

La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner

RICCARDO PRANDINI*

In questa postfazione vorrei argomentare una precisa tesi: l’oggetto della ormai più che trentennale ricerca teorica ed empirica di Teubner, è quello della “relazione” tra il diritto e gli altri sottosistemi sociali¹. Teubner indirizza la sua teoria “sui confini” sistemici, su quei processi di traduzione/tradimento (e di fraintendimento) tra logiche e codici sistemici differenti che producono un *surplus* di senso, un “inoltre”. È una riflessione sul carattere ibrido di quei dispositivi di “legatura” tra società e diritto che devono assecondare una duplice e paradossale logica: quella della chiusura operativa del sistema e quella della sua apertura all’ambiente. Questa fenomeno-logica della relazione sta anche a “fondamento” del modo di teorizzare teubneriano. La sua è scienza della *com-*

* Ricercatore di Sociologia dei processi culturali e comunicativi, nella Facoltà di Scienze Politiche dell’Università degli Studi di Bologna. Desidero ringraziare Gunther Teubner per aver letto e commentato questa postfazione dandomi preziosi suggerimenti e rendendola migliore. Lo ringrazio altresì per la lettura e le migliori di tutti i pezzi tradotti in questo volume. Colgo l’occasione per ringraziare anche Matteo Bortolini per l’aiuto datomi nel revisionare profondamente le traduzioni. A lui e ad Andrea M. Maccarini va il mio più profondo grazie per i numerosi commenti alla introduzione. Un ultimo grazie va ad Anna Paola per aver cercato di migliorare lo stile delle mie traduzioni.

¹ Molti degli articoli e delle opere di Teubner sono state tradotti in svariate lingue (inglese, italiano, francese, spagnolo, portoghese, giapponese, polacco, etc.). In questo saggio riporto sempre il titolo del testo in inglese che, nella maggior parte dei casi, segue cronologicamente quello originale in tedesco. Chi volesse consultare la bibliografia completa di Teubner, può collegarsi al sito <http://www.jura.uni-frankfurt.de/teubner/>.

plexio oppositorum, della *concordia discors*, della *unitas multiplex*: scienza dei paradossi che intende “spiegare” l’impossibile possibilità di identità generate da differenze, di aperture prodotte da chiusure. Scienza chiaramente post-hegeliana (almeno rispetto all’Hegel dei “moderni”), così come sono stati quasi tutti i pensieri della differenza nella seconda metà del Novecento: scienza che dialoga principalmente con la teoria dei sistemi autopoietici tradotta sociologicamente da Niklas Luhmann e con il decostruzionismo di Jacques Derrida; scienza che si nutre di paradossi e che “finge” infondate fondazioni, ma pure scienza in continuo dialogo con l’esperienza giuridica quotidiana, col diritto “vivente”. Questa scienza è simultaneamente e necessariamente, anche una pratica e una prospettiva. Teubner, che insegna sia sociologia del diritto sia diritto privato, da sempre ribadisce che la teoria può e deve influenzare i processi sociali. Per “questa” scienza è decisiva l’elaborazione di una “giurisprudenza sociologica”² (un altro ibrido) che traduca/tradisca nel diritto la realtà ambientale, istituendo così uno “spazio immaginario”, una realtà *sui generis* capace di trattare la società giuridicamente. Ogni società caratterizzata storicamente dalla sua forma primaria di differenziazione, dà origine a una semantica giuridica, a un insieme di simboli, dogmatiche e culture normative, tesi a dis-localarne i paradossi fondativi e a permetterne l’auto-descrizione sensata.

Proprio questa connessione tra struttura della società e semantica del diritto (o se si vuole “cultura del diritto”) guiderà il percorso che ho tracciato a modo di introduzione. Si tratta di una rilettura molto selettiva del pensiero di Teubner che ci porterà dai problemi di una società inter-nazionale che si territorializza attraverso la “costituzione” degli stati nazionali, a una “società-mondo” dove quei confini rappresentano ormai solo una forma di differenziazione secondaria. Quando la differenziazione funzionale della società-mondo decostruisce le categorie moderne del diritto e quando la gerarchia delle fonti lascia spazio a una infinita rete eterarchica di rimandi giuridici, emerge il problema della “costituzione” del nuovo

² G. Teubner, *Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation*, in M. Amstutz (a cura di), *Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem*, Schulthess, Zürich 2004, pp. 7-38; *Die Perspektive soziologischer Jurisprudenz: Das Recht der Netzwerke*, in *Festschrift für Klaus Röhl*, Nomos, Baden-Baden 2003. Sul tema della “giurisprudenza sociologica” si vedano anche le “Storrs Lectures” del 2003.

arcipelago globale³. O almeno così la faccenda appare a chi abbia a cuore la possibilità stessa del diritto e della giustizia nell'epoca della globalizzazione.

1. Il diritto della modernità. La crisi del giuspositivismo e il processo di giuridificazione della società

1.1. La regulatory crisis e l'emergere del diritto riflessivo come risposta evolutiva

Il problema che, sin dalla seconda metà degli anni Settanta, stimola la riflessione di Teubner concerne le relazioni tra il diritto e la società e gli effetti di tale connessione. In tutto quel periodo e fin ai primi anni Ottanta, Teubner affronta il problema della regolazione della società attraverso il diritto⁴. È un problema che si presenta con massima evidenza nell'epoca del *Welfare State* dove attraverso la politicizzazione (materializzazione) del diritto si cerca di rispondere alla crisi della razionalità formale del giuspositivismo⁵.

Il problema della “giuridificazione” (*Verrechtlichung*) della società nasce dalle ceneri del sogno cibernetico secondo cui per dirigere lo sviluppo dei sistemi sociali sarebbero bastate “conoscenze e potere”. La cibernetica di primo ordine e la teoria dei sistemi “aperiti” ponevano le condizioni del cambiamento sociale nel suo ambiente. Il sistema sociale poteva essere regolato dal sistema politico-amministrativo, mediante il potere, il diritto e il denaro: *requisite variety for running the world*, questo era lo slogan che esprimeva *l'esprit du temps*⁶. Fu all'inizio degli anni Ottanta che il sogno cominciò a trasformarsi in un incubo: il sistema somigliava sempre

³ F. Ost - M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaire saint-Louis, 2002.

⁴ G. Teubner, *The Transformation of Law in the Welfare State*, in G. Teubner (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin/New York 1985, pp. 3-10; *Evoluzione Giuridica ed Autopoiesi*, «Sociologia del diritto», 13, 1986, pp. 199-214.

⁵ N. Luhmann, *Teoria politica nello stato del benessere*, Milano, Angeli, 1983; J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, il Mulino, 1986.

⁶ Come ricorda N. Luhmann, *Comunicazione ecologica*, Milano, Angeli, 1989, p. 74.

più a un “bisonte” incontrollabile, e i meccanismi di controllo si rivelavano rischiosi per la società e per il suo ecosistema⁷.

La crisi di razionalità implicita in quella diagnosi esplodeva nella relazione, sempre più problematica, tra diritto e *welfare state*, e in particolare si manifesta come profluvio legislativo, eccesso di potere ai giudici, politicizzazione del diritto, burocratizzazione della società. Il perfetto formalismo del diritto, la razionalità del giurisprudenzialismo fine Ottocentesco, la sua stabilità, prevedibilità e certezza entrarono in crisi quando il sistema politico cominciò a volerli includere le domande di democrazia, giustizia e dignità provenienti da una società sempre più conflittuale⁸. “Giuridificazione” fu appunto il termine utilizzato per osservare che lo Stato sociale produceva “direttamente” un nuovo tipo di diritto, quello “regolativo”⁹. È da queste trasformazioni che Teubner trae una prima argomentazione: i processi di produzione (di *autopoiesis* e “chiusura” operativa) e di esposizione del diritto a richieste ambientali (apertura e strumentalizzazione) sono simultanei e intrecciati. L’indipendenza e la dipendenza del diritto dalla società sono simultanee e non sono concepibili come processi a “somma zero”.

La riflessione teorica coeva elabora “modelli strategici del diritto” che contengono sia valutazioni normative sia riflessioni strategiche finalizzate a risolvere il problema della “giuridificazione”. La costruzione del diritto fa simultaneamente parte dell’agire scientifico, giuridico e politico, dando vita a un ibrido, la “prassi giuridica”, teso a guidare la società. Due sono i modelli strategici rilevanti: quello tipicamente *welfarista* e quello liberale¹⁰. Per il primo modello occorre orientare “politicamente” il diritto. Lo stato è responsabile della crescita del benessere e deve agire per mezzo di pro-

⁷ In effetti Giddens si chiedeva pochi anni fa fino a che punto si potesse calcolare il “mostro”: A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, il Mulino, 1994. Sul rischio si veda: N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano, Bruno Mondadori, 1991; U. Beck, *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000.

⁸ G. Teubner, *Il codice perduto di Napoleone. La dinamica propria del diritto come problema politico*, «Fenomenologia e sociologia», 13, 1990, pp. 41-56.

⁹ G. Teubner, *Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold*, «Social and Legal Studies», 1, 1992, pp. 451-475; *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*, IUE, Firenze, De Gruyter, Berlin/New York 1987; *Aspetti, Limiti, Alternative della Legificazione*, in «Sociologia del Diritto», 12, 1985, pp. 7-30.

¹⁰ Lib-Lab secondo la nota teorizzazione di P. Donati, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

cessi democratici. La risposta alla “giuridificazione” sta in un diritto reso più efficace dall’aumento di risorse cognitive, organizzative e di potere: anche la dogmatica deve trasformarsi in una “tecnica sociale” capace di guidare politicamente il diritto. Diversa, ma del tutto complementare, è la logica del modello liberale, secondo cui il problema sta nell’inefficienza del diritto. La crisi è identificata con i costi economici e sociali prodotti dalla iper-regolazione; l’obiettivo sta nell’incrementare le libertà e la funzione del diritto sta nel garantire un quadro di garanzie giuridiche generali per le libertà private. La strategia proposta è quella della “degiuridificazione” delle sfere sociali e della privatizzazione dei compiti statali. Il diritto diventa un insieme di “regole del gioco” funzionali alla libertà individuale. Entrambi i modelli sono altamente problematici. Il primo si impiglia nel famoso “trilemma regolativo”¹¹ (ogni intervento regolativo che vada oltre i suoi limiti o è irrilevante, o produce disintegrazione sociale o disintegrazione del diritto stesso); il secondo non tiene sufficientemente conto delle conseguenze della degiuridificazione. Entrambi operano con una teoria uni-lineare e monocausale, con vecchi schemi *input-output* che presuppongono l’esistenza di “sistemi triviali”.

Secondo Teubner la soluzione va invece cercata in un “diritto riflessivo” capace di sostenere l’autoreferenza dei sistemi rispettandone le logiche operative. Numerosi sono negli anni Ottanta gli approcci che tentano questa via: si va dall’idea di “proceduralizzazione del diritto” teorizzata da Wiethölter alla “mediazione neo-corporativa” di Streeck e Schmitter, dalla “regolazione negoziata” alla “contrattazione dipendente”, dalla “decentralizzazione esterna” al “nuovo contratto sociale”, dalla “regolazione contestuale” ai “programmi di relazionamento”¹². Teubner sviluppa il problema analizzando i dispositivi neo-corporativi dove Stato e interessi privati cercano di coordinarsi e collaborare¹³. Già da allora il suo programma

¹¹ G. Teubner, *Il Trilemma Regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, «Politica del diritto», 18, 1987, pp. 85-118.

¹² G. Teubner e H. Willke, *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, EUI Working Paper, 1984/93), «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1984, pp. 4-35; G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, «Law and Society Review», 17, 1983, pp. 239-285.

¹³ G. Teubner, *Neo-korporatistische Strategien rechtlicher Organisationssteuerung. Staatliche Strukturvorgaben für gesellschaftliche Verarbeitung politischer Konflikte*, «Zeitschrift für Parlamentsfragen», 10, 1979, pp. 469-502; *Corporate*

non prevede un “comando e controllo” statale delle sfere sociali, bensì lo sviluppo autonomo di strutture riflessive capaci di rispondere alle esternalità generate dal loro operare¹⁴.

Il concetto di “diritto riflessivo” nasce quindi sullo sfondo del problema della *regulatory crisis* e sfrutta la teoria dei sistemi auto-referenziali per programmare la regolazione delle sfere sociali¹⁵. Il diritto riflessivo è un sistema autopoietico, immerso in un mondo di altri sistemi autopoietici, capace di trarre delle conseguenze operative da questa autoidentificazione. L'autonomia dei sottosistemi sociali è infatti inaccessibile a un intervento giuridico diretto. La sua regolazione giuridica deve utilizzare meccanismi indiretti, in specifico l'osservazione reciproca tra sottosistemi, l'accoppiamento tramite interferenza e la comunicazione via organizzazione.

Alla fine degli anni Ottanta il problema è ancora quello dell'accoppiamento strutturale tra diritto e *welfare state*. Siamo ancora entro il “meridiano” dello Stato in un contesto di forte neo-corporativismo. Un decennio dopo il *landscape* cambierà radicalmente perché i processi di globalizzazione sposteranno tutta la problematica dallo stato-nazione ai sottosistemi globali funzionalmente differenziati. Prima di ciò occorre però soffermarsi sulla innovazione che radicalizzerà la teoria teubneriana: quella che fa propria la teoria dell'autopoiesis.

Responsibility as a Problem of Company Constitution, EUI Working Paper, Florence 1983/51; *Gli obblighi fiduciari nelle imprese ed i loro beneficiari*, in K.J. Hopt e G. Teubner (a cura di), *Governo dell'impresa e responsabilità dell'alta direzione*, Franco Angeli, Milano, 1986, pp. 219-253.; *Democrazia industriale per legge?* in G. Vardaro (a cura di), *Diritto del Lavoro e Corporativismi in Europa: Ieri e oggi*, Franco Angeli, Milano, 1988, pp. 417-437; *Enterprise Corporatism - New Industrial Policy and the “Essence” of the Legal Person*, «American Journal of Comparative Law», 36, 1988, pp. 401-426.

¹⁴ G. Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände*, Mohr/Siebeck, Tübingen 1978; G. Teubner e K.J. Hopt, (a cura di) *Corporate Governance and Directors' Liability. Legal, Economic and Sociological Analyses of Corporate Social Responsibility*, De Gruyter, Berlin/New York 1984.

¹⁵ G. Teubner, A. Febbrajo (a cura di), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Giuffrè, Milano, 1992; G. Teubner, *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 68, 1982, pp. 13-59.

1.2. Strange world: il valore di surplus della teoria autopoietica del diritto

All'inizio degli anni Novanta la teoria dell'autopoiesis dispiega tutta la sua potenza concettuale chiarificando i problemi posti nel decennio precedente¹⁶. Le innovazioni dell'autoreferenza prima, e dell'autopoiesis poi, erano già state parzialmente recepite dalla sociologia, ma non ancora dal mondo giuridico. Si trattava davvero di uno "strano mondo" per gli operatori del diritto e di un mondo "estranante" per chi aveva sempre creduto al suo formalismo, alla sua perfezione tecnica e alla sua chiarezza concettuale¹⁷. La nuova teoria sostituisce l'approccio alla "regolazione" con quello della "evoluzione" del diritto, spostando l'attenzione dal controllo all'autonomia¹⁸. Dopo la crisi del diritto regolativo si torna così a teorizzare la "chiusura" dei sistemi: non si tratta più però di una chiusura formalistica, bensì operativa. L'identità dei sistemi è data dall'auto-riferimento dei propri elementi, strutture, processi, confini¹⁹. Il sistema non dipende più dall'ambiente, perché se così fosse sarebbe troppo esposto al mutamento. La sua stabilità è ritrovata mediante chiusura. Il problema sta ancora nella relazione tra diritto, politica ed economia. A scompaginare le due grandi scuole giuridiche della *Law and Economics* e dei *Critical Legal Studies*, si introduce la teoria autopoietica²⁰. Ogni sottosistema sociale è operativamente chiuso e riproduce le proprie componenti elementari auto-

¹⁶ G. Teubner, *Il diritto come soggetto epistemico. Per una epistemologia giuridica "costruttivista"*, «Rivista critica del diritto privato», 8, 1990, pp. 287-326; *Social Order from Legislative Noise. Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation*, in A. Febbrajo, G. Teubner (a cura di), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 609-650.; *Introduction to Autopoietic Law*, in G. Teubner (a cura di), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, De Gruyter, Berlin/New York, 1988, pp. 1-11.

¹⁷ G. Teubner, *Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in O. Perez, G. Teubner (a cura di), *On Paradoxes and Self-reference in Law*, Hart, London, 2004.

¹⁸ G. Teubner, *Autonomy and Regulation in the Autopoietic Perspective*, in A. Febbrajo, G. Teubner (a cura di), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 3-33.

¹⁹ G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè Editore, Milano 1996.

²⁰ G. Teubner, *The Autonomy of Law: Introduction to Legal Autopoiesis*, in D. Schiff, R. Nobles (a cura di), *Jurisprudence*, Butterworth, London 2003, Cap. 19, con D. Schiff e R. Nobles.

nomamente. Il diritto è una forma di vincolo temporale che stabilisce, “prima” e in modo controfattuale, su quali aspettative ci si possa orientare con la garanzia che, seppure deluse, la loro validità verrà difesa socialmente. La funzione del diritto sta dunque nella stabilizzazione di aspettative normative²¹. Per operare il sistema deve utilizzare un codice binario (diritto/non diritto) dove siano presenti un valore positivo e uno negativo (che escluda le contraddizioni interne e gli altri valori-codice)²². Il diritto compie due tipi di prestazioni: la regolazione del comportamento (aumenta la probabilità di certi comportamenti) e la composizione dei conflitti (pre-dispone procedimenti utili ad assorbire l’incertezza che consegue dai conflitti). Svolgendo la sua funzione (socialmente insostituibile) e le sue prestazioni (socialmente sostituibili) il diritto opera come sistema immunitario della società regolando quei conflitti che altrimenti dovrebbero essere risolti, per esempio, con la violenza o col denaro.

Il diritto ha la capacità di tradurre/tradire la “realtà” del conflitto sociale, inventando un mondo di senso *sui generis*²³. L’origine del diritto va quindi cercata in un processo di “doppia chiusura”. La prima appare come una tautologia: è diritto ciò che è diritto. I giudizi di una corte, gli atti legislativi, ma anche i contratti, gli atti di standardizzazione tecnica, e così via, sono eventi giuridici in quanto capaci di trasferire il simbolo della validità/vigenza da una comunicazione normativa a un’altra. Questa traduzione può darsi solo sulla base del codice binario legale/illegale, che a sua volta ha senso solo se proiettato entro l’orizzonte di altri atti giuridici. Questo è il fenomeno dell’auto-referenza. La “validità” del diritto non può essere importata dall’ambiente: simbolizza l’unità del sistema ed è “la” circolarità autofondata. Questa prima chiusura del sistema non è compensata da una “apertura”, bensì da una seconda chiusura, quella operata dall’auto-osserva-

²¹ Per una introduzione alla teoria sistemica del diritto si veda: D. Tosini, *Il diritto*, in a cura di N. Addario, *Teoria dei sistemi e modernità*, Roma, Carocci, pp. 215-230. G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, R. Cortina, 1999.

²² Sulla codificazione del diritto: N. Luhmann, *La codificazione del sistema giuridico*, in «Paradigmi», 6, 1988, pp. 125-158.

²³ G. Teubner, *Alienating Justice: On the Social Surplus Value of the Twelfth Camel*, in D. Nelken e J. Pribán (a cura di), *Law’s New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis*, Ashgate, London 2001, pp. 21-44.

zione. Quando nei giudizi di una corte, negli atti legislativi, nella contrattazione, l'argomentazione giuridica comincia ad escludere argomenti *ad hoc* e *ad hominem* per riferirsi solo a un'ulteriore materia giuridica (precedenti, regole, principi, etc.), si attua la sua "seconda chiusura". Il "circuito" delle osservazioni amplia quel mondo giuridico in cui il sistema può distinguere tra auto ed etero-referenza, tra sé stesso e il suo ambiente, così da poter trattare quest'ultimo come materia "potenzialmente" giuridica. L'apertura del sistema si basa sulla sua chiusura: è proprio qui, nella differenza tra codice (che rimane lo stesso) e programmi (che possono mutare) che il sistema del diritto può processare la policontestualità sociale differenziando al suo interno decisioni e argomentazioni giuridiche. Le decisioni trasmettono il simbolo della validità da un evento comunicativo all'altro riproducendo l'unità del sistema, mentre le argomentazioni regolano la relazione tra la "varietà" e la "ridondanza" nel sistema.

Alla luce della teoria autopoietica, il problema della relazione tra società e i suoi sottosistemi e tra i sottosistemi stessi, deve affrontare quattro fenomeni che tendono a non incastrarsi: l'autopoiesi della società, del sistema del diritto, degli altri sottosistemi e le pretese di intervento del primo sui secondi. Si tratta di una *truly closed society*²⁴. La chiusura operativa dei sistemi è assoluta. Un sistema non può essere parte di un altro sistema e non è più concepibile alcun modello di spiegazione basato sullo schema input-output, o su "scambi" di informazioni. L'autonomia è circolarità, è auto-determinazione senza alcun intervento dell'ambiente. Il sistema del diritto perciò non può "ordinare" la società: sono i vari sottosistemi sociali che autonomamente selezionano gli stimoli e i rumori che giungono dal sistema del diritto per autoriprodurre strutture ordinate. Ciononostante diritto e società possono "relazionarsi": il problema è come. Proprio su questo terreno Teubner affronta la teoria dei sistemi elaborata da colui che ritiene essere il suo Maestro: Niklas Luhmann. E su questo terreno elabora le proprie innovazioni teoriche.

²⁴ G. Teubner (a cura di), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, EUE, Firenze, De Gruyter, Berlin/New York 1988.

1.3. Troppo aperto... troppo chiuso. Il dibattito tra Luhmann e Teubner sulla relazione diritto/società

Durante gli anni Ottanta, Teubner e Luhmann discutono sul problema della apertura/chiusura del sistema del diritto. Teubner inizia a riflettere sulla relazione diritto/società introducendo il concetto di “diritto riflessivo”, un diritto capace di strutturare “legami” intersistemici che tengano conto delle conseguenze delle loro operazioni sull’ambiente. Il concetto è introdotto esplicitamente per “aprire” i sistemi e renderli sensibili all’ambiente²⁵. Luhmann riflette sulla riproduzione del diritto a partire dalla crisi del diritto regolativo²⁶. Il diritto è un sistema normativamente chiuso poiché è sempre una norma a decidere se i “fatti” hanno rilevanza giuridica. Proprio la chiusura normativa interroga sulla possibilità di apertura del diritto. La soluzione sta nel riconoscere che il diritto è “cognitivamente” aperto al suo ambiente. Il sistema deve riuscire a combinare queste due modalità operative divergenti e, per certi versi, contraddittorie. A livello generale il sistema utilizza la tecnica del “condizionamento”: si elaborano programmi dove una norma (effetto di chiusura) prevede di condizionare un evento se accade qualcos’altro (e ciò necessita di una apertura cognitiva). A livello particolare tale combinazione viene realizzata nell’operare quotidiano dei giudici e nell’evoluzione della dogmatica. Quando le “pretese” sociali si fanno pressanti, e il diritto deve inseguirle mediante la legislazione, nasce una contraddizione poiché l’elaborazione legislativa è troppo “veloce” per essere sistematizzata dalla dogmatica. Anche l’inserimento di “scopi” nei programmi condizionali sbilancia il diritto sul lato cognitivo. È proprio riflettendo su questo squilibrio che Luhmann si mostra scettico nei confronti del diritto riflessivo: il fondersi della dottrina con la teoria giuridica sociologicamente informata potrà forse generare un sapere “distaccato”, ma rimarrà sempre una “operazione del diritto” e non qualcosa di diverso.

Pochi anni dopo il dibattito si ripropone. Teubner, avendo ormai accolto le innovazioni dell’autopoiesis, introduce la carta dell’iper-

²⁵ G. Teubner, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-regulatory Law*, in G. Teubner (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Firenze, EUI, Walter de Gruyter, 1986, pp. 299-325.

²⁶ N. Luhmann, *The Self-reproduction of Law and its Limits*, in G. Teubner (a cura di), *Dilemmas of Law*, cit., pp. 111-127.

ciclo. Diversamente da Luhmann, egli teorizza l'autopoiesi come un processo "graduale" che può aumentare o diminuire nel tempo²⁷. Questa mossa è di nuovo pensata per chiarire la relazione tra "apertura" e "chiusura" del sistema: il diritto può essere più o meno autopoietico. Rielaborando le tesi del costruttivismo radicale, Luhmann invece riafferma che i sistemi sono operativamente chiusi²⁸ e che anche le "cognizioni" sono una costruzione del sistema; sono aspettative che il sistema proietta sull'ambiente per "testarlo". La memoria del sistema è la sua realtà²⁹. L'ambiente, concepito ora come un *continuum materiale*, si "presenta" in due modi: come evento "comunicativo" codificato mediante il linguaggio comune (e ciò rappresenta una "debole" apertura del sistema al suo ambiente, ma non una relazione/connessione con esso); e come simultaneità di eventi comunicativi che possono essere "intercettati" da sottosistemi diversi. I sistemi possono così "interpenetrarsi", in modo sempre contingente ed evenemenziale, come nel caso di un atto legislativo o di una elezione che sono elementi sia del sistema politico sia di quello giuridico. Ciononostante ogni informazione e ogni rappresentazione dell'ambiente sono opera del sistema.

La risposta di Teubner è molto articolata³⁰. Innanzitutto egli prende atto sia della chiusura operativa del sistema sia dell'esistenza di un *continuum* materiale ambientale: ma un conto è il *continuum* rappresentato dalla base biochimica della vita, un conto è quello della società che è basato sul *medium* del "senso". Per Teubner è possibile una reale relazione tra sistema e ambiente. Il concetto introdotto è quello di "interferenza". I diversi sottosistemi sociali possono accoppiare le loro operazioni (tra di loro e con il sistema sociale complessivo) poiché operano attraverso 1) il *medium* universale del senso, 2) le comunicazioni e 3) ogni comunicazione può *uno actu* appartenere a più sottosistemi. L'interferenza va distinta dalla interpenetrazione che indica solo il mettere a disposizione la complessità di un sistema per un altro: interferenza signi-

²⁷ G. Teubner, *Evolution of Autopoietic Law*, in G. Teubner (a cura di), *Autopoietic Law*, cit., pp. 217-241.

²⁸ N. Luhmann, *The Unity of the Legal System*, in G. Teubner (a cura di), *Autopoietic Law*, cit., pp. 12-35; *Closure and Openness: On Reality in the World of Law*, ibid., pp. 335-347.

²⁹ E. Esposito, *La memoria sociale. Mezzi per comunicare e modi di dimenticare*, Roma-Bari, Laterza.

³⁰ G. Teubner, *Social Order from Legislative Noise*, cit.

fica invece il reale accoppiamento di operazioni elementari. Teubner teorizza quindi quattro diversi modi di apertura selettiva: 1) l'apertura cognitiva (che in realtà è un processo interno al sistema); 2) i processi di scambio tra sistema e ambiente (quali lo stoccaggio di energia o di cibo); 3) l'interpenetrazione e 4) l'interferenza, dove la somiglianza "ontologica" delle operazioni rende possibile un accoppiamento reale.

L'ultima risposta di Luhmann è netta³¹: non accetta di elaborare il concetto di *continuum materiale*. Non è possibile alcuna interferenza, perché nessun sistema può trascendere se stesso. Ogni sistema può solo nascondere il paradosso che lo costituisce: la differenza sistema/ambiente è frutto delle operazioni del sistema, è una "finzione operativa" anche se appare come una esternalità. Certo si possono camuffare l'autoreferenza e il paradosso con concetti quali "combinazione", "negoziiazione", "relazionamento di relazioni", "riflessione", "interferenza", etc., ma la realtà rimane la stessa: quella dell'autoriferimento e dell'autopoiesis.

1.4. L'anello di Moebius e le formule di trascendenza: il punto cieco dei sistemi e gli s-fondamenti della giustizia

Alla fine degli anni Novanta Teubner ritornerà sulla teorizzazione luhmanniana per testimoniare la grandezza, ma anche per ribadire le differenze con essa. L'occasione è data dalla riflessione su due problemi di fondamentale rilevanza per la teoria del diritto: l'evoluzione "ibrida" del contratto e la questione della giustizia.

Il contratto³², l'incontro/scontro tra volontà, garantito dal "sovrano", nella società complessa si trasforma in un evento che implica l'autopoiesis di molteplici sistemi. Il contratto si scinde in tre operazioni distinte ma simultanee – un atto giuridico, una transazione economica e un progetto produttivo – che hanno luogo in tre diversi sottosistemi (diritto, economia e produzione). Oltre a "essere" quelle tre operazioni, il contratto è anche una quarta cosa, un effetto emergente dalle relazioni intra-sistemiche, il "tra" delle distinte operazioni. Se esso è simultaneamente quattro operazioni,

³¹ N. Luhmann, *Some Problems with "Reflexive Law"*, in A. Febbrajo, G. Teubner (a cura di), *State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, op. cit., pp. 389-415.

³² G. Teubner, *Nel punto cieco dei sistemi: l'ibridazione del contratto*, «Sociologia e politiche sociali», 4, 1, 2001, pp. 60-73.

dove sta allora la sua “unità”? Dov’è che può avvenire la trasformazione di una distinzione (le molteplici operazioni sistemiche reciprocamente chiuse) in un nastro di Moebius (unità)? Per Teubner l’unità del contratto, la sua forza vincolante, si trova esattamente nel “punto cieco” della distinzione sistema/ambiente. Ogni distinzione produce infatti un “terzo” invisibile, un “parassita” – il distinguere stesso – che deve rimanere invisibile pena la “paradossalizzazione” della distinzione stessa. La teoria dei sistemi è dunque irrimediabilmente cieca rispetto a quella forza vincolante che è la “relazione”. È la distinzione fondamentale, quella tra sistema e ambiente, che rende ciechi rispetto a ciò che accade “tra” i sistemi, rispetto alla «danza delle operazioni eterogenee in quanto tale, la rete delle relazioni, il coordinamento, il gioco comune dei differenti aspetti, senza a sua volta condurre a un sistema chiuso di operazioni concatenate dello stesso tipo»³³. Per sanare questa cecità occorre quindi uscire dalla teoria dei sistemi, per riflettervi “ortogonalmente”, costruendo una deuteroteoria che sia simultaneamente “incongruente” e “complementare” ad essa; una seconda teoria che faccia da supplemento alla prima, pur non potendo risolverla in una sintesi superiore. Quella dell’“ibridazione” potrebbe essere la teoria in esame. Ibridazione sta qui a significare un “compito infinito” di traduzione alla luce della ricerca impossibile di una lingua pura come fece balenare Benjamin nel suo famoso saggio sulla traduzione. L’unità del contratto non sta dunque nell’autopoiesis sistemica e neppure nel suo ambiente (per esempio in una “magica” qualità della volontà dei contraenti o nell’“umanizzazione” del contratto): sta invece nella “finalità” del contratto stesso che, sempre in modo particolaristico e contingente (senza l’utopia di una grammatica trasformativa generale), ricerca la migliore “costellazione di compatibilità possibili” per la sua riuscita.

Sarà ancora sull’evento del “porre la prima distinzione”, momento invisibile e misterioso, “quasi mistico” nella sua infondatezza, che Teubner continuerà a costruire la “sua” differenza con Luhmann. Il paradosso della distinzione sta da sempre alla base della riflessione sul diritto³⁴. Chi infatti ha il diritto di porre la distinzione tra diritto e

³³ *Ibid.*, p. 69.

³⁴ G. Teubner, *Economia del dono, positività della giustizia: la reciproca paranoia di Jacques Derrida e Niklas Luhmann*, «Sociologia e politiche sociali», 6, 1, 2003, pp. 113-130.

non diritto³⁵? La distinzione tra legalità e illegalità è essa stessa legale? Quali ragioni si hanno per introdurre nella realtà i valori del torto e della ragione? Evidentemente l'evento fondativo "non è parte ed è parte del sistema che fonda". Questa logica della distinzione ha interessato i due più grandi paradossologi del secondo Novecento, Niklas Luhmann e Jacques Derrida che, secondo Teubner, hanno elaborato teorie simultaneamente coimplicantesi e impossibilitate a dialogare. Per Derrida i sistemi sociali autopoietici rappresentano un incubo poiché capaci di sfruttare la decostruzione a loro favore (il paradosso è il motore della storia)³⁶, mentre per Luhmann l'incubo è quello della presenza di elementi ibridi, interattivi, interrelativi tra i sistemi chiusi. Per Luhmann «quello di relazione è un non-concetto, non solo rispetto alla intersoggettività, ma anche all'intersistemicità»³⁷. La teoria dei sistemi non può concettualizzare la relazione tra sistema e ambiente ed è proprio lì che compare la decostruzione, la "differenza", come suo incubo. Derrida infatti mostra che la costituzione di significato non accade in processi autopoietici "paralleli", bensì nella relazionalità e nell'interconnessione. La *differance* è il concetto incongruo, ma allo stesso tempo complementare della teoria dei sistemi; ne è il supplemento necessario.

Proprio nella riflessione giuridica questa "incongruenza complementare" evidenzia le sue capacità euristiche. Il tema è quello della Giustizia. Per Luhmann la giustizia (che, si badi, non è giudicata per nulla irrilevante come si legge in certe interpretazioni ideologiche e avventate) è la "formula di contingenza" del diritto, il modo in cui il sistema del diritto problematizza se stesso: è la forma con cui osserva la coerenza/incoerenza delle sue decisioni. È dunque una riflessione immanente al diritto; è giustizia "del" diritto e non giustizia "attraverso" il diritto. Derrida concepisce invece la giustizia come infinità, incondizionatezza, apertura all'a-venire, impossibilità di "chiudere" il diritto in se stesso: è la "formula di trascendenza del diritto"³⁸. Luhmann non può accettare di aprire il

³⁵ Su questo classico tema si veda: R. Esposito, *Immunitas*, Torino, Einaudi, 2002, cap.1.

³⁶ N. Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, «Journal of Law and Society», 15, 1988, pp. 153-165.

³⁷ G. Teubner, *Economia del dono*, cit., p. 135.

³⁸ J. Derrida, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003. Sul tema si veda anche: C. Resta, *L'evento dell'altro. Etica e politica in Jacques Derrida*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

diritto a quella trascendenza che è rappresentata dal suo paradosso fondativo; può solo spostare, dislocare nel tempo il paradosso, mai concepirlo come “s-fondamento” trascendente che continuamente pone al diritto la questione sulla sua legittimità, esponendolo a una “misura” incolmabile. Anche per Luhmann si dà la trascendenza – pur sempre una trascendenza-immanente perché dall’orizzonte del senso (cioè dall’orizzonte mondano) non si può evadere – ma questa può essere elaborata solo dal sistema della religione. Il paradosso prende il posto del soggetto trascendentale: «i paradossi sono l’unica forma in cui il sapere è dato incondizionatamente. Prendono il posto del soggetto trascendentale, al quale Kant e i suoi successori attribuirono accesso diretto al sapere valido a priori e incondizionato, discernibile in se stesso... ciò non esclude per nulla la possibilità di ricerca dopo le strutture tipiche mediante le quali lo sviluppo di paradossi prendono una forma relativamente stabile che resiste alle prove della storia»³⁹. Secondo Teubner invece la Giustizia è realmente un concetto relazionale che deve essere elaborato autonomamente entro ogni sottosistema: «“Giustizia” diventerebbe il concetto di un problema relazionale e graduale. Un ordinamento giuridico affronterebbe la sfida della giustizia, se non realizzasse solo la consistenza interna del diritto, ma cercasse contemporaneamente di ricostruire, in modo adeguato e all’interno del diritto, la razionalità propria degli altri discorsi interessati»⁴⁰.

2. Il diritto della postmodernità. La rottura dell’unità del diritto e la produzione normativa nella società policontesturale

2.1. L’auto-decostruzione del diritto moderno e il politeismo delle razionalità sociali

All’inizio degli anni Novanta, il “motore” dell’evoluzione sociale non è più il conflitto interno al *welfare state* con i connessi problemi di regolazione dello stato-nazionale: ora le spinte al cambiamento vengono dal processo di globalizzazione che va a deco-

³⁹ N. Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, p. 132 e ss.

⁴⁰ G. Teubner, *Diritto policontesturale*, cit. p. 69.

struire il sistema del diritto moderno basato sulla gerarchia delle fonti, sulla classica distinzione tra legislazione, giurisdizione e contratto, sulla codificazione, sull'accoppiamento strutturale tra diritto e politica attraverso le costituzioni, sulla differenza tra diritto pubblico e privato. La società si differenzia funzionalmente su scala globale, erodendo l'importanza dei confini territoriali e producendo un'enorme richiesta di "normatività" non statale che va alla ricerca di un suo riconoscimento. A questo processo di differenziazione funzionale corrisponde una trasformazione della semantica del diritto⁴¹.

A dire di Teubner le "mitologie" del diritto moderno entrano in crisi⁴². Nessuna *Grundnorm* alla Kelsen, nessuna regola costitutiva alla Hart, nessuna decisione sovrana alla Schmitt, nessuna razionalità comunicativa alla Habermas, può "salvare" il diritto dalla sua paradossalità. Tale consapevolezza non blocca in alcun modo l'operare del diritto, poiché il paradosso viene "spostato", reso invisibile mediante la creazione di "finzioni operative". Nell'epoca moderna questa finzione operativa è lo Stato (così come il paradosso del potere sovrano dello Stato è deparadossizzato dalla creazione dello "stato di diritto"). Lo Stato rappresenta il vertice di quella "piramide" di fonti normative con al vertice la volontà costituente del Popolo, identificato in "nazione", cui segue la istituzione di una Costituzione, la definizione di norme superiori e inferiori, la divisione dei poteri e infine la divisione (delle funzioni del diritto) in legislazione e giurisdizione. Questa costruzione moderna entra in crisi nell'epoca della globalizzazione⁴³. Perché questa decostruzione può avvenire solo oggi, si chiede Teubner? Perché solo ora si sviluppano sottosistemi sociali già globalizzati o in via di globalizzazione (sistema scientifico, economico, dei media, della sanità, del sapere, della tecnologia, etc.), che producono aspettative normative in cerca di "validazione" giuridica. Il bisogno di tali aspettative cresce a dismisura. Il problema è quello della loro con-validazione: chi, dopo il crollo

⁴¹ Per tutto questo si veda: N. Luhmann, *Der Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993.

⁴² Quando nel testo faccio riferimento alle "mitologie" del diritto moderno, riprendo sempre le fondamentali e da me condivise riflessioni di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴³ G. Teubner, *I molteplici corpi del re: L'auto-decostruzione della gerarchia del diritto*, in G. Teubner, *Diritto policontesturale: Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli, 1999, pp. 71-112.

della gerarchia, può trasformare semplici aspettative normative in diritto valido? Per Teubner la validità della norma non può essere cercata all'esterno del sistema del diritto. Quello che invece sta emergendo è un diritto eterarchico, policontesturale e senza "unità" politica che genera una molteplicità di fonti, poste in rete, che inventano la loro validità ricorsivamente, creando "miti" di fondazione e fingendo la presenza di "precedenti". Ogni sottosistema funzionalmente differenziato su scala globale produce il "suo" diritto senza venire mediato da alcuna legittimazione politica, sia essa nazionale o internazionale. *Ubi societas ibi ius*, questa è la nuova realtà della globalizzazione, dove però il concetto organicistico e comunitario di *societas* va completamente rispecificato. Questa *societas* è infatti caratterizzata da un "politeismo" delle razionalità. Qualsiasi sottosistema, sia esso economico, politico, giuridico, e così via, che cerchi di uni-formare le razionalità non può che produrre un "dissidio" come Lyotard, spesso richiamato da Teubner, ha spiegato. Ognuna di queste razionalità si radica in prassi sociali che nel loro operare quotidiano formano "ordinamenti di vita concreta" allo stesso tempo particolari e universali. Ciascuno di questi ordinamenti "irrita" il diritto che è costretto a introiettarne le razionalità⁴⁴. L'unità del diritto non è più realizzabile positivisticamente, cioè attraverso la sua chiusura, formalizzazione e tecnicizzazione. La soluzione sta nell'accettare la policontesturalità, sfruttandone le potenzialità. Qui emerge la incolmabile differenza tra Teubner e Habermas. Per quest'ultimo i discorsi, le razionalità sociali (moralì, etiche, pragmatiche, strategiche) devono essere "filtrate" attraverso una razionalità giuridica che decide cosa includere e cosa escludere sulla base dei "suoi" principi argomentativi⁴⁵. Ma se da un lato egli sopravvaluta la razionalità procedurale del diritto, concependolo come un meta-discorso, dall'altro sottovaluta il fatto che il diritto non è semplicemente una "macchina storica" che tratta "casi analoghi in modo analogo": è piuttosto un dispositivo evolutivo capace di "creare" nuovi diritti⁴⁶. Per Teubner occorre elaborare un diritto dei "conflitti del di-

⁴⁴ G. Teubner, *Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract*, in D. Campbell, H. Collins e J. Wightman (a cura di), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart, Oxford, 2003, pp. 333-363.

⁴⁵ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996.

⁴⁶ Per una considerazione diversa della teoria habermasiana rispetto a quella di

ritto” simile al diritto privato internazionale. Nella società-mondo ciò significherebbe assecondare l’infinito gioco di rinvii da una razionalità all’altra e il compito del diritto sarebbe quello di “rispecchiare” questa danza contribuendo alla “costituzionalizzazione” della pluralità, garantendo l’autonomia reciproca delle razionalità, arginando i pericoli di reciproca sopraffazione e compensando le esternalità negative dei sottosistemi⁴⁷.

La decostruzione del diritto moderno si sta compiendo sotto i nostri occhi e dall’unità del diritto si passa a una più lasca “intergiuridicità operativa” tra diritti globali. Ma cosa lascia alle sue spalle la decostruzione? Solo problemi e macerie, potere e privatizzazione, mancanza di garanzie e prevaricazione come molta critica afferma, o anche i semi di una possibile “ricostruzione”?

2.2. *Dopo la decostruzione. Mondi contrattuali, logica dell’ibridazione e regimi giuridici privati*

Un primo esempio di ricostruzione è dato dalla risposta alla cosiddetta “privatizzazione” dei servizi pubblici o, più generalmente, dalla crisi di potere del diritto pubblico e amministrativo⁴⁸. Nell’epoca della globalizzazione e della trasformazione del *welfare state*, i cittadini saranno costretti a comprare i servizi? Come si comporterà il mercato rispetto agli aspetti di pubblico interesse prima protetti dal diritto pubblico e amministrativo? Il diritto privato dovrà “compensare” quelle logiche di “parità di accesso e di opportunità” che erano garantite nel diritto pubblico? Secondo Teubner la sfida è molto più alta: non si tratta tanto di compensare la perdita degli interessi pubblici, quanto di uscire dalla dicotomia moderna pubblico/privato⁴⁹. Il “nuovo” diritto privato (lo chiameremo ancora così?)

Teubner, si veda: L. Ceppa, *Giustizia come decostruzione: Teubner versus Derrida e Habermas*, «Teoria politica», 14, 2, 1998, pp. 89-103, dove però la teoria teubneriana è, a mio parere, troppo velocemente posta dalla parte del “decostruttivismo moderno”.

⁴⁷ G. Teubner, *Altera pars audiatur: Il diritto nella collisione dei discorsi*, in G. Teubner, *Diritto policontesturale*, cit., pp. 27-70; *De collisione discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics*, in «Cardozo Law Review», 17, 1996, pp. 901-918.

⁴⁸ G. Teubner, *Dopo la privatizzazione? Il ritorno dei conflitti politici nei private governments*, in G. Teubner, *Diritto policontesturale*, cit., pp. 143-175.

⁴⁹ Sulla contingenza di questa dicotomia si veda: P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

deve rispondere autonomamente alla pluralizzazione delle autonomie private e ciò non avverrà né imponendogli i criteri del diritto pubblico né cercando di con-fondere pubblico e privato. Il diritto privato deve elaborare la sua “costituzionalizzazione” per proteggere le differenti sfere sociali (l’intimità familiare, la salute, l’istruzione, etc.) da una sempre possibile sopraffazione esterna. Il punto va sottolineato. Teubner rifiuta la “riduzione” del diritto privato e contrattuale a un diritto che presiede la sola logica economica. Questa “economicizzazione” del diritto privato è un fatto contingente e moderno che va decostruito insieme alla logica “gemella” del diritto pubblico. Prima della privatizzazione, infatti, le stesse razionalità sociali erano accoppiate allo Stato attraverso il diritto amministrativo e pubblico: il risultato fu l’emergere di servizi sociali a responsabilità pubblica (appunto: lo “stato” sociale). Oggi vi è una forte spinta ad accoppiare quelle razionalità al mercato o a quasi-mercati. Diversamente dai teorici del welfarismo e da quelli del liberismo, che vedono in questi processi uno scontro tra “visioni” opposte della società, si assiste piuttosto alla creazione di un sistema “lib/lab” dove la logica “lab” ha la funzione di controllare quella “lib” pensata come il motore – socialmente irresponsabile – di una “creazione distruttiva”. Ma anche questa “costellazione lib/lab” è contingente.

La novità emergente forse più importante a livello globale è quella dei “regimi privati” di produzione giuridica⁵⁰. Si tratta di una pluralità di aspettative normative (accordi stipulati tra attori globali, regolamenti commerciali privati tra imprese multinazionali, normative interne alle organizzazioni internazionali, sistemi di negoziato interorganizzativi, processi mondiali di standardizzazione, istanze quasi-private per la soluzione dei conflitti, tribunali arbitrali, commissioni etiche, sistemi di trattative, etc.) che sviluppano autonomamente la capacità: 1) di dirimere conflitti, interiorizzando così una funzione “pubblica”; 2) di regolare e istituire “beni pubblici” non statali. Più precisamente sono legami strutturali tra il sistema del diritto e altri sistemi sociali (scienza, politica, educazione, ricerca, etc.) – che però non si trasformano in ulteriori sistemi

⁵⁰ G. Teubner, *The “State” of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany*, «Young University Law Review», 1993, pp. 553-575; *La “Bukowina globale”: il pluralismo giuridico nella società mondiale*, “Sociologia e politiche sociali”, a cura di A.M. Maccarini, 2, 2, 1999, pp. 49-80; *Legal Regimes of Global Non-State Actors*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without A State*, Dartmouth, London, 1996, pp. XIII-XVII.

autopoietici con elementi, strutture e confini propri. Quali forme di accoppiamento strutturale sono solo configurazioni di componenti fortemente eterogenee, “ibridazioni” di diritto e razionalità sociali autonome che si sviluppano tramite ultracicli evolutivi. Non sono né sistemi funzionali, né organizzazioni formali e neppure interazioni, bensì solo “collegamenti istituzionali” tra quelli. I sottosistemi rimangono perciò distinti empiricamente; i loro elementi continuano ad essere riprodotti autopoieticamente, ma vanno a irritarsi gli uni con gli altri⁵¹.

In questo orizzonte di contrattualità e “privatizzazione”, emerge continuamente il problema della “costituzionalizzazione” dei regimi privati. Chi infatti garantisce la protezione dei diritti fondamentali quando gli stati sono *bypassati* dai sottosistemi sociali globalizzati? Per cercare la risposta occorre riandare alla storia. Per Teubner, che qui riprende le analisi luhmanniane, i diritti fondamentali costituzionalizzati emergono nel processo di differenziazione funzionale⁵². La loro rilevanza politica e giuridica è legata allo sviluppo di sfere individuali d’azione, tipiche solo della società moderna, la cui autonomia viene garantita contro le tendenze espansionistiche del potere statale. I diritti costituzionali emergono perciò come contro-istituzioni volte a proteggere la differenziazione contro le tendenze auto-distruitive della società. Diversamente che dalla modernità, oggi i diritti fondamentali hanno un “effetto orizzontale” poiché non devono più solo garantire dall’intrusione del potere politico o economico, ma anche dall’espansione di altre razionalità sociali che tendono a colonizzare la società.

3. Il diritto della dopo modernità. La globalizzazione del diritto e i processi di costituzione delle sfere civili

3.1. La differenziazione funzionale della società-mondo e l’autoproduzione giuridica dei sottosistemi sociali

Il percorso che abbiamo compiuto fin qui porta a una tesi che Teubner non smette mai di ribadire. I critici della globalizzazione,

⁵¹ G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law Or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, «Modern Law Review», 61, 1998, pp. 11-32.

⁵² N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Dedalo, 2002.

soprattutto coloro che la intendono come crisi della politica statale ed esplosione della “privatizzazione”, affermano che il controllo dei processi sociali mediante il diritto è sempre più improbabile. Per il sociologo tedesco invece è in atto una morfogenesi della produzione giuridica che risponde all’enorme e originale bisogno di sicurezza delle aspettative e di soluzione dei conflitti che pervade la comunicazione sociale⁵³.

Nasce un “diritto globale senza stato”. Non è solo il diritto commerciale internazionale a mostrare questa qualità: anche diritto del lavoro, la auto-regolazione delle professioni e delle tecnologie, il discorso dei diritti umani, il mondo delle telecomunicazioni e di Internet, quello dei problemi ecologici, lo sport, la famiglia, la bioetica generano regimi “privati” di diritto. Questi regimi che non possono essere accoppiati strutturalmente a un ordine giuridico nazionale, devono trovare una loro diversa istituzionalizzazione.

Ognuno di questi regimi privati evidenzia come nell’epoca della globalizzazione esistano sistemi giuridici autonomi che: 1) vanno oltre il diritto internazionale pubblico/privato; 2) pretendono validità globale; 3) si generano da una società civile emergente; 4) fingono di fondarsi sui principi generali del diritto e su usi sociali; 5) sono amministrati da agenzie private di soluzione dei conflitti e codificati da agenzie che formulano normative “private”⁵⁴. Si tratta di sistemi normativi “ibridi” che sono prodotti a tre livelli: 1) nazionale, 2) internazionale, 3) e nei sottosistemi funzionali globali. Per comprenderli occorre elaborare una teoria pluralistica della produzione normativa che rivisiti completamente la dottrina delle fonti giuridiche. Questa non deve fare perno su un pensiero gerarchico, bensì eterarchico, capace di riconoscere la nuova costellazione tra centro/periferia. Il legislatore politico viene posto, come gli altri regimi di produzione giuridica, nella periferia del sistema, mentre al centro prendono posto le corti e i tribunali anche non governativi così come tutte i fori di decisione giuridica. Sulla distinzione diritto/politica si innesta quella diritto/altre sfere sociali (civili). Qui nascono i “governi privati” con un carattere pubblico: è la nascita di un nuovo pluralismo legale di tipo societario. Senza dub-

⁵³ G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in «Cardozo Law Review», 13, 1992, pp. 1443-1462

⁵⁴ G.-P. Calliess (2002), *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 24, 185-217.

bio sorge un problema: chi può garantire che questi regimi privati elaborino un diritto legittimato “democraticamente”? Appare improbabile che il test di democraticità possa avvenire nell’iter parlamentare degli stati o tramite procedimenti sovranazionali. Sono gli stessi processi normativi prodotti dalle “sfere civili” che necessitano, per guadagnare “reputazione” sociale e garantire le parti, di un controllo “pubblico”. Anche se non necessariamente statale. La risposta sembra stare in una “auto-costituzionalizzazione” delle sfere civili che tenga conto delle esternalità pubbliche del loro operare. Per Teubner i criteri costituzionali, le garanzie ultime dei regimi privati, non possono che nascere autonomamente entro le sfere del civile⁵⁵. A cambiare è proprio il rapporto tra produzione giuridica “formalizzata” e “spontanea”, tra “vita” e “forma” del diritto. Nella modernità è stata la logica formale a prevalere mediante la legislazione. La distinzione tra normatività e validità è posta prevalentemente dalla “legge” con le altre fonti normative nella periferia del sistema. Oggi è nei sottosistemi sociali che si genera un diritto che li trova la sua formalizzazione. Ciò evidenzia che è lo stesso rapporto tra società differenziata e diritto a essere completamente ripensato in quanto: 1) il legame tra diritto e società non avviene più in modo semplice e unitario, bensì in modo estremamente selettivo, laddove il diritto può essere accoppiato alla società in maniera lasca o stretta a seconda dei bisogni e delle situazioni; 2) il diritto non è più connesso alla totalità sociale rappresentata dallo stato-nazione, bensì ai suoi diversi frammenti globali differenziati funzionalmente; 3) il rapporto non evolve attraverso sentieri evolutivi semplici, ma in una relazione conflittuale tra due o più traiettorie evolutive sistemiche che hanno interiorizzato i meccanismi di variazione, selezione e mantenimento.

In questa nuova condizione dopo moderna, come si decide della validità di una norma? Scrive Teubner in una delle sue pagine migliori che indipendentemente dal fatto che si fondino mediante relazioni contrattuali private di attori trans-nazionali, o siano ibridi in natura, questi sistemi sono regimi giuridici genuini (e non solo compendi politici ed economici, o insiemi laschi di norme sociali), poiché possiedono le proprie istituzioni costituzionali, che in modo

⁵⁵ G. Teubner, C. Joerges e I.-J. Sand (a cura di), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Hart, London 2004; con C. Joerges, *Rechtsverfassungsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2003.

riflessivo normano i processi di formazione politica. I loro processi di produzione normativa primaria sono soggetti a procedure autonome di decisione secondaria e a processi di normazione che stabiliscono la validità delle norme giuridiche. I critici più dubbiosi chiederanno come è possibile l'attivazione dei diritti fondamentali contro il volere delle parti. La risposta di Teubner è semplice e realistica allo stesso tempo: le corti arbitrali, i corpi regolativi e agiudicativi transnazionali o internazionali, i tribunali non governativi e quasi-giuridici, le organizzazioni private di regolazione e creazione di *standard* e le controparti si sono "inventate" una soluzione *sui generis*. L'arbitro infatti può rifiutarsi di dare effetto a certi patti, sulla base di principi di una "politica pubblica" riconosciuta a livello trans-nazionale. Il suo contenuto non è per nulla ben definito: è concepito come l'insieme dei "principi fondamentali delle nazioni civili"⁵⁶. Chiaramente si tratta di un nuovo "mito" giuridico che allude a principi fondamentali piuttosto imprecisi che comunque hanno la forza di "legare" le parti. In definitiva le parti stesse hanno bisogno di creare un "terzo" garante degli scambi, pena l'impossibilità di sfruttare crescenti opzioni d'azione: si tratta chiaramente della genesi di un "autovalore".

3.2. *La costituzionalizzazione delle sfere civili e lo scontro tra regimi: dalla piramide al reticolo*

È esattamente al culmine della frammentazione del sistema del diritto globale, laddove la maggioranza degli osservatori "critici" vede processi di privatizzazione, colonizzazione della società da parte della razionalità economica, perdita di rilevanza del diritto, impossibilità di regolazione e usurpazione di qualsiasi logica di giustizia, che Teubner innesta la sua tesi più innovativa. Questo stesso processo di frammentazione che genera un diritto senza lo stato, innesca dal suo interno veri e propri processi di auto-costituzionalizzazione.

Si tratta di un processo autonomo anche se "irritato" da processi esterni soprattutto di natura politica: soprattutto non innescato dalla politica, sia pure essa "globale". Qui va tratto l'insegnamento

⁵⁶ G. Teubner, V. Karavas, <http://www.CompanyName.Sucks.Com>: *The Horizontal Effect of Fundamental Rights on "Private Parties" within Autonomous Internet Law*, in «German Law Journal», 12, 2003.

più rilevante della teoria: la richiesta di normatività che pervade la società globale può riuscire a darsi una molteplicità di costituzioni, una forma di ordinamento extrastatuale funzionalmente equivalente a quella della modernità statale. Una volta che il processo di differenziazione funzionale si emancipa dai confini territoriali per coinvolgere sfere globali funzionalmente specificate, ecco che la “Costituzione” deve essere generalizzata nel suo significato e ri-specificata in ogni sottosistema. Tradizionalmente, cioè “modernamente” (si noti il paradosso), la Costituzione è concepita come la “Legge fondamentale” che regola le attività delle agenzie dello Stato (autoreferenza) e protegge i diritti individuali dal suo potere di intrusione-colonizzazione (eteroreferenza). La triade concettuale che determina il diritto costituzionale classico-moderno è quella di “individuo, potere e stato”. Ciò è dovuto a un’alleanza tra filosofia liberale e le procedure del diritto pubblico⁵⁷.

Questo modello non è però più adatto al presente. Col dispiegamento della differenziazione funzionale a livello globale, ogni sottosistema tende a esercitare un suo specifico potere e, come lo stato nella modernità, tende a colonizzare gli altri sottosistemi. L’auto-costituzionalizzazione si trasforma allora in un processo diffuso che ha la funzione di gestire e regolare le *re-entry* tra il diritto e le altre logiche sottosistemiche.

Attraverso quali processi tutto ciò potrà avvenire? Chi saranno i protagonisti della costituzionalizzazione della società globale⁵⁸? Secondo Teubner bisogna abbandonare lo Stato (e di conseguenza il mercato) come centro focale dei processi di costituzionalizzazione. Abbandonare queste “visioni” significa riconoscere che ogni sottosistema sociale necessita di costituzionalizzarsi secondo i suoi propri principi, ogni sfera sociale sta generando la sua propria “costituzione”. Il processo di costituzionalizzazione delle sfere civili non procede da un unico atto rivoluzionario, di una assemblea o di una volontà politica, come nel caso delle costituzioni moderne. Si tratta piuttosto di un processo “latente” che si origina perché ogni processo di giuridificazione contiene i semi della sua “costituzio-

⁵⁷ N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 83-127.

⁵⁸ Una prima interessante riflessione su questo tema può essere trovata in: A.M. Maccarini, *L’universale in rete. Autonomia sociale e costituzione della società globalizzante*, «Sociologia e politiche sociali», 2, 2, 1999, pp. 9-48.

ne”. Le norme costituzionali si producono “a fianco” della normale giuridificazione.

Più in specifico i processi di auto-costituzionalizzazione procedono seguendo un *pattern* così caratterizzato: 1) “Accoppiamenti strutturali”: diversamente dalle costituzioni moderne, oggi si costituzionalizzano frammenti di società, sottosistemi funzionalmente differenziati a livello globale. 2) “Corruzione strutturale”: le costituzioni civili non sono né solo testi giuridici, né strutture dei sottosistemi sociali: sono il legame tra questi che impedisce la reciproca sottomissione. L'accoppiamento serve a superare il problema della corruzione strutturale del diritto da parte degli interessi privati o sistemici. 3) “Gerarchia delle norme”: se il punto 1 è condizione necessaria per la costituzionalizzazione, non è sufficiente. Serve una relazione “autologica” tra norme con valore superiore e norme con valore inferiore. Servono cioè regole per la produzione di regole. 4) “Revisione giudiziaria delle norme”: non appena i processi normativi riflessivi si innescano, emerge la necessità di norme per una revisione interna del diritto. Qui troviamo gli equivalenti della differenza statale tra giurisdizione costituzionale e ordinaria. 5) “Costituzione duale”: laddove il diritto si accoppia ai vari sottosistemi, deve sapersi distanziare e adattare ad essi come nel caso della politica. Per esempio la legislazione non deve essere politicizzata, ma può essere “finalizzata” a scopi politici. Prima vi è accoppiamento tra diritto e sottosistemi, poi una presa di distanza e un adeguamento del diritto alle diverse razionalità sociali. 6) “Inadeguatezza della distinzione pubblico/privato e di quella tra diritto pubblico e privato”: le costituzioni civili “trascendono” la modernità in quanto elaborano una nuova semantica della distinzione pubblico/privato separandola da quella stato/economia e introducendo nuovi attori, elementi e logiche. 7) “Divisione del lavoro” tra i diritti: è probabile che, almeno per un certo periodo, il diritto privato funzioni come stabilizzatore delle sub-costituzioni, mentre quello pubblico sviluppi le riflessioni sulle condizioni politiche delle costituzioni civili e sulla loro “reticolazione”. 8) “Scontri tra i regimi privati di diritto”: è probabile che sarà proprio a partire dalla collisione tra sub-costituzioni che emergeranno connessioni di tipo reticolare e processi di sovra-costituzionalizzazione, senza però mai giungere a un'unica costituzione globale.

4. Oltre l'orizzonte lib-lab moderno e la decostruzione postmoderna: le molteplici prospettive normative del dopo-moderno

4.1. Diritto vivente... diritto latente: l'esplosione delle normatività sociali e la frammentazione del diritto

Le tesi di Teubner aprono prospettive di analisi che non possono certamente lasciare indifferenti. In effetti le critiche, non tanto al sociologo tedesco quanto all'evoluzione del diritto globale, non si sono fatte certo attendere. Si può reagire, come è stato fatto, contrapponendo il diritto della Modernità a quello dell'epoca globale. Diritto moderno starebbe a indicare: prevalenza di una legislazione democraticamente controllabile, produzione di un diritto stabile, prevedibile e certo, pedagogia delle istituzioni statali nei confronti della società, capacità delle costituzioni politiche di "guidare" la società, prevalenza del comando e della sanzione sulle pretese dei diritti, gerarchizzazione delle fonti. Il nuovo diritto sarebbe invece caratterizzato dalla sua flessibilità e "liquidità", prevalenza del diritto giudiziario sulla legge, ipertrofia della contrattazione e pattuizione, "immediatezza" dei diritti non mediati dalla legge, soggettivizzazione delle pretese, strategizzazione delle regole del gioco, etc. Si tratterebbe di un processo "a somma zero" dove l'epoca della globalizzazione trasferisce i poteri dagli stati ai mercati, corrode le certezze e le giustizie del moderno andando a liquefare la cultura del diritto sino a disfarla⁵⁹. C'è chi addirittura prevede una "ecclesizzazione" dello spazio giuridico globale, governato da un principio di sussidiarietà indicatore di un clima di continua rinegoziazione delle competenze giuridiche, così come del sistema giuridico stesso⁶⁰. Con spirito ancora più "critico" ci si può impegnare ad analizzare la morfogenesi del diritto globale dal punto di vista, a dire il vero globalmente molto alla moda, del potere e dei capitali simbolici utilizzati dai suoi produttori⁶¹. Se poi ci si lancia nel descrivere

⁵⁹ Così ad esempio M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2000; Id., *Il diritto al presente*, Bologna, il Mulino, 2002.

⁶⁰ Ancora Ferrarese, in *La Concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Roma-Bari, Laterza, 2004.

⁶¹ Y. Dezalay, B.G. Garth, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of an International Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

il ruolo “imperiale” degli Stati Uniti d’America nello scrivere la nuova “lingua franca” del diritto globale, è nel rimarcare la forza prescrittiva di questa “nuova ortodossia” – tutto magari alla luce del codice politico dominati/dominanti – allora si potrà essere certi di guadagnarsi il proprio quarto d’ora di notorietà. In fin dei conti cosa è più “mediagenico” della tesi che lo sviluppo del “diritto globale” non sarebbe tanto finalizzato a erodere il potere degli stati (il “second best”) quanto piuttosto – con l’aiuto delle Ngo transnazionali (che lottando per l’universalizzazione dei diritti dell’uomo esportano senza saperlo una “cultura” imperialista), delle fondazioni e degli uffici legali privati – quello di esportare il modello di diritto statunitense e con esso una vera e propria logica di dominio politico⁶². Questo tipo di critiche pur molto presenti nella letteratura internazionale, anche se non direttamente rivolte al lavoro di Teubner, non riescono affatto a “catturare” la novità delle sue tesi. Il pensiero di Teubner infatti non può essere facilmente derubricato come post-“liberale”: la sua strategia oltrepassa le vecchie distinzioni liberali e socialiste, per porsi a un diverso livello di analisi. Non per nulla due tra gli autori che meglio ne hanno compreso la rilevanza non sono collocabili sulla linea lib-lab ed anzi il loro commento potrebbe essere confuso per uno che viene da una cultura “sussidiaria”: «dobbiamo cominciare a immaginare una strategia e un quadro giuridico alternativo: una concezione di *privacy* capace di esprimere la singolarità delle soggettività sociali (e non della proprietà privata) e una concezione del pubblico basata sul comune (e non sul controllo dello stato) – potremmo dire una teoria giuridica postliberale e postsocialista. Le concezioni giuridiche tradizionali del pubblico e del privato sono chiaramente insufficienti per questo compito. L’esempio migliore che conosciamo di una teoria giuridica basata sulla singolarità e la “comunalità” è quella “postsistemica” che articola il sistema giuridico, usando una terminologia molto tecnica, come una rete auto-organizzantesi democratica e trasparente di sottosistemi plurali, ognuno dei quali organizza le norme di molteplici regimi privati (o, per meglio dire, singolari). Si tratta di una concezione molecolare del diritto e della produzione di norme

⁶² Tra i molti critici si veda: Y. Dezalay, B.G. Garth, *Legitimizing the New Legal Orthodoxy*, in Y. Dezalay, B.G. Garth (eds.), *Global Prescriptions. The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002, pp. 306-333.

basata, nei nostri termini, su una interazione costante, aperta e libera tra singolarità, che producono norme comuni attraverso la loro comunicazione»⁶³. Per non dire di altri studiosi, come ad esempio Cassese, che descrivono con maggiore prudenza le reali ambiguità della morfogenesi del diritto intesa non come una mera “mercattizzazione”, bensì come emersione di una “arena pubblica” transnazionale dove lo stesso bipolarismo di diritto pubblico/privato entra in profonda crisi per lasciare spazio al multipolarismo⁶⁴. D'altronde si comincia a riconoscere, pure in Italia, che lo Stato nazionale unitario e centralizzato (con il “suo” diritto) è un rilevante “costrutto” della storia, ma non certamente il suo “telos”⁶⁵.

Vorrei ora provare a sintetizzare i tratti della nuova “cultura” del diritto globale che va creandosi sotto i nostri occhi e a sottolineare la logica sociale che vi sottende (per una immagine schematica del processo, si veda la figura 1). Il primo insegnamento che ci viene da Teubner è che occorre “sintonizzare” il diritto sul pluralismo radicale della società, sulla frammentazione delle autonomie sociali: il diritto si accoppia alle razionalità dei diversi sottosistemi sociali, alla policontestualità sociale, e non più solo a quelle del sistema politico ed economico⁶⁶. Questo cambiamento di prospettiva e di paradigma spinge gli osservatori e i costruttori del diritto a uscire dal triangolo stato/individuo/mercato per entrare nel poligono delle razionalità sociali, tutte egualmente originali e poste “a rete” su uno spazio di legittimazione tendenzialmente “orizzontale”. La seconda tesi è che le fonti stesse del diritto globale cambiano, così come la loro rilevanza reciproca. La legislazione controllata politicamente perde di rilevanza rispetto alla produzione autonoma del diritto generata dalla soluzione di conflitti sociali, dalle sentenze giudiziarie e da qualsiasi processo di normazione che riflette la vita della società. L'equazione tra diritto “privato” e razionalità economica, diritto “pubblico” e razionalità politica, perde di senso mentre emer-

⁶³ Si tratta di M. Hardt e A. Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of the Empire*, Penguin, New York 2004, 203 e ss., che commentano il lavoro di Teubner.

⁶⁴ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

⁶⁵ S. Cassese, *Lo spazio giuridico Globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁶⁶ G. Teubner, *Idiosyncratic Production Regimes: Coevolution of Legal and Economic Institutions in the Varieties of Capitalism*, in a cura di J. Ziman, *The Evolution of Cultural Entities*, Proceedings of the British Academy, Oxford University Press, 2002, pp. 161-182.

gono regimi globali di produzione giuridica accoppiati ai diversi sottosistemi sociali differenziati per funzione. Definire tali regimi “privati” ha ormai solo senso entro l’orizzonte di una modernità in via di trasformazione. I regimi infatti producono autonomamente i dispositivi giuridici di controllo e garanzia che un tempo erano tipici dello Stato. Esempio da questo punto di vista è il diritto delle reti commerciali e lo sviluppo di “contratti connessi” che costituzionalizzano gli interessi delle reti e dei loro clienti⁶⁷.

Questa è la terza tesi teubneriana. Il processo di giuridificazione della società-mondo spinge verso l’auto-costituzionalizzazione dei sottosistemi sociali globali. Le “costituzioni civili” svolgono la funzione di proteggere giuridicamente la policontestualità della società responsabilizzando i sottosistemi rispetto alla produzione di esternalità negative. Questa tesi sostiene che l’idea di “costituzionalizzare” politicamente l’intera società sia ormai “distopica”. La quarta tesi che voglio sottolineare è quella del “particolarismo globale” di questi processi. Il diritto globale procede incrementalmente, da caso a caso, come diritto dei casi singoli e non del tutto generalizzabili, come esperimento sociale, come traduzione/tradimento/frantendimento tra linguaggi diversi, come effetto emergente dello “scontro tra regimi”. Una soluzione a tale frammentazione e “particolarizzazione” del diritto potrebbe essere rappresentata dall’emergere di una nuova logica di “reciprocità” tra i regimi giuridici, laddove sia proprio la dipendenza reciproca dei sottosistemi a dover essere preservata e garantita⁶⁸.

Il sistema del diritto globale va così sviluppandosi in modo non uniforme, ma differenziato, incompleto, asimmetrico e inoltre non procede sulla base del consenso. È composto da organismi sovranazionali, internazionali e transnazionali e quindi non coincide con quello internazionale e va differenziandosi in una funzione normativa e una giurisdizionale. Dal punto di vista normativo esso sfrutta

⁶⁷ G. Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just in Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 2004; Id., *Paradoxien der Netzwerke in der Sicht der Rechtssoziologie und der Rechtsdogmatik*, in M. Bäuerle et al. (a cura di), *Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit*, Nomos, Baden-Baden 2004, pp. 9-31.

⁶⁸ G. Teubner, *Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in O. Perez e G. Teubner (a cura di), *On Paradoxes and Self-reference in Law*, Hart, London, 2004.

i principi costituzionali o fondamentali tratti dalle tradizioni nazionali, dall'art. 38 dello statuto della Corte internazionale di giustizia, organo dell'Onu che fa riferimento ai «principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili» e dall'art. 6.3. del Trattato sull'Unione Europea che si riferisce ai «diritti fondamentali ... quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri». A ciò si aggiungono consuetudini e trattati, norme pattizie, il diritto commerciale e dei contratti, quelle sulla protezione dei consumatori, sicurezza, condizioni del lavoro, tutela dell'ambiente, etc., e soprattutto dispositivi per la risoluzione di controversie (corti, centri di arbitrato) che oltre a dirimere conflitti producono norme accettate dalle parti secondo il principio del *due process of law*. Rispetto alla funzione normativa e giurisdizionale, meno sviluppata è quella esecutiva anche se stanno proliferando “corti ibride” che pretendono l'esecuzione delle sentenze⁶⁹.

A conclusione di questa presentazione che ha cercato di sottolineare l'importanza e l'innovatività delle tesi di Teubner, aggiungerei alcuni spunti di riflessione per proseguire la ricerca. Quattro sono i temi che ritengo fondamentali per il futuro. In primo luogo sottolineerei che i processi di giuridificazione globale hanno una duplice origine. Nascono sia all'“interno” del sistema sociale differenziato funzionalmente, per ordinare le sue comunicazioni e permetterne la sicurezza, sia “sui” confini col suo ambiente. In particolare sono i diritti dell'uomo e dell'ambiente naturale-ecologico a essere le “fonti” dei nuovi diritti⁷⁰. Anche se vi è una fortissima diffidenza nei confronti di questi diritti, spesso concepiti come “tirannici” rispetto alla legge, non vi è dubbio che è dai confini del sistema sociale che giungono le “irritazioni” più innovative⁷¹. Che spesso a fondamento dei nuovi diritti non stia la “ragione pratica”, cioè una riflessione etica “coerente e completa”, ma una ragione “estetica”, cioè un insieme di “sentimenti” vaghi e imprecisi, significa soltanto che la morale è sempre in “fieri” e con-

⁶⁹ L.A. Dickinson, *The promise of Hybrid Courts*, «The American Journal of International Law», 97, 2, 2003, pp. 295-310.

⁷⁰ Sulla importanza dei diritti fondamentali si veda per ultimo: *Problems and Prospects of (Inter)national Protection of Fundamental Rights*, numero speciale di «Associations», 7, 2, 2003.

⁷¹ Per questa diffidenza nei confronti dei diritti non incorporati nella legge si veda, come esempio: M. Warnock, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Torino, Einaudi, 2004.

tinuamente si arricchisce di nuovi contenuti prima “appresentati” in modo non del tutto razionalizzabile⁷². La rilevanza dell’ambiente sociale per la genesi dei nuovi diritti può essere concepita come indicatore della “latenza” del diritto che come un *medium* potenziale prende forma caso per caso. I famosi “principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili”, appaiono generici e imprecisi solo se se ne vuole fare una “lista” completa una volta per tutte: ma ciò è impossibile perché i criteri di giustizia che presiedono la creazione di diritto “devono” rimanere generali per potere essere specificati e tradotti contingentemente, secondo i diversi tempi e le diverse culture⁷³. In questo senso l’indignazione e l’orrore morale che segue alla scoperta della violazione dei diritti dell’uomo segnala l’esistenza di una sorta di “diritto consuetudinario delle genti”, una sorta di *jus cogens* che, in determinati momenti, esce dalla sua necessaria latenza⁷⁴. A questo primo tema se ne collega un secondo, quello dei diritti fondamentali. A differenza di quanto sostenuto da una corrente di pensiero scettica e relativistica, questi sono sempre più al centro del processo di globalizzazione⁷⁵. Tutto è possibile a livello sottosistemico a parte la disumanizzazione della società. Il codice umano/disumano presiede, con quello della giustizia, alla realizzazione del diritto e ne “orienta” (seppure non senza ambiguità e dibattiti infuocati) l’interpretazione-applicazione⁷⁶. Ciò appare chiaramente entro ogni regime privato di produzione giuridica, sia esso quello relativo all’Internet, al

⁷² Molto interessante sarebbe seguire da vicino questa argomentazione. Basti per ora dire che il “sentimento” può essere considerato una articolazione/elaborazione “affettiva” di principi morali presenti anche se non del tutto “razionalizzati” e “razionalizzabili”.

⁷³ Per una teorizzazione del diritto molto vicina alla presente, si veda: F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003.

⁷⁴ Su questi temi si veda: A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte im postmodernen ius gentium*, Weilerswist, Velbrück, 2004; Id., “*Ex facto ius oritur: Processos de escándalo y el derecho mundial emergente*”, in M. Braig, A. Huffs Schmid, (a cura di), *Los poderes de lo público*, Frankfurt am Main: Vervuet, 2004; Id., *Luhmanns Staat und der transnationale Konstitutionalismus*, in M. Neves, R. Voigt, (a cura di), *Luhmanns Staatstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

⁷⁵ H. Brunkhorst, *Costituzionalizzare la globalizzazione*, «Quaderni di teoria sociale», 3, 2003, pp. 27-43.

⁷⁶ A differenza di Donati, utilizzo lo schema umano/disumano invece che quello umano/non umano proprio per sottolineare che la disumanizzazione della società, il problema che interessa il sociologo, è una potenzialità del tutto umana

mercato mondiale, al sistema sanitario, ai diritti di *welfare*, a quello sportivo, ambientale, etc⁷⁷. Lo sviluppo di corti ibride per i diritti dell'uomo ne è un'ulteriore testimonianza. Il terzo tema riguarda le condizioni per l'attribuzione di personalità giuridica. Chi, nel diritto globale, sarà considerato persona giuridica? Le generazioni future, le famiglie, le specie animali e vegetali, le culture, l'intelligenza artificiale, entità spirituali diverse, etnie? Si tratta di un tema di fondamentale importanza. Ciò che può essere detto, per ora, è che la società sembra attribuire soggettività e personalità giuridica solo laddove possa presupporre processi auto-referenziali di senso cui imputare esperienze ed azioni. Si può facilmente prevedere che con la globalizzazione e l'inclusione delle culture nel sistema del diritto globale, assisteremo a un enorme processo genetico di "finzioni" giuridiche che dovranno rispondere ai nuovi bisogni di imputazione sociale⁷⁸. L'ultimo tema che voglio ricordare è quello dell'applicazione del principio di sussidiarietà. Anche in questo ambito si possono prevedere morfogenesi importanti. In primo luogo la sussidiarietà si qualificherà come rispetto per l'autonomia normativa dei diversi settori civili e come processo di devoluzione normativa attraverso modelli di diritto "promozionali"⁷⁹. Ciò avverrà sia a livello nazionale sia internazionale e transnazionale. In seconda istanza la sussidiarietà implicherà la giuridificazione della società non mediante leggi nazionali, bensì attraverso l'auto-nomia dei differenti regimi giuridici globali. In terza battuta è possibile che il principio stesso venga risemantizzato, dando vita a una sorta di "principio di auto-generatività" del diritto e di "reciprocità" tra i diritti, principio più adatto a

e non "non-umana". In altri termini la disumanità è nelle possibilità dell'umano e non un fatto non-umano. Per la distinzione umano/non umano: P. Donati, *Sulla distinzione umano/non umano*, in «Il Mondo 3», 2, 1994, pp. 158-177, (soprattutto la nota 1). C'è chi comunque parla già di *post-human* come destino della società-mondo.

⁷⁷ M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect*, in *Comparative Constitutional Law*, in «I.Con», 1, 1, 2003, pp. 79-98.

⁷⁸ Per una teorizzazione delle "finzioni" come qualcosa di diverso dalle "falsità" e in particolare relazione al diritto, si veda: Bettetini M., *Figure di verità. La finzione nel Medioevo occidentale*, Torino, Einaudi, 2004.

⁷⁹ In Italia è Donati che da almeno un decennio parla di "regolazione promozionale" in specifico per il privato sociale. Si veda: P. Donati, A. Maccarini e S. Stanzani (a cura di), *L'associazionismo sociale oltre il welfare state: quale regolazione?*, Milano, Angeli, 1997.

un sistema globale che non prevede più un centro e un vertice “politico”⁸⁰.

Infine proporrei a Teubner un “supplemento”, non so quanto “incoerente e necessario” alla sua teoria, ma certamente diverso. Lo chiamerò supplemento del “diritto vivente e latente”. Per uscire dal paradosso della “prima distinzione”, dalla fondazione mistica, dall’atto della produzione del diritto che ossessionano la teoria dei sistemi, occorre riconoscere che esso non è semplicemente decisione, potestà di porre la legge (legicentrismo), comando garantito da sanzione, imposizione (giuspositivismo)⁸¹: è atto ordinativo dove *ordinatio* implica la capacità di interpretare la realtà, rispettandone la pluralità, attraverso la ragione (giuridica)⁸². La decisione non nasce “sul nulla”, bensì da un ragionamento giuridico che trova radicamento nella realtà sociale in specifico nel “pattern” della relazione. Si tratta quindi di una *Lex* più a *legendo* che a *ligando*, diritto che “vive” attraverso l’interpretazione⁸³ e che mostra la sua positività (non il suo essere “positivo”⁸⁴) nell’applicazione quotidiana delle norme, nella sua istituzionalizzazione sociale, nello sviluppo di consuetudini, nell’utilizzo di istituti suppletivi quali le “clausole generali”, l’“equità”, “presunzioni” e “finzioni” varie, tutti supplementi che – si noti – accoppiamo la ragione giuridica con quella etica (nella doppia accezione di capacità di dimorare e di moralità)⁸⁵. Lo *ius*

⁸⁰ Lo stesso problema viene posto da P. Donati, *Le politiche familiari “societarie”*, «Sociologia e politiche sociali», 4, 3, 2002, pp. 81-109. Per una visione generale si veda: P.G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, «The American Journal of International Law», 97, 1, 2003, pp. 38-79.

⁸¹ In effetti la citazione di Montaigne sul fondamento mistico dell’autorità delle leggi si riferisce alla genesi legislativa e statale del diritto, cioè alle leggi. Evidentemente è un problema del tutto moderno che in altra epoca non sarebbe stato così posto e semantizzato. Non si capisce perché si debba utilizzare una semantica contingente per fingere un problema generale.

⁸² Su questo si veda: P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁸³ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁸⁴ G. Zaccaria, *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991.

⁸⁵ Si vedano ad esempio: *Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano*. 2. *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, diretta da R. Sacco, Torino, Utet, 1999; Alpa G., *L’arte del giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996; G.M. Chiodi, *Equità. La categoria regolativa del diritto*, Napoli, Guida, 1989. Si noti che qui si torna alle prime teorizzazioni di Teubner. Si veda ad esempio: *Die Generalklausel von “Treu und Glauben”*, in *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Schuldrecht I, Luchterhand, Neuwied, 1980, pp. 32-91.

inventum esce così dalla latenza in cui lo aveva nascosto lo *ius positum*. La società-mondo potrebbe presentarsi come società del diritto vivente – diritto generato autonomamente in tutta la società e non solo nei sistemi politici ed economici – e del diritto latente – diritto retto da principi potenziali di giustizia che trovano una loro attualizzazione nella morfogenesi dei diritti.