

Per un'analisi della semantica costituzionale. Alcuni argomenti sociologico-giuridici

ALBERTO FEBBRAJO

Premessa

La costituzione, in un ordinamento giuridico moderno, viene generalmente considerata il punto di riferimento normativo capace, meglio di qualunque altro, di assicurare identità e riconoscibilità all'ordinamento. La costituzione assume così la veste di "norma delle norme", di strumento capace di garantire sia la omogeneità dell'ordinamento assorbendo i costanti adattamenti proposti dalla vita del diritto, sia la completezza dell'ordinamento offrendo criteri per risolvere anche i casi non esplicitamente previsti dalla normativa vigente.

Quest'approccio alla costituzione viene tramandato nelle università quale essenziale premessa per garantire la c.d. "certezza del diritto". In esso confluiscono almeno tre concezioni: una concezione *normativistica* del diritto, che considera la costituzione una norma presupposta e non posta per evitare ricorsi ad autorità superiori che di per sé sarebbero reiterabili all'infinito;

una concezione *contrattualistica* della politica, che considera la costituzione l'atto di nascita di una forma di stato basata sulla autolimitazione del potere e sulla tutela della libertà; una concezione *istituzionalistica* della società, che considera la costituzione una sorta di "istituzione delle istituzioni" in grado di armonizzare tutte le altre istituzioni prodotte dal tessuto sociale.

Diverso è l'approccio della sociologia del diritto. Non si tratta qui di *decidere*, o comunque di giustificare e prevedere decisioni giuridiche, quanto di *comprendere* i rapporti che tali decisioni intrattengono con la costituzione e con un ambiente sociale influenzato anche da norme non giuridiche. La rassicurante immagine, fornita dal positivismo giuridico, di una costituzione posta al vertice delle norme del diritto, viene pertanto corretta da una rappresentazione policentrica nella quale fattori sociali di diversa natura giocano un ruolo rilevante accanto ai fattori giuridici, e il diritto viene spiegato mediante la società, non mediante il solo diritto.

Positivismo giuridico e sociologia del diritto manifestano la loro contrapposizione anzitutto sul terreno di un approccio culturale alla costituzione. Essi tendono a privilegiare rispettivamente l'approccio degli addetti ai lavori e quello dei normali cittadini. Di recente, peraltro, la discussione sulla crisi del diritto, che in varie forme ha rappresentato una occasione di critica e di rinnovamento dei modi di intendere il diritto, ha raggiunto una tale ampiezza che, per gli stessi addetti ai lavori, sta diventando sempre più difficile trovare nella costituzione quei motivi di autorità, stabilità e continuità che dovrebbero essere trasferiti all'intero ordinamento giuridico¹.

Il concetto di costituzione ha così cominciato a mostrare una crescente problematicità, e si trova attualmente al centro di un rinnovato interesse da parte di storici e politologi oltre che di sociologi e giuristi. Si avverte che occorre interrogarsi, dai rispettivi punti di vista, sulle ragioni culturali che inducono a reinterpretare il tradizionale ruolo della costituzione nel contesto delle connessioni tra società e stato.

Essendo dotata di un elevato livello di complessità la rappresentazione socio-giuridica prefigura un diritto in grado di adattare il suo *contenuto* alle norme sociali, la sua *struttura* alle altre istituzioni, le sue *funzioni* ai bisogni dei diversi comparti della società. Invero tale articolato ruolo viene concretamente svolto dal diritto solo come *extrema ratio*. Il ricorso alle norme giuridiche è residuale e viene preso in considerazione quando non sia possibile rinvenire soluzioni socialmente accettabili ricorrendo alle diverse norme non giuridiche. Si ha quindi un pluralismo che presenta varie possibilità di intervento, il che non è contraddittorio con la presenza di una costituzione nella

misura in cui consente di risolvere anche questioni giuridicamente rilevanti in modo pacifico e senza ricorrere al diritto². La costituzione si presenta insomma non solo come il principale elemento ordinatore del diritto, ma come un ponte tra mondo delle norme giuridiche e mondo delle norme sociali, come uno *Schaltelement* in grado, ove la situazione lo richieda, di recepire norme sociali da trasformare in norme giuridiche, e di utilizzare norme giuridiche in combinazione con norme sociali.

Nel seguito, muovendo da un approccio che può dirsi in senso ampio *culturale* si cercherà (par. 1) di individuare i principali parametri che contribuiscono a definire un concetto di cultura giuridica capace di considerare non contrapposte ma complementari la cultura giuridica interna, propria dei professionisti del diritto e la cultura giuridica esterna propria dei normali destinatari di norme giuridiche. Su questa base verrà sviluppata in primo luogo una prospettiva *strutturale* che non consideri la costituzione a partire dal vertice dell'ordinamento, né, capovolgendo la prospettiva, a partire dal concetto di popolo inteso come detentore originario del potere sociale, ma in una prospettiva in grado di combinare i due precedenti modelli (par. 2); in secondo luogo si cercherà di sviluppare una prospettiva *funzionale* che veda nella costituzione uno strumento non semplicemente volto ad assicurare la certezza del diritto, obiettivo di per sé sociologicamente irraggiungibile, ma a rendere per quanto possibile sopportabile la inevitabile incertezza del diritto, ricostruendo le connessioni intersistemiche che regolano la sua dinamica interna (par. 3).

Verranno quindi analizzati, assumendo una prospettiva concentrata sulla di-

menzione *spaziale*, recenti sviluppi della rappresentazione sociologica della costituzione che, in una cornice definita spesso come "globale", tende ad aggiungere alla tradizionale connessione con lo stato anche un nuovo pluralismo proiettato in una cornice trans-nazionale e trans-costituzionale (par. 4). Infine, verranno elencati alcuni dei diversi significati della costituzione suggeriti dalle prospettive indicate, sottolineando la loro possibile influenza sulla percezione sociale della costituzione, e quindi la necessità che venga sviluppata una semantica costituzionale in grado di recepire le prospettive che stanno attualmente consolidandosi (par. 5).

1. Una prospettiva culturale. Costituzione come genesi dell'ordinamento

Al fine di delineare concretamente la prospettiva "culturale" della costituzione occorre muovere da una definizione dell'ambiguo concetto di cultura giuridica. Solitamente si distingue tra una cultura giuridica interna, propria degli operatori del diritto, e una cultura giuridica esterna, propria dei normali cittadini portatori di una generica cultura non tanto "del" diritto quanto "intorno" al diritto³. In effetti tale contrapposizione risulta a ben vedere eccessivamente polarizzata in quanto diversi sono gli aspetti nei quali la distinzione esterno/interno può declinarsi.

È possibile che tale contrapposizione riguardi i *soggetti* che in una certa situazione si trovino a dover decidere, ma è anche possibile che riguardi gli *oggetti* di tali decisioni o i *criteri* adottati per decidere. Si avranno in tal modo casi di culture *parzialmente* giu-

ridiche o non giuridiche. Si può ad esempio ipotizzare che un ruolo "interno" all'ordinamento adotti criteri "esterni" all'ordinamento in quanto non ancora discussi dagli addetti ai lavori, ma è anche possibile che un ruolo "esterno" all'ordinamento adotti principi giuridici "interni" in quanto riguardanti oggetti direttamente rilevanti per l'ordinamento stesso. Queste e altre combinazioni non interessano unicamente il piano microsociologico della singola decisione, ma possono interessare anche il piano macro-sociologico delle costituzioni, che appaiono sociologicamente meglio decifrabili se si è in grado di tenere conto anche delle diverse influenze su di esse esercitate da filoni culturali non necessariamente giuridici⁴.

Proprio il fondamentale paradosso secondo il quale la costituzione è causa e conseguenza di se stessa, potendo legittimarsi solo se esiste già legittimamente, mostra la inevitabile ambiguità della coppia interno/esterno. Le influenze culturali che producono un certo ordinamento vanno costantemente riviste sulla base di combinazioni delle diverse interpretazioni dei bisogni sociali operate sia dai semplici cittadini sia dagli operatori del diritto. La coppia interno/esterno non va quindi intesa come una contrapposizione, ma come un modo per delimitare un *continuum* nell'alveo di un processo nel quale si intrecciano combinazioni culturali eterogenee⁵.

Nella esperienza storica la costituzione può essere il risultato di lotte ispirate da movimenti culturali di natura ideologico-politica, di più o meno spontanee concessioni autolimitanti prodotte dal potere politico, di repentine esigenze di rinnovamento sociale segnalate da orientamenti culturali diffusi e da avvenimenti traumati-

ci come una guerra perduta, che provocano il bisogno di ricominciare *ex novo* un cammino sulla scena internazionale. In tutti questi casi la costituzione non è un atto originario, ma conclude un complesso processo di sintesi di culture diverse, che vengono gradualmente selezionate per costituire la base di un ordinamento giuridico coerente.

Un esempio in tal senso è rappresentato dalla attuale costituzione italiana, che risulta basata sulla apertura a tutte le principali ideologie alternative allora presenti nella società (quella liberale, quella cattolica e quella socialista). Tali ideologie, pur profondamente differenti tra loro, hanno successivamente trovato una formale coabitazione nella costituzione mediante "compromessi politici" prima che attraverso convergenze culturali⁶. Se inizialmente più visibile e formalmente decisivo è stato il ruolo svolto da una cultura interna di livello elevato come quella dei principali padri costituenti, è appena il caso di rilevare che l'apertura alle culture giuridiche esterne più diffuse è stata indispensabile per ottenere quella legittimazione *ex post*, talora affidata a un referendum, che in quanto tale non può estendersi a tutti i temi trattati, e a maggior ragione a quei dettagli tecnici che sono spesso destinati a rivelarsi decisivi⁷.

Queste sommarie considerazioni relative al concetto di cultura giuridica consentono di affermare che nella realtà sociale non è dato riconoscere una radicale contrapposizione interno/esterno, e che nelle singole situazioni si può parlare di una cultura giuridica più o meno interna, più o meno diffusa, più o meno modificabile nel corso del tempo. Questo fa sì che i rapporti tra i singoli fattori culturali possano essere ricostruiti, non già nei termini lineari di una relazione causa/effetto, ma in modo cir-

colare⁸, attraverso una serie di interazioni che, procedendo per tentativi e correzioni verso un loro reciproco avvicinamento, si autoriproducono e garantiscono su base selettiva la coerenza dell'ordinamento. In definitiva, questa circolarità rivela la natura, normativa e cognitiva ad un tempo, della costituzione che, quale "interazione di interazioni", è portata a recepire non solo norme giuridiche, ma anche norme sociali, e talora a trasformare queste ultime in giuridiche⁹.

Ciò a ben vedere è stato già da tempo sottolineato dalla distinzione, originariamente elaborata sul terreno del diritto costituzionale, tra una costituzione *formale*, più aderente alla prospettiva tecnico-interpretativa rappresentata dai giuristi dogmatici, e una costituzione *materiale*, che raccoglie non solo normativamente ma anche cognitivamente le loro necessità di adattamento¹⁰. La costituzione materiale risulta in quanto tale la ineliminabile ombra sociale della costituzione formale, mentre la costituzione formale risulta essere il presupposto necessario della costituzione materiale. Nessuno dei due termini può fare a meno dell'altro in quanto non esiste una normazione chiusa da opporre a una cognitività aperta, ma ogni normazione deve essere accompagnata da adeguate capacità di apprendimento. La loro interazione assicura la combinazione di normatività e cognitività, in particolare di una normatività affidata soprattutto alla cultura giuridica interna e di una cognitività affidata soprattutto alla cultura giuridica esterna.

Tali distinzioni e i loro condizionamenti reciproci rappresentano altrettanti momenti del rapporto tra la costituzione e le varie culture presenti nella società. Esse delimitano un intreccio culturale che

non risulta né di pura e semplice corrispondenza né di totale imposizione, ma, tendenzialmente, di crescita comune e di co-evoluzione dei diversi comparti normativi di una società. Ovviamente le diverse interazioni culturali non riguardano solo la costituzione, ma interessano tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico che, solo se combinano tra loro regole sociali e giuridiche diventando normativamente cognitivi e/o cognitivamente normativi, riescono a modificare volta a volta i margini di tolleranza della interpretazione delle norme e della regolazione dei fatti e a sopravvivere nel corso del tempo nella società.

In quest'ottica essenzialmente culturale si muove il fondatore della sociologia del diritto Eugen Ehrlich¹¹. Muovendo da una prospettiva storica e in particolare da una profonda conoscenza dello sviluppo del diritto romano, oltre che dalle esperienze da lui direttamente raccolte alla periferia dell'Impero austro-ungarico, nella cittadina di Czernowitch, sua città natale, Ehrlich contrappone a un diritto statuale, ispirato dalla cultura giuridica interna degli apparati giuridici e amministrativi centrali, un "diritto vivente", nato spontaneamente all'interno delle varie comunità etno-culturali da cui era allora formato il variegato tessuto sociale dell'Impero¹².

Tale contrapposizione viene sviluppata da Ehrlich in modo asimmetrico, vale a dire a tutto favore del diritto vivente. Egli non poteva ignorare che i costumi locali prevalevano normalmente sulle leggi dello stato prodotte nella capitale, e che in certi settori dell'ordinamento, come ad esempio il diritto di famiglia, era il diritto vivente che deteneva il monopolio della regolamentazione effettiva. Questo orientamento verso il passato, consolidato dai costumi locali,

non escludeva peraltro una loro lenta variazione imposta o da decisioni di organi dello stato, in particolare da giudici in grado di mediare tra il diritto statuale e quello vivente, o da un autonomo processo, cognitivo e normativo ad un tempo, di affinamento e di adattamento a nuove situazioni delle stesse norme del diritto vivente.

Con una sensibilità storica e normativa troppo spesso non raccolta dagli interpreti Ehrlich presentava, infatti, un modello di diritto non statico ma dinamico, basato su trasformazioni impersonali prodotte non tanto dall'autorità di un legislatore quanto dalla esperienza storica di generazioni, e dalla adesione al fondamentale principio, implicitamente normativo, della "efficienza". Adottando una visione evoluzionistica era insomma la società stessa, secondo Ehrlich, a stabilizzare attraverso tradizioni, il proprio diritto e a modificarlo lentamente¹³.

La opposizione al giuspositivismo, proprio allora da Kelsen teorizzato a Vienna, era radicale, ed è proprio da questa diversa visione, pluralistica e socio-centrica invece che stato-centrica, che ha preso la mosse la sociologia del diritto¹⁴. Ma, è lecito chiedersi, come è possibile regolare, in caso di conflitti sociali, il pluralismo dei diversi ordinamenti concorrenti senza ricorrere all'autorità dello stato e ai suoi organi?

2. *La dimensione strutturale. Costituzione come controllore dell'ordinamento*

Anche la "struttura" dell'ordinamento giuridico viene vista dalla sociologia del diritto attraverso una prospettiva pluralistica, cercando di superare, persino su questo terreno apparentemente favorevole all'av-

versario, la prospettiva propria dal positivismo giuridico. La lettura tradizionale della struttura dell'ordinamento, con la sua caratteristica impostazione gerarchica, è invero immediatamente traducibile nella impostazione del giuspositivismo, a gradi e piramidale. Partendo dal vertice dell'ordinamento, vale a dire dalla costituzione, sarebbe infatti possibile determinare volta a volta l'area di validità delle norme subordinate. A questa lettura viene talora contrapposta una impostazione gerarchica che non va dall'alto al basso ma dal basso verso l'alto, ed è interessata soprattutto alla compatibilità della struttura normativa con la sua base sociale. In quest'ultimo caso la parte più importante non è più il vertice costituzionale ma è la volontà del popolo, che si presuppone decisiva per la giustificazione culturale della costituzione. Questo comporta che "dal punto di vista giuridico, il popolo ha una costituzione" ma "dal più ampio punto di vista culturale il popolo è in una costituzione" intendendo con ciò che esso vi è entrato con la sua cultura¹⁵.

Come la ricostruzione che muove dalla costituzione, anche la ricostruzione che muove dal popolo ha tuttavia le sue zone d'ombra. Il popolo, cui esplicitamente si rifà la più vecchia delle costituzioni occidentali, esprime la propria volontà decidendo liberamente a chi deve obbedire. Né è possibile parlare di consenso in una situazione in cui una generalizzata "ignorantia legis" è la ovvia risposta a una diffusa inflazione legislativa. Il popolo deve quindi limitarsi a partecipare a procedimenti elettorali che provocano una mera delegittimazione del dissenso, o come anche si può dire con una doppia negazione cara alla teoria dei sistemi, una "delegittimazione della delegittimazione"¹⁶.

Analogamente a quanto avviene per altre contrapposizioni, le prospettive gerarchiche sono quindi da considerare alla stregua di tipi ideali che non si escludono a vicenda, ma per compensare i rispettivi limiti hanno bisogno l'una dell'altra. Il concetto di popolo, inteso come elemento originario, può esprimere solo una volontà generica o una "acquiescenza" (Vico), mentre la costituzione, intesa come elemento originario, può essere legittimata solo presupponendo se stessa. Risulta così necessaria, ancora una volta, una rappresentazione circolare per garantire alla struttura dell'ordinamento giuridico continuità e capacità di adattamento¹⁷.

Una cultura giuridica che riesca a mediare i rapporti tra norme e fatti sociali deve comunque tenere conto di un'ulteriore distinzione, anch'essa rilevante dal punto di vista strutturale: quella tra norme che riguardano il concreto fare o non fare dei loro destinatari e attribuiscono quindi a certi comportamenti sociali le qualifiche di vietati, permessi o obbligatori (norme regolative), e norme che determinano le regole di un "gioco" artificialmente creato al fine, non già di qualificare comportamenti che sarebbero comunque possibili, ma di creare nuovi comportamenti altrimenti non percepibili né pensabili (regole costitutive)¹⁸.

Dal punto di vista strutturale la differenza fra questi due tipi di norme è rilevante in quanto le violazioni delle prime comporta l'applicazione di sanzioni, mentre la violazione delle seconde comporta la semplice irrilevanza dei comportamenti che, restando al di fuori dei giochi del diritto, non avranno alcun senso giuridico. Essi potranno eventualmente acquisire in modo indiretto senso sociale e/o giuridico

se giungono a perturbare altri giochi sociali e/o giuridici. La costituzione, in quanto "gioco dei giochi" del diritto, si può così presentare come istanza che garantisce una doppia "costitutività", vale a dire la costitutività dei singoli giochi o procedimenti contenuti nel diritto e quella dello stesso ordinamento giuridico in quanto tale¹⁹. In tale contesto la costituzione è capace di delineare un meta-gioco ideale al quale i giochi sociali possono riuscire più o meno ad accostarsi. Essa fornisce direttive generali e criteri di decisione oltre che sulla base di programmi binari di decisione (lecito/illecito), anche sulla base di criteri in grado di attribuire ai giochi del diritto significati culturalmente flessibili e autoregolabili²⁰.

Dal punto di vista strutturale è altresì rilevante che, all'interno dell'ordinamento le norme assumono diverse prospettive temporali. In effetti, nella stessa costituzione sono disseminate, oltre a disposizioni immediatamente applicabili, anche norme "programmatiche", che richiedono un più ampio orizzonte temporale e proprio per questo sono in qualche misura più resistenti al cambiamento, come pure norme che, indicando valori generalmente riconosciuti, possono resistere a lungo senza subire cambiamenti, e sono implicitamente destinate a restare promesse solo in parte traducibili nella realtà.

Questo consente di sottolineare l'inevitabile paradosso di ogni costituzione che, per sua natura, non essendo facilmente modificabile come una qualsiasi legge ordinaria, è di per sé destinata a sopravvivere a lungo nel tempo. Anche se culturalmente legata a una determinata epoca e alla situazione storica che l'ha prodotta, la costituzione è infatti chiamata a regolare la vita sociale, non solo della generazione di coloro

che hanno condiviso il medesimo momento storico dei padri costituenti, e potrebbero quindi sentirsi culturalmente vincolati da un atto normativo che hanno, per così dire, visto nascere, ma anche delle generazioni successive, che si dovranno inchinare alla volontà di generazioni passate, dalle quali saranno verosimilmente separate da un rilevante divario culturale²¹.

Tale paradosso, che potrebbe far concludere che la costituzione è inevitabilmente destinata a diventare, non già la più culturalmente radicata, ma la meno culturalmente radicata delle leggi, si può sciogliere osservando che proprio i variegati nessi culturali della costituzione, almeno in parte interni ed esterni all'ordinamento, la mettono in condizione di sopravvivere mantenendo quella singolare commistione di rigidità e flessibilità, di normatività e di cognitività, che le consente di modificare gradualmente il proprio senso²².

Per assicurare un'accettabile congruità dell'ordinamento nei confronti dei testi costituzionali, e per evitare strappi costituzionali culturalmente non giustificabili, le costituzioni moderne prevedono peraltro istanze di controllo nei confronti di coloro che a livello giurisprudenziale e legislativo possono oltrepassare quei confini di senso della costituzione, che vengono volta a volta definiti dalla loro capacità di espansione semantica. La stessa costituzione italiana, il cui processo applicativo è stato particolarmente lento, ha posto la istituzione di una Corte costituzionale tra le prime tappe della propria graduale realizzazione. La ormai lunga esperienza dell'organo ha mostrato che fattori diversi come la struttura della Corte, nella quale componenti provenienti dalla magistratura operano accanto a componenti di formazione sia scientifica sia

più marcatamente politica, la lunghezza del mandato dei giudici, la assenza, originariamente assai discussa, di una formalizzazione delle opinioni dissenzienti, hanno complessivamente facilitato lo svolgimento dei delicati compiti attribuiti alla Corte riuscendo a non provocare gravi opposizioni o tensioni sociali. La Corte ha potuto così rafforzare, senza enfatizzarlo, il suo carattere non unicamente giudiziario ma anche politico producendo una giurisdizione sufficientemente bilanciata tra i valori in gioco, visibilmente sensibile alla opportunità di contemperare i diritti individuali con gli interessi anche di carattere economico dell'intera collettività²³.

In prospettiva strutturale, la costituzione presenta quindi una flessibilità che la può far diventare non tanto la negazione del pluralismo quanto il suo coronamento. Non a caso lo stato costituzionale, nella sua esperienza storica, si è dimostrato "in grado di compiere un difficile atto di equilibrio: essere e diventare sempre di nuovo società aperta e pluralistica e restare fermo nella difesa dei propri valori di base come dignità umana, libertà culturali, democrazia e separazione dei poteri politici e sociali contro la tentazione delle società chiuse e monistiche". L'affermazione secondo la quale l'interprete procederebbe "principalmente" dal testo è pertanto "una finzione irrinunciabile", soprattutto se si tiene conto della continuità metodologica che viene richiesta dai vari livelli dell'interpretazione. In particolare l'interprete della costituzione dovrà nei fatti "riferirsi anche a quelle 'cristallizzazioni culturali' che si sedimentano al di là o al di qua, a monte o a valle, del testo giuridico"²⁴.

La complessità dei rapporti tra quella che si è qui presentata come gerarchia

ascendente che parte dal popolo, e la gerarchia intesa in modo tradizionale vale a dire caratterizzata da un orientamento discendente a partire dalla costituzione, è particolarmente visibile in situazioni, come il recente ingresso di nuovi stati membri nell'Unione Europea, che hanno richiesto processi di redazione costituzionale largamente eterodiretti data la necessità di adeguamento ad una enorme massa di *acquis communautaires*. In tale situazione si è avuto una sorta di "trapianto costituzionale"²⁵ che è stato tecnicamente attuato attraverso la mediazione della cultura giuridica del paese candidato, ma è stato in realtà guidato per conto dell'Unione da una cultura giuridica per lo più ad esso estranea. Il mancato o ridotto coinvolgimento della cultura giuridica dei cittadini direttamente interessati al processo costituzionale ha così assicurato un'adesione rapida ma talora solo formale a testi che in futuro potranno essere interpretati in modi profondamente diversi sotto la spinta di culture giuridiche locali non sufficientemente considerate all'epoca del processo costituente²⁶.

Della necessità di combinare questi diversi fattori "strutturali" in una visione empirica del diritto era consapevole Theodor Geiger. Influenzato profondamente dal realismo giuridico scandinavo egli contrapponeva a un diritto apparente, legato al testo scritto, un diritto reale basato sulla reazione effettiva ai comportamenti devianti. La sanzione diventa quindi per Geiger l'unico segnale sociologicamente rilevante della esistenza reale di una determinata norma giuridica in quanto rivela una tendenziale convergenza della cultura giuridica dei destinatari della norma con quella degli operatori giuridici²⁷.

Ovviamente la preoccupazione di tenere conto, non tanto del testo della norma quanto della reazione effettiva a una sua violazione, riguarda tutte le norme dell'ordinamento e quindi anche la costituzione. Persino una norma costituzionale può infatti risultare inesistente se viene ignorata senza provocare reazioni, o se le norme che la applicano non vengono osservate e la loro inosservanza non risulta in qualche modo perseguita. Anzi proprio le norme costituzionali sono quelle che, per la ampiezza delle loro applicazioni, risultano maggiormente esposte ai rischi di inosservanza, e quindi di inesistenza sociologica nel senso di Geiger.

Per avere una effettiva applicazione delle norme giuridiche, e soprattutto una reazione statisticamente rilevante in caso di inosservanza, è pertanto richiesta una sovrapposizione della reazione sanzionatoria degli apparati e della disapprovazione degli altri consociati, che può essere a sua volta rafforzata dall'intervento degli apparati dello stato. In tal modo si potrebbe consolidare una tendenziale omogeneità interpretativa in quanto il giudice, dovendo decidere se applicare o non applicare una certa sanzione, interpreterà le norme giuridiche, comprese quelle costituzionali, in modo da stabilire, all'interno del margine di "ridondanza" interpretativa che la norma presenta, non solo la probabile reazione sociale ma anche la probabile percezione che di tale reazione sociale hanno gli altri giudici.

L'approccio di Geiger, essendo orientato soprattutto alla presente frequenza statistica delle sanzioni, è portato a trascurare componenti culturali sommerse che possono svolgere un ruolo rilevante per la comprensione dell'effettivo ruolo degli or-

dinamenti e delle loro costituzioni. È vero che dal punto di vista strutturale il diritto posteriore deroga il diritto anteriore, ma ciò non significa che sociologicamente il diritto vivente o il diritto appartenente a fasi storiche apparentemente concluse non possa permanere in modi non immediatamente visibili. Costituzioni anche non scritte risalenti a epoche passate possono infatti convivere con un diritto positivo posteriore restando ancorate a strati profondi della memoria collettiva. Pertanto la reazione dei consociati può verificarsi in casi di violazione di una norma non istituzionalizzata come giuridica, mentre la reazione degli apparati a ciò predisposti dall'ordinamento può non verificarsi nei confronti di norme non più avvertite come vincolanti dall'opinione pubblica ma ancora formalmente valide. È possibile così espandere o restringere i contenuti normativi dell'ordinamento giuridico per comprendere o escludere norme che, indipendentemente dal punto di vista tecnico, vengono volta a volta avvertite come funzionalmente giustificate.

3. La dimensione funzionale. Costituzione come strumento di stabilizzazione dell'ordinamento

Il cambiamento di prospettiva imposto dalla critica al giuspositivismo porta necessariamente l'approccio sociologico ad adottare argomentazioni di tipo circolare anche a livello funzionale. La funzione di assicurare la certezza del diritto non può essere svolta in misura soddisfacente impiegando unicamente strategie tecnico-giuridiche, ma richiede un approccio in grado di riconoscere le influenze extra-giuridiche e la

dinamica delle loro interazioni con quelle giuridiche. La eclissi della funzione della certezza del diritto, che è fondamentale in un'ottica giuspositivistica, tende quindi, in un'ottica sociologica, a produrre una incertezza controllata, che va mantenuta entro margini sopportabili mediante il ricorso a interazioni tra fattori endogeni ed esogeni all'ordinamento. Questo slittamento funzionale da una certezza del diritto ad una incertezza tollerabile, sfocia nella funzione, apparentemente più debole ma in realtà assai più complessa, del mantenimento di limitati livelli di disomogeneità nell'ordinamento utilizzando i margini di tolleranza interpretativa che esso ammette²⁸.

In tale contesto, lo stesso problema dell'ordine sociale, che la costituzione, intesa come criterio di riconoscibilità dell'ordinamento, dovrebbe contribuire a risolvere, risulta scomponibile in tre momenti che nel loro insieme garantiscono la necessaria flessibilità a ogni ordinamento, vale a dire la *selezione* delle possibilità interpretative, la *innovazione* del patrimonio normativo reso così disponibile e la *(ri)stabilizzazione* ciclica di tale patrimonio in seguito ad innovazioni. Questo essenziale circuito evolutivo comporta la esclusione o la recezione di quanto risulti giuridicamente e sociologicamente inammissibile o ammissibile, e il temperamento con norme giuridiche o sociali preesistenti di quanto sia stato innovativamente recepito. Le tre prestazioni funzionali si presentano quindi come strumenti per collegare elementi esterni ed interni all'ordinamento e per trasformare le loro combinazioni in meccanismi evolutivi.

Esse coinvolgono, direttamente o indirettamente, importanti questioni giuridiche ma anche politiche e sociali. In

particolare, quanto alla "selezione" c'è da osservare che il concetto di giustizia, collocato ai confini del sistema giuridico, ma profondamente radicato in ogni carta costituzionale, può svolgere la essenziale funzione di assicurare selettivamente un maggiore raccordo tra il diritto e il resto della società escludendo, in quanto ingiuste, soluzioni che siano funzionalmente inadeguate ad altri settori sociali. Per verificare la giustizia o la ingiustizia di una decisione giuridica occorre quindi verificare la sua compatibilità o incompatibilità nei confronti degli altri sistemi coinvolti dalla decisione in questione, muovendo dal presupposto che una soluzione giusta non assolve solo compiti formali (*summum ius, summa iniuria*), ma anche sostanziali di temperamento degli effetti prodotti²⁹.

Quanto alla "stabilizzazione" si può osservare che i diritti fondamentali, che si collocano in una zona di sovrapposizione tra sistema giuridico e sistema politico, possono essere legittimati non solo mediante strategie argomentative orientate al dettato costituzionale o a un diritto naturale politicamente, oltre che giuridicamente sovraordinato, ma anche mediante argomentazioni di tipo sociologico rivolte funzionalmente, non solo ai singoli individui, ma alla società nel suo complesso. In tal modo la contrapposizione tra chi interpreta la libertà come garanzia assoluta della dignità dell'individuo e chi non le riconosce tale compito, può essere superata da interpretazioni della libertà intesa come garanzia limitabile nel nome di ulteriori considerazioni funzionali che tengano conto di diversi ambiti sociali e/o di libertà altrui³⁰.

Quanto infine alla "innovazione" essa spetterebbe, in un regime democratico, alla cultura giuridica e politica dei parti-



"Globalisation Language", Kate Fletcher

ti cui viene costituzionalmente affidata la periodica elaborazione di nuove soluzioni normative per correggere i limiti delle soluzioni precedenti. Negli ultimi tempi, tuttavia, si giunge a mettere in discussione la capacità di tale cultura di mediare il rapporto tra società e politica, sostenendo che i presupposti dello stesso sistema democratico così come vengono costituzionalmente delineati, si giustificano con l'emergere di meno consolidati ma più flessibili movimenti antipolitici di pressione politica³¹.

Tali complementari prestazioni funzionali possono essere assicurate nello stesso ordinamento rispettivamente attraverso le sentenze dei giudici (selezione), le decisioni dei legislatori (variazione) e gli interventi della dogmatica giuridica (stabilizzazione). La costituzione assume, in questo contesto, la funzione di orientare il diritto non al diritto stesso, ma ad una evoluzione sociale percepita attraverso il filtro di fattori culturali interni ed esterni all'ordinamento. È appena il caso di osservare che questa dinamica interna comporta effetti

diversi. Da un lato essa può giungere ad appannare i confini tra sistemi continentali e sistemi di *common law* in quanto, in entrambi, il livello giurisdizionale finisce col rivestire un ruolo essenziale, ma d'altro lato comporta anche funzioni latenti che possono interessare sistemi diversi dal diritto, che riescono così a trovare un raccordo di co-evoluzione col sistema giuridico.

Tutte queste prestazioni funzionali non comportano necessariamente che la costituzione sia scritta. In effetti, quale matrice culturale dell'intero ordinamento la costituzione può risultare semplicemente presupposta senza essere esplicitamente formulate. La costituzione assume così la funzione di orientare il diritto non al diritto stesso, ma ad una evoluzione sociale percepita attraverso il filtro di fattori culturali interni ed esterni all'ordinamento. In tal modo essa può assicurare comunque relativa stabilità e sostanziale omogeneità alle singole norme dell'ordinamento. Per converso, le costituzioni, benché scritte, possono limitarsi a esercitare un ruolo solo simbolico, e quindi non operativo né effi-

cace. Ciò avviene quando ostacoli insormontabili impediscono la loro attuazione, oppure quando gli unici effetti realmente voluti sono quelli, di per sé legittimanti, della proclamazione ufficiale di una costituzione³².

Il processo di legittimazione di una costituzione può essere a sua volta rafforzato dalla costituzione stessa. La costituzione è un prodotto culturale che, per sua natura, deve essere in grado di produrre, sia pure indirettamente, una cultura giuridica con essa compatibile. Per questo appare riduttivo vedere la costituzione come un'istanza solo capace di escludere o di porre limiti, in quanto anche attraverso le rispettive corti costituzionali, o organi equivalenti, essa è in grado di assorbire i risultati di interventi, compiuti in altri settori della società e recepiti a livello legislativo o giurisdizionale, ampliando l'arco delle alternative normative stabilizzabili.

Occorre qui rilevare che la espansione funzionale dei vari ambiti del sociale oltre i loro confini convenzionali, è un motivo ricorrente della analisi sociologica del diritto, e una delle chiavi per spiegare l'ordine sociale e la dinamica di eventuali conflitti. Già Weber utilizzava un approccio attento alle convergenze funzionali del diritto con altri ambiti sociali. Egli riconosceva che il criterio di decisione tipico degli ordinamenti occidentali, il diritto "razionale formale", non solo era capace di essere studiato intersoggettivamente (da qui la sua razionalità), ma era anche aderente agli specifici aspetti tecnici del diritto (da qui la sua formalità)³³. Esso si prestava inoltre a rafforzare orientamenti funzionali prevalenti in altri ambiti sociali. Analoghi criteri di razionalità venivano rinvenuti da Weber nell'ambito della amministrazione

burocratica il cui modello rappresentava un fondamentale supporto al funzionamento del diritto, oppure nell'ambito economico, le cui esigenze di prevedibilità erano funzionalmente complementari alla imparzialità assicurata, almeno apparentemente, dal diritto razionale formale, e alla sua almeno apparente riduzione di rischi futuri³⁴.

Il medesimo motivo della inter-sistematicità viene esplicitamente ripreso da Luhmann che lo inserisce nella cornice della differenziazione funzionale dei sistemi sociali. Riprendendo, a livello teorico, aperture che Weber aveva elaborato sulla base di analisi storico-comparative, Luhmann introduce il concetto di "accoppiamento strutturale" per delineare possibili contatti intersistemici fra sistemi diversi. In tale contesto la costituzione non risulta più appartenere al solo sistema giuridico, ma svolge, all'interno di tale sistema, un ruolo determinante di chiusura, che non esclude la sua stretta connessione funzionale col sistema politico³⁵. La costituzione risulta quindi la parte più giuridica del sistema politico e la parte più politica del sistema giuridico.

Sottolineando gli inevitabili rapporti tra diritto e politica, l'impostazione luhmanniana sembra rivolta a utilizzare una semantica nuova, meglio adatta ad affrontare le criticità di connessioni funzionali intersistemiche. Queste possono infatti essere intese appieno solo se si colgono, oltre ai rapporti tra sistema giuridico e sistema politico, anche i rapporti tra il sistema giuridico e il suo ambiente, nell'ambito del quale si trovano tutti gli altri sistemi sociali.

4. *La trasformazione della dimensione spaziale. Costituzione come strumento di connessione meta-statuale*

Attualmente la tradizionale connessione tra costituzione e stato viene, per molti aspetti, messa in discussione. La costituzione appare ancora il principale punto di intersezione dei processi normativi in atto all'interno dello stato, ma lo stato è spesso costretto a ridimensionare le proprie competenze sotto la spinta di istituzioni emergenti che si presentano come normativamente autonome e dotate di quasi-costituzioni di origine sociale ma giuridicamente rilevanti. Data la pressione esercitata da tali istituzioni, e dagli interessi che esse rappresentano, sul diritto dello stato, diventa sempre più difficile attribuire all'ordinamento quelle caratteristiche di unità e di non contraddittorietà che dovrebbero essere garantite dalla costituzione³⁶.

Accanto al proliferare di istituzioni quasi-statali e meta-statali in uno spazio giuridico indipendente dai confini territoriali dello stato, si assiste alla rivitalizzazione di articolazioni locali preesistenti e di istituzioni formalmente riconosciute dai singoli stati. Soprattutto in settori come la lotta contro il crimine, la regolamentazione dei mercati finanziari, il controllo di masse di migranti, la definizione di misure sanitarie volte a limitare potenziali fonti di contagio, la difesa della sicurezza ambientale, i singoli stati non solo subiscono una riduzione della loro sovranità, ma vedono mettere in discussione anche altri elementi essenziali per il loro modello tradizionale come l'identità del loro *demos* e la delimitazione del loro territorio³⁷.

Si giustifica così la emersione di una sorta di diritto comune basato su nuovi pilastri:

una combinazione di accordi internazionali e consuetudini locali quale la *lex mercatoria*³⁸, un decentrato dialogo internazionale tra giudici, soprattutto tra giudici costituzionali, un graduale allineamento delle soluzioni legislative elaborate dai singoli stati a modelli generalmente adottati da altri paesi. Tutto ciò comporta accelerazioni o rallentamenti non sempre condivisi nella evoluzione delle rispettive culture giuridiche.

Le conseguenze di questi processi per le costituzioni statuali sono quindi ancora confuse, ma è indubbio che la figura della costituzione, se applicata anche a nuove forme di organizzazione non solo giuridico-politiche ed economiche ma anche religiose e scientifiche, assume caratteri per molti versi differenziati, per cui non sembra opportuno descriverle utilizzando una medesima lente e una sorta di pancostituzionalismo che comprenda diverse forme, intrastatali e metastatali, di costituzione. Tutto questo, del resto, accentua la stessa differenziazione fra stati, e rende più complessa la lettura dell'attuale assetto giuridico-politico. All'interno di regioni a geografia variabile, definibili mediante la convergenza di interessi politici ed economici, i singoli stati talora si collegano tra loro dando talora luogo a organizzazioni che di fatto tendono a diventare oligarchiche³⁹.

Occorre peraltro tenere presente che gli strumenti comunicativi, che in una società globale risultano maggiormente articolati rispetto al passato, se da un lato possono favorire una costante sintonizzazione delle varie istanze decisionali (statali e non statuali) coinvolte, d'altro lato possono provocare una vera e propria inflazione di messaggi. Si può quindi parlare di una eclissi dello stato che, oltre a subire una rilevante riduzione della propria sovranità e a vedere offuscati

i propri pilastri tradizionali, appare ormai inserito in un intreccio di reti comunicative transnazionali nelle quali la sua voce è solo una fra le tante e non la più ascoltata.

Questi sviluppi, non ancora adeguatamente definiti, hanno indubbiamente favorito una duplice espansione, strutturale e funzionale, dell'area semantica del concetto di costituzione. In prospettiva *strutturale*, gli stati tendono a reagire alla loro impotenza rispetto a nuovi problemi dando luogo ad unità più ampie che tentano di affrontare i nuovi problemi con una costituzionalità articolata a più livelli; in prospettiva *funzionale*, settori di attività in passato delimitabili all'interno dei confini nazionali, richiedono sempre più strette connessioni funzionali di livello transnazionale e transcostituzionale. Le ufficiali proclamazioni di auto-limitazione del potere politico, proprie di una recente fase del diritto moderno, vengono così superate fino a giungere a presupporre, almeno implicitamente, una costituzione dietro ogni ordinamento anche non statale. Pertanto, nella attesa, probabilmente vana, di qualcosa che possa essere assimilato ad una costituzione globale, nascono e si stanno affermando rapporti che, a livello interstatale, non sono né gerarchici né univocamente delimitabili, ma appaiono *strutturalmente* privi di un ordine definito e *funzionalmente* aperti a crescenti comunicazioni intersistemiche.

5. Alcune osservazioni conclusive

Dalle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti emergono vari significati possibili del concetto di costituzione. Si è visto che da parte della sociologia del diritto classi-

ca e dalla più recente teoria sistemica sono stati sottolineati aspetti strutturali e funzionali che, talora implicitamente, correggono in punti fondamentali la narrazione giuspositivistica. In particolare gli autori che sono stati menzionati riescono, con difformità terminologiche ma con strategie complementari, a mettere in luce i limiti della costituzione statale in una visione pluralistica. Essi contribuiscono: a sottolineare il ruolo alternativo delle "costituzioni viventi", capaci di regolare le rispettive comunità nel nome della efficienza di norme autonome culturalmente consolidate nel tempo (Ehrlich); a riconoscere le condizioni non solo culturali ma strutturali che influenzano la frequenza statistica delle presenti sanzioni nei confronti dei comportamenti devianti e quindi la effettività degli ordinamenti giuridici e delle loro costituzioni (Geiger); a individuare le convergenze culturali e funzionali che rafforzano la diffusione di determinati tipi di razionalità giuridica, prevalentemente rivolti al controllo del futuro, nelle costituzioni delle società avanzate dell'Occidente (Weber); a delineare un concetto di costituzione esplicitamente intersistemico e in quanto tale in grado di fronteggiare crescenti livelli di complessità sociale (Luhmann).

Tutto questo delinea una costituzione statale che può essere distante dalla realtà nella sua veste formale e dai testi nella sua veste materiale, che, se promette meno, risulta più credibile, che solo se viene surrettiziamente mutata appare adeguata ai propri compiti, che avverte l'importanza del ruolo integrativo di altre istituzioni sociali e l'esigenza di adattarsi ad esse strutturalmente e funzionalmente. In tale quadro la costituzione non corre più il rischio di essere sopravvalutata in quanto risulta evi-

dente che il diritto e la politica sono solo una parte della cabina di comando della moderna società.

La complessità sociale viene ulteriormente accresciuta se si cerca di prendere atto, in una prospettiva spaziale, della trasformazione del concetto di costituzione in conseguenza del suo crescente distacco dallo stato, e della connessa emersione di quasi costituzioni di carattere meta-statuale. Questi diversi modi di intendere la costituzione sono collegati ad un approccio sociologico che, come si è visto, pone il diritto, non al di sopra ma all'interno del tessuto sociale. La critica della positivizzazione del diritto, che la sociologia del diritto classica aveva ampiamente sottolineato, assume così nuove forme di fronte al pluralismo delle costituzioni che si vanno affermando esternamente allo stato.

Ciò comporta, in chiave anti-giuspositivistica, una sorta di laicizzazione del ruolo della costituzione e il riconoscimento della sua frammentazione al di fuori del tradizionale rapporto privilegiato con lo stato⁴⁰. Se dal punto di vista giuridico alla costituzione spetta un ruolo essenziale in quanto senza di essa il diritto si dissolverebbe in una miriade di rivoli normativi riconducibili ad unità solo attraverso una grande sintesi giurisprudenziale transnazionale, dal punto di vista sociologico la costituzione, permanendo la assenza di una consolidata struttura che coordini le varie fonti normative e di una adeguata definizione delle loro relazioni funzionali, rischia di apparire una norma sempre più distante dalla realtà sociale che dovrebbe contribuire a regolare.

La moltiplicazione dei livelli costituzionali indipendentemente dai confini dello stato crea quindi, almeno per il momento, una situazione di disordine normativo. Tale

situazione di disordine sembra comunque essere solo transitoria in quanto è il risultato di una inadeguatezza dei tradizionali concetti stato-centrici che continuano ad essere frequentemente usati nonostante l'emersione di un nuovo pluralismo istituzionale, ed è quindi destinata ad essere superata non appena verrà colmato l'attuale deficit teorico e semantico.

In breve, nonostante i cambiamenti in atto, le costituzioni continuano per lo più a indossare costumi solenni che appaiono ormai fuori moda in quanto per molti versi richiamano quelli, sette-ottocenteschi, della loro gloriosa storia. In tal modo esse suscitano un intreccio di aspettative non più corrispondenti alle esigenze di un accelerato mutamento sociale né adeguate al sempre più evidente oscuramento del loro tradizionale rapporto con lo stato⁴¹. La convinzione, che risulta ormai diffusa, è che sia impossibile, partendo da un solo punto per quanto importante come lo stato, riuscire a governare l'intera società⁴², e che sia quindi sempre più urgente tenere conto della parallela e non sempre convergente azione esercitata da costituzioni non necessariamente scritte e non aventi esclusivamente carattere giuridico-politico, ma anche economico, religioso, scientifico⁴³.

Le distinzioni riportate in precedenza sono un primo passo per delineare un quadro meno ambiguo e più articolato del tradizionale concetto di costituzione. Si è visto infatti che è possibile distinguere tra costituzioni statuali e costituzioni viventi, intendendo queste ultime come costituzioni create spontaneamente nei vari settori della società, tra costituzioni viventi formali, che definiscono astrattamente l'assetto di determinate istituzioni, e costituzioni viventi materiali, che tengono conto degli

adattamenti richiesti dalla necessità di adeguarsi costantemente ai bisogni sociali, tra costituzioni statuali formali e costituzioni statuali materiali, tra costituzioni statuali e costituzioni transnazionali.

La principale sfida che ora sembra attendere la sociologia del diritto consiste nel proseguire la critica del positivismo giuridico sul terreno, non più delimitato dai confini dello stato, di un nuovo trans-costituzionalismo, e passare quindi con

sempre maggiore consapevolezza da un concetto di costituzione visto soprattutto come custode della differenziazione sociale ad un concetto di costituzione visto come regolatore di connessioni sociali intersistemiche⁴⁴.

¹ Particolarmente significativo, tra i recenti lavori critici nei confronti dei dogmi su cui si fonda la concezione giuspositivistica dell'ordinamento, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004. Sul futuro della costituzione in prospettiva critica cfr. G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, 2012.

² A. Febbrajo, *Constitutionalism and Legal Pluralism*, in A. Febbrajo, G. Corsi (eds.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, New York, Ashgate, 2016, pp. 68-96.

³ Tra gli autori che hanno trattato in modo particolarmente chiaro il concetto di cultura giuridica cfr. L.M. Friedman, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, in «Yale Law Journal», 98, n. 8, 1989.

⁴ Sulla gradualità della distinzione tra culture giuridiche interne ed esterne cfr. A. Febbrajo, *Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto*, in A. Febbrajo, A. La Spina, M. Raiteri (a cura di), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁵ A. Febbrajo, G. Corsi, *Introduction*, in Febbrajo, Corsi (eds.), *Sociology of Constitutions*, cit., pp. 1-7.

⁶ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, I, CXXVII-CXXVIII.

⁷ A. Febbrajo, *Costituzione e cultura giuridica*, in C. Mongardini (a cura di), *Il senso delle costituzioni*, Roma, Bulzoni, pp. 141-168.

⁸ A. Febbrajo, *From Hierarchical to Circular Models in the Sociology of Law. Some Introductory Remarks*, in «European Yearbook in the Sociology of Law», 1988, pp. 3-21.

⁹ Cfr. A. Febbrajo, *The Failure of Regulatory Institutions*, in P.F. Kjaer, G. Teubner, A. Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, pp. 269-301.

¹⁰ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹¹ E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.

¹² A. Febbrajo, *Presentazione*, in Ivi, pp. V- XLIX.

¹³ A. Febbrajo, *Os Fundamentos Históricos da Sociologia do Direito: Eugen Ehrlich*, in A. Febbrajo, F. Rister de Sousa Lima, M. Pugliese (eds.), *Sociologia do Direito. Teoria e Praxis*, Curitiba, Jurua Editora, 2015, pp. 317-336.

¹⁴ Sul dibattito tra Kelsen ed Ehrlich, originato da una critica

di Kelsen all'opera di Ehrlich e proseguito con una risposta di Ehrlich in chiave dichiaratamente antigiuspositivistica cfr. E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-85.

¹⁵ Cfr. P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, p. 33.

¹⁶ N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹⁷ Cfr. da ultimo A. Badiou, J. Rancière et al., *Che cos'è un popolo*, Roma, DeriveApprodi, 2014. Cfr. anche P. Costa, *Civitas*, Roma-Bari, Laterza, 1999-2002, 4 voll.; P. Rosanvallon, *Il popolo introvabile*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 2004; G. Bonaiuti, G. Ruocco, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo*, 3 voll., Roma, Viella, 2011-2014; ; D.J. Galligan (ed.), *Constitutions and the Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹⁸ Sulla distinzione tra norme regolative e norme costitutive, cfr. J. Rawls, *Two Concepts of Rules*, in «The Philosophical Quarterly», n. 64, 1955; J.R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge Uni-

- versity Press, 1969; C. Cherry, *Regulative Rules. Constitutive Rules*, in «The Philosophical Quarterly», n. 23, 1973.
- ¹⁹ A. Febbrajo, *Sociologia del diritto. Concetti e problemi*, Bologna, Il Mulino, 2013².
- ²⁰ Sul tema del diritto come gioco e dei rischi che ciò comporta era intervenuto tra primi M. Weber, *A proposito di "Economia e diritto" di Rudolf Stammler*, in Ehrlich, Kelsen, Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, cit., pp. 89-165. Riassuntivamente sull'importante tema A. Febbrajo, *Come regolare il futuro della società. L'eterna sfida del diritto*, in F. Corbisiero, E. Ruspini (a cura di), *Sociologia del futuro. Studiare la società del ventesimo secolo*, Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2016, pp. 103-130.
- ²¹ Cfr. I. Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ²² Questi punti sottolineano un profondo distacco della prevalente concezione europea relativa ad una costituzione limitatamente flessibile, rispetto a quella diffusa in paesi come Brasile e Stati Uniti. Negli Stati Uniti si registra anche nella Corte Suprema una chiara tendenza ad interpretare la volontà dei padri fondatori in modo non flessibile ma fedele nonostante il modificarsi rapido della società; in Brasile si registra un diffuso atteggiamento pragmatico volto a considerare la costituzione poco più di un programma politico, e quindi da cambiare, integrare e correggere ogni volta che intervengano seri difetti attuativi.
- ²³ Cfr. R. Bifulco, O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del patteggiamento di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, Giappichelli, 2013.
- ²⁴ Häberle, *Per una dottrina della costituzione*, cit., pp. 37 e 46.
- ²⁵ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens-London, University of Georgia Press, 1993².
- ²⁶ Sul ruolo delle tradizioni giuridiche risalenti nei paesi postcomunisti anche dopo l'ingresso nella U.E. e la loro apparente normalizzazione costituzionale cfr. A. Febbrajo, W. Sadurski (eds.), *Central and Eastern Europe after Transition. Towards a New Sociological Semantics*, Farnham, Ashgate, 2010.
- ²⁷ T. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, Luchterhand, 1964.
- ²⁸ La perdita di fiducia nella capacità del diritto di risolvere in modo prevedibile i conflitti, nonostante la costituzione è inoltre confermata dalla emergenza di una sempre più diffusa propensione degli utenti per una *informal justice* e dalla evoluzione della immagine degli operatori quale emerge dai numerosi studi sociologici sulle professioni giuridiche. Per una analisi delle deontologie professionali come mini-costituzioni orientate al riconoscimento da parte dello stato cfr. A. Febbrajo, *Struttura e funzioni delle deontologie professionali*, in W. Tussijn (ed.), *Le libere professioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- ²⁹ Cfr. A. Febbrajo, *Per una ridefinizione sistemica del concetto di giustizia*, in A. Rufino, C. Pizzo (a cura di), *Giusto, vero, ragionevole. La percezione della giustizia nell'era globale*, Napoli, ScriptaWeb, pp. 49-68.
- ³⁰ Per una ricostruzione sistemica delle funzioni dei diritti fondamentali cfr. N. Luhmann, *Diritti fondamentali come istituzione*, Roma, Dedalo, 2002.
- ³¹ Da ultimo sul vasto dibattito intorno alla sostenibilità della democrazia cfr. G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015.
- ³² Su questi aspetti della costituzione cfr. M. Neves, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto*, Lecce, Pensa, 2004.
- ³³ M. Weber, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1968, vol. II, pp. 14 ss.
- ³⁴ A. Febbrajo, *Dall'unità alla pluralità del diritto*, in P. Rossi (a cura di), *Ripensare Max Weber. In occasione del centocinquantenario della nascita*, Atti dei convegni Lincei, Roma, Scienze e lettere editore, 2015, pp. 171-192.
- ³⁵ L'autorità mutuata dall'esterno può in taluni casi essere utilizzata dai governi nazionali come un alibi per riuscire ad imporre misure impopolari o altrimenti difficilmente realizzabili (basti pensare ai problemi connessi al controllo del debito pubblico o della sicurezza).
- ³⁶ In Italia è stato largamente studiato un fenomeno analogo che assume una veste sia pubblicistica sia privatistica. Si tratta del variegato insieme delle organizzazioni non lucrative aventi utilità sociale (Onlus), che trovano un loro corrispettivo a livello extra-statale (NGO) essendo spesso in grado di perseguire finalità di sostegno all'azione dello stato e di mantenere un'autonoma funzione di controllo sulle rispettive organizzazioni oltre che una riproduzione delle rispettive identità culturali.
- ³⁷ Va rilevato che l'autorità mutuata dall'esterno può in taluni casi essere utilizzata dai governi nazionali a sovranità limitata come un alibi per riuscire ad imporre misure impopolari o altrimenti difficilmente realizzabili (basti pensare ai problemi connessi alla gestione economico-finanziaria dello stato o della sicurezza).
- ³⁸ Cfr. F. Galgano, *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001⁴.
- ³⁹ A. Febbrajo, *Europa come "idea" e "progetto" o come "retorica" e "processo"?*, in C. Mongardini (a cura di), *L'Europa come idea e come progetto*, Roma, Bulzoni, 2009, pp. 91-114.
- ⁴⁰ Cfr. A. Febbrajo, F. Gambino, *Il diritto frammentato*, Milano, Giuffrè, 2013.
- ⁴¹ La perdurante attenzione nei confronti del concetto tradizio-

nale di costituzione sembra del resto confermata dal fatto che recentemente, a livello dell'Unione europea, dovendosi risolvere i problemi di organizzazione interna resi necessari da un accelerato allargamento, si sia preferito anzitutto fare ricorso al termine 'costituzione', forse nella convinzione che la menzione di tale atto solenne, solitamente riservato a momenti di valore straordinario ed epocale, sarebbe stata di per sé capace di ridurre pregiudiziali scetticismi, anche se evidente era la sproporzione fra le aspettative così evocate e la effettiva offerta normativa.

⁴² Una radicale critica allo stesso tempo anti-positivistica e anti-statalistica già in B. Leoni, *Freedom and the Law*, Princeton, Van Nostrand, 1961.

⁴³ In tal senso G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.

⁴⁴ Sul possibile sviluppo dell'approccio sistemico verso un crescente riconoscimento della utilità di strumenti concettuali capaci di cogliere limiti e potenzialità delle connessioni intersistemiche cfr. A. Febbrajo, *Introduction*, in A. Febbrajo, G. Harste (eds.), *Law and Intersystemic Communication. Understanding Structural Coupling*, Farnham, Ashgate, 2013.