

NIKLAS LUHMANN

# **I DIRITTI FONDAMENTALI COME ISTITUZIONE**

cura e introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale

edizioni Dedalo

vista neutrale ed una capacità operativa indipendente. Essa deve procurarsi da sé i suoi fondamenti di legittimità, non può, quindi, semplicemente decidere, ma deve attivarsi e proporre, istruire e articolare interessi, convincere e obbligare, in sintesi assolvere contemporaneamente funzioni politiche<sup>54</sup>.

Le difficoltà molto dibattute, relative alla combinazione di burocrazia e democrazia politica, suggeriscono, perciò, un'importante ipotesi: i due sottosistemi dell'ordine politico complessivo si possono formare e collegare insieme, solo se il sistema politico nel complesso è delimitato rispetto alla funzione e socialmente differenziato. Solo se, da un lato, esso è alleviato da alcuni problemi e, dall'altro, è costituito socialmente in modo relativamente autonomo, può avere successo la coesistenza di elementi tanto eterogenei come la politica e l'amministrazione. La differenziazione interna del sistema politico in politica ed amministrazione presuppone la differenziazione generale della società.

<sup>54</sup> Cfr. SHMUEL N. EISENSTADT, *Problems of Emerging Bureaucracies in Developing Areas and New States*; in B.F. HOSELITZ e W.E. MOORE, *Industrialization and Society*, s.l. (UNESCO-Mouton) 1963, pp. 169-174; A.H. HANSON, *The Administration of Planning*, in «Indian Journal of Public Administration», 9, 1963, pp. 149-161; H. MERGHANI, *Public Administration in Developing Countries - The Multilateral Approach*, in B.A. BAKER, *Public Administration: A Key to Development*, Washington 1964, pp. 25-40.

## Capitolo ottavo

### *Il fondamento delle decisioni dello stato: uguaglianza davanti alla legge*

Dal catalogo classico dei diritti fondamentali abbiamo scelto in primo luogo i cosiddetti diritti di libertà, tralasciando i diritti di uguaglianza. La funzione sociale dei diritti di libertà appare ormai evidente tanto nella sua unitarietà, quanto nelle sue ramificazioni, anche se il suo riferimento alla personalità non è così semplice, come assume la dogmatica dominante. In tal modo abbiamo acquisito la base a partire dalla quale, con un passo ulteriore, possiamo occuparci dei diritti di uguaglianza. Il problema-guida sarà quello di verificare se possiamo mantenere fermi i risultati cui siamo pervenuti sinora, individuando la funzione dei diritti fondamentali nella protezione della differenziazione sociale contro le tendenze regressive alla fusione, prodotte dal sistema politico; oppure se dobbiamo ampliarla, per ricomprendervi i diritti di uguaglianza; ovvero se le funzioni dei due gruppi di diritti fondamentali sono così eterogenee che non possono essere contenute in un'unica definizione, ma evidenziano una prossimità casuale, condizionata solo storicamente.

Il XVIII secolo aveva fondato i diritti alla libertà e all'uguaglianza sulla natura dell'uomo come essere dotato di ragione. Nella loro ragione tutti gli uomini apparivano uguali – com'era dimostrato dalla possibilità di ottenere consenso per i progressi della scienza –, e grazie alla loro ragione si poteva supporre che sarebbero stati capaci di limitare la propria libertà in riferimento all'uguale libertà degli altri. In questa teoria, ingiustamente scre-

ditata come «individualistica», l'individuo *concreto* non giocava alcun ruolo. Solo un processo di riequilibrio del tutto individuale, cioè la proclamazione del sentimento come patrimonio costitutivo dell'umanità di ognuno, avrebbe scardinato questa concezione che, nel XIX secolo, si sarebbe frantumata anche per alcuni eventi sociali. Individuo e società emergono in modo più concreto, ma anche più carico di tensione e più dinamico. Libertà e uguaglianza sono ora intese come orientamenti di valore divergenti, la cui contrapposizione era considerata il motore dello sviluppo e il cui riequilibrio era, invece, ritenuto un dovere. Il XX secolo non si è ancora espresso chiaramente sulla questione.

Forse potremmo trovare un miglior punto di partenza nell'ipotesi che la semplice contrapposizione concettuale tra libertà e uguaglianza rappresenti una formulazione del problema troppo semplicistica e, proprio per questo, non utilizzabile – paragonabile all'ipotesi, intimamente connessa, di un serrata opposizione tra individuo e collettività. Un problema così formulato potrebbe tutt'al più essere utilizzato dialetticamente, ma non può essere realmente risolto. Abbiamo analizzato questa formula dal lato della libertà e abbiamo scoperto che si basa su una complessa e differenziata struttura di ruoli, la quale, per sostenere la struttura di un ordine sociale differenziato, dev'essere generalizzata secondo direzioni differenti: attraverso l'individualizzazione della personalità, la civilizzazione delle aspettative di comportamento, l'orientamento al denaro dei bisogni economici e la legittimazione del potere politico. Il requisito dell'uguaglianza non affianca a tutto questo un'ulteriore direzione nella generalizzazione del bisogno di protezione, ma si riferisce a tutte e quattro le direzioni insieme. La sua differenza dai diritti di libertà non consiste nella sua funzione, cioè nel fondamento ultimo della protezione giuridica, ma nella sfera d'azione che è regolata.

I diritti di libertà formulano un diritto all'azione del cittadino. Considerano un pericolo immediato l'agire male articolato dei singoli e, perciò, obbligano lo stato a rispettare e mantenere una sfera di libertà dei cittadini. Il diritto dei cittadini è il bene

giuridico primario; lo stato si obbliga a perseguire questo fine. Con il diritto di uguaglianza accade esattamente l'opposto. Il problema, al quale si riferisce, è immediatamente l'agire dello stato, nella misura in cui non soddisfa le esigenze strutturali di una società differenziata. Solo in via secondaria il cittadino ottiene un diritto soggettivo di uguaglianza, come riflesso di quest'interesse all'ordine, in modo da poter controllare e sanzionare il dovere primario dello stato. Il potere di volontà del cittadino, ancorato nel diritto fondamentale, ha perciò solo un significato giuridico, che non guida il suo agire fattuale. In entrambi i casi diritto e dovere corrispondono esattamente, ma l'interesse alla regolazione e la formulazione del dovuto attengono in un caso al diritto del cittadino, nell'altro al dovere dello stato.

Se quest'interpretazione è corretta – tenteremo in seguito di darle un fondamento<sup>1</sup> – la distinzione tra diritti di libertà e diritti di uguaglianza è condizionata dalla costituzione dello stato come sistema di azione specificamente politico ed è, quindi, un problema conseguente alla differenziazione sociale. Si rafforza la nostra ipotesi che la differenziazione sociale costituisca il vero problema di riferimento, sia per i diritti di libertà sia per i diritti di uguaglianza, come anche per la distinzione di questi due gruppi di diritti. Allorché in un ordine sociale si costituisce un sottosistema relativamente autonomo di decisioni vincolanti, ne possono derivare due tipi di pericolo: il primo è che le decisioni vincolanti obblighino il cittadino a comportamenti che non corrispondono alla struttura sociale differenziata – a ciò si oppongono i diritti di libertà; l'altro è che le decisioni dello stesso stato non corrispondano alle esigenze strutturali di un ordine sociale differenziato – a ciò si oppongono i diritti di uguaglianza. Questa distinzione è «oggettivata» dall'ordine giuridico e la distinzione tra i problemi di riferimento è trasfor-

<sup>1</sup> Cfr. anche le mie elaborazioni maggiormente approfondite sulla discussione attuale e la giurisprudenza relativa al principio di uguaglianza in LUHMANN, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, cit., pp. 52 sgg.

mata in una distinzione di beni giuridici e di diritti soggettivi, la cui diversità occulta e lascia latente l'unità della funzione<sup>2</sup>.

Come ogni dogmatica, anche quella relativa al principio fondamentale di uguaglianza interpreta una connessione di senso già costituita. Parte da due supposizioni date per scontate: il principio di uguaglianza è un diritto fondamentale nel senso di una pretesa soggettiva nei confronti dello stato; l'uguaglianza è un valore, laddove si pensi comunemente alle componenti di quel complesso di valore costituito dalla giustizia. Entrambe queste premesse ostacolano un accesso spregiudicato al significato dell'idea di uguaglianza. Il loro riesame sarà, perciò, il modo migliore per introdurre un'analisi funzionale del principio di uguaglianza.

L'idea di uguaglianza, come diritto soggettivo, è sorta nel XVIII secolo in seguito all'allontanamento del pensiero giuridico dalla tradizione etica e al passaggio da un pensiero orientato al dovere ad un pensiero orientato alle pretese<sup>3</sup>. Fino ad oggi, quest'idea non è stata completamente assorbita dalla dogmatica giuridica e, in special modo, dalla teoria dei diritti soggettivi. Resta incomprensibile perché il titolare di un determinato diritto soggettivo possa rivendicare non solo un trattamento conforme al suo diritto, ma altresì un trattamento uguale. La dissoluzione del concetto di proprietà, mediante la giurisprudenza relativa agli espropri, illustra in modo significativo questa problematica. Allorquando l'idea di uguaglianza s'impone nella forma di pretesa, il prezzo è la distruzione dei diritti soggettivi acquisiti e pregnanti per l'individuo.

Quest'osservazione non dovrebbe sorprendere, poiché l'idea di uguaglianza ha dimora nel diritto oggettivo e vi trova un significato così fondamentale, da annullare la forza di un diritto soggettivo individuale. Nella sua funzione di principio di generalizzazione del diritto oggettivo essa non può essere affatto compresa nella prospettiva limitata di un particolare diritto sog-

<sup>2</sup> Riprenderemo ed elaboreremo queste idee nel capitolo decimo.

<sup>3</sup> Si veda p. 65.

gettivo, sia pure di un diritto fondamentale. Un tentativo del genere dissolverebbe il diritto soggettivo o non consentirebbe un trattamento adeguato dell'idea stessa di uguaglianza. Come nelle scienze economiche e nella sociologia si distinguono livelli «macro» e «micro» nella formulazione dei problemi, così anche nella scienza giuridica ci si deve rendere conto che certi problemi strutturali del diritto oggettivo non possono essere immediatamente riformulati come diritti soggettivi – questo punto di vista non esclude tuttavia, ma esige specifiche operazioni di trasformazione da un livello all'altro.

Il principio di uguaglianza, naturalmente, non dice che tutti devono avere gli stessi diritti (nel qual caso non si potrebbe rappresentare il carattere del diritto come diritto), ma che l'ordine giuridico di una società differenziata dev'essere generalizzato secondo determinate esigenze strutturali. La più importante fra queste esigenze è la «detemporalizzazione»<sup>4</sup> del diritto. Il diritto dev'essere generalizzato nel tempo, nel senso che ogni decisione giuridica dev'essere presa, in via di principio, indipendentemente dal momento in cui viene assunta. Un caso giuridico dev'essere deciso allo stesso modo il 17 giugno come il 18 giugno, a meno che, nel frattempo, non sia stato modificato il diritto che regola quel caso. Questa detemporalizzazione del diritto è la premessa fondamentale per un'amministrazione razionale del diritto<sup>5</sup>, senza la quale le decisioni giuridiche non

<sup>4</sup> Se interpretato con molta attenzione, il concetto di «detemporalizzazione» di G. HUSSERL potrebbe servire da orientamento. Cfr. *Recht und Welt*, in *Festschrift für Edmund Husserl*, Halle 1929, pp. 111-158, ristampato in G. HUSSERL, *Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt 1964, pp. 67-114; e ID., *Recht und Zeit*, Frankfurt 1955; trad. it., *Diritto e tempo*, Milano 1998. Ma, in sostanza, non vogliamo riferirci a un concetto gnoseologico, quanto ad una prestazione costitutiva che si compie primariamente nei processi delle comunicazioni sociali. Si vedano anche le osservazioni critiche di Heller, *Staatslehre*, cit., pp. 190. Tuttavia, la svolta che lo stesso Edmund Husserl compie nei suoi ultimi anni di vita verso la «intersoggettività» della coscienza potrebbe qui fare da collegamento.

<sup>5</sup> In senso analogo, del resto, alla detemporalizzazione della causalità come premessa fondamentale delle scienze moderne della natura. Essa significa che il momento temporale non opera in senso causale (che, in questo senso, non

potrebbero essere oggetto di aspettativa e, quindi, non potrebbero nemmeno fornire un orientamento preventivo. Senza questa detemporalizzazione non sarebbe ipotizzabile né l'avvio di procedimenti decisionali, che hanno bisogno di tempo, né la produzione o la modificazione del diritto vigente. Senza uguaglianza, in questo senso temporale, sarebbe impossibile distinguere tra modifica del diritto e arbitrio. Questa possibilità di mutare materialmente il diritto (a differenza della sentenza arbitraria in un momento concreto) è realizzata attraverso l'uguaglianza temporale del diritto. Pertanto si può rinunciare alla vecchia idea di un diritto rassicurante in virtù della sua validità eterna ed il diritto diventa positivizzabile.

Il senso della generalizzazione temporale del diritto non sta nell'espansione ontologica dell'uguaglianza fino a trasformarla in permanenza eterna, ma nella possibilità di specificare i mutamenti del diritto, insomma di positivizzare il diritto senza perdere la garanzia della validità, facendo affidamento sulle istanze decisionali dello stato. Il diritto posto vale allora, di volta in volta, uguale e immutato, finché non sia modificato nel modo prescritto. Il principio di uguaglianza è, dunque, precondizione di quel potere dell'uomo sul diritto, che si presenta in modo centralizzato, razionale e controllabile (in questo senso responsabile) nel sistema politico. L'antica interpretazione della giustizia come uguaglianza conteneva già, *in nuce*, la possibilità di sviluppare il diritto come tecnica sociale del sistema politico.

La generalizzazione temporale presuppone un minimo di generalizzazione materiale e sociale. Costringe a dare una forma più o meno astratta alle norme, poiché i casi concreti non si ripetono. Non può, perciò, aver riguardo per tutte le circostanze

c'è un «caso fortunato»). Solo con il presupposto di un concetto a-causale del tempo era stato possibile postulare una causa specifica ed empiricamente verificabile per ogni modificazione della natura. La detemporalizzazione della causalità e la detemporalizzazione del diritto attraverso il principio di uguaglianza sono forme di applicazione del principio generale della causa, che si sono sviluppate parallelamente; non è quindi un caso che questi tre assiomi entrino nella coscienza storica quasi contemporaneamente.

del caso singolo, né per tutte le peculiarità delle persone interessate. Tuttavia non è escluso affatto che si possano operare distinzioni – come nella dimensione temporale –, solo che tali distinzioni devono essere specificate.

Una siffatta generalizzazione del diritto è tanto più inevitabile, quanto più diventa difficile assicurare la necessaria complementarità dei ruoli e quanto più si differenzia l'ordine sociale. Nella misura in cui la differenziazione rende possibile la formazione di un sistema di decisione politica relativamente autonomo, diventa necessario che il diritto sia amministrato nell'ambito di questo sistema<sup>6</sup>. L'aumento delle esigenze strutturali, poste al diritto da un ordine sociale altamente differenziato, non consente la sua generalizzazione secondo il modello medievale della gerarchia delle leggi, nel quale si sale verso norme più generalizzate nei loro contenuti, sempre più indeterminate e, proprio per questo, di rango più elevato ed eternamente valide. Esso richiede che, nel diritto positivo, ci sia un principio formale di generalizzazione, il quale non escluda una specificazione, ma le funga da schema<sup>7</sup>. Costringe a produrre istanze decisionali che forniscano la specificazione richiesta, la controllino razionalmente e la adattino secondo il bisogno al mutamento delle circostanze.

Necessità socio-strutturali di questo tipo non si possono assolutamente collocare in uno specifico diritto soggettivo all'uguaglianza. Il principio di uguaglianza non trovò dimora in alcun diritto soggettivo. Per questo motivo ci si era accontentati per lungo tempo di interpretare il diritto fondamentale alla «ugua-

<sup>6</sup> Il mutamento si compie per il resto in modo relativamente rapido. Storicamente fino al XIX secolo nessuna burocrazia statale aveva rivendicato la piena sovranità sul diritto. A partire dal XIX secolo questa sovranità è, invece, così scontata che la costituzione si sentì indotta, come legge (!), a rinnegarla espressamente.

<sup>7</sup> Dovrebbe essere ovvio che, in questo senso, il diritto positivo non può essere inteso come «*lex positiva*», come, per così dire, grado residuale più basso della gerarchia delle *leges*. Se ci si rende conto di questo fatto, si potrebbe anche abbandonare un pregiudizio che domina l'attuale discussione giusnaturalistica, vale a dire che il diritto positivo abbia meno valore del diritto naturale.

gianza di fronte alla legge» come diritto all'applicazione del diritto, facendo così ricorso ad un circolo vizioso. Ma questa delimitazione del diritto di uguaglianza all'uguale applicazione del diritto è risultata eccessiva. Nel principio di uguaglianza sono contenute specifiche richieste nei confronti del legislatore; rientra senz'altro nei suoi compiti dare al diritto positivo una forma che corrisponda alle esigenze strutturali dell'ordine sociale, che sia, cioè, specificabile e generalizzata da un punto di vista sociale, materiale e temporale. Insieme alla crescente sfiducia nei confronti del legislatore, già all'epoca della costituzione di Weimar, si è fatta avanti l'opinione che il principio di uguaglianza vincoli anche il legislatore<sup>8</sup>. Quest'opinione è ritenuta oggi assolutamente dominante, soprattutto perché sembra trovare espressione anche nella costituzione all'art. 1, III comma<sup>9</sup>, in collegamento con l'art. 3, I comma<sup>10</sup>.

Per questa via non si chiarisce, però, quali siano i contenuti della pretesa di uguale trattamento, né i suoi rapporti con la teoria del diritto soggettivo. Il diritto fondamentale di uguaglianza, in pratica, allarga le possibilità di tutela dei diritti soggettivi attraverso il ricorso ad un controllo giudiziario di livello costituzionale sui motivi dell'attività del potere legislativo. Dal punto di vista della dogmatica lo si potrebbe, perciò, interpretare tutt'al più come un aspetto di ogni diritto soggettivo, al quale si conferisca il rango di diritto fondamentale, e non come un particolare diritto soggettivo tra gli altri; analogamente la protezione costituzionale della proprietà non induce a considerarla una duplicazione di altri diritti soggettivi. Per poter valutare il senso specifico che ha la garanzia costituzionale dei diritti soggettivi attraverso il principio di uguaglianza, dobbiamo contestare la seconda premessa della dogmatica costituzionale dominante: l'interpretazione dell'uguaglianza come valore.

<sup>8</sup> Su ciò, soprattutto, G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, II ed., München-Berlin 1959.

<sup>9</sup> «I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente valido» [N.d.C.].

<sup>10</sup> «Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge» [N.d.C.].

Chi considera i diritti fondamentali, nella loro essenza, come un valore e con ciò crede di averli sufficientemente fondati, vorrà estendere quest'accezione anche al diritto fondamentale di uguaglianza. Ulteriore forza le deriva dall'opinione generale, che considera la giustizia come un valore e tratta l'idea di uguaglianza come una componente essenziale della rappresentazione della giustizia. Si dovrebbe, perciò, cercare l'uguaglianza ed evitare la disuguaglianza.

In questa semplice forma, però, è difficile rappresentare una concezione del diritto fondamentale di uguaglianza dal punto di vista della teoria dei valori. Già nell'antichità era chiaro che il concetto di uguaglianza è lacunoso ed ha bisogno di essere completato attraverso l'indicazione del criterio di comparazione: ogni constatazione di uguaglianza avviene rispetto a ciò che è disuguale e dipende dalla scelta delle caratteristiche, in base alle quali deve essere operato il confronto. La concezione della teoria dei valori offre conseguentemente rappresentazioni piuttosto evasive alle affermazioni di uguaglianza; ogni giudizio di uguaglianza presuppone punti di vista di valore, che guidano la scelta delle qualità rilevanti per il confronto<sup>11</sup>. Ad essa si collega, inoltre, in gran parte l'idea del valore derivato di ciò che è uguale: se la scelta del punto di vista comparativo è guidata da un valore, allora si deve trattare in modo uguale ciò che, da quel punto di vista, è uguale. Da un punto di vista logico, però, una tale deduzione non è affatto obbligatoria.

Nemmeno una scrupolosa lettura delle recenti e più rilevanti pubblicazioni sul principio di uguaglianza nel diritto<sup>12</sup> permette

<sup>11</sup> Se i criteri per il confronto sono qualificati come «valori», si afferma in sostanza nient'altro che il carattere soggettivo della loro scelta. Non si dice niente sulla funzione di un criterio per il confronto e sul suo rapporto con il problema che riguarda la realizzazione del confronto: se esso debba tendere alla ricerca dell'uguale (ad esempio per la composizione omogenea di un gruppo) o del disuguale (ad esempio per la scelta del migliore). Si potrebbe, perciò, anche tralasciare il concetto di valore, senza perdere in comprensione e chiarezza, poiché il concetto di criterio per il confronto sottolinea già in modo sufficientemente chiaro la soggettività e la decidibilità della scelta.

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, H. NEF, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zurigo 1941; K. HESSE, *Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht*, in «Archiv des öffentli-

di dare una forma più precisa a questa idea poco trasparente. È posto come assioma che ci siano valori, la cui qualità consiste proprio nel designare qualcuno a confrontare ciò che è uguale e a trattarlo come tale – così come l'etica premoderna, nel riconoscere la necessità di criteri selettivi di rilevanza, supposeva che in natura ci fosse l'uguale in senso qualitativo, che meriterebbe di essere trattato in modo uguale. Le due posizioni hanno qualcosa in comune, nonostante si differenzino per la soggettività della coscienza individuale, connessa con la svolta cartesiana della metafisica ontologica: presuppongono entrambe che la natura o, meglio, la prospettiva di valore possa fornire istruzioni su ciò che si deve selezionare e, corrispondentemente, trattare come uguale. Che l'uguale debba essere trattato in modo uguale (e il disuguale in modo disuguale) risulterebbe, quindi, dalla natura delle cose, ovvero dalla prescrizione di valore, che fa apparire rilevante per il confronto un particolare punto di vista. Questa preselezione, sotto la spinta della relatività insita nell'idea di uguaglianza, è limitata ad un diritto naturale minimo, affidato allo spirito popolare o ai «benpensanti» in esitanti concessioni all'applicabilità auspicabilmente universale dell'analisi dell'uguaglianza, alla quale, tuttavia, non ci si vorrebbe affidare completamente.

In verità, questo «relativismo» non si può più fermare sul ripido percorso della metafisica ontologica tradizionale. Ogni tentativo in tal senso equivale ad un disperata ostinazione in presupposizioni che, già da lungo tempo, hanno perso la loro credibilità e si mantengono ancora solo perché si ritiene doverosa l'ostinazione. Il «relativismo» può essere definitivamente superato, solo se si considera conseguentemente esaurita la relatività dell'idea di uguaglianza. Se si riconosce che lo schema uguale/disuguale è applicabile in modo arbitrario, diventa ine-

chen Rechts», 77 (1951-52), pp. 167-224; H.P. IPSEN, *Gleichheit*, in F.L. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY e U. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. II, cit., pp. 111-198; W. BÖCKENFÖRDE, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin 1957; ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, cit.

vitabile chiedersi quale senso, per altro, possa avere la sua applicazione. Se si rinuncia a presupporre che, nella natura o in un ordine di valori, esistano punti di vista fermi, in grado di dettare normativamente ciò che dev'essere trattato come uguale e come disuguale, allora il senso di questo schema dev'essere cercato nello stesso orientamento alla comparazione. Esso risulta dalla *capacità che lo schema uguale/disuguale ha di fornire una motivazione sufficiente come schema predisposto per questo specifico problema*. Proprio lo svuotamento del principio di uguaglianza, il fatto che non contenga *alcuna* indicazione di cosa si debba trattare come uguale o come disuguale, gli attribuisce la sua funzione specifica: richiedere una motivazione sufficiente per *ogni* trattamento disuguale.

In ogni caso, nella prospettiva tradizionale e in quella qui proposta, il principio di uguaglianza si riferisce alla motivazione delle decisioni giuridiche. Soltanto che, nell'ambito di questa determinazione di senso, noi invertiamo il punto di vista e l'orientamento del problema, adottati dal pensiero tradizionale, commutando variabili dipendenti e indipendenti: le ragioni della rilevanza, che finora erano state ritenute un terreno solido, sono da noi viste come un problema da decidere; di contro il giudizio di uguaglianza, finora ritenuto problematico, ci serve da base per uno schema di giudizio astratto. Quest'inversione significa che la dichiarazione di uguaglianza della decisione giuridica non abbisogna più di alcuna motivazione e che, anzi, è la dichiarazione di disuguaglianza a sollevare la questione della sufficienza dei motivi, di quei motivi, cioè, che devono essere idonei a giustificare la disuguaglianza.

Con quest'interpretazione del principio di uguaglianza si chiariscono problemi importanti del dibattito costituzionale e assumono contorni nitidi alcune peculiarità, finora poco considerate, del diritto fondamentale di uguaglianza.

In primo luogo diventa subito comprensibile perché il principio di uguaglianza si rivolga primariamente al legislatore e perda rilevanza, invece, la cosiddetta uguaglianza nell'applicazione del diritto. L'agire normale dello stato, come attività di produzione delle decisioni, è collegato a programmi che, in un

certo qual modo, nell'interesse della semplificazione e del controllo centralizzato, servono da surrogato ai motivi della scelta. Una decisione è corretta, se è conforme al programma. Il programma la protegge dal disorientamento insito nella questione del *motivo sufficiente*. Al tempo stesso impedisce l'autonomizzazione dei subalterni, che sarebbe inevitabile, se anch'essi potessero andare alla ricerca dei motivi – e, dunque, delle alternative. La programmazione è di supporto alla precisione razionale e all'ordine gerarchico nell'amministrazione delle decisioni. Una ponderazione dei motivi esiste, dunque, solo in riferimento ad un agire non-programmato o per componenti della decisione indipendenti dal programma, vale a dire, da un punto di vista istituzionale, per la legislazione e nell'ambito della discrezionalità amministrativa<sup>13</sup>. Per le normali «difficoltà di fondamento» delle decisioni giuridiche, in realtà, non si tratta di ponderare i motivi, bensì di affrontare le difficoltà d'interpretazione del programma – cosa che è già evidente nell'impossibilità di argomentare attraverso la considerazione delle nude conseguenze della decisione.

In secondo luogo si può considerare, perché il diritto fondamentale ponga in risalto l'uguaglianza (e non, ad esempio, la disuguaglianza, che è altrettanto importante). In tal modo non si vuol affermare che l'uguaglianza valga più della disuguaglianza e neanche che l'uguaglianza costituisca la regola e la disuguaglianza debba rimanere l'eccezione. Non ci si riferisce né a una priorità generale di valore, che non potrebbe trovare giustificazione a questo livello di astrazione, né all'aspettativa di maggiore frequenza dell'una rispetto all'altra. Il diritto di uguaglianza, anzi, afferma solo che l'uguaglianza medesima non necessita di alcun fondamento. Nel testo dell'art. 3, I comma, della costituzione e nei suoi prototipi classici si vede chiara-

<sup>13</sup> Questa constatazione non esclude certo la possibilità di affidare a chi impiega il programma la verifica della validità giuridica del suo programma, fra l'altro anche in riferimento alla norma costituzionale relativa al principio di uguaglianza.

mente come essa non sia normativizzata, ma postulata nella forma di una constatazione. Deve essere trattata, allora, come un fatto. Non implica, cioè, la rinuncia al fondamento per determinati tipi di decisioni. È difficile, in concreto, trovare un agire dello stato, dotato di efficacia giuridica, che abbia uguali conseguenze per tutti gli uomini. L'autoevidenza dell'uguaglianza, anzi, è affermata solo per lasciare emergere la necessità di un fondamento per ogni disuguaglianza. Il principio di uguaglianza ha, quindi, una funzione di contrasto simile a quella del principio di inerzia della fisica che, allo stesso modo, non costituisce una normale ipotesi con pretese di validità empirica, ma serve solo a pretendere una causa per ogni variazione (ma non per ogni permanenza) di stato.

In tal modo la questione dei motivi ottiene il necessario sostegno e una direzione specifica. Infatti, non è possibile esigere contemporaneamente un fondamento per il trattamento uguale e per quello disuguale<sup>14</sup>, perché i due vanno insieme come luce e ombra, di guisa che l'un fondamento renderebbe superfluo l'altro. L'eliminazione della necessità di un fondamento per l'uguaglianza e, quindi, anche della sua capacità fondante è indispensabile, perché in ogni singolo caso si mescolano uguaglianze e disuguaglianze. È una precondizione elementare della specificazione della motivazione, come motivazione della disuguaglianza. Se non fosse valida, si potrebbe cercare di motivare attraverso l'evidenziazione degli elementi di uguaglianza di una situazione, anziché di quelli che giustificano un trattamento disuguale.

<sup>14</sup> In questo senso, tuttavia, la giurisprudenza della corte costituzionale federale, in particolare dalla decisione del 16.3.1955, in «BVerfGE», 4, pp. 144 sgg. (155). In conseguenza di ciò rimane affidata al giudice la scelta, se il problema relativo ad un caso è più un problema di trattamento uguale o di trattamento disuguale, e il diritto fondamentale dell'«uguaglianza davanti alla legge» potrebbe benissimo chiamarsi anche «disuguaglianza davanti alla legge». Quest'interpretazione è particolarmente grave, perché si lascia decidere al giudice, se scegliere la forma più agevole di motivazione della *sua* decisione ricorrendo all'argomentazione dell'uguaglianza o della disuguaglianza.



La portata di questa re-interpretazione del principio di uguaglianza diventa evidente attraverso uno sguardo retrospettivo alla nostra filosofia del diritto tradizionale. Essa, infatti, si caratterizza per una particolarità, che costituisce il nucleo della sua problematica: non ha tracciato alcuna linea netta di demarcazione tra il principio formale di uguaglianza e i motivi della decisione giuridica. Considera il principio di uguaglianza, inteso come interpretazione della giustizia, al tempo stesso norma centrale della fondazione etico-giuridica: tale fusione ha resistito fino ad oggi come creazione non certo involontaria della retorica sofisticata. Perciò abbiamo una tradizione *etica* del diritto. Ma, poiché la filosofia del diritto presupponeva nella norma di uguaglianza finanche un fondamento del diritto – e doveva presupporlo, in quanto l'accezione fondante della giustizia non le lasciava altra scelta –, si è cacciata da sola in gravi difficoltà, la cui disamina costituisce il patrimonio fondamentale della sua feconda tradizione dottrina.

Se, infatti, si assegna all'uguaglianza una priorità di fondamento rispetto alla disuguaglianza (invece di vedervi solo una pre-decisione sul tipo di fondamento necessario), ci si trova inevitabilmente di fronte a un dilemma: la giustizia, interpretata come uguaglianza, traccia un limite di principio alla specificazione e all'individualizzazione del diritto, laddove sarebbe necessario distinguere diversi tipi di giustizia oppure chiamare in campo il principio contrapposto dell'equità concreta. La grandezza della nostra filosofia del diritto consiste nella sua capacità di resistenza al problema insito nella sua impostazione; le è stata certamente di aiuto la figura imponente di Aristotele, la cui analisi del preesistente problema occultava la vista delle sue origini.

Un'ulteriore riflessione si riallaccia al senso della comparazione come fondamento della decisione. Esso non è immediatamente trasparente. Di regola si fonda il proprio agire in vista di uno scopo che, a sua volta, è apprezzato in riferimento ad un valore. Pertanto vengono portate a giustificazione solo specifiche e selezionate conseguenze dell'agire, mentre altre conseguenze sono liquidate come irrilevanti e annullate, nel loro valore intrinseco, come semplici «costi» accettabili. Tuttavia

questa base giustificativa è sempre troppo esigua per l'agire nei sistemi sociali. Non basta che ciascuno persegua semplicemente i suoi scopi. Soprattutto nei sistemi sociali complessi, che non sono strutturati in modo specifico rispetto allo scopo, ma devono soddisfare direzioni di valore di tipo diverso e contraddittorio, l'orientamento di tipo puramente tecnico-causale e monovaloriale dell'azione ha bisogno di un ampliamento. Quest'ampliamento assume la forma della comparazione.

Un famoso esempio di tale ampliamento d'orizzonte della comparazione è il principio di economicità. Esso esige una comparazione tra tutte le conseguenze dell'agire e le alternative dell'azione, più precisamente richiede che i costi di tutte le alternative di azione siano confrontati fra loro e con lo scopo, cioè che i costi possano essere neutralizzati qualitativamente, ma non quantitativamente. Una differente correzione del puro orientamento allo scopo ci è offerta dal principio di uguaglianza come principio strutturale dell'ordinamento giuridico. Esso afferma che una decisione non può essere motivata solo dall'indicazione di una conseguenza alla quale si aspira, ma che la sua giustificazione ha pure bisogno di considerare la diversità delle sue conseguenze sulle posizioni giuridiche di altri e di motivare garantendo la consistenza di questa decisione con altre decisioni<sup>15</sup>. I diritti soggettivi non devono essere gravati in modo disuguale per scopi specifici. Piuttosto la disuguaglianza, nel sistema del diritto, deve poter essere giustificata secondo criteri universalmente applicabili e, allo stesso tempo, specifici.

<sup>15</sup> Per consistenza, qui come in seguito, non intendiamo la libertà, logica e dimostrabile, da contraddizioni – soprattutto Hans Kelsen, nella sua personale sopravvalutazione della logica nel diritto, ha interpretato in questo senso il principio di uguaglianza come principio della consistenza dell'ordinamento giuridico; cfr. H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien 1953, pp. 26 sgg.; trad. it., *Che cos'è la giustizia*, in ID., *I fondamenti della democrazia*, Bologna 1970, pp. 393-433; ID., *General Theory of Law and State*, New York 1961, pp. 439 sgg.; trad. it., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano 1984; consistenza deve indicare piuttosto solo compatibilità conforme alle regole riconosciute della retorica giuridica.

In modo analogo al principio di economicità il principio di uguaglianza serve ad assicurare la correzione di una razionalità dell'azione, intesa in senso puramente tecnico, in una razionalità sistemica di tipo complesso, che deve garantire non solo specifici effetti validi, ma anche la consistenza del decidere e dell'agire in sistemi complessi.

Il principio di uguaglianza e il principio di causalità sono strategie sistemiche formalmente simili, funzionalmente equivalenti e complementari. Formulata nel modo più astratto, la loro funzione consiste nel riprodurre la complessità dell'ambiente del sistema come un'infinità schematizzata in modo particolare, offrendo al sistema punti differenziali per il superamento del problema della complessità. Nel principio di causalità la complessità dell'ambiente è descritta come infinità di cause ed effetti interconnessi, nel principio di uguaglianza come infinità di possibili relazioni di comparazione. Le due interpretazioni dell'ambiente, di per sé, non costituiscono ancora un ordine, ma solo lo schema di un ordine possibile. Non sono ancora applicabili, non forniscono basi certe per la decisione, ma solo un potenziale di comprensione sulla cui base il rispettivo ordine può poi essere costituito e «accordato» con l'ambiente: nel caso del principio di causalità attraverso la fissazione degli scopi, nel caso del principio di uguaglianza attraverso l'istituzionalizzazione dei motivi per aspetti rilevanti della comparazione.

Queste concretizzazioni introducono costanti in un campo prestrutturato di possibilità di variazione, rese possibili, ma non giustificate, dallo schema d'ordine pre-costituito. Esse devono offrire risultati apprezzabili e, all'occorrenza, devono essere modificate. I due tipi di costanti si correggono reciprocamente, nel senso che un agire orientato allo scopo trova nell'ambiente sostegni decisionali e restrizioni a determinate uguaglianze e disuguaglianze, di contro anche la struttura causale con le sue invarianze prefissate rende almeno possibile fondare uguaglianze o disuguaglianze.

Tuttavia l'incompletezza e la necessità d'integrazione dell'interpretazione di base non è da intendersi come una carenza. Piuttosto la struttura a due livelli dell'applicazione, che è insita

nel principio causale come anche nel principio di uguaglianza, deriva dalla loro funzione. Entrambi gli schemi intendono liberare il sistema dalla pressione immediata della complessità dell'ambiente con la sua casualità confusa e diffusa e rendere possibile una decisione dei problemi *interna al sistema*. Trasferiscono in parte dall'esterno verso l'interno la problematica della stabilità di un sistema in un ambiente altamente complesso, passando dalla constatazione della situazione di fatto alla decisione. Rendono possibile una relativa autonomia del sistema nel suo ambiente, realizzata attraverso la decisione sugli scopi e su ciò che è uguale o disuguale. Pertanto, in questa moderna interpretazione riferita al sistema, il principio di causalità ed il principio di uguaglianza si rivelano come fenomeni caratteristici e concomitanti alla crescente differenziazione sociale, che deve condurre all'autonomizzazione dei sottosistemi.

Questi risultati, ricavati da un'interpretazione di tipo dogmatico-concettuale del concetto di uguaglianza, devono ormai essere inseriti nella teoria sociologica, che caratterizza tutta la nostra indagine. Solo così, infatti, essi acquistano la loro specifica importanza.

In un ordine sociale differenziato, dove la funzione politica viene affidata ad un sistema di azione specifico, delegato ad assumere decisioni vincolanti, la decisione non può essere rimessa ad una mera discrezionalità travestita da potere. Non basta limitare il potere che il sistema politico *ottiene* dalla società. Anche le sue decisioni, cioè le *prestazioni* che il sistema politico offre alla società, devono soddisfare determinate esigenze strutturali.

Come già più volte accennato, il sistema politico può essere immaginato, nella sua funzione particolare, come sistema di elaborazione delle informazioni con numerosi confini, attraverso i quali le comunicazioni scorrono dall'ambiente al sistema e dal sistema all'ambiente<sup>16</sup>. Nei capitoli precedenti, abbiamo trattato

<sup>16</sup> Questo cosiddetto modello *input-output* deve il suo trionfo degli ultimi anni ad una fusione tra teoria della comunicazione (teoria dell'informazione)

il principio di generalizzazione come uno di questi confini, ovvero come il confine costitutivo del potere, attraverso il quale sono fatte passare informazioni «politiche» nel sistema decisionale. Esso consiste nel principio del voto universale, uguale e segreto. Il principio di uguaglianza amministra, invece, l'altro confine, attraverso il quale ha luogo l'emissione di decisioni vincolanti. Uguale diritto di voto e principio di uguaglianza – altrimenti detti, con una formulazione più ampia, democrazia pluripartitica e stato di diritto – sono istituzioni del sistema politico complementari e funzionalmente equivalenti, la cui diversità è tracciata dalla differenza tra i due confini del sistema politico.

Questo sdoppiamento del principio di uguaglianza sui due confini del sistema politico può essere illustrato ancora meglio attraverso una riflessione ulteriore, se si osserva la corrispondente differenziazione interna di questo sistema in politica e amministrazione. In nessun caso, nemmeno quando il gioco politico è razionalizzato come lotta per ottenere l'equiparazione dei voti espressi, l'uguaglianza del diritto di voto può mai significare uguaglianza effettiva nell'influenza dei votanti. Il peso dell'influenza si sposta già solo per la necessità di dover tenere conto di un alto grado d'incertezza nei contesti decisionali della politica, sia per le elezioni come anche per l'attività politica vera e propria. Infatti la disuguaglianza dell'influenza politica ha la sua origine nell'impossibilità di calcolare esattamente le ripercussioni delle decisioni politiche sulle elezioni future. Trova maggiormente ascolto chi grida più forte, oppure le voci organizzate o quelle realmente o presumibilmente più influenti.

Nella condizione generale di scarsità d'informazioni tale disuguaglianza è un momento essenziale di semplificazione della situazione, di costituzione del consenso e del potere politico. Ciò avviene esattamente quando il diritto di voto è istituzionalizzato come uguale ed i partiti si comportano razional-

e teoria sistemica, che è anche alla base delle nostre analisi. Per una mia breve caratterizzazione del modello e ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. N. LUHMANN, *Zweck-Herrschaft-System: Grundbegriffe und Prämissen Max Webers*, cit., pp. 129-158, in particolare pp. 149 sgg.

mente (e non ideologicamente) secondo le regole del gioco politico, vale a dire i partiti vogliono ottenere consensi<sup>17</sup>. Poiché non può essere motivata l'influenza disuguale, nonostante sia componente essenziale della competizione politica, dev'essere motivato il disuguale trattamento dei cittadini. È, comunque, più semplice. Il sistema politico è suddiviso in «politica» e «amministrazione dello stato di diritto» e il flusso d'informazioni al confine tra politica e amministrazione è controllato giuridicamente, così che le disuguaglianze non motivabili, che si sono formate nel processo di costruzione del consenso politico, siano nuovamente filtrate.

Per questa via traversa dell'elaborazione delle informazioni e del controllo finale operato dal principio di uguaglianza, si evita il pericolo insito in quel modo di agire caso per caso, meramente razionale rispetto allo scopo, tipico dello stato, nonché quell'altro, strettamente connesso, insito nella problematica della dedifferenziazione. Se lo stato, impiegando il potere costituito politicamente, pensasse solo di realizzare attraverso le sue decisioni effetti specifici nella società, si confonderebbe, nel suo operare, con la società. Sarebbe coinvolto nel soddisfacimento di desideri e interessi particolari, dai quali non potrebbe distanziarsi. D'altro canto l'obbligo di motivare ogni trattamento disuguale, lo costringe a prendere le distanze e a cercare un'autonomia decisionale di tipo particolare. Deve disciplinare il suo decidere immediato in modo da poter rimanere coerente. La coerenza distanzia.

Rispetto a questa funzione di separazione non contano soprattutto i principi di contenuto, ai quali si orientano le decisioni dello stato. Il criterio dell'uguaglianza non li vincola ad una determinata morale<sup>18</sup>, ma a determinate particolarità formali

<sup>17</sup> Con precisione su questo DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, cit., pp. 93 sgg.

<sup>18</sup> Questa neutralità del contenuto del principio di uguaglianza non deve però essere frainteso con la conclusione che il legislatore non possa essere vincolato al diritto fondamentale dell'uguaglianza davanti alla legge. In questo senso, ad esempio, W. ZEIDLER, *Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem*

che possono essere caratterizzate in modo più preciso. I motivi del trattamento disuguale devono essere *universalistici e specifici* (e non, al contrario, particolaristici e diffusi)<sup>19</sup>. Ciò signifi-

BGG, in «Die öffentliche Verwaltung», 5; 1952, pp. 4-7, non imitato a ragione, ma con argomenti errati, dall'opinione dominante. Non è la premessa ad essere sbagliata, ma la conclusione. Persino dal legislatore non si pretende altro che la motivazione di ogni trattamento disuguale effettuata mediante punti di vista compatibili con l'ordinamento giuridico – a cui vanno aggiunti ancora i criteri della validità speciale e universale che stiamo per trattare: si raggiunge già un alto grado di vincolo. Questo può essere illustrato con un esperimento mentale: quali libertà avrebbe un legislatore che dovesse giustificare in riferimento all'ordinamento giuridico solo le conseguenze che le sue decisioni si prefiggono! Qui ci avviciniamo – pur senza mettere in dubbio la qualità di norma dell'art. 3 della costituzione – all'interpretazione di IPSEN, *Gleichheit*, cit., che vede la giustiziabilità del principio di uguaglianza solo nel concorso con altre norme della costituzione, cioè quelle nei cui confronti si possono esaminare criticamente i motivi del trattamento disuguale. In senso analogo, E.-W. FUSS, *Gleichheitssatz und Richtermacht*, in «Juristenzeitung», 14, 1959, pp. 329-339. Per lo più, ci si richiama invece solo in modo del tutto indeterminato alle scelte di valore della costituzione – così, ad esempio, H.J. RINCK, *Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache*, in «Juristenzeitung», 18, 1963, pp. 521-527, e la decisione della corte costituzionale federale del 17.1.1957, in «BVerfGE», 6, pp. 55 sgg. (71).

<sup>19</sup> Questi concetti sono tratti dalla teoria delle direzioni di orientamento (*pattern variables*) dell'agire di Parsons. Cfr. T. PARSONS, *The Social System*, cit., pp. 58 sgg.; PARSONS e SHILS, *Toward a General Theory of Action*, cit., in particolare pp. 76 sgg.; PARSONS, BALES e SHILS, *Working Papers in the Theory of Action*, cit.; T. PARSONS, *Pattern Variables Revisited*, in «American Sociological Review», 25, 1960, pp. 467-483 (come ultima e più matura esposizione al momento); si veda anche il resoconto in parte già superato di B. HOLZNER, *Amerikanische und deutsche Psychologie: Eine vergleichende Darstellung*, Würzburg 1958, pp. 298 sgg.; inoltre, come apprezzamento critico, P.M. BLAU, *Operationalizing a Conceptual Scheme: The Universalism-Particularism Pattern Variable*, in «American Sociological Review», 27, 1962, pp. 41-55. Come esempi della sua applicazione nella teoria politica, cfr. SUTTON, *Social Theory and Comparative Politics*, cit.; e RIGGS, *Agraria and Industria*, cit.; per lo sviluppo nel diritto, PARSONS, *Structure and Process in Modern Society*, cit., pp. 143 sgg.; EISENSTADT, *The Political System of Empires*, cit., pp. 98 sgg.; per lo sviluppo nell'economia, B.E. HOSELITZ, *Sociological Aspects of Economic Growth*, Illinois, Glencoe 1960, pp. 23 sgg.; cfr., inoltre, l'utilizzazione per il concetto di autorità di H. HARTMANN, *Funktionale Autorität: Systematische Abhandlung zu einem soziologischen Begriff*, Stuttgart 1964, pp. 63 sgg. Essenzialmente la teoria afferma che ogni agire umano può

fica che devono trovare applicazione in ogni situazione che presenti determinate caratteristiche astratte (definite in modo indipendente dalla situazione) e devono scegliere queste caratteristiche specifiche come fondamenti dell'azione, senza che l'attore si lasci confondere dai molteplici mutamenti di altre particolarità della situazione concreta<sup>20</sup>.

Questo significa, soprattutto, che i motivi del trattamento disuguale non possono consistere in una «vicinanza» particolare di chi agisce con il destinatario del trattamento. Non può, cioè, trattarsi di propri parenti, amici o nemici, confratelli, componenti della propria stirpe o concorrenti, bensì, ad esempio, di possessori di autoveicoli o di persone affette da una determinata malattia<sup>21</sup>. La discriminazione, allora, non può essere guidata da punti di vista del medesimo decisore, da suoi sentimenti, preferenze, appartenenze o dalle sue corrispondenti avversioni,

essere inquadrato in quattro – e solo quattro – dimensioni contrassegnate dalle quattro coppie contrapposte *specificity-diffuseness*, *neutrality-affectivity*, *universalism-particularism* e *quality-performance*. Sebbene la prima e la terza coppia siano le più importanti per il problema dell'uguaglianza, che stiamo trattando, dovrebbe essere probabilmente possibile stabilire un rapporto anche con le rimanenti. Ad esempio, un trattamento disuguale permesso è sicuramente e tipicamente affettivo-neutrale e non determinato da sentimenti, forse anche maggiormente determinato dalle prestazioni più che da qualità dell'oggetto (molto bello, a questo proposito il famoso esempio del suonatore di flauto nella *Politica* di Aristotele, libro III, cap. 12).

<sup>20</sup> Questa caratterizzazione ha, del resto, un significato dominante per gli ordini sociali differenziati. Non è limitata all'ambito d'applicazione esplicita del principio di uguaglianza, ma contiene certamente una delle differenze più importanti rispetto agli ordini sociali non differenziati.

<sup>21</sup> Nella sua esposizione più recente, *Pattern Variables Revisited*, cit., pp. 471; Parsons considera l'orientamento specifico come determinato primariamente dall'esterno, quello diffuso, invece, primariamente dall'interno. In questa direzione va anche lo sviluppo ulteriore della distinzione universalistico-particolaristico in BLAU, *Operationalizing a Conceptual Scheme: The Universalism-Particularism Pattern Variable*, cit. ed *Exchange and Power in Social Life*, cit., pp. 265 sgg., per il quale le scelte, che discriminano in senso universalistico, sono quelle che, indipendentemente da qualità proprie del decisore, danno la precedenza a determinate qualità di ciò che si è scelto, in senso particolaristico sono invece quelle con cui il decisore si regola a seconda che lo scelto abbia le sue stesse qualità.

poiché ciò si risolverebbe in un orientamento particolaristico-diffuso. Essa deve avere i suoi motivi nella situazione oggettiva, che è giudicata secondo standard selettivi di tipo impersonale-astratto. Il decisore non può trattare in modo uguale solo l'«uguale a sé», ma deve, in altre parole, presupporre nella sua decisione se stesso come sostituibile. La formulazione dell'art. 3, III comma, della costituzione («nessuno può essere danneggiato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche») prescrive proprio questo e non l'irrelevanza di quelle caratteristiche.

Questa considerazione trova conferma, se si presta attenzione alla forma grammaticale della decisione giuridica: essa, infatti, è programmata in modo condizionale e non rispetto allo scopo<sup>22</sup>. Se si realizzano certe caratteristiche delle fattispecie, allora si può o si deve decidere nel modo predeterminato<sup>23</sup>. In modo identico si estrinseca la stessa generalizzazione che sostiene anche il principio di uguaglianza e questa convergenza dimostra che, in effetti, il principio di uguaglianza riproduce la quintessenza del diritto positivo. La condizionalizzazione della decisione lascia aperto il programma ad una pluralità indefinita di applicazioni. La forma «se-allora» afferma: *ogni volta* che, allora! Con questa programmazione, la decisione è resa dipendente da condizioni, allo stesso tempo, universali e specifiche. I suoi effetti disuguali devono essere giustificati in modo conforme al principio di uguaglianza.

La funzione dell'uguaglianza, come principio strutturale dell'ordine decisionale dello stato, diviene ormai chiaramente visibile. Quanto più acquista efficacia, tanto più impedisce impli-

<sup>22</sup> Ho tentato di dedurre dalla teoria dei sistemi il fatto che esistono solo queste due forme di programmazione, nel mio *Lob der Routine*, cit., pp. 6 sgg.

<sup>23</sup> Anche A. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958; trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino 2001, in particolare p. 170 e K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, pp. 160, 195 sgg.; trad. it., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966, riconducono la decisione giuridica a questa descrizione.

cazioni di tipo diretto, particolare e personale al confine tra la burocrazia statale e il pubblico<sup>24</sup>. Induce il decisore, soprattutto chi progetta i programmi decisionali, a preservare la consistenza delle decisioni con altre decisioni sui motivi del trattamento disuguale e a considerare sostituibile la sua personale struttura motivazionale nell'esercizio di questo ruolo<sup>25</sup>. Quel principio sostiene la necessaria separazione dei ruoli e il rapporto di relativa invarianza tra la burocrazia dello stato e le differenti sfere sociali. Va, dunque, inquadrato, come gli altri diritti fondamentali, nel generale contesto problematico della differenziazione sociale, che deriva dalla formazione nella società di sottosistemi funzionalmente specificati e relativamente autonomi.

La richiesta di specificare motivi universalmente applicabili per il trattamento disuguale ha, quindi, innanzitutto il senso di stabilizzare la separazione dei ruoli al confine tra burocrazia statale e pubblico. Ma, per il modo in cui ciò accade, sostiene contemporaneamente, sotto altri aspetti, la separazione dei ruoli nella società, cioè la differenziazione funzionale. L'esigenza di motivi specifici significa, allo stesso tempo, che l'attività decisionale dello stato deve tener conto della separazione sociale dei ruoli. In linea di principio non è permesso favorire o danneggiare qualcuno in un contesto di ruolo, perché svolge *altri* ruoli – a meno che non esistano motivi specifici che rendano sensato un tale collegamento. Un imprenditore non può ottenere sovvenzioni in modo preferenziale per il fatto di professare una determinata confessione religiosa; uno scolaro non può essere promosso per il

<sup>24</sup> Al contrario, l'intensità di questi legami, come si è visto soprattutto nei paesi in via di sviluppo, rende difficile l'affermazione dell'orientamento giuridico ugualitario. Ciò viene sottolineato spesso oggi. Cfr., ad esempio, E. SHILS, *Political Development in the New States*, Den Haag 1963, p. 13.

<sup>25</sup> Naturalmente ciò significa che dev'essere procurato un fondamento *diverso* della motivazione, che è da rinvenire specialmente nelle condizioni e nei vantaggi generali dell'appartenenza al sistema lavorativo. Sull'importanza dei gruppi formati da colleghi di lavoro come fattore d'incoraggiamento, cfr. P.M. BLAU, *The Dynamics of Bureaucracy*, II ed., Chicago 1963, pp. 85 sgg., 106 sgg.

fatto che i suoi genitori sono tra i notabili della città; ma una multa può essere più elevata nel caso in cui il conducente sia benestante (perché la sensibilità all'ammenda dipende dalla sua situazione patrimoniale). Ogni orientamento ad una combinazione di ruoli, che non sia evidente e rilevante strutturalmente, ma si delinea in modo quasi casuale solo rispetto alla persona, costituisce una violazione del principio di uguaglianza.

Di norma, in questo modo, sono neutralizzate anche le pretese di prestigio e di precedenza socialmente costruite nei confronti dello stato: operazione indispensabile in un ordine sociale differenziato<sup>26</sup>. La società non può più essere sintetizzata in un'unitaria piramide di status, dove ciascuno occupa un posto fisso. Essa riconosce, in sostanza, solo principi mobili di status, come il possesso di denaro o l'appartenenza e la posizione nelle organizzazioni, i quali possono essere acquisiti e persi nei modi più diversi nelle competizioni concorrenziali ed hanno valore e importanza ormai solo in situazioni specifiche. Perciò lo schema del rango, nei rapporti esterni al sistema politico, è imprevedibile ed è, di per sé, inconsistente su tutti i confini. In questa situazione l'uguaglianza del diritto di voto, l'uguaglianza davanti alla legge o anche alcuni semplici principi amministrativi come il disbrigo delle istanze in ordine di ricevimento sono necessari principi strutturali d'indifferenza al rango. Essi manifestano, a loro volta, la distanza e l'autonomia dell'attività decisionale dello stato dai valori sociali<sup>27</sup>. In realtà questo non esclude certamente che status esterni (ad esempio l'apparte-

<sup>26</sup> In parte solo tecnicamente indispensabile. La polizia, ad esempio, non riesce a regolare il traffico stradale in modo da dare la precedenza al più elevato in grado.

<sup>27</sup> Questo distanziamento nei confronti dei propri membri, cioè al «confine personale» dell'amministrazione, si raggiunge mediante la «formalizzazione» dello status nell'ambito dell'organizzazione, la sua acquisizione, cioè, solo mediante una decisione esplicita, con la quale non si tratta necessariamente di onorare pretese di rango fondate esternamente, ad esempio: discendenza, appartenenza a club, ricchezza e conoscenze. A questo proposito, in modo più dettagliato, LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, cit., pp. 156 sgg.

nenza e il rango in altre organizzazioni come partiti, sindacati e così via) esercitino una pressione sull'amministrazione. Tuttavia assecondarla non è un fatto di per sé naturale e legittimo, ma richiede una decisione, in massima parte problematica, che dev'essere giustificata in base a considerazioni di tipo diverso.

L'obbligo di pari trattamento è, dunque, tagliato su misura per un ordine sociale che non legittima più, né può istituzionalizzare certe combinazioni di ruolo in una persona, soprattutto quelle ottenute per mezzo del proprio rango sociale, perché, a causa dell'avanzata differenziazione e specializzazione, i ruoli possono ormai essere ordinati solo in base ad apparentamenti effettivamente necessari<sup>28</sup>. Da questa prospettiva, il senso del principio di uguaglianza può essere formulato anche sul presupposto che l'uomo, come individuo, è portatore di ruoli combinati accidentalmente e la cui connessione acquista, solo in via eccezionale, un significato sociale e che, in linea di massima, gli uomini si assomigliano tutti rispetto alla titolarità dei ruoli. Anche questo è un riflesso della generale legge strutturale della differenziazione sociale, alla quale è correlato il principio di uguaglianza.

Queste conclusioni contrastano in modo evidente con l'antico pathos della giustizia, che ancora oggi grava sul concetto di uguaglianza nonostante tutte le forzate relativizzazioni e trova solo una debole eco nell'idea di valore. Nella giustizia degli antichi i tratti caratteristici dell'uomo erano stati riassunti in un modo che oggi non riusciamo più a considerare unitario. In un ordine sociale pienamente differenziato le pretese di un agire giusto ingenerano complicazioni enormi e ricche di contraddizioni. Nessuno è in grado di valutarle appieno. Di conseguenza non ci possiamo più permettere una fiducia, per così dire, puntuale in un'idea suprema e riconoscibile di agire buono, nella virtù del sovrano legittimo oppure nella saggezza autoevidente della decisione. La nostra esistenza dipende da megasistemi di elaborazione delle informazioni differenziati funzionalmente. Come uomini, serviamo al loro mantenimento nel trascendente

<sup>28</sup> Cfr., soprattutto, NADEL, *The Theory of Social Structure*, cit., pp. 68 sgg.

di ogni fatticità ontica. Dobbiamo relazionarci al mondo in essi e attraverso essi. Le affermazioni relative a ciò che per noi, come uomini, ha più valore – ad esempio i diritti fondamentali – devono corrispondere a questa nostra realtà e a ciò che facciamo, altrimenti ci rendiamo inattendibili. Offendiamo la grandezza di ciò che un tempo e originariamente era pensato come giustizia, allorché utilizziamo il riferimento a quell'idea quale giustificazione di un pathos dozzinale per il suo valore. Mai e poi mai la giustizia ha rappresentato un «valore». Essa era pensata, anzi, come misura di temperamento delle eccessive pretese di tutti i valori. Nel caso che fosse concesso al nostro tempo di pensare il giusto in modo originario, quest'idea non si orienterebbe sulla misura dell'uguale, ma sulla tecnica dei sistemi.

Allora la certezza delle aspettative e dei comportamenti, che il diritto offre all'uomo, non può più scaturire dall'inviolabilità di determinati diritti del singolo, dall'intangibilità di una propria sfera di disponibilità. Le condizioni sociali, in cui si possono costruire aspettative di comportamento affidabili e programmare azioni, sono troppo cresciute: sono troppo importanti e complesse. La loro problematica diventa sempre più evidente e, perciò, esse si trasformano in un compito da svolgere. Si sovrverte, così, l'intera tradizione etica del diritto che, guidata dalla questione della singola azione giusta, ne cercava gli scopi, i principi o, più di recente, i valori. Ciò che il diritto tentava di essere, oggi non può più raggiungersi con singole promesse di coerenza, ma solo grazie a un ordine razionale del sistema. Così l'uomo non trova più la sua sicurezza nei confini del suo particolare guscio giuridico, protetto dal braccio armato dello stato, ma nella capacità funzionale del sistema sociale al quale partecipa. Rendere sicura la sua struttura è compito del diritto, il suo ordine è quello giusto.

Questa ristrutturazione del nostro ordine sociale al livello delle norme giuridiche e dei valori dovrà essere concepita come conseguenza di una crescente differenziazione dei sistemi e dei ruoli. Il procedere della differenziazione dissolve gli antichi ambiti di orientamento dell'agire, strutturati in modo unitario, e costringe a riorientarsi, considerando gli astratti punti di rife-

ramento di sistemi comprendenti, che possono legittimare e integrare solo funzioni molto specifiche.

Orbene, proprio il diritto sembra essere particolarmente adatto a questo compito, poiché è suscettibile di astrazione e, mediante la centralizzazione delle decisioni, può anche essere positivizzato, cosicché l'ordine sociale (differenziato) può essere scelto nella sua totalità come referenza sistemica della sua funzione. Pertanto il diritto, dalla sua antica base costituita da forme e principi di azione giusti e consolidati dalla tradizione, è riposizionato su una forma di orientamento concettualmente astratta, specificabile in modo arbitrario e, al tempo stesso, universalistica, ma non più immediatamente capace di motivazione<sup>29</sup>. Contestualmente si sviluppano nuovi istituti giuridici con la funzione specifica di risolvere i problemi posti dalla differenziazione sociale. I diritti fondamentali appartengono a questo contesto problematico della differenziazione sociale, sia per la loro forma universalistica e funzionalmente specificata, sia per la loro funzione particolare.

Attraverso questa modalità di osservazione assume un'altra dimensione anche la questione della positività dei diritti fondamentali, che in precedenza<sup>30</sup> abbiamo dovuto lasciare aperta in mancanza di risposte soddisfacenti. Il diritto positivo non può più essere adeguatamente inteso solo come il gradino più basso e residuale nella gerarchia delle fonti giuridiche. Esso è un ordinamento normativo, selezionato socialmente per una funzione specifica, la cui relativa autonomia è prodotta dalla struttura differenziata dell'ordine sociale. Diritto positivo significa che le aspettative sociali di comportamento devono passare attraverso il filtro di una decisione esplicita dello stato prima di diventare «diritto» e che le norme, così filtrate, si distinguono dalle altre proprio per questo. Il problema della positività non consiste nel

<sup>29</sup> Il codice stradale odierno offre un esempio chiaro del fatto che il diritto supera i limiti della capacità di motivazione dell'uomo, laddove esso deve soddisfare il bisogno tecnicamente necessario di regolamentazione. E non dovrebbe essere difficile trovare altri esempi.

<sup>30</sup> Cfr. pp. 81 sgg.

livello occupato nella gerarchia dei valori, ma si riferisce alle condizioni e ai limiti per l'indipendente variabilità di un sottosistema della comunicazione sociale.

Il diritto positivo può essere modificato, apparentemente senza limiti, da una decisione vincolante del sistema politico. Tale possibilità non può essere impedita né da un articolo della costituzione, né dall'evocazione dei valori. Questa problematica culmina nei diritti fondamentali, i quali si ergono nell'impresa, apparentemente paradossale, di limitare il sistema politico in quanto posti giuridicamente.

Il fatto che i diritti fondamentali siano diretti *contro lo stato*, ha spinto anche l'opinione prevalente a concludere che essi non possano, perciò, essere tutelati *dallo stato*<sup>31</sup>. Questa conclusione è, tuttavia, errata, non solo dal punto di vista logico, ma anche perché presuppone un'idea non appropriata d'identità e di separazione. Essa sottovaluta il fenomeno della differenziazione sotto due distinti profili. Da un lato ignora che, in un ordine sociale differenziato, lo stato deve sviluppare un interesse autonomo alla stabilizzazione dei confini, per potersi razionalizzare come sistema; cioè che, nel caso dei diritti fondamentali, non è per lui indifferente, come per i diritti privati, quali si posseggano o non si posseggano, in quanto lo stato può avere successo solo mediante rinunce ed indifferenze applicate in modo corretto<sup>32</sup>. Dall'altro lato, non è riconosciuta la possibilità di differenziazione interna dello stato<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Un esempio, tra altri in G. BRUNNER, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Köln 1963, p. 106.

<sup>32</sup> In fondo, l'argomentazione corrente torna sulla premessa della costanza di somme del potere trattata in precedenza (pp. 85-86), che sostanzializza il potere come una sorta di quantità scarsa di beni, di modo che non ci si può certo immaginare che lo stato crei diritti contro se stesso e che tali diritti gli sottraggano parte del potere.

<sup>33</sup> Sebbene l'interpretazione prevalente insista con forza sul principio della divisione dei poteri, ha dimenticato che tale principio è stato ideato per la separazione dal diritto naturale. Proprio perché non si poteva più credere al legame giusnaturalistico del potere dello stato, nel XVIII secolo si era andati alla ricerca di sicurezze equivalenti nei confronti dell'abuso di potere e ci si era imbattuti nella possibilità di una differenziazione interna del sistema poli-

Il fondamento storico di questa possibilità è costituito da un distacco dei ruoli relativi alla decisione giuridica dalle correnti principali degli eventi politici: una separazione che oggi, tuttavia, non è più un'ovvietà istituzionale, come lo era per il diritto romano e il *common law*, ma che può, ormai, essere salvaguardata solo mediante consapevoli protezioni politiche, più o meno artificiose. I paesi in via di sviluppo, dove questo fondamento storico manca, soprattutto l'Unione Sovietica, difficilmente potranno istituzionalizzare questa separazione. Comprensibilmente manca loro la fiducia nella possibilità di riuscire a fare proprio del diritto il sostegno strutturale dell'ordine sociale differenziato: lo trattano come uno degli strumenti del sistema politico. Anche noi dobbiamo chiederci se, a lungo andare, certe garanzie, offerte dal diritto positivo all'indipendenza della giustizia, siano sufficienti ad assicurare in un punto cruciale la struttura differenziata dell'ordine sociale contro le tendenze all'invasione politica di tutte le sfere della comunicazione.

Ovviamente la risposta a questa domanda dipende da quanto siano forti queste tendenze. Quindi può essere data solo in modo empirico. Per parte nostra dobbiamo limitarci ad alcuni accenni destinati, soprattutto, a chiarire la formulazione stessa del problema.

Il legame tra diritti fondamentali e struttura differenziata dell'ordine sociale è duplice. I diritti fondamentali non solo mantengono la separazione delle sfere della comunicazione, come

tico. Oggi si accettano entrambi come un tipo di protezione doppia, senza riflettere abbastanza sulla possibilità che anche mezzi funzionalmente equivalenti si combinino. L'antico diritto naturale era parte integrante di una concezione gerarchica del mondo e presupponeva un ordine conformemente gerarchico del sistema politico, fissandone il vertice. La separazione dei poteri è esattamente l'opposto dell'ordine gerarchico. Organizza un flusso orizzontale e non verticale di processi decisionali (pianificazione, esecuzione, controllo) fra tre poteri indipendenti. Quest'ordine non si può permettere, senza perdere l'equilibrio, di consegnare al giudice un diritto naturale necessariamente indeterminato, poiché l'indeterminatezza dei fondamenti della decisione dev'essere assorbita all'inizio e non alla fine del processo decisionale. Perciò, nell'ordinamento statale con poteri separati, diventa efficace per la decisione solo una caricatura del vecchio diritto naturale. In sostanza, si tratta di un'auto-critica immanente al diritto positivo.



abbiamo sottolineato finora, ma, a loro volta, sono sostenuti da questa stessa differenziazione. Gli ordini sociali differenziati, al pari di quelli non differenziati, sono istituzionalizzati complessivamente e nelle loro singole sfere in modo autonomo. Producono, in conformità alle aspettative, i motivi del comportamento necessari alla prosecuzione dell'ordine nella vita in comune e, laddove l'agire minaccia di svilupparsi su percorsi contrari alla loro struttura, accumulano difficoltà di comportamento, ostacoli alla prosecuzione e problemi conseguenti. Lo stato non può creare forme di generalizzazione comunicativa istituzionalizzate nella sfera della personalità, della cultura e dell'economia, né, di conseguenza, può sostituirle con programmi genuinamente politici. Deve rispettarle, oppure ricondurre l'ordine sociale, incluso se stesso, ad un livello di sviluppo più basso. L'articolo 79, III comma<sup>34</sup>, della costituzione può proibire la modifica degli altri articoli, ma non quella dell'articolo 79, III comma<sup>35</sup>: non vi sono sanzioni giuridiche concrete, ma vi sono pericoli di una regressione sociale che, una volta individuata, non può essere seriamente desiderata.

Questa situazione si rispecchia nell'ordine politico attuale. È di certo difficile, se non affatto escluso, che la politica possa intromettersi nella sfera dell'intimità, nei simboli portanti della civilizzazione del comportamento e delle aspettative o nei fondamenti della fiducia nell'economia. Questa difficoltà è istituzionalizzata come limite al comportamento nell'ambito dello stesso sistema politico, non attraverso tavole di valori, ma, con uguale efficacia, mediante la strutturazione di chance politiche. Sulla via per il potere è inutile e imprudente affrontare quei problemi di confine o anche solo metterli in discussione.

<sup>34</sup> «Non è consentita alcuna modifica della presente legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20», [N.d.C.].

<sup>35</sup> Si veda anche l'art. 146 della costituzione [«La presente legge fondamentale cesserà di avere vigore il giorno in cui subentrerà una Costituzione approvata, con libera deliberazione, dal popolo tedesco», N.d.C.], dov'è messo bene in evidenza che riguardo all'art. 79, III comma, si tratta solo di un'eventualità provvisoria.

Connessioni d'ordine esterne al diritto delimitano, dunque, le possibilità di produzione giuridica da parte del sistema politico non solo attraverso le norme di divieto, ma anche perché un'estensione della sfera politica invaderebbe in modo crescente istituzioni già funzionanti, alle cui prestazioni dovrebbe sostituirsi. La sfera politica si caricherebbe dei problemi conseguenti, che evidenzerebbero immediatamente come irrazionale un tale comportamento<sup>36</sup>. La differenziazione sociale non poggia solamente sugli esili pilastri dei diritti fondamentali. Perciò la positività del diritto ed anche i diritti fondamentali possono essere alleggeriti dalla pressione sociale che risulterebbe plausibile ad una considerazione puramente astratta del suo principio. La positività del diritto presuppone, in quanto istituzione sociale, un rapporto equilibrato con le altre istituzioni dell'ordine sociale, più precisamente una differenziazione sociale consolidata. Il diritto positivo è solo un modo per rafforzare la sicurezza. La sicurezza, che esso produce, dipende dalla sicurezza di quelle istituzioni che il diritto positivo deve proteggere, alla fin fine dalla capacità di funzionamento dell'ordine complessivo. In questa forma ritroviamo il paradosso della positività dei diritti fondamentali. Con questa formulazione, tuttavia, esso viene portato dal piano della contraddizione logica alla realtà e diviene definibile empiricamente. Per il momento non si riesce a scorgere, né tantomeno è stata tentata nessun'altra possibilità oltre a quella della garanzia dei diritti fondamentali attraverso la differenziazione dell'ordine sociale. Fino a quando restiamo di questa idea, l'una o l'altra versione del problema della positività del diritto terrà occupato l'agire politico e, si spera, in misura crescente anche la ricerca sociologica.

<sup>36</sup> A rischio di ripetersi, si osservi ancora una volta che questa restrizione alla positivizzabilità del diritto non è una restrizione della validità del diritto e non promette una garanzia assoluta. Nessuna istituzione può dispensare in modo completo e duraturo l'uomo dalla responsabilità dell'azione. I divieti possono diventare inefficaci a causa di un'istituzionalizzazione debole e le condizioni di razionalità, a loro volta qualora si rivelino scarsamente prevedibili. L'incontro delle due debolezze ha fatto crollare il sistema di Weimar.

NIKLAS LUHMANN

# **I DIRITTI FONDAMENTALI COME ISTITUZIONE**

cura e introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale

edizioni Dedalo

può raggiungere ed isolare, in modo funzionalmente specifico, per primo il contesto comunicativo religioso, quello politico oppure quello economico<sup>31</sup>. Tuttavia è necessario un sollecito adeguamento degli altri ambiti alla stessa maggiore autonomia, alla maggiore generalizzazione, ad astrazioni conformi ai ruoli e ad una migliore disposizione alla dipendenza reciproca per bilanciare l'ordine complessivo e liberarlo da eccessive tensioni interne. Questo è il risultato delle ricerche di Eisenstadt sulle difficoltà relative ad un'autonomizzazione precipitosa del sistema politico. Anche l'espansione dell'economia monetaria sarebbe, come si sa, difficilmente immaginabile senza il sostegno di un sistema politico che abbia il potere di decidere, senza una stabilizzazione sufficientemente astratta di aspettative di comportamento e senza una motivata propensione individuale al consumo e al lavoro<sup>32</sup>.

*Queste interdipendenze rendono necessaria l'istituzionalizzazione di una pluralità di diritti fondamentali*, che preservano contemporaneamente l'individualità personale, la civilizzazione delle aspettative di comportamento, l'orientamento al denaro dell'economia e il fondamento democratico del potere dalla loro inclusione nella sfera di competenza del sistema politico. Se la direzione di tale tutela fosse circoscritta, per esempio, alla sola protezione della personalità, come ritiene la dogmatica dominante, l'ordine complessivo difficilmente potrebbe essere stabilizzato. Perciò è proprio la pluralità dei diritti fondamentali a costituire il tratto caratteristico di quell'istituzione, che integra tutta la società. Solo se si prende in considerazione la dimensione storica, è possibile rispondere in modo esauriente alla questione dell'unità funzionale e istituzionale dei diritti fondamentali: essi servono al processo di differenziazione della società.

<sup>31</sup> Così, soprattutto, Parsons, in PARSONS, SHILS, NAEGELE e PITTS, *Theories of Society: Foundations of Modern Sociological Theory*, cit., pp. 244 sgg. Si veda inoltre *supra*, capitolo primo, nota 13.

<sup>32</sup> Concezioni analoghe sull'instabilità dei periodi di transizione e di una differenziazione parziale si trovano in RIGGS, *The Ecology of Public Administration*, cit., oppure in SMELSER, *The Sociology of Economic Life*, cit., pp. 106 sgg.

## Capitolo decimo

### *Sociologia e dogmatica dei diritti fondamentali*

Il capitolo conclusivo è dedicato al problema dell'orizzonte conoscitivo della teoria dei diritti fondamentali e intende fornire una risposta alla questione iniziale circa il rapporto tra dogmatica costituzionale e sociologia politica.

L'analisi, che precede, si è discostata per alcuni aspetti dall'ambito concettuale che l'interpretazione dogmatica dei diritti fondamentali considera rilevante ed utilizza per il suo orientamento. L'esame doveva partire necessariamente da lontano, al fine d'indicare le condizioni strutturali dell'ordine sociale che sono sociologicamente rilevanti rispetto all'istituzione dei diritti fondamentali. La loro tematizzazione ha travalicato da sempre l'ambito della mera elaborazione di una decisione giuridica, sia pure di diritto costituzionale. Chi si occupa di diritti fondamentali non può occuparsi solo di essi. La sociologia deve necessariamente prendere in considerazione concezioni o anche dati di fatto non-giuridici con una ampiezza che, per la dogmatica giuridica, è a ragione sorprendente e una tale necessità ci ha apparentemente allontanato spesso dal tema principale. Ma è davvero una necessità, oppure non si tratta solo di un'inutile zavorra, di una pretesa eccessiva ed ovviabile ovvero, ancor peggio, di un pericoloso attentato ai fondamenti decisionali dell'interpretazione giuridica della costituzione, dai quali dipende in gran parte la sua efficacia politica?

Causa diretta di quest'ampliamento di orizzonte è l'interesse sociologico per le funzioni «latenti» ed i contesti strutturali –

una caratteristica particolarmente importante, forse costitutiva della sociologia come scienza<sup>1</sup>. Sin dalle sue origini, la sociologia ha cercato di liberarsi dalle deformazioni della realtà, che si fondano sulle prospettive valoriali o normative dell'agire di natura teleologica<sup>2</sup>. Non si libera soltanto dei valori, come aveva tentato di affermare l'infelice formula della libertà rispetto al valore<sup>3</sup>, bensì della limitatezza di quell'orizzonte di azione, dei

<sup>1</sup> Cfr. F.A. VON HAYEK, *Scientism and the Study of Society I*, in «Economica», 9, 1942, pp. 267-291, pp. 276 sgg.; A.W. GOULDNER, *Theoretical Requirements of the Applied Social Sciences*, in «American Sociological Review», 22 (1957), pp. 92-102; R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, cit., in particolare pp. 60 sgg.; M.J. LEVY, *The Structure of Society*, cit., pp. 83 sgg. Per la nascita di quest'idea di rapporti latenti dall'ambito relativo al problema delle conseguenze impreviste dell'azione, cfr., soprattutto, R.K. MERTON, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, in «American Sociological Review», 1, 1936, pp. 894-904. Il problema dell'efficacia inconsapevole è naturalmente pre-sociologico. Esso ha trovato espressione in vari modi: come impenetrabilità della volontà di Dio, come astuzia della ragione, come forza segretamente operante della storia, come incremento del benessere mediante l'egoismo del mercato oppure come incremento selettivo dello sviluppo mediante la lotta per l'esistenza. Rispetto ad essi la formulazione del problema da parte della sociologia funzionalistica, tuttavia, ha l'importante vantaggio di riuscire a collegare con la cognizione della latenza della funzione la questione della funzione della latenza e la ricerca di equivalenti funzionali per l'ignoranza. Cfr. W.E. MOORE e M.M. TUMIN, *Some Social Functions of Ignorance*, in «American Sociological Review», 14, 1949, pp. 787-795; e L. SCHNEIDER, *The Role of the Category of Ignorance in Sociological Theory: An Exploratory Statement*, in «American Sociological Review», 67, 1962, pp. 492-508.

<sup>2</sup> A questo proposito, cfr. alcune osservazioni di H. SCHLSKY, *Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen*, cit., pp. 13 sgg.; e ID., *Orbestimmung der deutschen Soziologie*, Düsseldorf-Köln 1959, pp. 122; inoltre l'indovinata caratterizzazione di questi atteggiamenti nella ricerca come «*refusal to take purposes at their face value*» di K. DAVIS, *The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*, in «American Sociological Review», 24, 1959, pp. 757-772, pp. 765.

<sup>3</sup> In fin dei conti questa stessa formula è un correlato logico della differenziazione sociale, come lo sono le precedenti distinzioni tra l'esistente ed i valori, tra la verità e la semplice validità. Poiché la differenziazione frantuma l'agire, privando in questo modo del consenso generale importanti componenti di senso dell'agire, questi ultimi sono esperiti come non più veri, come ormai solo validi in modo conforme al valore. Nel rigore proprio delle pre-

suoi orientamenti e della sua peculiare logica di giustificazione. Essa si differenzia considerevolmente da tutte le scienze dell'azione, scaturite dall'etica tradizionale, che mirano alla razionalizzazione delle prospettive dell'agire: la vecchia scienza della politica, l'economia politica, la scienza aziendale e la scienza giuridica. Tutte queste scienze aspirano a rappresentare all'attore il modo corretto di agire. Intervendendo nella ripartizione di competenze già operata tra le altre discipline, la sociologia si pone con una prospettiva di altro tipo. Applica all'agire un metro incongruente allo scopo di acquisire un tipo peculiare di razionalità, che finora non era stato possibile percepire: la razionalità data da un confronto ipotetico con altre possibilità di azione e svincolato dagli scopi dell'azione.

Si spiega così il rapido trionfo della teoria dei sistemi e del metodo funzionale in sociologia: essi potevano offrire alla sociologia le basi teoriche necessarie ed una tecnica di comparazione. Le scienze dell'azione, che nascono dall'etica per poi separarsene attraverso lo sviluppo delle scienze moderne, possono garantire la correttezza delle azioni concrete attraverso criteri di selezione già accettati, cioè valori, e perciò, conoscono tutt'al più un confronto solo nell'ambito di considerazioni di economicità correlate a scopi specifici; la sociologia, di contro, mira ad un sistematico consapevole allargamento dell'orizzonte dell'azione. Confronta ogni agire con altre possibilità in riferimento allo specifico problema del mantenimento del sistema, che non necessariamente coincide con i valori dell'attore.

Un allargamento di orizzonte tanto pretenzioso stimola, al contrario, la ricerca di una tecnica di decisione razionale, che possa servire alla riduzione delle alternative ed individui il modo migliore di relazionarsi con le fattispecie sconosciute, le aspet-

tose metodologiche rivolte alla dimostrazione della verità, che si affermano con l'inizio dell'età moderna, si riflette il problema del consenso, ma anche il ridotto bisogno di consenso di una società differenziata. Il fatto che, per il momento, di questa svolta si siano avvantaggiate soprattutto le scienze della natura, fa sperare che non ne derivi un travisamento permanente delle chance della ricerca scientifica.

tative sociali di comportamento ed i rischi della decisione. Le vecchie scienze dell'azione vengono spinte in ruoli complementari alle scienze della decisione. Nell'economia politica questo sviluppo è più avanzato<sup>4</sup>; la scienza politica segue dappresso – si pensi, ad esempio, alla sua coalizione con la teoria dei giochi; anche nella recente discussione sul metodo giuridico si manifestano tendenze analoghe<sup>5</sup>. La combinazione tra sociologia e tecnica decisionale, differenziate attraverso una divisione del lavoro di ricerca, non assicura più la razionalità nella singola buona azione (in quanto orientata al valore), ma nei sistemi di azione, in cui le singole azioni ed i loro concetti di orientamento, quali fatti, valori, scopi o norme, assumono funzioni specifiche.

Nell'ambito di una tale teoria decisionale, connessa ai problemi del sistema, anche l'eventuale significato e le condizioni d'impiego dei valori potrebbero essere analizzati con la necessaria cura come componenti della decisione; tuttavia la semplice idea che l'«impiego» dei valori sia soprattutto una questione di

<sup>4</sup> Cfr. gli studi già citati di ALBERT, *Nationalökonomie als Soziologie: Zur sozialwissenschaftlichen Integrationsproblematik e Marktsoziologie und Entscheidungslgik: Objektbereich und Problemstellung der theoretischen Nationalökonomie*, nei quali i «giochi linguistici» scientificamente coerenti dell'economia politica sono ridotti alla logica decisionale e alla sociologia del mercato. Qui troviamo un interessante parallelo con la complementarità tra dogmatica giuridica e sociologia politica da noi presentata – tenue, a dire il vero, per la scelta di Albert d'intendere la sociologia ancora come scienza fortemente causale (secondo il criterio di Popper: come teoria causale, che non può essere falsificata troppo facilmente) e non in senso funzionalistico.

<sup>5</sup> Questo, piuttosto che al trasferimento troppo drastico di teorie decisionali di tipo behavioristico nell'aula delle udienze, com'è di moda in America, deve far pensare in primo luogo ai rapporti tra la dogmatica giuridica e la decisione giuridica di problemi, l'esame dei quali, nell'ambito della metodologia civilistica, è promosso in modo tanto promettente. Cfr. T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, II ed., München 1963; trad. it., *Topica e giurisprudenza*, Milano 1962; e J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956. Esser, in particolare, orienta la dogmatica ai problemi giuridici ponendola in una sorprendente condizione di parallelismo con il funzionalismo orientato ai problemi di stampo sociologico.

buona volontà sarà dura a morire<sup>6</sup>. La dogmatica giuridica, analogamente alla scienza economica pura o alla teoria politica delle scelte strategiche, potrebbe avere a che fare con modelli di calcolo dell'attività decisionale che ricavano, in ultima istanza, dalla sociologia dati e punti di vista problematici; mentre la sociologia si occupa, tra l'altro, delle condizioni strutturali della società, nelle quali speciali linguaggi razionali nelle singole sfere di comunicazione possono diventare realtà come agire relativo a ruoli.

Se questo giudizio sullo sviluppo attuale della scienza risulta vero – sebbene lo si estrapoli, senza dubbio, dal senso delle tendenze ipotizzate e non sia, perciò, esente da tratti speculativi –, allora non ci si può aspettare un livellamento della differenza tra ricerca sociologia e interpretazione dogmatica. Persino se il funzionalismo di tipo sistemico e il metodo comparativo dovessero imporsi nei due campi – per il momento non se ne parla – in seguito gli ambiti concettuali di riferimento e il tipo di risultati attesi dovrebbero divergere. In altre parole, non ci si deve aspettare un diritto naturale sociologico. Ciò sarebbe anche in contraddizione con la valutazione della positività del diritto,

<sup>6</sup> Cfr. su ciò D. BRAYBROOKE e C.E. LINDBLOM, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process*, New York-London 1963, dove il modo ingenuo o deduttivo di argomentare sui valori, come caratterizzato dalla nostra interpretazione dei diritti fondamentali, è respinto sin dalle prime pagine e ritenuto come assolutamente inadeguato prima dell'inizio della discussione vera e propria. La raffinatezza intellettuale richiesta per occuparsi di valori va ben oltre gli artifici dei metodi dell'interpretazione giuridica. Per loro fortuna i giuristi si sbagliano, se credono di orientarsi ai valori (come i politici oppure occasionalmente i funzionari amministrativi). Si orientano a programmi decisionali, dove talvolta concetti valoriali hanno una parte co-determinante. Ma il giurista non si trova mai nella difficile situazione di dover cercare un agire che soddisfi abbastanza (meglio rispetto alle alternative note) una costellazione di valori indeterminata, fluttuante, in sé contraddittoria e solo parzialmente concordata. I programmi decisionali giuridici hanno semmai la forma «se, allora»: se il valore viola A (diritto fondamentale A) allora accadrà B (annullamento dell'atto di sovranità B). Tuttavia non si tratta di una decisione relativa all'applicazione di valori, nel senso che una determinata azione sia da preferire a causa di un determinato valore (e a scapito degli altri).

che è alla base di questo lavoro: gli ordini sociali differenziati non possono tradurre direttamente convinzioni in validità giuridica; devono frapporti il filtro dei processi decisionali. Contrasterebbe con lo scopo principale della nostra analisi, che è quello di approfondire la consapevolezza della differenziazione, la scelta di accettare in sua vece una fusione. L'apparato concettuale della ricerca sociologica, rivolta alla scoperta e al confronto, ha compiti diversi rispetto a quelli della dogmatica, che deve agevolare e rendere valutabile il rinvenimento di decisioni.

Tuttavia, respingere l'idea di una piatta armonia, non significa interrompere ogni contatto. Chi vede una complementarità di compiti tra sociologia e dogmatica<sup>7</sup>, esigerà questi contatti<sup>8</sup>. La specificazione della funzione scientifica e l'autonomia dell'apparato concettuale, qui come per ogni differenziazione, rendono in genere i contatti appena possibili e sensati. Allo stesso tempo prospettive sociologiche non possono *eo ipso* reclamare valore interpretativo, come anche le interpretazioni non hanno rilevanza sociologica per il solo fatto di essere tali. La funzione di un'istituzione non rappresenta ancora un programma decisionale, né il fondamento giuridico di una pretesa, e i mezzi di esplicazione concettuale si differenziano in modo corrispondente. Tuttavia non ci si può limitare a questa constatazione negativa; si deve fare in modo di procurare una possibilità di traduzione da una sfera all'altra, una possibilità di trasformazione di problematiche e risultati. Così, alla fine, s'impone la

<sup>7</sup> Questa complementarità non è certo identica a quella tra diritto e istituzioni extragiuridiche di cui ha trattato D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, III ed. Zurigo 1950; trad. it., *Diritto costituzionale e struttura sociale*, Padova 1999. Bisogna guardarsi da una tale confusione, perché in questo modo la sociologia verrebbe associata alle istituzioni extragiuridiche, escludendo la possibilità di una sociologia del diritto.

<sup>8</sup> Ciò accade oggi più che altro nell'ambito degli sforzi di comparazione giuridica. Cfr. soprattutto U. DROBNIG, *Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie*, in «Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht», 18, 1953, pp. 295-309. Limitare i contatti alla sociologia *del diritto* è davvero troppo angusto. I problemi, che l'ordine sociale presenta al diritto, non sono mai sentiti come problemi giuridici.

questione, finora inespressa, che aveva accompagnato le nostre riflessioni, vale a dire se la dogmatica dei diritti fondamentali nella sua versione attuale è disposta e attrezzata per un tale scambio d'idee.

In parte è certamente una questione di stato dell'informazione, di capacità di scambio delle rappresentazioni, di organizzazione accademica e di raggruppamenti disciplinari. Se lasciamo da parte tutto questo, resta da verificare se la struttura concettuale fondamentale e l'orientamento logico della dogmatica sia abbastanza aperto e ricettivo.

Le rappresentazioni della dogmatica dei diritti fondamentali sono fissate in forma di pretese. Un diritto fondamentale spetta al cittadino come diritto soggettivo e si rivolge allo stato come soggetto obbligato<sup>9</sup>. In questa forma è orientato sull'ipotesi del conflitto ed implica un'alternativa netta tra diritto e non diritto. Purché il diritto fondamentale esista e valga nella misura prevista, il cittadino è titolare del diritto e lo stato è corrispondentemente obbligato; oltre questo limite lo stato può agire liberamente e il cittadino deve accettarne le conseguenze. Con la decisione sul contenuto dei diritti fondamentali, con l'interpretazione del loro significato è stata presa una decisione sul conflitto attuale o potenziale tra stato e cittadino. Tuttavia può costituire una condizione per la decisione di un tale conflitto l'organizzazione delle rappresentazioni complessive della dogmatica intorno a quest'asse, cioè la circostanza che la realtà, presupposta dalla dogmatica e alla quale si riferiscono le sue interpretazioni, sia interpretata come universo del contrasto tra stato e società, tra interessi pubblici e interessi privati?

La forma della pretesa, il risalente orientamento dello sviluppo del diritto sull'ipotesi del conflitto e, non da ultima, la circostanza che mancavano altri fondamenti ideali, hanno polarizzato i concetti fondamentali e le idee guida della dogmatica nel senso di un contrasto continuo tra stato e cittadino. La gravità

<sup>9</sup> Possiamo, qui, tralasciare la questione della cosiddetta azione del terzo dei diritti fondamentali. Per quanto si possa condividere in singole ipotesi, essa è, in ogni caso, atipica.

di questa polarizzazione non è nell'assunzione di una contrapposizione d'interessi, che non può comunque essere negata. Anche un'alta concordanza d'interessi potrebbe essere maggiormente evidenziata, se non fosse relativamente priva d'interesse per la dogmatica, in quanto non pone alcun problema da risolvere. Essa può ammettere questa congruenza senza modificare sostanzialmente il suo orientamento. La distorsione della realtà consiste, piuttosto, nell'assumere l'esistenza di due sole sfere contrapposte d'interessi che sono, di volta in volta, rappresentate dal ricorrente o dal convenuto. In questo modo la situazione processuale è proiettata nell'ordine sociale, affinché dall'ordine sociale si rispecchino punti di vista utili per la decisione.

Questa formazione di fronti contrapposti ha come conseguenza innanzitutto un'utilizzazione troppo preminente dell'idea di tutela della sfera dei cittadini, un'astrazione eccessiva del concetto di libertà. Esso perde ogni confine interno, perché deve accogliere in sé e coprire elementi troppo eterogenei. Si riduce ad un'ipotesi che, per motivi particolari, può essere rimossa. Il diritto di libertà si approssima in modo sorprendente all'idea di uguaglianza e sembra quasi che, con questa riconciliazione di libertà e uguaglianza, ci siamo definitivamente lasciati alle spalle il XIX secolo. Entrambi i diritti denotano solo sfumature lievemente differenti della necessità di motivare l'agire dello stato, ponendo l'accento principalmente sulla consistenza dei motivi nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente. Così, oggi, in quasi tutti i ricorsi costituzionali, accanto a precise eccezioni, è lamentata la violazione dell'art. 2, I comma e dell'art. 3, I comma della costituzione. Dietro l'immutata facciata terminologica dell'ideologia liberale si compie una trasformazione della funzione dei due diritti fondamentali principali: essi perdono la loro funzione sostanziale per acquistarne una processuale. Non fungono più da criterio decisionale, ma da appiglio per i ricorsi costituzionali: consentono di motivare il ricorso al controllo costituzionale delle leggi. Il diritto di libertà del cittadino si converte, così, in un diritto di libertà del giudice.

Questo quadro è naturalmente a tinte troppo forti. Non rende giustizia allo sforzo operato dalla corte costituzionale federale

e dalla giurisprudenza per fornire sostegni oggettivi all'argomentazione e individuare principi vincolanti. Vuole solo far capire che questi tentativi sono stati costruiti su basi instabili. Se la necessità di decidere tra ricorrente e convenuto è collocata all'interno delle premesse decisionali in modo troppo astratto, se ne possono trarre come indicazione solo malcelate tautologie. Allora qualunque decisione diventa possibile – cosa che può essere considerata anche un vantaggio dal punto di vista del rinvenimento di una decisione – e tutte le motivazioni vacillano. Le difficoltà, esaminate in precedenza<sup>10</sup>, a proposito della determinazione del limite nel contenuto sostanziale dell'art. 19, II comma, della costituzione, illustrano questo problema con chiarezza esaustiva.

Una più intensa attuazione al significato delle premesse decisionali dei diritti fondamentali difficilmente può essere ottenuta con l'interpretazione delle formule vuote utilizzate dalle scienze dello spirito o dalla storia delle idee, ma solo orientandosi alle scienze empiriche che caratterizzano il nostro tempo. Come decidere altrimenti quale rilevanza debba avere la protezione della dignità e della libertà nelle condizioni generali dell'ordine sociale moderno? Come decidere altrimenti se l'essenza della proprietà possa essere ravvisata in modo adeguato nel suo valore monetario corrente? Soprattutto, come motivare altrimenti le istanze decisionali dello stato a rispettare nel proprio interesse i diritti fondamentali, se li si presenta come limiti giuridici ad esse imposti dall'esterno al loro agire e dietro i quali incombe la pronuncia giudiziaria, e non si evidenzia invece che tali diritti sono istituzioni funzionali al mantenimento della differenziazione sociale e, perciò, anche del sistema politico?

Nei capitoli precedenti abbiamo tentato di stabilire un tale collegamento tra dogmatica e scienza empirica mediante alcune riflessioni preliminari. Non a caso un simile tentativo costringe a differenziare maggiormente i problemi di riferimento dei diritti fondamentali. Abbiamo dovuto abbandonare la semplice dico-

<sup>10</sup> Cfr. pp. 107 sgg.

tomia tra interessi contrapposti, che in sostanza riflette solo lo schema dell'azione giudiziale, perché, con i suoi inviti alla ponderazione, blocca l'accesso alla realtà molto più complicata del nostro ordine sociale. Se la dogmatica dei diritti fondamentali imboccasse un tale varco – si ribadisce che le asserzioni sociologiche relative alla funzione di per sé non costituiscono ancora una dogmatica giuridica –, potrebbe probabilmente trarne un profitto considerevole in termini di obiettività e di plausibilità delle argomentazioni.

L'analisi sociologica dell'istituzione dei diritti fondamentali e della loro funzione permette, tuttavia, innanzitutto di riproporre la questione dell'*attuazione legislativa dei diritti fondamentali*<sup>11</sup>. Forse è proprio questo il suo contributo più importante alla dogmatica dei diritti fondamentali.

I diritti fondamentali non sono semplicemente acquisizioni dello stato sociale e, nella loro precaria ripartizione, non sono oggetto di pianificazione legislativa. Questa è, all'incirca, la visione dei diritti fondamentali dell'Est. Là si rimprovera alla dogmatica occidentale dei diritti fondamentali proprio la «formalità», nel senso che lo stato si preoccupa poco della loro applicazione ed attuazione.

D'altra parte la determinazione del testo costituzionale necessita senza dubbio di contenuti e a tal fine devono essere

<sup>11</sup> Così fa, nell'ambito della letteratura costituzionale contemporanea, anche HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, cit. L'autore pone, a ragione, l'accento sul carattere istituzionale dei diritti fondamentali, permettendosi, in questo modo, uno scostamento dall'interpretazione dominante che vede la legislazione di salvaguardia come ingerenza nei preesistenti diritti fondamentali, ed esige una più ampia legislazione di attuazione dei diritti fondamentali. Ma il suo testo non indica come, poiché non produce alcun punto di appoggio per determinare il contenuto di questa legislazione. Il principio puramente formale della ponderazione dei beni, cui si richiama Häberle, non è sufficiente neanche nel caso in cui sia fatto passare per un limite «immanente» dei diritti fondamentali. Cfr. il precedente capitolo quarto, nota 18. Häberle non pone la questione del contenuto della legislazione di attuazione e non vi cerca conseguentemente una risposta. Sarà la sociologia a doverla fornire.

prese decisioni politiche che non dovrebbero essere sottratte alla responsabilità politica, per essere rinviate nelle aule dei tribunali. Non si tratta di un processo di riconoscimento, che per principio è indipendente da chi lo attua, ma della definizione dei confini del sistema politico.

L'attuale interpretazione costituzionale considera i diritti fondamentali, in tutto o in parte<sup>12</sup>, come diritti soggettivi che, in linea di massima, evitano di essere creati da una decisione statale e, in quanto diritti preesistenti allo stato, necessitano certo di tutela ma non di attuazione. La legislazione ordinaria (che è considerata come potenziale nemica dei diritti fondamentali) può intervenire in quest'ambito solo in virtù di riserve espressamente formulate. Un intervento del genere è inteso come una sorta di violazione del diritto conforme al diritto. La loro protezione nei confronti degli interventi legislativi (e non, ad esempio, la programmazione vincolante delle decisioni di attuazione) esprime il primato della costituzione sulla legge ordinaria. Pertanto l'attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica che, all'occorrenza, ricorrono in giudizio e l'esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario.

Quanto più ci si addentra nel complicato intreccio di funzioni manifeste e latenti dei diritti fondamentali, tanto più diventa incerta la possibilità di affidarsi stabilmente a questi percorsi e alle loro limitate possibilità di attuazione. Di certo nessuno vorrà rinunciare alla forma concettuale del diritto sog-

<sup>12</sup> La separazione profonda tra diritti di libertà e garanzie istituzionali (che, necessitano, quindi, di attuazione) era notoriamente una delle tesi più pregnanti di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., pp. 170 sgg.; e ID., *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 140-171. Per il seguito, si veda, ad esempio, E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 12, 1955, pp. 8-36, ristampato in ID., *Rechtsstaat im Wandel*, cit., pp. 27-56; trad. it., *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, cit., pp. 29-70; inoltre, la critica non molto penetrante di G. ROELLECKE, *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg 1961, pp. 116 sgg.



gettivo e alla tutela giuridica azionabile individualmente che le è connessa. Ma la decisione sul contenuto legittimo di tali diritti e sull'applicabilità della sanzione statale richiede un orientamento più esteso. Tale orientamento può essere trovato nell'interpretazione dei diritti fondamentali come un'istituzione dell'ordine sociale, alla quale è attribuita una funzione rilevante.

Un'analisi funzionale non può certo offrire in generale alcuna decisione singolarmente corretta, ma punti di appoggio sufficienti per la valutazione delle soluzioni più adatte ai problemi. Se i problemi relativi ai singoli diritti fondamentali sono posti in modo chiaro, le corrispondenti disposizioni costituzionali possono essere intese ed eseguite come un compito dai contorni definiti. Allo stesso tempo si ottiene un criterio in base al quale, se mutano le condizioni, si evidenzia la necessità di una modificazione della legge o addirittura della costituzione, mentre la dogmatica dominante accetta malvolentieri il mutamento costituzionale e solo come un fatto storico, senza tentare di razionalizzarlo. Per questo occorrono criteri esterni alla costituzione.

L'orientamento alla funzione sociale dei diritti fondamentali dovrebbe rendere possibile una legislazione attuativa, politicamente responsabile e, allo stesso tempo, maggiormente consapevole dei problemi e dei fatti di quanto non sia la decisione giudiziale legata al caso singolo. In tal senso può occuparsi più ampiamente della soluzione dei problemi sociali che sottendono ai diritti fondamentali. Difficoltà tipiche della dottrina dominante, quale, ad esempio, la problematica costituzionale relativa alla funzionalità del denaro esaminata in precedenza<sup>13</sup>, possono essere superate solo in questo modo. L'ordinamento delle professioni potrebbe riconoscersi apertamente come legislazione attuativa dell'art. 12 della costituzione. Lo stesso vale per le innumerevoli leggi e regolamenti che stabiliscono in modo più dettagliato il contenuto ed i limiti della proprietà ai sensi dell'art. 14, I comma, II capoverso. Essi non meritano certamente

<sup>13</sup> Cfr. pp. 185 sgg.

l'ostilità che si prova verso la limitazione (purtroppo necessaria) di un diritto pieno. Si potrebbe, allora, meglio riconoscere in quanti luoghi, spesso molto nascosti, si attui, attraverso la legislazione ordinaria, il programma costituzionale relativo alla proprietà. Anche le leggi sulla stampa non servono affatto solo alla limitazione, quanto piuttosto alla stabilizzazione della libertà di stampa. Gli esempi di questo tipo non si contano. Tuttavia, qui è importante solo riconoscerne il principio. L'analisi sociologica potrebbe aiutare la dogmatica dei diritti fondamentali a liberarsi dall'idea d'ingerenza e di limite, a riconoscere meglio la complessità e l'eterogeneità dei problemi relativi a tali diritti e a trasferire una parte dell'onere di attuazione e di specificazione dall'amministrazione della giustizia alla legislazione. Questo è anche un modo per migliorare la certezza decisionale nell'attuazione dei diritti fondamentali.

La possibilità di risolvere le controversie giuridiche non è necessariamente ostacolata da un preorientamento sociologico della dogmatica. L'allargamento dell'orizzonte conoscitivo non deve necessariamente rendere precaria l'attività decisionale, se s'introduce una soglia consapevole per la trasformazione delle rappresentazioni e degli argomenti e si evita di attribuire validità giuridica a conoscenze sociologiche in quanto tali. Tuttavia si tratta solo di un dubbio. Un altro dubbio può essere se sia opportuno che strutture e funzioni latenti restino tali, per corrispondere meglio al loro significato; se la luce della consapevolezza, la loro utilizzazione in un contesto argomentativo esplicitamente giuridico non riduca o neutralizzi del tutto la loro efficacia. Si troveranno ancora attori disposti a promuovere la differenziazione della società, la civilizzazione delle aspettative e così via, accollandosi personalmente il rischio dei costi del processo? La giustiziabilità delle controversie relative ai diritti fondamentali servirebbe a poco, se l'interesse individuale fosse neutralizzato con tanta forza da annullare le motivazioni all'osservanza del diritto oppure se queste attivassero diritti fondamentali di uguale rilevanza con diversa efficacia.

Si raggiunge così il problema generale della funzione della latenza delle funzioni. Sebbene la sociologia abbia già affron-

tato spesso questo problema sia in singole ricerche sia anche in generale<sup>14</sup>, difficilmente si può affermare che sia andata molto oltre la sua semplice proposizione. Sembra, comunque, delinarsi un criterio decisivo che rende possibile una sua trattazione differenziata e le ricerche empiriche: ci si deve chiedere se la conoscenza della funzione faccia perdere attrattiva e motivazioni ad azioni funzionalmente importanti<sup>15</sup>. Si dovranno, quindi, distinguere due tipi di finzioni culturali, come fa James Woodard<sup>16</sup>: il primo tipo, quello delle divinità tribali, della monarchia oppure della superiorità della razza bianca, è distrutto con lo smascheramento. Il disvelamento porta ad un comportamento diverso. Di contro nessuno getterà via il proprio orologio, se gli si segnala il carattere fittizio della suddivisione del tempo.

A questo punto possiamo affermare con fiducia che le astrazioni della dogmatica giuridica appartengono al secondo gruppo. Anche una dogmatica dei diritti fondamentali, che si riallacci a ricerche sociologiche, si atterrà alla categoria del diritto soggettivo, che spetta ad ogni cittadino, e ciò vale per tutte le sfere dei diritti fondamentali. Il riconoscimento di un diritto sogget-

<sup>14</sup> Oltre ai saggi di Moore, Tumin e Schneider già citati alla nota 1, dedicati particolarmente a questo problema, cfr. anche, come formulazione generale, MERTON, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, cit., p. 51, oppure D. EMMET, *Function, Purpose and Power*, London 1958, pp. 106 sgg. (con l'ottimo esempio delle funzioni sociali dell'arte) e, come analisi di casi singoli, BLAU, *The Dynamics of Bureaucracy*, cit., pp. 8, 81, 112, oppure P. BRADLEY, *The Joking Relationship in Industry*, in «Human Relations», 10, 1957, pp. 179-187 (185).

<sup>15</sup> SCHNEIDER, *The Role of the Category of Ignorance in Sociological Theory: An Exploratory Statement*, cit., parla in questo senso della sensibile «attractiveness of intermediates». Si veda anche la formulazione di SCHELSKY, *Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen*, cit., p. 14, secondo cui le categorie del diritto dovrebbero essere costruite in modo da «poter diventare al contempo coscienza motivazionale dell'attore».

<sup>16</sup> *The Role of Fictions in Cultural Organizations*, Transactions of the New York Academy of Science, series I, vol. 6, New York 1944, pp. 311-344, p. 343. Qualche osservazione sull'argomento si trova anche in GEHLEN, *Urmensch und Spätkultur*, cit.; stimolata dalla sua distinzione fondamentale tra motivo e scopo dell'istituzione.

tivo non è connesso alla possibilità di difendere la propria individualità personale da parte del cittadino. Un tale diritto può essergli riconosciuto anche per tutelare i suoi ruoli di partecipante al processo della comunicazione sociale, all'economia o ai processi politici di formazione del potere. Le costruzioni concettuali relative al fondamento della pretesa servono solo alla rappresentazione dell'azione legale e della decisione. Il risultato di queste ultime è annoverato come conforme al motivo. Per la decisione del processo è determinante che non possa costituire la motivazione di un'ulteriore azione legale. Tra le idee guida relative alla costruzione dogmatica della pretesa ed i motivi pratici del comportamento esiste una sufficiente zona cuscinetto d'indifferenza reciproca, che impedisce ripercussioni troppo dirette. Ci si dovrebbe, dunque, e a ragione, aspettare tali effetti solo se la considerazione delle premesse dogmatiche conducesse nel caso singolo ad una diversa valutazione dei doveri dello stato e dei diritti del cittadino.

Il confronto tra premesse dogmatiche e problemi strutturali interpretati sociologicamente non deve, quindi, compromettere né la certezza della decisione né gli interessi dell'azione legale. Probabilmente la dogmatica potrà riconoscere e comprendere meglio il proprio senso e il senso delle decisioni sulle norme di diritto positivo che essa interpreta, se la conoscenza delle funzioni sociologiche la renda informata delle altre possibilità di soluzione dei problemi. Perché solo attraverso il confronto può afferrare il senso dell'ordinamento giuridico come decisione finalizzata alla soluzione di questo o quel problema. Qualcuno ritiene che questa riqualificazione è richiesta dai fatti, che abbiamo analizzato, cioè dalla differenziazione sociale. Ordini sociali differenziati necessitano di una maggiore e più ampia consapevolezza rispetto ad ordini sociali di vecchio stile con istituzioni consolidate dalla tradizione e un atteggiamento ostile nei confronti di tutto ciò che è estraneo. Questa consapevolezza elimina i punti di appoggio, nei quali si riponeva una fede assoluta. D'altra parte nell'ambito di sistemi stabili e di grandi dimensioni può essere garantita quella sicurezza della condotta di vita che rende possibile rinunciare a tali costanti ed esporre

pienamente il proprio punto di vista alla ponderazione delle alternative. L'adozione di fondamenti dell'esistenza assolutamente immutabili può venir meno, se si può fare affidamento su un sistema in cui tutto può essere diverso, ma non tutto contemporaneamente, niente in modo del tutto inaspettato e nulla senza compensazione.

Lo stile dell'esperienza e della decisione dei sistemi sociali differenziati sembra tendere gradatamente alla sostituzione di paraocchi fissi con altri mobili. Questi ultimi prestano lo stesso servizio, ma vengono orientati alla loro funzione specifica, che consiste nel proteggere determinate prospettive, senza per questo bloccare del tutto l'accesso ad altri modi di vedere che potrebbero aver senso in altri contesti d'idee e di azione. Anche questa è una caratteristica tipica dei sistemi differenziati già rilevata da Simmel<sup>17</sup>: mentre società semplici, con azioni o istituzioni isolate, devono accollarsi un alto numero di eccedenze, come contrasti troppo forti, reazioni troppo dure, responsabilità troppo grandi; al contrario la differenziazione permette di raggiungere, mediante un dosaggio funzionalmente specifico della prestazione, una minimizzazione del rischio, del carico reciproco, degli inconvenienti incresciosi. La ristrettezza dell'orizzonte di orientamento dell'uomo, in linea di principio, non può essere superata. Proprio per questo la razionalizzazione prende la strada della formazione di sistemi. Tuttavia si può vivere e agire nella consapevolezza della sostituibilità delle prospettive e della maggior parte delle referenze sistemiche possibili. Una tale libertà ultima verso altre possibilità non è concepibile con i presupposti della metafisica ontologica, che cercava la verità dell'esistente proprio nell'esclusione di altre possibilità. Ma cosa ci obbliga a mantenere questi presupposti nelle questioni filosofiche e a pensare la libertà solo come libertà di fare o addirittura come valore?

La dogmatica dominante interpreta i diritti fondamentali come valore. Cerca un ancoraggio assoluto per l'agire politico

<sup>17</sup> Cfr. G. SIMMEL, *Über soziale Differenzierung*, cit., pp. 25 sgg. e oltre.

in quei punti di vista, già da noi analizzati, su cui si fonda la correttezza della scelta di determinate azioni. È indiscutibile che i diritti fondamentali debbano guidare la selezione dell'agire giusto, debbano cioè fungere da valori. La questione è, però, se questa caratterizzazione non resti comunque troppo superficiale, quand'anche essi siano rappresentati come valori superiori o ultimi, nel senso dell'impossibilità di effettuare ulteriori deduzioni<sup>18</sup>. Tramite i valori si può argomentare facilmente e a buon mercato; questo dovrebbe già essere un monito sufficiente.

L'idea di valore si mostra superficiale, in primo luogo perché tenta di restringere il valore ai concetti relativi all'azione, alla buona o cattiva volontà ed alla sanzione, di ridurre la situazione umana ai temi suscettibili di motivazione ed è, quindi, molto poco strutturata. La teoria del valore sopravvaluta la libertà di agire. Desta l'impressione, che si tratti solo di *voler* riconoscere e seguire certi postulati di valore oppure di rifiutarli per cattiva volontà, ovvero di aspirare a valori diversi. Perciò i sostenitori dei valori sono destinati ad ingegnarsi con precetti e sanzioni. L'amministrazione statale che, di tanto in tanto, lede i diritti fondamentali, appare malvagia ed animata da cattivi propositi. Di contro attraverso il riferimento della dogmatica dei diritti fondamentali ad una teoria sociologica, che prenda in considerazione contesti materiali molto complessi e non direttamente suscettibili di motivazione, è possibile spiegare il nostro coinvolgimento in determinate costellazioni di problemi, che lasciano apparire come sensato solo un limitato margine di azione. La teoria sociologica rende possibile un'analisi di questo margine e dei suoi problemi di riferimento: limiti, alternative e strategie possibili. Inoltre chiarisce che, se vogliamo il nostro sistema, non possiamo più scegliere a piacere i valori e che l'allentamento dell'istituzione dei diritti fondamentali mette in gioco conseguenze di portata molto più ampia e non soltanto sanzioni per i colpevoli.

<sup>18</sup> A questo proposito cfr. la valutazione della metafisica dei valori nello studio su Nietzsche di M. HEIDEGGER, *Holzwege*, Frankfurt 1950, pp. 193 sgg.; trad. it., *Sentieri interrotti*, Firenze 1968.

Il concetto di valore indica un punto di vista preferenziale per determinate conseguenze dell'azione e, dunque, per determinate azioni. Come tale è istituzionalizzato nella forma del dover essere. Ciò significa che un valore è considerato giusto, anche se le conseguenze positive dell'azione di fatto non si producono (se l'agire delude) oppure se è preferito un altro agire per altre conseguenze (se l'attore delude). I valori sono, cioè, aspettative stabilizzate in modo controfattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche, per le quali vale lo stesso modo di essere.

Tuttavia una siffatta somiglianza non può distogliere da una differenza importante e di ampia portata. Le norme giuridiche implicano un'alternativa chiara tra legalità e illegalità<sup>19</sup>. Nell'universo dei valori, al contrario, non può essere introdotta una tale struttura di alternativa: sarebbe in contraddizione con la naturale situazione decisionale e con il suo ordine di valori. Una regola di preferenza è sempre anche, per forza di cose, una regola di rinuncia. Chi si orienta ad un valore, trascura gli altri. Ogni dovere esonera al contempo dalla responsabilità. Se una tale rinuncia non fosse necessaria, non ci sarebbe bisogno neanche di un orientamento al valore; l'agire giusto si comprenderebbe da sé. Una rinuncia, però, può essere doverosa, solo se il valore trascurato è comunque realizzato in una certa misura ed è trascurato, per così dire, solo momentaneamente<sup>20</sup>. Se, per timore dei problemi che comporta un processo, rinunciò ad un determinato diritto, ciò non vuol dire che per me il quieto vivere valga più del diritto. Non si arriva mai al punto di dover scegliere in *abstracto*, una volta per tutte, tra il quieto vivere e un diritto.

<sup>19</sup> Lo stesso valeva, del resto, per l'etica tradizionale, finché la si è creduta dotata di verità. Perciò non è stato necessario separare diritto ed etica fino all'età moderna. Come campo della conoscenza l'etica sottostava alla logica ontologica a due valori. I fini, cui l'agire doveva tendere, erano ritenuti veri o non-veri e per questo (!) allo stesso tempo giusti o non-giusti. Ci si deve, quindi, guardare dal confondere la distinzione tra valore e norma giuridica con quella tra diritto e morale.

<sup>20</sup> A questo proposito, cfr. BRAYBROOKE, LINDBLOM, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process*, cit., pp. 21 sgg.

Di conseguenza l'attrattiva di certi valori dev'essere intesa sempre come relativa al livello di soddisfazione dei valori che entrano in collisione. Ciò vale in modo affatto evidente per tutti i beni materiali. Non ci si può interessare esclusivamente di cibo o di vestiti. La stessa relazione di dipendenza deve, però, essere constatata anche per i valori immateriali. Ambire alla libertà ha senso solo se è assicurata, in certa misura, la pace. Non si può, cioè, rivendicare illimitatamente la libertà a spese della pace; oppure la verità a spese della virtù e viceversa. Queste interdipendenze nascono dall'impossibilità di soddisfare tutti i valori al massimo livello contemporaneamente, in altre parole sono conaturate alla condizione umana. È questo in fondo il problema (anche se espresso in altri termini), al quale si riferisce la determinazione della giustizia come proporzione – un tale richiamo evidenzia come la moderna interpretazione della giustizia come valore non colga la grandezza del pensiero aristotelico.

Perciò una gerarchia di valori può essere praticata sempre e solo relativamente ad una situazione. Solo i valori, ma non i loro rapporti gerarchici, possono essere formulati in modo astratto e l'astrazione dei primi senza quella dei secondi è praticamente inutile. Nelle relazioni vitali molto semplici, dove i bisogni fondamentali come il sostentamento, il ricovero o i contatti sociali pacifici minacciano di restare insoddisfatti, si può utilizzare una tale generalizzazione in modo pratico e istruttivo. Quanto maggiore è la soddisfazione dei valori elementari più ovvi, tanto più varia e si amplia la scala dei valori raggiungibili e devono essere istituzionalizzati i rapporti gerarchici tra i valori in riferimento alla situazione specifica. Dobbiamo promuovere il benessere sociale a spese della libertà, la libertà a spese del sapere, il sapere a spese del benessere sociale, la famiglia a spese della professione e la professione a spese della famiglia, l'individuo a spese della comunità e la comunità a spese dell'individuo, in tempi sempre più rapidi e con dosaggi sempre minori. Di conseguenza la realizzazione dei valori deve diventare sempre più opportunistica. Il criterio aristotelico del giusto mezzo si è, per così dire, messo in movimento. Sembra profilarsi, pertanto, una nuova determinazione del rapporto tra essere

e tempo. La moderazione non può essere attuata nella forma dell'«applicazione» di un ideale astratto, di un principio rigido, ma solo a condizione di sfruttare le differenze temporali rispetto ad un'accorta variazione delle preferenze.

La dogmatica dei diritti fondamentali, mediante la formula della ponderazione degli interessi e lo schema regola/eccezione, senza sapere perché, lascia le porte aperte a quest'opportunismo dell'approssimazione al valore. Tuttavia non può comprenderne il senso, se si limita a richiamarsi ai valori e non si chiede cosa dobbiamo mettere al posto del criterio della giustizia.

Il concetto di valore presuppone certo, ma senza dichiararlo, la costituzione di uno spazio e di un tempo dell'azione con possibilità di confronto. Considera ovvia l'esplorazione dell'universo dell'agire da parte della scienza. La strutturazione di un ambito delle azioni possibili, mediante possibilità e problemi aperti, è il fenomeno primario<sup>21</sup>. Solo in tal modo l'orientamento ai valori diventa possibile e necessario. Conseguo il senso dalla sua funzione di orientamento dell'azione<sup>22</sup>, dal momento che il semplice confronto con altre possibilità non è sufficiente come spiegazione e giustificazione di una decisione. A tale riguardo la preoccupazione di ridurre mediante l'orientamento ai valori il gran numero delle possibilità di azione è senz'altro comprensibile. Ma la necessità di una funzione del valore non obbliga affatto a ricercare l'affermazione ultima sul senso dell'umanità proprio nella forma della rappresentazione dell'esistenza attraverso i valori. Né la scienza, né la filosofia del nostro tempo c'incoraggiano ad una tesi di questo genere.

<sup>21</sup> Si veda la distinzione tra possibilità aperte e problematiche nell'ambito dell'analisi fenomenologica del *Lebenswelt* in EDMUND HUSSERL, *Erfahrung und Urteil*, Hamburg 1948, pp. 105 sgg.; trad. it., *Esperienza e giudizio: ricerche sulla genealogia della logica*, Milano 1995; e anche in A. SCHUTZ, *Choosing Among Projects of Action*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 12, 1951, ristampato in Id., *Collected Papers*, I vol., Den Haag 1962, pp. 67-96, pp. 79 sgg.; trad. it., *Scegliere tra progetti di azione*, in Id., *Saggi sociologici*, Torino 1979, pp. 67-96.

<sup>22</sup> Per approfondimenti di questo tema, cfr. LUHMANN, *Wahrheit und Ideologie*, cit.

Ciò che si cerca di ottenere con il concetto di valore è la chiusura dell'orizzonte infinitamente aperto delle possibilità di azione, insomma la costruzione d'insieme del mondo. Una siffatta costruzione è però possibile solo attraverso il sistema. L'assoluto fondante, postulato nel concetto di valore, sta nella capacità funzionale del sistema. Tale fondamento è tanto più stabile, quanto più si pensa ad un sistema ampio e lo si attualizza nell'agire. Tale ampliamento richiede differenziazione. Quanto più ampiamente i sistemi vogliono ordinare l'esperire e l'agire umano, tanto più devono essere differenziati, tanto più efficace e varia dev'essere la loro capacità di generalizzare le comunicazioni, tanto più artificiali i fondamenti del comportamento che devono ricercare. Le condizioni della differenziabilità, nel cui ambito abbiamo discusso dei diritti fondamentali, prendono il posto che la filosofia del valore aveva tentato invano di occupare. Nelle strategie dell'autorappresentazione individuale, nell'attenzione discreta e rispettosa per la civilizzazione delle aspettative, nella fiducia per il fittizio valore satisfattivo del denaro, nella pacata indifferenza di fronte all'abbondanza delle decisioni statali e nella sensibilità per tutte queste prese di posizione nei confronti dei disturbi critici, che mettono in discussione la capacità funzionale dei sistemi, si annuncia al mondo un atteggiamento umano di tipo nuovo, la cui interpretazione pone la filosofia davanti a nuovi compiti.