

IL FUTURO DEL DIRITTO

Alberto Febbrajo*

RECEBIDO EM:	01.12.2017
APROVADO EM:	30.12.2017

* Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade de Macerata (UNIMC), Itália. E-mail: febbrajo@unimc.it.

- **RESUMO:** O texto apresenta uma proposta de descrição do futuro do direito a partir do processo de diferenciação funcional de matriz sistêmica. Como metodologia, apresenta-se 4 (quatro) modelos de evolução do direito extraídos do debate histórico travado entre os pensamentos jurídicos normativista e sociológico. Propôs-se uma teoria descritiva focada nos novos processos de conexão que unem o direito atual em detrimento das estruturas e até da diferenciação que unia o fenômeno jurídico de outrora.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Futuro do Direito. Diferenciação Funcional. Processos de Conexão.
- **ABSTRACT:** The text presents a proposal that describes the future of the law starting from the process of functional differentiation of systemic matrix. As methodology, it presents four (4) models of law evolution, all drawn from the historical debate between normativist and sociological theorists. It proposes a descriptive theory focused on the new processes of connection that unite the current law rather than the structures and even rather than the differentiation that united the legal phenomenon in the past.
- **KEYWORDS:** The future of the Law. Functional Differentiation. Connection Processes.

1. Introduzione

La più profonda giustificazione funzionale del diritto risiede nella sua capacità di rispondere ad una cruciale sfida: quella di assicurare alla società un futuro almeno in parte prevedibile. In generale tutte le norme hanno la funzione di “ordinare” alla società il suo assetto futuro da realizzare o tramite una diffusa adesione o tramite il timore di sanzioni. Ma ciò talora può non avvenire in quanto le diverse norme hanno poteri diversi nelle diverse situazioni. Esse possono essere smentite da altre norme concorrenti o da fatti devianti, e le sanzioni di cui dispongono non sono sempre applicabili, e se applicate non sono sempre in grado di realizzare forzatamente la situazione prevista. Occorre quindi che, in ultima istanza, sia il diritto, inteso come l’insieme delle norme istituzionalizzate dallo Stato, a rendere supportabile, con la superiore forza dei suoi apparati, l’incertezza del futuro¹.

Tale fondamentale funzione del diritto viene spesso considerata nelle facoltà di giurisprudenza in modo solo implicito, attraverso l’impostazione proposta dal normativismo che affronta il problema del futuro denominandolo “certezza del diritto”. Il normativismo in effetti ha rappresentato, e ancora rappresenta, uno dei più coerenti tentativi di rendere “certo” il futuro del diritto con una duplice strategia, che consiste nel mettere tra parentesi la società e orientare il diritto a se stesso (KELSEN, 2000)².

Utilizzando questa strategia il normativismo è riuscito a delineare una scienza giuridica “pura”, in grado di ammettere nel proprio ambito solo le norme giuridiche, ed escludere le variabili sociologiche complesse che stanno alla base delle applicazioni o disapplicazioni che le norme giuridiche possono subire al momento del loro impatto con la società. Le norme giuridiche, per il normativismo, non

1 Le funzioni attribuite al diritto vengono solitamente considerate attraverso le lenti di una visione conflittualistica e di una visione armonicistica della società. La funzione che viene qui sottolineata occupa una posizione intermedia tra queste due visioni apparentemente antitetiche. Per un elenco sufficientemente ampio di più visibili funzioni intermedie, che va dalla regolazione dei comportamenti, alla amministrazione della giustizia, alla legittimazione del potere politico, alla strutturazione delle condizioni di vita nei vari settori della società. cfr. KARL, Llewellyn. *The Normative, the Legal and the Law-Jobs*. In: *The Yale Law Journal*, XLIX, pp.1355-1400.

2 KELSEN, H. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Etas, 2000.

· ALBERTO FEBBRAJO

possono confondersi con le norme sociali, e neppure con i fatti sociali in quanto solo il diritto può stabilire ciò che è diritto. Il diritto, si potrebbe quindi dire con una terminologia attuale, è il sistema che detiene in modo “autoreferenziale” il monopolio della produzione del diritto in una società differenziata.

Il meccanismo logico su cui l’approccio normativistico fonda la propria chiusura volta ad assicurare la futura applicazione delle norme giuridiche, è il sillogismo condizionale “se... allora”. Esso comporta che, se si riconosce la corrispondenza di una fattispecie astratta prevista dalla norma con la fattispecie proposta dal caso concreto, la decisione giuridica risulterebbe del tutto prevedibile ed univocamente deducibile da tale corrispondenza. Pertanto se il reato x è punito con y e se Tizio ha commesso x allora Tizio è punito con y . Ovviamente, ove la norma preveda un margine di discrezionalità, ad esempio sulla base di certe attenuanti da valutare di volta in volta nella definizione della pena, il futuro del diritto potrà essere precisato entro il margine di oscillazione previsto³.

L’approccio normativistico al diritto sembra così assicurare la realizzazione pressoché automatica, almeno entro determinati margini di tolleranza, di un futuro da *imporre* alla società secondo un coerente copione definito dallo stesso diritto, o meglio: da chi ha il potere di produrre diritto secondo quanto previsto dallo stesso diritto⁴. L’ordine sociale, per il normativismo, è il risultato della proiezione futura di un ordine giuridico strutturato gerarchicamente al suo interno. Il presupposto è che un insieme ordinato e coerente di norme sarebbe in grado di prefigurare entro determinati margini di prevedibilità le modalità di applicazione del diritto per le decisioni giuridiche concrete. I giudici possono così presentarsi semplicemente come la *bouche de la loi*, cioè come attori con un ruolo neutrale nella determinazione del futuro del diritto⁵.

Tuttavia il normativismo non è sempre in grado di prevedere il futuro del diritto. La validità giuridica del diritto può non superare il controllo sociologico di validità (detto di *effettività*). Le differenze tra futuro valido in termini puramente tecnici e futuro effettivo risultano anzi frequenti. Basta che un unico elemento sia valutato in modo diverso da quanto sarebbe tecnicamente più probabile per giungere a un’assoluzione invece che a una condanna. Per la stessa ragione nessun avvocato può anticipare con certezza la sentenza futura al suo cliente. Solo dopo che il futuro si sia verificato, e quindi sia diventato presente o passato, il normativismo può riuscire a individuare quale interpretazione in apparenza ammissibile è stata accantonata a favore di un’altra, considerata in quella situazione più fondata.

Il normativismo, se non appare sempre in grado di assicurare una sufficiente certezza del diritto, è almeno in grado di individuare le cause formali di eventuali scostamenti. In altri termini, quello che può fare il normativismo è non tanto prevedere il futuro del diritto, quanto stabilire *ex post* dove e come la ridondanza dei possibili futuri giuridicamente compatibili, ma più o meno probabili, ha prodotto effetti diversi dalle previsioni. Nel caso poi in cui siano stati commessi veri o presunti errori, la maggior parte degli ordinamenti prevede la possibilità di ricorrere ad una istanza giurisdizionale superiore.

3 In casi particolari, ad esempio nell’ordinamento penale, il diritto difende il proprio futuro contro se stesso ricorrendo al principio della “non retroattività” che esclude la possibilità di rendere illegali comportamenti precedentemente ammessi per evitare incertezze insopportabili per i singoli attori.

4 In generale la semplicità del contenuto della norma contribuisce alla univocità della sua futura applicazione (ad es. il divieto di fumare in tutti i locali piuttosto che solo in alcuni), mentre la sua opacità contribuisce alla sua futura disapplicazione (in questo senso il detto “fatta la legge trovato l’inganno” allude anche alla possibilità di “abusare” del diritto, interpretando una norma per neutralizzarne un’altra).

5 Occorre precisare che non tutti gli ordinamenti giuridici sono rigidamente deduttivi ma possono anche darsi ordinamenti (come quelli di common law o lo stesso diritto romano) che lasciano maggiore libertà all’interprete nel reperimento della regola cui riferire la soluzione del caso concreto.

In tal modo il normativismo contribuisce a rendere almeno spiegabili, talora correggibili, e quindi giuridicamente sopportabili, eventuali diverse applicazioni di una stessa norma.

In effetti le norme giuridiche non operano mai da sole. Esse sono inevitabilmente influenzate da miriadi di norme sociali della cui azione di fiancheggiamento, di distorsione o di ostacolo nei confronti delle norme giuridiche occorre tenere conto. La autoreferenzialità che è la forza del normativismo, è quindi anche la sua debolezza. Se il diritto fosse un ordinamento autosufficiente avrebbe indubbiamente il “diritto” di ammettere al suo interno solo le norme con un lasciapassare giuridico.

Ma il diritto è veramente un ordinamento autosufficiente? È possibile ignorare che il futuro disegnato dalle leggi dello Stato riesce solo con grande approssimazione e a prezzo di continui adattamenti a trasformarsi nel futuro della società?

Al problema della definizione del futuro del diritto e della società da esso regolata cerca di dare una risposta la sociologia del diritto attraverso una definizione del diritto che persegue obiettivi e strategie completamente diverse dal normativismo. Attraverso la formula dello “studio dei rapporti tra diritto e società” con cui viene spesso individuato l’oggetto della sociologia del diritto, si allude, a guardar bene, non solo alla possibilità ma alla inevitabilità che il futuro della società e il futuro del diritto si condizionino reciprocamente. Norme sociali e altri fattori esterni all’ordinamento influiscono costantemente sull’applicazione delle norme giuridiche mentre le norme giuridiche possono riuscire solo in qualche misura a modificare aspetti della società recependo e rafforzando tendenze già in atto.

La sociologia del diritto non si prefigge, come il normativismo, lo scopo di studiare le norme giuridiche e i criteri giuridici di interpretazione che *dovrebbero* produrre il futuro del diritto, ma cerca al contrario di identificare i fattori non solo giuridici, che, a cominciare proprio dalle norme sociali, su cui poggia gran parte della convivenza in una società, sono effettivamente rilevanti nella determinazione di quel futuro del diritto che è in grado di trasformarsi in futuro della società. Mentre la spiegazione normativistica del futuro del diritto è basata su fattori giuridicamente omogenei in grado di trarre da tale omogeneità la propria giustificazione, la spiegazione sociologico-giuridica tiene conto di fattori eterogenei per definire non solo il futuro del diritto per il diritto, ma anche il futuro del diritto per la società. Insomma, mentre il normativismo guarda al futuro del diritto attraverso le lenti culturali dello stesso diritto, la sociologia del diritto si serve delle lenti della società per studiare quei fattori sociali che sono realmente in grado di influenzare, anche al livello dei giuristi e dei loro interessi di ceto, genesi ed applicazione delle norme giuridiche.

Questo comporta che il concetto di diritto per la sociologia del diritto è più ampio e composito. La sua efficacia ed evoluzione obbediscono a variabili molteplici che rendono il futuro del diritto e della società non solo giuridicamente ma sociologicamente decifrabile. Il futuro ricostruito dalla sociologia del diritto risulta quindi *più flessibile* di quello prospettato dal normativismo in quanto non influenzato dalle sole norme dell’ordinamento vigente, *più probabile*, in quanto maggiore è la porzione di fattori sociali presi in considerazione, e *più complesso*, in quanto tiene conto di logiche non solo giuridiche ma anche non giuridiche, talora nascoste, che variamente combinate possono influire su una determinata decisione giuridica⁶.

⁶ Va qui sottolineato che i giuristi si sono talora distaccati dal normativismo, a seconda della loro maggiore o minore apertura verso la società. Già prima della seconda guerra mondiale e nel successivo dopoguerra molti giuristi italiani, da Betti ad Ascarelli, da Mortati a Santi Romano, da Calamandrei a Pigliaru, da Orestano a Leoni, avevano sviluppato concezioni del diritto assai aperte a variabili sociali. Sembrò quindi del tutto naturale che Renato Treves fondasse in Italia negli anni ‘70

• ALBERTO FEBBRAJO

Per illustrare come la sociologia giuridica, attraverso l'approccio che le è proprio, possa intendere il futuro della società il presente articolo verrà diviso in tre parti. Il primo paragrafo sarà dedicato all'analisi dei modelli prescelti da alcuni dei più importanti sociologi del diritto (Ehrlich, Geiger, Weber, Luhmann) per mostrare come le strutture giuridiche da sole non siano concretamente in grado di "addomesticare" il futuro. Si vedrà così che le connessioni tra diritto e futuro, intese dai vari autori in modi diversi ma complementari, e sottolineano, da varie angolazioni, il ruolo essenziale esercitato dalle norme sociali accanto alle norme giuridiche.

Il secondo paragrafo concentrerà l'attenzione sulla costituzione intesa come il più importante strumento tradizionalmente utilizzato dai giuristi per conferire agli ordinamenti giuridici una identità e omogeneità destinata a mantenersi nel futuro nonostante i mutamenti delle singole norme. Al proposito verrà rilevato che oggi, in una cornice non più stato-centrica ma tendenzialmente transnazionale, la stessa costituzione non sembra in grado, per la pluralità di livelli di un ordine non più solo statale, di delineare con sufficiente autorevolezza il futuro del diritto e della società, o almeno di escludere univocamente dall'ambito del possibile futuro quanto con essa incompatibile.

Il terzo paragrafo cercherà di mostrare che, in questo nuovo scenario, caratterizzato da una pluralità di possibili normazioni, dalla carenza di una chiara gerarchia delle fonti normative e da sempre più evidenti connessioni del diritto con sistemi extra-giuridici, un approccio sociologico-giuridico ha il compito di muovere da un rinnovato impegno critico nei confronti della visione giuricentrica e stato-centrica del normativismo per individuare i fattori che impongono oggi agli stessi giuristi di convivere con livelli di incertezza relativamente al futuro del diritto meno supportabili che in passato.

2 Quattro modelli di futuro del diritto

L'intera riflessione sociologico-giuridica, come si è visto, è attraversata, non sempre esplicitamente, da un fondamentale obiettivo: quello di rappresentare l'opposizione al normativismo. Per far questo è possibile assumere diversi modi di concepire il rapporto diritto/tempo rispettivamente orientati in prevalenza al passato, al presente e al futuro.

- a) Dalla critica del modello normativistico, gerarchico e statocentrico, ha preso esplicitamente le mosse nel secolo scorso il fondatore della sociologia del diritto, Eugen Ehrlich⁷. Opponendosi apertamente alla immagine di un diritto dello Stato in grado di definire da solo il futuro assetto della società attraverso ambiziose codificazioni, Ehrlich riconosce che, per definire il futuro della società, è necessario anzitutto tenere conto di strumenti normativi di origine sociale. Ciò comporta due conseguenze: che le strutture normative di origine statale destinate a regolare la società vengono presentate come la punta di un iceberg normativo assai ampio e solo parzialmente visibile al giurista,

una nuova disciplina sociologica, la sociologia del diritto, con il compito, andato poi in larga parte smarrito, di assumere all'interno delle facoltà di Giurisprudenza un ruolo di critica costruttiva condotta con strumenti sociologici che difficilmente avrebbe potuto essere esercitato con pari efficacia in altri corsi di studi. Per una panoramica su alcuni dei giuristi italiani del secolo scorso più aperti alla considerazione della dimensione sociale del diritto cfr. FEBBRAJO, A. (a cura di), *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*. Milano: Giuffrè, 2013.

7 La critica di Ehrlich a Kelsen si inserisce in un celebre dibattito. Cfr. Eugen Ehrlich, Hans Kelsen, Max Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, (a cura di A. FEBBRAJO). Milano: Giuffrè, 2010, pp. 3-85.

e che per delineare il futuro del diritto vanno necessariamente utilizzate strutture normative, non solo formali ma anche informali, non solo statuali ma anche sociali. Insomma, l'idea guida di EHRLICH (1976) è che la gestione del futuro non possa essere affidata unicamente al diritto dello Stato, in quanto le sue radici affondano nelle diverse culture della società, di per sé assai più forti dei testi del diritto scritto. Ehrlich giunge così a parlare di una sorta di anti-diritto, di un «diritto vivente» nato spontaneamente, che lo Stato non riesce a soppiantare con le proprie norme. Tale diritto sarebbe destinato a regolare il futuro proprio perché solidamente basato sulle tradizioni, provenienti dal *passato*, delle varie popolazioni che all'epoca di Ehrlich convivevano pacificamente nell'ambito dell'Impero austroungarico⁸. Proprio mentre a Vienna Hans Kelsen era impegnato a delineare una visione coerentemente normativistica e stato-centrica del diritto, Ehrlich, muovendo da tutt'altra prospettiva, affermava, sulla base della quotidiana esperienza di giurista nella remota cittadina di Czernowitz, la prevalenza, a livello locale, di una pluralità di norme di origine sociale rispetto alle leggi dello Stato, promulgate da un parlamento lontano dalla vita reale delle periferie dell'Impero.

A ben vedere la teoria di Ehrlich non poggia sulla semplice ipotesi che da fatti sociali nascano norme, ma sul presupposto, più articolato e di stampo chiaramente evoluzionistico, che tali norme sono il risultato di una selezione spontanea guidata dal principio normativo della *efficienza*. Si assicura in tal modo la sopravvivenza delle norme che, nel corso della loro applicazione, si rivelino maggiormente adeguate a soddisfare i bisogni dei consociati riducendo al minimo eventuali costi sociali. Questo processo di selezione può essere rafforzato da giudici attenti alle esigenze della società che, interpretando liberamente i testi del diritto ufficiale, siano in grado di adattarli, ove necessario, al diritto vivente. Insomma, il diritto dello Stato per Ehrlich non sarebbe in quanto tale in grado di determinare *erga omnes* il futuro del diritto, mentre le norme sociali che in passato hanno provato la loro efficienza avrebbero la possibilità di determinare il futuro della comunità. Il diritto statale vive insomma una vita solo virtuale, essendo prodotto da uno Stato centralizzato incapace di recepire i costumi e le esigenze delle singole popolazioni mentre queste ultime, sulla base del loro diritto vivente, sono in grado di costruire autonomamente il proprio futuro.

- b) Un orientamento, non antropologico come quello di Ehrlich, ma dichiaratamente comportamentistico, viene adottato da Theodor Geiger. Geiger si contrappone alla rappresentazione normativistica del futuro del diritto, in quanto considera le norme statuali ingannevoli, irreali e disegnate per tratteggiare una realtà futura destinata spesso a restare sulla carta. Egli considera decisivo, per definire il futuro del diritto, non tanto il ricorso alle tradizioni del passato, quanto invece la effettiva reazione, qui e ora empiricamente accertabile, che i comportamenti devianti subiscono da parte degli apparati destinati a sanzionarli. Il futuro del diritto dipende insomma dalla probabilità statisticamente misurabile della *efficacia* delle norme.

Geiger incentra la propria attenzione sulle norme che diventano reali perché i comportamenti dei destinatari sono ad esse conformi, o perché in caso di devianza vengono applicate le norme giuridiche di secondo grado che impongono a determinati soggetti l'obbligo di intervenire contro eventuali violazioni del diritto. È quindi il presente, non il passato come per Ehrlich, la fonte del probabile

8 Come una piazza italiana, che nasce da un lungo lavoro di secoli, e non è quindi, normalmente, opera di un solo architetto, il diritto vivente ehrlichiano deve la sua armonia ad una serie di integrazioni, ritocchi, sostituzioni guidati dalla cultura e dalle tradizioni di una comunità.

· ALBERTO FEBBRAJO

futuro del diritto. La statistica che accerta empiricamente il grado di efficacia delle singole norme giuridiche può essere proiettata nel futuro solo ipotizzando la tendenziale stabilità delle prassi consolidate dai destinatari delle norme che preferiscono conformarsi a diffusi modelli di comportamento (*mimesis*)! (GEIGER, 1964)⁹

- c) Per disegnare il futuro del diritto un approccio, non realista ma relativista, viene sviluppato da Weber. Egli cerca di individuare i criteri di *razionalità* che, nei diversi contesti culturali, garantiscono l'osservanza futura delle norme giuridiche. Tali criteri possono essere ispirati, oltre che da prassi e tradizioni, anche da scopi che giustificano la puntuale osservanza del contenuto delle norme giuridiche da parte degli attori sociali interessati, siano essi i destinatari o i giudici che dovrebbero assicurarne la stabilità. Per Weber a dominare la scena del diritto occidentale è il diritto razionale-formale, caratterizzato dalla improbabile combinazione di leggibilità esterna e di coerenza logica interna. È questo tipo di diritto che, pur con qualche eccezione, favorirebbe nell'Occidente una prevedibilità basata sul comune orientamento al futuro, non solo dell'agire giuridico, ma anche dell'agire economico e amministrativo.

L'approccio weberiano appare pertanto incentrato non solo sulla differenziazione dei confini funzionali dei diversi settori sociali, ma su loro possibili intrecci e convergenze che comunque escludono la prevalenza di un certo settore sugli altri! (WEBER, 1968)¹⁰. Illustrando questa impostazione Weber, in uno dei suoi più complessi saggi metodologici, sviluppa il proprio approccio relativistico in relazione al diritto mediante la metafora del gioco. Il gioco del diritto, come qualsiasi gioco di carte, richiede che i giocatori ne condividano la struttura normativa per potere articolare orientamenti reciproci. Esso mantiene un minimo livello di senso riconoscibile sia dai giocatori sia dal pubblico. La sua struttura normativa, con il possibile futuro che essa definisce, dovrà essere riconosciuta prima di essere utilizzata dall'interno o osservata dall'esterno!¹¹. Ma questo non esclude che i giocatori, muovendo da prospettive diverse e da diversi criteri di razionalità, possano adottare strategie particolari per riuscire a vincere. La medesima struttura normativa può infatti essere considerata da una ampia gamma di intenti specifici, di tipo etico, utilitaristico oltre che puramente formale.

- d) La soluzione weberiana, basata ad un tempo su differenziazioni funzionali e su convergenze diffuse, viene ripresa da Niklas Luhmann e collocata all'interno di una vasta architettura dei diversi sistemi sociali che raccoglie e combina le principali caratteristiche degli ordinamenti giuridici contemporanei. La definizione del futuro del diritto viene articolata nell'opera di Luhmann in almeno tre modi che mettono rispettivamente in luce la dipendenza da *norme*, *decisioni* e *procedimenti* del sistema diritto. In tal modo viene assicurato, con modalità e prospettive temporali diverse, un comune obiettivo funzionale: quello della riduzione della complessità sociale attraverso la costruzione di strutture normative altrettanto complesse dotate anche di capacità cognitive, e quindi in grado di consolidare il passato in modo adeguato al presente per poter controllare il futuro.

9 GEIGER, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied: Luchterhand, 1964.

10 WEBER, M. *Economia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1968, vol. I, pp. 35 ss.

11 WEBER, M. *A proposito di Economia e diritto di Rudolf Stammler*. In: EHRlich, E., KELSEN, H., WEBER, M., cit., pp. 89-165.

Il diritto viene studiato da Luhmann muovendo dalla generalissima distinzione tra aspettative *cognitive* e aspettative *normative*. Secondo tale distinzione, basata sul loro diverso rapporto col futuro, le prime sarebbero destinate ad essere corrette se non realizzate, mentre le seconde sarebbero destinate ad essere tenute ferme, anche in caso di mancata realizzazione. È chiaro che tale distinzione è possibile solo se subordinata ad una struttura superiore che consenta di stabilire, a livello di una determinazione delle “aspettative di aspettative”, se in una certa situazione una aspettativa sia normativamente attesa o sia cognitivamente orientata sulla base di criteri in qualche misura generalizzati e consolidati a livello pregiuridico (LUHMANN, 1977)¹².

Per dare maggiore flessibilità alla determinazione della normatività o cognitività delle aspettative, le società avanzate ricorrono per Luhmann alla “positivizzazione del diritto”, mediante la quale il futuro del diritto è liberato da vincoli strutturali radicati nel passato. In base a tale trasformazione funzionale il diritto positivo stabilito dallo Stato, a differenza dal diritto naturale e da quello consuetudinario, diviene costantemente modificabile in base ad una *decisione*. Se in una società tradizionale il diritto è tanto migliore quanto più risalente, il diritto positivo è quindi ancorato al presente e può essere in ogni momento modificato essendo migliore proprio se più recente. Il diritto tende così ad acquistare molteplici futuri avendo costantemente la possibilità di apprendere e di adattarsi mediante nuove decisioni, alle diverse situazioni¹³.

Per compensare la estrema variabilità prodotta dal diritto positivo Luhmann sottolinea l'importanza di un p specifico sistema sociale, il *procedimento*, che ha il compito di determinare, non solo nel campo del diritto, le varie fasi attraverso le quali si giunge ad una decisione. Il procedimento legislativo, come quello elettorale o quello giudiziario che nell'opera di Luhmann risulta essere il più ampiamente trattato, producono un esito futuro incerto, ma bilanciano tale incertezza attraverso la minuziosa definizione dei loro confini. Pertanto in futuro potranno entrare nel procedimento solo quegli elementi esterni rigorosamente selezionati che vengono dallo stesso considerati rilevanti (LUHMANN, 1995)¹⁴.

Riassumendo si può dire che le diverse definizioni di diritto sopra elencate, a cominciare dalla esplicita definizione ehrlichiana di un diritto “vivente” alternativo al diritto statale, non coincidono necessariamente con i testi delle norme giuridiche, di per sé destinati a restare sociologicamente incerti e irrilevanti se non interpretati e tradotti nella pratica dei rapporti sociali. Il futuro del diritto risulta definibile solo con qualche approssimazione, sia dalle norme giuridiche sia dalle norme sociali applicate ai comportamenti giuridicamente rilevanti. La possibilità che il futuro del diritto corrisponda al contenuto delle norme giuridiche dipende da molti fattori, esterni ed interni al diritto statale. Esso non risulta quindi del tutto prevedibile per l'alto grado di dispersione e ridondanza delle norme sociali e per la frequente necessità di procedere ad adattamenti delle norme giuridiche filtrati dalla scienza giuridica ma ispirati dalla società stessa.

I diversi concetti sociologico-giuridici di diritto possono essere schematicamente riassunti nel modo seguente avendo riguardo ai loro orientamenti funzionali e temporali prevalenti:

12 LUHMANN, N. *Sociologia del diritto*. Bari-Roma: Laterza, 1977.

13 LUHMANN, N. *Sociologia del diritto*, cit. La positivizzazione del diritto presenta, per Luhmann, una diversa accentuazione rispetto al normativismo in quanto intende essere l'affermazione di un diritto eventuale e futuro più che di un diritto che già esiste.

14 LUHMANN, N. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. Milano: Giuffrè, 1995.

TAB. 1 • MODELLI SOCIO-GIURIDICI DI DIRITTO

Tipo di approccio	Fondamento dell'ordine sociale	Fondamento dell'ordine giuridico	Orientamenti funzionali e temporali prevalenti
Antropologico (Ehrlich)	Gruppi e comunità	Tradizione	Efficienza (passato)
Realistico (Geiger)	Calcolo di effettività	Sanzione	Effettività (presente)
Relativistico (Weber)	Orientamenti reciproci dell'agire	Gioco	Razionalità (futuro)
Sistemico (Luhmann)	Generalizzazione delle aspettative	Procedimento Positività del diritto	Riduzione della complessità (passato, presente, futuro)

Può aggiungersi che la sociologia giuridica più recente si collocandosi sulla scia di tali modelli. Per ridurre al minimo le divergenze tra futuro del diritto e futuro della società e adottare un variegato approccio ai loro rapporti, è stata proposta l'adozione non solo di una strategia che può dirsi "ecologica", in quanto estremamente rispettosa delle esigenze della società che non risulterebbero sovvertite a meno di non esporre le norme giuridiche ad una diffusa disapplicazione, ma anche di una strategia che può dirsi "omeopatica", in quanto volta ad utilizzare la società e le regole sociali per modificare la società stessa¹⁵.

3. Il futuro della *costituzione*

Le diverse concezioni del diritto e del suo futuro, fin qui sommariamente tratteggiate, presuppongono comunque che, in un ordinamento giuridico, vivente o statuale, alcune norme più norme delle altre, raccolte in una *costituzione*, svolgano l'essenziale compito di dare *unità* a ridondanti futuri, volta a volta da selezionare, innovare, stabilizzare. Al "politeismo" rappresentato da un pluralismo, di per sé incontrollabile e potenzialmente disgregante, la costituzione contrappone infatti un "monoteismo" mitigato e almeno in apparenza in grado di controllare il futuro.

I vari autori di cui ci siamo occupati attribuiscono alla costituzione compiti diversi, ma ancora una volta complementari. I gruppi di cui parla Ehrlich, ad esempio, non solo *hanno* una sorta di costituzione, ma in definitiva *sono* una costituzione naturale e spontanea. Nel caso del diritto effettivamente sanzionato di cui parla Geiger la costituzione ufficiale dello stato appare di per sé illusoria e mistificante, in quanto incompatibile con il diritto statisticamente determinabile prodotto dalle decisioni degli apparati che tendono a determinare il grado di effettività delle singole norme in base ad una costituzione reale in qualche misura statisticamente calcolabile. Nel caso del diritto razionale-formale di Weber la prospettiva si allarga ulteriormente, e comprende l'impianto prevalentemente burocratico delle società dell'Occidente che risulta collegato all'emersione di costituzioni per lo più

15 I tentativi della teoria dei sistemi di combinare chiusura e apertura del sistema giuridico per assicurare la dipendenza almeno parziale del futuro del diritto dal futuro della società, hanno trovato notevole fortuna nella letteratura. Cfr. ad esempio i concetti di *responsive law* (Nonet e Selznick) e *reflexive law* (Teubner).

orientate ad un tipo di razionalità in grado di assorbire i rischi del futuro avvalendosi dell'appoggio di altri settori della società¹⁶.

Le aperture extra-giuridiche di Weber vengono ulteriormente sviluppate dalla teoria generale dei sistemi. Affrontando esplicitamente il problema del ruolo sociale della costituzione Luhmann giunge a delineare una sofisticata impostazione intersistemica che attribuisce alla costituzione il compito di assicurare un accoppiamento strutturale tra sistema giuridico e sistema politico. Questo non vuol dire che sistema giuridico e sistema politico divengono un sistema unico. Al contrario, la costituzione è per Luhmann uno strumento in grado di connettere strutturalmente sistema giuridico e sistema politico consentendo così ai due sistemi di mantenere tra loro solo i rapporti strettamente indispensabili.

In tale prospettiva la costituzione appare come la parte più giuridica del sistema politico e al tempo stesso come la parte più politica del sistema giuridico, assumendo la funzione intersistemica di definire i confini sia giuridici sia politici del diritto (LUHMANN, 1993)¹⁷.

In effetti, è indubbio che, nel disegnare il possibile futuro della società, la politica è strettamente connessa al diritto¹⁸. La produzione di nuovo diritto per la società in tutti gli Stati, indipendentemente dalla misura in cui siano democratici e siano basati sul principio della divisione dei poteri, è compito principale del detentore del potere politico.

Luhmann ha quindi il merito di avere coniato un concetto in grado di mettere in evidenza che la costituzione rappresenta il punto più elevato per stabilizzare i margini di selezione del diritto valido per lo Stato e per variarli in futuro in considerazione di ragioni non solo giuridiche ma anche politiche!¹⁹ In tale contesto la costituzione può svolgere una funzione non solo giuridicamente regolativa, ma politicamente simbolica, non solo volta ad offrire soluzioni direttamente applicabili, ma anche speranze di soluzioni future! (NEVES, 2004)²⁰

Sulla base della distinzione luhmanniana tra selezione, innovazione e stabilizzazione delle norme l'ordinamento giuridico può in particolare essere considerato in grado di assicurare con le sue diverse componenti la sopportabilità dei rischi connessi a diverse interpretazione del futuro: il *giudice* difende le aspettative deluse di singoli individui in processi selettivamente orientati a un futuro prevedibile nel breve periodo; il *legislatore* assume il compito di produrre con le sue decisioni nuove aspettative normative orientate a un futuro proiettato normalmente nel medio periodo; la *costituzione* estende ulteriormente l'orizzonte temporale di affidabile continuità del diritto individuando un futuro in grado di resistere nel lungo periodo a possibili mutamenti legislativi. Tutte queste istanze riescono nel loro insieme a stendere sulla società una sorta di rete protettiva formata da norme giuridiche condizionate da norme sociali, che riescono a prefigurare con qualche approssimazione i futuri possibili nel breve, medio e lungo periodo rendendo maggiormente sopportabile l'incertezza del futuro.

16 WEBER, M. *Economia e società*, op. cit.

17 LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

18 Questo lo si vede soprattutto in norme che, come quelle sui principi generali della costituzione, lasciano un ampio margine a interpretazioni politicamente variabili essendo destinate a mantenere un elevato grado di stabilità futura.

19 È interessante notare che in molti Paesi la politicità della corte costituzionale è largamente riconosciuta. Le nomine dei Presidenti USA alla carica di membro della Corte Suprema rispecchiano apertamente questa impostazione, mentre lo stesso non vale in Italia dove, anche mediante la mancata introduzione di una *dissenting opinion*, si è preferito mantenere la finzione di una Corte politicamente neutra, benché per dare un senso al testo costituzionale sia necessario ricorrere a una visione politica in senso ampio, possibilmente non ristretta alla politica dei partiti ma comunque opinabile.

20 NEVES, Marcelo. *Costituzionalizzazione simbolica e de-costituzionalizzazione di fatto*, a cura di M. Carducci, Lecce: Pensa, 2004.

· ALBERTO FEBBRAJO

Ma il controllo del futuro non si manifesta solo come difesa dello *status quo*. Della costituzione, e più in generale del diritto, la sociologia giuridica considera due aspetti essenziali che si integrano tra loro per delineare un possibile futuro: quello *formale*, che tiene conto soprattutto del testo della costituzione, e quello *materiale*, che tiene conto delle diverse sfumature che tale testo, a cagione delle norme sociali circostanti, tende ad assumere²¹. L'aspetto formale della costituzione, basato sull'esame delle norme scritte (leggi, sentenze, provvedimenti amministrativi), va necessariamente integrato dall'aspetto materiale, soprattutto rivolto alla reinterpretazione delle norme giuridiche in vista di un loro adattamento cognitivamente aperto al futuro della società²². In altri termini, mentre la costituzione formale si concentra sulla selezione di ciò che è costituzionalmente ammissibile sulla base di un'alternativa duale (sì/no), la costituzione materiale ammette la possibilità di selezionare innovazioni più o meno stabilizzabili all'interno di margini di oscillazione determinati anche da norme sociali. Attraverso la combinazione dell'aspetto formale con quello materiale la costituzione tende ad escludere una rigidità eccessiva, che in sede di interpretazione potrebbe causare insopportabile distanza dal tessuto sociale, ma anche oscillazioni eccessive che potrebbero provocare insopportabile incertezza²³.

Il paradosso della costituzione, che dovrebbe vincolare non solo la generazione di quanti hanno direttamente o indirettamente potuto assistere alla sua nascita, ma anche le generazioni future, presumibilmente inclini a contestare alcuni dei suoi contenuti, risulta così superabile in quanto la costituzione, a seconda delle esigenze giuridiche e politiche, può essere sottoposta a colpi di freno e di acceleratore a livello interno ed esterno al momento della sua interpretazione o applicazione! (ALEXANDER, 1998)²⁴.

Adottando diverse impostazioni, giuridiche e politiche, formali e materiali, e combinandole la costituzione ha potuto così favorire nel corso del tempo diverse interpretazioni del ruolo dello Stato che vanno da uno Stato minimo che si occupa, non tanto di produrre direttamente determinati effetti futuri quanto di stabilire le modalità con cui consentire la loro possibile produzione, a un Welfare State il cui futuro viene delineato estendendo progressivamente la tutela dei bisogni da proteggere fino a che si può disporre dei mezzi economici necessari, a uno Stato pianificatore orientato a un futuro lontano, da definire sulla base di previsioni normative temporalmente scandite da applicare ai principali settori della società. La costituzione è quindi in grado di offrire alle innovazioni suggerite da altri sistemi sociali la possibilità di stabilizzarsi in diversi modelli di Stato che rendono il futuro del diritto maggiormente prevedibile.

Attualmente tuttavia un nuovo ordine giuridico multidimensionale, spesso giustificato quale risposta alla c.d. globalizzazione, sembra svilupparsi sempre più visibilmente al di sopra delle costituzioni statuali.

21 Cf. FEBBRAJO A. Corsi G. (eds), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016.

22 Va qui osservato che il carattere dichiaratamente multi-ideologico della costituzione italiana nata nel dopoguerra tende a rivelarsi causa di una elevata capacità di adattamento e di collegamento a futuri diversi.

23 Per Luhmann, il sistema giuridico-politico, definendo il futuro proprio e della società mette anche in evidenza i vantaggi offerti dalla democrazia che è in grado di escludere che la vittoria o la sconfitta di una certa parte politica sia accompagnata dalla eliminazione futura di possibilità di decisione, e comporta invece il loro semplice accantonamento in attesa di una nuova consultazione elettorale.

24 ALEXANDER L., (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Esso è fornito di vari livelli normativi nei quali possono trovare posto: quasi-costituzioni relative ad una pluralità di Stati tra loro in vario modo collegati in unità più ampie²⁵; nuovi soggetti pubblici e privati che, ponendosi con successo al di fuori del singolo Stato, risultano trasversali ai suoi confini, e possono a loro volta essere considerati portatori di proprie costituzioni; diritti viventi non fondati, come in Ehrlich, su tradizioni ancorate al passato, ma su vasti movimenti che vertono su temi costituzionalmente rilevanti di portata transnazionale, come la lotta alla criminalità organizzata, la regolamentazione dei flussi finanziari, la difesa dell'ambiente! (ZAGREBELSKY, 1996)²⁶.

Le costituzioni nazionali, pur mantenendo in tale contesto una interna dialettica tra aspetti giuridici e aspetti politici, tra aspetti normativi e cognitivi, non appaiono più in grado di rappresentare il punto più elevato ed astratto da cui acquisire le indicazioni relative al futuro del diritto e della società in quanto, al di sopra e al di fuori degli Stati, stanno emergendo strutture normative dotate di crescenti ambizioni di disegnare il futuro. Esempi significativi di tale neo-costituzionalismo non ancora stabilizzato sono: a) il dialogo tra giudici di differenti Corti costituzionali al fine di creare autonomamente un diritto comune, reso valido in Stati diversi sulla base di relazioni tra istituzioni omologhe disposte a superare i rispettivi limiti territoriali; b) l'attenzione rivolta da molti legislatori nazionali all'obiettivo di ridefinire in modo internazionalmente omogeneo concetti chiave delle rispettive costituzioni come quelli di famiglia, di matrimonio o di cittadinanza adeguandosi ad una razionalità valutativa diffusa al di là dei confini nazionali, c) le crescenti pressioni esercitate sui governi di alcuni Stati per adottare, sulla base di accordi internazionali, regole generali soprattutto di gestione economica che rientrerebbero tradizionalmente nell'ambito della loro sovranità!²⁷.

TAB. 2 • NUOVE FORME DI COMUNICAZIONE GIURIDICA TRANSNAZIONALE

Strumenti	Attori	Nuove frontiere della costituzione
Orientamento al Dialogo	Giudice	Costituzione oltre il Territorio
Orientamento a Valori Diffusi	Legislatore	Costituzione oltre il Demos
Orientamento all'Economia	Governo	Costituzione oltre la Sovranità

Tutto ciò mette a dura prova gli strumenti di regolazione a disposizione dei singoli Stati e conseguentemente sottolinea sempre più spesso la inadeguatezza delle singole costituzioni a delineare il futuro del diritto e della società. Non sono, a guardar bene, solo i rapporti Stato/costituzione a essere messi in discussione, ma gli stessi fondamentali elementi della costruzione dogmatica del concetto di Stato in quanto il concetto di territorio risulta ormai troppo ristretto rispetto alla portata dei problemi da risolvere; il concetto di *demos* risulta troppo limitato per bilanciare e orientare verso un bene comune

25 Va qui ricordato che di recente il termine costituzione è stato impropriamente usato, peraltro senza successo, per denominare un testo composto da un insieme di trattati internazionali da porre a fondamento della Unione Europea allargata.

26 Cf. ZAGREBELSKY, G., PORTINARO P. P., Luther J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

27 Sulla recente introduzione di un vincolo di pareggio di bilancio nelle costituzioni dei paesi dell'UE cf. BIFULCO, R. e ROSELLI, O. (a cura di) *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino: Giappichelli, 2013.

· ALBERTO FEBBRAJO

il potere dei decisori transnazionali; il concetto di sovranità risulta sempre più ridotto da esigenze di coordinamento esterno.

Correlativamente, la centralità dello Stato tende ad essere sostituita da forme oligarchiche che, in modo forse meno esplicito che in passato, presuppongono, non già la scomparsa dello Stato sovrano, ma un suo forte ridimensionamento all'interno di reti di Stati nelle quali non tutti gli Stati sono uguali. In un siffatto contesto è ormai possibile distinguere vari tipi di Stato, caratterizzati da diverse possibilità di costruire il loro futuro sulla base dei rispettivi principi costituzionali. Oltre agli Stati dotati di una relativa autonomia nella attuazione interna dei loro principi costituzionali, è possibile individuare Stati *imperialistici*²⁸, che tentano di interpretare la propria costituzione per perseguire non dimenticati progetti espansivi anche oltre i propri confini territoriali; Stati *emergenti*²⁹, che orientano i propri progetti di attuazione costituzionale allo sviluppo di una crescente influenza soprattutto economica, e Stati meramente *spettatori*, la cui posizione nella comunità degli Stati è limitata dalle loro ridotte dimensioni o da divisioni interne non del tutto pacifiche³⁰.

Di fronte a questi mutamenti e ai sempre più evidenti problemi che ne derivano oggi si tende per forza d'inerzia ad utilizzare apparati teorici e concettuali non sufficientemente rinnovati. Paradossalmente, il venir meno del principale punto di riferimento critico della sociologia del diritto, vale a dire la concezione centralistica dello Stato e dell'ordinamento giuridico, sembra produrre, come talora avviene in un partito politico privato dal proprio tradizionale avversario, disorientamento più che sollievo. In effetti, la sociologia del diritto si trova oggi a dover affrontare un superiore impegno critico che non consiste solo nel definire i limiti dello Stato centralizzato e nel sottolineare le potenzialità di un diritto aperto alla società capace di essere ad un tempo normativo e cognitivo, ma nel collocare il diritto statuale in un ambito transnazionale caratterizzato da equilibri ancora da definire.

In questo contesto la sociologia del diritto deve chiedersi: può il futuro del diritto essere ancora prevalentemente delineato da un singolo Stato? Possono le grandi narrazioni anti-statalistiche e anti-normativistiche cogliere le caratteristiche di un diritto che sembra essere non più statocentrico, ma sempre più manifestamente intersistemico? Di fronte alle crescenti comunicazioni intersistemiche, non solo relative al diritto e alla politica, ma anche ad altri sistemi sociali, il diritto appare in effetti sempre più immerso in un nuovo tipo di pluralismo, e la sua costituzione risulta essere una sorta di meta-regolatore delle regolazioni giuridiche e sociali in una prospettiva sempre più chiaramente incerta (LUHMANN, 1996)³¹.

4. Il futuro della differenziazione sociale

Già la sociologia del diritto classica ammetteva che solo con l'appoggio di altri sistemi sociali il diritto può svolgere la fondamentale funzione di rendere sopportabile l'incertezza del futuro. Siffatte

28 La Russia sembra corrispondere a questo tipo di Stato, per la maggiore consapevolezza del suo ruolo globale e del suo passato imperiale. L'assenza di questa lunga esperienza storica limita visibilmente il ruolo, apparentemente parallelo, degli USA.

29 Con l'eccezione della Russia pressoché tutti i Paesi normalmente identificati come BRICS sembrano rientrare in questa categoria. Ovviamente, rilevante anche se non decisivo in questo contesto è il possesso di armi nucleari.

30 Le dimensioni ridotte di uno Stato, e in alcuni casi la forzata divisione del suo territorio originario, sembrano essere le precondizioni necessarie per appartenere a questa categoria, con almeno una rilevante eccezione: la Città del Vaticano che è indubbiamente in grado di esercitare un ruolo.

31 LUHMANN, N. *Sociologia Del Rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

convergenze funzionali riguardano in effetti numerosi sistemi. La religione può sottolineare, ad esempio, la esistenza di un futuro oltre la vita, producendo così un inestimabile valore consolatorio, ma anche cogenti massime esistenziali in un più prossimo futuro terreno. L'economia è in grado di estendere l'orizzonte temporale del singolo attore individuando regole di scelta che, sulla base di ipotesi generalizzabili come la massimizzazione degli utili, possono essere impiegate in normali situazioni di risorse scarse per prevedere, *coeteris paribus*, probabili comportamenti futuri di altri attori. La scienza, dal canto suo, può assicurare un futuro momentaneamente certo ma, in prospettiva, sicuramente incerto data la sua specifica vocazione a progredire mediante falsificazioni³² Quanto alla politica, di per sé strutturalmente e funzionalmente connessa al diritto, essa può espandere l'orizzonte temporale sia dei sottoposti al potere sia dei suoi detentori, consentendo così di legittimare i ricambi della classe politica e la produzione del diritto futuro.

Questi convergenti orientamenti di diversi sistemi nei confronti del futuro mostrano la necessità di parlare oltre che di una regolazione extrastatuale anche di una regolazione intersistemica³³. Ciò risulta evidente sia per i costanti adattamenti richiesti a livello costituzionale³⁴, sia per la necessità di superare la troppo rigida distinzione tra cultura giuridica interna e cultura giuridica esterna³⁵. In tal modo si tende ad abbandonare un concetto di legalità troppo tecnico per poter spiegare adeguatamente eterogenee connessioni fattuali³⁶, ma anche un concetto di legittimità troppo utopico perché connesso a un livello di informazione e di partecipazione improbabile e quindi non generalizzabile³⁷.

Si può pertanto tentare di riconsiderare lo stesso concetto cardine di "giustizia" definendo "giusta" una decisione giuridica solo se gli effetti futuri che vengono prodotti appaiano compatibili con il funzionamento dei sistemi da essa direttamente o indirettamente sollecitati. Facendo riferimento alle norme sociali è così possibile distinguere tra una apertura intersistemica "buona", in quanto funzionale a un condiviso concetto di giustizia, e una apertura intersistemica "cattiva", in quanto funzionale ad interferenze potenzialmente produttrici di ingiustizia. Il concetto di giustizia verrebbe così guidato

32 Al proposito si può sottolineare che questa generalizzata incertezza può trasformarsi in generalizzata certezza nei confronti dell'ultima scoperta annunciata, il che spiega la fede (quasi) religiosa che certi settori della scienza e in particolare della tecnologia riescono a suscitare.

33 In generale in una prospettiva come quella oggi prevalente, caratterizzata da una intensa comunicazione inter-sistemica, si avverte una espansione ormai generalizzata di una particolare razionalità, quella politica, rivolta ad ottenere consenso anche in altri sistemi, e viceversa. Particolarmente evidente sembra essere il caso della Chiesa cattolica che, con una chiara scelta geopolitica, ha riconosciuto dapprima la centralità dei rapporti Est Ovest, e quindi quella dei rapporti Nord Sud, utilizzando più esplicitamente che in passato strumenti politici con l'obiettivo di produrre fede mediante consenso, e non viceversa.

34 Di questo una Corte Costituzionale, come quella italiana, attenta agli effetti delle proprie sentenze su diversi sistemi sociali, ha spesso mostrato di essere consapevole. Essa tende infatti a contemporare le esigenze astratte del diritto con le esigenze di altri sistemi, in particolare di quello economico, partendo dal presupposto (politico) che questo non può essere caricato di oneri capaci di minacciarne il funzionamento neppure nel nome di diritti legalmente riconosciuti.

35 FRIEDMAN, L. M. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*. Bologna: il Mulino, 1978.

36 Il principio secondo il quale *summum ius* può trasformarsi in *summa iniuria*, rivela la secolare consapevolezza degli addetti ai lavori relativamente ai limiti di una impostazione puramente legalistica, incapace di fornire sufficienti giustificazioni in un'ottica più ampia, che oggi si direbbe inter-sistemica.

37 Caso tipico: i referendum costituzionali che si affidano ad un sì o un no da esprimere relativamente a centinaia di articoli al fine di coprire la inevitabile assenza di legittimazione costituzionale degli organi che hanno redatto il testo della costituzione. Al sistema giuridico-politico nel suo insieme viene in effetti più frequentemente riconosciuta la possibilità di incontrare, non già un diffuso consenso, ma una "acquiescenza", interpretabile nella terminologia di Luhmann come doppia negazione, come delegittimazione della delegittimazione che, sulla base di norme sociali, eviti conflitti o li sappia all'occorrenza canalizzare. Questo giustifica l'emergere di forme di antipolitica, che sembrano già appartenere al futuro che propongono, grazie all'impiego di nuovi strumenti di comunicazione.

· ALBERTO FEBBRAJO

da una sorta di ‘coscienza collettiva’ in grado di riflettere e combinare le diverse funzioni in gioco dal punto di vista dei soggetti coinvolti³⁸.

L’importanza, e anche la difficoltà, di una regolazione intersistemica risulta evidente soprattutto in situazioni di crisi. Per crisi si intendono qui, non già semplici difficoltà di armonizzazione delle relazioni intersistemiche, ma quei momenti ricorrenti nei quali l’ordine sociale prodotto dalla interazione dei vari sistemi rompe i propri equilibri. Si possono produrre in tal caso circuiti intersistemici negativi che si rafforzano reciprocamente risultando incontrollabili da un solo settore e fanno così crescere oltre i limiti di sopportabilità l’incertezza del futuro³⁹.

La rottura dei normali equilibri intersistemici si manifesta pertanto in modo per lo più impreveduto⁴⁰ senza che, come avviene di fronte ad onde anomale, vi sia la possibilità né di predisporre contromisure né di intervenire a livello pragmatico per ridurre efficacemente gli effetti negativi. Le crisi segnalano in effetti i limiti della capacità delle scienze sociali di coglierne i segnali premonitori, non tanto per insufficienza di ricerche empiriche quanto per la diffusa tendenza, della teoria e del senso comune, a far uso degli strumenti del passato prossimo se non addirittura del passato remoto per decifrare il presente! (KJAER, TEUBNER, FEBBRAJO, 2011)⁴¹.

Per riuscire, se non a prevenire, almeno a controllare meglio le crisi, occorrerebbe disporre di strumenti normativi e cognitivi di livello superiore a quello fornito da prospettive stato-centriche limitate alla considerazione di sistemi singoli. I sistemi coinvolti dovrebbero essere infatti: a) più cognitivamente in grado di identificare possibili fonti remote della crisi; b) meno normativamente differenziati per poter disporre di codici comunicativi capaci di collegare sistemi diversi; c) più cognitivamente flessibili per poter individuare misure eccezionali idonee a produrre gli aggiustamenti richiesti dagli ambienti dei sistemi coinvolti; d) meno normativamente ideologizzati per poter cogliere la forza normativa della necessità e tradurla in interventi concreti (SANTI ROMANO, 1946)⁴².

Un naturale punto di incontro intersistemico tra cultura giuridica e politica è indubbiamente costituito dalla analisi critica delle *politiche pubbliche*. Tale vasto ambito, non a caso, ha attirato l’attenzione di gran parte della sociologia del diritto italiana in prospettiva critica⁴³. È possibile distinguere in tale contesto: il campo della regolazione normativa della società che non manca di segnalare il forte ridimensionamento del ruolo dello Stato e della sua normazione in una cornice transnazionale (A. Bixio, A. La Spina, A. Rufino); il campo delle numerose connessioni, non sempre manifeste, tra diritto e potere (S. Andrini, T. Marci, M. Strazzeri); il campo delle politiche della giustizia, che prendono in considerazione quelle disfunzioni strutturali che possono spiegare le ragioni della durata dei processi, ostacolo tipicamente italiano ad una ragionevole fiducia nel loro esito

38 Un esempio al proposito è rappresentato dal film *Ladri di biciclette*. Con l’adesione di una platea globale, tale film, espressione del neorealismo italiano, tematizza la giustizia della non punizione di un ladro colto sul fatto, in considerazione dei danni che ciò provocherebbe alla famiglia che lo stesso ladro voleva sostenere col suo furto.

39 Un esempio di crisi in tal senso può essere ravvisato nelle attuali tensioni tra sistema formativo, sistema famiglia e sistema lavoro che combinano percorsi formativi sempre più lunghi e processi di assorbimento nel mercato del lavoro sempre più lenti.

40 Invero gli effetti di una lunga catena di eventi singolarmente probabili, possono risultare improbabili e quindi imprevedibili se la catena di eventi viene considerata nella sua interezza (allo stesso modo è del tutto improbabile che tutti i numeri più probabili vengano estratti). Soprattutto a livello individuale, questa imprevedibilità finale di una serie di atti singolarmente prevedibili viene solitamente giustificata come destino.

41 KJAER, P., TEUBNER, G., FEBBRAJO, A. (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

42 Cfr. ROMANO, Santi. *L’ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1946.

43 FEBBRAJO, A., LA SPINA, A., RAITERI, M. (a cura di). *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*. Milano: Giuffrè, 2006.

(L. D'Alessandro, M. Raiteri, C. Sarzotti); il campo delle politiche per la famiglia, che solleva il problema culturale delle rapide modificazioni che tale istituto sta attraversando sia nella cultura giuridica dei destinatari delle norme sia in quella degli addetti ai lavori (A.R. Favretto, G. Maggioni, P. Ronfani); il campo dei processi di professionalizzazione, che producono ruoli interstiziali in grado di incidere profondamente sulla sicurezza del cittadino e sui suoi rapporti con le istituzioni (P. Marconi, G. Mosconi, C. Pennisi); il campo del controllo della devianza, che riflette profonde trasformazioni culturali nelle quali è possibile individuare influssi di culture non solo politiche e giuridiche ma anche religiose (S. Costantino, D. Melossi, F. Prina, E. U. Savona).

Proseguire lungo le direttrici indicate comporta, per la sociologia del diritto, un riesame della grande ipotesi evolutiva della differenziazione sociale e delle emergenti porosità dei confini, non solo degli Stati ma anche dei sistemi sociali, che rendono sempre più evidenti le loro reciproche interrelazioni in una necessaria co-evoluzione.

De-differenziare, come ci insegna la più recente teoria dei sistemi, non significa semplicemente confondere tra loro i contenuti e le funzioni dei sistemi sociali, ma significa individuare dei connettivi intersistemici capaci di spiegare possibili sovrapposizioni o contaminazioni funzionali che risultino rilevanti per leggere il futuro del diritto. Il riferimento a una "memoria" comune del diritto e degli altri sistemi sociali volta a volta coinvolti da una nuova regolamentazione, consentirebbe di individuare meglio, anche da una prospettiva antropologica, gli ostacoli e le resistenze culturali in grado di suggerire giuridicamente e/o sociologicamente, modificazioni delle norme o loro diversi livelli di precisione. Di questo dovrebbe in particolare tenere conto una regolamentazione di carattere transnazionale⁴⁴.

Sull'importanza di questa "memoria" per il futuro del diritto convergono normativismo e sociologia del diritto, ovviamente da due prospettive diverse: il primo sottolineando i suoi elementi formali e strettamente giuridici, la seconda sottolineando le sue componenti extra-giuridiche.

Invero, con l'uso della scrittura, che affidava il testo normativo a un supporto scritto, in linea di principio accessibile a tutti, solo apparentemente è stata ridotta l'influenza delle norme sociali sul diritto futuro. I professionisti del diritto hanno infatti difeso la loro tradizionale insostituibilità quali depositari dei segreti del diritto futuro attraverso cortine tecnocratiche (*latinorum*), ed è enormemente aumentata, con la espansione della memoria disponibile dovuta alla scrittura, la quantità delle norme giuridiche, che risultano quindi difficilmente interpretabili al di fuori di un contesto sempre più ampio di norme correlate. Questi ostacoli rendono ancora più incerta la certezza del diritto mentre continua a essere rilevante il ruolo delle norme sociali, spesso non scritte ma di per sé più pluralistiche e flessibili di quelle dello Stato.

In generale la stessa rappresentazione del diritto può influenzare il ruolo sociale ad esso generalmente attribuito. In effetti, se è vero che l'osservazione modifica il proprio oggetto, il futuro del diritto dipenderà inevitabilmente anche dal futuro assetto della scienza sociale che lo studia⁴⁵. Per rispondere alle attuali sfide sembra quindi necessario, in una prospettiva globale, prendere anzitutto atto, autocri-

44 Invero le regole giuridiche trapiantate da un contesto culturale ad un altro danno spesso luogo a effetti futuri profondamente diversi (si vedano alcuni principi importati nel nuovo procedimento penale italiano). D'altro canto regole sociali, come quelle relative all'uso di determinati beni, vengono spesso formulate tenendo conto dei livelli di precisione attesi nei diversi ambiti culturali (eloquente è il caso della bevanda alcolica distribuita da una multinazionale che in alcuni Paesi andrebbe servita ad una determinata temperatura e in altri "né troppo calda né troppo fredda").

45 Sul punto cfr. da ultimo LUHMANN N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. Invero, se la scoperta di un algoritmo da parte di un sociologo del diritto consentisse di prevedere con accettabile approssimazione gli effetti futuri di determinate normazioni, tali effetti potrebbero essere immediatamente modificati da interventi, altrimenti improbabili, provocati dalla conoscenza della profezia.

· ALBERTO FEBBRAJO

ticamente, della eclissi dell'Europa e della sua cultura quale predominante faro culturale (SCHMITT, 1972)⁴⁶. Questo non significa rinunciare ai principi ispiratori della nostra civiltà giuridica, ma semplicemente relativizzarli evitando, attraverso la diffusa adesione ad un *wishful thinking*, di attribuire ad essi un ruolo destinato a rivelarsi utopico.

In tale contesto il futuro del diritto richiede, per essere meglio compreso, un nuovo concetto di Stato, la cui risalente base risulta come si è visto, ormai usurata, essendo il *demos* prodotto di fasci di esclusioni/inclusioni non solo giuridicamente ma socialmente incontrollabili; la sovranità sempre più una pallida controfigura della sua accezione tradizionale data l'influenza crescente di altri sistemi, come l'economia, che sfuggono al controllo diretto degli Stati; il territorio delimitabile da confini flessibili, a seconda del senso da dare a fenomeni trasversali largamente eterodiretti come le migrazioni.

Almeno in una parte della cultura giuridica perdura invece un attaccamento a categorie tradizionali che impediscono di prendere atto, in una visione post-weberiana, che il mondo occidentale non ha né l'autorità né la forza di dettare principi in grado di determinare il futuro del mondo⁴⁷. Il feticismo dello Stato e della sua costituzione, che ha una solida tradizione nel pensiero occidentale e viene tenuto in vita da una sorta di "ortopedia discorsiva" (Foucault), è un esempio della riluttanza a riconoscere che la nostra cultura giuridica può continuare a far galleggiare e ad affermare alcuni principi solo in ambiti storicamente delimitabili.

Le grandi questioni che la attori e sociologi del diritto si trovano a dover affrontare lasciano ormai intendere che occorre sviluppare un nuovo lessico, meno dipendente da un mondo che non esiste più, e che forse non è mai esistito, ma che resta ancora culturalmente influente in assenza di adeguate alternative. Piuttosto che limitarsi a tradurre in termini esoterici questioni già conosciute, occorre insomma prendere atto dell'affermarsi delle dimensioni transnazionali e intersistemiche, e fare sempre più spesso ricorso a una 'logica delle connessioni'⁴⁸ che appare più adatta della tradizionale 'logica delle distinzioni' a rappresentare le diffuse relazioni, non solo giuridiche e politiche, ma anche religiose ed economiche, da cui risulta dipendere il futuro del diritto.

THE FUTURE OF THE LAW

RIFERIMENTI

ALEXANDER, L. (Ed.). *Constitutionalism*. Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ANDRINI, S. *La pratica della razionalità*. Diritto e potere in Max Weber. Milano: Angeli 1990.

46 SCHMITT, Carl. *Le categorie del 'politico'*, *Saggi di teoria politica a cura di Gianfranco Miglio e di Pierangelo Schiera*. Bologna, il Mulino, 1972, p. 21.

47 Per un bilancio dell'eredità di WEBER, Max, cfr. ROSSI, Pietro (a cura di), *Ripensare Max Weber*. In occasione del centocinquantenario dalla nascita, Accademia Nazionale dei Lincei, Editore Scienze e Lettere, Roma 2015.

48 Sul punto cfr. FEBBRAJO, A., Introduction to A. Febbrajo, G. Harste (eds.), *Law and Intersystemic Communication: Understanding 'Structural Coupling'*. Farnham, Ashgate, 2013.

- ARNAUD, A. -J. *Critique de la raison juridique*. Paris: Librairie Général de Droit er de Jurisprudence, 1981.
- BETTINI, R. *Il circolo vizioso legislativo*. Milano: Angeli, 1983.
- BIFULCO, R.; ROSELLI, O. (a cura di). *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale. Torino: Giappichelli, 2013.
- BIXIO, A. *La positività e le nuove forme di statualità*. Trento: Edizioni Scientifiche, 2013.
- COSTANTINO, S. *Criminalità e devianza*. Roma: Editori Riuniti, 2004.
- COTESTA, V.; FEBBRAJO, A.; PACE, E.; SEGATORI, R. (Eds.). *Il pluralismo religioso tra politica, diritto e società*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010.
- D'ALESSANDRO, L. *Decisione del legislatore e interpretazione del giudice*. Genealogia di un'utopia permanente. Napoli, 2009.
- EHRlich, E. *I fondamenti della sociologia del diritto*. A cura di A. Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1976.
- EHRlich, E.; Kelsen, H. Un dibattito sul concetto di diritto. In: EHRlich, E.; Kelsen, H.; WEBER, M. *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010.
- FAVRETTO, A. R. *Obbedire e negoziare*. Gli adolescenti e la disciplina familiare. Roma: Donzelli, 2010.
- FEBBRAJO, A.; LA SPINA, A.; RAITERI, M. (a cura di). *Cultura Giuridica e Politiche Pubbliche*. Italia, Milano: Giuffrè, 2006.
- FEBBRAJO, A.; HARSTE, G. (Eds.). *Law and Intersystemic Communication: Understanding 'Structural Coupling'*. Farnham: Ashgate, 2013.
- FEBBRAJO, A.; GAMBINO, F. (Eds.). *Il diritto frammentato*. Milano: Giuffrè, 2013.
- FEBBRAJO, A. Introduction to A. Febbrajo, G. Harste (Eds.). *Law and Intersystemic Communication: Understanding 'Structural Coupling'*. Farnham, Ashgate, 2013.
- FEBBRAJO, A.; CORSI, G. F. (Eds.). *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, forthcoming. Farnham, Ashgate, 2013.
- FEBBRAJO, A. *Sociologia del diritto*. Concetti e problemi. Bologna: il Mulino, 2013.
- FEBBRAJO, A. *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*. Milano: Giuffrè, 2013.
- FRIEDMAN, L. M. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*. Bologna: il Mulino, 1978.
- GEIGER, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied: Luchterhand, 1964.
- KELSEN, H. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Etas, 2000.
- KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Eds.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*. The Dark Side of Functional Differentiation. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- LA SPINA, A.; MAJONE, G. *Lo stato regolatore*. Bologna: il Mulino, 2000.
- LLEWELLYN, K. N. The Normative, the Legal, and the Law-jobs. *The Yale Law Journal*, XLIX, pp. 1355-1400.
- LUHMANN, N. *Sociologia del diritto*. Bari-Roma: Laterza, 1977.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, N. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. Milano: Giuffrè 1995.
- LUHMANN, N. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996.
- LUHMANN, N. *Sistemi sociali*. Fondamenti di una teoria generale. Bologna: il Mulino 2000.

• ALBERTO FEBBRAJO

- LUHMANN, N. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- MAGGIONI, G. *Bambini e genitori*. Roma: Donzelli, 2013.
- MARCI, T. *L'“altra” persona*. Problemi della soggettività nella società contemporanea. Milano: Angeli, 2008.
- MAGNIER, A.; VICARELLI, G. (Eds.). *Mosaico Italia. Lo stato del paese agli inizi del XXI secolo*. Milano: F. Angeli, 2010.
- MARCONI, P. *Spazio e sicurezza*. Descrizione di paure urbane. Torino: Giappichelli, 2004.
- MELOSSI, D. *Stato, controllo sociale, devianza*. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti. Milano: Bruno Mondadori, 2002.
- MONGARDINI, C. (Ed.). *La sociologia del futuro*. Roma: Bulloni, 2004.
- MOSCONI, G. *Criminalità, sicurezza e opinione pubblica nel Veneto*. Padova: Cleup, 2000.
- MORIONDO, E. *L'ideologia della magistratura italiana*. Bari: Laterza, 1967.
- NEVES, M. *Costituzionalizzazione simbolica e de-costituzionalizzazione di fatto*, a cura di M. Carducci. Lecce: Pensa, 2004.
- NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and Society in Transition*. New York: Harper and Row, 1978.
- PENNISI, C. *Istituzioni e cultura giuridica*. Torino: Giappichelli, 1998.
- PRINA, F. *Devianza e politiche di controllo*. Scenari di tendenze nella società contemporanea. Roma: Carocci, 2003.
- RAITERI, M. *Il giudice selettore*. Riformulazione degli assetti di interessi e determinazione di equilibri socio-giuridici. Milano: Giuffrè, 1990.
- MONGARDINI, C. (Ed.). *La sociologia del futuro*. Roma: Bulzoni, 2004.
- ROMANO, S. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1946.
- RONFANI, P.; BOSISIO, R. *Le famiglie omogenitoriali*. Roma: Carocci, 2015.
- ROSSI, P. (a cura di). *Ripensare Max Weber*. In: Occasione del centocinquantenario dalla nascita. Accademia Nazionale dei Lincei. Editore Scienze e Lettere, Roma, 2015.
- RUFINO, A.; TEUBNER, G. *Il diritto possibile*. Funzioni e prospettive del medium giuridico. Milano: Guerini, 2005.
- SARZOTTI, C. *Culture giuridiche e culture della pena*. Torino: L'Harmattan Italia, 2006.
- SAVONA, E. U.; MEZZANOTTE, L. *La corruzione in Europa*. Roma: Carocci, 1998.
- SCHMITT, C. *Le categorie del ‘politico’*. Saggi di teoria politica a cura di Gianfranco Miglio e di Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972.
- STRAZZERI, M. *Il teatro della legge*. L'enunciabile e il visibile. Bari: Palomar, 2007.
- TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements. *Modern Law, in Law and Society Review*, XVII, 1983.
- TOMEIO, V. *Il diritto come struttura del conflitto*. Milano: Angeli, 1981.
- TREVES, R. *Sociologia del diritto*. Origini, Ricerche, problemi. Torino: Einaudi, 1988.
- WEBER, M. *Economia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1968, vol. I.
- WEBER, M. A proposito di Economia e diritto di Rudolf Stammler. In: EHRlich, E., KELSEN, H., WEBER, M. *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. FEBBRAJO. Milano: Giuffrè, 2010.
- ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P.; LUTHER, J. (a cura di). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.