

## COMPLESSITÀ E DIRITTO: BREVI RIFLESSIONI SU NIKLAS LUHMANN E BRUNO ROMANO

Raimondo Nocerino\*

### 1.

Lo stato attuale delle riflessioni condotte sulla complessità<sup>1</sup>, in specie sulla complessità del mondo, delle sue 'ragioni' e delle sue 'regioni', consentono di affermare che il tema qui trattato ha rappresentato, ed ancora oggi rappresenta<sup>2</sup>, un terreno quanto mai fertile per il confronto

---

\* Dottore di ricerca, Università degli Studi Federico II, Napoli.

<sup>1</sup> Che cos'è la complessità? E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare le sfide della modernità*, Milano, 1993, nel ricordare che l'etimo del termine complesso va ricercato nel latino *complexus*, ovvero ciò che è "tessuto insieme", descrive la complessità come "[...] tessuto di eventi, azioni, interazioni, retroazioni, determinazioni, rischi, che costituiscono il nostro mondo fenomenico. Sicché la complessità si presenta con i tratti inquietanti dell'inestricabile, del disordine, dell'ambiguità, dell'incertezza [...]" p. 32. Dunque, la complessità "a prima vista è un fenomeno quantitativo, una quantità estrema di interazioni, interferenze tra un grande numero di unità [...] però la complessità non comprende solamente quantità di unità ed interazioni che sconfiggono la nostra possibilità di calcolo; comprende anche incertezze, indeterminazioni, fenomeni aleatori" p. 58. La cibernetica – prosegue Morin – aveva posto quelle incertezze ed indeterminazioni tra parentesi, ricorrendo al paradosso della cd. black box per analizzare il funzionamento di un certo sistema: il compito del teorico della complessità, viceversa, sta appunto nel penetrare quella scatole nera. Morin, considerato il padre della teoria della complessità, ha dato vita ad una produzione scientifica poderosa, nonché a progressive specificazioni del proprio pensiero, culminate nell'elaborazione del *Metodo* (opera di vastissimo respiro, realizzata negli anni, ed oggi articolata in sei volumi) ispirato al principio organizzatorio del pensiero cd. di complessità – integrante superamento del principio della semplificazione – consistente "nel mantenere intatto l'intreccio degli oggetti ma tenendoli insieme". Si tratta di specificazioni, peraltro, che l'Autore ha avuto modo di enucleare, recentemente, nel corso di apposite giornate di studio svoltesi a Napoli, il 9-11 marzo 2010, presso l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici.

<sup>2</sup> Tra gli ultimi lavori, in lingua italiana, specificamente dedicati alla complessità, cfr. A. PITASI, *Teoria sistemica e complessità sociale*, Roma, 2010;

di posizioni, maturate non soltanto nell'alveo della riflessione giusfilosofica<sup>3</sup>. Circoscrivendo grandemente la prospettiva speculativa cui il problema della complessità, già in punto di definizione, si presta, le brevi riflessioni che seguono cercheranno di verificare:

*i.* se le 'regioni' e le 'ragioni' della complessità, qui intese come mere metafore spaziali e temporali del problema, si prestino a delineare un ideale *itinerarium mentis*, un orizzonte problematico comune, dell'opera di Luhmann e di Romano [2.1; 2.2];

*ii.* una volta acclarata la ricorrenza del comune *itinerarium mentis*, in che modo la complessità si lasci avvertire nel quadro della ragione giuridica, procedendo, conseguentemente, ad una disamina delle posizioni assunte al riguardo da Luhmann e Romano [3;4;5].

---

F. FRAISOPI, *Besinnung. Scienza, complessità, fenomenologia*, Roma, 2009; E. MORIN, B. MALDELBROT, H. MATURANA, *Complessità e Neostoricismo*, a cura di A. ANSELMO, G. GIORDANO, G. GREGORIO, Messina, 2009; G. GEMBILLO, *Da Einstein a Maldebrot. La filosofia degli scienziati contemporanei*, Messina, 2009; ID. *Polilogiche della complessità. Metamorfosi della ragione da Aristotele a Morin*, Messina, 2008. Recentemente, si ispirano ad un concetto chiave della teoria della complessità, l'emergenza – per il quale, cfr. esemplificativamente, H. MATURANA, F. VARELA, *Autopoeisi e cognizione. La realizzazione del vivente*, Venezia, 2001 – E. BONCINELLI, M. DI FRANCESCO, *Che fine ha fatto l'io?*, Milano, 2010, allorché il dialogo tra il filosofo e lo scienziato si incentra sul tema de *L'io e la responsabilità (il soggetto e la volontà)*.

<sup>3</sup> Una caratteristica fondamentale della complessità è, infatti, "la natura multidimensionale del problema". Così, E. MORIN, *il Complesso, ciò che è tessuto insieme. Intervista con Edgar Morin*, in: RÉDA BENKIRANE, *La teoria della complessità*, Torino, 2007, p. 19. L'intelligente ed interessante lavoro di Réda Benkirane, muovendo dal corretto presupposto della necessità di approcciarsi al tema della complessità in modo multidisciplinare, raccoglie diciotto interviste nelle quali il lettore ha modo di fare conoscenza di "fisici dell'informazione e della turbolenza, matematici del caos, e della probabilità, biologi dell'emergenza, neodarwinisti e antidarwinisti, un linguista che si occupa dei temi dell'intelligenza artificiale, un chimico che si occupa di sistemi lontani dall'equilibrio, informatici che si rivolgono alla biologia generale, un astrofisico autore allo stesso tempo di un libro sul tutto e di uno sul vuoto, un suo collega che evoca un modello di universo sconcertante, conosciuto come *inflazione caotica*" (R. BENKIRANE, *La teoria della complessità, op. cit.*, p. 11). Nell'ambito della filosofia del diritto, cfr., tra gli altri, *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, a cura di L. AVITABILE, Cassino, 2010.

## 2.1.

*Le ragioni.* Ragione, nell'accezione di "causa" di un determinato effetto/evento, implica "variazione" – e cioè tempo – per il motivo che esclude l'identità di causa ed effetto<sup>4</sup>. Sinteticamente, si è tentati di affermare che la "variazione/cambiamento" del mondo implica complessità [intesa come aumento e differenziazione di possibilità] ovvero che la complessità trova la sua ragione (o, almeno, alcuna di esse) nella "variazione/cambiamento" del mondo in cui viviamo. Già quando, nel 1968, Luhmann dava alla luce *Vertrauen*<sup>5</sup>, il progetto di elaborazione di una teoria della società moderna per la società moderna – nel che consiste il suo *Illuminismo sociologico*<sup>6</sup> – individuò, nitidamente, la propria *ratio essendi* nella inestricabile e ineluttabile complessità del mondo<sup>7</sup>. Ma, in questa fase della [ancora] iniziale produzione Luhmanniana<sup>8</sup>, non siamo che al cospetto di una "ingenua complessità" o, meglio, di una complessità *non* così complessa, quale quella che, successivamente, il mondo avrebbe conosciuto. Un livello di complessità per declinare il quale, cioè, era ancora sufficiente una teoria dei sistemi sociali non completamente depurata dei concetti della teoria dell'azione; e per interpretare e penetrare la quale non vi era ancora

---

<sup>4</sup> Ci si riferisce alla critica di Luhmann al concetto di *retroazione* di Kant. N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, p. 30. Sul tema del rapporto tra variazione e tempo, cfr. pure L. CAPOZZI, *Temporalità e Norma*, Napoli, 2000. ult. ed.; ID., *L'individuo, il tempo e la storia*, Napoli, 2000, ult. ed.

<sup>5</sup> N. LUHMANN, *La fiducia*, Bologna, 2002.

<sup>6</sup> N. LUHMANN, *Illuminismo Sociologico*, Milano, 1983.

<sup>7</sup> R. DE GIORGI, *Presentazione all'edizione italiana de La Fiducia, cit.*, pag. XIV, evidenzia "la complessità si produce per il semplice moltiplicarsi della possibilità e questo stesso moltiplicarsi scaturisce dalla impossibilità di relazionare uno ad uno gli elementi della struttura che si costituisce con i singoli eventi che si producono, cioè si costituisce da sé. Una cosiffatta struttura non solo si produce da sé, ma si trasforma continuamente da sé e poiché non sono prevedibili né calcolabili, i percorsi dall'autotrasformazione si sottraggono alla razionalità del progetto che, anzi, interviene come fattore ulteriore dell'incremento di variabilità: la società si rende instabile da sé, si sorprende, per così dire, da sé. Ma questa continua instabilità non può essere tollerata e scaturisce da ciò, la necessità di elaborare strategie selettive che rendano possibile l'orientamento dell'azione"

<sup>8</sup> Su cui cfr. G. PALOMBELLA L. PANNARALE, *Introduzione all'edizione italiana di N. Luhmann, I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002, pp. 5 - 11.

bisogno di quello che costituisce uno dei tratti più originali della produzione del sociologo di Bielefeld, vale a dire la svolta *autopoietica*, frutto dell'altrettanto originale interazione fra la teoria dell'evoluzione e quella dei sistemi<sup>9</sup>. Per contro, l'attitudine della complessità del mondo ad assumere connotazioni, forme e sembianze sempre nuove con lo scorrere del tempo – vale a dire l'attitudine della complessità ad "attualizzarsi", all'essere costantemente sensibile ed *irritabile* alla variazione implicata dal fluire del tempo, *sub specie* di moltiplicazione del darsi delle possibilità – non tarda a rivelarsi come crocevia di una costante specificazione delle riflessioni di Luhmann: così, ad esempio, con il moltiplicarsi delle possibilità delle relazioni umane nell'ambito della società, l'amore viene interpretato come passione<sup>10</sup>; con il moltiplicarsi delle possibilità – e dei rischi – indotte dai problemi tecnologici ed ecologici, diviene matura l'esigenza di una sociologia del rischio<sup>11</sup>; la natura sempre più fondamentale ed insostituibile delle organizzazioni per la società moderna è, successivamente, alla base delle domande concernenti la "logica propria" delle organizzazioni, onde queste ultime siano in grado di "autocomprendersi"<sup>12</sup>. Del pari, ed in modo non dissimile, l'attualizzazione della complessità del mondo, nella prospettiva della profonda mutazione della struttura del commercio e delle inferenze che siffatta mutazione produce sull'uomo e sul diritto, non è forse l'occasione delle dense riflessioni del Bruno Romano di *Globalizzazione*

---

<sup>9</sup> Sul punto, cfr., paradigmaticamente, N. LUHMANN, *Evoluzione del diritto*, in: *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1 – 60.

<sup>10</sup> N. LUHMANN, *Amore come passione*, Milano, 2008, p. 2, ove l'Autore chiarisce "si può parlare di incremento delle possibilità di relazioni impersonali dal momento che, in ambiti diversi, è possibile che si realizzi una comunicazione anche se non si conoscono affatto personalmente i partner e li si valuta solo attraverso poche caratteristiche di ruolo, che si possono cogliere rapidamente [...] E inoltre perché ogni singola operazione dipende da innumerevoli altre che non hanno le loro garanzie funzionali in caratteristiche personali che possono essere note a colui che su si esse fa assegnamento" .

<sup>11</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996. Per una riflessione – svolta a partire dalla prospettiva di N. Luhmann – sulla nozione di rischio e sul rapporto tra rischio, diritto ed economia, cfr. A. ARGIROFFI L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno. Percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale*, Torino, 2008. In particolare, cfr. pp. 199 – 288.

<sup>12</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit..

*del commercio e fenomenologia del diritto*<sup>13</sup>? Anche qui - si ritiene possa affermarsi - è la trasformazione dell'oggetto della struttura del commercio e della forma del suo stesso organizzarsi - in sintesi, il variare nel tempo e con il tempo del commercio stesso - a costituire un *prius* rispetto alla questione afferente il *dove* il concreto svolgimento delle relazioni commerciali si verifichi. In questo senso, significativa è, anzitutto, la crescente rilevanza [economico - giuridica] dei cd. *intangibles*, correttamente descritta da Romano come "accelerazione verso forme di riferimento non più alla proprietà ed alla fissità materiale dei beni, ma all'uso per un tempo di beni, prioritariamente immateriali e flessibili"<sup>14</sup>. Ma è di immediata percezione - e Romano lo percepisce acutamente - come non sia solamente la trasformazione del bene da materiale ad immateriale a segnare un svolta qualitativa delle relazioni commerciali, e ciò pur quando si riconosca - così come deve riconoscersi - che siffatta trasformazione già sia idonea a produrre l'effetto [non la causa] della recisione della dimensione spaziale o, meglio ancora, dello spazio. Il marchio o il logo sono beni immateriali, dotati di un autonomo valore economico e privi, per propria natura, di un diretto ed immediato legame spaziale. Essi, tuttavia, dimostrano la propria completa attitudine a spazializzarsi solo con l'innovazione tecnologica e l'avvento delle reti telematiche<sup>15</sup> (si noti, sul punto, una prima manifestazione del livello di attualizzazione della complessità). Di poi, sarà la naturale flessibilità delle reti telematiche - il nuovo mercato virtuale - a svolgere una funzione *conformativa* di merci ed uomo<sup>16</sup> [in ciò, sarà riscontrata,

---

<sup>13</sup> B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 18 e ss.

<sup>16</sup> B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009, p. 21 "il successo del mercato è costruito con la produzione e la commercializzazione della merci, lavorando però alla preliminare produzione del consumatore, oggi configurato come ubbidiente esecutore dei messaggi pubblicitari, circolanti senza confini nelle reti globali. La produzione del consumatore genera l'abitudine a conformarsi agli imperativi pubblicitari, trasformando le intenzioni, libere e precalcolabili, ma in inclinazioni modellate secondo gli schemi biologici, che sono oggetto di una conoscenza scientifica e dunque di una precalcolabilità del loro svolgimento condizionato. Il mercato programma il suo successo costruendo i consumatori come entità bio-economiche anticipabili nelle loro condotte". Analogamente, sul tema della funzione plasmante/conformativa del neuromarketing, cfr. A. PUNZI, *Tra*

un'ulteriore manifestazione dell'attualizzazione della complessità]. Da ultimo, conseguendone quella terribile [ed inaccettabile] deriva, tipicamente post - moderna, in cui "la struttura dell'economia reale viene sostituita dagli schemi formali del cosiddetto finanziario, privo di radici poste nella concretezza dei beni visibili nella loro materialità" e per cui "paradossalmente i modelli dell'invisibile si configurano oggi nell'oscena sacralità della finanza, dove il potere di alcuni si occulta in figure senza volto, che dominano e violentano l'umanità nella sua interezza"<sup>17</sup>.

## 2.2.

*Le regioni.* La terminologia *regioni* viene qui, metaforicamente, utilizzata per descrivere il 'dove' topografico in cui si annida e sviluppa la complessità del mondo. La complessità del mondo si incontra, nella prospettiva di Luhmann<sup>18</sup>, nel sistema sociale ed in ciascun sottosistema<sup>19</sup>: quello politico, quello dell'economia, quello della pubblica amministrazione, quello del diritto, quello delle organizzazioni. In ogni dove, dunque, si manifesta la complessità del mondo ed anzi, a ben riflettere, l'interazione delle possibilità del mondo, quale si manifesta in ciascun sottosistema e nel sistema sociale tutto, si presta ad essere interpretata essa stessa come origine di una [nuova] duplice - e speculare - semantica spaziale: da un lato la globalizzazione degli

---

*persuasione e controllo. L'informazione commerciale verso il neuro marketing, in Dialogica del diritto, op. cit., p. 313, secondo cui "è doveroso assumere nei confronti delle ricerche in materia di neuromarketing un approccio equilibrato, in specie inteso ad evitare un duplice errore: sopravvalutare l'attuale stato delle conoscenze in materia e sottovalutare il possibile utilizzo delle medesime tecniche ai fini di una difesa del consumatore".*

<sup>17</sup> B. ROMANO, *Diritto e filosofia nella crisi della complessità*, in: *Il Filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, cit. p. 22.

<sup>18</sup> Per N. Luhmann, come è noto, la complessità costituisce il problema di riferimento: N. LUHMANN, *La Fiducia*, cit. pp. 5 - 14.

<sup>19</sup> N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1984, pp. 63 e ss., in particolare.

spazi, percepita come "unificazione del mondo"<sup>20</sup>; dall'altro la dimensione del *non luogo*<sup>21</sup> propria dello spazio telematico.

### 3.

Per quanto si è detto, 'ragioni' e le 'regioni' della complessità integrano, senz'altro, un orizzonte problematico comune della produzione scientifica di Romano e Luhmann, in cui il filosofo del diritto, come il sociologo, inscrivono le proprie preoccupazioni ed esigenze teoriche<sup>22</sup>. Ma dove, ed in che termini, questo confronto si manifesta come un'arena inaggrabile? L'indagine – che, ovviamente, ha riguardo alla diade complessità e diritto e, segnatamente, alla configurazione Luhmanniana del diritto come sotto-sistema sociale autopoietico – si lascia anticipare, ai fini di una migliore comprensione del tema, dal rilievo che la complessità, nel negare i principi della modernità<sup>23</sup>, implica la ristrutturazione dei tratti paradigmatici tradizionalmente riconosciuti alla ragione giuridica: la fine delle certezze<sup>24</sup> ha investito anche il diritto, segnando il congedo dal mondo della sicurezza. Quello scatenato dalla complessità costituisce, in sintesi, un "attacco alla ragione [che]

---

<sup>20</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi, problemi di geo - diritto*, p. 62; E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998.

<sup>21</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit. p. 64: "[...] lo spazio telematico, che è un non - luogo, poiché i luoghi appartengono a terra mare aria[...]". Cfr. B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio*, cit., pp. 61 - 83; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma - Bari, 2002.

<sup>22</sup> Simmetricamente, superare la complessità, l'uno; conservare la complessità l'altro.

<sup>23</sup> L. DI SANTO, *Soggetto Diritto Tempo tra modernità e complessità*, in: *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, cit. p. 69, nonché nota 2. L'Autore opportunamente ricorda, sul punto, la critica di Morin alla razionalizzazione della modernità ovvero all'impiego di una logica stretta, con basi insufficienti alla conoscenza della realtà complessa. Quest'ultima, ad avviso di Morin, per essere conosciuta ha bisogno di un metodo capace di intendere che la verità si trova mettendo insieme concetti contrastanti: la dialogica, infatti, è "l'unità complessa tra due logiche, entità o istanze complementari, concorrenti o antagoniste che si nutrono l'una dell'altra, si completano, ma allo stesso tempo si oppongono e combattono". Su questi aspetti, cfr. E. MORIN, *Il metodo v. l'identità umana*, Milano 2002, p. 1 - 35.

<sup>24</sup> I. PRIGOGINE, *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, Milano, 1997.

*necessariamente si estende alle ragioni del diritto, negando in radice la loro conoscibilità e la loro operatività come criteri direttivi dell'uomo*<sup>25</sup>. Predicati come transitorio, precario ed incerto definiscono la giuridicità, al tempo dell'odierna complessità descritta dall'incedere dei dati e delle informazioni<sup>26</sup>. Su tali affermazioni, pare si registri una generale consonanza. Sullo sfondo della trasmutazione dei caratteri della giuridicità, evocata dalla complessità, si staglia, come si annunciava, la descrizione del diritto secondo il modello dei sistemi biologici<sup>27</sup>, pur nella doverosa precisazione che porta ad *escludere* – nell'ordine di idee e di concetti abbracciato da Luhmann – la natura del diritto come sistema immunitario<sup>28</sup>. Per rispondere ai tratti di una "società a complessità

---

<sup>25</sup> ID. pag. 26.

<sup>26</sup> B. ROMANO, *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, cit., p.19, individua in ciò la "crisi della complessità".

<sup>27</sup> B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita Animus Anima*, Torino, 2009, p. 37. ID., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo noia globalizzazione*, Torino, 2004. Si ricordi che in Luhmann siffatta configurazione è resa possibile perché il diritto è un sistema sociale analizzabile – ed analizzato - alla stregua dello strumentario concettuale che la teoria dei sistemi ha elaborato nell'intreccio intrattenuto con la teoria dell'evoluzione. Sul punto, cfr. N. LUHMANN, *Evoluzione del diritto*, in: *La differenziazione del diritto*, cit., p. 30 ove si afferma che "L'evoluzione, dunque, non è un processo causale immanente al sistema, il quale derivi la sua forza da una necessità naturale o da una causa determinante; essa realizza, nel confronto con l'ambiente del sistema, il potenziale per un "apprendere" che trasforma la struttura: potenziale che scaturisce dalla differenziazione di quelle tre funzioni della variazione, della selezione e della stabilizzazione, di fronte ad un ambiente che si trasforma in maniera indipendente".

<sup>28</sup> F. VARELA, *Autopoiesi ed emergenza*, in: *La Teoria della complessità*, cit. p. 134, il quale precisa che "l'autopoiesi descrive il funzionamento del livello di organizzazione cellulare, ma il sistema immunitario, il cervello e l'organismo umano non sono autopoietici". In senso contrario, cfr. B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. cit.*, pag. p. 40 dove l'Autore sottolinea: "Secondo la costruzione di Luhmann, il sistema del diritto dovrebbe funzionare così come funziona il sistema immunitario delle operazioni biologiche; dovrebbe funzionare come il sistema di quella nuda legalità che non si interroga sul senso delle relazioni umane, non si pone le domande sulla giustizia. Il diritto e i giuristi si esaurirebbero nello 'stare a vedere' il funzionamento dei diversi sistemi sociali, permanendo sempre nell'indifferenza tra un assetto normativo, prodotto e dominato da pochi uomini che assoggettano gli altri ad un assetto normativo che

*crescente, con situazioni che mutano più velocemente e con bisogni di regolazione più estesi*<sup>29</sup>, il diritto ha bisogno di aumentare – con ricadute temporali e materiali – la propria complessità. A tal fine, *“il diritto viene positivizzato*<sup>30</sup> *per rendere possibile una complessità più elevata e l’apprendimento adattivo nell’ambito delle aspettative normative*<sup>31</sup>. Nonostante non sempre venga avvertito come tale, vi è da persuadersi che il concetto di *positività del diritto* assuma assoluta centralità nelle riflessioni che Luhmann dedica al sistema giuridico: esso, infatti, consente di mettere in relazione fra loro complessità interna al sistema e complessità esterna della società; *i)* di *trapiantare* nella giuridicità le due proprietà fondamentali dei sistemi biologici ovvero *l’autopoiesi* e *l’autorganizzazione*; *ii)* di offrirsi come possibile chiave di lettura del formalismo giuridico e del nichilismo giuridico; *iii)* di spiegare perché l’anelito all’uomo permetta un dialogo ideale tra il filosofo del diritto Bruno Romano ed il neurologo dell’*autopoiesi* Varela.

#### 4.

Una delle tesi principale di Luhmann consiste, come è noto, nel ritenere che una società complessa abbisogna, sotto il profilo della differenziazione funzionale implicata dall’evoluzione, di un diritto *“strutturalmente variabile”*<sup>32</sup> che ha nella *positività* [filtrato dal/nel codice operativo legale/non legale] il proprio incessante *trasformatore*: *“il diritto non vale per il fatto che, nell’esperienza interna del diritto, vi sia la coscienza di una fondazione storica del diritto, di un atto passato di produzione del diritto, ma solo per il fatto che il diritto venga esperito come valido in base a questa decisione, come scelto rispetto ad altre possibilità e quindi come trasformabile”*<sup>33</sup>. Con ciò, evidentemente, *i)*

---

*garantisce a tutti gli uomini la possibilità di guadagnare la loro liberazione”*; L. DI SANTO, *Soggetto diritto e tempo tra modernità e complessità*, in: *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, cit., p. 69; A. ARGIROFFI, L. AVITABILE, *Responsabilità, Rischio, Diritto e Postmoderno*, cit., p. 242, e nota n. 24 dove si leggono riferimenti bibliografici a suffragio della tesi.

<sup>29</sup> N. LUHMANN, *La positività del diritto*, in: *La differenziazione del diritto*, p. 121.

<sup>30</sup> In Luhmann, il concetto di positività del diritto non ha nulla a che fare con l’analogo concetto utilizzato dalla teoria generale del diritto. *Ivi*, pp. 113 – 114.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 136.

<sup>32</sup> *Id.* pag. 103.

<sup>33</sup> *Id.* pag. 103.

Luhmann iscrive nel patrimonio genetico della giuridicità, la proprietà - tutta biologica - dell'autopoiesi<sup>34</sup>, in quanto *il diritto* come sistema *ri* - produce - *ricorsivamente* [cioè, in modo autoreferenziale, a partire da precedenti decisioni] - sé stesso attraverso *operazioni* - le decisioni giuridiche - che attualizzano la differenziazione funzionale del sistema giuridico quale sistema deputato al rafforzamento di determinate aspettative<sup>35</sup>. Dire, come fa Luhmann, che il diritto valido è quello che, nella chiusura operativa del sistema, è *di volta in volta posto* dall'operazione e nell'operazione [la decisione giuridica], significa concepire la funzione [ed il funzionamento] del sistema come sua stessa condizione di permanenza in vita ovvero di autoconservazione. Fin quando il diritto produce decisioni giuridiche, dunque, si pone al riparo dalla morte sistemica, e tanto indipendentemente dal prodotto. Pur nella cecità della chiusura operativa [autoreferenza], il sistema giuridico è eteroreferente rispetto all'ambiente che lo circonda. Ovviamente, non si confonde, né strutturalmente né operativamente, in esso - il che sarebbe contraddetto dall'autopoiesi - ma dall'ambiente trae occasione per "*autosservarsi*" e, se del caso, "*autorganizzarsi*"<sup>36</sup>. Ciò avviene, nel quadro dei sistemi sociali, attraverso la variazione/mutamento che il sistema fa delle proprio strutture<sup>37</sup>. Nel sistema - diritto, in particolare,

---

<sup>34</sup> Su cui, cfr. N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, pp. 32- 64.

<sup>35</sup> Su tale specifico problema, cfr. N. LUHMANN, *Sicurezza della aspettativa o guida del comportamento*, in: *La differenziazione del diritto*, cit., 81 - 101.

<sup>36</sup> Sul concetto di autorganizzazione, cfr. pure S. KAUFMANN, *Esplorazioni evolutive*, Torino, 2005, pp. 30 e ss.

<sup>37</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit. p. 38, ove si evidenzia incisivamente che "*le strutture vengono prodotte attraverso operazioni per essere usate nelle operazioni; esse non solo vengono prodotte, ma riprodotte, eventualmente vengono variate o semplicemente dimenticate. Di conseguenza, dal concetto di autopoiesi non si può inferire alcun conservatorismo strutturale. Al contrario: proprio la chiusura rispetto all'ambiente apre il sistema opportunità di variazione strutturale che il sistema non potrebbe avere nel caso in cui sussistessero vincoli immediati. Le modalità operative autopoietiche sono tipicamente invenzioni uniche dell'evoluzione, che, nel corso della storia, tengono a diversificare le strutture. Con autopoiesi, allora, si indica soltanto un limite alla possibile variazione strutturale. Però, come insegna l'evoluzione nell'arco di lunghi periodi e grandi spazi, proprio la differenza tra interno ed esterno porta ad accelerare le trasformazioni. Naturalmente, essa insegna che le trasformazioni non seguono i desideri di determinati osservatori ai quali i sistemi possono quindi sembrare rigidi ed immobili*".

l'autorganizzazione consiste nell'attivazione della capacità selettiva di secondo grado di un diritto dotato di variabilità strutturale: quella capacità, segnatamente, che si traduce in *positivizzazione* delle decisioni racchiuse nei programmi condizionali<sup>38</sup> ovvero, diversamente detto, di disciplinare un certo fenomeno in un modo piuttosto che in altro. Il diritto – spiega Luhmann – *vale come preferenza momentanea congelata*. ii) A dire di Luhmann, dunque, la capacità selettiva di secondo livello del diritto coinvolge le strutture del sistema, provocando, in via di autorganizzazione, un ricambio delle sue *forme*. L'autorganizzazione strutturale del diritto cui, autopoieticamente, esso provvede allorché l'eteroreferenza del sistema suggerisce il cambiamento, ai fini del mantenimento della sua differenziazione funzionale (*rectius*, della sua permanenza in vita), consiste nell'avvicinarsi – privo di senso, contingente, occasionale ed intriso di sola razionalità sistemica – di disposizioni normative, di leggi, di regolamenti [delle cd. premesse decisionali]. La positivizzazione, nel senso appena enucleato, da conto dell'incedere di un diritto che "si è fatto insieme di norme prodotte alla stregua di merci e soggette ad un celere logoramento, norme che nascono dal nulla e nel nulla fanno ritorno"; di un diritto, cioè, che vince l'uomo nel suo desiderio si affrancarsi dalla condizione di mero *quid* accaduto e trovato nella storia. Il nichilismo giuridico si lascia dunque interpretare, per questa via, come espressione di una proprietà biologica del sistema diritto, come conseguenza intima della razionalità della macchina sistemica.

Nello stesso senso, peraltro, Luhmann aveva già ricondotto al primato sociale dell'economia ed alla sua incipiente "*grande espansione*" una manifestazione fondamentale della positivizzazione del diritto, *sub specie* di variazione strutturale di secondo livello, destinata ad

---

<sup>38</sup> Afferma N. LUHMANN, *La positività del diritto*, in: *La differenziazione del diritto*, p. 134 – 135 che "nel corso del suo sviluppo moderno, il diritto esplicitamente formulato è stato continuamente portato nella forma di un programma condizionale; e ciò vale anche se le norme vengono articolate diversamente per ragioni linguistiche o per ragioni di rappresentazione e di semplificazione. Il diritto non è più, secondo la sua struttura, una semplice aspettativa di comportamento, non è più una formulazione anticipata di un fine buono, attraverso l'attualizzazione del quale l'agire realizza la sua essenza; il diritto viene posto come programma condizionale di decisione che stabilisce le condizioni alle quali devono essere prese determinate decisioni".

affrancare il diritto dai vincoli immanenti e pertanto invariabili<sup>39</sup>. Il progressivo oblio del *nomos*<sup>40</sup>, nell'accezione di dipendenza della ragione giuridica da quella economica, si lascia anch'esso descrivere nel segno dell'autorganizzazione del sistema giuridico come fattore costitutivo del relativo codice genetico. Luhmann, tuttavia, avrebbe forse faticato ad immaginare che la variabilità strutturale del diritto, coinvolgente le sue *forme*, sarebbe stata irritata con la velocità che oggi conosciamo. E ciò, si deve ritenere, in quanto è proprio l'orientamento del sistema - diritto secondo le leggi della biologia, a mal tollerare un'*autorganizzazione* che provveda a propri cambiamenti strutturali rapidissimi e racchiusi in un arco di tempo limitatissimo<sup>41</sup>.

## 5.

L'analisi, dunque, disvela una embrionale contraddizione interna al pensiero luhmanniano. Anche per il diritto, interpretato come sistema sociale autopoietico, secondo il modello dei sistemi biologici, infatti, si rivela probabilmente *non* sostenibile credere al fatto che le proprie *forme/strutture* siano passibili di trasmutazioni tanto veloci. Soprattutto, allorché gli stessi sistemi dovrebbero mantenere, autopoieticamente e funzionalmente, lo stesso livello [quantitativo/qualitativo] di prestazioni operative. Sarebbe forse interessante approfondire la questione – cosa che però necessita sede diversa dal presente contributo – attraverso un esperimento mentale che, ipotizzando l'ulteriore applicazione della teoria dell'evoluzione al tema che occupa, diriga l'indagine nel duplice opposto esito: a) della estinzione della razionalità sistemica oppure b) della sopravvenienza di un sistema emergente, idonea a dimostrare una *proprietà collettiva* del sistema – diritto, magari fin qui non conosciuta. Eppure, non mancano i segnali della necessità di una riflessione sul punto. *iii*) La discussione sul formalismo finanziario e sulla sostituzione di un'economia finanziaria ad un'economia di mercato fondata sullo

---

39 N. LUHMANN, *La positività del diritto*, in: *La differenziazione del diritto*, cit. 143 – 145.

40 Su tale problematica, B. ROMANO, *Il diritto tra causare ed istituire. Numeri del mercato e parole del diritto*, Torino, 2000; M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; ID., *Il diritto al presente. Come la globalizzazione cambia il tempo del diritto*, Bologna, 2002; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, 2006; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 2010, Bologna.

<sup>41</sup> Cfr. nota 38.

scambio delle merci<sup>42</sup> è addirittura idonea a rendere più impegnativa la pretesa fenomenologica di portare alla luce quella riserva di senso che si nasconde nella positività del diritto. L'operatore pratico del diritto ha ben presente la differenza che corre tra un diritto piegato alla ragione economica ed un modello economico impercettibile ed intattile – *“modelli dell'invisibile si configurano oggi nell'oscena sacralità della finanza”*<sup>43</sup> – che forse neppure ha bisogno di una forma giuridica strumentale e servente per imporsi. Sembra dischiudersi, in sintesi, uno scenario in cui la stessa riduzione della giuridicità a formalismo giuridico strumentale ovvero a *“infrastruttura giuridica”* vada ri-pensata. In tale contesto, diviene centrale il senso della critica di Romano alla qualificazione del diritto come sistema autopoietico, per la ragione che, con i tratti in cui si presenta, essa reagisce ad una configurazione del diritto – così come ad ogni possibile altra configurazione – che *espunga inaccettabilmente* la natura co-essenziale della giustizia e, in ultima analisi, l'uomo stesso. Secondo Romano, Luhmann *“restringe la discussione sull'esser – soggetto, fin dal suo presentarsi, in quella dell'aver-competenza, ovvero del funzionamento delle differenziazioni, cancellando la questione della soggettività in quanto disassoggettamento formazione di un'ipotesi di mondo in una creazione di senso”*<sup>44</sup>. La lezione del filosofo del diritto – *“la storia delle istituzioni giuridiche non si confonde con l'evoluzione dei sistemi biologici, perché non attiene alle fasi impersonali dei processi vitali, ma riguarda la formazione senso di un'epoca”*<sup>45</sup> – si dirige inarrestabile verso la negazione della possibilità stessa di declinare il diritto secondo le leggi della biologia. Diviene, dunque, singolare ed importante rilevare, al riguardo, *l'in idem sentire* in cui si incontrano le posizioni di Romano e del neurologo Varela, profondo conoscitore dell'autopoiesi cellulare: *“sono assolutamente ostile a tutte le estensioni dell'autopoiesi e sono contrario al fatto di pensare la società sulla base di questi modelli di emergenza [...]”. La storia dimostra che la biologia olistica è sì estremamente interessante, e ha prodotto risultati mirabili ma anche sempre avuto il suo lato oscuro; ogni volta che si è lasciata andare all'applicazione al modello sociale, si sono verificate pericolose derive*

---

<sup>42</sup> B. ROMANO, *Diritto e filosofia nella crisi della complessità*, in *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, op. cit., p. 20; Id. *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008.

<sup>43</sup> B. ROMANO, *Diritto e filosofia nella crisi della complessità*, cit.

<sup>44</sup> B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996, p. 84.

<sup>45</sup> ID., *Sistemi biologici e giustizia cit.*, p. 42.

*fasciste oppure autoritarie*<sup>46</sup>. Al fondo del rifiuto di una riduzione della società e del diritto a sistema biologico, vi è, dunque, il rifiuto di rinunciare alla storia delle istituzioni giuridiche come formazione del senso di un'epoca, storia di cui l'uomo è protagonista indiscusso: "solo l'uomo si interroga sul senso ed è coinvolto personalmente in un tale interrogarsi, esponendosi a scegliere una qualificazione della sua esistenza nell'istituzione dei sistemi sociali"<sup>47</sup>. Un uomo che si presenta concepito come io capace di scegliere in libertà e che, proprio perché tale, conferisce la qualità di atto ad un fatto, aprendo all'indagine sulla sua intenzione ed imputabilità: evenienze queste che non si rinvengono nei sistemi biologici, le cui leggi si rivelano incapaci a spiegare libertà ed imputabilità, per converso, momenti costitutivi della giuridicità. A differenza di quanto implicato dalla visione sistemica di Luhmann, dunque, l'uomo non può essere incontrato né come mera informazione sistemica, né quale *finzione* cui ricorrere per "istituzionalizzare" o, peggio, ancora, presumere il consenso<sup>48</sup>. Il consenso, la decisione giusta, la giustizia, non si presume ma va, per così dire, svelata, attraverso l'interrogazione intersoggettiva e mai doma sul *senso*. È a questa strada che si rivolge l'invito di Romano al giurista di accogliere le riflessioni di una filosofia della forma, idonea a superare il formalismo giuridico *s-formativo delle relazioni intersoggettive*: la forma - diversamente che in Luhmann dove si esplicita come *paradosso* - si lascia descrivere come volontà di forma e, dunque, come consapevole volontà di senso, condizione e luogo di avvio dell'imputabilità dell'io e dell'istituzione dei sistemi sociali. L'invito di Romano suona oggi, dunque, come un appello: affrancarsi dalla a-moralità ed a-giuridicità richiesta ed implicata dalla ragione sistemico - biologica di Luhmann equivale al più impegnativo - ma proprio perché tale è umano! - questionare sul senso per svelare *creativamente* le regole. L'uomo, infatti, della regola "non ne ha una disponibilità integrale, non la conosce come già data, ma ne rischia la formulazione nella ricerca della verità intesa come qualità della relazione - inter - personale, che si svolge nel domandare e nel rispondere, pronunciando parole che ricevono una interpretazione ed avviano significati rivolti alla formazione del futuro

---

46 F. VARELA, *Autopoiesi ed emergenza*, in: *La Teoria della complessità*, cit., p. 130. Su tale punto, cfr. pure B. Romano, *ult. op. cit.* p. 58.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 43.

<sup>48</sup> Su tale centrale tema della riflessione di Luhmann, cfr. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Napoli, 1995.

*scelto nella comunicazione*<sup>49</sup>. Le sfide che la complessità pone al diritto, dunque, nella prospettiva di Romano, non possono essere risolte nel senso della costruzione di un sistema giuridico biologicamente orientato cui, in ultima analisi, è e deve essere estranea la giustizia. Al contrario, il diritto si trova radicato nelle operazioni dell'uomo e della sua dimensione *oltre - biologica* che è costituita dall'io, dal se stesso. Perché, *"l'uomo si presenta con una responsabilità che lo rende giuridicamente imputabile nell'essere, sia pure nell'ordine della finitudine, la libera causa della sua identità esistenziale, ricercata dia logicamente nella personale creazione di senso"*<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia cit*, p. 143.

<sup>50</sup> *Ivi*, p. 46.