Expertise Confer Legitimacy to Transnational Authority?*, «Transnational Legal Theory», 8, 202-223.
- Pauer-Studer H. (2000), *Autonom leben: Reflexionen über Gleichheit und Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Peters A., Klabbers J., Ulfstein G. (a cura di) (2009), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Petersen H., Zahle H. (1995), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth, Aldershot.
- Petryna A. (2009), *When Experiments Travel: Clinical Trials and the Global Search for Human Subjects*, Princeton University Press, Princeton.
- Peukert A. (2014), "Die Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft - am Beispiel der Corporate Social Responsibility im US-Recht", in Hilty R.M., Henning-Bodewig F. (a cura di), *Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?*, Springer, Berlin, 233-257.
- Pfeffer C., Olsen B.R. (2002), *Editorial*, «Journal of Negative Results in Biomedicine», 1, 2.
- Pinelli C. (2016), "Constitutionalism and Globalisation: A Disputed Relation", in Febbrajo A., Corsi G. (a cura di), *Sociology Of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Farnham, 125-136.
- Polanyi K. (2010 [1944]), *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Torino.
- Prandini R. (2019), *Experimental Love, or 'Love as the Sum Total of Deviations from its Modern Principles'*, «Sociologia e politiche sociali», 22, 25-54.
- Prandini R. (2013), *The Future of Societal Constitutionalism in the Age of Acceleration*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 731-776.
- Prandini R. (2012), *Le culture e i processi "costitutivi" della società riflessiva: Globalizzazione, accelerazione del tempo e auto-regolazione sociale*, Bononia

- University Press, Bologna, 2012.
- Prandini R. (2011), “Trans-immanenze dell’amore. Come risignificare un simbolo “privato” delle sue potenze sociali”, in Prandini R., Cavazza G. (a cura di), *Il potere dell’amore nell’epoca della globalizzazione*, il Melangolo, Genova, 225-295.
- Prandini R. (2010), “The Morphogenesis of Constitutionalism”, in Dobner P., Loughlin M. (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 309-326.
- Prandini R. (2006), “Il conflitto tra immanenza e trascendenza nella cultura religiosa moderna: La crisi della mediazione assiale e l’affacciarsi dell’epoca dopo-assiale”, in Morandi E. (a cura di), *Radici sociali. Scritture sul dono, la violenza e la trascendenza*, Aracne, Roma.
- Prandini R. (2005), “La ‘costituzione’ del diritto nell’epoca della globalizzazione”, in Teubner G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005.
- Prandini R. (2002), *In difesa dell’ordine volontaristico: Talcott Parsons, teorico della condizione umana e dell’evoluzione sociale*, «Quaderni di teoria sociale», 2, 121-150.
- Prandini R. (2000) “La dimensione ‘religiose’ della fiducia istituzionale e interpersonale nella sociologia di Georg Simmel”, in B. Cattarinussi (a cura di), *Emozioni e sentimenti nella vita sociale*, FrancoAngeli, Milano, 201-226.
- Pribán J. (2016), “The Concept of Self-Limiting Polity in EU Constitutionalism: A Systems Theoretical Outline”, in Pribán J. (a cura di), *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, Routledge, London, 37-65.
- Pribán J. (2015), *Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From ‘Weak’ Jurisprudence to ‘Strong’ Socio-Legal Theories of Constitutional Power Operations*, «Ratio Juris», 28, 31-51.
- Prodi P. (2000), *Una storia della giustizia*, il Mulino, Bologna
- Quack C., Wackerbeck A. (2010), *Die Verpflichtung zur Registrierung und Veröffentlichung klinischer Studien: Darstellung der europäischen Rechtslage im Vergleich zur US-Regelung nach dem FDA Amendment Act*, «GesundheitsRecht», 1, 6-12.
- Raiser L. (1977), “Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht”, in Raiser L., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Athenäum Verlag, Kronberg/Ts., 124-144.
- Raiser T. (2007), *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Mohr Siebeck, Stuttgart.
- Rasilla del Moral I. de la (2011), *At King Agramant’s Camp: Old Debates, New Constitutional Times*, «International Journal of Constitutional Law», 8, 580-610.
- Rawls J. (1982 [1971]), *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- Recalcati M. (2012), *Jacques Lacan: Desiderio, godimento e soggettivazione*, Raffaello Cortina, Milano.
- Reinbacher P. (2017), *Sozialkapital als affektive Struktur sozialer Systeme*, «Swiss Journal of Sociology», 43, 15-35.
- Renner M. (2011), *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Nomos, Baden-Baden.
- Resta E. (2008), *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari.

- Reynolds E. (1971), *A Treatise of the Passions and Faculties of the Soul of Man*, Gainesville, London.
- Ricoeur P. (1995), *Le Juste*, Esprit, Paris.
- Ricoeur P. (2002), *Rendre justice au droit*, a cura di F.-X. Druet, E. Ganty, Namur.
- Ricoeur P. (2006), *Le juste, la justice et son échec*, Herne, Paris.
- Ridder H. (1975), *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- Ridder H. (1963), *Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz*, Vahlen, Berlin.
- Riedl M. (1990), *Metafisica e metapolitica: Studi su Aristotele e sul linguaggio politico della filosofia moderna*, il Mulino, Bologna.
- Robé, J.-P., Lyon-Caen A., Vernac S. (a cura di) (2016), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, London.
- Roellecke G. (2006), *Kritik ohne Ersatzvorschlag ist noch lange kein Gedöns*, «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 10/02.
- Röhl K.F. (2001), *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Heymann, Köln.
- Romano S. (1918), *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze.
- Rosa H. (2005a), *Beschleunigung: Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Rosa H. (2005b), *The Speed of Global Flows and the Pace of Democratic Politics*, «New Political Science», 27, 445-459.
- Rosanvallon, P. (2015), *La legittimità democratica*, Rosenberg & Sellier, Torino.
- Rosanvallon (2012), *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Castelvecchi, Roma.
- Rosen L. (1989), *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Roth S., Schütz A. (2015), *Ten Systems: Toward a Canon of Function Systems*, «Cybernetics», 22, 11-31.
- Rottleuthner H. (1988), “Biological Metaphors in Legal Thought”, in Teubner G. (ed), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, De Gruyter, Berlin.
- Roznai Y. (2016), *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford University Press, Oxford.
- Rüfner W. (2011), “Grundrechtsadressaten”, in Isensee J., Kirchhof P. (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, Rn. 83-125.
- Ruggie J. (2008), *Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, «A/HRC/8/5», 7 April, 6-13.
- Sabel C., Victor D. (2022), *Fixing the Climate: Strategy for an Uncertain World*, Princeton University Press, Princeton.
- Saei J. (2017), “*Amicus curius: Structure and Play in Investment Arbitration*”, «Transnational Legal Theory», 8, 247-295.
- Santos, Boaventura de Sousa (2003), *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press, Evanston.
- Schaaber J., Kochen M., Müller-Oerlinghausen B., Niebling W. (2011), “Warum unabhängige Arzneimittelzeitschriften und Fortbildungsveranstaltungen wichtig

- sind”, in Lieb K. *et al.* (a cura di). *Interessenkonflikte in der Medizin*, Springer, Berlin, 237-252.
- Schauer F. (2006), *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Belknap Press, Cambridge Mass.
- Scheltema M. (2014), *An Assessment of the Effectiveness of International Private Regulation in the Corporate Social Responsibility Arena. A Legal Perspective*, «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 21, 383-405.
- Schierbeck J. (2000), “Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations”, in Eide A. *et al.* (a cura di), *Human Rights and the Oil Industry*, Intersentia, Antwerpen, 161-177.
- Schimank U. (2016), *Reputation statt Wahrheit: Verdrängt der Nebencode den Code?*, «Soziale Systeme» 16, 233-242.
- Schlink B. (2004), *Der Preis der Gerechtigkeit*, «Merkur», 58, 983-997.
- Schlüter C. (2000), *Gleichheit – Freiheit – Gerechtigkeit: Versuch einer Ortsbestimmung in praktischer Absicht*, Humboldt-Universität zu Berlin, Philosophische Fakultät I, in <http://dochost.rz.huberlin.de/dissertationen/schlueter-christian-2000-07-12/PDF/Schlueter.pdf>.
- Schmidt-Aßmann E. (2005), “Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht”. In: Dreier H. (a cura di), *Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 67-97.
- Schmidt-Aßmann E. (2000), “Wissenschaftsplanung im Wandel”, in: Erbguth W. *et al.* (a cura di), *Planung: Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 649-665.
- Schmitt C. (1985 [1931]), “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung”, in Schmitt C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, 140-178.
- Schneiderman D. (2016), “Global Constitutionalism and International Economic Law: The Case of International Investment Law”, in Bungenberg M. *et al.* (a cura di), *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 7, Springer, Cham, 23-43.
- Schneiderman D. (2013), *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law*, Palgrave Macmillan, Basingstoke.
- Scholte J.-A. (2014), *Reinventing Global Democracy*, «European Journal of International Relations», 20, 3-28.
- Scholz R. (1978), *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Scholz R. (1971), *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, C.H. Beck, München.
- Schott G., Pacht H., Limbach U. (2010), *Finanzierung von Arzneimittelstudien durch pharmazeutische Unternehmen und die Folgen*, «Deutsches Ärzteblatt international», 107, 279-285, 295-301.
- Schubert K. (2021), *The Challenge of Migration. Is Liberalism the Problem?*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft», 167, 173-192.
- Schubert K. (2020), *Freedom as Critique: Foucault Beyond Anarchism*, «Philosophy and Social Criticism», 47, 634-660.

- Schwabe J. (1971), *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Goldmann, München.
- Sciulli D. (2001), *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, New York.
- Sciulli D. (1992), *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sciulli D. (1988), *Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality*, «British Journal of Sociology» 39, 377-407.
- Selznick P. (1969), *Law, Society and Industrial Justice*, Russell Sage, New York.
- Severino E. (1984), *Filosofia moderna*, Rizzoli, Milano.
- Shany Y. (2007), *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford University Press, Oxford.
- Sheffi N. (2020), *We Accept: The Constitution of Airbnb*, «Transnational Legal Theory» 11, 484-520.
- Sheffi N. (2016), *Resistance as Contract Law-Making*, Manuskript Frankfurt.
- Sheplyakova T. (2018), “Klagen als Ausübung der ‘Gegenrechte’”, in Fischer-Lescano A. *et al.* (a cura di), *Gegenrechte: Rechte jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 205-226.
- Sinzheimer H. (1976 [1927]), “Das Wesen des Arbeitsrechts”, in Kahn-Freund O., Ramm T., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt, 108-114.
- Sloterdijk P. (2004), *Non siamo ancora stati salvati. Saggi dopo Heidegger*, Bompiani, Milano, 2004.
- Sloterdijk P. (2009), *Sfere. Vol. I, Bolle*, Meltemi, Roma.
- Smend R. (1988 [1928]), *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Smith M.L. (1980), *Publication Bias and Meta-analysis*, «Evaluation in Education», 4, 22-24.
- Soskice D. (1997), “Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s”, in Kitschelt H. *et al.* (a cura di), *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 271-289.
- Spencer Brown (1971), *Laws of Form*, Allen and Unwin, London.
- Stäheli U. (2011), “Political Epidemiology and the Financial Crisis”, in Kjaer P.F. *et al.* (a cura di), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford, 123-142.
- Steinhauer F. (2011), *Medienverfassung*, «Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung», 2, 158-173.
- Steinhauer F. (2013), “Das Grundrecht der Kunstfreiheit: Kommentar zu einem Grundlagentext von Helmut Ridder”, in Vesting T. *et al.* (a cura di), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung: Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 247-282.
- Steffek J. (2004), “Sources of Legitimacy Beyond the State: A View from International Relations”, in Joerges C. *et al.* (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, Oxford, 81-101.

- Stern J., Simes R.J. (1997), *Publication Bias: Evidence of Delayed Publication in a Cohort Study of Clinical Research Projects*, «British Medical Journal», 315, 640-645.
- Stewart R. (2015), *The Normative Dimensions and Performance of Global Administrative Law*, «International Journal of Constitutional Law», 13, 499-506.
- Stichweh R. (2013), *Wissenschaft, Universität, Professionen*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Stichweh R. (2011), “Towards a General Theory of Function System Crisis”, in Kjaer P.F. et al. (a cura di), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford, 43-58.
- Stichweh R. (2007), “Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne”, in Halfmann J., Rohbeck J. (a cura di), *Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited*, Velbrück, Weilerswist, 213-228.
- Stichweh R. (1994), *Wissenschaft, Universität, Professionen*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Stiglitz J. (2009), *Deutschland muss mehr tun*, «Spiegel-Online», 02, April.
- Stolleis M. (2012), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV*, C.H. Beck, München.
- Streeck W. (2013), *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano.
- Streeck W. (2009), *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford University Press, Oxford.
- Supiot A. (2006), *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano.
- Sutton A., Duval S.J., Tweedie R.L. (2000), *Empirical Assessment of Effect of Publication Bias on Meta-analysis*, «British Medical Journal»320, 1574-1577.
- Take I. (2012), *Legitimacy in Global Governance: International, Transnational and Private Institutions Compared*, «Swiss Political Science Review», 18, 220-248.
- Taylor C. (2004), *Gli immaginari sociali moderni*, Meltemi, Roma.
- Terhechte J.P. (2011), *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Teubner G. (2022a), “Contro-diritti: sul potenziale trans-soggettivo dei diritti soggettivi”, in questo libro.
- Teubner G. (2022b), “Costituzionalismo societario: Nove variazioni su un tema di David Sciulli”, in questo libro.
- Teubner G. (2022c), “I codici corporativi nelle varietà del capitalismo: Come la loro applicazione dipende dalla differenza tra i regimi di produzione”, in questo libro.
- Teubner G. (2022d), “Il diritto davanti alla sua legge: Franz Kafka sulla (im-)possibilità dell’auto-riflessione del diritto”, in questo libro.
- Teubner G. (2022e), “La costituzione del plusvalore non monetario”, in questo libro.
- Teubner G. (2022f), “La giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?”, in questo libro.
- Teubner G. (2022g), “*Quod omnes tangit*: Costituzioni transnazionali senza democrazia”, in questo libro.
- Teubner G. (2020), “*Corporate Codes* delle imprese multinazionali: effettività e legittimità”, in Teubner G., *Lezioni magistrali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.
- Teubner G. (2019) *Personalità giuridica digitale? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 19-134.

- Teubner G. (2016), *Autocostrizione esogena: Come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo di costituzionalizzazione*, «Giornale di Storia Costituzionale - Journal of Constitutional History», 32, 51-70.
- Teubner G. (2015a) “Agenti elettronici e grandi scimmie antropomorfe: L’allargamento dello status di attore nel diritto e nella politica”, in Teubner G., *Ibridi ed attanti: attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Milano-Udine, 19-34.
- Teubner G. (2015b), “Auto-costituzionalizzazione di imprese transnazionali? Sul collegamento tra codici di condotta ‘privati’ e ‘pubblici’”, in Teubner G., *Ibridi ed attanti: attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Milano-Udine, 133-148.
- Teubner G. (2015c), “Corporativismo d’impresa: New Industrial Policy ed “essenza” della persona giuridica”, in Teubner G., *Ibridi ed attanti: attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*. Mimesis, Milano-Udine, 2015, 35-53.
- Teubner G. (2014a), *Costituzionalismo della società transnazionale*, «Quaderni costituzionali», 34, 185-203.
- Teubner G. (2014b), “Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali”, in Febbrajo A., Gambino F. (a cura di), *Il diritto frammentato*, Giuffrè, Milano, 375-396.
- Teubner G. (2012), *Nuovi conflitti costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Roma 2012.
- Teubner G. (2011a), *Constitutionalising Polycontextuality*, «Social and Legal Studies», 19, 17-38.
- Teubner G. (2011b), *Societal Constitutionalism without Politics?*, «Social and Legal Studies», 19, 247-252.
- Teubner G. (2011c), *Un momento costituzionale? Le logiche del ‘Toccare il fondo’*, «Sociologia e politiche sociali», 14, 2011, 11-50.
- Teubner G. (2011d), *And God Luaghted...Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law*, «German Law Journal», 12, 1, 376-406.
- Teubner G. (2009), “Giustizia nell’era del capitalismo globale?”, in Blecher M. et al. (a cura di) *Governance, società civile e movimenti sociali: Rivendicare il comune*, Ediesse, Roma, 355-362.
- Teubner G. (2008), “Sui paradossi del diritto: Derrida, Luhmann, Wiethölter”, in Rufino A., Zotti A. (a cura di) *Vate Ghibellino: Scritti in memoria di Bruno Iorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 127-158.
- Teubner G. (2006), *La matrice anonima: Quando “privati” attori transnazionali violano i diritti dell’uomo*, «Rivista critica del diritto privato» 24, 9-38.
- Teubner G. (2005a), “Dreiers Luhmann”, in Alexy R. (a cura di), *Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 199-211.
- Teubner G. (2005b), “Le molteplici alienazioni del diritto: Sul plusvalore sociale del dodicesimo camello”, in Teubner G., *Il diritto possibile: Funzioni e prospettive del medium giuridico*, Guerini, Milano 2005, 93-130.
- Teubner G. (2003), *Economia del dono, positività della giustizia: la reciproca paranoia di Jacques Derrida e Niklas Luhmann*, «Sociologia e politiche sociali», 6, 113-130.

- Teubner G. (1999a), “Altera pars audiatur: Il diritto nella collisione dei discorsi”, in Teubner G., *Diritto policontesturale: Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli, 27-70.
- Teubner G. (1999b), *La Bukowina globale: il pluralismo giuridico nella società mondiale*, «Sociologia e politiche sociali», 2, 49-80.
- Teubner G. (1990), *Il diritto come soggetto epistemico: Per una epistemologia giuridica ‘costruttivista’*, «Rivista critica del diritto privato», 8, 287-326.
- Thompson G. (2015), *Review Essay: Socializing the Constitution?*, «Economy and Society», 44, 480-493.
- Thompson G. (2012), *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?*, Oxford University Press, Oxford.
- Thornhill C. (2016a), “The Sociological Origin of Global Law”, in Febbrajo A., Corsi G. (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Abingdon, 99-124.
- Thornhill C. (2016b), *A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-national Legal Structure*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Thornhill C. (2013), *A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 551-603.
- Thornhill C. (2011a), *Politische Macht und Verfassung jenseits des Nationalstaats*, «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 32, 205-219.
- Thornhill C. (2011b), *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Thornhill C. (2010), *Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions*, «Journal of Classical Sociology», 10, 1-23.
- Tonks A. (2002), *A Clinical Trials Register for Europe*, «British Medical Journal» 325, 1314-1315.
- Tosini D. (2021), *Social Immunology: A Theory of the Immune Processes of Social Systems*, «Systems Research and Behavioural Science», 38, 50-60.
- Tramèr M.R., Reynolds D.J., Moore A., McQuay H. (1997), “*Impact of Covert Duplicate Publication on Meta-analysis: A Case Study*”, «British Medical Journal», 315, 635-640.
- Tratschin L. (2016), *Protest und Selbstbeschreibung: Selbstbezüglichkeit und Umweltverhältnisse sozialer Bewegungen*, Transcript, Bielefeld.
- Tully J. (2007), “The Imperialism of Modern Constitutional Democracy”, in Loughlin M., Walker N. (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 315-338.
- Turner V. (1993), *Antropologia della performance*, il Mulino, Bologna.
- Turner V. (1972), *Il processo rituale. Struttura e anti-struttura*, Morcelliana, Brescia.
- Unger R.M. (1996), *Legal Analysis as Institutional Imagination*, «Modern Law Review» 59, 1-23.

- Van der Heijden J. (2020), *Systems thinking and regulatory governance: A review of the international academic literature*, State of the Art in Regulatory Governance Research Paper 2020. 04, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3531381.
- Vanberg V. (2005), *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, «Journal of Institutional Economics», 1, 23-49.
- Varela F. (1992), “Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas”, in Varela F., Dupuy J.P. (a cura di), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, Kluwer, Dordrecht.
- Varela F. (1985), “The Emergent Self”, in Brockma J. (a cura di) *The Third Culture: Beyond the Scientific Revolution*, Touchstone, New York, 209-222.
- Varela F. (1979), *Principals of Biological Autonomy*, Elsevier North Holland, New York.
- Varone F., Mach A., Munk Christiansen P. (2015), *The Transformations of Neo-Corporatism. Comparing Denmark and Switzerland over Time*, «ECPR Joint Sessions», <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:55384>.
- Verbruggen P. (2014), *Enforcing Transnational Private Regulation: A Comparative Analysis of Advertising and Food Safety*, Elgar, Cheltenham.
- Verschraegen G. (2013), “Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights”, in Madsen M.R., Verschraegen G. (a cura di), *Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights*, Hart, Oxford, 61-80.
- Vesting T. (2015), *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Velbrück, Weilerswist.
- Vesting T. (2013), “Die Tagesschau-App und die Notwendigkeit der Schaffung eines ‘Intermedienkollisionsrechts’”, in Spiecker I. (a cura di), *Karlsruher Dialog zum Informationsrecht*, vol. IV, KIT Scientific Publishing, Karlsruhe, 1-23.
- Vesting T. (2012), “Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne”, in Koriath S., Vesting T. (a cura di), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?* Mohr Siebeck, Tübingen, 71-93.
- Vesting T. (2007), *Rechtstheorie: Ein Studienbuch*, Beck, München.
- Vesting T. et al. (a cura di) (2014), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung: Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Viellechner L. (2015), *Verfassung als Chiffre: Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts*, «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 75, 231-258.
- Viellechner L. (2013), *Transnationalisierung des Rechts*, Velbrück, Weilerswist.
- Viellechner L. (2012), *Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts*, «Der Staat», 51, 559-580.
- Viens A.M., Savulescu J. (2004), *Introduction to The Olivieri Symposium*, «Journal of Medical Ethics», 30, 1-7.
- Vola A. (2021), *Danzare nella tempesta: Viaggio nella fragile perfezione del sistema immunitario*, Feltrinelli, Milano.

- Vismann C. (1992), *Das Gesetz 'DER Dekonstruktion'*, «Rechtshistorisches Journal» 11, 250-264.
- Wagner E. (2011), *Der Arzt und seine Kritiker: Zum Strukturwandel medizinkritischer Öffentlichkeiten am Beispiel klinischer Ethik-Kommissionen*, Lucius & Lucius, Stuttgart.
- Wagner P. (1994), *A Sociology of Modernity. Liberty and Discipline*, Routledge, London.
- Wai R. (2008), *The Interlegality of Transnational Private Law*, «Law & Contemporary Problems», 71, 107-127.
- Walker N. (2014). *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Walker N. (2010), “Beyond the Holistic Constitution?”, in Dobner P., Loughlin M. (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 291-308.
- Walter C. (2001), “Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law”, German Yearbook of International Law 44, 170-201.
- Walzer M. (1984), *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York.
- Wagner-Pacifici R. (2020), *Theorizing the Standoff: Contingency in Action*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Weber M., (1976), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Weber M. (1968), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr & Siebeck, Tübingen.
- Weick, Karl E. (1979), *The Social Psychology of Organizing*, Reading.
- Weiss A. (2016a), “Left After Luhmann? Emanzipatorische Potentiale in Luhmanns Systemtheorie und ihre Anwendung in der Demokratietheorie”, in Haus M., De La Rosa S. (a cura di), *Politische Theorie und Gesellschaftstheorie: Zwischen Erneuerung und Ernüchterung*, Nomos, Baden-Baden, 169-192.
- Weiss A. (2016b), “Die Verdoppelung der Welt und das Recht auf Kontingenz”, in Möller K., Siri J. (a cura di), *Systemtheorie und Gesellschaftskritik*, transcript-Verlag, Bielefeld, 169-188.
- Western P. (1982), *The Empty Idea of Equality*, «Harvard Law Review», 95, 537-596.
- Wielsch D. (2013), *Private Governance of Knowledge: Societally Crafted Intellectual Properties Regimes*, «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 907-940.
- Wielsch D. (2008), *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Wiethölter R. (2015), “Der Reform-Planer”, in Dieter Hart F.M., Steinmeier F.W. (a cura di), *Wissenschaft, Verwaltung und Politik als Beruf: Liber amicorum Volker Kröning zum 70. Geburtstag am 15. März 2015*, Nomos, Baden-Baden, 21-30.
- Wiethölter R. (2003), “Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts”, in Joerges C., Teubner G. (a cura di), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 1-21.

- Wiethölter R. (1994), "Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?", in Teubner G. (a cura di), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 89-120.
- Wiethölter R. (1989), "Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?", in A. Honneth et al. (a cura di), *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Suhrkamp, Frankfurt, 794-812.
- Wiethölter R. (1974), "Privatrecht als Gesellschaftstheorie? Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre", in Baur F. (a cura di), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Mohr & Siebeck, Tübingen, 645-695.
- Wiethölter R. (1969), *Recht und Politik. Bemerkungen zu Peter Schwerdtmers Kritik*, «Zeitschrift für Rechtspolitik», 2, 155-158.
- Wittgenstein L. (2009) *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, 2ª edizione, Einaudi, Torino.
- Wittgenstein L. (2009), *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino.
- Zizek S. (2011), *Leggere Lacan: Guida perversa al vivere contemporaneo*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Zizek S. (2001) *Il godimento come fattore politico*, Cortina, Milano.
- Zöllner W. (1996), *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen*, «Archiv für die civilistische Praxis», 196, 1-36.

Vi aspettiamo su:

www.francoangeli.it

per scaricare (gratuitamente) i cataloghi delle nostre pubblicazioni

DIVISI PER ARGOMENTI E CENTINAIA DI VOCI: PER FACILITARE
LE VOSTRE RICERCHE.



Management, finanza,
marketing, operations, HR

Psicologia e psicoterapia:
teorie e tecniche

Didattica, scienze
della formazione

Economia,
economia aziendale

Sociologia

Antropologia

Comunicazione e media

Medicina, sanità



Architettura, design,
territorio

Informatica, ingegneria

Scienze

Filosofia, letteratura,
linguistica, storia

Politica, diritto

Psicologia, benessere,
autoaiuto

Efficacia personale

Politiche
e servizi sociali



FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

Copyright © 2022 Riccardo Prandini, Gunther Teubner. ISBN 9788835150442

Questo 
LIBRO

 ti è piaciuto?

Comunicaci il tuo giudizio su:
www.francoangeli.it/opinione



VUOI RICEVERE GLI AGGIORNAMENTI
SULLE NOSTRE NOVITÀ
NELLE AREE CHE TI INTERESSANO?



ISCRIVITI ALLE NOSTRE NEWSLETTER

SEGUICI SU:



FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

Copyright © 2022 Riccardo Prandini, Gunther Teubner. ISBN 9788835150442



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più:

<https://www.francoangeli.it/autori/21>

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.



CONSULTATE IL NOSTRO CATALOGO SU WEB

**www.
francoangeli.it**

- Gli abstract e gli indici dettagliati di oltre **12.000 volumi** e 30.000 autori.



- I sommari dei fascicoli (a partire dal 1990) di oltre 90 riviste.

- La newsletter (via e-mail) **delle novità**.

- Il calendario di tutte le **iniziative**.

- La possibilità di **e-commerce** (per acquistare i libri o effettuare il download degli articoli delle riviste).

- Il **più ricco catalogo** specializzato consultabile in modo semplice e veloce.

- **Tutte le modalità di ricerca** (per argomento, per autore, per classificazione, per titolo, full text...) per individuare i libri o gli articoli delle riviste.



- FrancoAngeli è la **più grande biblioteca specializzata** in Italia.



- Una gamma di proposte per soddisfare le esigenze di aggiornamento degli studiosi, dei professionisti e della **formazione universitaria e post-universitaria**.

La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società

Quando Niklas Luhmann nel 1984 definì il sottosistema sociale del diritto come il sistema immunitario della società, non intendeva usare una metafora. Il diritto, trasformando le contraddizioni che metterebbero in pericolo l'autopoiesi societaria in conflitti regolati da procedure, prima allarma la società comunicando presenza di pericoli, poi attiva anticorpi che rispondono alla sfida. Il volume – che comprende saggi di Gunther Teubner e Riccardo Prandini – prova a dare una lettura unitaria di tale immunologia sociale. Al centro della riflessione sta la crescente necessità di irritare la società mediante scandali, conflitti, movimenti di protesta, potenze capaci di decostruire le strutture sociali: pandemie del senso. Questa esplosione di “emergenze”, questa irruzione del “negativo” nel “positivo”, questo costante insistere del destituire sull'istituire, questa sussistenza dei media nelle forme, questa logica del rimandare sempre ad altro senza annihilare per forza il medesimo, sembra definire una strana e paradossale esigenza, quasi una nuova gabbia di acciaio di weberiana memoria: Luhmann avrebbe scritto «ciò che non è utilizzato è stabile e, per contrasto, ciò che è utilizzato non è stabile». Solo così si rende possibile al sistema sociale d'adattarsi temporaneamente a situazioni temporanee. Ne deriva la possibilità che la dimensione temporale del senso sopravvanti in rilevanza quella materiale (le metafisiche e le immagini della realtà) e quella sociale (il famigerato relativismo e il multiculturalismo). Le auto-sovversioni del diritto, la sua intrinseca paradosalità, una giurisprudenza “motorizzata” dagli scontri e dalle collisioni intra-giuridiche, insieme alla dialettica senza fine tra diritto e giustizia, sono una prima e provvisoria rappresentazione di questa necessaria messa in ordine del sempre più necessario disordine.

Riccardo Prandini è Professore di Sociologia dei processi culturali e comunicativi, presso l'Università Alma Mater di Bologna.

Gunther Teubner ha insegnato Sociologia del diritto e Diritto privato nelle Università di Bremen, EUI, LSE, Goethe Universität Frankfurt. È membro dell'Accademia Nazionale dei Lincei.