

Biblioteca Studio
19
CEISO R. CAMPILONGO
ADVOCADO
Tel. (011) 277.00.28 277.81.71
Fax (011) 277.34.84

Titoli originali

- E.-W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*
© 1991 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
- J. Elster, *Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea*
© 1991 Jon Elster
- D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*
© 1991 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
- D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*
© 1994 Dieter Grimm
- J. Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*
© 1996 Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main
- S. Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*
© 1988 Cambridge University Press, Cambridge
- N. Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*
© 1990 Niklas Luhmann

© 1996 Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino

Traduzioni di Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriella Silvestrini

ISBN 88-06-14185-6

Il futuro della costituzione

a cura di
Gustavo Zagrebelsky
Pier Paolo Portinaro
Jörg Luther

Einaudi

la continua rielaborazione delle radici costituzionali dell'ordinamento che ci è imposta nel presente dalle esigenze costituzionali del futuro.

La dimensione storica del diritto costituzionale non è allora un accidente inessenziale, qualcosa soltanto che soddisfa il nostro gusto per le antichità o la curiosità verso le realizzazioni dello spirito umano. Potrebbe essere un elemento costitutivo del diritto costituzionale attuale, ciò che gli consentirebbe di dare un senso alla sua opera nel tempo in cui la scienza del diritto costituzionale si decidesse a prendere atto che non esiste più alcun padrone che richiede di essere servito, al contrario di quello che accadeva una volta.

La costituzione come acquisizione evolutiva

di Niklas Luhmann

I.

Poche conquiste della civilizzazione moderna sono il risultato di una pianificazione intenzionale quanto le costituzioni di cui gli stati moderni si sono dotati a partire dalla fine del Settecento. Se questo è vero, come si può parlare allora di evoluzione? Tutte le descrizioni dell'evoluzione ce le presentano come «cieca» o comunque non come una trasformazione orientata a una meta bensì come il risultato dell'elaborazione di spinte occasionali. Ammesso e non concesso che nella evoluzione socioculturale le intenzioni degli attori giochino un ruolo¹, di fronte a un autentico processo evolutivo il loro significato non può essere occasionale. Può darsi che gli attori si lascino guidare da criteri razionali, ma ciò non consente di inferire la razionalità del risultato complessivo, sempre che - ripeto - si sia di fronte a un autentico processo evolutivo.

I giuristi, pur tendendo piuttosto a considerare la costituzione come oggetto di una pianificazione, sono oggi assai più propensi a ritenere che la pianificazione della costituzione non si esaurisca in un unico evento, ma anzi necessiti di una continua opera di revisione interpretativa e, se del caso, totale. I sociologi tendono piuttosto a ridimensionare il momento della creazione intenzionale e, non senza indulgenza, a denunciarne l'illusorietà sul piano della concretizzazione dei fatti. Di qui, sono spinti a concettualizzare in una prospettiva di teoria dell'evoluzione.

Pianificazione o evoluzione - è possibile agevolare la scelta tra le due alternative se ci si interroga sulla reale *novità* dei progetti che si è cercato di realizzare nella forma giuridica di una costituzione.

Secondo una concezione diffusa e a quanto pare incontestata,

¹ Cfr. a questo proposito soltanto S. Toulmin, *Kritik der kollektiven Vernunft*, Frankfurt am Main 1978.

le costituzioni nel senso moderno del termine nascono soltanto nel Settecento. I loro contemporanei constatano la novità del concetto in relazione alla Rivoluzione francese. Arthur Young riferisce dalla Francia su questa nuova espressione «constitution... which they use as if a constitution was a pudding to be made by a receipt»². Il Settecento ha chiaramente modificato il senso di questo concetto e le aspettative a esso collegate – così come ha fatto con molti altri concetti della semantica sociale e politica. Anche su questo vi è un diffuso consenso³. Con un'analisi approfondita delle questioni di politica dei concetti e di innovazione semantica, si può facilmente riconoscere come i mutamenti rivoluzionari giustificano usi linguistici innovativi⁴. In questi casi un'evidenza improvvisa, legata alla situazione (*situativ*), aiuta ad affermare nuove distinzioni, nuovi concetti o anche solo un tacito mutamento dei significati tramandati. Viceversa, l'analisi dei testi giuridici che, ben prima della svolta rivoluzionaria degli ultimi tre decenni del Settecento, svolgevano una funzione semicostituzionale, finisce per togliere tale impressione di novità evidenziando come già da sempre fosse presupposto quello che ora resta solo da formulare in modo esplicito⁵. In termini ancora più netti, tale constatazione vale per le trasformazioni dei diritti individuali del singolo di fronte a confische massicce, a restrizioni politiche e religiose della libertà di stampa, a limitazioni consistenti del suffragio e soprattutto al persistere della schiavitù⁶. Chiaramente il *Bill of*

² Citato da *The Oxford English Dictionary*, Oxford 1989², III, p. 790.

³ Cfr. soltanto D. Grimm, *Entstehung- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, in «Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages», Frankfurt am Main 1987, pp. 46-76; Id., «Verfassung», in *Staatslexikon*, V, Freiburg 1989², col. 633. Di altra opinione, sulla base della traduzione latina di *politéia* con *constitutio* (ma che non era stata mai adottata nella terminologia specificamente giuridica), G. Maddox, *A Note on the Meaning of «Constitution»*, in «American Political Science Review», LXXVI (1982), pp. 805-809; Id., *Constitution*, in T. Ball, J. Farr e R. L. Hanson (a cura di), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge 1989, pp. 50-67.

⁴ Ad esempio nel senso del dibattito suscitato da Quentin Skinner. Cfr. J. Tully (a cura di), *Meaning and Kontext: Quentin Skinner and his critics*, Princeton N.J. 1988; e soprattutto Q. Skinner, *The Foundation of Modern Political Thought*, Cambridge 1978, trad. it. *Le origini del pensiero politico moderno*, Bologna 1989; T. Ball e J. G. A. Pocock (a cura di), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence Kans. 1988; Ball, Farr e Hanson (a cura di), *Political Innovation and Conceptual Change* cit.

⁵ Cfr. a questo proposito D. S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge La. 1988, che dichiara: «Independence required that the implicit constitutional developments of the colonial era be expressed in working constitutions, first at the state level and then at the national level» (p. 69).

⁶ A questo proposito, con molto materiale, F. Macdonald, *Novus Ordo Seclorum*, Lawrence Kans. 1985.

Rights descrive la situazione giuridica esistente e non introduce alcunché di nuovo. Per esprimersi con Gerald Stourzh⁷, si potrebbe aggiungere che alla fondamentalizzazione dei diritti individuali avviata nell'Inghilterra del Seicento seguirà semplicemente la loro costituzionalizzazione. È perciò inutile insistere nel cercare la novità nei contenuti della regolamentazione costituzionale, cioè nella loro tematica, ad esempio la tutela dei diritti individuali mediante la limitazione del potere statale⁸. Proprio in Gran Bretagna, che non si dà una costituzione in questo senso, tale connessione era stata da sempre sottolineata. Non ci si può dunque esimere da un'indagine rigorosa sulla reale novità del concetto di costituzione.

Innanzitutto, dalla storia della parola e del concetto emergono varie tradizioni. In generale⁹ (se necessario torneremo più tardi sui particolari) si può distinguere un uso linguistico giuridico da un uso etico-politico o giusnaturalistico, usi provenienti da tradizioni diverse. Nella giurisprudenza, il titolo *constitutio* si riferisce a decreti di diritto positivo che hanno forza di legge, ovvero ciò che in inglese può anche essere chiamato *ordinance* o *statute*. Nel linguaggio politico, *constitutio/constitution* è la costituzione corporea sia dell'uomo singolo sia del corpo politico. La costituzione del corpo, secondo un uso linguistico tuttora in vigore, è valutabile alla luce del criterio sano-malato. Il che ha chiaramente stimolato dissidenti e movimenti settari a colpire la Chiesa o lo Stato attaccandone le rispettive costituzioni. Con le turbolenze religiose e politiche dell'Inghilterra del Seicento, quest'uso linguistico si è normalizzato senza tuttavia tradursi in una forma giuridicamente utilizzabile. A partire dall'*Union*, dal Regno Unito, l'ordinamento politico inglese è definito come *constitution*. Termine che però solo in modo generico corrisponde al diritto vigente.

Posto che in discussione sia l'innovazione linguistica prodotta dalla Rivoluzione americana prima e da quella francese poi, è certo sostenibile l'ipotesi secondo cui le due tradizioni, quella pro-

⁷ *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaats*, Wien 1989, pp. 31-32 e 89.

⁸ Tale concezione venne sostenuta soprattutto nella prima metà di questo secolo. Cfr. inoltre ancora G. Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in «American Political Science Review», LVI (1962), pp. 853-64.

⁹ A tale riguardo assai prezioso è G. Stourzh, *Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century*, in Ball e Pocock (a cura di), *Conceptual Change and the Constitution* cit., pp. 35-54; Id., *Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., pp. 1 sgg.

JURIDICA → de. positio
(constitutio)

D/P
D/P
 priamente giuridica e quella politica, finiscano per confondersi. Parlando di constitution si pensa allora a un testo giuridico che fissa anche la costituzione politica di uno stato. Terminologia giuridica e terminologia politica si compenetrano dal momento in cui si ha a che fare con una nuova fissazione giuridica dell'ordine politico e si considera l'ordine politico come ordinamento giuridico. Per l'America si aggiunge il fatto che, sino alla fine del Settecento, sul piano locale non esisteva altra amministrazione al di là dei tribunali, giustificando così la distinzione tra *judge* e *jury* (il che spiega il grande interesse per i *juries*) ma non quella tra politica e diritto o tra amministrazione e giurisdizione¹⁰. In altre parole, politica e diritto appaiono come un sistema e il diritto come la forma di reazione agli inconvenienti politici, incluso il rischio di ricaduta nello stato di natura. In tal modo, sino alla Dichiarazione d'indipendenza americana, il cui evento è in qualche modo sorprendente, non occorre far altro che mantenere il concetto di *constitution* nell'indeterminatezza consueta, limitandosi a illuminare i malanni dell'Inghilterra¹¹. Il significato di *constitution* è costruito in modo esattamente speculare alla sua corruzione. Da questa angolatura, si spera nel legislatore e non si è neppure sfiorati dall'idea di distinguere la semplice legislazione dalla revisione della costituzione. Dal legislatore (però a sua volta corrotto) ci si attende una lotta permanente contro la corruzione della costituzione e perciò «is not every public law an innovation in our constitution»¹².

L'adozione del concetto di *constitution* per questioni di tale natura potrebbe essere una novità. Ma l'idea che la società possa tradursi in una forma giuridica o fondarsi su un contratto (*covenant, compact*), così come l'identificazione di *lex* e *imperium*, hanno una lunga tradizione. Potrebbe ben trattarsi di una sorta di riverniciatura linguistica – il cui pregio consiste non da ultimo nel creare la possibilità di denunciare determinati fatti come *unconstitu-*

¹⁰ Cfr. H. Hartog, *The Public Law of a Country Court: Judicial Government in Eighteenth Century Massachusetts*, in «American Journal of Legal History», xx (1976), pp. 282-329; W. E. Nelson, *The Eighteenth-Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, in «Michigan Law Review», LXXVI (1978), pp. 839-960.

¹¹ Tipico, e lo cito con l'intero sottotitolo, è J. Burgh, *Political Disquisitions: An Enquiry into Public Errors, Defects and Abuses Calculated to Draw the Timely Attention of Government and People to a Due Consideration of the Necessity and the Means, of Reforming those Errors, Defects and Abuses: of Restoring the Constitution, and Saving the State*, 3 voll., London 1774-75, ristampa New York 1971.

¹² Da un discorso di Lord Sandys citato da Burgh, *ibid.*, III, p. 303.

D/P
D/P
 tional. Il che dice ancora poco a chi avverte la necessità di localizzare con precisione la differenza tra semantica costituzionale vecchia e nuova.

D/P
D/P
 Le difficoltà aumentano se si mira a conoscere quali trasformazioni sociali abbiano prodotto un nuovo bisogno di senso e risultino idonee a fornire lumi sulle ragioni e i modi in cui sono andate modificandosi le idee correnti di *constitution*, di *fundamental law*, ecc. È appunto questa la questione che intendo ora approfondire. La mia tesi sarà che il concetto di costituzione, contrariamente a quanto appare a prima vista, è una reazione alla differenziazione di diritto e politica, anzi, con ancora più enfasi, alla totale separazione di entrambi i sistemi di funzioni e al conseguente bisogno di un loro riallacciamento.
D/P
94

D/P
D/P
 Tale tesi è in aperto contrasto con ciò che i fenomeni lasciano trasparire a prima vista. Per prevenire obiezioni occorre concedere in un primo momento tale contraddizione. Si è inoltre concordi nel ricondurre la nuova concettualizzazione sia agli Stati Uniti degli anni Settanta del Settecento¹³, sia alla Francia politicamente rivoluzionaria del 1789. Ciò determina il tenore delle interpretazioni. In America la rivoluzione viene fondata giuridicamente sull'idea ancora medioevale per cui al sovrano – qui il Parlamento londinese – non è lecito violare il diritto. Sotto la formula generale della sovranità, il principe, oggetto della resistenza, è sostituito dal Parlamento ora sovrano. Ma proprio il fatto di continuare a pensare il Parlamento in termini di rappresentanza popolare fa sorgere nuove difficoltà. La teoria della rappresentanza deve assumere nuove forme. È necessario distinguere tra il popolo come corpo collettivo e il popolo come corpo rappresentativo. Già prima del Settecento, gli Inglesi avevano preso atto della dislocazione della sede della sovranità, traendone tutte le conseguenze¹⁴. Cionondimeno, in occasione della formulazione di un testo costituzionale per gli Stati Uniti d'America, emerge l'interrogativo se e come un testo giuridico possa farsi carico del problema, dando ad esso una *forma costituzionale* e spogliandolo da ogni violenza. Si tratta di trasformare l'appena praticato diritto di resistenza del popolo contro il Parlamento in un ordinamento giuridico che escluda esattamente questa possibilità per i casi futuri. Parallelamente

¹³ Cfr. il rappresentativo G. S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill N.C. 1969, pp. 259 sgg.

¹⁴ Cfr. Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., pp. 37 sgg.

alla nuova idea di sovranità assoluta¹⁵ vengono rivalutati i diritti individuali¹⁶ con le garanzie legate alla separazione dei poteri. L'una cosa segue dall'altra – a indicare il fatto che, pur non potendosi più identificare politica e diritto, si tenta comunque di ricostruire la differenziazione in una gerarchia unitaria.

Anche in Francia la rottura dell'ordinamento giuridico, necessaria per l'atto costituente, può essere realizzata solo politicamente e anche questo predispone a una visione unitaria. I tentativi più radicali per rendere congruenti sistema giuridico e sistema politico si trovano nella giurisprudenza analitica dell'Ottocento (inefficace sotto entrambi gli aspetti), soprattutto in relazione a Bentham presso John Austin¹⁷. L'asse comune, che d'ora in poi esclude ogni differenziazione dei sistemi, consiste nella relazione tra il *command* sovrano (e perciò in definitiva arbitrario) e il *habit of disobedience* della popolazione governata¹⁸. Ma presto si rivela impossibile ogni tentativo di ricostruire teoreticamente su questa base l'autonoma complessità di diritto e politica (i *commands* possono essere emanati in modo reciprocamente indipendente). Anche in questo caso, in ultima analisi è la differenza piuttosto che l'unità a rivelarsi come il punto di partenza più fecondo.

In realtà, non è poi così profonda la novità che si cela dietro la precondizione di una rivoluzione del sistema politico travestita da rottura legale dell'ordinamento giuridico. Nel 1789, la Francia recepisce il concetto inglese di *constitution* insieme a tutte le sue imprecisioni e, su questa matrice, si limita semplicemente a discutere sulle dimensioni della ormai necessaria redistribuzione dei pesi. In America invece, in contrasto con la situazione giuridica inglese, si poneva l'accento sull'*unità del testo costituzionale redat-*

to in forma scritta¹⁹. Il che richiedeva una precisazione concettuale che introduceva una distinzione tra *constitution* e altro diritto, in aperto contrasto con l'uso linguistico inglese. Come capita spesso, anche in questo caso una distinzione consente di lasciare nell'indeterminatezza ciò che viene distinto. La costituzione non è altro che *questo* testo e nessun altro. Va aggiunto inoltre che l'*occasione* della rivoluzione politica²⁰ conduce alla pretesa di limitare giuridicamente le possibilità di azione di ogni organo dello Stato, quindi anche di piegare l'onnipotenza dello stesso Parlamento. Ciò fa scattare a sua volta effetti ulteriori e costringe a concludere che *la costituzione deve essere sovraordinata a ogni altro diritto*. Tale idea sembra essere sorta solo in seguito alla Dichiarazione d'indipendenza del 1776²¹. Essa deve essere dunque intesa come un'innovazione di origine politica all'interno dello stesso sistema politico: in passato, vi era certo l'idea di leggi particolarmente importanti e fondamentali, ma non l'idea che vi fosse una legge utilizzabile quale criterio di legittimità o illegittimità di tutte le altre leggi e atti giuridici. Tale posizione particolare trova peraltro la sua espressione nel fatto che la costituzione si pone a sua volta in relazione alle altre fonti del diritto e dispone di una regola di collisione nei casi di contrasto con queste²². La costituzione attribuisce a se stessa

¹⁹ Cfr. Wood, *The Creation of the American Republic* cit., p. 260.

²⁰ E non il puro fatto dell'*indipendenza*, come ha giustamente osservato Jefferson. Cfr. Th. Jefferson, *Notes on the State of Virginia* (1787), a cura di W. Peden, New York 1982, pp. 110 sgg.

²¹ Una delle primissime fonti è rappresentata da uno scritto di James Iredell, «Instructions to Chowan County Representatives...», del settembre 1783. Cfr. D. Higginbotham (a cura di), *The Papers of James Iredell*, Raleigh N. C. 1976, II, p. 449: «in a Republic where the Law is superior to any or all the Individuals, and the Constitution superior even to the Legislature, and of which the Judges are the guardians and protectors». Cfr. anche l'introduzione del curatore, nel vol I, p. xc. Già l'anno precedente tuttavia era stata emanata la prima sentenza che aveva dichiarato incostituzionale e quindi invalido l'atto del legislatore, ossia *Commonwealth v. Caton*, 8 Virginia (4 Call), p. 5. Viceversa, Jefferson ancora nel 1787 argomenta, smascherando così la finzione di un mandato costituente del popolo, che, in occasione dell'Indipendenza, il popolo aveva certo la necessità di un governo sovrano, ma non aveva dato in alcun modo un mandato tanto ampio da giustificare l'introduzione di un nuovo concetto di *constitution*, concetto che a sua volta rendeva inefficace per la costituzione la regola secondo cui in caso di collisione il nuovo diritto deroga al vecchio. Piuttosto, si deve procedere dall'antica concettualità (del diritto romano) che identificava *constitution* con *statute, ordinance, law*, ecc.: «The term *constitution* has many other significants in physics and in politics; but in Jurisprudence, whenever it is applied to any act of the legislature, it invariably means a statute, law, or ordinance, which is the present case». In relazione alla Costituzione della Virginia del 1776, cfr. Jefferson, *Notes on the State of Virginia* cit., p. 123.

²² Cfr. A. Hamilton, *The Federalist*, n. 78, Middletown Conn. 1961, pp. 521-24 (in part. pp. 525 sgg.), trad. it. *Il federalista*, Bologna 1980. Resta indecidibile, nonostante il considerevole dispendio di indagini, se e in quale misura questo testo corrisponda alle idee

¹⁵ Sulla teoria inglese coeva cfr. W. Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, I, cap. II (1765), citato dalla ristampa, Chicago Ill. 1979, pp. 142 sgg.

¹⁶ A questo proposito specialmente B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge Mass. 1967, pp. 184 sgg., con la sottolineatura del peculiare ritorno alla concezione giusnaturalistica di diritti individuali «inviolabili», pre-positivi, che dal legislatore possono essere solo riconosciuti ma non fondati – e naturalmente: devono essere riconosciuti.

¹⁷ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), citato dall'edizione di H. L. A. Hart, London 1954.

¹⁸ A. Watson, *Natural Law and English Legal Positivism*, in Id., *Failures of Legal Imagination*, Philadelphia Pa. 1988, pp. 107-31, lamenta qui un deficit dell'immaginazione giuridica riconducendola, come anche in altri casi, all'impronta della tradizione dogmatica, in questo caso alle corrispondenti teorie giusnaturalistiche di Suarez e Pufendorf (e molti altri), dunque al *patrimonio preconstituzionale di idee*. È tuttavia degno di nota il fatto che questa tradizione si era riferita soltanto alla «lex», non allo «jus».

DIV.
PAG. 102

sa il primato e rompe con la regola secondo cui *lex posterior derogat legi priori*. Questa struttura «autologica», che si autoinclude nel proprio ambito di regolamentazione, evidenzia come la costituzione sia destinata a diventare diritto vecchio. Di qui, l'urgenza sempre più pressante dei problemi dell'interpretazione su cui torneremo in seguito.

Si presti attenzione all'audacia di questo principio: tutte le altre leggi possono ora essere considerate e valutate nella loro legittimità e illegittimità²³! Ogni legge, ad eccezione della stessa, problematica, costituzione è potenzialmente illegittima. Tutto il diritto diviene problematico, contingente. E ciò non solo in quanto il legislatore può crearlo e modificarlo (il che vale anche per la costituzione), ma altresì per la sua stessa possibile illegittimità. Il codice diritto - non diritto (*Recht-Unrecht*) viene sovraordinato all'intero diritto con l'unica eccezione della legge costituzionale. Questa posizione eccezionale può dirsi meritata?

dell'autore del testo costituzionale. Su ciò L. W. Lewy, *Judgements: Essay on American Constitutional History*, Chicago Ill. 1972, pp. 24 sgg. Essa era una novità troppo grande. Negli Stati Uniti questa regola è inappellabile e dunque, alla prima occasione favorevole, il *judicial review* è stato introdotto dalla sentenza della Corte suprema *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (1803), pp. 137-80 (in part. pp. 176 sgg.). Un tempo il senso di una costituzione scritta in quanto «paramount law» era già presupposto come dato. «The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written». Tecnicamente l'argomento funziona allora in modo che ogni altra opinione offrirebbe al legislatore la possibilità di modificare la costituzione mediante legge ordinaria. Per il resto, in connessione con le rielaborazioni successive, è notevole che l'analisi di questo caso sia introdotta dalla distinzione dei *civil servants* in quanto *political agents* e in quanto *officers of the law* (p. 166). Nella giurisprudenza dei singoli *States*, la regola di collisione è già da prima favorevole alla costituzione. Nei *Cases of the Judges of the Court of Appeals*, 8 Virginia (4 Call), pp. 135 sgg. del maggio 1788 si argomenta esplicitamente così: «that the constitution and the act in opposition cannot exist together; and that the former must control the opposition of the latter». E già durante la Rivoluzione, in singoli casi i giudici erano arrivati, quasi come esercitando un diritto di resistenza del popolo, a disapplicare una legge considerata incostituzionale, il famigerato Stamp Act. Riferimenti in Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., pp. 53-54.

²³ In Inghilterra, il vescovo Paley giunge a concezioni assai simili. Questi circoscrive il concetto di *constitution* a un particolare tipo di testo (che certo non deve essere redatto unitariamente e riassuntivamente in un documento), vale a dire a tutte le regole che si riferiscono alla legislazione («as relate(s) to the designation and form of the legislature»). Anche ciò conduce dunque alla codificazione binaria dell'intero sistema sotto l'egida dell'onnipotenza del Parlamento. «Therefore the terms *constitutional* and *unconstitutional* mean legal and illegal»: cfr. W. Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785), in *The Works*, London-Edinburgh 1897, p. 114. La conseguenza è però una limitazione tematicamente troppo accentuata del concetto di costituzione. Per il resto, il testo è fitto di circolarità che vengono risolte esclusivamente mediante la distinzione di un *proper sense* e di un *lower sense*. Nel primo senso, il Parlamento non può agire in modo incostituzionale («An act of parliament in England can never be unconstitutional»). Tuttavia lo può nel secondo senso qualora il diritto statuito violi lo spirito del diritto o altre leggi. Manca una chiara regola di collisione che distingua la costituzione nei confronti delle altre leggi.

L'entusiasmo politico dell'avventura rivoluzionaria non è utile a far emergere tali questioni più sistematiche. Anche l'idea secondo cui la costituzione è un regolamento unitario di politica e diritto (e quello politicamente decisivo) blocca lo sguardo sul rischio strutturale dell'innovazione. Come spesso capita nelle dinamiche evolutive, vi sono occasioni favorevoli che conducono al di là del momento, rendendo possibili trasformazioni strutturali la cui portata complessiva resta inafferrabile. Le condizioni storiche della variazione e della selezione di un nuovo significato linguistico e concettuale di costituzione, come si tende a sottolineare soprattutto nella più recente ricerca²⁴, non coincidono affatto con le condizioni per il ripristino del nuovo significato in un contesto semantico e strutturale che garantisce la riutilizzabilità in situazioni non prevedibili. A questo proposito, si è giustamente parlato di evoluzione «cieca». Il suo esito non può essere dedotto dalle condizioni che lo favoriscono e non è prevedibile proprio a causa di tali condizioni. La situazione storica passa ma la conquista resta, se dà buoni risultati. Ciò dipende tuttavia da ben più profondi problemi strutturali della società moderna. E tali problemi possono essere rintracciati solo mantenendo separata l'analisi del bisogno di costituzione da parte del sistema giuridico da un lato e di quello politico dall'altro.

2.

L'interpretazione giuridica giustifica la necessità della costituzione con la necessità di fondare la validità del diritto. Ma tale affermazione non fa altro che spingere a interrogare ulteriormente la fondazione della validità del diritto costituzionale. E le risposte si limitano allora a dichiarazioni solenni. Per il momento è dunque preferibile tralasciare la questione della fondazione per concentrarsi come preannunciato in un'analisi di teoria dei sistemi.

Tutti i sistemi autoreferenziali sono caratterizzati 1) da una circolarità fondamentale e 2) dall'impossibilità di reintrodurre operativamente l'unità del sistema al suo interno. Ad ogni tentativo di descriverla, la circolarità fondamentale appare come una tautologia e, negativamente, come paradosso. Chi distingue sistema e

²⁴ Cfr. in particolare Ball e Pocock (a cura di), *Conceptual Change and the Constitution* cit. e Ball, Farr e Hanson (a cura di), *Political Innovation and Conceptual Change* cit.

ambiente – dalla prospettiva del sistema o dell'ambiente – deve innanzitutto compiere tale distinzione e utilizzarla operativamente e dunque non può più ricomparire nella distinzione come chi distingue nella distinzione. Questi agisce ad un tempo come Ulisse e come l'invisibile Atena. Su entrambi i lati della distinzione, le condizioni reali del poter differenziare (nell'ambito dei nostri temi: la fattualità della comunicazione sociale) non sono riproducibili. L'impossibilità logica di far nuovamente riapparire da qualche parte l'unità del sistema, non importa se nel sistema o nell'ambiente, rivela l'inadeguatezza di tutte le autodescrizioni²⁵. Se, come esito di una lunga evoluzione socioculturale, il sistema giuridico si differenzia (ausdifferenziert) nella forma di un sistema autoreferenziale chiuso e se esso può essere adeguatamente descritto tanto dal punto di vista interno che da quello esterno, si renderà allora necessario fare i conti con ambedue i problemi sopra citati, e cioè la tautologia e il paradosso.

Il sistema giuridico si limita innanzitutto a produrre in sostituzione dell'orientamento alla propria unità (diritto è diritto) con l'orientamento al codice binario positivo-negativo del sistema, alla distinzione, che vincola ogni operazione, tra diritto e non diritto²⁶. In questo contesto, non si pone affatto non solo la questione della «validità» del codice, il quale non è una norma, ma neppure la questione del fondamento di validità del codice stesso. Il sistema giuridico non fa altro che svolgere la sua funzione di distinguere con continue operazioni tra diritto e non diritto. Il riferimento a questo codice attribuisce a tale sistema una struttura di comunicazione. L'eventuale uso di un altro codice non sarebbe inammissibile ma cesserebbe di essere un'operazione interna al sistema giuridico. Sotto questo profilo, il sistema giuridico, per così dire, si «sanziona» nell'esecuzione fattuale delle sue operazioni mediante inclusione ed esclusione. E tuttavia non può essere ammessa un'autodescrizione che ponga la questione se il codice stesso sia diritto o non diritto. Il paradosso che qui emerge deve restare invisibile. Ma con ciò non si fa altro che eludere domande

²⁵ Davanti al background del teorema di Gödel e con Y. Barel, *Le paradoxe et le système: essai sur le fantastique social*, Grenoble 1989², pp. 285 sgg. si potrebbe anche parlare di incompletezza di ogni autoreferenzialità.

²⁶ Con un concetto di G. S. Brown, *Laws of Form*, New York 1979, questa riformulazione dell'unità attraverso l'unità di una distinzione potrebbe anche essere caratterizzata come «forma». Il concetto si riferisce alla segnalazione di un confine che separa due lati, e con ciò esclude ogni regresso alla sua propria unità e/o lo lascia ad altre distinzioni. In questo senso, il codice diritto - non diritto è la forma del diritto.

che tuttavia non possono non riproporsi e che emergono specialmente in caso di mutamenti radicali del sistema sociale²⁷. A tutto ciò risponde l'idea stessa di costituzione come progetto di deparadossalizzazione (Entparadoxierungskonzept).

Dalla prospettiva del sistema giuridico, la condizione a cui così si reagisce può anche essere definita come positivizzazione del diritto. In effetti, positività non significa altro che il diritto può essere creato soltanto dallo stesso diritto e non *ab extra* dalla natura o dalla volontà politica. In altre parole, il termine positività * non fa altro che esprimere in un linguaggio datato l'autodeterminatezza operativa del diritto²⁸ e non, come spesso si afferma, la fondazione della validità del diritto attraverso un atto di arbitrio politico. Detto altrimenti, se si mira a conoscere il diritto vigente è il diritto e non la politica che occorre osservare. Tuttavia, pur entro tali limiti, la positività del diritto implica il problema logico gemellare (*Zwillingsproblem*) della circolarità operativa (*autopoiésis*) e dell'inadeguatezza (quindi anche della pluralità) di ogni autodescrizione del sistema giuridico.

Il sistema giuridico si è fatto sorprendere dalla propria differenziazione sociale al punto da non poter comprendere in un primo tempo (e per i filosofi del diritto persino tuttora) la positività data con essa. Come in passato, il sistema giuridico continua a esigere un'istanza superregolativa mentre il modo in cui tale istanza è di volta in volta definita, ad esempio come politica, o Stato, o *authority*, come popolo o natura, ha una rilevanza del tutto secondaria. Effettivamente, nella positivizzazione globale del diritto si esprime nondimeno l'indipendenza e l'autodeterminazione del sistema. Di fatto, il sospetto di arbitrarietà legato a tale processo spinge l'osservatore soltanto verso il sistema giuridico in cui ciò che avviene è effettivamente tutt'altro che arbitrario. Questo significa in prima istanza che ogni immutabilità, inviolabilità, superiorità, ecc. deve essere costruita all'interno del sistema giuridico²⁹.

Positività è l'unica possibilità (e nient'altro che un concetto della possibilità) di fondare l'unità del diritto su se stesso. Stori-

²⁷ Alle possibilità qui annesse di ricerche storiche cfr. N. Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, in «Journal of Law and Society», xv (1988), pp. 153-65.

²⁸ Cfr. Id., *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts* in «Rechtstheorie», xix (1988), pp. 11-27.

²⁹ Torneremo più avanti sul fatto che ciò, certo non ancora in Bodin ma immediatamente dopo, divenne riconoscibile nel tema delle «lois fondamentales».

87 camente, anche se non da subito compreso, ciò è comunque leggibile negli argomenti con cui nel Cinquecento e nel Seicento si afferma l'unità del diritto. Nei tentativi di riforma di quest'epoca, la preesistente giurisdizione signorile e clericale veniva definita come un «abuso» – dunque a partire da un contesto in cui l'unità del diritto doveva essere ancora prodotta³⁰. Il passaggio alla positivizzazione del diritto si autoqualifica come diritto – sebbene in un primo tempo ancora sotto la tutela del diritto di natura e di ragione. Solo in un secondo momento – la positivizzazione della legislazione segue l'unitarizzazione della giurisdizione senza di cui non avrebbe avuto senso – tale riferimento all'intangibilità viene sostituito dalla legge costituzionale. Dal punto di vista del sistema giuridico è dunque giustificato individuare la novità del concetto di costituzione creato dalla rivoluzione nella positività³¹ di una legge che fonda tutto il diritto, e persino legislazione e governo³². La costituzione è dunque quella forma nella quale il sistema giuridico reagisce alla propria autonomia. In altri termini, la costituzione deve rimpiazzare quei sostegni esterni che erano stati postulati dal giusnaturalismo. Essa sostituisce sia il diritto naturale nella sua più tradizionale versione cosmologica, sia il diritto razionale con il suo concentrato di teoria trascendentale che si autoriferisce a una ragione che giudica se stessa. Al posto di quest'ultima, subentra un testo in parte autologico. E cioè, la costituzione chiude il sistema giuridico disciplinandolo come un ambito in cui essa ricompare a sua volta. Essa costituisce il sistema giuridico come sistema chiuso mediante il suo reingresso nel sistema. Nelle modalità già discusse, ciò avviene attraverso regole di collisione che garantiscono il primato della costituzione; inoltre mediante disposizioni relative alla modificabilità - non modificabilità della costituzione; e ancora: mediante la predisposizione nella costituzione di un controllo di costituzionalità del diritto; e non da ultimo: invocando solennemente l'istanza costituente e la sua volontà di per sé vincolante³³. La costituzione dice io a se stessa.

³⁰ Cfr. (del resto anche con buoni argomenti sul piano sostanziale) C. L. P. [Charles Loyseau, Parisien], *Discours de l'abus des justices de village*, Paris 1603.

³¹ Di una «positivizzazione del diritto naturale» parla anche Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., p. 56 nota 60.

³² Così D. Grimm, *Entstehung- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus* cit. e «Verfassung» cit. Ma noi limitiamo tale accertamento al sistema giuridico. È infatti del tutto impensabile che senza una fondazione costituzionale del potere non vi sarebbe stato alcun potere politico, ma (cosa che i protagonisti del processo costituente certo temevano) si sarebbe tornati allo stato di natura.

³³ Ci siamo già addentrati nelle difficoltà storiche suscitate dall'innovazione di una co-

La validità della costituzione non può e non deve più essere fondata *ab extra*. Anche la validità ipotetica di una norma fondamentale (Kelsen), modellata per analogia con le procedure della scienza, non soddisfa granché. Nel migliore dei casi è una costruzione superflua. Si può allora comprendere come abbia poco senso ogni riproposizione del problema dell'origine o del fondamento di validità, della arché o del principium. L'abbandono di questa impostazione non significa affatto aprire all'arbitrarietà o, come si è inclini a temere in Germania, al ritorno dei nazionalsocialisti. Si ottiene invece la possibilità di analizzare più da vicino quali requisiti debba soddisfare un testo parzialmente autologico in un sistema autoreferenziale operativamente chiuso.

Decisivo è perciò il fatto che l'introduzione di un'asimmetria nel rapporto tra due diversi tipi di testi, la costituzione e l'altro diritto, venga collegata all'interruzione del regresso infinito nella risposta alla questione della fondazione. Il diritto è quindi l'unità della differenza di due tipi di testi: diritto costituzionale e altro diritto. Tale unità può essere definita soltanto attraverso un «e», può essere invocata solo per enumerazione, ma non può essere tradotta sul piano operativo mediante una regola di collisione. Un'espressione sostitutiva è rinvenibile inoltre nell'elogio della costituzione. La quale vale come *paramount law*. La costituzione tronca il regresso infinito della fondazione – almeno per quanto concerne il sistema giuridico stesso. Essa trasforma l'idea già possibile secondo cui tutto il diritto potrebbe essere legittimo o illegittimo, nell'idea che tutto il diritto corrisponde a – o contrasta con – la costituzione. L'espressione *unconstitutional* appare soltanto nel Settecento³⁴ ma si diffonde poi rapidamente negli anni Sessanta e Settanta del Settecento³⁵. Questo tipo di espressione

stituzione autologica e all'individuazione di implicazioni, in parte molto specifiche, come *judicial review* o regola di collisione. Qui ci limitiamo a rinviarvi ancora una volta. Per il resto, ciò spiega le insufficienze «logiche» del testo così come il fatto che importanti argomenti vengano elaborati solo nella prassi forense americana.

³⁴ Cfr. *The Oxford English Dictionary*, Oxford 1989³, XVIII, p. 925: una prima testimonianza dell'uso del termine *unconstitutional* risale al 1734. Già H. Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties* (1735), in *Works*, II, Philadelphia Pa. 1841, e Farnborough Hants 1969, parla di «unconstitutional expedients» (p. 11), ma qui chiaramente in relazione non alla distinzione fra diritto costituzionale e altro diritto, ma alla distinzione fra *constitution* e *government* (cfr. in part. pp. 88 sgg.). In questo senso, neanche valutazioni giuridiche e valutazioni politiche sono nettamente distinguibili.

³⁵ Su ciò cfr. G. Stourzh, *Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century*, in Ball e Pocock (a cura di), *Conceptual Change and the Constitution* cit., pp. 35-54; Id., *Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., pp. 50 sgg.

KELSEN

101

107

D.

10

0 0470 00 00907

rende possibile un rifiuto quasi legale di decisioni del legislatore londinese «sovrano». Nessun'altra espressione della tradizione relativa alla medesima fattispecie, né *compact*, né *covenant*, né *fundamental law*, né *instrument*, si sarebbe altrettanto prestata ad un accoppiamento con il prefisso «un-», e ciò sembra avere avuto un peso preponderante nella fortuna del concetto di *constitution*. Si tratta dunque in prima istanza di un fenomeno meramente linguistico: si dice in un'occasione concreta *unconstitutional* e si riflette soltanto dopo su cosa sia una *constitution*, se questa è possibile. L'uso linguistico corrente della coppia positivo-negativo implica quindi la pretesa di indicare con più precisione che cosa si debba intendere per *constitution* al fine di poter accertare quale diritto sia *constitutional* (dunque diritto) e quale diritto sia *unconstitutional* (dunque non diritto).

La soluzione del problema è in un testo redatto, in forma scritta con tutte le innovazioni aggiuntive scaturenti dalla sua elaborazione – ad esempio la tesi del potere costituente del popolo insieme alle ulteriori garanzie che esso non può operare in ogni momento e in qualunque modo come mera *volonté générale*. Dunque, in breve: il codice diritto - non diritto genera la costituzione perché la costituzione possa generare il codice diritto - non diritto. La differenza radicalizzata stabilisce il testo che a sua volta stabilisce la differenza – tuttavia a condizione che l'intera manovra autologica venga resa *invisible*³⁶.

Ma con ciò si giunge semplicemente al problema di come lo status eccezionale della costituzione possa essere esso stesso legittimato e nel contempo tutelato da revisioni ispirate alla politica quotidiana. Nell'Assemblea incaricata dell'elaborazione del testo della Costituzione americana del 1787, questo problema emerse nella

Il bisogno della parola *unconstitutional* deve apertamente la sua origine al fatto che gli Americani cercavano di giustificare la loro resistenza richiamandosi proprio alla costituzione britannica e in ciò si consideravano dal loro punto di vista più fedeli alla costituzione degli stessi Inglesi. Cfr. su ciò Wood, *The Creation of the American Republic* cit., pp. 10 sgg. Ma dopo la Dichiarazione d'indipendenza, venne presto applicata anche alle proprie nuove costituzioni, ad esempio alla Costituzione della Virginia, in *Commonwealth v. Caton*, 8 Virginia (4 Call), pp. 5 sgg. (novembre 1782), alla Costituzione della Carolina del Nord, in *Bayard v. Singleton*, 1 North Carolina (1 Martin), pp. 5 sgg. (novembre 1787). Espressioni tipiche sono: *violating the constitution, contrary to the constitution, unconstitutional and void*.

³⁶ L'*invisibilizzazione* usa la stessa distinzione come uno dei suoi temi all'interno di una concezione interamente gerarchica di sovraordinazione e subordinazione o di principio e legge ordinaria, o la distinzione di costituzione e determinazione della forma di stato, ma soprattutto si serve naturalmente di plausibilità situazionali che più tardi possono essere sostituite dalla «grande tradizione».

consapevolezza di una missione storica unica e precisamente in occasione di un dibattito sulle modalità della ratifica – legislatori degli stati membri o «*il popolo*» in qualche modo rappresentativo. Il problema sembra essere stato considerato in modo sufficientemente pragmatico³⁷ e risolto politicamente con l'invenzione della forma di assemblee costituenti storicamente convocate come un *unicum* storico (*conventions*)³⁸. Con ciò, è fuori discussione che l'idea del potere costituente ultimo del popolo era stata preparata da Rousseau e dalle istituzioni di democrazia diretta delle *towns* del New England³⁹, ma le modalità di realizzazione furono rinvenute nel bilanciamento politico delle forme giuridiche alternative. Legittimata da una tale formula di copertura (*Dachformel*), la costituzione posta in vigore offriva a un tempo la possibilità di normalizzare l'influenza politica sul diritto come continua prassi di negazione sulle iniziative legislative e di limitarla a questa forma. Una volta per tutte e quindi in modo permanente il diritto viene reso asimmetrico mediante il riferimento alla politica.

Ma tutto ciò accade *in un testo giuridico*. La costituzione stessa deve interrompere il circolo dell'autoreferenzialità, deve tradurre la simmetria in asimmetria. E raggiungere questo risultato regolando la produzione del diritto, inclusa la revisione della stessa costituzione. Con ciò essa costituisce una gerarchia di fonti giuridiche (rese possibili all'interno del sistema giuridico). Distingue ad esempio il diritto costituzionale (se stessa) dall'altro diritto. Disciplina e limita le possibilità di delegazione. Nello stesso atto (sebbene con altre disposizioni) dà ordine all'autodescrizione del si-

³⁷ Il delegato Eiseworth afferma nei protocolli, citati da M. Farrand (a cura di), *The Record of the Federal Convention of the 1787*, New Haven Conn. 1966, II, p. 92, «preferred a reference to the authority of the people expressly delegated to Conventions, as the most certain means of obviating all disputes and doubts concerning the legitimacy of the new Constitution».

³⁸ Su questa innovazione cfr. anche Wood, *The Creation of the American Republic* cit., pp. 306 sgg.

³⁹ Nella fase prerivoluzionaria, tuttavia, il concetto della funzione di ultima istanza del popolo non avanza ancora alcuna pretesa specifica al concetto di costituzione e alla sua realizzazione tecnico-organizzativa. Esso serve solo da argomento. Cfr. ad esempio Burgh, *Political Disquisitions* cit., I, pp. 3-4: «All lawfull authority, legislative and executive, originates from the people». «Happy is that people who have originally so principled their constitution, that they themselves can without violence to it, lay hold of its power, wield it as they please, and turn it, when necessary, against those to whom it was entrusted, and who have exerted it to the prejudice of its original proprietors». In questo modo viene descritta l'attuale corruzione della Costituzione britannica. E solo se si procede alla realizzazione dell'argomento, alla realizzazione della volontà popolare, si pone la questione del come e del che cosa.

stema giuridico e le offre quantomeno dei punti di appoggio. Essa indica ad esempio i valori rispetto ai quali il diritto è funzionale. Anche tale indicazione viene tradotta in una forma asimmetrica logicamente infondabile. In primo luogo vale il valore, così pare almeno, e poi gli strumenti della sua realizzazione.

Il passaggio dalla simmetria all'asimmetria e dalla tautologia e dal paradosso a strutture operativamente più capaci di congiunzione non può servire alla fondazione. Tale passaggio realizza la distinzione (asimmetrizzazione, esternalizzazione) in modo da non ricomparire nella distinzione⁴⁰. Il passaggio è un'esigenza metalogica della *autopoiesis* del sistema, della capacità di congiunzione operativa entro condizioni sistemiche evolutivamente improbabili e altamente complesse. Ancora sotto la presa di aspettative di fondazione di tipo tradizionale, oggi si parla anche di «potere» costituente (nel senso di «potestas»), potere che i Francesi chiamano addirittura «violence»⁴¹. Il che tuttavia, sulla scia della nostra tradizione, viene facilmente frainteso come primato della volontà politica e della capacità di realizzazione politica. La teoria dei sistemi autopoietici sostituisce questi riferimenti alla politica con un'analisi delle precondizioni di autopoiesis autoreferenziale. Il che consente semplicemente di dire che non si può fare a meno della costituzione o di equivalenti funzionali.

Sarebbe dunque inutile cercare così certezze ultime o idee definitive capaci di persuadere tutti gli esseri ragionevoli (il che significherebbe soltanto attribuire alla costituzione e ai costituzionalisti il compito di accertare chi è ragionevole in questo senso giuridicamente vincolante). Si può nondimeno consentire con chi sostiene che tutti i sistemi autoreferenziali organizzano l'osservazione delle osservazioni e la descrizione delle descrizioni interne e si trasferiscono su questo piano di secondo grado nel *modus* della contingenza. Con ciò essi producono nel contempo nuovi piani di contrasto intangibili, senza però poter risolvere tale postulato sul piano operativo. La dignità dell'uomo è «inviolabile» e di conseguenza necessita di interpretazioni che non dichiarino tali le sue

⁴⁰ In questo senso avevamo parlato sopra (pp. 92-93) dell'insufficienza o dell'inadeguatezza di tutte le autodescrizioni.

⁴¹ Ciò risulta chiaro se si guarda allo sfondo di teoria della religione di un René Girard. Cfr. in particolare *La violence et la sacré*, Paris 1972. Preferita è soprattutto l'applicazione dell'instaurazione dell'economia di mercato. Cfr. ad esempio P. Dumouchel e J.-P. Dupuy, *L'enfer des choses: René Girard et la logique de l'économie*, Paris 1979; M. Aglietta e A. Orléan, *La violence de la monnaie*, Paris 1984.

violazioni. Ogni «supertangling creates a new inviolate level»⁴² a cui può riferirsi il sistema se intende definire la propria *autopoiesis* e se ha la necessità di operazionalizzare (*operationalisieren*) le sue esigenze. Ma ciò non significa altro che immaginare come necessario (o naturale) ciò che all'osservatore appare contingente (o artificiale).

La teoria giuridica e costituzionale destinata all'interpretazione si preoccupa perciò di rendere plausibile delle inderogabilità mediante l'esternalizzazione del punto di riferimento e di motivare così il fatto che al diritto positivo non è lecito disporne. Il che vale tanto per il neogiusnaturalismo di alcune teorie dei diritti fondamentali quanto per l'insistenza neoliberale sui diritti spettanti all'individuo prima di ogni concretizzazione giuridica (si vedano ad esempio Dworkin, Epstein, Fried, Nozick e altri). Tuttavia i teorici del giusnaturalismo, in opposizione al medioevo, utilizzano un concetto di natura ormai obsoleto, confermando così, mediante una sorta di isolamento semantico, come tutto sommato la loro opera si limiti a rendere espliciti i problemi del sistema giuridico. Senza *strange loops*, ossia senza il riferimento implicito all'autoreferenzialità del sistema giuridico, l'insistenza sui diritti spettanti all'individuo non potrebbe in fondo esplicitare quel che si intende con diritti. Senza tale riferimento, non potrebbero essere rese plausibili le ragioni per cui il diritto è tenuto a rispettare i diritti - cosa di cui era già consapevole almeno Thomas Hobbes⁴³.

Tentativi di fondazione di tale natura si illudono di poter trascendere il testo della legge. Ma così facendo si imbattono nei problemi della chiusura autoreferenziale del sistema giuridico. Ciò dimostra ancora una volta che la costituzione trasforma l'inaccessibilità del sistema per se stesso in problemi di attribuzione risolvibili, l'unità invisibile del sistema in distinzioni, la simmetria delle interdipendenze interne in asimmetria. Tale funzione non può essere sostituita da teorie del diritto che, quasi alla maniera di Gödel, intendono raggiungere lo stesso effetto trascendendo i confini del sistema. Un sistema autopoietico non è appunto un sistema allopoietico.

⁴² D. R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks 1979, p. 688, trad. it. *Gödel, Escher, Bach. Un'eterna ghirlanda brillante*, Milano 1985.

⁴³ Per il resto, va ancora osservato come la polemica di questo gruppo si rivolga meno al positivismo che all'utilitarismo in quanto teoria del diritto e come qui si abbiano buone ragioni di dubitare del riconoscimento o disconoscimento dei diritti come semplice accesso delle utilità.

L'innovazione forse piú profonda consiste nell'adattamento a una trasformazione delle strutture temporali del sistema sociale e si verifica solo a partire dalla seconda metà del Settecento; e anche questo ovviamente non è oggetto di un apposito articolo della costituzione. La nuova unità di autoreferenzialità ed eteroreferenzialità in uno spazio metalogico (immaginario, non suscettibile di normazione) che chiude il sistema⁴⁴, ha come conseguenza una trasposizione delle prospettive temporali. Al posto del passato si pone l'apertura verso il futuro (*Zukunftsoffenheit*). Apertura al passato significa che conta ogni argomento storico con cui è possibile asserire diritti o provare che determinate regole giuridiche valgono da tempi immemorabili⁴⁵. Apertura al futuro significa invece che il diritto prevede la propria modificabilità limitandola giuridicamente soprattutto con disposizioni procedurali ma anche attraverso l'apertura della legislazione all'influenza politica. Ogni diritto viene sottoposto al controllo di costituzionalità e il vecchio diritto diventa facilmente obsoleto con il nuovo diritto posto in modo conforme alla costituzione. Il passato viene sgravato dalla funzione di orizzonte di legittimazioni immaginarie per essere consegnato alla ricerca storica⁴⁶. In sua vece è ora il futuro a fungere da spazio immaginario in cui deve essere costantemente riprodotta l'unità di autoreferenzialità ed eteroreferenzialità nel diritto. E tale unità viene raggiunta senza che sia necessaria la tematizzazione costituzionale dell'accoppiamento strutturale di sistema giuridico e sistema politico.

Si deve dunque distinguere: la costituzione utilizza concetti come popolo, elettore, partiti politici, Stato rinviando in tal modo alla politica. Questi tuttavia, in quanto concetti del testo costituzionale, non possono essere altro che concetti giuridici eventualmente riducibili a contenuti giudiziabili. Nel caso di una descrizione esterna del sistema giuridico, la stessa fattispecie può tutta-

⁴⁴ Sulla portata di tale intuizione, cfr. J. Miermont, *Les conditions formelles de l'état autonome*, in «Revue internationale de systémique», III (1989), pp. 259-314.

⁴⁵ Il rifiuto di pretese di legittimità fondate in modo puramente storico si trova già in Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties* cit., pp. 79 sgg. La storia delle dinastie sarebbe riconducibile a un numero troppo alto di illegalità, al punto da precludere la possibilità di costruire una legittimità continuativa.

⁴⁶ Non può essere trascurato il fatto che, come noto, la *common law* non contribuisce a compiere questo mutamento. Solo in questo modo, la pressione al mutamento può essere qui percepita. La *common law* viene ora resa oggetto di un'ideologia giuridica nazionale e, contro ogni evidenza nonché di quella degli stessi contemporanei, si presenta come indipendente dalla *civil law*.

via essere formulata in modo diverso. Rinvii al sistema politico stabiliscono nello stesso tempo un accoppiamento strutturale tra sistema giuridico e sistema politico che si pone «ortogonalmente» alle operazioni interne al sistema e non può essere da queste afferrato. Tutte le distinzioni specificamente giuridiche presuppongono il sistema che opera con esse in qualità di operatore, come elemento di distinzione, come contesto di comunicazione autopoietico presente nella società. Su questo piano implicito, il concetto di accoppiamento strutturale descrive una condizione socialmente indispensabile (sebbene storicamente variabile nelle sue forme) di differenziazione. E questo si intendeva dire appunto in precedenza con la tesi secondo cui l'autoreferenzialità resta incompleta in quanto non può assumere su di sé il riferire distinguente. La costituzione costituisce e nel contempo rende invisibile l'accoppiamento sociale tra diritto e politica.

3.

Nella coscienza europea, le costituzioni valgono non soltanto come istituzioni del sistema giuridico ma anche e soprattutto come istituzioni del sistema politico. Anche questo fatto ha la sua giustificazione. Nondimeno, sistema giuridico e sistema politico sono e restano sistemi differenti. Essi seguono dei codici differenti e precisamente il codice diritto - non diritto da un lato e il codice potere - non potere dall'altro. Essi servono a funzioni differenti e quindi proiettano codici e funzioni in modi differenti. Sono reciprocamente competenti ma ciascuno in senso diverso. La loro ripetitiva autoriproduzione (*autopoiesis*) viene quindi realizzata in network del tutto differenti. Un minimo di rigore teoretico impedisce la loro identificazione.

Se tuttavia, come nell'*autopoiesis* sistemica, divergono tra loro anche tutte le strutture che servono a ricongiungere operazione ad operazione, com'è possibile concepire la costituzione come un'istituzione di entrambi i sistemi? La teoria costituzionale non è finora riuscita a dare una risposta alla questione (se non con un'attribuzione unilaterale alla Kelsen). Il che ha condotto a una peculiare ambivalenza del concetto di costituzione e ha contribuito al rifiuto di concepire politica e diritto come sistemi separati. Ciò non toglie che i piú raffinati strumenti della teoria dei sistemi autoreferenziali rendono tale separazione inevitabile (anche ammet-

Accoppiamento

AL?
≠

D/P

Kelsen
95
107

tendo che un osservatore possa considerare diversamente la questione qualora gli sembrino più sensate altre distinzioni). Ma che fine fanno allora il concetto e la concezione della costituzione?

Prima di tornare a tale questione occorre innanzitutto chiarire la funzione della costituzione nel sistema politico, che, come vedremo, è del tutto analoga a quella svolta nel sistema giuridico.

Nella teoria politica classica la necessità della costituzione viene giustificata in relazione al problema della sovranità. Il concetto di sovranità – tralasciamo qui il significato medioevale, la cui eco perdura tuttora, associata costantemente all'indipendenza (libertà) – caratterizza l'unità del sistema come un problema di decisione. In qualche parte del sistema, così recita la dottrina, deve esistere una possibilità di decidere in modo non vincolato (indipendente, libero, arbitrario) e il sistema può affermarsi come unità priva di conflitti (pacifica) soltanto se esiste un'istanza decisionale di questo tipo e sempre che non accada che ogni nobile o ogni sindacato ne pretenda una parte per sé.

Nello Stato premoderno si trattava innanzitutto della creazione della sovranità non solo di fronte a Chiesa e Impero ma anche di fronte ai rapporti di potere «innestati» nell'ordine socialeattuale. Perciò l'organizzazione complessiva era orientata al monarca e tutte le questioni organizzative venivano rivestite della forma di un «consiglio» regio. In tale contesto, non potevano essere tollerate né opposizione né divisione dei poteri giacché non sarebbero state altro che trampolini di lancio per gli avversari presenti in gran numero tra l'alta nobiltà e anche tra le famiglie delle dinastie regnanti. Sin dalla seconda metà del Cinquecento, nell'ambito degli organi consultivi vengono dibattute questioni organizzative⁴⁷ che non rivestono un rango costituzionale. Regole fondamentali, ad esempio nell'ambito della successione dinastica, erano certo conosciute e non vi era inoltre dubbio che il monarca fosse tenuto a rispettare il diritto nella prassi statale concreta, per quanto gli fosse lecito modificare il diritto o derogarvi nel singolo caso e per quanto la feroce retorica della sovranità gli offrisse

⁴⁷ Uno dei punti di partenza di un ampio dibattito è F. F. Cerol, *El concejo y consejeros del principe*, Antwerpen 1955, che a sua volta risale probabilmente alla tradizione delle corti burgunde e spagnole. Per lo sviluppo successivo, cfr. una serie di contributi in R. Schnur (a cura di), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin 1986.

l'assoluzione⁴⁸ per tutto ciò che a lui «piacesse»⁴⁹. Prevalde tuttavia la necessità di enfaticizzare l'unità dell'organizzazione statale e di ricongiungerla alla persona del sovrano, sopportando come anomalie i problemi insorgenti in relazione al diritto⁵⁰. Con ciò la descrizione del sistema viene portata agli estremi del paradosso della sovranità, cioè nella forma di un potere illimitato di autolimitazione⁵¹.

Fino all'introduzione di costituzioni di diverso stile nell'ultimo quarto del Settecento, tali caratteristiche rimasero pressoché immutate. La novità evolutiva consiste invece nella crescente importanza (e soprattutto nel riconoscimento dell'importanza) della legislazione. Il che conduce in Inghilterra al riconoscimento della sovranità del Parlamento e sul continente all'esautorazione dell'idea di una *jurisdictio* del monarca operante in modo uniforme mediante legge e giurisdizione. È dunque evidente la tendenza a subordinare la giurisdizione alla legislazione e a ridurre il sistema giuridico alla differenza, concepita in forma asimmetrica, tra potere legislativo e giudiziario. Tutto ciò culmina in definitiva nella positivizzazione di tutto il diritto⁵². Ciò tuttavia, a prescindere da come possa essersi preservato il potere dei tribunali⁵³, non rappresenta una soluzione del problema politico della sovra-

⁴⁸ Nell'antichità e nella prima modernità, «placuit» è senz'altro qualcosa di sensibilmente diverso da ciò che piace, e può qui assorbire tutte quelle limitazioni che sono in gioco allorché si pensa a ciò che «piace» a un principe valente e virtuoso.

⁴⁹ Per squilibri analoghi, ad esempio B. J. Omphalius, *De officio et potestate Principis in republica bene ac sancte gerenda*, Basel 1550. A una lettura attenta, nulla di essenzialmente diverso troviamo in Bodin.

⁵⁰ D'altra parte questa non è affatto una particolarità degli stati retti da monarchie. La disponibilità a tollerare l'illecito nell'interesse di un utile superiore era da sempre nel novero delle virtù civili repubblicane. Per Venezia ad esempio G. M. Memmo, *Dialogo... dopo alcune Filosofiche dispute, si forma un perfetto Principe, et una perfetta Republica, e parimente un Senatore, un Cittadino, un Soldato e un Mercatore*, Venezia 1563, p. 12: «Et meglio è, che un Cittadino privato patisca a torto, che permettendogli si tanta licenzia, et autorità, egli si faccia lecito d'opprimere la pubblica libertà, per la conservazione della quale è lecito a una Republica fare ogni opera, quantunque ingiusta, derivando da quella una tanta utilità, quanta è la libertà publica». Dunque ingiustizia in nome della libertà o (nel caso delle monarchie) della sicurezza – il che diventa impensabile nello Stato costituzionale.

⁵¹ Su questo paradosso in Bodin, cfr. S. Holmes, *Jean Bodin: The Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion*, in R. R. Pennock e J. Chapman (a cura di), *Religion, Morality and the Law*, New York 1988, pp. 5-45.

⁵² A questo proposito, cfr. N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, pp. 59 sgg.

⁵³ A tale riguardo, R. Ogorek, *De l'Esprit des légendes, oder wie gewissermassen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde*, in «Rechtshistorisches Journal», II (1983), pp. 277-96.

nità. Anzi, tale problema si acutizza nella misura in cui si tenta ora di sottomettere la giurisdizione alla pretesa politica di sovranità avanzata dal Parlamento.

Solo se si conserva l'idea di un'unità di sistema giuridico e sistema politico si può giungere a concepire la necessità di concentrare da qualche parte la «sovranità del diritto» quale istanza ultima – sia presso il popolo, sia presso il Parlamento, sia presso il monarca – con la conseguenza che la concezione di un controllo giurisdizionale della costituzionalità dell'azione degli altri organi dello Stato deve essere negato⁵⁴. Solo con questo presupposto la funzione dei giudici è «en quelque façon nulle». In effetti, all'interno del sistema giuridico operativamente chiuso si sviluppa una complessità propria che non può rinunciare alla distinzione tra giurisdizione e legislazione e che non è controllabile neppure dalla «volontà politica» racchiusa nel sistema politico (a meno che quest'ultima non si adegui anticipatamente a ciò che è giuridicamente possibile).

Proprio per questa ragione, qui non è neppure reperibile una soluzione al problema di sovranità che si pone all'interno del sistema politico. Nel sistema politico sono riconoscibili, *mutatis mutandis*, i problemi di autoreferenzialità che irritano anche il sistema giuridico. Nella formula della sovranità si esprime una tautologia: io decido come decido. Se si aggiunge una negazione appare un paradosso: io decido senza vincoli con effetti vincolanti per tutti quindi anche per me stesso dal momento che faccio parte del sistema: io mi vincolo e mi svincolo. Inoltre è evidente che tale «privilegio» può essere praticato solo in un luogo, ossia solo in operazioni specifiche. Il sistema sovrano richiede il sovrano – sia pure esso il «popolo». Nel sistema, il decidere sovrano viene non soltanto rispettato e dotato del potere d'attuazione, ma anche osservato. Sotto questo profilo, la sovranità definisce non già il diritto ad un arbitrio incondizionato (il che sul piano empirico sarebbe difficilmente pensabile), ma solo un indirizzo, dunque la regola: osserva l'osservatore che esercita la sovranità nel sistema⁵⁵.

⁵⁴ Su un dibattito che si inoltra ampiamente nell'Ottocento, cfr. Id., *Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage*, in «Zeitschrift für eine neuere Rechtsgeschichte», XI (1989), pp. 12-39.

⁵⁵ Pertanto, nonostante tutta l'ammirazione per la macchina veneziana, si nota innanzitutto una preferenza inequivocabile per la forma della monarchia, che più si presta alle osservazioni, nonché per la sua dotazione (ma non dalla costituzione) di consulenti che sapevano chi avevano da consigliare e che cosa erano tenuti ad accettare. A tale riguardo,

* A diferenciação entre os sistemas jurídico e político e que tende a eliminar essa função NULA do judiciário?

Con la formula tautologico-paradossale della sovranità, che presto si distacca dal suo significato medioevale di indipendenza di curia e imperatore, si scoprono contingenze più elevate e le rispettive esigenze di decisioni risultanti dalla differenziazione del sistema politico e dall'emancipazione dai controlli cetuali e dalle statuizioni religiose. L'unità del sistema può semmai essere ancora definita territorialmente (e in quanto tale mediante nomi propri) ma non più come la forma naturale della virtù della vita politico-civile, cioè della vita che scorre al di fuori del proprio *domus*. Il principe non è più un *civis* tra gli altri. Egli è *princeps* distinto dai *subditos*, governante distinto dai governati; e questa differenza crea ora un processo decisionale specificamente politico che avoca a sé la sovranità⁵⁶.

Così come il soggetto pensante può rendersi indipendente dal codice «vero o non vero» pensando che è in grado di pensare sia il vero sia il falso, così anche la sovranità illimitabile del sistema politico si rende indipendente dal codice giuridico, sebbene nessuno osi formulare tale circostanza con radicalità cartesiana. Il sistema politico può esercitare il suo potere tanto in modo legittimo quanto illegittimo e, se ciò è da temersi da parte di una persona sovrana (seppure senza attenderselo), diventa oltremodo acuto con il passaggio alla sovranità popolare. E infatti solo dopo tale insprimento, solo contro di esso, dopo la Dichiarazione d'indipendenza americana e dopo la perdita del re (che è comunque umanamente indirizzabile) si cerca protezione in una costituzione.

I problemi della circolarità e della reintroduzione dell'unità nell'unità tormentano quindi anche il sistema politico. Questi vengono dirottati nel sistema giuridico in canali interpretativi, nel sistema politico in canali organizzativi e strategici. Sin dal Settecento, gli stessi stati moderni sono sufficientemente stabili (o meglio: la differenziazione funzionale si è perfezionata al punto da poter dare avvio a esperimenti di questo genere). Per mezzo del concetto di Stato, si istituiscono uffici dotandoli di competenze

interessante sul piano della storia del diritto è E. H. Kantorowicz, *Mysteries of State: An Absolutist Concept and its Late Medieval Origins*, in «Harvard Theological Review», XLVIII (1955), pp. 65-91.

⁵⁶ Non da ultimo, ciò si mostra nel fatto che i vincoli cetuali ancora esistenti impediscono, almeno dalla prospettiva della Francia, di descrivere il principe come un sovrano anche nel caso in cui si tratta di un re che si limita a cedere la giurisdizione ai suoi vassalli senza fungere egli stesso da ultima istanza d'appello. Cfr. Cardin Le Bret, *De la Souveraineté du Roy*, Paris 1632, p. 11, in riferimento alla Danimarca. Sui problemi concreti, cfr. anche C. L. P., *Discours de l'abus des justices de village* cit.

condizionabili. Si organizza la «divisione dei poteri». L'integrazione delle comunicazioni tra gli uffici viene subordinata alla legittimità delle loro decisioni. Il che richiede in ultima analisi uffici ovvero magistrature costituzionali competenti a decidere in materia ma che comunque restano semplici organi costituzionali tra altri. Eppure è possibile orientarsi in cerchi così organizzati e ciò è sufficiente, almeno sino a quando non si verificano conflitti costituzionali alimentati da destra o sinistra (Bismarck, Allende).

Certo è che il paradosso della sovranità non viene acuito a destrimento del diritto ma al contrario risolto per suo mezzo. In tal modo, all'interno del diritto positivo si rendeva ancora una volta necessaria la differenziazione, del tutto ignota al medioevo, tra diritto intangibile e diritto disponibile e anche la vecchia gerarchia di diritto divino, diritto naturale e diritto positivo non serviva più a risolvere il paradosso della sovranità. I primi e del tutto sperimentali tentativi conducono a qualcosa come le «lois fondamentales»⁵⁷. Si tratta essenzialmente delle condizioni di mantenimento della continuità dinastica (e in questo senso dello Stato), ad esempio delle regole di successione al trono. Per la loro giustificazione, ci si serve di un argomento autoreferenziale, cioè che lo Stato non può negare quei principî a cui deve la propria esistenza⁵⁸. Solo nel Settecento, dunque, anche il concetto di costituzione (*Konstitution*), che il diritto romano usava in modo completamen-

⁵⁷ Ciò può essere datato con precisione grazie alle indagini di H. Mohnhaupt, *Die Lehre von der «lex fundamentalis» und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, in J. Künisch (a cura di), *Der Dynastische Fürstenstaat: Zur Bedeutung von Sukzessionsordnungen für die Entstehung des frühmodernen Staates*, Berlin 1982, pp. 3-33, e di H. Höpfl, *Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France*, in Schnur (a cura di), *Die Rolle der Juristen* cit., pp. 327-36: non esistono prove prima del 1573, qualche manifestazione nella pamphletistica politica, profili giuridici più chiari con riguardo alla *lex salica* e all'inalienabilità dei beni pubblici, solo verso la fine del secolo.

⁵⁸ Così argomenta già Bodin (cfr. l'interpretazione di Holmes, *Jean Bodin* cit.); inoltre Ch. Loyseau, *Des Seigneuries* (1608), secondo i rinvii rinvenibili in A. Lemaire, *Les Lois fondamentales de la Monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris 1907, pp. 151 sgg. Cfr. ad esempio Anonimo (Pierre Bouquet), *Lettres provinciales ou Examen Impartial De l'Origine, de la constitution, et des Révolutions de la Monarchie française*, La Haye 1772, pp. 67-68. Ciò non significa in definitiva che ogni tentativo di modifica di queste *lois fondamentales* abbia effetti autodistruttivi e che perciò non possa essere razionale. Per il resto, se si considera (con Bouquet, p. 180) che al re occorre un popolo per avere qualcosa da governare e che egli perciò dovrebbe preoccuparsi della conservazione del *peuple*, delle *richesses*, ecc., questo argomento è politicamente suscettibile di essere prolungato sin nei contenuti concreti della politica. In confronto con le leggi costituzionali successive, colpisce la ristretta giustiziabilità di una tale massima. Si può soltanto dire con Bouquet: chi non la rispetta «s'néantit lui-même peu à peu».

te diverso⁵⁹, acquista un nuovo significato, che lo libera dalle limitazioni delle leggi fondamentali vigenti in precedenza e lo esonera dalla necessità di ricorrere a una fondazione di tipo giusnaturalistico⁶⁰.

Il «fondamento di validità» consiste esclusivamente nella necessità di dissimulare la costituzione tautologica-paradossale di quell'unità sistemica e di sostituirla attraverso distinzioni maneggiabili. Per esprimersi nei termini di Spencer Brown, la costituzione vige grazie a una *re-entry* della forma nella forma e cioè alla distinzione di sistema e ambiente nel sistema⁶¹. Sia sotto il profilo giuridico che sotto quello politico, la costituzione non è dunque altro che il dispositivo volto a differenziare l'autoreferenzialità dall'eteroreferenzialità nelle operazioni interne al sistema. La certezza della validità della costituzione può quindi essere spiegata con il fatto che la reversibilità delle strutture interne al sistema cui è funzionale solleva altri problemi (ad esempio problemi di «sostituzione» delle soluzioni dei problemi) rispetto a quelli di un osservatore esterno che è nella condizione di consacrarsi esclusivamente alle proprie idee.

Nel Seicento questo tentativo di risolvere l'acutizzarsi del paradosso della sovranità nel diritto viene innanzitutto ostacolato dal rifiuto della figura giuridica dell'autolimitazione in quanto l'obbligazione vincolante avrebbe costantemente presupposto un riferimento al diritto vigente⁶². Per tale ragione si ritorna in un pri-

⁵⁹ Ossia nel senso di editto, decreto (*Erläss*), tanto da doversi innanzitutto motivare che tali ordini dell'imperatore, «quas vulgo constitutiones appellamus» (Ulpiano, D. 141, introduce con il noto «Quod principi placuit, legis habet vigorem»), possano pretendere validità giuridica.

⁶⁰ Se i giuristi credono egualmente di non poter rinunciare a una retorica giusnaturalistica, sotto le condizioni moderne sono costretti a dimenticare cosa questa semantica aveva un tempo significato. E, in modo peculiare, essi confermano la differenziazione del sistema giuridico conservando un concetto di natura che, al di fuori del sistema giuridico, nessuno applica più.

⁶¹ Cfr. G. S. Brown, *Laws of Form*, London 1971².

⁶² «Hiscé directe non obligari summum imperio patet. Summus enim est: ergo a superiore homine obligatio ipsi non potest accedere. Seipsum autem per modum legis, id est, per modum superioris obligare nemo potest» si sostiene ad esempio in S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, VII, cap. VI, § 2, citato dall'edizione Frankfurt am Main - Leipzig 1774, II, pp. 214-15, richiamandosi a Hobbes, *De cive*, cap. VI, § 5. Indicazioni per Bodin e Thomas Jefferson in Holmes, *Jean Bodin* cit., pp. 17-18. In modo diverso e in direzione di una più rigorosa comprensione delle «decisioni collettivamente vincolanti», Gaspard de Réal Curban, *La Science du gouvernement*, IV, Aix La Chapelle - Amsterdam - Paris 1765, pp. 125 sgg. Sino a che le leggi non vengono modificate devono essere rispettate anche dal legislatore: «La raison veut que celui qui ordonne une chose, l'exécute lui-même» (p. 128) - un primo esempio dello spostamento del problema nella struttura temporale della validità giuridica.

mo tempo (e come sappiamo ora: provvisoriamente) a costruzioni contrattualistiche dello Stato⁶³. Solo l'invenzione della forma giuridica «costituzione» renderà superflua questa strada più lunga. E solo la consapevolezza di una differenza di piani rende necessario e possibile non limitarsi più a parlare semplicemente di *lois fondamentales*, ma di costituzione (al singolare)⁶⁴.

Malgrado tutti i tentativi di afferrare giuridicamente il problema della sovranità e di addomesticarlo con il ricorso a una qualche distinzione, continua nondimeno a persistere un problema residuale: il problema della ragion di stato, dello *jus eminens*, del diritto dello stato di necessità. Tali formulazioni sono tuttavia insufficienti (perché ancora giuridiche). Esse hanno il pregio e l'intenzione di specificare una competenza e di prospettare con ciò una soluzione pacifica del problema. Nel sistema politico deve esistere qualcuno (ma dopo tutto perché qualcuno? E chi?) che nel caso d'eccezione possa oltrepassare ogni limite giuridico. Sovrano è dunque chi definisce in questo caso che cosa è richiesto dal bene comune e che con ciò è nella condizione di affermarsi politicamente⁶⁵. E qualora il testo costituzionale non lo consenta ciò avviene comunque *extra-legem* (in casi auspicabilmente rari).

In tal modo, accanto all'infruttuosità dei tentativi di fissare il problema sul piano giuridico, si rivela anche il limite della possibilità di un accoppiamento strutturale di politica e diritto, e quindi il limite di prestazione di tale meccanismo altamente improbabile dal punto di vista evolutivo. Il concetto di accoppiamento strutturale è scelto in modo da evidenziare nel contempo i limiti dei pesi che è capace di sopportare, e cioè il suo stesso non funzionamento. Tale concetto non può eliminare l'identità e l'autonomia dei sistemi accoppiati e non può neppure integrarli in un

⁶³ Su questa connessione cfr. anche Ch. Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit: Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien 1979, pp. 181-182.

⁶⁴ Palesemente nella tendenza alla singolarizzazione di concetti collettivi, che ha colpito anche Reinhardt Koselleck.

⁶⁵ Con la formula «bene comune» si intende qui soltanto la contigenza della politica e non un supercriterio, ad esempio di tipo giusnaturalistico, il cui uso consentirebbe in ultima analisi di esaminare e decidere se una politica è legittima o illegittima. La formula della contigenza dice: ciò che è riconoscibile come politica non può essere arbitrario (qui ad esempio: nel mero interesse dei privati). Chi agisce al di fuori dell'ambito semantico di tale formula non potrebbe essere osservato come agente in senso politico. Non potrebbe essere ascritto al sistema politico. Egli sarebbe forse un ladro, un capitalista privato, un fanatico religioso o qualcosa di simile.

ordine gerarchico-asimmetrico. Ed è vano il tentativo di cercare per questo problema un'idea definitiva in una formula unitaria. La differenziazione funzionale di sistema giuridico e sistema politico non può essere controllata né da una parte né dall'altra.

Dal momento che il sistema politico risolve con la costituzione i problemi della propria autoreferenzialità, esso utilizza quindi il diritto. Tale uso può tuttavia funzionare solo perché i sistemi non sono congruenti, perché non si sovrappongono neppure in misura minima ma al contrario il sistema politico può servirsi del sistema giuridico mediante eteroreferenzialità e quindi mediante il ricorso a un altro sistema funzionale. Allo stesso modo, il concetto di Stato contrassegna ad un tempo un'organizzazione e una persona giuridica - a seconda del sistema da cui lo si consideri⁶⁶. Analogamente, l'immensa estensione dell'ambito di applicazione del potere politico raggiunta con la duplice codificazione giuridica di tutte le decisioni politiche è condizionata dalla netta differenziazione dei sistemi⁶⁷.

4.

Oggi sappiamo che nessun sistema può nascere e riprodursi su una base esclusivamente autoreferenziale. Neppure quando il sistema è dotato della capacità di autoorganizzazione o della possibilità di autoosservazione⁶⁸. Se questo è vero, allora tutte le auto-descrizioni che presuppongono ciò che è logicamente e sistemicamente impossibile sono erronee. D'altra parte, alle stesse conclusioni eravamo giunti in sede di analisi storica sottolineando

⁶⁶ Così è infatti insensato discutere su «quale dottrina dello Stato era più feconda, più profonda, più viva: quella dei politici Dahlmann, Stein e Mohl o degli impolitici Gerber, Laband, Jellinek e Kelsen?» (così H. Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, p. 26, trad. it. *Dottrina dello Stato*, Napoli 1988). Si tratta soltanto della questione sugli strumenti di osservazione con cui si intende osservare: quelli del sistema politico o quelli del sistema giuridico.

⁶⁷ Cfr. N. Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Tokyo 1989, pp. 493-506.

⁶⁸ Cfr. soltanto H. von Foerster, *On Self-Organizing Systems and Their Environments*, in M. C. Yovits e S. Cameron (a cura di), *Self-Organizing Systems: Proceedings of an Interdisciplinary Conference* (5-6 maggio 1959), Oxford 1960, pp. 31-50, ora in Id., *Observing Systems*, Seaside Cal. 1981, pp. 2-23; W. Ross Ashby, *Principles of the Self-Organizing System*, in H. von Foerster e G. W. Zopf (a cura di), *Principles of Self-Organization*, New York 1962, pp. 255-78, ora in W. Byckley (a cura di), *Modern Systems Research for the Behavioral Scientist: A Sourcebook*, Chicago Ill. 1968, pp. 108-118.

D/P

105

100

BEM COMIN

come tali autodescrizioni finiscano per culminare in un paradosso. Proprio la denominazione di qualcosa come qualcosa (del sé come del sé) presuppone in effetti la possibilità di distinguerlo da qualcos'altro. Di fronte a ciò, l'autodescrizione non è in grado di offrire soluzioni di sorta (per quanto l'intera cibernetica di secondo grado abbia preso le mosse proprio da questo problema)⁶⁹. Si è cercato perciò una via d'uscita dapprima nel concetto di *order from noise*, più tardi nel contesto della dipendenza, nella costruzione della complessità, dal rumore di fondo dell'ambiente⁷⁰. La teoria dell'accoppiamento strutturale si riallaccia a tale questione e distingue ancora una volta nell'ambito del rumore di fondo ambientale, i rumori esclusi dai rumori inclusi e perciò rafforzati. Solo in tal modo, diviene comprensibile il fatto che e il modo in cui un sistema riesce ad adattarsi mediante organizzazione interna - vale a dire: mediante autoorganizzazione - a determinate fonti di rumore e a eliminarne altre.

Di fronte a questo sfondo teorico, emerge con chiarezza l'incremento di complessità raggiunto con la separazione e la connessione di sistema politico e sistema giuridico. Con una formula sintetica: la novità del progetto settecentesco di costituzione sta nel fatto che la costituzione rende possibile ad un tempo una soluzione giuridica del problema di autoreferenzialità del sistema politico e una soluzione politica del problema di autoreferenzialità del sistema giuridico. Independentemente dalla situazione che la ispira, ad esempio la necessità di dare alle colonie americane divenute indipendenti la forma di un'unità, o la possibilità da parte di una rivoluzione ancora in corso di servirsene per riformare la sovranità politica, e comunque si interpreti la gamma delle terminologie note e tramandate: l'innovazione strutturale è condizionata dal manifestarsi dei problemi di autoreferenzialità qui delineati e dalla necessità del loro dispiegarsi, della loro risoluzione mediante differenziazioni, della loro asimmetrizzazione. Nello stesso momento, si rivela la necessità di disinnescare i paradossi e di riconquistare con ciò la possibilità, altrimenti preclusa, di osservare il sistema - così il paradosso della limitatezza della sovranità illimitata o il paradosso per cui il codice diritto - non diritto, generalizzato

⁶⁹ Cfr. a questo proposito P. Garbolino, *A proposito di osservatori*, in R. Genovese et al., *Modi di attribuzione: Filosofia e teorie dei sistemi*, Napoli 1989, pp. 185-236.

⁷⁰ Cfr. H. von Foerster, *On Self-Organizing Systems* cit., e H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*, Paris 1979.

nella forma *constitutional-unconstitutional*, deve essere bloccato nella sua autoapplicazione e quindi presuppone un'istanza extragiuridica sottratta allo schema e che si presenta ora nelle vesti di un popolo politicamente unito. La politica individua le forme idonee a tenerne conto riferendo restrittivamente se stessa allo Stato e concependolo come Stato costituzionale. In contrasto con il concetto veteroeuropeo di *societas civilis* si dice ora: senza Stato (costituito) nessuna politica. Il diritto individua le forme idonee a tenerne conto riconducendo se stesso, mediante la legge costituzionale, a un istituto giuridico dai contenuti indeterminati: il potere costituente del popolo. Questo progetto globale viene reiterato e implementato su piani di secondo grado. La politica, se mira al successo della sua azione, non può rinunciare all'armamentario del diritto che deve funzionare giuridicamente e dai cui binari non è consentito deragliare. Il diritto, mediante una legislazione influenzabile politicamente, si adegua alle continue pressioni esercitate dalla politica e conquista con ciò la possibilità di rinviare all'iter politico molti impulsi alla sua modificazione.

Tuttavia, ciò funziona solo se si rinuncia alla concezione unitaria ancora dominante nel primo costituzionalismo, che obbligava a gerarchizzare l'architettura del sistema. Una crescente complessità risultante dal divenire efficace dell'ordinamento dello Stato costituzionale già istituito, richiede il passaggio da un'architettura gerarchica a un'architettura eterarchica che rinuncia a descrizioni del tipo sopra-sotto e che fa solo più i conti con sistemi sociali parziali e accoppiati soltanto in misura limitata⁷¹. Grazie a tale accoppiamento, il sistema giuridico tollera un sistema politico che tende verso lo Stato regolatore e che non si lascia sfuggire ciò che può assoggettare alle proprie operazioni. Grazie a tale accoppiamento, anche il sistema politico tollera un sistema giuridico che avvia continuamente processi propri, protetti da interferenze politiche non appena si prospetti la questione diritto - non diritto. Ciò conduce in definitiva a una teoria dei sistemi operativamente chiusi suscettibili soltanto di perturbazioni piuttosto che di determinazioni reciproca e costretti a ricorrere al rispettivo linguaggio siste-

⁷¹ Si può perseguire questa necessità di ricostruzione nella teoria del diritto sulla scorta degli argomenti con cui H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, London 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino 1965, rifiuta la teoria della sovranità di John Austin, al fine di poter abbracciare, con il piano di sostituzione, una complessità maggiore di realtà giuridiche. Senonché, proprio sotto questo profilo la proposta di sostituzione non è abbastanza ampia.

basta una
ma questa (interazione è tutto)

mico per potervi reagire. Il rapporto tra sistema politico e sistema giuridico assomiglia più che ai gemelli siamesi capaci di muoversi solo congiuntamente, alle palle da biliardo che, al di là della perseverata frequenza del loro cozzare, continuano a percorrere vie separate. Nella concezione moderna, la base di realtà delle costituzioni consiste nella differenziazione funzionale del sistema sociale.

Questo richiamo alla differenziazione integrale dei sistemi funzionali, di per sé autoreferenzialmente chiusi, di politica e diritto trascura in prima istanza delle connessioni evidenti. Il che potrebbe facilmente cagionare delle contraddizioni. Ma è bene non biasimare il giorno prima che cali la sera. Non vi è dubbio che esistono connessioni non solo occasionali, contingenti e casuali. Queste possono essere descritte con il concetto di accoppiamento strutturale sopra descritto⁷².

Gli accoppiamenti strutturali traducono rapporti *analogici* in rapporti *digitali*⁷³. Si basano sull'inevitabile simultaneità di sistema e ambiente e sul continuo scorrere del tempo. Il sistema sociale è di per sé già da sempre adattato, già da sempre politica e diritto tengono conto dell'esistenza di una costituzione e su questa base procedono in modo analogo. Il che non richiede necessariamente di essere tematizzato nelle operazioni. Nondimeno, proprio questa condizione genera perturbazioni da occasionali a frequenti, da sorprendenti a regolari sotto entrambi i lati. E tali perturbazioni si manifestano come eventi, come casi, quindi in forma digitale. Presentano profili determinati o facilmente determinabili e rimandano perciò a possibilità di trattamento determinate.

Accoppiamenti strutturali tra sistema e ambiente (o concretamente: sistema e sistemi nell'ambiente) sono del tutto compatibili con la chiusura operativa dei sistemi accoppiati. La ragione è che

⁷² Tale concetto appartiene a un settore più ristretto dei concetti della teoria dei sistemi autopoietici, e si può forse approfittare dell'occasione per dire una volta per tutte che questa teoria non intraprende affatto il tentativo disperato di spiegare tutto con un concetto, ossia con *autopoiesis*. Sull'«accoppiamento strutturale» cfr. H. R. Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig 1982, pp. 143 sgg., 150 sgg., 243-44, 251-52. Sul suo trasferimento in altri ambiti cfr. N. Luhmann, *Wie ist Bewusstsein an Kommunikation beteiligt?*, in H. U. Gumbrecht e K. L. Pfeiffer (a cura di), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt am Main 1988, pp. 844-905; Id., *Wirtschaft und Recht: Probleme strukturelle Kopplung*, ms. 1989.

⁷³ La terminologia deriva dall'informatica. Per generalizzazioni, cfr. anche G. Bateson, *Step to an Ecology of Mind*, New York 1972, trad. it. *Verso un'ecologia della mente*, Milano 1975, *passim*; A. Wilden, *System and Structure: Essays in Communication and Exchange*, London 1980², *passim*, in part. pp. 152 sgg., 495 sgg.

Attraverso accoppiamenti strutturali non solo non si specificano gli eventi ma tale specificazione è altresì rinviata agli stessi sistemi accoppiati. Ciò deriva già dal fatto che il concetto di accoppiamento strutturale indica un rapporto di simultaneità tra sistema e ambiente, mentre un rapporto di causalità richiede il susseguirsi di causa ed effetto⁷⁴. L'accoppiamento strutturale è una forma particolare nel senso di Spencer Brown⁷⁵, cioè una differenziazione a due lati. Dal lato interno, si facilita l'influenza reciproca che viene «legalizzata» dalla costituzione. Dal lato esterno, tale influenza viene per quanto possibile esclusa, o quantomeno resa illegale. Politica e amministrazione del diritto sono tenute a rapportarsi l'una all'altra «solo in modo conforme alla costituzione» e non altrimenti. Sotto la condizione dell'esclusione dell'altro, come ad esempio l'intervento politico della giurisdizione in singoli casi da parte di politici o funzionari corrotti o viceversa pena la paralisi giuridica di attività politiche essenziali, come ad esempio la politica estera (la cosiddetta dottrina delle *political questions* che prende le mosse dal caso *Marbury v. Madison*⁷⁶), l'influenza politica può essere notevolmente accresciuta⁷⁷. Ma si esclude ogni interferenza nell'*autopoiesis* del sistema interessato e si consente una perturbazione reciproca tanto maggiore. Si rinuncia all'attuabilità immediata di massime politiche come «purezza razziale», indipendenza nazionale, conquiste socialiste, bene comune e si acquistano in cambio più ricche possibilità di azione nelle forme dello Stato di diritto. Si rinuncia alla possibilità di sottrarre direttamente all'economia risorse politicamente condizionate e si istituisce invece un accoppiamento strutturale tra sistema economico e sistema politico con lo strumento della tassazione il quale, istituito dalla costituzione e quindi giuridicamente controllabile, salvaguarda l'autopoiesis dell'economia e le delega il compito di segnalare sovratassazioni, a loro volta passibili di trasformarsi in problema politico, con inflazione, emigrazione di imprese o altri indicatori.

Una valida dimostrazione dell'effetto di esclusione degli ac-

⁷⁴ Con ciò, non vogliamo escludere definitivamente che un osservatore possa osservare e vedere diversamente; ma in questo caso sarebbe costretto ad usare un inconsueto concetto di causalità.

⁷⁵ Cfr. G. S. Brown, *Laws of Form*, New York 1979.

⁷⁶ Cranch 1 (1803), pp. 137-80 (166).

⁷⁷ Su questo paradosso dell'incremento mediante riduzione mirata, dell'agevolazione mediante ostacoli, del rafforzamento mediante limitazione, cfr. S. Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in J. Elster e R. Slagstad (a cura di), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988, pp. 195-240 [tradotto nel presente volume].

accoppiamenti strutturali - per quanto lontana dall'essere formulata in questi termini - è rinvenibile nella *Dissertation upon Parties* di Bolingbroke; in questo testo, essenzialmente consacrato alla costituzione britannica, sono rinvenibili non a caso prove assai remote dell'uso di formule come *unconstitutional*, *anticonstitutional*, *extraconstitutional*⁷⁸. L'occasione del testo scaturisce dalla famosa vicenda di corruzione del Parlamento londinese con le risorse finanziarie della Corona. La sua tesi è che la costituzione britannica avrebbe risolto il problema del potere politico in modo incomparabile; in Parlamento vi sarebbe un equilibrio fra tre ceti: Corona, nobiltà e popolo, mentre non esisterebbero né la prerogativa della Corona fondata sulla costituzione né il divieto di resistenza da parte del popolo (rivoluzione) contro sviluppi incostituzionali. Il problema sarebbe ora non l'influenza su questo sistema del potere ma del denaro: «that the power of Money, as the world is now constituted, is real power, and that all power without this is imaginary; that the prince who gets prerogative alone, gets a phantom; but that he who gets money, even without prerogative, gets something real»⁷⁹. Più o meno contemporaneamente, si sviluppano altri accoppiamenti strutturali che, per mezzo della proprietà, della libertà contrattuale e dei prodromi di un nuovo diritto delle corporazioni, aprono all'economia possibilità dirette di disporre del diritto (*Rechtsgestaltung*) e con ciò di mobilitare il potere politico nell'interesse economico privato. Di qui si può intravedere che cosa richieda la differenziazione funzionale: separazione e reciproca impermeabilizzazione degli accoppiamenti strutturali tra politica, diritto ed economia.

Attraverso accoppiamenti strutturali si forma all'interno dei rapporti sistema-ambiente un settore ristretto con altre probabilità di perturbazioni reciproche (*perturbations* nel senso di Matuрана). Per i sistemi interessati, ciò implica nel contempo l'emergere di alte chance di apprendimento. Tali sistemi osservano con particolare attenzione e attivazione della loro memoria quei settori dell'ambiente a cui sono accoppiati. Le perturbazioni attribuibili a questo settore possono essere facilmente interpretate e risolte con l'aiuto della memoria (ma ciò non significa altro che: in relazione a strutture già esistenti). Queste stesse perturbazioni ven-

⁷⁸ Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties* cit., pp. 11, 118, 122, 160. Su ciò cfr. *supra*, pp. 95-96.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 165 sgg.

gono normalizzate e spingono in direzione delle alternative disponibili. Il sistema non è tenuto ad un apprendimento *ad hoc* in questo settore dell'ambiente e quindi si terrà lontano, ancor più che in altri settori, dalla «rimozione» delle perturbazioni. La permanente esposizione agli impulsi politici in direzione di nuove leggi può essere elaborata dal sistema giuridico nella forma propria della legislazione, la quale ovviamente non tollera tutto quanto sarebbe auspicabile sul piano politico; e viceversa la politica può più agevolmente tollerare le perturbazioni prodotte nella forma di decisioni giuridiche (dichiarazione d'incostituzionalità di una legge politicamente importante, nuovi problemi di responsabilità, scoperta di tentativi di aggiramento della legge, solo per indicarne alcune) poiché la localizzazione della decisione nel sistema giuridico rende difficile attribuire al governo o all'opposizione la responsabilità politica degli incidenti. In breve, nel contesto degli accoppiamenti strutturali i disturbi sono qualcosa di «familiare». O meglio, si presentano come «problemi» rispetto a cui sono già disponibili e rapidamente utilizzabili soluzioni più o meno facili, più o meno plausibili. In tal modo, si spiega come gli accoppiamenti strutturali rendano possibile la costruzione di regolarità interne al sistema - tuttavia solo a condizione di un effetto di esclusione di ampia portata e di una sufficiente complessità interna al sistema⁸⁰.

In tal modo, gli accoppiamenti strutturali incidono profondamente sul sistema. Di un sistema giuridico è possibile osservare se il suo sviluppo sia già da tempo segnato da una pressione politica. In questo caso, le sue strutture non possono essere spiegate semplicemente, anzi sono quasi incomprensibili, a partire dai conflitti giuridici concreti. Il sistema giuridico perde quell'aderenza ai fatti che il diritto è in grado di attivare solo se a qualcuno viene in mente di litigare. Persiste nell'autoriproduzione delle proprie strutture, ma non più sulla base esclusiva di esperienze casistiche e delle generalizzazioni tratte dai casi. La differenziazione strutturale interna di legislazione e giurisdizione serve ora non più a difendersi da pressioni, quindi non più alla differenziazione contro

⁸⁰ F. J. Varela, *On the Conceptual Skeleton of Current Cognitive Science*, in N. Luhmann, *Beobachter: Konvergenz der Erkenntnistheorien?*, München 1990, pp. 13-23 (in part. pp. 20-21) accentua in questo contesto il significato della rielaborazione di informazioni decentrate, eterarchiche, «modulari» per la produzione di «regularities» nei sistemi. È evidente che una gerarchizzazione consegna eccessivamente il sistema alle bizzarrie e ai contatti ambientali contingenti del suo vertice.

le stratificazioni⁸¹, ma a canalizzare gli effetti piú profondi dell'influenza politica.

D/P (

Infine, dal concetto di accoppiamento strutturale possiamo altresí ricavare che i contenuti normativi dei testi costituzionali non possono essere scelti arbitrariamente. Non è un caso che le norme procedurali occupino un spazio cosí importante; in effetti, tramite l'osservanza delle procedure il sistema politico può rispettare il sistema giuridico senza con ciò tuttavia dover trascurare esigenze di tipo politico. Perciò il postulato della democrazia viene tradotto in fattori mediante procedure. Tale constatazione insegna inoltre quanto siano pericolose quelle norme che riflettono esigenze politiche in modo eccessivamente diretto - ad esempio norme di natura ideologica negli stati socialisti o il predominio degli interessi di sicurezza militare nel diritto costituzionale (non scritto) di Israele. La tentazione rappresentata dalla facilitazione dell'influenza e dall'adattamento mediante accoppiamento strutturale sta proprio in ciò: nella scelta di norme costituzionali tali da consentire al sistema giuridico di riconoscere la legalità in pressoché tutte le forme dell'agire politico e che, viceversa, ogni decisione sulla costituzionalità-incostituzionalità del sistema politico indica come si debba descrivere qualunque tipo di decisione in modo da estromettere la giurisdizione costituzionale. Su questo sfondo, si profilano diritti dell'uomo quali forme dotate di sufficiente complessità per condurre una propria vita giuridica; o si profilano altresí regole procedurali (ad esempio elettorali) che garantiscono il ruolo politico degli interessi in modo politicamente non indirizzabile, senza l'obbligo di legittimarli come tali in una gerarchia di valori preesistenti.

5.

Gli accoppiamenti strutturali sono acquisizioni evolutive. La loro formazione non può essere ricondotta a cause specifiche. In certo qual modo, presuppongono se stessi in quanto si riconnettono alle discontinuità dell'ambiente, alla cui stabilizzazione con-

⁸¹ Questa era la posizione di Aristotele e ancora nel medioevo questa era la prospettiva adeguata. Su riferimenti testuali interessati dalla difesa verso le influenze della retorica, cfr. Aristotele, *Retorica*, 1354 a 32 - 1354 b 16 e su ciò E. Colonna, *De regimine principum libri III*, libro III, parte II, citato dall'ed. Roma 1607, ristampa Aalen 1967, in part. pp. 507 sgg.

tribuiscono. Questo vale per l'accoppiamento strutturale di coscienza e comunicazione attraverso il linguaggio, come per l'accoppiamento strutturale di sistema educativo e sistema economico mediante certificati, come per l'accoppiamento strutturale di sistema sanitario e sistema economico mediante attestati medici e per innumerevoli altri casi in una società ad alto sviluppo. Per quanto concerne i rapporti tra sistema giuridico e sistema politico, le costituzioni seguono questo modello⁸².

Il fatto che l'istituzione costituzionale si sia formata e stabilizzata nella sua funzione di accoppiamento non può perciò essere spiegato mediante imputazioni monocausali, ma neppure in modo da prendere in considerazione piú di una causa. Come in ogni sistema autopoietico, occorre presupporre sviluppi circolari in cui tutto ciò che si forma contribuisce a produrre effetti. Sembra che un'evidenza legata alle situazioni, come detto all'inizio, possa aiutare a prendere le distanze da un uso linguistico tramandato. Per le *lois fondamentales* può essersi trattato di guerre civili di religione e per le *constitutions* di situazioni rivoluzionarie sia intorno al 1640 sia alla fine del Settecento. Quindi una forza di persuasione temporanea come fattore di selezione. Dal punto di vista della storia delle teorie, vengono escluse ad un tempo le spiegazioni teleologiche e l'idea che la funzione costituisca una onnicomprensiva forza di attrazione evolutiva. Effettivamente, la forza di persuasione legata alle situazioni non spiega né il manifestarsi di variazioni concettuali, linguistiche, semantiche del patrimonio intellettuale esistente, né la possibilità di stabilizzare le acquisizioni evolutive attraverso l'assunzione di funzioni. Detto altrimenti, si ha bisogno del complesso meccanismo variazione-selezione-stabilizzazione, dunque delle teorie dell'evoluzione, per spiegare i mutamenti strutturali.

C/P

Avevamo già visto che intorno alla fine del Cinquecento si assiste alla risistemazione del terreno semantico su cui deve essere impiantata l'idea di un ordinamento basato su leggi fondamentali. Quanto offerto dalla tradizione veteroeuropea, ad esempio i concetti di *politéia-polizei-police*, è sí mantenuto ma anche insuf-

⁸² Analogamente, ma spingendosi molto oltre, R. Voigt, *Limits of Legal Regulation: The Use of Law as an Instrument of Societal Regulation*, in Id. (a cura di), *Limits of Regulation*, Pfaffenweiler 1989, pp. 11-30, caratterizza *tout court* la regolazione (*Regulation*) giuridica come accoppiamento strutturale di sistema giuridico, sistema politico e «sottosistema sociale» (??) della società. Il che però non consente, come del resto lo stesso concetto di regolazione, di giungere a una descrizione sufficientemente precisa.

ficiente dal momento in cui si avverte la necessità di innestare nel diritto positivo l'idea di un ordinamento fondamentale superiore. Tale innesto porta a qualificare come *lois fondamentales* le norme di diritto positivo. Nello stesso tempo, l'idea di sovranità, concentrando l'osservare e il descrivere in un vertice che opera con arbitrio, si oppone alle limitazioni giuridiche ma proprio perciò offre altresì l'occasione di una permanente autoperturbazione dei sistemi politici. Forse è del tutto fortuito che in Francia si offrisse comunque la possibilità di stabilire alcuni principî - ad esempio nell'ambito specificamente politico della successione al trono e in ambito politico-economico l'inalienabilità dei beni pubblici. Nel Settecento, un ruolo sempre più rilevante viene assunto anche dalla possibilità di interpretare i rapporti istituzionali in Inghilterra in direzione di una «divisione dei poteri». Il fatto che nuovi usi linguistici possano essere rapidamente diffusi mediante la stampa e resi disponibili a tutti non può non avere giocato un ruolo, anche in relazione al passaggio alle nuove lingue nazionali⁸³. Gli strumenti semantici di persuasione e i casi paradigmatici avrebbero potuto sicuramente ricevere un diverso arrangiamento. Perciò, dovrebbe essere stato decisivo il fatto che la conversione della società da una differenziazione per strati a una differenziazione per funzioni finiva per creare problemi non più risolvibili nel contesto di una specifica allocazione per strati delle risorse. Oggi dovrebbe essere pressoché incontestato il fatto che questo tipo di sviluppo sia condizionato da un'economia monetaria.

Di fronte a situazioni tanto complesse, la ricerca storica deve sempre più ricorrere alla teoria quasi come se si trattasse esclusivamente di scoprire le cause determinanti. La teoria dei sistemi autopoietici impone un diverso approccio alla ricerca storica - storia come qualcosa che vi è da sempre allorché un sistema autopoietico, nell'eseguire le sue operazioni, recluta i «principî» a ciò necessari. A tale riguardo, occorre procedere in modo binario. La ragione teorica di quella evoluzione evolutiva che è la costituzione va individuata nella necessità di un accoppiamento strutturale di diritto e politica e nell'uso dell'accoppiamento per la detautologizzazione dell'autoreferenzialità di entrambi i sistemi. Sul piano della semantica storica, è perciò richiesto un nuovo concetto di

⁸³ In latino, «fundamentalis» scorre più difficilmente sotto la penna; *fundamental/fundamental* suona già molto meglio. Ma sino a che punto è importante se già viene adoperata una nuova denominazione?

costituzione. Ma tale concetto viene creato per ragioni affatto diverse. In America del Nord, l'innovazione avveniva in una forma ad un tempo intenzionale e inintenzionale. In forma intenzionale, poiché la controversia con la Gran Bretagna è condotta su basi costituzionali e la Dichiarazione d'indipendenza rende in seguito necessario un ordinamento autonomo del potere di governo; e ciò spiega il carattere binario dell'enfasi posta sui diritti dell'uomo, da un lato, e di un corrispondente ordinamento dei poteri di governo, dall'altro. In modo inintenzionale, in quanto le implicazioni sia di una bipartizione del diritto in diritto costituzionale e altro diritto, sia di una costituzione autologica che interpreta se stessa nel proprio ambito di disciplina, si chiariscono solo gradualmente nella prassi giuridica. La novità non è nei temi specificamente giuridici poi imitati in Europa, ma nell'invenzione e nell'applicazione specificamente giuridica di un testo autologico.

Se nella Francia del 1789 si scopre all'improvviso che, malgrado le *lois fondamentales*, il paese non ha una costituzione e che perciò esso deve ancora darsela⁸⁴, ciò trova evidentemente le sue ragioni in una nuova pretesa alimentata dal desiderio dei diritti fondamentali e della divisione dei poteri⁸⁵. Dunque, da un lato, è l'occasione storica offerta dalla rivoluzione a rendere necessaria, o almeno possibile, la regolamentazione, dall'altro, sono gli stessi contenuti normativi a qualificare un testo come testo costituzionale. In quanto contenuti essenziali di una costituzione condividono il rango di questo progetto. Le vecchie concezioni sulla tutela della proprietà vengono elevate a diritti dell'uomo. La divisione dei poteri già racchiusa nel progetto di una «sovranità

⁸⁴ Lemaire, *Les Lois fondamentales de la Monarchie française* cit., p. 248, cita a tale riguardo uno scritto apparso a Losanna nel 1789, che ancora utilizza entrambi i termini: *De la constitution française, ou des lois fondamentales du royaume*. Cfr. dopo l'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen* del 2 ottobre 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution». Per il resto, già Tourgot aveva basato i propri progetti di costituzione sulla tesi secondo cui la Francia non ha (ancora) una costituzione (così nel 1775 in *Memorie sur les municipalités*, citato da Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., p. 41).

⁸⁵ Sulle oscillazioni della terminologia anteriore vi è parecchia documentazione. In parte, il concetto di *constitution* caratterizza semplicemente un'opzione dal repertorio della dottrina classica delle forme di Stato (così ad esempio in Bouquet, *Lettres provinciales* cit., p. 19), in parte, nel contesto della dottrina delle *lois fondamentales*, si trovano vaghe formulazioni come «forme de constitution» (così P.-L. Gin, *Vraies Principes du Gouvernement François*), che lasciano aperta la questione se, in caso di una qualche modifica, venga modificata la forma della costituzione. In Réal Curban, *La Science du gouvernement* cit., nell'indice altrimenti dettagliato del volume sul *Droit Public*, il concetto è assente.

indivisibile»⁸⁶ diventa ora la forma dello Stato che controlla autonomamente la sua sovranità. E la rivalutazione enfatica di questi contenuti sostituisce la questione del concetto e della funzione di ciò che ora si chiama *constitution*⁸⁷. Anche nell'epoca delle controversie sulle strutture dello Stato costituzionale che attraversano la Germania dell'Ottocento, il problema di un testo autologico rimane latente. Soprattutto la controversia sul controllo giurisdizionale delle leggi, che negli Stati Uniti poteva essere facilmente decisa sulla base di una redazione accettata del testo, in Germania è condotta senza una comprensione comune dei problemi⁸⁸. In modo analogo alla «questione costituzionale», si tratta dell'esplicitazione di posizioni di partito nel contesto della politica simbolica.

Il senso vero e proprio, l'autentica funzione e con ciò anche il concetto di costituzione restano nascosti. Ancora nel Novecento, per coprire tale deficit si distinguono semplicemente diversi concetti di costituzione⁸⁹. Nel termine costituzione si condensa un orizzonte di senso dotato di istruzioni per l'uso sufficienti alla prassi. In tal modo, la costituzione è il risultato di uno sviluppo evolutivo, un'acquisizione evolutiva che nessuna intenzione può cogliere con precisione. Dopo che la differenziazione funzionale del sistema sociale ha posto nuove esigenze all'autodescrizione tautologico-paradossale dei sistemi funzionali e suscitato le perturbazioni corrispondenti, l'invenzione della costituzione, comunque la si colleghi a frammenti di tradizione, rappresenta la chiave di volta di questo edificio. E a partire di qui viene riorganizzato il materiale strutturale e semantico disponibile in quel momento.

A prescindere da questo doppio orientamento delle ricerche storiche in direzione delle innovazioni strutturali e delle semantiche in cui si traducono, ci si potrebbe chiedere se le «costituzioni» siano un'istituzione specificamente europea che proprio per

⁸⁶ Grazie ai trucchi dei giuristi, si può invero distinguere contenuto ed esercizio della sovranità, *puissance souveraine* e *puissance exécutive* (Bouquet, *Lettres provinciales* cit., p. 124; Réal Curban, *La Science du gouvernement* cit., pp. 11 sgg., 359 sgg.; Gin, *Vraies Principes* cit., I, pp. 48 sgg.).

⁸⁷ A tale proposito, cfr. inoltre, sulla scorta dell'art. 16 della *Déclaration* del 1789, H. Hofmann, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, in Id., *Recht - Politik - Verfassung: Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt am Main 1986, pp. 261-95, in part. pp. 266-67.

⁸⁸ Ciò è mostrato dalle analisi scrupolose di R. Ogorek, *Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: zur Rekonstruktion einer Streitfrage*, in «Zeitschrift für eine neuere Rechtsgeschichte», XI (1989), pp. 12-38.

⁸⁹ Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München 1928, pp. 1 sgg., trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano 1984; Heller, *Staatslehre* cit., pp. 249 sgg.

tale derivazione non possono funzionare altrove, o se per il loro cattivo funzionamento, palese in numerosi stati del globo, non vi siano ragioni ulteriori, cioè strutturali.

Questo non è semplicemente un problema di attuabilità delle norme costituzionali. È necessario piuttosto che sia preliminarmente garantita la separazione e la chiusura operativa di entrambi i sistemi di diritto e politica. Solo in questo modo predomina l'orientamento verso ciò che nel proprio sistema risulta di volta in volta possibile e promettente. Solo in questo modo può essere garantito che ogni sistema si orienti quasi automaticamente al proprio codice e disconosca come proprie le comunicazioni non prodotte al suo interno. Così si sviluppa una sufficiente indifferenza verso valori e interessi esterni e anche verso le concezioni del tempo e della velocità ambientali. Tale effetto non può essere conseguito attraverso l'imitazione di testi o di istituzioni costituzionali celebri e altrove confermate, attraverso «legal transplants»⁹⁰. I suoi presupposti funzionali sono troppo complessi.

Se è inevitabile presupporre rapporti di tipo circolare, sarà difficile concepire una politica di sviluppo e anche una politica costituzionale mirata (e addirittura per imitazione di modelli europei o statunitensi). Se è vero che la funzione della costituzione non consiste nella realizzazione di corrispondenti relazioni di valore (e quindi non può essere interpretativamente estrapolata dai testi), bensì nell'accoppiamento strutturale di sistemi già differenziati, si potrà vedere più chiaramente dove si collocano i problemi e nel contempo meno chiaramente quali interventi specifici potrebbero risolverli. E pur vero che ovunque sulla terra si dissolvono le strutture di stratificazione tradizionali e che perciò va scomparendo quell'ordine sociale intatto contro cui la modernità europea ha scagliato i suoi stati costituzionali. Ma ciò non vuole affatto dire che in tal modo siano soddisfatti anche i presupposti di un'autonomia autopoietica dei sistemi funzionali, senza di cui viene a mancare ogni aggancio al meccanismo dell'accoppiamento strutturale. Possono esistere complessi sociali come quello militare, le banche e le corporazioni internazionali (in Sudamerica chiamati talora «American Embassy») o il terrorismo internazionale, contro cui una po-

⁹⁰ Un'espressione di A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974, ma con cui deve essere sottolineata la traducibilità relativamente indipendente dal contesto delle concezioni del diritto. Anche in relazione a tale questione, occorrerà distinguere tra diritto costituzionale e altro diritto.

concluder
deamboccar
plagar a for

litica autonoma non riesce a imporsi poiché tali influenze non sforzano in elezioni politiche e non operano neppure nella forma di distinti partiti all'interno del sistema politico⁹¹. Può darsi che «gag rules», che nella storia europea hanno sottratto certi temi al dibattito politico – soprattutto la religione e in certa misura anche problemi di distribuzione della proprietà – non funzionino in tali condizioni⁹² e che quindi si cerchi costantemente di risolvere problemi politicamente irrisolvibili con rivoluzioni e con guerre civili, con il terrorismo di destra o di sinistra in forme simili a quelle di una guerra civile; e che in tali situazioni le leggi costituzionali possano essere considerate come strumenti di lotta o di «politica simbolica».

La storia costituzionale europea aveva perciò goduto di una situazione che oggi non esiste più. Nell'epoca di un ottimismo nel progresso relativamente saldo e dell'affermazione di una dinamica autonoma di economia e scienza, il sistema politico poteva restringersi e ritrarsi su autentici compiti statali, conquistando così la possibilità di costruire la propria complessità. La politica riferita alle cariche statali divenne più complessa, l'elettorato fu allargato, la democrazia accettata come una forma normale, si formarono i partiti politici – questi tutto sommato i tratti dello sviluppo postcostituzionale⁹³. Gli stati che si costituiscono nell'Ottocento e nel Novecento sia nei territori prima colonizzati, sia in quelli rimasti liberi si trovano in una situazione completamente diversa: innanzitutto in una situazione di sviluppo deficitario evolutivo che suggerisce l'imitazione di modelli europei come se ciò fosse di per sé una garanzia di successo; situazione che oggi va però confrontata con un sistema economico mondiale altamente dinamico, con tecnologie dispendiose e dalla rapida usura, con mercati finanziari internazionali e flussi monetari di tipo speculativo nonché, sempre di più, con effetti ecologici e con una corrispondente pressio-

⁹¹ In altre parole: gli interessi consolidati in questa forma possono risultare troppo compatti per un programma «Madison» di diversificazione pluralistica e di neutralizzazione reciproca degli interessi riconosciuti.

⁹² Così per il caso della schiavitù in America del Nord, S. Holmes, *Gag Rules or the Politics of Omission*, in Elster e Slagstad (a cura di), *Constitutionalism and Democracy* cit., pp. 19-58.

⁹³ A un esame della letteratura del Settecento «on factions» o «on parties» e soprattutto dei temi di discussi alla *convention* di Philadelphia, pagina dopo pagina si rivela quanto la genesi dei partiti organizzati e della comunicazione attraverso i mass media giungesse inaspettata e modificasse il quadro dei problemi: vecchie preoccupazioni divennero obsolete, ne sopraggiunsero di nuove.

ne al *Self-restraint*. In questa situazione, risulta *prima facie* poco attraente un apparato istituzionale mirante, per mezzo della divisione dei poteri, della giuridificazione e della tutela dei diritti fondamentali, all'autonomizzazione dei sistemi funzionali e al doppio passo della costruzione mediante limitazione. Di fatto, si manifestano anche tendenze evolutive, ad esempio in Brasile, che favoriscono un tipo di limitazione concretamente diverso, cioè l'esclusione degli strati bassi dall'ambito di rilevanza politico-statale mediante corruzione, inflazione, o un'attività statale sì capillare, ma anche inaccessibile a tali strati. Una strategia potrebbe essere questa: innanzitutto mettere ordine nella propria casa e soltanto in seguito invitarvi gli ospiti; ma si afferma anche laddove il testo costituzionale e l'attenzione internazionale impongono un altro scenario. Tale seconda via, anche in caso di limitazione mediante esclusione, rappresenta un carico eccessivo per la politica e la rende instabile. E a maggior ragione lo stesso si può dire per i paesi un tempo governati in modo «socialista», che individuano le strategie di sviluppo solo nell'esclusione degli strati bassi.

Non da ultimo, ci si deve chiedere se certe premesse sostanziali del costituzionalismo liberale nel senso più lato siano condannate a divenire obsolete. Ciò vale innanzitutto per la premessa implicita di tutti i diritti di libertà e quindi della forma in cui viene giuridicamente garantita l'indipendenza degli altri sistemi funzionali, e cioè la premessa che vi sia un largo spettro di alternative pragmatiche in cui l'attore può seguire i propri interessi senza nuocere ad altri. Qualunque analisi sociologica dimostra quanto precaria sia una tale assunzione di condizioni «pareto-ottimali» e qualunque analisi economica dimostra che tali condizioni sussistono solo laddove si accetta una «esternalizzazione» dei costi. La minaccia ecologica sulla società moderna pone maggiormente in luce la problematicità di tali premesse, mentre il dibattito sul rapporto tra decisioni rischiose e interessi diffusi rafforza queste perplessità. Le prospettive sul futuro si sono dunque dislocate al punto da evidenziare quanto il costituzionalismo classico, che come tale doveva ancora imporsi, si fondasse su un' indefinita fiducia nel futuro.

Ciò non significa necessariamente che si possa rinunciare alle costituzioni. Si dovrà tuttavia fare i conti con il fatto che la politica è tenuta a confrontarsi con problemi decisionali che non possono più essere ricondotti al vecchio paradosso della sovranità, bensì alle condizioni esterne della comunicazione sociale; che anche il diritto sarà esposto a questa pressione e non potrà più esse-

re semplicemente concepito come regolamentazione di conflitti, ma impiegato per la produzione di comportamenti specifici. E forse il fascino della Legge fondamentale, delle sue professioni di valore, l'idea di un'istanza suprema gerarchicamente garantita e l'uso quotidiano di tale regolamentazione non fanno che illuderci sul tragitto percorso su di una via che ha abbandonato ormai da tempo i suoi fondamenti.

6.

In chiusura torniamo ancora una volta al sistema giuridico e precisamente all'interpretazione dei testi costituzionali. A prescindere dai problemi generali dell'attività di interpretazione dei testi giuridici, antichi quanto la fissazione per iscritto del diritto in generale⁹⁴, nel diritto costituzionale le necessità interpretative diventano particolarmente acute poiché con l'interpretazione, tanto più questa è libera, la sovranità viene trasferita dal legislatore costituente all'interprete. Da quando vi sono costituzioni scritte nel senso moderno del termine, questo problema è emerso con particolare asprezza. Già nell'elaborazione del testo della Costituzione degli Stati Uniti si è prestata attenzione ai presupposti testuali per delimitare margini interpretativi il più possibile ristretti. Entro questa prospettiva, si è sviluppata la dottrina dell'original intent, una soluzione rigorosamente autoreferenziale del problema mediante il vincolo alle intenzioni del legislatore rinvenibili nel testo stesso⁹⁵. Il concetto di costituzione e il corrispondente universo di idee fondative della tradizione civile-repubblicana⁹⁶, dei *civil rights* e del diritto naturale interpretato come ragione non offrivano un sostegno sufficiente. Al contrario: proprio questi erano destinati ad aprire la costituzione all'interpretazione. In linea di principio,

⁹⁴ A tale riguardo, P. Goodrich, *Teaching the Law. A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, Oxford 1986.

⁹⁵ H. J. Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, in «Harvard Law Review», xcvm (1985), pp. 885-948, mostra che originariamente vi era alla base una concezione molto più ristretta di quanto oggi non si ammetta, e che l'estensore del testo non doveva dare spazio alcuno per il ricorso a idee soggettive. Ma è proprio questo il problema al centro dell'attuale dibattito dottrinale sull'*original intent*.

⁹⁶ A questo proposito, le tesi oggi assai dibattute di J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton N.J. 1975, trad. it. *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, Bologna 1990.

era impossibile modificare il fatto che ogni costruzione del senso della costituzione implica la pretesa di partecipare alla sovranità. Il problema poteva dunque emergere ancora solo nel caso di mere opinioni giuridiche di provenienza accademica o di un'interpretazione basata su decisioni giuridiziarie vincolanti e con ciò di un perfezionamento del diritto stesso.

Ogni tipo di interpretazione deve innanzitutto descrivere il suo testo come suscettibile di interpretazione. Di conseguenza, nella misura in cui guarda al suo testo e a se stessa, implica un'attività parzialmente autologica⁹⁷. Il testo reso accessibile, comprensibile e applicabile dall'interpretazione rappresenta a sua volta uno schema che stabilisce come gli osservatori devono osservare e che cosa devono considerare legittimo o illegittimo. L'interpretazione è quindi un'attività che si articola quantomeno su due piani, una descrizione di descrizioni.

La componente autoreferenziale emerge nella misura in cui anche l'interpretazione tenta di creare vincoli normativi – e non si limita semplicemente a parlare sul testo. Sotto questo profilo, il costituzionalista è nella stessa situazione del linguista che parla sulla lingua e riconosce perciò il proprio comportamento nel suo stesso oggetto. I logici, che per parte loro sono in grado di osservare tali rapporti di implicazione e di sapere che tutto questo vale anche per essi, distinguono sovente più piani con l'intento di «dispiegare» l'inevitabile autoreferenzialità, e cioè per distribuirli a identità distinguibili. È noto che tutto ciò rappresenta un atto arbitrario con cui la logica salva se stessa, interrompe la propria circolarità. In tal modo, non possono essere esclusi strange loops nel senso di Hofstadter⁹⁸. L'analisi logica dell'interpretazione di testi, che contengono a loro volta istruzioni per l'osservazione e la descrizione, non solo non fornisce alcuna ragione stabile, alcun criterio per la giustificazione della giustezza (*Richtigkeit*) delle interpretazioni, ma neppure alcuna limitazione dei suoi margini di gioco. E si limita a trasporre il problema dell'interruzione dell'autoreferenzialità su di «un piano diverso», come essa stessa si esprime a que-

⁹⁷ Su ciò, cfr. la ricerca di una via d'uscita attraverso una logica di moltiplicazione dei piani (*description* è un piano, *interpretations* è un altro) in L. Loeftgren, *Towards System: From Computation to the Phenomenon of Language*, in M. Carvallo (a cura di), *Nature, Cognition and System I: Current Systems-Scientific Research on Natural and Cognitive Systems*, Dordrecht 1988, pp. 129-55. Cfr. anche Id., *Life as Autolinguistic Phenomenon*, in M. Zeleny (a cura di), *Autoipoiesis: A Theory of Living Organization*, New York 1981, pp. 236-49.

⁹⁸ Cfr. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach* cit.

sto riguardo. Ogni via di fuga in direzione di una ragione fissa è sbarrata non appena ci si appresti a descrivere. Si possono distinguere descrizioni di primo e secondo grado (o con Loefgren⁹⁹: *descriptions e interpretations*), ma ciò non serve a escludere il problema, e cioè il fatto che anche sul secondo, come su ogni altro piano, si riproduce l'autoimplicazione. Nel gergo degli assistenti sociali si potrebbe chiedere al costituzionalista: «ma come ti poni di fronte a ciò?»

L'inequivocabile separazione di sistema giuridico e sistema politico, alla base delle precedenti analisi, si riverbera anche su questa problematica. Le interpretazioni della costituzione perturbano entrambi i sistemi contemporaneamente, ma con presupposti e condizioni di ricongiunzione del tutto diversi. Esse integrano entrambi i sistemi puntualmente - ma appunto solo puntualmente. La soluzione tipica sviluppata in questa situazione consiste nel ricorso a idee di valore che trascendono la politica e il diritto nel senso degli «unviolated levels» la cui accettabilità è presupposta da Hofstadter in modo aproblematico¹⁰⁰. Nell'odierna Repubblica Federale, tali idee sostituiscono le «dottrine dello Stato» apertamente politiche con cui Carl Schmitt, Rudolf Smend o Hermann Heller tentarono di affrontare questi problemi all'epoca della Costituzione di Weimar. Sotto quest'aspetto funzionale, i valori rappresentano ciò che un tempo, attraverso cataloghi di virtù, poteva essere reso perspicuo come società ben ordinata, come *communitas* perfetta. I valori possono descrivere la ben più complessa società odierna solo attraverso formule estreme e a tale scopo si riferiscono a ciò che nella comunicazione normale è presumibilmente incontestato, dato come presupposto, ma proprio per ciò non esplicitamente tematizzato. Anche questo è uno *strange loop* mosso da un certo imbarazzo di fronte alla giustificazione degli ideali supremi nella trivialità della comunicazione quotidiana, in cui si presuppone che pace, libertà, uguaglianza, sicurezza, benessere per tutti, ecc. siano indubbiamente un bene. Questo è ciò che la gente vuole sentire, ciò in cui credono gli estensori dei programmi di partito, slogan per elezioni politiche, per discorsi politici nonché, in forma meno diretta, per i commentari alla costituzione. Il che può essere anche vero, ma andrebbe verificato.

⁹⁹ Cfr. Loefgren, *Towards System* cit.

¹⁰⁰ Cfr. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach* cit.; N. Luhmann, *Grundwerte als Zivilreligion*, in «Archivio di Filosofia», n. 2-3 (1978), pp. 51-71, ora in H. Klüger e A. Üller (a cura di), *Religion des Bürgers: Zivilreligion in Europa und Amerika*, München 1986, pp. 175-94.

I richiami a una fondazione morale delle interpretazioni costituzionali assolve alla stessa funzione. Dal punto di vista strutturale, appare come una «terza via», l'unica via d'uscita dalla circolarità autoreferenziale sia del sistema giuridico sia del sistema politico. Dal punto di vista empirico, l'apoteosi della morale (o, in termini più raffinati, dell'etica) è molto diffusa¹⁰¹ e può essere elusa solo da un'interpretazione storica di scarso significato poiché astorica, tipo la dottrina dell'*original intent*. Anche in questa concezione esplicitamente morale (e che non si limita ad affermare valori) è in gioco un riferimento alla società nel suo complesso; anche qui non occorre distinguere tra diritto e politica e dunque il giurista non è costretto ad ammettere l'influenza di concezioni e intenzioni operative di natura politica. È nondimeno facile riconoscere che attraverso valori fondamentali e postulati morali i margini dell'interpretazione vengono dilatati e la struttura, da cui l'intero ordinamento giuridico deve essere controllato alla stregua del diritto - non diritto, viene gravata di notevoli incertezze. Anche in questo caso, vi sono due sistemi strutturalmente accoppiati e che perciò tendono a entrare in reciproco attrito. Per non apparire come politica, l'interpretazione della costituzione rende incerto l'ordinamento giuridico.

Per quanto inevitabile sembri questa terza via rappresentata dalla morale, essa implica che colui che la sceglie abbia l'ingenuità di ritenere la stessa morale un bene. Tale via è percorribile solo in modo irriflessivo. La morale, tuttavia, come forma di osservazione, descrizione e giudizio, non è altro che la distinzione dei comportamenti in buoni e cattivi. In quanto distinzione, non può essa stessa essere buona o cattiva; e se la si ritiene buona come fanno i moralisti o cattiva come fanno i sadici si commette un errore logico facilmente intuibile. Potrebbe trattarsi di un errore creativo; ma in questo caso si dovrebbe essere in grado di indicare con

¹⁰¹ La terminologia e le proposte per una rispecificazione di vuote formule morali naturalmente variano. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, trad. it. parz. *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982 parla di «*constitutional morality*»; N. McCormick, *Institutional Morality and the Constitution*, in Id. e O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, in Id. e O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel 1985, trad. it. *La morale costituzionale e la costituzione*, in *Il diritto come istituzione*, Milano 1990, pp. 213 sgg., parla, come recita lo stesso titolo, di «*institutional morality*», liquidando con ciò le particolarità dell'interpretazione costituzionale; M. Perry, *Morality, Politics and Law*, London 1988, pp. 121 sgg., parlerebbe verosimilmente di «*aspirational morality*», comprimendo così l'attuazione delle sue idee fondamentali. In modo conforme, variano le strategie per evitare vincoli rigidi e i veicoli semantici, rafforzati sul piano morale, con cui si retroagisce sul sistema giuridico e sulle sue consuete modalità interpretative.

corte/rompa

più rigore in quali circostanze l'uso di tale distinzione è buono o cattivo. Forse la descrizione della costituzione come un meccanismo di accoppiamento strutturale offre un punto di partenza, per quanto la tesi secondo cui la moralizzazione non ha alternative non dice ancora nulla sulla bontà di tale operazione.

Solo un'analisi scientifica che recida tutte le implicazioni normative potrebbe evitare questo tipo di autoreferenzialità praticata mediante interpretazione. Essa potrebbe osservare a partire da un altro sistema e agganciarsi ad autoreferenzialità specifiche della scienza (epistemologiche), sviluppandole. Anch'essa praticerebbe una descrizione delle descrizioni. Anche tale analisi dovrebbe accettare il fatto di non potersi chiamare fuori da quanto essa stessa dice sulle descrizioni. Ma sarebbe protetta dai confini del suo sistema e la sua ambizione non oltrepasserebbe la soglia di una promozione della teoria all'interno di ampi orizzonti di paragone e non un'applicazione sensata della costituzione, che auto-proclama la sua ragionevolezza. Se una tale analisi scientifica, riferita ai problemi di diritto e politica, sia sufficientemente aderente alla materia trattata e, nel proprio ambito, produttiva, non è cosa che si possa decidere in astratto. Tentandola, il testo qui presentato lo afferma. I problemi individuati sono connessi alla differenziazione e alla chiusura operativa del sistema giuridico e del sistema politico. Si tratta di problemi conseguenti alla differenziazione funzionale della società moderna. Il che suggerisce di insistere ancora sulla differenziazione e di mettere in campo anche le potenzialità del sistema scientifico. Per tale sistema, tuttavia, non vi è accoppiamento strutturale, non esiste alcuna istituzione analoga alla costituzione. E diritto e politica sono quindi liberi di ignorare le opinioni scientifiche che li riguardano. La sociologia potrebbe misurare tale libertà. Oggi potrebbe accettare tutt'al più un'eventuale avversione per la sociologia, ma non un significativo effetto di perturbazione.

Il futuro della costituzione

di Dieter Grimm

I. *Presupposti genetici.*

I.1. Il modello sociale borghese.

Pare che non vi sia ragione di preoccuparsi per il futuro della costituzione. Sorta nel XVIII secolo come conseguenza di due rivoluzioni riuscite, aspramente contesa nel XIX, si è imposta in tutto il mondo nel XX. Il numero degli stati in cui ancora oggi si governa senza costituzione è decisamente esiguo. Per quanto non se ne possa concludere che la costituzione sia ovunque considerata o presa sul serio, la sua diffusione universale può essere interpretata come un indizio della forza di attrazione dell'idea secondo cui il dominio politico, per trovare riconoscimento, necessita di una legittimazione costituzionale e deve essere esercitato su basi di diritto costituzionale. Nella seconda metà del XX secolo, tuttavia, grazie all'estensione della giustizia costituzionale, è considerevolmente cresciuta anche l'osservanza delle pretese che il diritto costituzionale indirizza al processo politico. Quanto alla Germania, si può dire che non vi è costituzione che possa stare alla pari della Legge fondamentale per l'alta considerazione in cui è tenuta e per l'efficacia con cui permea la realtà politica attraverso l'azione della giustizia costituzionale.

Ma, al di là di questi incontestabili successi esteriori, sono ormai tanti i segnali che alludono a una crescente debolezza intrinseca della costituzione e suscitano dubbi su una sua diminuita capacità di regolare la politica. Tali segnali saranno certo facilmente trascurati da una prospettiva limitata alle tradizionali attività conservatrici dell'ordine statale, cui le disposizioni costituzionali originariamente si riferivano. Segnali che viceversa emergono immediatamente non appena si presti attenzione alle moderne attività statali di promozione del benessere, non ancora prevedibili alla nascita della costituzione. A dire il vero, non sono affatto mancati i tentativi di adeguare la costituzione alla mutata attività dello