

Autocostrizione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo di costituzionalizzazione¹

GUNTHER TEUBNER

I. *Quattro fenomeni notevoli*

Intendo stabilire una connessione tra quattro fenomeni notevoli, ma mutualmente piuttosto distanti, la cui interpretazione è soggetta a considerevole incertezza. Il primo fenomeno notevole consiste nel fatto che ora il diritto giurisprudenziale (*judge-made law*) si sta espandendo drasticamente anche in contesti transnazionali. Era già abbastanza provocatorio nello Stato nazione che le corti – le quali, in fin dei conti, si suppone che siano nient'altro che *la bouche de la loi* – producessero, da sole, sempre più norme giuridiche, anche in presenza di un potere legislativo politico dominante, contraddicendo in tal modo diametralmente i principi fondamentali di separazione dei poteri e di legittimità democratica. Tuttavia ora scopriamo che questa tendenza prosegue incontrollata ed è persino in accelerazione nei regimi transnazionali. In una analisi di dati empirici, il sociologo del diritto, Chris Thornhill, giunge alla conclusione che

le corti transnazionali e altri collegi di appello giudiziario hanno assunto competenze che sostanzialmente eccedono le funzioni convenzionali di arbitrato e ora sono sempre più focalizzati su obiettivi di 'progresso normativo': cioè essi invocano il diritto di forgiare atti di legislazione nazionale e, senza un mandato costituzionale chiaro, di costruire un ordine normativo sovranazionale².

Osservatori critici, come Ran Hirschl, fanno risalire ciò a configurazioni di potere e interesse che favoriscono l'illegittima rivendicazione di potere di una «giuristocrazia globale»³. Osservatori apologeti, come Josef Esser, d'altro canto, considerano e ritengono che la produzione giuridica giudiziale è più razionale della sua controparte legislativa⁴. Nessuna delle due interpretazioni è soddisfacente.

In secondo luogo, recentemente è stato possibile osservare un impressionante ritorno del diritto naturale. Mentre filosofi, storici e teorici del diritto diagnosticavano la scomparsa del diritto naturale, studiosi della giurisprudenza di formazione sia

progressista che conservatrice – ma anche giudici nelle loro prassi decisionali – celebravano la risurrezione di tesi fondate sul diritto naturale⁵. E non solo nel boom prolungato di diritti umani e fondamentali. Anche in questo caso, le spiegazioni sono poche e distanti fra loro. Esse sono sia tendenze egemoniche nella cultura giuridica, supportate da gruppi di potere e di interesse, come diagnosticate nella tradizione gramsciana, sia, come sostiene chiaramente Lon Fuller, poteri che lavorano negli *arcana iuris*, suscitando silenziosamente una “moralità interiore del diritto” che si oppone al principio del positivismo legale che esercita politicamente e giuridicamente la sua influenza⁶.

Un terzo fenomeno notevole è un cambiamento di direzione tra i movimenti di protesta, che alcuni osservatori interpretano come l’implementazione di una nuova qualità politica⁷. I conflitti nei quali questi cambiamenti possono ritrovarsi oggi sono Brent Spar, il World Social Forum, Gorleben, le proteste per i diritti degli animali contro le università, companynamesucks.com, Stuttgart 21, Wikileaks, gli *indegnados* e Occupy Wall Street. Il comune denominatore è che queste proteste della società civile sono indirizzate non (solo) contro lo Stato, ma anche selettivamente e di proposito contro le istituzioni professionali organizzate dell’economia e di altri sistemi funzionali che esse ritengono responsabili di sviluppo seriamente distorto.

L’ultimo fenomeno notevole consiste nello status grandemente differente di vari tipi di costituzione: la costituzione dello Stato, la costituzione economica e la costituzione della scienza. La predominanza, se non esattamente il monopolio, delle costituzioni dello Stato è ovvia, sia in pratica

che in teoria. Lo status delle costituzioni economiche è già più precario. Nessuno potrebbe ora negare l’esistenza reale di diverse costituzioni economiche e il loro ruolo fondamentale per l’economia, la politica e il diritto. E cambiamenti radicali alla costituzione economica globale esistente, come stabiliti nel Washington Consensus, sono portati avanti con bravura normativa in questo stesso momento⁸. Ma se queste siano realmente costituzioni in senso stretto e chi agisca allora come potere costituente – l’economia? la politica? il diritto? la società? – è estremamente controverso. L’esistenza di una costituzione della scienza è, a sua volta, realmente affermata solo in un senso metaforico⁹. Perché i sottosistemi sociali hanno un tale diverso status costituzionale?

In che modo una costituzione si relaziona con il suo paradosso fondativo – questo è il punto che lega insieme questi quattro fenomeni reciprocamente separati. Questo punto non è limitato alla sola costituzione dello Stato, ma è anche, e in modo pertinente, applicabile alle costituzioni degli altri sistemi sociali¹⁰. Il punto di partenza è la tesi di Luhmann (paragrafo II) secondo la quale il diritto, con l’aiuto della costituzione dello Stato, esternalizza il suo paradosso originario alla politica, mentre la politica esternalizza il proprio al diritto. In aggiunta a questo, è necessario sollevare la questione (paragrafo III) se – e nel caso come – il diritto persegua anche una deparadossizzazione analoga nei confronti di altri sottosistemi sociali. Al tempo stesso, è stata formulata la stessa questione, ma stavolta in direzione opposta (paragrafo IV), se altri sistemi sociali si comportano come la politica, esternalizzando i loro paradossi al diritto con l’aiuto di una costituzione, o se essi impiegano deparadossizzazioni alter-

native. Entrambe le questioni conducono al quesito conclusivo (paragrafo V) relativo a quali problemi conseguenti sono generati da queste esternalizzazioni. Le differenze tra i vari approcci alla deparadossizzazione possono forse chiarire le quattro questioni originarie, cioè: perché il diritto giurisprudenziale sta sviluppando una prominenza nuova a livello transnazionale? Sotto quali condizioni un certo tipo di diritto naturale progredirà ancora, persino oggi, nei confronti del positivismo? Come è che i movimenti di protesta stanno spostando il fuoco delle loro contestazioni? E per quali ragioni i sottosistemi sociali costituzionalizzano non secondo un modello standard, ma con chiare differenze di intensità?

II. *Reciproca esternalizzazione del paradosso in diritto e politica*

Il punto di partenza è qui costituito dalla teoria della costituzione dello Stato di Niklas Luhmann che attribuisce un ruolo centrale a come il diritto e la politica affrontano il loro paradosso originario¹¹. Poiché il diritto è fondato sul codice binario, lecito / illecito, rimane incagliato in paradossi autoreferenziali quando il codice è inevitabilmente applicato a se stesso. Questo paradosso fondativo espone il diritto al sospetto di arbitrarietà, mina la sua pretesa di legittimità e paralizza le decisioni. Le vie di fuga conducono solo al noto trilemma del diritto di Münchhausen: infinito regresso (diritto naturale religioso), interruzione arbitraria (Hans Kelsen), o circolarità della fondazione di norme (Herbert Hart). Poiché nessuna di queste tre offre una via di uscita soddisfacente, alla fine si è constata-

to che solo una strategia di deparadossizzazione ha avuto successo nel passato. Il diritto esternalizza il suo paradosso alla politica con l'aiuto della costituzione dello Stato. In questo modo, il diritto cerca la sua legittimazione ultima nella politica democratica, è così alleggerito del suo proprio problema di paradosso e non ha più bisogno di preoccuparsi di come la politica venga a patti con la sua esternalizzazione.

La politica, d'altro canto, deve combattere con un paradosso internamente insolubile - il paradosso di vincolare un'autorità necessariamente non vincolata¹². Come si potrebbe vincolare il sovrano a regole razionali e soprattutto alle sue stesse promesse? Ciò era facilitato solo quando il paradosso era esternalizzato al diritto, il quale era, una volta ancora, compiutamente realizzato dalla costituzione dello Stato. La costituzione obbliga alla procedura del diritto la sovranità politicamente non vincolata. La costituzione dello Stato, in quanto accoppiamento strutturale fra diritto e politica, è così caratterizzata dal fatto che *c'è una esternalizzazione reciproca dei paradossi originari di politica e diritto*. Diritto e politica sviluppano complesse forme di autolimitazione esogena che sono - non per coincidenza - evocative di libertà attraverso l'autolimitazione e di congiunzione geniale tra autolimitazione e limitazione imposta dall'esterno presente nel mito di Odisseo.

È possibile generalizzare questa teoria della costituzione politica? Altri sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi al diritto e viceversa, in modo tale che, a fianco alla costituzione dello Stato, altre costituzioni di sottosistemi - una costituzione economica, una costituzione dei media, una costituzione organizzativa - agiscano anche come strumenti di gestione pratica di paradossi?

Luhmann non ha investigato esplicitamente questa questione. Luhmann, come molti costituzionalisti centrati sullo Stato, è piuttosto scettico nei confronti della costituzione economica, degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali, del costituzionalismo sociale e anche nei confronti del costituzionalismo transnazionale¹³. E tuttavia a causa della logica interna della teoria dei sistemi è virtualmente doveroso investigare la questione relativa a se la generalizzazione di problemi costituzionali (così come sono diventati visibili in politica) e la loro ri-specificazione siano presenti in altri sistemi sociali¹⁴. Poiché non solo la politica e il diritto, ma ogni, realmente ogni, sistema funzionale basato su un codice binario è invischiato in paradossi autoreferenziali che, se non c'è modo di eluderli, producono alla fine la paralisi¹⁵. Non c'è modo di evitare la generalizzazione. La questione irrisolta riguarda solamente come la deparadossizzazione è ri-specificata in altri contesti. Ottiene successo in altri sistemi sociali externalizzare il pertinente paradosso originario al sistema legale con l'aiuto della costituzione – e viceversa? Oppure altri metodi di deparadossizzazione sono applicati in sottosistemi non politici?

III. *Deparadossizzazione del diritto*

III.1. *La costituzione dello Stato*

L'esternalizzazione dei paradossi legali al sistema politico dello Stato nazione fu una tale storia di folle successo nel passato che, fino alla fine del Ventesimo secolo, venne promossa non solo nel diritto costituzionale, ma anche generalmente in tutti i campi

del diritto. Nella costituzione dello Stato, nelle garanzie procedurali dello Stato governato dalla *rule of law*, nella divisione dei poteri tra legislazione e amministrazione della giustizia e nella giurisdizione costituzionale, produrre diritto venne coerentemente attribuito al processo politico-parlamentare. Il diritto consuetudinario – eccezione evidente a ciò – venne gradualmente marginalizzato nello Stato nazione. Per finire il tutto, l'ancora non disciplinata area del diritto privato venne costituzionalizzata nel momento in cui i paradossi originari di contratto e di organizzazioni private basate sull'autonomia privata vennero "ridiretti" dentro la costituzione dello Stato¹⁶. Tecnicamente parlando, ciò fu ottenuto attraverso finzioni più o meno plausibili: la gerarchia onnicomprensiva delle norme giuridiche, che incorporava anche i contratti e le associazioni intese come delega a individui privati, la ricezione da parte dello Stato di norme sociali e/o la loro relegazione dentro il dominio puramente fattuale¹⁷.

È già divenuto ovvio nello Stato nazione che la totale esternalizzazione dei paradossi legali al sistema politico finirebbe per sovraccaricare sia il diritto che la politica. La (sovra)politizzazione del diritto, così attivata, mostrava i suoi effetti disgreganti più estremi nei regimi nazionalsocialisti e in quelli di socialismo reale, ma era anche dolorosamente percepibile nello Stato sociale postbellico. "Fallimento della legislazione" è il modo in cui ciò venne criticato dai giuristi, i quali diressero i loro strali sia al modo in cui la produzione di norme giuridiche era strumentalizzata dal sistema dei partiti politici, sia al fatto che la politica non era pronta a reagire con attività legislative che rispondessero ai bisogni del sistema giuridico¹⁸.

L'esternalizzazione divenne pressoché impossibile quando i regimi transnazionali iniziarono a creare il loro proprio diritto, in quanto non c'è nessuna controparte transnazionale alla costituzione dello Stato nazione come legame strutturale tra diritto e politica, all'interno del quale l'esternalizzazione poteva avere luogo. La produzione delle norme al di fuori del quadro del diritto internazionale che avviene in maniera così massiva in tutto il mondo riapre tutti i problemi del paradosso giuridico che si sono incontrati nello Stato nazione prima che essi fossero con successo trasferiti alla politica¹⁹. Questo porta la dottrina giuridica a perdere drasticamente l'orientamento cosicché giuristi di spicco descrivono un "*contrat sans loi*", cioè un contratto che non è fondato sul diritto dello Stato nazione, come logicamente impossibile e pernicioso per il diritto²⁰.

III.2. *Costituzioni sociali*

Cercando strade alternative per far fronte al paradosso giuridico, il diritto sembra reagire forzando una differenziazione interna tra sottosettori, ma poi, invece di orientare questi sottosettori sulla base di criteri interni al diritto, bypassa il sistema politico e basa la sua produzione normativa su altri sistemi sociali. Questo è già visibile nello Stato nazione, quando sottosettori semi-autonomi del diritto, come diritto dell'economia, diritto del lavoro, diritto sociale, diritto della medicina, diritto dei media e diritto della scienza, evolvono vigorosamente – minando la separazione tradizionale di diritto pubblico e diritto privato²¹. Sebbene questi campi speciali del diritto

salvaguardino ufficialmente l'esternalizzazione alla politica, essi in realtà la riducono surrettiziamente in modo progressivo, spostando il paradosso della produzione di norme nel sistema sociale regolato²².

La differenziazione interna del diritto è promossa anche più radicalmente a livello transnazionale. Diversi campi sociali sono governati da regimi giuridici altamente specializzati che sono separati di gran lunga dal diritto pubblico internazionale e ora accoppiati strettamente con l'interna razionalità dei campi sociali²³. "Regimi pubblici", come il World Trade Organisation, che sono venuti ad esistenza come trattati di diritto internazionale, marginalizzano l'esternalizzazione del paradosso alla politica che era stato inizialmente presente. Essi affermano autonomia su vasta scala di fronte agli Stati nazione e stabiliscono essi stessi come "regimi autosufficienti", generando nuove forme di accoppiamento strutturale con i campi sociali regolati. Nei regimi "privati", come la *lex mercatoria*, la *lex sportiva*, o la *lex digitalis*, che si sono formati fin dal principio indipendentemente dal diritto nazionale e dai trattati degli Stati, la questione di esternalizzare il paradosso giuridico alla politica non è neanche sorta. Invece, i paradossi originari di questi ordini giuridici transnazionali sono dislocati fin dal loro sorgere nei campi sociali con cui essi sono entrati in intima simbiosi.

Se il diritto non esternalizza più il suo paradosso alla politica, ma lo dirotta verso altri sistemi sociali, questo significa molto più di un semplice cambiamento della auto-descrizione del diritto. In quanto l'applicazione del codice giuridico a se stesso non solo introduce la questione astratta della legittimazione del diritto, a cui non si può più rispondere con il "volere del le-

gislatore”, ma più probabilmente con la razionalità interna del sottosistema sociale coinvolto. Il diritto non solo modifica il mito fondativo nel quale cela i suoi paradossi, ma cerca un differente fondamento costituzionale per la sua produzione di norme. Se ora non è più la costituzione dello Stato ad essere adottata per l'esternalizzazione dei paradossi, ma le costituzioni dei sottosettori sociali, così dell'economia, dei media, della scienza e della sanità, allora ci sono immediate, tangibili conseguenze. Per dirla con Robert Cover, che vede la forza *juris-generativa* di una pluralità di ordini giuridici nella interazione tra *nomos* e narrazione²⁴, la narrazione non è la sola a cambiare quando il modo in cui i paradossi sono affrontati è alterato: lo stesso *nomos* è trasformato. Quando il paradosso legale è trasformato, altri processi di produzione delle norme vengono in primo piano e un diverso tipo di norme legali sostanziali entra in vigore.

Il processo di produzione del diritto una volta dominante, che tramuta decisioni politiche collettive in norme legali, è rimpiazzato per una parte considerevole nei regimi transnazionali dalla produzione di norme sociali che sono trasformate in diritto applicabile²⁵. Contratto, organizzazione formale e standardizzazione sono i tre grandi processi *juris-generativi*, all'interno dei quali le regole auto-generatesi dell'economia, ma anche della scienza, istruzione, media e sanità, diventano diritto vigente. Il ruolo giocato dal legislatore politico nello stato nazione e nelle relazioni internazionali è così progressivamente ristretto a riformulare meramente questo diritto creato all'interno della società.

III.3. *Movimenti di protesta*

Troviamo qui la spiegazione del perché i movimenti di protesta stanno cambiando i loro destinatari, come su descritto. I movimenti di protesta reagiscono al cambiamento della esternalizzazione dei paradossi del diritto. Essi non si rivolgono più alle autorità dello Stato come destinatari delle loro proteste, ma a corporazioni transnazionali e ad altre istituzioni sociali. I movimenti di protesta cambiano la direzione dei loro attacchi ogniqualvolta il sistema giuridico fa uso della legislazione politica solamente per la sua legittimazione formale e si muta in contratto, organizzazione formale e standardizzazione. I movimenti di protesta esercitano pressione sociale sui punti nei quali essi credono di poter individuare le cause di uno sviluppo sociale distorto e, ancor più, le opportunità reali di produrre cambiamento. Questo spiega perché i movimenti di protesta percepiscono un potenziale più forte per una ri-politicizzazione, una ri-regionalizzazione e una ri-individuazione dei processi di produzione del diritto, che non sono più concentrati nel sistema politico, ma possono essere trovati in vari e diversi sottosettori sociali²⁶. Alcuni autori vedono in questi contatti diretti dei movimenti di protesta una nuova qualità delle lotte politiche²⁷.

“Costituzionalismo dal basso” – questo è il titolo sotto al quale il contributo al costituzionalismo dei movimenti di protesta è discusso oggi. Una serie di autori – James Tully, Antonio Negri, Gavin Anderson – hanno osservato che il *pouvoir constituant* transnazionale non può trovarsi nelle istituzioni politiche, ma è ora manifestato nei movimenti sociali, cioè nella moltitudine, nella varietà dei movimenti di protesta,

nelle Organizzazioni Non Governative e nei segmenti transnazionali del pubblico²⁸. Anderson identifica un certo costituzionalismo transnazionale dal basso nei nuovi poteri costituenti rinvenuti sia all'interno che all'esterno delle strutture di democrazia rappresentativa, le ultime includenti movimenti di decolonizzazione e di internazionalisti, Organizzazioni Non Governative alternative e corpi che sfuggono alla categorizzazione tradizionale, come il World Social Forum²⁹.

Per quanto esagerato possa suonare identificare i movimenti di protesta completamente con il *pouvoir constituant*, seria considerazione deve darsi a un suggerimento proveniente da questi autori. Quello che loro intendono con *pouvoir constituant* non è più il *demos* onnicomprensivo, ma solo processi frammentati. Nelle relazioni transnazionali, è estremamente chiaro che non c'è una cosa come la dinamica costituzionale che comprenda l'intera società mondiale, ma che ciò che noi abbiamo al massimo è una serie di processi eterogenei di costituzionalizzazione. Ciò determina l'abbandono della nozione tradizionale nella quale la costituzione politica fornisce alle energie collettive di una società nella sua interezza la forma che la incapsula – nel passato come nazione e ora come comunità internazionale. Al contrario, il potenziale collettivo della società moderna non è più disponibile come unità, ma è sempre più compartimentalizzato in una molteplicità di potenziali, energie e forze sociali. E se il diritto altera il modo in cui esternalizza i suoi paradossi, mirando a sottosettori sociali invece che alla politica, allora anche la qualità del *pouvoir constituant* cambia necessariamente. Il diritto allora non cercherà più la sua legittimazione primariamente

attraverso la costituzione politica, ma attraverso costituzioni settoriali che a loro volta avranno bisogno di stabilire la loro legittimazione – senza passare per le costituzioni dello Stato – attraverso l'*ordre public transnational*³⁰. Queste costituzioni settoriali derivano dai potenziali comunicativi che si raggruppano intorno ai vari media di comunicazione specializzata della società³¹.

III.4. Diritto giurisprudenziale

Questo paragrafo ora spiega anche come l'espansione del diritto giurisprudenziale – come su indicato – sia collegato con la esternalizzazione di paradossi. Il diritto giurisprudenziale inizia ora a giocare un ruolo inedito: non produce solo in modo autoreferenziale le regole del diritto casistico durante una causa in modo da risolvere conflitti individuali³²; esso ora accoglie anche le norme sociali prodotte da contratto, organizzazione e standardizzazione, derivando da ciò una forma diversa di legittimazione che non è più legale o politica, ma sociale. Questo potenzia il diritto giurisprudenziale nei confronti della produzione del diritto e non solo in termini quantitativi. La sua nuova qualità deriva dal fatto che il diritto giurisprudenziale assume una funzione genuinamente costituzionale; comunque non deriva le sue norme dalla costituzione dello Stato, ma dalle costituzioni di vari sottosistemi sociali³³.

Questo molto chiaramente ha a che fare con una delle più importanti istituzioni di diritto privato del Ventesimo secolo, con il controllo giuridico dei contratti per adesione³⁴. Con il pretesto di stipulare contratti, i mercati hanno sviluppato una autorevole

legislazione privata che non governa soltanto relazioni contrattuali individuali, ma che ha praticamente tutte le caratteristiche della legislazione politica. Non esiste un consenso contrattuale genuino: al contrario imprese e associazioni economiche impongono norme unilateralmente, sulla base di asimmetriche relazioni di potere, paragonabili a quelle tra Stato e cittadini. Il diritto giurisprudenziale ha reagito a queste norme imposte privatamente assumendo un duplice ruolo costituzionale. Da una parte, legittima questa forma di produzione unilaterale di norme appoggiata dal potere economico, i cui problemi minimizza etichettandoli come "contrattuali", e usa regole secondarie per regolamentare la produzione privata di norme. Il potere legislativo politico allora non fa altro che incorporare nel codice civile le norme redatte dal diritto giurisprudenziale. Dall'altra, le corti intervengono su larga scala con massicce revisioni giudiziali nel diritto autoprodotta dall'economia, l'intensità delle quali è equivalente alle revisioni costituzionali effettuate sulla legislazione politica. Protetto dalle formule tradizionali come "buona fede" e "*boni mores*", il diritto giurisprudenziale ha creato una nuova gerarchia di controllo costituzionale, nella quale le norme dei contratti per adesione di più basso livello sono controllate dalle norme costituzionali di più alto livello. Tuttavia queste norme di più alto livello sono prodotte dai principi non della costituzione politica, ma della costituzione economica, che ha bisogno di legittimare se stessa attraverso principi di pubblica responsabilità.

Il diritto giurisprudenziale gioca un ruolo simile in altre aree sociali, quando assoggetta la produzione di norme in tutti i tipi di organizzazioni sociali basate sul

diritto privato – ospedali, università, sindacati, associazioni professionali, società mediatiche e recentemente intermediari internet – a una onnicomprensiva revisione giuridica. Anche in questo caso adempie alla duplice funzione costituzionale appena menzionata, da una parte normalizzando le procedure di normazione sociale, dall'altra controllando l'incostituzionalità delle norme sostanziali del diritto interno organizzativo. Similmente, il diritto giurisprudenziale legittima e controlla i processi di standardizzazione che sono elaborati nelle organizzazioni private di standardizzazione o che sono naturalmente fatti approvare nei cosiddetti processi spontanei di comunicazione. Anche in questo caso, non è la costituzione dello Stato, ma la rispettiva costituzione settoriale – nella sanità, nel sistema di istruzione, nei media dell'informazione o in internet – che fornisce i criteri di revisione.

Su scala globale, i diritti dei regimi transnazionali emergenti trattano similmente i problemi dei loro paradossi originari. In questi casi è solo possibile esternalizzarli alla politica all'interno di confini estremamente stretti. Al contrario, le costituzioni proprie di vari regimi transnazionali causano la scomparsa dei paradossi originari dei diritti di regime, poiché essi li ricollocano nei loro rispettivi sistemi sociali. Il paradigma qui è la *lex mercatoria*, che dà forza ai "*contrats sans loi*", cioè ai contratti liberamente fluttuanti privi di ogni fondamento extra-contrattuale. Questo paradosso evidente non può più essere sistemato nel diritto degli Stati nazione. In una circolarità degna di nota, fa affidamento sulle corti di arbitrato che ha creato esso stesso per produrre norme di più alta gerarchia, che a loro volta trovano la narrazio-

ne e il *nomos* della *lex mercatoria* nella prassi contrattuale economica³⁵.

III.5. *Diritto naturale*

C'è una chiara connessione tra modi alternativi di esternalizzare paradossi e diritto naturale, a lungo creduto essere moribondo, che ora celebra la sua resurrezione in campi specialistici del diritto e nei regimi giuridici transnazionali. Quando il diritto giurisprudenziale dà forza alle norme costituzionali, deriva i suoi criteri dalla razionalità interna dei sottosistemi sociali. Efficienza come principio giuridico, la funzionalità delle organizzazioni sociali, l'auto-definizione di arte, la neutralità e obiettività della scienza, la missione educativa di scuole e università e l'adeguatezza alla rete delle norme di internet – secondo il positivismo legale, formule di razionalità sociale di questo tipo potrebbero diventare principi legali validi solamente se il potere legislativo fa un provvedimento esplicito. Tuttavia tali formule fluiscono costantemente dentro la prassi giuridica dai vari e diversi sistemi sociali e sono trasformate in principi giuridici dal diritto giurisprudenziale, ottengono così la forza di norme giuridiche concrete³⁶.

Grazie alle costituzioni dello Stato siamo da tempo consapevoli di questo flusso di principi sostanziali. La costituzione dello Stato è costruita come una costituzione materiale, in quanto contiene non solo norme procedurali formali, ma anche norme sostanziali e principi. C'è solo un modo per spiegare oggi il loro carattere altamente problematico di "diritto naturale". Non è il sistema giuridico, ma il sistema politico

che decide, nel corso di conflitti di lunga durata, riguardo a alcuni principi fondamentali della politica, che sono poi costruiti giuridicamente dal diritto costituzionale e al tempo stesso alterati per scopi giuridici. La *rule of law*, la separazione dei poteri, la democrazia, lo stato sociale e oggi la protezione ambientale sono esempi di tali decisioni riflesse all'interno del sistema politico che fluiscono nel diritto attraverso la costituzione dello Stato. Similmente, altri sottosistemi sociali nei loro propri processi di riflessione, sviluppano principi fondamentali che sono legalmente ricostruiti nella costituzione economica, nella costituzione della scienza etc. e sono usati come criteri per la revisione giuridica delle norme. I principi giuridici della costituzione economica, per esempio, includono i principi liberali classici di proprietà, libertà di contratto e concorrenza, ma anche restrizioni della libertà contrattuale, obbligazioni sociali della proprietà, diritti fondamentali che si oppongono al potere economico e oggi giorno sostenibilità ambientale e responsabilità sociale delle imprese³⁷.

La continuità del pensiero giusnaturalista è qui percepibile. Il diritto naturale è sempre stato usato per far scomparire i paradossi di auto-referenzialità del codice legale³⁸. E questa formula ha sempre fornito un percorso spianato ai principi sostanziali per consentir loro di entrare nella pratica del diritto: dalla religione nel Medioevo, dalla filosofia morale nell'Età della Ragione, dalla costituzione politica nello Stato nazione e dalle costituzioni sociali multiple nell'era postmoderna. Diversamente dal vecchio diritto naturale le cui origini erano religiose, razionaliste o politiche, è ora fattibile parlare in termini di "diritto naturale sociologico", perché esso usa costituzioni

sociali per ricostruire le razionalità di diversi sottosistemi all'interno del sistema giuridico e per trasformarle in principi vincolanti. E il diritto non si cura se il legislatore democraticamente legittimato lo abbia ordinato oppure no.

IV. *Deparadossizzazione in altri sistemi sociali*

Se il diritto, nel corso del suo sviluppo, ha spezzato il monopolio della politica sulla esternalizzazione ed è diventato internamente differenziato in modo tale che regimi giuridici speciali spostano il paradosso giuridico nelle aree sociali di cui si occupano, come sembrano le cose osservate dalla prospettiva opposta? Altre aree sociali fanno esperienza anch'esse di esternalizzazione reciproca, in modo che a loro volta possano cedere i loro paradossi originari al diritto?

IV.1. *La costituzione dello Stato*

Come discusso sopra, il paradosso originario della politica divenne visibile quando il potere del governante diviene riflessivo. Quando il potere è forzato dal potere, quando le gerarchie del potere sono costruite, allora la politica è anche esposta a un regresso infinito – in modo molto simile al diritto nel trilemma di Münchhausen: il regresso del potere prepotente. E molto come nel diritto, le soluzioni religiose al problema dell'*ultima potestas* erano convincenti nella cosmologia unitaria medievale. Ma se la politica è diventata indipendente fin dal Rinascimento, se si è liberata dai lacci reli-

giosi, se è infine diventata sovrana e dichiarato se stessa essere *legibus absoluta*, allora il paradosso della sovranità, il paradosso di limitare un'autorità necessariamente illimitata, appare in tutta la sua intensità. All'interno della politica è insolubile³⁹.

È la costituzione dello Stato che abilita la politica a dominare questo paradosso, mediante un suo spostamento ulteriore. La politica trasferisce al diritto il compito di limitare la sovranità illimitata attraverso procedure giuridiche – attraverso l'organizzazione come legame interno e attraverso i diritti fondamentali per limitare l'arbitrarietà verso l'esterno. Ciò smussa il paradosso della politica. In effetti, implica una perdita di sovranità, la politica è per l'avvenire imbrigliata in durevoli relazioni legalmente vincolanti. Tuttavia ciò è compensato, poiché vincolare atti del potere trasformandoli in atti di diritto innesta le decisioni politiche su fondamenti permanenti, e rafforza così la loro efficacia. A questo riguardo, la segreta affinità tra la comunicazione del potere e la normatività del diritto si mostra essere più che produttiva. D'altronde il legame della politica con il diritto diventa sopportabile solamente quando il meccanismo di produzione del diritto a sua volta garantisce alla politica una influenza decisiva sulla produzione del diritto. Soltanto allora la costituzione dello Stato può guidare la relazione complessa tra diritto e politica cosicché un codice binario secondario della politica emerge. La *rule of law* è estesa a coprire tutti gli eventi politici e in tal modo tratta ogni atto del potere come un atto del diritto. Le costituzioni dello Stato ottengono il loro lustro unico da questa esternalizzazione di paradossi eseguiti in perfetta simmetria – dalla politica al diritto e dal diritto alla politica. Questo

lustrò indusse Dieter Grimm a parlare della "completezza" delle costituzioni dello Stato e Neil Walker a definire il loro carattere "olistico". È qui che possiamo trovare la ragione più profonda del perché essi negano il titolo onorario di costituzione alle ordinanze fondamentali di altri sistemi funzionali⁴⁰.

IV.2. *La costituzione economica*

Quale ruolo gioca il diritto quando l'economia deve far fronte al suo proprio paradosso fondamentale – il paradosso di scarsità? Questo paradosso paralizza l'azione economica in un modo tale che l'acquisizione di beni finiti elimina la scarsità, generando al tempo stesso scarsità. Nel passato, il solo modo per superare questo impasse era rimpiazzare il paradosso della scarsità con il codice rigorosamente binario proprietà / non proprietà. Comunque ciò presume che ogni atto di acquisizione economica sia sufficientemente evidente riguardo al "condensare" posizioni vagamente comprese di avere / non avere in posizioni durevoli di proprietà / non proprietà. Secondo Luhmann questa condensazione ha giocato un ruolo chiave nel rendere l'economia autonoma.

Condensazione significa che strutture di significato sono disponibili per la ripetizione da situazione a situazione; e questo accade nonostante le loro paradossali origini e nonostante la loro esposizione all'opposizione del controvalore. Condensare è ripetere lo stesso, ... in modo tale che le aspettative del futuro prendano forma e acquisiscano certezze rispetto alla soddisfazione di bisogni e alla compensazione di privazioni⁴¹.

Condensare posizioni sociali in certezze vincolanti non può comunque essere

raggiunto da soli atti di acquisizione economica. Al massimo, tali atti possono generare aspettative sociali diffuse in questa direzione, ma non possono determinarle abbastanza strettamente da raggiungere una deparadossizzazione precaria in tre dimensioni. Nella dimensione temporale, le aspettative di proprietà devono stabilire solidi legami che dureranno per un lungo periodo; nella dimensione sociale esse devono stabilire la non ambigua inclusione / esclusione del gruppo di persone interessate, la qual cosa causa difficoltà notevoli, specialmente nel caso di proprietà collettiva; e nella dimensione sostanziale esse devono generare gruppi chiaramente definiti di aspettative con riguardo ai diritti di uso, diritti di esclusività, diritti di sfruttamento e diritti di acquisizione e i loro rispettivi confini. Ciò può essere raggiunto solamente da un sistema giuridico altamente sviluppato. Tale è la costituzione di proprietà che genera un accoppiamento strutturale stretto tra economia e diritto e in pratica esternalizza il paradosso di scarsità al diritto di proprietà.

La costituzione della proprietà costituisce soltanto la prima fase di una costituzione economica. Non appena un'economia monetaria altamente sviluppata prende forma, e specialmente non appena le banche si specializzano nelle attività di credito, la costituzione economica entra in una seconda fase, nella quale il paradosso di scarsità prende una forma completamente diversa. La deparadossizzazione allora corre in modo corrispondente su binari diversi. E qui l'economia ancora una volta esternalizza il paradosso che minaccia di paralizzare le transazioni monetarie al diritto. Nel settore bancario, sia la capacità che l'incapacità a pagare sono generate simultaneamente. Il sistema bancario è basato sul paradosso

di autoreferenzialità, sull'unità della capacità e incapacità a pagare. Le banche hanno il privilegio cruciale di poter vendere i loro debiti traendone profitto⁴². Questo paradosso può essere mitigato fino a un certo punto se le operazioni di pagamento assumono una modalità riflessiva, cioè se le operazioni che implicano quantità di denaro sono applicate a operazioni monetarie nelle transazioni quotidiane. Comunque, queste operazioni economiche riflessive rimangono instabili fino a quando non sia creata una gerarchia interna nel settore bancario, la gerarchia delle banche centrali in relazione alle banche commerciali.

Tuttavia la gerarchia bancaria non può essere istituzionalizzata esclusivamente attraverso l'auto-regolamentazione, e ciò si applica in particolare alla istituzionalizzazione della banca centrale. Essa ha bisogno di essere supportata dall'esterno mediante norme giuridiche, per costituire la posizione unica di banca centrale con regolamenti vincolanti. I paralleli con le gerarchie nel sistema politico e il ruolo della costituzione dello Stato sono evidenti. Anche l'economia è in grado di gestire i suoi paradossi monetari solamente con l'aiuto del diritto, che utilizza la costituzione finanziaria, cioè norme di procedura, di competenza e di organizzazione per regolare la creazione e i metodi operativi delle banche centrali nei confronti delle banche commerciali. Come corollario economico ai diversi rami del governo, esecutivo, legislativo e giudiziario, il "monetativo" delle banche centrali è stabilito dalla costituzione economica⁴³.

Il modo in cui la costituzione economica deparadossizza la circolazione monetaria è sempre precario, comunque è sempre minacciato dal pericolo del ritorno del paradosso. La gerarchia sorretta dalla

costituzione economica nella relazione tra le banche centrali e le banche commerciali non ha eliminato la paralisi del sistema finanziario per sempre:

La possibilità logica ed empirica che l'intero sistema collasserà, di un ritorno del paradosso e un blocco completo di tutte le operazioni mediante l'equivalenza originaria capace di pagamento = incapace di pagamento non può essere esclusa, ma è resa sufficientemente improbabile⁴⁴.

La recente crisi finanziaria ha dimostrato che questa è tutt'altro che "sufficientemente improbabile". L'eccessiva pulsione alla crescita nelle transazioni finanziarie globali ha dato a tutti noi un assaggio di un possibile fallimento del settore bancario. Questo è stato immediatamente seguito dalle recenti iniziative di riforma della costituzione finanziaria, che intendono risistemare nuovamente la gerarchia delle banche. Senza queste riforme, le banche centrali avrebbero difficoltà ad esercitare un controllo sufficiente sui mercati monetari: esse sarebbero solo in grado di stimolarli o de-stimolarli indirettamente intervenendo singolarmente. Esse sarebbero solo in grado di guidare la fornitura di denaro indirettamente attraverso il tasso di base, che rende il credito più o meno costoso. Con le riforme che rafforzano il ruolo giocato dalle banche centrali nei confronti delle banche commerciali, il diritto abbraccia la funzione restrittiva della costituzione economica, previene il ritorno dei paradossi e l'impasse totale e al tempo stesso stabilizza le relazioni auto-riflessive nelle operazioni di pagamento, che si disintegrerebbero se non fossero fissate a una base giuridica.

È abbastanza sorprendente il fatto che la politica esternalizza il paradosso della sovranità, mentre parallelamente l'economia esternalizza il paradosso di scarsità,

entrambe al diritto, e che in questo modo la costituzione dello Stato e la costituzione economica adempiono la medesima funzione. Pur tuttavia notevoli differenze sono evidenti. Per quanto concerne le operazioni monetarie all'interno dell'economia, non c'è segno di un codice secondario completo che costringa il sistema politico ad applicare il codice binario lecito / illecito a tutte le operazioni politiche. Fondamentalmente ci sono tre ragioni per questo. In primo luogo: non ci sono dubbi che le transazioni economiche siano regolate da norme giuridiche ed anche controllate dai tribunali, ma è degno di nota il fatto che la relazione intensa tra operazioni politiche e giuridiche non ha corrispondenze nella relazione tra operazioni monetarie e giuridiche. Un atto amministrativo può essere costruito immediatamente come implementazione di norme giuridiche esistenti, in molti casi persino come programma strettamente condizionale. Mentre le cose seguono un corso diverso nelle transazioni economiche. Sicuramente, le transazioni economiche sono valide solo a certe condizioni contrattuali, tuttavia nella pratica, le transazioni economiche sono diametralmente opposte all'implementazione di norme esistenti. In secondo luogo: mentre la giuridicizzazione di decisioni politiche rafforza ulteriormente il loro carattere collettivamente vincolante, sarebbe semplicemente controproduitivo per l'azione economica se le transazioni individuali fossero collettivamente vincolanti per l'intera economia. La natura vincolante legalmente garantita delle transazioni si manifesta solamente al micro livello delle relazioni contrattuali e delle organizzazioni economiche. Solamente al micro livello è possibile parlare in termini di un codice giuridico secondario delle transazioni eco-

nomiche nella forma di atti contrattuali o atti corporativi. Diversamente dal sistema politico, dove la collettività è legata da decisioni politiche, il macro livello in economia resta non vincolato. Il principio di *privity of contract* nel *Common Law* vieta l'estensione di un clausola vincolante a terzi, per non parlare della sua estensione all'intero ordinamento economico. In terzo luogo: la corrente concatenazione di operazioni politiche e economiche differenzia fondamentalmente l'una dall'altra. Le decisioni politiche hanno effetto di precedenti sulle decisioni successive: se si intende deviare da essi, la politica deve percorrere nuovamente l'intero iter giuridico e la decisione deviante deve essere resa positiva con un esplicito *actus contrarius*. Le transazioni monetarie future, al contrario, non sono in alcun modo vincolate normativamente da precedenti transazioni. L'atto individuale di pagamento genera nient'altro che aspettative cognitive per i successivi atti di pagamento.

Queste tre ragioni spiegano perché, malgrado i parallelismi con cui economia e politica esternalizzano i loro paradossi al diritto, ci sono pesanti differenze nell'intensità della loro costituzionalizzazione. La decentralizzazione dei processi decisionali che è prevalente in economia, l'intenzionale restrizione degli impegni contrattuali ai partners contraenti e lo stile esclusivamente cognitivo dell'aspettativa che connette l'un l'altra le transazioni economiche, in pratica escludono la possibilità di completare la simmetria delle esternalizzazioni reciproche, così come esse si manifestano tra politica e diritto, per quanto concerne economia e diritto. Diversamente dalla costituzione dello Stato, la costituzione economica mostra un livello ragguardevole di

asimmetria. Mentre è vero, come illustrato sopra, che il diritto esternalizza il paradosso giuridico per una parte notevole alla produzione di norme economiche – contratto, organizzazione e standardizzazione – è nondimeno anche vero che, se deve evitare di danneggiare la sua integrità strutturale, l'economia può perseguire la sua costituzionalizzazione solo limitatamente.

IV.3. *La costituzione della scienza*

Questa asimmetria di esternalizzazioni è ancor più marcata nella costituzione della scienza. Sicuramente, anche la scienza ha il suo paradosso di auto-fondazione: solamente le operazioni scientifiche possono determinare riflessivamente che cosa in realtà costituisce la scienza. Il paradosso cretese, che deriva dall'applicazione di operazioni cognitive a operazioni cognitive, è probabilmente il caso più rinomato di paradosso auto-referenziale. Tuttavia diversamente dalla politica e dall'economia, è per lo più impossibile esternalizzare il paradosso scientifico al diritto. Disposizioni normative che sono giuridicamente o costituzionalmente vincolanti e che possono essere cambiate solo con difficoltà, sono auto-distruttive per la scienza. Sarebbe in realtà assurdo interpretare gli atti cognitivi come implementazione di regole normative. Effettivamente, anche se dipinge se stessa come non dogmatica, anche la scienza non è aliena a una estesa produzione di norme. I metodi sono vincolanti; le teorie sono normativamente immunizzate contro un cambiamento di paradigma; neutralità, oggettività e immunità a interessi sono norme professionali accettate⁴⁵. E tuttavia

la giuridicizzazione di tali norme sociali genererebbe una paralisi irreconciliabile con lo stile cognitivo. Non è una coincidenza che la costituzione dello Stato lascia alla scienza il privilegio di auto-definirsi, limitando se stessa a un'osservazione di livello secondario⁴⁶. Né è una coincidenza che la proposta costantemente ripetuta di tribunali scientifici, le cui competenze sarebbero di emettere decisioni vincolanti sulla validità dei risultati di nuove ricerche, non ha avuto assolutamente nessun successo. Solo uno stile normativo che è sempre pronto ad essere rovesciato, con una flessibilità quasi sconosciuta al diritto, è del tutto ammissibile nella scienza⁴⁷.

Diversamente dalla politica e dall'economia, la scienza non può trasferire il suo paradosso al diritto, ma deve trovare altre strade per raggiungere la deparadosizzazione⁴⁸. Le trova principalmente in processi interni alla scienza stessa. Temporalizzando il paradosso, creando una gerarchia di diversi livelli di analisi, sopportando contraddizioni, antinomie e incommensurabilità, tollerando l'incertezza, rinunciando alla pulsione a decidere, creando una visione del mondo costruttivistica: questi sono alcuni degli strumenti usati dalla scienza nel tentativo di rendere i suoi paradossi più tollerabili.

Ciò non vuol dire, comunque, che non ci sia una costituzione della scienza, nella quale riflessioni scientifiche e giuridiche sono connesse strutturalmente. È solo che l'asimmetria interna della loro connessione è sviluppata in modo straordinariamente forte. Come su illustrato, quando il diritto regola le attività scientifiche, esternalizza il suo paradosso ai processi scientifici senza indugi e utilizza i sottostanti principi di cognizione scientifica per legittimare le nor-

me giuridiche che impattano sulla scienza. La scienza a sua volta mantiene l'integrità delle sue operazioni cognitive ampiamente libera da vincoli legali. Solo i suoi confini esterni dovrebbero essere protetti da norme giuridiche. La libertà della scienza come garanzia che il processo cognitivo rimanga aperto così diviene la primaria norma della costituzione scientifica. Il diritto fornisce una garanzia vincolante che la scienza non possa essere legata a niente altro che alla sua propria libertà. Una parte a ciò attinente è la sua protezione giuridica dall'essere corrotta dalla politica, dall'economia e dallo stesso diritto. Il compito più importante della costituzione della scienza è stabilizzare la differenza epistemologica tra la conoscenza della scienza, della politica e del diritto stesso⁴⁹. Garantisce ciò con l'aiuto di meccanismi che aiutano a impedire che la scienza sia colonizzata da altre razionalità estranee di sistema – in particolare dall'economia e dalla politica, ma anche dal diritto stesso. Tendenze di dedifferenziazione il cui scopo è di rimpiazzare le specificità interne alla scienza con valori e norme esterne alla scienza devono essere evitate⁵⁰. Tuttavia il diritto deve anche garantire una pluralità sufficiente di processi all'interno della scienza, cosicché sia sempre possibile rompere sbarramenti che ostacolano lo sviluppo adottando un cambiamento radicale di prospettiva. La richiesta di pluralismo e di protezione di minorità scientifiche così diviene un principio vincolante della costituzione scientifica. E certamente, il quadro organizzativo esterno delle università, degli istituti di ricerca e delle organizzazioni professionali è ugualmente provvisto di una garanzia giuridicamente vincolante⁵¹.

IV.4. *Costituzionalizzazione con diversa intensità*

Nel complesso la costituzionalizzazione della società – come esemplificato qui dalla politica, dall'economia e dalla scienza – disegna un quadro di pluralismo costituzionale, sebbene uno che è tutto tranne che omogeneo, poiché realizza diversi livelli di intensità di costituzionalizzazione. Ne consegue che il modello della costituzione dello Stato non può essere puramente e semplicemente trasferito ad altre costituzioni sociali. È vero che le questioni sollevate dalla costituzione dello Stato necessitano di essere generalizzate, poiché tutti i sistemi funzionali devono fare i conti con i paradossi di auto-referenzialità, sia che essi seguano la strada di esternalizzare completamente al diritto, come la politica ha scelto di fare con il codice giuridico secondario delle sue operazioni, sia che essi optino, come l'economia, per una esternalizzazione solo parziale al diritto, sia che, come la scienza, essi escludano una giuridicizzazione delle loro operazioni e adottino altri possibili metodi di deparadossizzazione. Comunque questa scelta dipende dalla affinità tra le loro strutture e la specifica normatività sviluppata all'interno del sistema giuridico.

Ciò mostra chiaramente perché la costituzione dello Stato occupa una posizione unica tra le costituzioni sociali. Questa posizione certamente non deriva dal monopolio costituzionale dello Stato, come i costituzionalisti stato-centrici vorrebbero farci credere, poiché altre discipline – storiografia, economia, sociologia e relazioni internazionali – hanno da tempo dimostrato l'esistenza di costituzioni non statali⁵². Né questa posizione unica deriva dalla superiorità gerarchica della costituzione del-

lo Stato sulle cosiddette sottocostituzioni, come sostengono molti autori, i quali certamente ammettono il pluralismo costituzionale, ma non sono preparati a rinunciare alla posizione dominante della costituzione dello Stato⁵³. Né, di nuovo e infine, essa deriva dal fatto che le costituzioni dello Stato sono le uniche ad avere un carattere giuridico, mentre le altre costituzioni sociali – inclusi i regime transnazionali – sono solamente “costituite” *de facto*, o contengono soltanto valori sociali fondamentali, o sono costituzioni solo in senso metaforico. Invece, l'esternalizzazione reciproca della politica verso il diritto e del diritto verso la politica è totalmente simmetrica – ciò determina la posizione unica delle costituzioni dello Stato. Mentre il diritto, nei diversi campi giuridici, persegue un approccio multiforme nell'esternalizzazione dei paradossi in ogni tipo di diversi sistemi sociali e così ricava i suoi contenuti normativi dalle varie costituzioni di diverse aree sociali, nella direzione opposta ci sono differenze drastiche nella giuridicizzazione dei paradossi originari dei sistemi sociali. Accoppiamenti strutturali sono generalmente fraintesi – e le costituzioni sociali in particolare – quando si dice che accoppiamenti strutturali esistono soltanto come relazioni reciproche. Infatti, è possibile per un sistema sociale essere strettamente accoppiato ad un altro, mentre l'altro sistema, nelle sue operazioni, è solo parzialmente accoppiato o rinuncia in buona misura ad un accoppiamento strutturale. È come nell'amore: spesso l'esperienza è vissuta solo da una parte e solo in una manciata di casi fortunati esso è ricambiato dalla persona amata.

V. *Problemi conseguenti*

In conclusione diamo un breve sguardo alle conseguenze dell'esternalizzazione. Che cosa accade dopo che il paradosso costituzionale è stato esternalizzato? Come abbiamo visto, l'esternalizzazione porta vantaggi maggiori al sistema, talvolta persino rendendo del tutto possibile l'autopoiesi, ma al tempo stesso comporta dei gravi costi. Il sistema che appalta il suo paradosso è ora consegnato a una logica strutturale estranea. Come illustrato sopra, le differenze tra la costituzionalizzazione della politica, dell'economia e della scienza possono essere spiegate dalle incompatibilità che una giuridicizzazione completa dei loro paradossi può generare. Le costituzioni guiderebbero allora sistematicamente i sistemi sociali in una direzione giuridica errata se l'entità dell'esternalizzazione verso il diritto fosse incompatibile con le loro proprie strutture. Il fatto che le loro operazioni devono anche al tempo stesso essere soggette alle condizioni per le operazioni giuridiche spiega perché molti sistemi sociali adottano percorsi di deparadossizzazione alternativi a quello di trasferire i loro paradossi al diritto.

Un altro aspetto è persino più problematico: l'esternalizzazione consegna il sistema al paradosso estraneo stesso. Il diritto è consegnato al paradosso della politica, la politica al paradosso del diritto. Formulato in termini generali, il diritto è consegnato al paradosso dei sistemi sociali costituiti, mentre il sistema sociale è consegnato al paradosso giuridico. C'è il pericolo che la costituzione, come accoppiamento strutturale del diritto con un altro sistema sociale, non differenzi sufficientemente tra includere ed escludere il paradosso estraneo,

diversamente da quello che si trova tipicamente negli accoppiamenti strutturali di successo⁵⁴. Ciò allora diventa fatale al più tardi quando l'esternalizzazione comprende anche la formula di contingenza del sistema, così per esempio quando il principio di giustizia legale è interamente politicizzato o economizzato. Un buon numero di autori argomenta in favore della politicizzazione della formula di contingenza della giustizia, il cui nucleo operativo riposa nel pari trattamento di casi simili e nel diverso trattamento di casi dissimili, nella direzione della democrazia e del benessere comune, o in favore della sua economizzazione nella direzione della riduzione della scarsità e dell'incremento dell'efficienza. Tuttavia il guadagno auspicato nella precisione non riesce a materializzarsi, poiché una formula di contingenza è soltanto rimpiazzata dall'altra, cosicché un alto livello di incertezza è rimpiazzato da un altro livello di incertezza altrettanto alto. Anche peggio: il processo di determinazione, che in tutti i casi finisce in una auto-trascendenza e ri-

chiede soluzioni creative all'interno della rispettiva formula di contingenza, manovra nella direzione sbagliata. Alle parti di un conflitto legale si offrono soluzioni orientate verso il raggiungimento dell'efficienza o verso l'efficacia della linea politica, piuttosto che una decisione equa del loro conflitto: ad esse si offre una pietra quando esse chiedono pane. Quando possibile, una distinzione chiara dovrebbe essere tracciata qui tra il paradosso originario e il paradosso di decisione. Non si dovrebbe consentire che l'esternalizzazione inevitabile del paradosso giuridico originario causi che il procedimento legale sia consegnato al paradosso decisionale politico o economico. E lo stesso si applica al contrario.

¹ Traduzione dall'inglese di Antonella Bettoni. Per l'originale inglese: *Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation*, in A. Febbrajo, G. Corsi (eds.) *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Farnham, 2016, pp. 30-48.

² C. Thornhill, *A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20, 2013, pp. 551-603; Y. Shany, *No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of*

a New International Judiciary, in «The European Journal of International Law», n. 20, 2009, pp. 81-91.

³ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

⁴ *Locus classicus*: J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1956.

⁵ Per una visione d'insieme delle teorie recenti sul diritto naturale, si veda K. Einar Himma, *Natural*

Law, in «Internet Encyclopaedia of Philosophy», <<http://www.iep.utm.edu/natlaw>>.

⁶ Sul dibattito contemporaneo su Gramsci, si veda S. Buckel, A. Fischer-Lescano (Hg.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang: Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis*, Baden-Baden, Nomos, 2007. Per il concetto di Fuller sul diritto naturale, si veda L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

⁷ R. O'Brien et al., *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge, Cambridge

- University Press, 2002, p. 2.
- ⁸ Per esempio D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ⁹ Più ampiamente, anche se con le dovute cautele, I. Augsberg, *Wissenschaftsverfassungsrecht*, in T. Vesting, S. Koriath (Hg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 203-223.
- ¹⁰ Riguardo al recente dibattito sulle costituzioni sociali, si veda T. Grahame, *Review Essay: Socializing the Constitution?*, in «Economy and Society», n. 44, 2015, pp. 480-493; G. Thompson, *The Constitutionalisation of Everyday Life?*, in P. Kjaer, E. Hartmann (eds.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, London, Palgrave, 2015; T. Vesting, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Weilerswist, Velbrück, 2015, § 3, II 3; P.F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, London, Routledge, 2014; G. Teubner, A. Beckers (eds.), *Transnational Societal Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20, 2013.
- ¹¹ N. Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in The Institute of Comparative Law in Japan (ed.), *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Tokyo, Chuo University Press, 1989, pp. 493-506; N. Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in «Rechtshistorisches Journal», n. 9, 1990, pp. 176-220; Id., *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in «Der Staat», n. 12, 1973, pp. 1-22, 165-182.
- ¹² N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993; tr. it. *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 1992, cap. 10 IV.
- ¹³ N. Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965; tr. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Dedalo, 2002; Luhman, *Il diritto della società*, cit., cap. 12 V.
- ¹⁴ Sul metodo di generalizzare e specificare, si veda T. Parsons, C. Ackerman, *The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device*, in G.J. Di Renzo (ed.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York, Random House, 1966, pp. 19-40.
- ¹⁵ N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997; J. Clam, *Die Grundparadoxie des Rechts und ihre Ausfaltung: Beitrag zu einer Analytik des Paradoxen*, in G. Teubner (Hg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000, pp. 109-143, 117.
- ¹⁶ Sulla costituzionalizzazione dell'ordine giuridico nella sua interezza, si veda H.C. Röhl, *Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?*, in H.-H. Trute et al. (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 821-836.
- ¹⁷ Per il dibattito attuale sullo stato del diritto consuetudinario e del diritto privato, si veda K.F. Röhl, H.C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln, Heymann, 2008, 3. Auflage, pp. 541 ss., 554 ss.
- ¹⁸ Per esempio, M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 223 con ulteriori riferimenti.
- ¹⁹ Per maggiori dettagli, si veda G. Teubner, *Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in «Soziale Systeme», n. 2, 1996, pp. 229-256; tr. it. *I molteplici corpi del re: L'auto-decostruzione della gerarchia del diritto*, in G. Teubner, *Diritto policontestuale: Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, Città del sole, 1999, pp. 71-112.
- ²⁰ F.A. Mann, *Internationale Schiedsgerichtliche und nationale Rechtsordnung*, in «Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht», n. 130, 1968, pp. 97, 129, 197.
- ²¹ Il significato di questa differenziazione interna del diritto è attestata, seppure in relazione ad una polemica scarsamente plausibile, come la perdita di unità del diritto privato, da W. Zöllner, *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen*, in «Archiv für die zivilistische Praxis», n. 196, 1996, pp. 1-36. Sulle più recenti discussioni si veda T. Domej (Hg.), *Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Stuttgart, Boorberg, 2008.
- ²² Questo si avvicina al pensiero di Wiethölter sul "diritto del sistema costituzionale", un diritto, che si attiene al principio di collisione per diritto/morale, diritto/politica, diritto/economia, etc, più precisamente e generalmente: il diritto come un "accoppiamento strutturale" di 'sistemi ambientali viventi'. Si veda R. Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in C. Joerges, G. Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 1-21.
- ²³ Su questo si veda M. Koskeniemi, *Hegemonic Regimes*, in M. Young (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 305-324; A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in «Michigan Law Journal of International Law», n. 25, 2004, pp. 999-1045; tr. it. *Scontro tra regimi*:

- la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, pp. 139-190.
- ²⁴ R.M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*, in «Harvard Law Review», n. 97, 1983, pp. 4-68.
- ²⁵ Si veda per esempio R. Nobles, D. Schiff, *Using Systems Theory to Study Legal Pluralism: What Could Be Gained?*, in «Law & Society Review», n. 46, 2012, pp. 265-295; L.E. Trakman, *A Plural Account of the Transnational Law Merchant*, in «Transnational Legal Theory», n. 2, 2011, pp. 309-345; J. Harrison, *Regime Pluralism and the Global Regulation of Oil Pollution Liability and Compensation*, in «International Journal of Law in Context», n. 5, 2009, pp. 379-391.
- ²⁶ Si veda G.W. Anderson, *Corporate Constitutionalism: From Above and Below (but mostly below)*, in *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere? Paper presented at Copenhagen Business School, Copenhagen, September 17-18, 2009*, pp. 1-14.
- ²⁷ C. Crouch, *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Cambridge, Polity Press; O'Brien et al., *Contesting Global Governance*, cit., p. 2.
- ²⁸ J. Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in N. Walker, M. Loughlin (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 315-338, 319, 323 ss.; M. Hardt, A. Negri, *Comune: Oltre il privato e il pubblico*, Milano, Rizzoli, 2010; G.W. Anderson, *Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20, 2013, pp. 881-906.
- ²⁹ Ivi, p. 902.
- ³⁰ J. Bomhoff, *The Constitution of the Conflict of Law*, in H. Muir Watt, R. Michaels (eds.), *Private International Law as Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 262-276; G. Teubner, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012; tr. it. *Nuovi conflitti costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.
- ³¹ Ivi, pp. 185 ss.
- ³² W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV., Tübingen, Mohr Siebeck, 1977, pp. 199 ss., 201.
- ³³ La questione è investigata più approfonditamente in G. Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», n. 63, 2003, pp. 1-28; tr. it. *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, pp. 105-138. Per le implicazioni politiche si veda, P. Holmes, *The Politics of Law and the Law of Politics: The Political Paradoxes of Transnational Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 21, 2014, pp. 553-583, 569 ss.
- ³⁴ Una eccellente analisi recente è contenuta in P. Femia, *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract*, in «Law and Contemporary Problems», n. 76, 2013, pp. 150-168.
- ³⁵ Sul tema si veda G. Teubner, *Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria: Eine Kritik der théorie ludique du droit*, in M. Lieb, H.P. Westermann, U. Noack (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Köln, Heymann, 1998, pp. 565-588; tr. it. *Breaking frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, pp. 17-37.
- ³⁶ Sul ricorso del diritto a standards sociali, si veda T. Vesting, *Rechtstheorie: Ein Studienbuch*, München, Beck, 2007, pp. 95 ss.
- ³⁷ Per maggiori dettagli sul tema si veda, Teubner, *Verfassungsfragmente*, cit., pp. 119 ss.
- ³⁸ N. Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, in «Journal of Law and Society», n. 15, 1988, pp. 153-165.
- ³⁹ Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, cit., pp. 493-506; Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, cit., pp. 176-220; Id., *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in «Der Staat», n. 12, 1973, pp. 1-22, 165-182.
- ⁴⁰ D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-22; N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 291-308.
- ⁴¹ N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988; tr. it. *L'economia della società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994.
- ⁴² Ivi, p. 145.
- ⁴³ Più specificamente sul tema, si veda G. Teubner, *Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes*, in K. Günther, S. Kadelbach (Hg.), *Recht ohne Staat: Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, Campus, 2011, pp. 49-100; tr. it. *Un momento costituzionale? Le logiche del "Toccare il fondo"*, in «Sociologia e politiche sociali», n. 14, 2011, pp. 11-50.
- ⁴⁴ Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, cit., cap. IV.
- ⁴⁵ J. Ziman, *Real Science: What It Is, and What It Means*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- ⁴⁶ Intuizioni epistemologiche discutono della determinazione

- giuridica della libertà scientifica, si veda E. Schmidt-Assmann, *Wissenschaftsrecht im Ordnungsrahmen des öffentlichen Rechts*, in «JuristenZeitung», n. 45, 1989, pp. 205-211, 207.
- ⁴⁷ N. Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pp. 93 ss.
- ⁴⁸ Ivi, pp. 172 ss.
- ⁴⁹ Augsberg, *Wissenschaftsverfassungsrecht*, cit., pp. 217.
- ⁵⁰ I. Augsberg, *Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit*, in F. Voigt (Hg.), *Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion*, Berlin, De Gruyter, 2012, pp. 65-89, 82.
- ⁵¹ I. Hensel, *Grundrechtskollisionen in der Stiftungsuniversität: Überwältigte Einheit oder organisierte Vielfalt*, in G.P. Callies et al. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 509-530.
- ⁵² Per la storia, R. Koselleck, *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in R. Koselleck (Hg.), *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, pp. 365-401; per l'economia, J.M. Buchanan, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1991; Thornhill, *A Sociology of Constituent Power*, cit.; per le relazioni internazionali, J.P. Trachtman, *The Constitutions of the WTO*, in «European Journal of International Law», n. 17, 2006, pp. 623-646; per le scienze politiche, Thompson, *The Constitutionalisation of Everyday Life?*, cit.
- ⁵³ C. Joerges, F. Rödl, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der postnationalen Konstellation*, in G.P. Callies et al. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 765-778.
- ⁵⁴ Neves identifica qui paradossi trasversali, che in se stessi nascono come un risultato della procedura costituzionale e possono essere controllati solo in maniera insufficiente dalle corti costituzionali, M. Neves, *Transconstitutionalism*, London, Hart, 2013, pp. 51 ss.