

ANTROPOLOGIA GIURIDICA E ANTROPOLOGIA FUNZIONALE

Alessia Zaccagnini*

Abstract: in questo articolo, partendo dagli esiti raggiunti dal nichilismo compiuto, ho riletto la teoria sistemica di Niklas Luhmann alla luce della critica organica che Bruno Romano costruisce nei suoi lavori, nei quali emerge come il processo di riduzione dell'uomo a mero osservatore a-critico conduca a negare quelle questioni specifiche della terzietà e della pretesa giuridica che costituiscono il nucleo del diritto.

Nelle ipotesi di un io senza relazione con gli altri parlanti oppure con un io chiuso nell'eseguire le funzioni dei diversi sistemi sociali, il diritto non avrebbe significato, perché nessuna pretesa giuridica può essere rivolta da un singolo a se stesso, né al sistema che lo usa come supporto impersonale del suo funzionamento.

B. ROMANO, *Male ed ingiusto*

1. L'itinerario della filosofia del diritto in Bruno Romano

*"La via verso la ricerca della verità e della giustizia secondo il pensiero dialogico, formativo dei diritti dell'io, è chiusa in tutte quelle direzioni che, come in Nietzsche, sbarrano ogni attenzione alla relazione tra gli uomini"*¹. Si tratta di un'affermazione centrale nella costruzione della filosofia del diritto di Bruno Romano e della critica che rivolge all'architettura del nichilismo di F. Nietzsche e che si avvia dall'opera *Soggetto libertà e diritto*². Quando Nietzsche evita la questione dell'io nell'uomo affermando la prevalenza del non-senso, preclude il riferimento alla possibilità che emerge dalla relazione interpersonale e dunque dal potere della parola di essere dialogo (*dia-logos*). Nella prospettiva di Romano la filosofia del diritto – il diritto in generale – non può identificarsi o asservirsi ad un'ideologia, ad una posizione partitica o all'oggettività riproducibile in laboratorio – peculiare dei saperi

*Università 'Sapienza' di Roma.

¹ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009, p. 51.

² Cfr. ID., *Soggetto, libertà e diritto*, Roma, 1983.

scientifici. Per quanto concerne la differenza ontologica che distingue l'uomo dall'essere biologico, si concentra l'attenzione in particolar modo sulla possibilità e quindi sulla capacità di orientarsi verso la dimensione del futuro. In relazione al concetto di possibilità Romano afferma che *"la filosofia del diritto sorge sulla chiarificazione della possibilità esistita nella relazione con gli altri esistenti. La possibilità non è l'oggetto delle visioni ideologiche e neppure può essere trattata come il materiale del lavoro scientifico, che avvicina il proprio oggetto nella datità del suo essere. La possibilità segna il confine tra la modalità specifica di essere dell'uomo in quanto esistente ed il modo di essere del non-umano: gli altri viventi e le cose"*³.

Ritengo che il riferimento alla teoria sistemica di Luhmann ponga in evidenza i limiti del nichilismo compiuto, nel quale si crede raggiunta una spiegazione scientifica dell'uomo. L'assolutizzazione della funzione dei sistemi sociali, che nel sistema diritto si concretizza nella funzione immunitaria, conduce al superamento della prospettiva antropocentrica che invece caratterizza la teoria classica. In questo processo, però, si perde quel legame causale tra la libera volontà del soggetto e l'azione, al quale si riferisce il concetto di imputabilità, e allo stesso tempo viene meno la personalizzazione della pretesa giuridica. Il diritto e le norme vengono individuati solo in relazione alle possibilità contingenti, che risultano vincenti in un determinato sistema, e vengono istituzionalizzate attraverso la decisione legislativa, proprio per garantire il successo delle operazioni. La teoria sistemica di Luhmann, definendo l'uomo come mero osservatore dei sistemi sociali, si accorda con il nichilismo compiuto nella negazione della figura del giurista, e in questo senso cito Romano che chiarisce:

*"I contenuti ed il linguaggio della giuridicità liquida trovano la loro concretizzazione postumana in quella scienza giuridica senza giurista, che, rimosso l'artista della ragione, non perviene ancora all'evoluzione coerente e compiuta della figura del tecnico delle norme, trasmutato in un software, in un funzionario bio-macchinale di una memoria-ripetizione, che è la negazione compiuta della soggettività creativa dell'ermeneutica"*⁴.

La prima affermazione fa da preludio alla successiva:

"Nell'inversione dei valori perseguita da Nietzsche, il nichilismo giuridico è la negazione delle regole che precedono le condotte, perché

³ Id., *Diritto ed assoggettamento. Lezioni a. a. 1989-90*, Roma, 1989, p. 14.

⁴ Id., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2006, p. 250-251.

regola e regolato coincidono ora nell'essere=divenire del Nulla e dunque il diritto non viene né violato, né rispettato, ma è l'Accadere senza un senso [...]. Si chiarisce l'alternativa radicale tra i diritti dell'uomo, discusso dalla filosofia del diritto [...] ed un diritto nell'uomo, lavorato nei concetti fondamentali delle scienze-teorie del reale [...]. Nella prima direzione la giuridicità disciplina il rischio esistenziale della libertà del soggetto; nella seconda, si produce e si commercializza la certezza operativa delle tecno-norme"⁵.

Romano sottolinea, attraverso il suo lavoro più che trentennale, la tendenza ad escludere lo studio del diritto se non come dettato normativo autoreferenziale, quasi fine a se stesso. Il suo impegno è teso alla differenziazione fenomenologica del diritto e a riportare la riflessione giuridica nell'ambito di una ricerca giusfilosofica a partire dallo studio dei classici (rilevante l'esempio dell'*Apologia di Socrate*)⁶. Tale orientamento si manifesta, con particolare chiarezza, nel processo critico nei confronti della costruzione di una risoluzione scientifica dell'uomo – a matrice neurobiologica – e delle sue manifestazioni nella vita sociale, attraverso la prospettiva della teoria dei sistemi, che ha il suo esponente di rilievo in Niklas Luhmann e nelle teorie biologiche di Maturana e Varela. Nelle opere luhmanniane si assiste alla trasposizione dei modelli della biologia e della scienza nella sociologia e nello studio del diritto. In questo quadro, la filosofia del diritto cede il passo ad una sociologia del diritto, che, attraverso il ricorso ai modelli dei sistemi biologici, conduce all'affermarsi di quella che Romano definisce la "*biologia giuridica*"⁷.

In particolare nelle ultime opere Romano si sofferma sul concetto di 'eutanasia' della filosofia del diritto e sulla possibilità data alla metodologia delle scienze numeriche e biologiche⁸ di sostituire l'antropocentrismo che caratterizza la filosofia del diritto premoderna.

⁵ Id., pp. 263-264.

⁶ Cfr. ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008.

⁷ In questo senso Romano afferma: "*la filosofia del diritto lascia il terreno a una visione scientifica che si configura come sociologia del diritto e che compiendo la trasposizione degli elementi dei sistemi biologici nel sistema diritto, opera come biologia giuridica*". ID., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 21.

⁸ La struttura dei sistemi sociali, così come descritta da Luhmann, si costruisce sui meccanismi che caratterizzano per primi i sistemi biologici. In questo quadro Romano richiama anche i lavori di Maturana e Varela. Cfr. R. MATURANA F. J. VARELA, *Autopoiesi e cognizione*, Venezia, 1992.

Per quanto concerne l'indagine di cui è oggetto la teoria sistemica e il panorama filosofico post-moderno in generale, la critica di Romano non si riferisce certo al progresso che accompagna l'evoluzione, ma si concentra sul processo che, imponendo modelli di consumo, riduce il diritto dell'uomo al dominio delle leggi del mercato. La prospettiva principale sulla quale si attesta l'attenzione di una filosofia del diritto si riferisce alla discussione della coercizione e in particolar modo della sua legittimità. Questo ordine di studi tende, di conseguenza, a tralasciare i postulati che si rifanno ad una considerazione filosofica del diritto focalizzata sulle questioni specifiche della terzietà e della pretesa giuridica, che Romano considera "*questioni individuanti il fenomeno diritto*"⁹.

In questo modo, nel postumanesimo, viene negata qualsiasi differenza ontologica tra l'uomo e gli info-oggetti, entrambi ambientati nella contingenza. L'imputabilità del soggetto viene negata per essere sostituita dalla definizione dell'individuo come mero centro di imputazione di eventi, mentre il libero arbitrio viene ricondotto al meccanicismo dei processi sinaptici spiegabili scientificamente, nell'ottica di un nichilismo compiuto.

Come conseguenza di questo meccanismo di svuotamento della soggettività, generato dalla spiegazione scientifica dell'uomo, condotta attraverso il ricorso alla teoria sistemica, si assiste al trasformarsi della filosofia del diritto in una vera e propria "*biologia giuridica*", che è tipica dei viventi.

In questo quadro, Romano sottolinea come la teoria sistemica conduca inevitabilmente alla negazione del concetto dell'imputabilità giuridica, che, nella sua definizione classica, necessita di un legame con la libera determinazione dell'uomo, che non può essere ridotto ad un sistema psichico nel quale le operazioni sistemiche sono dettate in modo meccanicistico. La determinazione sistemica secondo Luhmann descrive il diritto come un sistema immunitario degli altri sistemi sociali, volto, dunque, a garantire il successo e la continuazione dei processi che li costituiscono. Questa definizione si ripercuote sulla validità delle norme, che perde ogni riferimento al libero relazionarsi intersoggettivo e viene collegata al solo tempo della contingenza, in cui il diritto vigente è descritto come funzionale al successo degli altri sistemi sociali¹⁰.

Confutando la definizione classica dell'identità esistenziale, viene meno anche qualsiasi tipo di distinzione tra giusto e non-giusto, senza la

⁹ B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza e nomos*, Torino, 1999, p. 142.

¹⁰ Cfr. ID., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996.

quale lo stesso concetto di imputabilità sembra essere compromesso. Allo stesso modo, per esistere, la giustizia non può essere svincolata dal riferimento alla libertà di un soggetto che scelga la propria condotta in modo indipendente, contraddicendo l'automatismo necessariamente legato al concetto di differenziazione funzionale cui Luhmann riconduce ogni azione. In merito Romano afferma che: *"le condotte ingiuste hanno la loro radice nel dire no alla differenza tra l'umano e il non-umano, tra la contro-fattualità del diritto dell'uomo e la attualità delle leggi degli animali e dunque si formano nel sostituire alla misura-misurata del terzo-Altro (ortonomia) la forza-misurante del più forte (eteronomia)"*¹¹.

2. L'influenza dell'antropologia funzionale sul metodo giuridico

Nella distinzione tra antropologia giuridica e antropologia funzionale si pone il passaggio dal moderno al postmoderno, in cui diventa centrale l'individuazione della funzione che definisce i sistemi sociali e, in particolar modo, il sistema diritto. Luhmann descrive le leggi come una manifestazione contingente della funzione del sistema giuridico; nella società moderna, dato lo sviluppo che interessa, in primo luogo, il mercato globale, il sistema economico subisce una profonda trasformazione strutturale che comporta una sua maggiore differenziazione. L'economia diventa, dunque, un sistema più complesso e più efficiente e cresce l'influenza che esercita sul diritto e sulla società. Analizzando la società e i mutamenti che questa apporta alla sua fisionomia, muta anche la definizione di economicità che tradizionalmente si basa sul binomio costi-ricavi, e nel postumanesimo viene descritta, dalla teoria sistemica, come un relazionarsi di relazioni economiche basate sul 'saldo'. Luhmann parte dal presupposto che *"la società borghese moderna ha subito una trasformazione strutturale decisiva"* in seguito alla quale *"la sua rilevanza sul piano della società viene continuamente mediata da processi che sono guidati attraverso l'orientamento al denaro e che all'interno dell'economia, possono essere razionalizzati in modo più astratto, cioè attraverso la comparazione di più relazioni possibili tra costi e ricavi"*¹². Partendo dalla critica della teoria di Luhmann, si pone in evidenza la crisi del senso delle norme giuridiche alla luce della crescente influenza riconosciuta al sistema

¹¹ ID., *Il giurista è uno zoologo metropolitano? A partire da una tesi di Derrida*, Torino, 2007, p. 140.

¹² N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, p. 324.

mercato. In questo quadro, cito l'affermazione di Romano che sottolinea come *"ogni descrizione sufficiente dell'attuale 'società complessa' mostra che la progressione dal 'monetario' al 'finanziario' si presenta nel processo della doppia dematerializzazione, e però consiste nell'assolutizzarsi del materialismo, che trasmuta la 'polemica sui concetti giuridici' nella crisi del loro senso"*¹³.

Romano da parte sua critica, inoltre, la condizione escludente del denaro denominato secondo l'espressione di Lacan *"il significante più annichilente"*. *Il linguaggio del sistema mercato viene individuato da Luhmann nel linguaggio numerico, che risulta vincente perché, eliminando il livello interpretativo, si presenta come il più veloce e, dunque, il più funzionale al successo delle operazioni. In relazione alla crescente prevalenza del linguaggio numerico, sottolineo, al contrario, che "nell'ordine dell'ipotizzare, il linguaggio prende le distanze da ciò che incontra, per rendere possibile, però, un ritorno su ciò che è stato incontrato, un ritorno compiuto secondo un'ipotesi, che si concretizza in una trasformazione di ciò che è stato inizialmente avvicinato"*. Proprio la dimensione dell'ipotizzare consente l'esercizio della soggettività, e dunque il configurarsi non solo dell'imputabilità, ma anche dell'esercizio della pretesa giuridica.

La particolare rilevanza del mercato e, quindi, il peso dell'economia, si ripercuote sulla struttura del diritto, interessando in primo luogo la morfologia delle norme giuridiche. In questo senso, si afferma il postulato che definisce le leggi quali beni fungibili prodotti dal sistema e, come tali, valide solo nel tempo della contingenza¹⁴.

Nell'ambito della teoria sistemica, Luhmann descrive l'uomo come mero osservatore della realtà, che diviene esso stesso oggetto della sua indagine. Si afferma la consapevolezza critica che la conoscenza di cui è capace l'uomo può essere solo una conoscenza finita e, proprio per questo, permette di costruire dall'ambiente, che si compone di

¹³ B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista*, cit., p. 230.

¹⁴ In merito Natalino Irti descrive il metodo giuridico, così come si manifesta nell'epoca del nichilismo compiuto, partendo dal concetto chiave del *'produrre'*. *"L'età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: 'produrre'. Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene del mercato, sono 'prodotte': vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. La forza che le 'produce', ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini. Le officine lavorano in tutte le ore del giorno ed in tutti i luoghi della vecchia Europa: nessuna norma ha privilegio d'immutabilità e d'inviolabilità"*. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 7.

un'indeterminata contingenza, i sistemi sociali. Attraverso l'osservazione, secondo Luhmann, emergono i confini individuati dalla funzione propria di un sistema. Partendo da questo postulato, si afferma il progressivo indebolimento di una visione dell'uomo descritto come soggetto del conoscere-rappresentare, cui corrisponde l'affermarsi della sua definizione quale osservatore-costruttore asoggettivo¹⁵.

Coerentemente al quadro filosofico che si riferisce all'epoca moderna, Luhmann definisce il diritto come un mezzo meccanico posto dai sistemi sociali a garanzia del loro stesso funzionamento, rendendo la figura del soggetto irrilevante ai fini della definizione del concetto di norma, così come del concetto di pretesa giuridica¹⁶. Questa impostazione si ripercuote sulla fisionomia che Luhmann attribuisce ai codici sottesi al funzionamento dei sistemi stessi. Il riferimento è ai modelli scientifici tracciati per i sistemi biologici, che non lasciano spazio alle speculazioni filosofiche volte ad indagare le questioni di senso riferite a scelte coscienti¹⁷. I postulati che tradizionalmente sono centrali nello studio dell'ordinamento giuridico, quali la certezza del diritto e la centralità dei diritti fondamentali dell'uomo¹⁸, che trovano la loro espressione nelle

¹⁵ La definizione dell'uomo come semplice osservatore acritico del dato reale viene riferita da Romano agli autori della teoria sistemica, le cui considerazione *"avviano ed accelerano uno spostamento da una visione dell'uomo inteso come soggetto del conoscere-rappresentare ciò che incontra a una visione dell'uomo inteso, invece, come osservatore-costruttore soggettivo di ciò verso cui si rivolge"*. B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, cit., p. 144.

¹⁶ *"Luhmann descrive i sistemi sociali – dunque anche il diritto – secondo il modello dei sistemi biologici, intesi come sistemi funzionali. Tratta il funzionamento delle norme; non pensa la questione della giustizia, che qualifica esclusivamente la storia degli uomini. Nei confini dei sistemi biologici sono assenti i problemi specifici del concetto di giustizia"*. ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009, p. 37.

¹⁷ In questo quadro Luhmann ritiene che i codici binari sottesi al funzionamento dei meccanismi selettivi dai quali si origina la differenziazione funzionale *"devono essere posti su un piano di più elevata amoralità"*. N. LUHMANN, *Il paradigma perduto*, Roma, 2005, p. 51.

¹⁸ B. Romano chiarisce che *"i diritti fondamentali sono riferibili alla contingente exteriorità della legge, che appartiene ad un soggetto senza io, divenuto un elemento funzionale di una vita sociale impersonale [...]. I diritti fondamentali contenuti in una Legge fondamentale, in una Costituzione, possono*

costituzioni, sono completamente ridefiniti alla luce della teoria sistemica. Nel postumanesimo, di pari passo con la perdita della centralità dell'uomo visto come soggetto, che in Luhmann sfocia nel concetto di osservatore, si affermano teorie biologico-macchinale.

Il diritto dell'uomo è superato dal diritto della senienza, comprendendo con questo termine sia l'uomo sia, soprattutto, gli info-oggetti, in una dimensione normativa che considera l'individuo stesso secondo una prospettiva biologico-macchinale.

La riflessione di Romano si rivolge, inoltre, alla definizione della persona, intesa come io¹⁹, come sistema psichico che perde la sua centralità rispetto alla ricerca di senso e, conseguentemente, rispetto alla concezione stessa del diritto. Questa definizione conduce alla frammentazione dell'io, che assume una diversa funzione in accordo con quella del sistema con cui entra in contatto, e in questo quadro Romano chiarisce che, nella teoria sistemica *"la frammentazione propria dell'io multiplo si annuncia immediatamente come la liberazione del singolo dall'unità che lo orienta vincolando; la frammentazione è appresa come la disponibilità dell'iniziare, come il non avere principi ma l'essere il principio/fatto"*²⁰. Romano critica questa definizione dell'io sottolineando come, in accordo con il pensiero classico, *"il soggetto e la verità hanno la temporalità di ciò che non si esaurisce nella momentaneità, nella successione degli stadi che interessano le cose e i viventi non umani"* e, dunque, *"la soggettività [...] non è semplicemente il/nel succedersi di accadimenti che si danno nel medesimo luogo, come in un contenitore che asoggettivamente li assembla"*²¹.

Come ulteriore evoluzione dell'esistenzialismo, che con Sartre sancisce la prevalenza dell'esistere sull'essenza, l'individualità dell'uomo viene negata per cedere il passo alla descrizione della persona come sistema psichico.

Si assiste contemporaneamente all'espandersi del concetto di globalizzazione che interessa in primo luogo i mercati e si inserisce nell'epoca che Romano definisce postumanesimo, nella quale l'uomo diventa un'entità spiegabile scientificamente alla stregua di ogni altro oggetto della ricerca del sapere scientifico.

violare i diritti dell'uomo". B. ROMANO, Diritti dell'uomo e diritti fondamentali, vie alternative: Buber e Sartre, Torino, 2009, p. 21.

¹⁹ Cfr. *ibidem*

²⁰ *Id.*, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998, p. 166.

²¹ *Ivi*, p. 16.

In Romano l'espressione "*fondamentalismo funzionale*" individua l'ambiente in cui coesistono la globalizzazione e il postumanesimo, e nel quale il diritto dell'uomo è superato dal diritto della '*senzienza*', segnando la fine dell'umanesimo già annunciata nel momento in cui si è andata affermando la convinzione che l'uomo possa essere spiegato alla stregua di qualsiasi altra entità biologico-macchinale.

Seguendo questa direzione il diritto perde la dimensione antropocentrica che lo caratterizzava, come pure la sua struttura triale, che vede l'incidenza essenziale del '*terzo-altro*', individuato nel giudice. Luhmann definisce il sistema giuridico partendo dal codice binario diritto-non diritto, e, dunque, gli attribuisce una struttura duale che è propria di ogni operazione biologica o informatica. Le norme giuridiche si ambientano nel tempo della contingenza, e, dunque, nel presente, rimanendo valide solo fino a quando il sistema le individua come funzionalmente vincenti.

Le analisi sistemiche di Luhmann, posta la loro tendenziale universalità, presuppongono, quale elemento metodologico generale, il superamento della tradizione culturale, e in particolar modo di quella filosofica, che per quanto concerne il sistema diritto si traduce nell'abbandono dei riferimenti al giusnaturalismo e della filosofia del diritto pre-moderna. In questo quadro, i riferimenti alla filosofia e alla cultura, che pongono al centro l'individuo come soggetto di diritto, vengono sostituiti dalla concezione dell'uomo come mero elemento dell'organismo sociale. La persona viene definita da Luhmann alla stregua di un sistema psichico, e il grado sempre più elevato di complessità agisce sulla contingenza del sistema diritto, provocando la crescente indipendenza da presupposti orientati causalmente e tendendo a privare di contorni definiti non solo i valori e quindi i diritti fondamentali, ma anche i bisogni primari dell'uomo come sistema biologico. A causa di questa crescente distanza il diritto diventa sempre meno espressione della morale e dell'etica, per assumere, quale connotato primario e maggiormente caratterizzante, il ruolo di sistema immunitario di ciascun sistema sociale. La pretesa giuridica, pur essendo esercitata dall'uomo, non risponde a diritti e valori chiaramente definiti, ma viene spersonalizzata, così come viene svuotato di senso il riferimento alla responsabilità dell'uomo come singolo davanti alla legge, proprio perché la contingenza annulla il riferimento dell'azione alla libera scelta del soggetto.

In *Filosofia e diritto dopo Luhmann* Romano analizza la funzione del diritto nell'epoca moderna partendo dalla critica all'opera di Luhmann. "*La logica immunitaria regge il moderno, secondo una corrispondente,*

omogenea trasmutazione delle prime parole della filosofia occidentale, l'essere e il non-essere. L'essere diviene ora il sistema, nella sua differenziazione funzionale, il non-essere diviene l'ambiente, privo di funzioni differenzianti"²². Il pre-moderno vede la sua fine proprio nella spersonalizzazione del soggetto che procede di pari passo con la trasformazione della scienza. Le questioni che trovano asilo in questa nuova ambientazione si riferiscono alla comprensibilità dei meccanismi secondo la doppia prospettiva della referenza e della verità, intendendo con questi termini la distinzione binaria autoreferenza-eteroreferenza e quella vero-non vero che in riferimento al sistema diritto si connota come diritto-non diritto²³, prospettive che generano osservazioni indipendenti l'una dall'altra.

Nell'ambito della teoria sistemica emerge, dunque, quale funzione primaria del diritto, la caratteristica di sistema immunitario, che assicura il funzionamento dei sistemi sociali, caratteristica che viene dettata dalla necessità di riduzione della complessità attraverso la stabilizzazione delle aspettative. Luhmann, in merito alla teoria generale dei sistemi sociali, teorizza che *"il sistema giuridico funge da sistema immunitario della società"*, non intendendo dire, con ciò, che *"il diritto possa essere compreso adeguatamente sulla base di questa sola funzione; il diritto produce infatti anche, ed essenzialmente, certezze ed aspettative di comportamento non-ovvie. Ma tale funzione di generalizzazione di aspettative in vista di aspettative di comportamento rischiose sembra essere collegata con il sistema immunitario della società"*²⁴.

²² Nello studio del moderno, Bruno Romano parte dalla critica di Luhmann, che, nella teoria sistemica, si concentra soprattutto sulla morfologia del diritto, trascurando il dato sostanziale e soprattutto riducendo i diritti fondamentali a norme valide nella contingenza solo in quanto positivizzate.

²³ *"La distinzione del codice, vero/non-vero, nel sistema scienza, e del codice diritto/non-diritto, nel sistema diritto, etc., è, in entrambi i sistemi, indipendente dalla distinzione autoreferenza/eteroreferenza e viceversa. Con l'allontanarsi dalla condizione pre-moderna, le distinzioni del codice del sistema scienza 'vero/non vero' e le distinzioni autoreferenza/eteroreferenza non hanno alcun vicendevole effetto sbilanciante"*. ID, *Filosofia e diritto dopo Luhmann, cit.*, p. 94.

²⁴ N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990, p. 578.

3. Il diritto come sistema e la biologia giuridica

In relazione al concetto di complessità emerge l'influenza dell'interdipendenza tra sistema giuridico ed evoluzione della società, *"perché l'aumento della complessità interna del sistema implica la complementare riduzione della complessità del mondo esterno"*²⁵. Romano evidenzia il fatto che *"il nichilismo trova una espressione coerente e compiuta nel configurare l'alternarsi senza senso della complessità e della semplificazione, che consumano nel nulla l'uomo della società moderna"*²⁶. A questo proposito ritengo particolarmente significativo il riferimento alla negazione della soggettività, che comporta, parallelamente, la negazione delle questioni che si riferiscono alla distinzione tra il giusto e l'ingiusto. Viene meno, inoltre, la definizione del giudice come terzo imparziale e disinteressato, che viene sostituito dall'*"operatore delle tecno-norme [...] addestrato attualmente per servire il fondamentalismo funzionale del Nessuno, risultante dall'ibridazione tra l'intelligenza biologica e l'intelligenza artificiale, di una condizione che è postumana e pertanto è sia senza autori, sia senza gerarchia di senso, come accade proprio nella natura delle cose e dei viventi non-umani, privi della storia dei contenuti istituiti nel nesso che salda nomos, logos e pathos"*²⁷. Nella teoria sistemica manca una prospettiva che analizzi la condotta dell'uomo al di fuori dei limiti della contingenza, studiandone le intenzioni individuali. A tale proposito Romano afferma che, *"nel passaggio dall'io della parola al me delle funzioni, si compie la rimozione degli interrogativi sul bene e sul male, sul giusto e sull'ingiusto. Si spegne il movimento del domandare e del rispondere, che attiva la relazione dialogica nello svolgersi dell'arte ermeneutica"*²⁸.

I processi di evoluzione e quelli di apprendimento dei sistemi sono dettati dalla loro stessa struttura e questa connessione interessa, di conseguenza, anche il diritto²⁹. Con il termine evoluzione si vuole

²⁵ H. BRUNKORST, *Habermas*, Firenze 2009, p. 87.

²⁶ B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Torino, 2009, p. 109.

²⁷ ID., *Scienza giuridica senza giurista*, cit., p. 218.

²⁸ *Ivi*, p. 108.

²⁹ Secondo Luhmann l'evoluzione dei sistemi si concretizza nella differenziazione funzionale che ne aumenta la complessità: *"le strutture dei sistemi guidano tanto l'evoluzione quanto i processi di apprendimento dei sistemi. [...] la comprensione del fatto che i processi di trasformazione dipendono dalla struttura dei sistemi, ci offre nuove possibilità per indagare il*

intendere l'accrescimento della complessità che deve essere distinta tra quella riferibile all'ambiente e quella dei sistemi. La complessità del mondo viene, infatti, incrementata dalle trasformazioni dei sistemi sociali, che a loro volta vengono di nuovo influenzati dalla crescente complessità dell'ambiente. I sistemi stessi possono reagire a questa situazione in due modi, o con un crescente isolamento o con un incremento della loro complessità esterna. In ogni caso l'evoluzione del diritto dipende non solo dalla complessità dell'ambiente, con il quale viene inevitabilmente in relazione, ma anche dalla propria complessità³⁰. Concentrando la propria analisi sulla questione della complessità, Luhmann ignora le problematiche legate al concetto di coscienza perché considera gli uomini alla stregua di sistemi sociali³¹, componenti della struttura concettuale che genera la differenziazione funzionale. Questa prospettiva si traduce, per quanto concerne il diritto, nella funzione di sistema immunitario che si basa sulla differenziazione funzionale strettamente collegata alla presenza dell'insieme dei sistemi sociali. Rimane, comunque, innegabile che il rapporto con l'ambiente riveste un ruolo centrale nella formazione stessa non solo del sistema diritto, ma di tutti i sistemi sociali, comportando come tema centrale dell'analisi funzionale il tema del rapporto tra sistema e ambiente.

La struttura del sistema giuridico, così come succede per l'economia o la politica, viene influenzata dalla complessità espressa dalla società che ne costituisce l'ambiente. In questa prospettiva, la stessa attività

rapporto esistente tra diritto ed evoluzione della società". N. LUHMANN, La differenziazione del diritto, cit., pp. 37-38.

³⁰ La complessità risulta da un processo di differenziazione che si avvale dei meccanismi di selezione e stabilizzazione: *"l'evoluzione 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". Ivi, pp. 39-40.*

³¹ I sistemi sociali si pongono al centro della costruzione teorica di Luhmann, e sebbene siano *"omogenei e riconducibili, almeno inizialmente, ai sistemi biologici, però è chiaro che la loro definizione non può essere quella dei sistemi biologici, innanzitutto perché 'decidono' di un ambiente che rappresenta, in questo contesto, la nullità, se non fossero presenti 'gli altri sistemi'"*. L. AVITABILE, *Forme del terzo nel diritto. Interpretazione e testi di Kojève, Sartre, Luhmann*, Torino, 1998, p. 98.

legislativa viene studiata alla stregua di un processo di differenziazione funzionale teso alla riduzione della complessità sociale. La produzione di norme giuridiche, dunque, viene svuotata di ogni riferimento diretto alla dimensione soggettiva dell'uomo, poiché viene ridotta ad un meccanismo automatico di selezione tra possibilità contingenti che il sistema considera equivalenti a livello funzionale.

4. La funzione del diritto secondo la teoria sistemica di N. Luhmann

Luhmann parte da una prospettiva indifferente alle attribuzioni di senso, secondo la quale si pone alla stregua di un osservatore rispetto ai sistemi sociali in cui la struttura emerge e si costituisce come un meccanismo volto alla sopravvivenza e alla produzione autopoietica degli stessi. L'autoriferimento, in questo senso, si presta ad essere letto e spiegato funzionalmente quale strumento evolutivo di adeguamento alla complessità dell'ambiente, ed è applicabile anche al sistema diritto, ricavando solo un ruolo marginale all'uomo e svuotando di valore il concetto classico di soggetto³². Lo studio del sistema diritto, di conseguenza, interessa i sistemi sociali poiché sono questi a porsi alla base dell'ordinamento ed a giustificarne causalmente l'esistenza, al punto che anche l'uomo viene considerato, da Luhmann, alla stregua di un sistema. Luhmann non pone, infatti, l'uomo al centro del problema sociologico, ma concentra la sua analisi sui sistemi sociali nei quali vede lo strumento per ridurre la complessità della società. Sebbene, infatti, ogni sistema trovi la propria giustificazione in una o più funzioni, legate da un rapporto gerarchico, la funzione per eccellenza, necessaria per

³² La prospettiva in cui si pone l'osservatore deve essere duplice, poiché se ci si pone all'interno del sistema si individuano i meccanismi che producono le relazioni con l'esterno, mentre se il sistema viene osservato da fuori diventa oggetto di attenzione il rapporto intercorrente con l'ambiente. *"l'osservazione deve essere sempre bidirezionale, mai univoca, poiché, nell'assunzione di un unico punto di vista, il problema è costituito soprattutto dall'attribuzione ai sistemi di una capacità, un volere o uno scopo che il sistema non ha per sua natura, ma che sviluppa per via degli inputs degli altri sistemi secondo una dinamica programmatica: il sistema non è dotato di alcuna capacità o di un volere intrinseco, ma produce ogni singolo elemento in connessione con l'ambiente e quindi in connessione programmatica con gli altri sistemi che producono i loro programmi, specificati funzionalmente"*. Id., *La funzione del mercato del diritto, economia e giustizia* in N. Luhmann, Torino, 1999, p. 23.

ogni sistema, resta quella della riduzione della complessità. La struttura sistemica del diritto, in questa prospettiva, è studiata per accrescere la complessità adeguandosi alla società che ne costituisce l'ambiente, senza degenerare in una confusione indistinta di elementi discordanti, ma organizzata attraverso la selezione sistemica che permette l'originarsi di sottosistemi e meccanismi di decisione. Nello stesso modo in cui la differenziazione detta l'origine di ogni sistema sociale, il sistema giuridico trova la sua giustificazione nel successo delle operazioni e nell'uomo inteso anch'esso come sistema. In merito, si può affermare che *"la differenziazione rappresenta il movimento caratterizzato da una sorta di atarassia dinamica; non si pone il problema della fondazione dell'uomo come 'oggetto' irriducibile ad una dimensione puramente fenomenologica; ogni elemento della costruzione di Luhmann inizia sempre e comunque dalla differenza, che è soltanto una differenziazione funzionale, in connessione con altre differenze"*³³.

Secondo Luhmann l'attività giuridica deve essere analizzata in rapporto alla teoria della società. Considerando la sua struttura autoreferente, un sottosistema non è in grado di analizzare il suo ambiente senza osservare anche se stesso come parte del suo oggetto. In questo modo ogni tentativo di comprendere un oggetto, incide sull'oggetto stesso provocandone la trasformazione.

Dunque, se la prospettiva di partenza viene individuata nella finalità di indirizzare i comportamenti e, quindi, di influire sulla dimensione temporale del futuro, il diritto interessa il consolidamento degli effetti garantiti dalle norme. Il sistema giuridico, su questa scia, viene ad assumere una funzione principalmente sanzionatoria, perché è proprio attraverso la forza coercitiva che si interviene per orientare teleologicamente i comportamenti in astratto assumibili dagli individui stessi. La norma giuridica assolve entrambe le funzioni ora elencate, considerando il fatto che se da un lato consente di mantenere ferme le aspettative suffragate dal diritto, dall'altro consente, anche, di intervenire sulla realtà per renderla nuovamente conforme alle aspettative deluse. La funzione che Luhmann attribuisce al sistema diritto è strettamente legata al concetto di norma che l'accompagna, perché è attraverso le norme che l'ordinamento giuridico interviene sulla formazione delle aspettative. Per quanto concerne la definizione della norma giuridica Luhmann sostiene che *"da una parte mette al sicuro ciò che ci si può aspettare indicando sotto quali aspetti, di fronte ad un comportamento che provoca delusione, non si deve apprendere, non ci*

³³ ID., *Forme del terzo nel diritto*, cit., pp. 97-98.

*si deve adattare, ma si possono mantenere le proprie aspettative anche contro i fatti: in modo controfattuale. D'altra parte autorizza a reagire con lo scopo di ripristinare una realtà conforme al diritto — sia per prevenire una deviazione che per riparare gli effetti di un danno*³⁴.

Alla fine di questa analisi della teoria sistemica, con la quale ho cercato di focalizzare l'attenzione sul sistema diritto, emergono con chiarezza gli esiti cui conduce il compimento del nichilismo giuridico perfetto. La negazione dei diritti dell'uomo e della stessa libertà, il venir meno della figura del terzo-giudice e il paradosso della decisione giuridica intesa come meccanismo di selezione, sono solo alcune delle questioni aperte dalla teoria di Niklas Luhmann.

In questo quadro, Luhmann, coerentemente con il *'fondamentalismo funzionale'*, non pone l'uomo al centro del problema sociologico, ma concentra la sua analisi sui sistemi sociali nei quali vede lo strumento per ridurre la complessità della società. Alla complessità del mondo si affianca la contingenza intesa come impossibilità di predeterminare con certezza come le possibilità appartenenti ad un sistema saranno concretamente realizzate. In questo modo il sistema stesso deve subire le conseguenze derivanti dalle *'aspettative'* deluse, con contraccolpi inevitabili sulla sua efficienza. Da questa eventualità deriva un bisogno di prevedibilità e a questa esigenza risponde, in primo luogo, la struttura dei sistemi in grado di privilegiare in modo automatico un numero più esiguo di alternative probabili riuscendo a limitare, sebbene non ad annullare, la contingenza. Per intervenire ulteriormente sulla questione della prevedibilità Luhmann prende in considerazione il diritto.

Secondo Luhmann non c'è una definizione materiale del diritto, che è costituito da un sistema giuridico inserito nella prospettiva generale degli altri sistemi in relazione ai quali deve essere interpretato.

La teoria sistemica si inserisce nella corrente filosofica del funzionalismo di Durkheim e dello struttural-funzionalismo di Parsons. Ne nasce una teoria sistemica caratterizzata dai riferimenti alla dimensione dinamica, data dalla centralità attribuita all'individuazione della funzione primaria dei sistemi sociali, e in particolare dal sistema diritto, che consiste nella riduzione della complessità. Nel quadro del funzionamento del sistema giuridico e della definizione del concetto di giustizia, Luhmann pone al centro della sua costruzione teorica non più l'uomo come soggetto ma i sistemi stessi. Le norme sono declassate a mere formule atte ad individuare quelle aspettative che il sistema giuridico ritiene degne di essere affermate in opposizione agli eventi

³⁴ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 82.

reali e, dunque, di essere stabilizzate rispetto alle delusioni. La creazione delle norme, secondo Luhmann, rimane slegata da riferimenti a diritti e valori irrinunciabili, ma è rinviabile al meccanismo di produzione auto poietica che caratterizza l'intera società moderna. Alla luce di questa analisi risulta privo di riscontri teorici ogni riferimento ai principi fondamentali che la filosofia del diritto associa alla concezione del diritto naturale. Con Luhmann si assiste al superamento di qualsiasi riferimento al diritto naturale, che diventa estraneo ad una società che si caratterizza per essere simmetrica ed eterarchica e, dunque, non può essere posto a fondamento della validità delle leggi. A seguito dell'evoluzione che ha interessato i sistemi nella loro totalità, infatti, non si configura una struttura gerarchica né un centro unitario di potere, ma piuttosto, con il passaggio alla società moderna, si richiede una struttura eterarchica caratterizzata dal ricorso all'autopoiesi. In questa prospettiva, muta anche la definizione del concetto di temporalità individuata da Luhmann, poiché viene sciolta da qualsiasi riferimento a norme e valori irrinunciabili e, dunque, immutabili, in qualche modo considerati permanenti. Si assiste al passaggio dall'uomo come soggetto all'uomo come osservatore. Il tempo resta confinato al presente perché è questa l'unica dimensione percepita attraverso l'azione meccanica dell'osservazione, mentre la soggettività, che consiste in ecstasità temporale si concretizza, secondo la definizione di Heidegger, *"nell'originario fuori di sé, in sé, e per sé"*³⁵. Il ridursi dall'essere soggetto all'essere osservatore comporta, infatti, la negazione dell'unità ecstasica di passato, presente, futuro. Sulla definizione della dimensione temporale Romano chiarisce che *"la visione della temporalità assunta da Luhmann per discutere e preparare la negazione di norme irrinunciabili, permanenti, immutabili è situata nella trasformazione dell'uomo-soggetto nell'osservatore, che, coincidendo con la successione delle operazioni dell'osservare, è, volta per volta, il presente che è, non potendosi cogliere né nel passato né nel futuro; non perché il passato e il futuro siano il non-essere del presente, ma perché non si coglie ed, anzi, si rimuove la soggettività, che è ecstasità temporale"*³⁶.

Il diritto, dunque, non trova il proprio referente principale nell'uomo inteso come soggetto, ma diventa il diritto delle operazioni sistemiche e, contemporaneamente, si assiste allo spostarsi del sapere dagli uomini stessi ai sistemi. Poiché la persona viene definita da Luhmann come sistema psichico, il relazionarsi degli individui dà vita a differenti sistemi

³⁵ Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 2005, p. 65.

³⁶ B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, cit., pp. 225-226.

sociali per ogni settore della convivenza, quale appunto anche la politica e il diritto, sono i sistemi sociali a influenzare la società che ne costituisce l'ambiente e ad essere a loro volta da questa influenzati.

La funzione che, secondo Luhmann, giustifica la centralità del diritto nell'ambiente reale viene individuata nella sola funzione immunitaria, scevra di qualsiasi riferimento all'uomo come soggetto o individuo. Le norme sono poste a garanzia del successo delle operazioni sistemiche e dunque del perpetuarsi del processo evolutivo che interessa l'ambiente nella sua interezza. Un ulteriore postulato della teoria di Luhmann consiste, poi, nella configurazione simmetrica ed eterarchica della struttura dei sistemi che si ripercuote anche sulla società e comporta una sostanziale equiparazione tra i sistemi sociali pur temperata dal riconoscimento dell'influenza che esercitano l'uno nei confronti dell'altro. Questa caratterizzazione si accompagna alla principale conseguenza di impedire la definizione del diritto in chiave antropocentrica. La negazione del soggetto impedisce di individuare un referente cui ricondurre la pretesa giuridica, così come diventa impossibile affermare l'imputabilità di un dato individuo, poiché le operazioni sistemiche sono generate dai meccanismi selettivi che compongono la struttura di un sistema.

Si delineano, in conclusione, due prospettive diametralmente opposte delle quali una è costruita sulla soggettività dell'uomo, mentre l'altra si basa sull'indifferenziata omogeneità delle operazioni sistemiche, che nega il diritto dell'uomo. Proprio nella critica della teoria sistemica, ritengo che trovi la sua radice la necessità di riaffermare la centralità dei concetti di pretesa giuridica, imputabilità e giustizia. In merito cito l'affermazione di Romano che sottolinea come *"la pretesa giuridica rivolta al terzo-giudice è il nucleo della vita del diritto e nasce nel riguardare l'uomo nella sua interezza, non frammentabile nei singoli sistemi sociali perché impegnato nel coglierne il senso che li connette e li pone in questione nelle relazioni interpersonali [...]".* Nelle ipotesi di un io senza relazione con gli altri parlanti oppure con un io, volta per volta, chiuso nell'eseguire le funzioni dei diversi sistemi sociali, il diritto non avrebbe significato, perché nessuna pretesa giuridica può essere rivolta da un singolo a se stesso, né al sistema che lo usa come supporto impersonale del suo funzionamento³⁷.

³⁷ ID., *Male ed ingiusto*, cit., p. 87.