

## LA RIFLESSIVITÀ GIURIDICA COME CATEGORIA DI MEDIAZIONE TRA INDIVIDUO E DIRITTO\*

Francesca Scamardella \*\*

### 1.

Negli anni Ottanta parte del dibattito sociologico è stato interessato dal confronto tra Luhmann e Teubner sulla teoria sistemica: mentre il primo<sup>1</sup> è rimasto ancorato alla sua idea di chiusura autopoietica dei sistemi, il secondo ha ipotizzato che i sistemi sociali potessero entrare in contatto tra loro. Per spiegare l'apertura sistemica che entrava nettamente in contrasto con il modello autopoietico luhmanniano, Teubner ha introdotto i modelli dell'"*autopoiesi graduale*", basata sull'"*iper ciclo*", e della "*riflessività giuridica*".

Con la teoria della "*autopoiesi graduale*", Teubner ha spiegato che ogni evento comunicativo è basato sul senso generale sì che ciascuna comunicazione, prima ancora di essere una componente costitutiva di

---

\* Un ringraziamento speciale ai Professori Angelo Abignente e Domenico Corradini H. Broussard, per aver voluto riflettere con me. Desidero inoltre ringraziare il Professore Giovanni Marino, per l'organizzazione e l'invito al seminario Filosofia del diritto Federico II - 2010, svoltosi il 14-15 ottobre 2010 presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II", Facoltà di Giurisprudenza.

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

<sup>1</sup> Per Luhmann la società è un sistema chiuso di comunicazioni e i sistemi possono osservarsi reciprocamente ma non comunicare tra loro, né con l'ambiente esterno. Il sistema resta un'unità auto-referenziale che auto-produce le sue componenti attraverso la struttura e anche se gli elementi costitutivi del sistema possono provenire dall'esterno, si tratta pur sempre di un'apertura cognitiva e mai normativa. Ciò significa che gli elementi provenienti dall'esterno, per diventare elementi interni del sistema devono essere filtrati e rielaborati dalla struttura. I fatti sociali, ad esempio, accedono al sistema giuridico soltanto se vengono rielaborati attraverso il doppio codice "lecito/illecito". Sul punto si veda: N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, edizione italiana (a cura di) A. FEBBRAJO, R. SCHMIDT, Il Mulino, Bologna, 2001, nonché M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto. Dal Novecento alla postmodernità*, III volume, Giuffrè, Milano, 2002, p. 328-329 e A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1975.

uno specifico sistema, si presenta come un momento generale, e come tale interno e comune a tutti i sistemi e sottosistemi sociali.

Partendo quindi dal presupposto che ciascun evento comunicativo presenta una valenza generale, Teubner ha ipotizzato un accoppiamento comunicativo tra i sistemi, ovvero un'apertura cognitiva e normativa sistemica capace di superare la semplice osservazione reciproca, prospettata da Luhmann<sup>2</sup>.

L'altra novità teorica introdotta da Teubner è rappresentata dalla categoria della riflessività giuridica.

Luhmann aveva parlato di riflessività sistemica, intendendo con tale espressione la possibilità che i sistemi potessero auto-osservarsi sia per conto loro e sia in condizioni di reciprocità<sup>3</sup> e dunque la riflessività, come una delle possibili operazioni consentite al sistema, rafforzava l'idea della chiusura autopoietica, ammettendo che i sistemi potessero osservarsi reciprocamente, ma non comunicare o entrare in contatto tra loro.

In Teubner, invece, la riflessività assume un significato completamente diverso. Essa diviene un ulteriore strumento per favorire l'apertura sistemica. La riflessività, rapportata al sistema, e, in specie, a quello giuridico, consente la regolamentazione dei sistemi sociali mediante l'auto-regolamentazione del sistema/diritto.

Ciò accade perché il diritto riflessivo, a differenza di quello sostanziale, basato su interventi regolativi diretti da parte dello Stato, regola la società limitandosi a fornire una cornice legislativa di mezzi e strumenti all'interno della quale si dipanano i fenomeni sociali. All'interno di questa cornice statica prendono vita le comunicazioni tra sistemi e sottosistemi che riproducono il confronto e lo scontro sistemico. Le istanze che emergono da queste irritazioni sociali vengono recepite dal diritto che le esprime con eventi comunicativi tematizzanti e regolarizzanti questa fluidità sociale.

Il diritto riflessivo consente di superare il cd. "trilemma regolativo"<sup>4</sup>, ovvero l'incongruenza tra diritto e società, e la loro separazione e

---

<sup>2</sup> A. FEBBRAJO, C. PENNISI, *Introduzione*, in: G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. XIV.

<sup>3</sup> N. LUHMANN, *Sistemi sociali*. [...], *cit.*

<sup>4</sup> Teubner parla di "trilemma regolativo" per esprimere i limiti del diritto sostanziale: ogni intervento regolativo che eccede i suoi limiti o è irrilevante, o produce disintegrazione sociale o disintegrazione del diritto stesso. In G. TEUBNER, *Il Trilemma Regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in: *Politica del diritto*, 18, 1987, pp. 85-118.

mancanza di comunicazione, immergendo il diritto nella costellazione dei sistemi e sottosistemi sociali, ma senza per questo privarlo della sua autonomia. Il diritto, infatti, come tutti gli altri sistemi, resta autonomo, ma regola la società attraverso l'osservazione reciproca, l'accoppiamento tramite interferenza e la comunicazione via organizzazione.

All'interno della cornice sistemica il diritto riflessivo diviene il candidato ideale per affrontare la moderna crisi del diritto che Teubner indica con il ben noto "*trilemma regolativo*", perché diviene espressione di un diritto che non cerca di regolare la società con interventi diretti o ricorrendo ad una legislazione sfrenata, ma lo fa regolando se stesso, fornendo, cioè, soltanto una cornice di strumenti per consentire la regolamentazione dei fenomeni sociali. E allora il diritto *riflette* e *si riflette* nell'iper ciclo di irritazioni sociali, di scontri e confronti e li riproduce in termini giuridici con la forma di regole giuridiche, sentenze, procedure.

Per quanto innovativa possa essere stata l'idea di Teubner, essa si presenta pur sempre come un modello che ha per sfondo la teoria sistemica. Nella teoria del sociologo tedesco, al pari di quella di Luhmann, l'individuo non trova spazio. La socialità è sempre intesa come espressione dell'agire sistemico e non viene riferita all'agire del singolo. Il diritto di Teubner riflette i sistemi ma non l'individuo che non assume alcun ruolo, se non in termini di coscienza e di sistema psichico.

Quando il sociologo tedesco parla di riflessività si riferisce "*alla capacità del diritto di riflettere le irritazioni sociali, il confronto e lo scontro tra sistemi e sottosistemi; eventi tutti che dapprima hanno la forma di comunicazioni generali che tematizzando su sé stesse, diventano poi vere e proprie componenti giuridiche (regole, sentenze, etc... etc...)*"<sup>5</sup>. Non c'è spazio per l'individuo: l'autopoiesi graduale basata

---

<sup>5</sup> Da una conversazione con Gunther Teubner. Francoforte, febbraio 2008. Nel mondo giuridico, ad esempio, non abbiamo immediatamente la sentenza o la norma giuridica. Avremo dapprima il conflitto sociale, il disaccordo e questi scontri sociali avranno inizialmente la forma di comunicazioni di senso generale. Soltanto in un secondo momento quest'evento comunicativo generale si trasformerà in componente tipica del sistema giuridico, quale la sentenza regolante il conflitto sociale iniziale e il diritto stesso, in un meccanismo che si auto-alimenta. Ecco perché secondo Teubner la sentenza, nel regolare il conflitto, regola il diritto stesso e il conflitto sociale iniziale, espresso nella comunicazione giuridica, si riflette in esso: la sentenza rifletterà lo scontro sociale.

sull'iperciclo e la riflessività del diritto si riferiscono ai sistemi e sottosistemi sociali.

Ritengo, tuttavia, che il modello della riflessività giuridica possa includere anche l'individuo e più specificamente possa riferirsi al rapporto tra individuo e diritto, senza che il suo raggio di azione sia limitato al modello della teoria sistemica.

Tenterò, pertanto, e dopo aver esplorato la riflessività giuridica come categoria della teoria di Teubner, di sperimentarne la sua valenza filosofica, ipotizzando che essa di ponga come categoria di mediazione tra individuo e diritto, ovvero che l'individuo, partecipando ai processi deliberativi e di formazione della regola giuridica, accetti di osservare il diritto perché può riflettersi in esso, trovandovi recepite ed espresse le sue istanze personali e sociali e, in ultima analisi, la tutela dei suoi diritti fondamentali.

## 2.

Si è detto, in precedenza, che la prima novità di Teubner rispetto a Luhmann è la possibilità che i sistemi comunichino tra loro e ciascuna comunicazione diviene elemento costitutivo di uno specifico sistema soltanto mediante l'iperciclo.

È l'iperciclo che consente la vera e propria autopoiesi sistemica che Teubner definisce come la connessione delle componenti sistemiche auto-costituite "[in un iperciclo], in modo che esse si producano vicendevolmente"<sup>6</sup>.

La questione, allora, può essere posta nei seguenti termini: quand'è che un sistema produce autonomamente le proprie componenti ed innesca un vero e proprio processo di autopoiesi? Secondo il sociologo tedesco questo avviene quando gli eventi comunicativi che fanno ingresso all'interno del sistema sono costretti a differenziarsi dalle altre comunicazioni: tematizzando su sé stesse, diventano vere e proprie categorie caratterizzanti quel sistema. Insomma, l'iperciclo, connettendo le componenti sistemiche in maniera che queste possano riprodursi, fa sì che comunicazioni sociali concernenti il diritto possano differenziarsi dalle comunicazioni sociali generali, da cui pure provengono, per divenire completamente indipendenti ed infine categorie giuridiche esclusive.

L'altra novità teorica introdotta da Teubner è rappresentata dalla riflessività giuridica.

---

<sup>6</sup> G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., p. 49.

Sebbene Teubner si sia occupato di diritto riflessivo in quella che probabilmente deve considerarsi come la sua maggiore opera, *Law as an Autopoietic System*<sup>7</sup>, la categoria del diritto riflessivo compare per la prima volta in un articolo scritto negli anni Ottanta, in cui il sociologo tedesco distingue tra gli elementi sostanziali del diritto e quelli riflessivi<sup>8</sup>. In questo scritto Teubner richiama due approcci tra loro molto diversi: quello dei filosofi americani Nonet e Selznick e quello di Luhmann e Habermas (di quest'ultimo risulta rilevante la concezione del proceduralismo).

Il punto di partenza dell'approccio teorico teubneriano è costituito dalla considerazione che il diritto moderno ha fallito, come regolatore dei comportamenti sociali e come compositore dei conflitti. Richiamando il dilemma weberiano della *crisi della razionalità formale*<sup>9</sup>, Teubner ritiene che l'origine della crisi del diritto<sup>10</sup> debba essere ricercata nell'inadeguatezza del diritto stesso (ed in particolare del diritto positivo) ad affrontare la complessità della società, in termini di strutture sociali e di sistemi interagenti tra di loro.

---

<sup>7</sup> G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, eng. trad. a cura di A. Bankowska e R. Adler, ed. a cura di Z. Bankowski, Oxford: UK, Blackwell, 1993.

G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, London, 1993.

<sup>8</sup> G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, in: *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, pp. 239-286.

<sup>9</sup> Con quest'espressione Max Weber intende un'insieme di regole metodologiche che garantiscono uniformità e continuità al sistema legale. In M. WEBER, G. ROTH, C. WITTICH, *Economy and society: an outline of interpretive sociology*, University of California Press, Berkeley (CA), 1978.

<sup>10</sup> Il primo a parlare di crisi del diritto fu proprio Max Weber, che introdusse i concetti di *paradigma statale dell'istituzione* e di *razionalità*, indicando con queste due entità le forze legittimanti il potere politico. Per Weber la razionalità significa conoscenza, coerenza e partecipazione al sistema. Sul punto si veda: M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1993. Obbedienza al diritto, la cui validità proviene unicamente da norme formali e positive, degenera in un circolo vizioso. Per evitare questa crisi, gli stati moderni dovrebbero mediare il diritto formale con la razionalità – i.e. *meccanismi procedurali* – che sono in grado di legittimare il potere politico e generare equilibrio tra le forze sociali e politiche. È la razionalità, dunque, a costituire quel *surplus* richiesto alla legge per regolare la società.

La crisi del diritto viene affrontata dai filosofi americani Nonet e Selznick<sup>11</sup> con la figura del "diritto responsivo", che, a differenza del "diritto repressivo" e di quello "autonomo", tenta di moderare e conciliare ambiti ed esigenze diverse, mitigando l'aspetto teleologico del diritto sostanziale, con quello partecipativo ai processi di formazione del diritto.

Teubner, tuttavia, si mostra molto scettico con questa teoria, ritenendo che il candidato ideale per risolvere la crisi del diritto sia proprio il diritto riflessivo. Secondo il sociologo tedesco l'inadeguatezza del diritto responsivo deriva dalla sua scarsa attenzione al momento procedurale che, seppur richiamato da Nonet e Selznick, non riceve la meritata attenzione. In altre parole, Teubner ritiene che i due filosofi americani<sup>12</sup> abbiano focalizzato eccessivamente sull'elemento teleologico (ovvero lo "scopo") e sulle strutture interne del diritto, senza essersi soffermati adeguatamente sulle dinamiche sociali, sui fattori esterni ai sistemi e, come poc'anzi detto, sull'elemento procedurale<sup>13</sup> che dovrebbe spiegare la partecipazione ai processi decisionali e quindi i rapporti tra i vari sistemi e sottosistemi sociali<sup>14</sup>.

Per recuperare l'elemento procedurale e partecipativo, Teubner attinge dalla teoria di Habermas e Luhmann. Del primo viene richiamato il *principio organizzativo della società*; del secondo l'idea di *complessità socialmente adeguata*.

Con il principio organizzativo della società, Habermas prova ad analizzare gli steps dell'evoluzione sociale, sviluppando una sorta di modello evoluzionista, fondato su quattro momenti:

1. *Stato iniziale*: consiste nella capacità dei principi organizzativi di una società di risolvere i conflitti sociali e i problemi di integrazione;

---

<sup>11</sup> P. NONET, P. SELZNICK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, New York, 1978.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Sul punto si veda anche M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

<sup>14</sup> Parlando del modello di Nonet e Selznick, Teubner scrive che [esso] "non guarda completamente al ruolo delle forze sociali esterne [...]. L'ambiente esterno è visto come non capace di portare cambiamenti per il diritto, ma serve principalmente a bloccare o a facilitare la realizzazione di quei potenziali di sviluppo generati dalle dinamiche interne del diritto". In G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, cit., p. 258.

2. *Sfida evolucionista*: i cambiamenti sociali creano problemi al sistema sociale che è circoscritto dai dati principi organizzativi;

3. *Sperimentazione*: le potenzialità cognitive emergono e sono sperimentate come una soluzione per i contrasti sociali sorti e per le trasformazioni sociali occorse. Questa fase produce anche l'istituzionalizzazione di concetti normativi utilizzati per approcciare i mutamenti sociali;

4. *Stabilizzazione*: se i concetti sociali e normativi adottati nella fase precedente ottengono successo, allora saranno istituzionalizzati, diventando in questo modo i principi organizzativi della società che saranno incorporati nelle strutture legali.

Il principio organizzativo conduce ad una migliore comprensione delle relazioni tra la sfera legale e quella sociale, chiarendo anche come esse si adeguano, conformandosi tra di loro. Allo stesso tempo queste dinamiche socio-legali consentono alla teoria del diritto riflessivo di superare i limiti del modello del diritto responsivo<sup>15</sup>, così come delineato da Nonet e Selznick. Per Habermas, infatti, l'elemento sostanziale del diritto responsivo, che legittima una politica basata sull'interventismo statale (seppure rivolta alla conciliazione ed alla mediazione di posizioni opposte), fallisce perché i processi economici e sociali sono troppo complessi, veloci e contraddittori. Questa complessità provoca l'inadeguatezza dell'interventismo statale che mira a stabilizzare la società ed i mercati attraverso una politica orientata al raggiungimento di obiettivi e determinata nei suoi mezzi e strumenti. La soluzione per Habermas è da ricercare nella razionalità discorsiva generata dai processi autonomi nella sfera normative. Ma questa prospettiva è possibile solo subordinando i processi normativi al criterio procedurale. Qui Habermas potrebbe apparire più ambiguo perché il filosofo esalta l'autonomia della sfera normative e, allo stesso tempo, subordina i

---

<sup>15</sup> Philippe Nonet e Philip Selznick individuano tre tipi di diritto: il diritto *repressivo*; il diritto *autonomo*; il diritto *responsivo*. Il diritto repressivo indica l'apertura passiva delle istituzioni giuridiche all'ambiente sociale e politico. Il diritto autonomo reagisce a questa forma di apertura senza limiti e tenta di salvaguardare l'integrità istituzionale. Il diritto responsivo, infine, collocandosi come *medium* tra il diritto repressivo e quello autonomo, tenta di mediare tra il formalismo e la necessità di adattare le regole giuridiche all'ambiente sociale e ai suoi cambiamenti. "Lo chiamiamo *responsivo*, invece che *aperto* o *adattabile*", scrivono Nonet e Selznick, "per suggerire una capacità di adattamento responsabile, vale a dire discriminata e selettiva". In: P. NONET, P. SELZNICK, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, cit., p. 77.

processi normativi al proceduralismo. È necessario chiarire questo punto. Habermas oscilla tra una filosofia di "mezzi e fini", nel senso che la sua intenzione è quella di salvaguardare l'autonomia individuale ed il "mondo della vita" dalla colonizzazione del "sistema" – *i.e.* lo stato – cosicché ciascun soggetto può democraticamente e con responsabilità esercitare i suoi diritti e poteri. Allo stesso tempo, Habermas non rinuncia al ruolo del diritto, inteso come "istituzione" e come "medium"<sup>16</sup>. Questi due aspetti non sono in contrasto tra loro, perché per raggiungere l'obiettivo finale, Habermas introduce il programma della "democratizzazione attraverso la partecipazione", consistente in un corretto esercizio della democrazia, attraverso la condivisione di procedure normative sotto la supervisione del diritto razionale che fornisce una legittima cornice ove è possibile esercitare la partecipazione politica e, allo stesso tempo, assicura un'adeguata protezione e rappresentazione degli interessi che rappresentano il fulcro della società. In altre parole, gli individui possono difendere la loro autonomia solo attraverso la partecipazione socio-politica e mediante la richiesta di legittimazione dei loro interessi privati.

La partecipazione può essere garantita soltanto da un diritto mediato dall'elemento razionale che fornisce gli strumenti legali e le garanzie normative per una partecipazione egualitaria e democratica. Habermas sostiene che proprio questa regolamentazione razionale, basata sui processi comunicativi orientati alla soluzione dei conflitti sociali, consente il raggiungimento di un'*intesa* finale tra tutti i *partecipanti*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> "As a medium, law, in a sense, is an independent socio-technological decisional process which replaces the communicative structures that exist within the "life-world" of social subsystems, and so allocates goods according to its own criteria. As an "institution", law functions merely as an "external constitution" for the spheres of specialization, social integration, and cultural reproduction". Traduzione personale dall'Inglese: "Come medium, il diritto, in un senso è un processo decisionale socio-tecnologico che sostituisce le strutture comunicative che esistono entro il "mondo della vita" dei sottosistemi sociali e così alloca i beni con riferimento ai suoi propri criteri. Come "istituzione", il diritto funziona come una "costituzione esterna" per le sfere di specializzazione, integrazione sociale e riproduzione culturale". Da: J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1982, in: G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, *cit.*, p. 270.

<sup>17</sup> "L'agire comunicativo che incrementa le procedure discorsive guidandole verso un accordo è il meccanismo riproduttivo di ogni società, il fattore di razionalizzazione delle sfere del 'mondo della vita' [...]", in: A. ABIGNENTE,



In questo senso la razionalità del diritto proviene dalla sua capacità di promuovere la cooperazione ed il dialogo nel discorso legislativo<sup>18</sup>. In definitiva nel modello habermasiano l'elemento razionale emerge quando le procedure istituzionali includono la partecipazione "delle unioni dei lavoratori, delle pubbliche associazioni e delle élite funzionali"<sup>19</sup> per lo sviluppo di una democrazia organizzativa fondata su meccanismi partecipativi. Quest'aspetto è fondamentale perché riflette il legame tra 'azione' e 'comunicazione' e, allo stesso tempo, rappresenta il primo passo per recuperare l'elemento autopoietico, che dobbiamo considerare come l'aspetto rilevante del diritto riflessivo<sup>20</sup>. Per Habermas la comunicazione è il veicolo per le relazioni sociali, perché è diretta al raggiungimento dell'intesa finale che si stabilirà tra gli interlocutori coinvolti nel discorso. In tal senso la comunicazione rivela la sua natura sociale, perché non consiste semplicemente in uno scambio di informazioni, né si risolve in una conversazione informale, ma la sua essenza risiede nella condivisione di enunciati dotati di senso. Così facendo, Habermas crea un indissolubile legame tra comunicazione ed azione, perché l'azione sociale è la conseguenza della comunicazione

---

*Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 31. L'autore, parlando della "razionalità" come di un fattore determinante dell'agire comunicativo, la definisce un prodotto della "inter-soggettività, che è lo stesso che dire interazione sociale". *Ibidem*, p. 29.

<sup>18</sup> Non si può però tralasciare la critica che Pietro Barcellona rivolge ad Habermas a proposito del proceduralismo. A tal proposito, Barcellona ravvisa due debolezze nella teoria habermasiana: innanzitutto, le regole procedurali che dovrebbero portare a una verità consensuale vengono presupposti come valori; in secondo luogo l'idea stessa del Soggetto razionale che, per il filosofo italiano, rappresenta il punto debole dell'intera teoria. Si vedano: P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato*, Dedalo, Bari, 1998 e P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Dedalo, Bari, 2003.

<sup>19</sup> J. HABERMAS, *Legitimation Problems in the Modern State*, in: J. HABERMAS, *Communication and the Evolution of Society*, Beacon, Boston, 1979.

<sup>20</sup> "For a theory of autopoietic systems, only communication is a serious candidate for the position of the elementary unit of the basic self-referential process of social systems". Traduzione personale dall'Inglese: "Per una teoria dei sistemi autopoietici, solo la comunicazione è un candidato serio per assicurare l'unità elementare del processo auto-referenziale dei sistemi sociali". Da: N. LUHMANN, *The Autopoiesis of Social Systems*, in: F. GEYER, J. VAN DER ZOUWEN, (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, London, 1986.

sociale e si traduce in fatti ed azioni che gli interlocutori hanno costruito e condiviso attraverso il dialogo.

Dal canto suo, Luhmann porta alle estreme conseguenze questo concetto di comunicazione, completando la rivoluzione concettuale all'interno della sociologia del diritto: sostituire alla teoria dell'agire la teoria della comunicazione. I sistemi sociali, infatti, "*richiedono l'attribuzione di azione per effettuare la loro propria autopoiesi. [...] semplicemente l'attribuzione come tale, che è il legame tra la selezione e la responsabilità per la scelta limitata. Solo dall'attribuzione di responsabilità nel selezionare la comunicazione, il processo per l'ulteriore comunicazione può essere diretto*"<sup>21</sup>.

Partendo dunque da questa prospettiva, Luhmann recupera la complessità della società, provando ad evidenziare l'aspetto riflessivo in termini di riduzione della complessità sociale e di sopravvivenza dei sistemi all'ambiente esterno, ovvero ai conflitti tra strutture sociali. Per Luhmann, come ho anche precisato nel primo paragrafo di questo capitolo, la società è distinta in sistemi ed ambiente esterno, ove i primi devono tentare di sopravvivere alla complessità del secondo, laddove la complessità sta ad intendere l'eccesso di possibilità dell'ambiente rispetto ai sistemi e la differenza tra sistemi ed ambiente, in termini di complessità, produce i cambiamenti sociali. Per generare un adattamento a queste trasformazioni sociali Luhmann introduce la categoria della *complessità socialmente adeguata*<sup>22</sup>, intendendo con quest'espressione il meccanismo adottato dall'ordine legale capace di operare nella società. La riduzione della complessità costituisce il punto essenziale della teoria luhmanniana perché indica la possibilità di neutralizzare ed assorbire il conflitto sociale.

Ciò che diviene cruciale per Luhmann è la relazione tra l'interno e l'esterno di ogni sistema e le "relazioni" tra sistemi e sottosistemi. Infatti, per Luhmann ogni sistema (ed ogni sottosistema) ha tre potenziali orientamenti: verso il sistema sociale (*funzioni*); verso gli altri sistemi (*performance*); verso se stesso (*riflessione*).

L'aspetto riflessivo è decisivo nella riduzione dei conflitti e si pone tra l'orientamento performativo e quello funzionale. Quando infatti ci sono conflitti tra sistemi o tra sistema ed ambiente e la risoluzione di tali conflitti non può avvenire all'interno del sistema stesso, allora il diritto

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>22</sup> N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974; N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Surkamp, Frankfurt am Main, 1981, p. 374 e sgg.

dovrebbe intervenire fornendo congruenti generalizzazioni di aspettative per la società intera. L'elemento riflessivo risiede in questa sorta di auto-riflessività che il sistema realizza nei suoi stessi confronti, individuando le strutture e procedure opportune che consentono il superamento del conflitto.

Per Teubner, invece, l'elemento riflessivo e, con esso, il diritto riflessivo, assume un significato diverso, perché non si limita ad indicare le operazioni di auto-osservazione che il sistema realizza nei suoi stessi confronti. Diritto riflessivo indica, innanzitutto, una "auto-regolamentazione regolata"<sup>23</sup>. Quest'espressione simboleggia la percezione kantiana di "libertà ed autonomia come auto-legislazione regolata"<sup>24</sup>, dove la parola "regolata" indica la "speranza di Hegel di solidarietà ed integrazione razionale della società, attraverso lo Stato"<sup>25</sup>.

E tuttavia, ai fini della comprensione della natura e del ruolo del diritto riflessivo, ritengo opportuno soffermarmi innanzitutto sul significato dell'aggettivo 'riflessivo'<sup>26</sup>.

Teubner argomenta che la parola "riflessivo" indica la capacità del diritto di tornare indietro su se stesso. Ciò significa che l'elemento procedurale prevale su quello sostanziale. In altri termini, e considerando la differenza che Hart opera tra le norme primarie e quelle secondarie<sup>27</sup>, il diritto riflessivo si riferisce alle regole secondarie – quelle, per intenderci, che non conferiscono poteri o doveri, ma che controllano le regole primarie. Il diritto riflessivo, dunque, ha a che fare con le procedure e con le norme di competenza, piuttosto che con le regole che attribuiscono, diritti, doveri o comminano sanzioni<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> G.P. CALLIESS, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, in: *German Law Journal*, 2, 17, 2001, consultabile al seguente sito web: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>.

<sup>24</sup> I. KANT, *The Metaphysics of Ethics by Immanuel Kant*, in: G.P. CALLIESS, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, in: *German Law Journal*, 17, 2001.

<sup>25</sup> G.P. CALLIESS, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, cit.

<sup>26</sup> Per i significati della parola "riflessivo" si rimanda all'articolo di Calliess: G.P. CALLIESS, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, cit.

<sup>27</sup> H. HART, *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.

<sup>28</sup> Quest'osservazione consente a Teubner di muovere un'ulteriore critica a Nonet e Selznich a proposito del loro tentativo di sviluppare un modello di diritto responsivo, giacché solo l'elemento di auto-regolamentazione, basato

In secondo luogo, Teubner sostiene che "riflessivo" indica una capacità di riflessione, ovvero la capacità del diritto di essere ragionevole<sup>29</sup> nei processi di produzione normativa. Questo secondo significato del termine riflessivo individua nella razionalità un elemento fondamentale del diritto e richiama immediatamente il concetto di razionalità, così come formulato da Weber (in termini di coerenza, conoscenza e partecipazione alle procedure giuridiche). In questo senso, quindi, riflessivo, argomenta ancora Teubner, legittima una politica di "non intervento" da parte degli stati, giacché grazie proprio al suo carattere razionale, il diritto è in grado di auto-limitarsi nella regolamentazione della società.

Ed infine, riflessivo indica *auto-referenzialità*, ossia la relazione che un sistema, o un'entità in generale, ha con se stesso. Se dunque si considera il sistema giuridico come un complesso di atti legali comunicanti tra loro, la sopravvivenza del sistema dipenderà, in ultima analisi, dalla capacità del sistema stesso di riprodurre le sue componenti e di porle in connessione comunicativa tra di loro: gli atti normativi generano altri atti; l'interpretazione non si limita a risolvere un caso specifico, ma assume validità anche per i casi successivi. Insomma, il terzo significato del termine riflessivo si riferisce al processo autopoietico, così come elaborato da Teubner, in risposta alla chiusura luhmanniana e con il ricorso al momento dell'iper ciclo che consente di pensare ad un'autopoiesi graduale.

In definitiva, il diritto riflessivo si riferisce ad una forma di regolamentazione capace di costruire, di volta in volta, *"quadri regolativi di controllo delle relazioni tra singole aree di autonomia dei privati e di istituzionalizzare arene pubbliche dove negoziare le situazioni di conflitto sociale, assegnando al diritto il compito di assicurare un consenso*

---

sull'aspetto procedurale, consente alla norma di avviare un processo circolare di ritorno su se stessa.

<sup>29</sup> Parafrasando Francesco Viola, si potrebbe dire che *"non basta sostenere che il diritto positivo deve essere sottoposto al sindacato della ragionevolezza, ancor più si deve dire che il diritto è ragionevolezza"* (In: F. VIOLA, *Identità e comunità: il senso morale della politica*, Vita e pensiero, Milano, 1999, p. 129). La ragionevolezza si erge dunque a condizione di possibilità del diritto, ovvero alla possibilità che esso discenda da un confronto razionale ove le varie pretese individuali, razionalmente argomentate, possano essere accolte dalla democrazia.

*discorsivo*"<sup>30</sup>. E tuttavia Teubner non intende risolvere la questione del diritto riflessivo con il proceduralismo habermasiano che anzi è ritenuto come un discorso troppo astratto e poco praticabile. La prospettiva del diritto riflessivo, infatti, offre l'idea di un diritto che si erge non a strumento di regolamentazione diretta del comportamento sociale, bensì a strumento destinato a regolare unicamente l'organizzazione, le procedure e la redistribuzione delle competenze all'interno della società.

In sostanza, il diritto riflessivo regola il sistema sociale in quanto regola se stesso e regola se stesso in quanto combina le operazioni fondamentali del discorso autopoietico (autonomia, esternalizzazione, coordinamento) e, superando la chiusura luhmannina, costituisce le proprie componenti accoppiando eventi comunicativi dotati di senso generale (e quindi provenienti dall'esterno) con comunicazioni particolari che sono specifiche del proprio sistema.

In definitiva, l'approccio del diritto riflessivo parte dalla considerazione che vi sia un gap tra le richieste sociali e la legislazione. Infatti, mentre le pretese sociali sono sempre più veloci e pressanti, l'intervento legislativo è limitato dal formalismo e dalle procedure, nonché dalla dogmatica che deve sistematizzare l'elaborazione legislativa. Questo squilibrio non si risolve né con il diritto sostanziale, né con la formula americana del diritto responsivo che tenta di coniugare l'elemento partecipativo con quello dello "scopo" attraverso un programma di intervento giuridico. La soluzione a questa crisi proviene da un diritto che rispetti l'autonomia dei sottosistemi e utilizzi meccanismi indiretti di regolamentazione, indicando una cornice esterna e consentendo alle irritazioni sociali, che assumono la forma di eventi comunicativi, generali e particolari, di istituire le nuove regole giuridiche.

Quest'aspetto è stato ben evidenziato anche da Vincenzo Ferrari che, sul punto, così ha scritto: *"meno scontata e condivisa è oggi, naturalmente, l'opinione sul diritto della società post-assistenziale, che si va configurando nella crisi - vera o supposta - del Welfare State. Ad alcuni esso appare al contempo strumento e frutto dell'incessante negoziato fra le parti sociali [...]. Ad altri esso pare piuttosto uno strumento di azione sociale dall'alto, di regolazione più o meno autoritativa, "riduttiva della complessità" attraverso il meccanismo ineluttabile che è legato alla struttura binaria della logica giuridica [...].*

---

<sup>30</sup> A. FEBBRAJO, C. PENNISI, *Introduzione*, in: G. TEUBNER, *Il diritto come sistema auto poietico*, cit. p. XI. Si veda anche G. TEUBNER, *Juridification: Concepts, Aspect, Limits, Solutions*, in: G. TEUBNER, *Juridification of Social Spheres*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 34-40.

*In fine vi è chi cerca di mediare fra le posizioni estreme, ravvisando nel diritto odierno un carattere "riflessivo", per cui esso fungerebbe da quadro esterno, rigido nei suoi confini ultimi ma elastico al suo interno, che fornisce modelli per «decidere su decisioni, regolare regolamentazioni, stabilire premesse strutturali per future decisioni in termini di organizzazione, procedure e competenze»<sup>31</sup>.*

In ultima analisi, dunque, sostenere che il diritto regola la società in quanto regola se stesso, significa affermare che il diritto, attraverso i meccanismi di autopoiesi graduale, si produce, si osserva e svela la sua identità lasciandosi filtrare (perturbare) da informazioni esterne, che hanno la forma di comunicazioni di senso generale. Così facendo il diritto va a regolare non soltanto se stesso ma anche i sistemi sociali da cui tali informazioni provengono. L'autopoiesi graduale, così come prospettata da Teubner, si erge a specchio del diritto, perché consente al diritto di prodursi e di conoscersi e, attraverso queste operazioni, di regolare la società, conoscendola e riflettendola. Ciò che la sociologia chiama diritto riflessivo inerisce ad un discorso concreto, ad un diritto che proviene da ipercicli comunicativi e normativi che non s'impongono alla società, ma che si lasciano pervadere da essa attraverso una nuova apertura tra sistemi sociali ed ambiente. È l'incontro/scontro tra sistema-diritto e sistemi sociali, in una dialettica senza fine, a determinare il diritto stesso che, non provenendo dall'alto, né da procedure astratte, (si) riflette e riflette questi meccanismi sociali d'irritazione. È da questo nuovo modo di conoscere il diritto che si produce il vero diritto.

### 3.

Ho provato, sinora, attingendo in parte alla sociologia e in parte alla filosofia, a ricostruire la categoria della riflessività del diritto come risposta alla crisi del diritto. Si tratta, tuttavia, e come anticipato all'inizio di quest'articolo di una categoria che Teubner concepisce e sviluppa all'interno del contesto della teoria sistemica e che non tiene conto dell'individuo e della sua partecipazione ai momenti procedurali e decisionali del diritto. Teubner ci consegna l'idea di un diritto determinato da un'autopoiesi graduale, che si sviluppa attraverso perturbazioni sociali e che, in ultima analisi, *riflette* ed è *riflesso* della società da cui proviene.

---

<sup>31</sup> V. FERRARI, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 212-213.

La riflessività del diritto, però, va oltre: non soltanto il diritto si riflette nei sistemi sociali e si svela, si riconosce e, dunque, si produce, perché conoscenza è comunicazione e produzione del diritto; riflessività del diritto significa anche che il diritto, oltre ad essere oggetto riflesso, diviene esso stesso specchio della società, la quale, per via del senso generale che sta alla base di ogni evento comunicativo e quindi anche dell'atto giuridico, deve riflettersi nel diritto e riconoscersi in quei valori che le regole esprimono.

Insomma, l'autopoiesi graduale consente di pensare ad una sorta di doppia riflessività, ovvero ad un diritto che si riflette e si conosce nei sistemi sociali da cui proviene in base alle irritazioni che riceve ma, nel contempo, anche ad un diritto che riflette proprio quei sistemi sociali da cui si lascia pervadere.

Non può esserci alcun distacco tra diritto e società ed uno dei possibili modi di comprendere il loro legame è proprio la riflessività.

Tuttavia, ciò non è ancora sufficiente.

Una delle maggiori critiche che filosofi e sociologi hanno rivolto prima a Luhmann e poi a Teubner ha riguardato la completa indifferenza all'individuo e ai suoi problemi<sup>32</sup>: l'impianto teorico elaborato da Luhmann appare astratto e privo di qualsiasi attenzione all'individuo e ai suoi bisogni. Lo stesso Luhmann, d'altronde, ebbe a precisare che i sistemi non devono essere confusi con gli individui e che l'unica aspettativa umana che può essere presa in considerazione dalla teoria

---

<sup>32</sup> In realtà in *Il diritto come sistema autopoietico* (G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico, cit.*) Teubner ha tentato di "recuperare" l'individuo, rispondendo alle critiche ricevute a proposito del suo diritto senza soggetto. Egli ritiene che nell'iperciclo e nella cd. autopoiesi graduale il soggetto umano, inteso come costruito sociale, diviene un soggetto di imputazione "socialmente irrinunciabile, allo scopo di costituire le azioni, sulla base delle comunicazioni" ed inoltre, "il sistema sociale viene perturbato dagli irrequieti sistemi psichici". In: G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico, cit.*, p. 66. Tuttavia, poco dopo, completando l'elaborazione della categoria del diritto riflessivo, Teubner è costretto ad ammettere che "i sistemi sociali comunicano soltanto sull'uomo e sulla natura, non con essi". In: G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico, cit.*, p. 124. In sostanza, anche se Teubner tenta di rispondere alle critiche ricevute, de-centralizzando l'individuo, la realtà giuridica di cui egli parla è costruita dai sistemi sociali comunicanti e gli individui appaiono quasi come dei concorrenti di tali sistemi ed irrilevanti ai fini della costruzione della comunicazione giuridica.

sistemica è il bisogno di sicurezza<sup>33</sup>. Il rischio, però, è che la teoria sistemica finisca per diventare una tautologia o per fallire, ancorando la validità delle strutture giuridiche a fattori formali e svincolandole completamente dai valori individuali e dalle ragioni che spingono gli uomini ad osservarle, a mutarle o ad eliminarle dall'ordinamento<sup>34</sup>.

Ecco perché ritengo che la teoria sistemica anche nella versione più moderata di Teubner, ossia in quella costruita con l'autopoiesi graduale, debba essere verificata non nella sua astrattezza, ma riferita ai bisogni concreti dell'individuo. E la stessa idea di riflessività del diritto, per essere valida, non può prescindere dagli uomini: se il diritto riflette<sup>35</sup> la società e, allo stesso tempo, si riflette nella società, significa che, su un piano non astratto, gli individui che fanno parte di quella società vengono riflessi dal diritto e, a loro volta, riflettono il diritto stesso.

Ecco l'ipotesi che vorrei sperimentare: partendo proprio da questa indifferenza che sia Luhmann che Teubner accordano immeritabilmente all'individuo, verificare se la riflessività, oltre a poter fornire adeguate risposte alla *regulatory crisis*, possa anche costituire la giusta mediazione tra individuo e diritto, svelando l'identità dell'individuo nella sua partecipazione ai processi formativi della regola e di applicazione della stessa, ossia di soggetto che si costituisce e si completa attraverso un diritto che non si limita ad osservare passivamente ma che contribuisce a creare. L'esperienza umana, in ogni suo momento rilevante, nei suoi slanci di desideri e delusioni, nelle sue certezze, insicurezze e fragilità è riconducibile ad un immaginario normativo, sia

---

<sup>33</sup> Esiste un tipo d'uomo, per Luhmann, che "è capace di controllare i propri mezzi espressivi, e di accettare i valori generalmente riconosciuti, assumendo una posizione conformista e sicura in ogni situazione". In A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, cit., p. 156.

<sup>34</sup> Sul punto si veda anche B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il 'tragico' del moderno*, Bulzoni, Roma, 1996 che critica proprio l'impersonalità del modello luhmanniano che crea un diritto senza soggetti.

<sup>35</sup> In questo periodo il verbo "riflettere", in tutte le sue forme, viene utilizzato anche come sinonimo del verbo conoscere. L'idea di base è che la riflessività costituisce un'esperienza di conoscenza di se stessi e dell'altro, di svelamento dell'identità, che appare nella sua parte più intima e profonda e che dunque si costituisce e perciò si conosce nell'atto speculare stesso. E ciò vale sia per l'individuo che si pone dinanzi allo specchio e sia per il diritto che si costituisce e si conosce soltanto quando si riflette negli individui di cui incarna i valori e che perciò lo rispettano e lo applicano.



che esso abbia un valore sociale e riconosciuto, sia che si riferisca ad aspetti ed esperienze private, prive di qualsivoglia validità sul piano collettivo<sup>36</sup>. Sotto un diverso profilo, la riflessività rivela l'essenza stessa del diritto che, lungi dall'essere un'insieme di norme astratte e generali, la cui validità è affidata ad un mero formalismo, si rivela e si conosce attraverso l'individuo esprimendone e traducendone i bisogni ed i valori e ponendosi come ultimo ed invalicabile limite i diritti fondamentali degli individui stessi.

Questo discorso si riferisce, innanzitutto, all'individuo, colto nel suo incessante sforzo di andare verso l'altro, per riconoscere se stesso e i suoi simili.

Diventare persona non significa soltanto andare incontro all'altro, tendergli la mano, riconoscere il lui il mio analogo avente gli stessi diritti e le stesse prerogative. Diventare persona significa anche sviluppare una coscienza giuridica consapevole e responsabile che consenta la partecipazione al discorso pubblico che istituzionalizza le decisioni giuridiche e le norme. Ed è proprio questa partecipazione consapevole che unisce ragion pratica e volontà sovrana, diritti dell'uomo e democrazia<sup>37</sup> ad identificare il potere politico con la volontà collettiva di un popolo ovvero di persone titolari di diritti soggettivi inviolabili. La volontà collettiva delle persone che si esprime in leggi universali ed astratte opera in maniera tale da escludere tutti quegli interessi non generalizzabili per includere unicamente quelle richieste razionali che riconoscono la libertà e l'autonomia di tutti i partecipanti. La regola finale, in sostanza, sarà l'espressione di questo nuovo nesso tra sovranità popolare e diritti fondamentali, divenuti "*condizioni discorsive di un processo [...] di formazione dell'opinione e della volontà*"<sup>38</sup>. Ed ecco allora che non mi pare più sufficiente parlare di coscienza giuridica, ma diventa più appropriato, per il discorso che sto conducendo, parlare di 'coscienza giuridica riflessiva', intendendo con quest'espressione la possibilità che, essendo la norma finale il risultato di un procedimento di costruzione del mondo giuridico da parte di coscienze sociali comunicanti, ovvero rappresentando l'azionabilità giuridica dei diritti fondamentali e, nel contempo, lo sforzo estremo di tutelarli e

---

<sup>36</sup> Anche l'esperienza affettiva, amicale ed amorosa, ad esempio, può ricondursi a "regole" che gli amici e gli amanti possono stabilire e condividere, senza per questo sminuire o privare lo slancio affettivo della sua libertà.

<sup>37</sup> Si veda J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, edizione italiana (a cura di) L. CEPPEA, Einaudi, Torino, 2007.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 85.

proteggerli, i partecipanti al procedimento formativo della regola non potranno che riflettersi in essa, ravvisando nei suoi contenuti e nelle sue prescrizioni quei valori etici e morali che appartengono a chi ha posto la norma.

Per spiegare meglio la categoria della 'coscienza giuridica riflessiva', ritengo opportuno individuare le condizioni necessarie affinché si possa giungere ad essa, ossia le condizioni della sua esistenza:

- il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, intesa non come cittadino, ma come essere umano avente una sua dignità intangibile<sup>39</sup>, e, dunque, la loro azionabilità e tutela attraverso istituzioni, norme e strutture giuridiche che puniscono ogni attentato, lesione e limitazione di tali diritti;

- l'esistenza di una coscienza giuridica intesa come partecipazione razionale a quegli eventi comunicativi che si rivelano produttive di comunicazioni giuridiche. Tale coscienza, da un lato esprime proprio l'esercizio dei diritti fondamentali, ovvero della libertà e dell'autonomia degli uomini che, proiettando i loro diritti verso il bene della collettività, legittimano il potere politico<sup>40</sup>, e, da un altro lato, concretizza la tutela di questi diritti fondamentali, giacché le norme che si producono nel discorso pubblico dovrebbero offrire tutela ai diritti fondamentali dei partecipanti al discorso;

- una volta che la regola giuridica viene prodotta all'interno di queste procedure comunicative cicliche, i partecipanti al discorso giuridico possono riconoscere la norma ed obbedirle non per timore, né per scelta personale di obbedienza o per calcolo strategico di non incorrere in punizioni, ma perché la regola così prodotta contiene quei valori, quei diritti e quegli ideali etici e morali che l'opinione generale e la volontà maggioritaria ha inteso recepire in norme generali ed astratte.

Coscienza giuridica riflessiva, perciò, significa che ciascuna persona che partecipa alla procedura comunicativa di costruzione della norma può riflettersi nella regola finale così determinata, perché individua nella stessa quelle ragioni, quelle opinioni e quei diritti di cui è portatrice e intorno ai quali ha argomentato razionalmente all'interno delle procedure istituzionalizzate di formazione giuridica.

---

<sup>39</sup> Sul punto si rimanda a P.F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, ESI, Napoli, 2005.

<sup>40</sup> Qui i diritti fondamentali sono intesi alla maniera habermasiana, ovvero come "condizioni costitutive di un'auto-limitantesi prassi di formazione pubblicamente discorsiva della volontà". In: J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica, cit.*, p. 87.

In altri termini, la *coscienza giuridica riflessiva* consente a ciascuno di rispettare una norma perché essa fornisce una valida ragione dell'azione umana<sup>41</sup>, ovvero la possibilità di riconoscersi nella regola e di riflettersi in essa perché portatrice di quei valori che appartengono a chi ha determinato la regola stessa e perché capace di tutelare i diritti fondamentali di ogni individuo.

La *coscienza giuridica riflessiva* si riferisce a 'persone' che, accanto ad un'identità individuale, hanno conquistato un'identità sociale riflessiva, ovvero la capacità di riconoscere dialogicamente l'altro con il quale ricreare e rimodellare la società. Tuttavia questa condizione, seppur fondamentale, non è sufficiente, giacché l'esperienza sociale che spinge l'uomo ad uscire dalla sua autoreferenzialità e dalla sua natura meditativa proiettandolo nella sfera sociale dove ciascuno può esprimere la sua personificazione sociale deve potersi istituzionalizzare mediante strutture adeguate e riconosciute dalla collettività. In sostanza, una volta che l'individuo è uscito dalla sua coscienza meditativa e, incontrando l'altro, esprime la sua socialità ovvero la sua capacità di trasformare la società, deve poter "usufruire" di adeguate strutture socio-politiche e giuridiche capaci di recepire l'ormai emersa coscienza identitaria sociale e di darle la forma finale della regola giuridica, universalmente riconosciuta<sup>42</sup>.

I passaggi fondamentali per arrivare alla *coscienza giuridica riflessiva* sono dunque due: l'emergere della coscienza sociale e la partecipazione di questa nuova coscienza a momenti di reciproca irritazione sociale che possano essere poi convogliati in procedure istituzionalizzate che conferiscono la forma alla regola giuridica finale<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

<sup>42</sup> Per chiarire meglio il passaggio dall'identità personale all'identità sociale, si veda M.S. ARCHER, *Riflessività e premure fondamentali*, in: L. GATTAMORTA (a cura di), *Riflessività e sé dialogico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 7-26.

<sup>43</sup> Voglio chiarire che la partecipazione alle procedure istituzionalizzate non viene qui intesa alla maniera habermasiana, o, per lo meno, non viene identificata puramente con il proceduralismo habermasiano, ma viene intesa secondo l'idea di Teubner, ovvero come la possibilità di dar vita, da parte delle realtà concrete sociali e del diritto, a reciproche irritazioni che possano risolversi nella costituzionalizzazione della pluralità. Riflessività, quindi, significa accettare l'idea di un diritto che sia determinato nella sua cornice, ma aperto e flessibile al suo interno, a cui viene affidato il compito di rispecchiare il nuovo pluralismo sociale e di consentire che da queste nuove razionalità venga fuori la regola di condotta che garantisca la reciproca autonomia di ciascun sistema. La

La coscienza sociale emerge quando l'individuo riconosce l'altro. Ma cosa significa riconoscere l'altro? Il riconoscimento, non inteso nella sua accezione più immediata di atto cognitivo, implica una "attribuzione di identità"<sup>44</sup> che può definirsi come "una relazione, cioè come un agire reciproco che sta (che si pone ed esiste solo) in un circuito relazionale complesso di dono-accettazione-contraccambio"<sup>45</sup>. L'aspetto relazionale ben evidenziato in questa definizione coglie anche i limiti della pur eccellente analisi condotta da Paul Ricoeur<sup>46</sup> che, secondo il Donati stesso, pur ritenendo che il riconoscimento si riferisca agli attori sociali (persone, enti, cose), non riesce a cogliere l'aspetto relazionale, limitandosi a definire il riconoscimento come "un atto (mentale) di un osservatore la cui mente, anziché essere attiva, si lascia, per così dire, agire dall'oggetto osservato"<sup>47</sup>.

Insomma il *quid pluris* che Donati sembra aggiungere al riconoscimento così come inteso da Ricoeur è la relazionalità che scaturisce da questo conoscere "ritornando riflessivamente su ciò che ci sembrava di conoscere, ma che non riconosciamo più o non riconosciamo in tutta la sua profondità o novità"<sup>48</sup>. (Ri-)conoscere non implica un semplice fatto o atto, ma richiama un intreccio relazionale che scaturisce da quell'atto. Questo tipo di riconoscimento è l'atto primordiale che fonda (e su cui si fonda) la socialità. Incontrare un caro amico dopo tanti anni e riconoscerlo significa percepire la familiarità di quella persona, nonostante il tempo trascorso, ed accordare la gratuità del dono dell'amicizia. È questo riconoscere gli altri non per soddisfare le proprie esigenze, ma per inserirsi in una rete di relazioni sociali che

---

partecipazione a procedure istituzionalizzate rappresenta l'ultimo livello della coscienza giuridica riflessiva, giacché il modello di Habermas appare troppo astratto e poco adatto ai sistemi politici non occidentali. Prima di consentire l'accesso alle procedure istituzionalizzate che determineranno la regola finale è necessario che gli individui, divenuti coscienze sociali, entrino in contatto tra loro con reciproche irritazioni e perturbazioni da cui possa originarsi la realtà giuridica finale che si traduce in una giuridificazione di questo pluralismo.

<sup>44</sup> P. DONATI, *Il riconoscimento dell'altro attraverso la riflessività familiare della ragione relazionale*, in: L. GATTAMORTA (a cura di), *Riflessività e sé dialogico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 27-44.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>46</sup> P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, edizione italiana (a cura di) P. DONATI, e E. SCABINI, Cortina, Milano, 2005.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>48</sup> P. DONATI, *Il riconoscimento dell'altro [...]*, *cit.*, p. 33.

trasforma il diverso, il "non-familiare" in identico ed in "familiare" a fondare la società. Ed infatti la difficoltà di riconoscere l'altro costituisce uno dei temi più cruciali delle contemporanee società multiculturali<sup>49</sup>. Il non voler accordare all'altro una posizione egualitaria a quella che io rivesto all'interno della società dove sono nato, cresciuto e dove ho un mio ruolo sociale ed un'identità riconosciuta dai miei simili, significa rifiutarsi di riconoscere in capo all'altro le relazioni sociali che invece riconduco a me stesso<sup>50</sup>. Gli scambi sociali identificano il mio sé perché non si traducono in un vacuo appagamento di esigenze personali, ma nella volontà di "includere l'altro"<sup>51</sup> in una rete sociale che trasforma la

---

<sup>49</sup> Sul punto Kymlicka ha scritto che "l'identità nazionale è basata sull'appartenenza e non sull'acquisizione [...] sebbene l'acquisizione giochi un ruolo nella percezione degli individui delle loro identità, ad un livello superiore il senso della nostra identità dipende dai criteri di appartenenza più che sull'acquisizione". In W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 157.

<sup>50</sup> Penso, ad esempio, alla questione del velo islamico cui facevo riferimento già nel paragrafo precedente e alla istanza delle donne islamiche di indossare il velo nei paesi occidentali ove vivono. Il riconoscimento dell'altro potrebbe paradossalmente passare attraverso uno strumento che, apparentemente, si pone come una barriera al contatto umano e relazionale. Eppure se le donne islamiche rivendicassero il loro diritto ad indossare il velo argomentando che lo stesso è una componente costitutiva della loro identità e non un'imposizione esterna da parte dei padri, mariti, fratelli, allora anche il velo potrebbe diventare un mezzo per aprirsi all'altro e per accordargli quella familiarità che consente di superare le diversità.

<sup>51</sup> Espressione inserita tra virgolette perché richiama l'opera, ben nota, di Jürgen Habermas: J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, traduzione italiana (a cura di) L. Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998. Nel suo saggio il filosofo tedesco s'interroga sulla possibilità di non discriminare le minoranze culturali che vivono nelle grandi società multiculturali moderne. Per non discriminare l'altro, occorre che praticare un'inclusione sensibile delle differenze, realizzabile solo a patto che la cultura di maggioranza non si confonda con la cultura generale, condivisa dalla maggior parte dei cittadini. Principio ripreso anche da Ronald Dworkin nel suo saggio *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano, 2007, ove il filosofo americano riflette sul modello americano, osservando che spesso si ritiene "democratico" ciò che è condiviso dai più e non ciò che è meglio per tutti, minoranze etniche, culturali e religiose comprese. L'esempio è quello dei trattamenti e dei metodi utilizzati nella prigione di Guantanamo durante il governo Bush a cui la maggioranza degli

coscienza personale di ciascuno in coscienza sociale. Ed allora il riconoscimento dell'altro diventa il presupposto necessario per poter realizzare la seconda condizione che la *coscienza giuridica riflessiva* richiede: la partecipazione a momenti di irritazione sociale dai quali si genera un pluralismo che confluirà in procedure istituzionalizzate di formazione della regola. Soltanto il riconoscimento dell'altro e la sua inclusione all'interno di un circuito di relazioni che fondano e trasformano la società consente di pensare che l'*Alter*, ormai riflesso del mio sé nel grande specchio del mondo, può partecipare insieme a me ad un discorso istituzionalizzato dal quale proviene la regola che, riconoscendo e tutelando i diritti fondamentali di chi l'ha posta, determina anche la condotta che è richiesta ai suoi destinatari.

La seconda condizione della *coscienza giuridica riflessiva* si attua definitivamente allorché le perturbazioni sociali che si innescano nel confronto/scontro tra coscienze sociali vengono canalizzate in procedure istituzionalizzate.

Il diritto ha bisogno – ed oggi più che mai – di consenso e di potere sociale che si manifestano nel canone della ragionevolezza, ovvero nella coordinazione e cooperazione dell'azione umana che confluisce nella partecipazione razionale a procedure e processi decisionali. Sarà solo questa partecipazione a garantire e conferire forma e legittimazione all'autorità<sup>52</sup>.

Cosa significa dunque *coscienza giuridica riflessiva*? Che in un gioco speculare, la regola dovrebbe fungere da specchio per l'individuo e, dunque, dovrebbe poter proiettare i valori, i bisogni sociali ed, in ultima analisi, i diritti dell'individuo, sì da fungere da specchio dell'intero

---

Americani prestava il proprio consenso, celandosi dietro il fantasma della sicurezza nazionale. Le decisioni di una democrazia, al contrario, dovrebbero provenire da un dibattito inclusivo-consultivo, ove ciascun partecipante, anche se appartenente ad una minoranza, può liberamente argomentare le sue pretese ed ottenere che le stesse siano recepite da norme generali ed astratte allorché vengano approvate dalla maggioranza dei partecipanti al discorso razionale.

<sup>52</sup> Sul punto Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria hanno precisato che “*i cittadini che partecipano all'impresa comune debbono in qualche modo contribuire all'istituzione dell'autorità e a controllarne i modi di esercizio. [...] ogni regola – ai fini di ridurre l'incertezza e di consentire un perseguimento ragionevole dell'obiettivo del gioco – ben più che di coazione esteriore e di utile immediato, ha necessità di consenso e di convinta partecipazione*”. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 150.

ordinamento (ovvero da specchio che proietta il modo d'essere di un ordinamento); da un altro lato, se riflettere significa anche ragionare – in un'accezione più estesa del semplice pensare e/o meditare – allora la *coscienza giuridica riflessiva* dovrebbe riferirsi anche alle modalità razionali con cui l'individuo partecipa al processo formativo di una regola, accedendo alle procedure legislative, fondate sugli eventi comunicativi e su condizioni di reciprocità.

L'agire razionale dell'individuo, ormai persona, ovvero sé che ha riconosciuto l'*alter* ammettendolo a partecipare a quell'intreccio di relazioni che fonda la società e che costituisce il substrato del discorso istituzionalizzato cui ciascuno, indipendentemente dalla propria appartenenza etnica, culturale e religiosa, dovrebbe poter partecipare per difendere le proprie pretese ed i propri diritti. La *coscienza giuridica riflessiva* diventa così il *trait d'union* tra la regola giuridica cui ciascuno dovrebbe prestare la propria obbedienza e il sé calato nella rete di relazioni sociali che rappresenta il primo livello per l'istituzionalizzazione di procedure formative della norma.

È la *coscienza giuridica riflessiva* ad esprimere questa riflessività che forma l'individuo, facendolo riemergere dalla sua coscienza auto-referenziale e calandolo in un contesto relazionale partecipativo, fondato sul riconoscimento dell'altro e sulla possibilità di accedere a procedure di formazione delle regole basate sul consenso ottenuto razionalmente.

E più che mera riflessività, a me pare che trattasi di doppia riflessività, nel senso che il soggetto, ormai coscienza sociale, che riconosce e si riconosce (nel)l'*alter*, partecipando ad un discorso istituzionalizzato produttivo delle regole giuridiche, si riflette nella norma finale portatrice e referente di valori, principi e diritti che sono stati espressi all'interno di una procedura istituzionalizzata. Allo stesso tempo, tuttavia, la regola finale, proprio perché non è l'espressione di una "democrazia maggioritaria"<sup>53</sup>, né è imposta da una *vis coattiva* esterna, ma deriva da eventi comunicativi cui partecipano tutti i partecipanti, riconoscendosi reciprocamente, si presenta come la costruzione di un nuovo mondo caratterizzato da comunicazioni giuridiche che esprimono i diritti fondamentali e le istanze sociali maggiormente meritevoli di tutela. Insomma, la regola finale regola la

---

<sup>53</sup> Qui nell'accezione di Ronald Dworkin utilizzata dal filosofo americano. In: R. DWORKIN, *Una democrazia possibile [...]*, cit., in cui l'autore si riferisce ad una democrazia che esprime la volontà della maggioranza, senza tener conto della volontà delle molteplici minoranze e senza dunque concedere la possibilità che tali minoranze possano esprimere anche la loro voce discordante.

società in quanto regola se stessa<sup>54</sup> e riflette il soggetto che l'ha posta, con i suoi valori, la sua morale, il suo bagaglio culturale, etico, religioso.

Come ha scritto Fabio Ciaramelli, *"le norme sociali diventano espressamente giuridiche, nel momento in cui smettono di essere vissute come l'esito di una produzione "muta" e irriflessa, e diventano invece il risultato di un agire collettivo istituzionalizzato"*<sup>55</sup>. La coscienza giuridica riflessiva in senso pieno consente di istituire un nuovo individuo ed un nuovo diritto, perché come ha scritto Bobbio, le norme *"sono esse stesse prodotte di comportamenti, cioè appartengono allo stesso universo della condotta umana in società cui appartengono i comportamenti che esse regolano"*<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Espressione mutuata da Teubner che così scrive: *"il diritto regola la società in quanto regola se stesso"*. In: G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., p. 95.

<sup>55</sup> F. CIARAMELLI, *L'immaginario giuridico della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 24.

<sup>56</sup> N. BOBBIO, *Norma* in: *Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, Torino 1980, p. 898 (ripubblicato in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Einaudi, Torino, 1994).