

L'(auto)sovversione del diritto. Nota a margine di una recente pubblicazione di Gunther Teubner e Riccardo Prandini

The Self-Subversion of Law. A Note on a Recent Book by Gunther Teubner and Riccardo Prandini

OLIMPIA G. LODDO¹

Sommario

La pubblicazione del libro *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società* di Gunther Teubner e Riccardo Prandini fornisce un'importante opportunità di riflessione sull'(auto)sovversione del diritto. Da tale riflessione emergono cinque fondamentali prospettive di analisi: (i) l'(auto)sovversione come espressione del "sistema immunitario" nella teoria dei sistemi sociali; (ii) la dimensione istituzionale degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali; (iii) il contrasto tra plusvalore monetario e plusvalori non-monetari; (iv) il costituzionalismo societario quale possibile cornice teorica per chiarire il fenomeno dell'(auto)sovversione; (v) il ruolo della dialettica tra diritto e giustizia nell'(auto)sovversione del diritto. Questa nota critica fornisce una panoramica delle tematiche e delle complessità che caratterizzano il concetto di (auto)sovversione, enfatizzando la distinzione tra (auto)sovversione endogena e (auto)sovversione esogena. La prima, l'(auto)sovversione endogena, si riferisce alle dinamiche interne al sistema giuridico che minacciano la sua coerenza o la sua capacità di raggiungere gli obiettivi. La seconda, l'(auto)sovversione esogena si riferisce a fattori esterni al sistema giuridico che contrastano, trasformano o sfidano le istituzioni giuridiche.

Parole chiave: (Auto)sovversione del diritto, sistema immunitario sociale, effetto orizzontale dei diritti fondamentali, costituzionalismo societario, dialettica tra diritto e giustizia, Gunther Teubner.

Abstract

The publication of the book *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società* [The (Self)Subversion of Law: Ambiguities and Paradoxes of Society's Immune System] by Gunther

¹ Olimpia Giuliana Loddo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Cagliari, olimpia.loddo@unica.it.

Teubner and Riccardo Prandini offers an important opportunity for reflection. From this reflection, five main research perspectives on (self) subversion emerge: (i) (self)subversion as an expression of the ‘immune system’ in the theory of social systems. (ii) The institutional dimension of the horizontal effects of fundamental rights. (iii) The importance of non-monetary surplus value. (iv) Societal constitutionalism as a possible theoretical framework for explaining the phenomenon of (self)subversion. (v). The role of the dialectic between law and justice in the (self)subversion of law. This critical note provides an overview of the issues and complexities that characterize the concept of (self)subversion, emphasizing the distinction between endogenous (self)subversion and exogenous (self)subversion. The first, endogenous (self)subversion, refers to internal dynamics within the legal system that threaten its coherence or its ability to achieve its objectives. The second, exogenous (self)subversion, refers to factors external to the legal system that oppose, transform, or challenge legal institutions.

Keywords: (Self)subversion of law, social immune system, horizontal effect of fundamental rights, societal constitutionalism, dialectic between law and justice, Gunther Teubner.

1. Introduzione²

Il tema dell’(auto)sovversione del diritto emerge nel quadro di una società policontesturale, caratterizzata da complesse interazioni tra diverse istituzioni, contraddistinte da finalità e (plus)valori spesso contrastanti. In questa immagine della società i confini del diritto appaiono sfumati e incerti. Da un lato il diritto permea le diverse istituzioni sociali, dall’altro esso è attraversato dalle loro istanze che spesso risultano in conflitto tra loro. Il diritto si trova di fronte a una società dove, scrive Prandini, “il conflitto-collisione tra: 1) le diverse razionalità dei sottosistemi; 2) i sottosistemi sociali e la società; 3) i sottosistemi sociali e i loro ambienti umani e non umani, è endemico.” (Prandini 2022b, p. 243) Il diritto non risolve, ma incorpora la policontesturalità sociale. Come sottolinea Teubner (1999, p. 38), “all’interno del diritto formalizzato la frammentazione della società viene riprodotta di nuovo quale frammentazione del diritto, sebbene sfumata dall’ottica specifica giuridica.”

2 Desidero ringraziare il prof. Gunther Teubner, il prof. Antonio Incampo e il prof. Giuseppe Lorini per aver letto le precedenti versioni della presente nota e per i loro preziosi suggerimenti. Qualsiasi difetto o mancanza presenti in questo articolo è interamente da attribuire alla mia responsabilità; la loro generosa partecipazione ha certamente contribuito a migliorarlo.

Il diritto mostra, allora, una dimensione paradossale³, si ribella a sé stesso, diventando strumento di autodistruzione e, al contempo, di trasformazione e di adattamento.

Il libro *L'(auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, di Riccardo Prandini e Gunther Teubner, offre importanti strumenti teoretici e illuminanti esemplificazioni, che danno conto di tali dinamiche giuridiche e sociali senza banalizzarne l'estrema complessità. Il volume è una raccolta di saggi che si divide in due parti.

La prima parte, composta da otto saggi di Gunther Teubner, si intitola "L'auto-sovversione del diritto". Teubner esplora il tema dell'(auto)sovversione del diritto soffermandosi, nel primo saggio, sulla fondamentale nozione di "giustizia auto-soversiva", per giungere alla domanda se tale giustizia rappresenti una formula di contingenza o di trascendenza del diritto. Nel secondo saggio, redatto a quattro mani da Teubner e Hensel, si analizza, invece, l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali e la loro rilevanza nei rapporti tra diverse istituzioni, con particolare riguardo al rapporto tra istituzioni economiche e istituzioni scientifiche e sanitarie in base all'esempio del *publication bias*. Si prendono poi in esame i codici corporativi nelle varie forme del capitalismo, osservando, soprattutto, l'influenza che la loro applicazione riceve dalle diverse modalità di produzione, fino a giungere alle costituzioni transnazionali senza democrazia, costituzioni presentate da Teubner in nove variazioni ispirate al costituzionalismo societario a partire dall'opera del sociologo italo-americano David Sciulli. I saggi della prima parte si concludono con una riflessione sul concetto di plusvalore non-monetario e sull'impossibilità dell'auto-riflessione del diritto nel quadro del celebre racconto *Davanti alla legge* di Franz Kafka, immaginando che davanti alla porta, ad attendere giustizia, vi sia non un umile uomo qualunque, ma un giudice o il diritto stesso.

I saggi presentati nella prima parte del libro sono una selezione accurata di lavori già pubblicati in tedesco o in inglese in prestigiose sedi internazionali. La loro pubblicazione in un volume in lingua italiana rende accessibile al lettore italofono uno strumento utilissimo ed estremamente versatile per accostarsi all'opera di Teubner. Si tratta, infatti, di saggi che rappresentano un vero e proprio distillato del pensiero del noto sociologo e giurista tedesco⁴.

La seconda parte, composta da cinque saggi, e intitolata *L'auto-sovversione del sistema come compimento della sua autonomia*, è ad opera del sociologo

3 Sul tema dei paradossi nel diritto si veda anche Teubner (2006). I paradossi, a differenza dei conflitti tra norme, portano all'indecidibilità e conseguentemente alla crisi del sistema. La loro peculiarità consta nel non poter essere risolti attraverso criteri o procedure standard. I paradossi rappresentano al contempo una sfida e un'opportunità di innovazione. Essi non sono, quindi, riducibili, a errori logici da eliminare, ma possono essere intesi come motori dello sviluppo giuridico.

4 Si vedano, ad esempio, Teubner (1989; 2012).

Riccardo Prandini. Per delineare la struttura di questa parte del volume, Prandini adopera il lessico cinematografico, veste i panni del regista, prende per mano il lettore-spettatore, lo guida attraverso un percorso complesso e strutturato come un film (trailer, primo tempo, secondo tempo, coda), volto ad esporre in modo sistematico il concetto di auto-sovrersione del sistema come compimento della sua autonomia. Infine, conclude con una sezione intitolata *Stingers*, sempre in linea col lessico cinematografico, in cui presenta potenziali sviluppi (*spin off?*) della ricerca sull'(auto)sovrersione.

Nel loro complesso, i saggi presenti nel libro mettono in evidenza l'ambiguità e i paradossi che caratterizzano il sistema immunitario della società e il fenomeno dell'auto-sovrersione.

Questa nota critica intende fornire una panoramica sull'(auto)sovrersione del diritto facendo emergere cinque prospettive di analisi di tale concetto: (i) l'(auto)sovrersione come espressione del "sistema immunitario" nella teoria dei sistemi sociali; (ii) la dimensione istituzionale dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali; (iii) il contrasto tra plusvalore monetario e plusvalori non-monetari; (iv) il costituzionalismo societario quale possibile cornice teorica per chiarire il fenomeno dell'(auto)sovrersione; (v) il ruolo della dialettica tra diritto e giustizia nell'(auto)sovrersione del diritto.

2. Il sistema immunitario sociale nel quadro della teoria dei sistemi sociali

Nella teoria dei sistemi sociali il termine 'sistema immunitario' si riferisce metaforicamente alla capacità del sistema di reagire ad eventi o processi sociali che entrano in contraddizione con esso. Le contraddizioni non sono però necessariamente un elemento patologico del sistema. Nelle parole di Luhmann: "il sistema *non* si immunizza *contro* il 'no' bensì *con l'aiuto del 'no'*" (Luhmann 1984, trad. it. p. 576).

L'emergere di contraddizioni nell'ambito di un sistema, infatti, può rappresentare un segnale d'allarme dal quale può scaturire un'autoriflessione che innesca un processo di adattamento. Il tema dell'(auto)sovrersione gioca un ruolo fondamentale sotto questo profilo, poiché attraverso l'(auto)sovrersione il sistema riconosce le sue contraddizioni interne o le sfide esterne e le gestisce in modo attivo. Un aspetto dell'analisi di Teubner e Prandini, che merita particolare attenzione è, quindi, il tema dell'"immunologia sociale", un concetto che viene esplorato alla luce della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann. Proprio Luhmann, infatti, evidenziava come le contraddizioni interne ai sistemi sociali assumano un ruolo fondamentale per la sopravvivenza del sistema.

Le contraddizioni – scrive Luhmann – sono segnali d'allarme in circolazione entro il sistema, suscettibili di essere attivati ovunque a condizioni precise. Se si vuole attribuire ad esse un ruolo ben definito, si può dire che le contraddizioni fungono da sistema immunitario entro il sistema. (Luhmann 1984, trad. it. p. 576)

Le modalità di gestione delle contraddizioni interne possono divenire parte integrante del sistema, e assumere un assetto istituzionale. A questo proposito, Luhmann introduce il concetto di “istituzione immunitaria sociale” (Luhmann 1984, trad. it. p. 575).

Il diritto svolge un ruolo chiave nel trasformare le contraddizioni interne della società in conflitti regolati da procedure. Il sistema giuridico funge da sistema immunitario della società e, sottolinea Luhmann:

Questo nesso fra diritto e sistema immunitario emerge più distintamente se si tiene conto del fatto che il diritto si forma come anticipazione di possibili conflitti (Luhmann 1984, trad. it. p. 579).

Nell'ambito di questo processo, secondo Luhmann, il diritto svolge una funzione di protezione e di tutela della stabilità sociale.

Teubner e Prandini (2022) cercano di dare una lettura unitaria e policontesturale dell'immunologia sociale, introducendo elementi innovativi che vanno oltre la teoria di Luhmann. Sono particolarmente rilevanti, in questo senso, l'analisi del ruolo delle reti transnazionali e delle interrelazioni tra i diversi livelli di governance nel contesto della globalizzazione. Il diritto è solo uno dei sottosistemi funzionali (che opera accanto a politica, scienza, economia, arte, formazione, religione); ciascuno dei sottosistemi funzionali è caratterizzato da un proprio “plusvalore” normativo, verso il quale è orientato (Teubner, Hensel 2014; Teubner 2021).

3. Effetto orizzontale dei diritti fondamentali: dimensione istituzionale

Una prospettiva fondamentale per comprendere il concetto di “(auto)sovversione” in Teubner è offerta dalla sua rielaborazione della distinzione tra effetti verticali ed effetti orizzontali dei diritti fondamentali. Come è noto, gli effetti verticali riguardano l'ingerenza statale nella sfera individuale, gli effetti orizzontali, invece, concernono i conflitti derivanti dal fatto che due o più soggetti privati possono essere titolari di diritti fondamentali tra loro contrastanti. Come scrive Alexy (1994, trad. it. pp. 559-560; cfr. Alexy 2010) “la relazione Stato/cittadino è una relazione tra il titolare di un diritto fondamentale e il non titolare di un diritto fondamentale. La relazione

cittadino/cittadino, al contrario è una relazione tra titolari di diritti fondamentali”. Un esempio di tale relazione è quella sussistente tra la libertà di espressione di un soggetto e il diritto alla privacy di un altro. Lo sviluppo di soggetti istituzionali privati, sempre più influenti e capaci di condizionare l’esercizio dei diritti da parte dei cittadini, ha contribuito all’emersione dell’esigenza di immaginare di poter far valere dei diritti fondamentali nei confronti di soggetti istituzionali privati (Sunstein 2007).

Teubner sviluppa ulteriormente questo approccio immaginando che i conflitti orizzontali tra diritti, possano riguardare non solo le dinamiche individuali o la relazione tra individuo e istituzioni private, ma anche le relazioni inter-istituzionali. Possono, quindi, emergere dei conflitti che coinvolgono non solo le relazioni intersoggettive, tipiche del diritto privato, ma anche quelle tra istituzioni che costituiscono dei sottosistemi sociali. È cruciale, in questo frangente, trovare un equilibrio tra i diritti fondamentali di tutte le parti coinvolte al fine di gestire efficacemente i conflitti e i fenomeni di (auto)sovversione all’interno dei sistemi sociali. Il fenomeno dell’(auto)sovversione può, quindi, nascere da conflitti scaturiti dal concreto esercizio di diritti che sono espressione di sottosistemi sociali diversi. Tali sottosistemi interagiscono gli uni con gli altri, pur perseguendo, in ultima analisi, obiettivi diversi, e in taluni casi contrastanti.

In questo contesto, i diritti fondamentali contribuiscono a definire la natura dei diversi sottosistemi. Ad esempio, le azioni compiute nell’ambito della comunità scientifica sono ispirate al principio della libertà di ricerca, quelle che operano nel sistema economico alla libertà economica. Nella cornice definita da questi diritti, i sottosistemi operano in modo indipendente e partecipano in modo diverso alla società. Tuttavia, essi possono trovarsi ad interagire tra loro.

Il legame tra il fenomeno dell’(auto)sovversione e l’effetto orizzontale dei diritti fondamentali è evidenziato dal fatto che l’(auto)sovversione può derivare da conflitti tra *(plus)valori* collegati a sistemi diversi che interagiscono tra loro, spesso con obiettivi distinti. Le dinamiche tra sottosistemi possono generare conflitti, poiché il perseguimento di uno scopo può entrare in conflitto con gli obiettivi di un altro sottosistema. Talora, ad entrare in conflitto sono propriamente i diritti che ispirano i diversi sottosistemi sociali.

L’analisi di Teubner sull’effetto orizzontale dei diritti fondamentali, si discosta, quindi, dalle forme di tutela di tali diritti sul piano meramente individuale, per osservare, soprattutto, quelle istituzionali. I diritti fondamentali, infatti, se, da un lato, influenzano le relazioni fra gli individui, dall’altro, hanno l’effetto di modellare, grazie al peso di tali relazioni, l’interpretazione e l’applicazione del diritto. Nella sfera interistituzionale possono, quindi, emergere possibili conflitti tra diritti. L’ordinamento statale, dal canto suo, non è in grado di affrontare da solo tali conflitti nel rispetto dei principi di non discriminazione e di equilibrio tra interessi.

4. Plusvalore non-monetario e (auto)sovversione

La teoria interistituzionale dei diritti fondamentali evidenzia come questi diritti non siano limitati né alla sfera statale, né a quella individuale, ma contribuiscano a definire le interazioni tra i diversi sottosistemi sociali.

Abbiamo visto (§ 2.) che per comprendere la teoria dell'(auto)sovversione è fondamentale riconoscere che in un sistema sociale possono coesistere più sottosistemi. Ciascun sottosistema, nel perseguire i propri obiettivi, può entrare in contrasto con altri sottosistemi determinando l'emergere di conflitti.

Il sottosistema economico persegue un "plusvalore" monetario consistente nella massimizzazione del profitto. Accanto al plusvalore monetario esistono dei plusvalori non-monetari che caratterizzano i diversi sistemi sociali.

Secondo Teubner, infatti, il termine "plusvalore", preso a prestito dalla dottrina marxista, può essere inteso anche in senso non monetario, e applicato ai diversi sistemi sociali (non solo quello economico). Scrive, infatti, Teubner:

[N]on solo l'economia, ma anche altri sistemi funzionali [*Funktionssystem*], spingono le loro operazioni a generare un plusvalore specifico – esplicitamente non monetario – ben oltre la loro immediata produzione di significato [*unmittelbar Sinnproduktion*]. (Teubner 2021, trad. it. p. 110)

Ad esempio, in politica, il plusvalore non monetario implica che ogni decisione debba generare un surplus di potere politico per il futuro. Nella scienza, il successo delle ricerche mira principalmente a massimizzare la reputazione, anche se ufficialmente si concentra sulla produzione di conoscenza. Nella formazione, oltre a fornire competenze specifiche, il plusvalore viene definito attraverso il successo nei test e nelle selezioni finalizzate all'attribuzione di qualifiche. Il diritto opera al fine di "promuovere istituzionalmente una riflessione [...] sui diversi plusvalori – sia sulla loro produzione sia sulla distribuzione – includendo il plusvalore normativo del diritto stesso" (Teubner 2021, trad. it. p. 132).

L'esercizio di diritti fondamentali come la libertà di ricerca scientifica e il diritto alla salute, nell'ambito di specifici sottosistemi sociali, può entrare in conflitto con le logiche del plusvalore monetario, che caratterizza il sistema economico. Questo conflitto emerge chiaramente nel caso del *publication bias*. Per *'publication bias'* si intende una distorsione che si verifica quando la pubblicazione di risultati di studi scientifici è influenzata dalla natura o dalla direzione dei risultati stessi, per cui, ad esempio, gli studi con risultati positivi o significativi ai fini della produzione di un farmaco hanno maggiori probabilità di essere pubblicati di quelli che ne contestano l'efficacia.

In particolare, Teubner e Hensel fanno riferimento ad alcuni episodi che hanno coinvolto l'industria farmaceutica, nell'ambito dei quali le conoscen-

ze scientifiche su effetti collaterali o inefficacia di determinati farmaci non sono stati resi pubblici o sono stati resi pubblici tardivamente.

Scrivono Teubner e Hansel (2014, trad. it. p. 38):

Le manipolazioni sono molteplici e spaziano da pubblicazioni selettive a clausole di censura nei contratti di ricerca, all'impiego di *ghost writers*, all'impedire gli studi attraverso pressioni sui ricercatori [...] fino al licenziamento dei ricercatori da parte di istituzioni di ricerca finanziariamente dipendenti.

Il caso dei *publication bias* può, quindi, essere letto alla luce di un conflitto tra libertà di ricerca e libertà economica.

Emerge la necessità di bilanciare questi conflitti per preservare l'armonia tra i sottosistemi e garantire che siano in grado di coesistere all'interno della società.

In questa cornice teorica, diventa cruciale bilanciare i diritti fondamentali tenendo conto della loro cornice istituzionale, preservando l'autonomia dei sottosistemi, impedendo che le dinamiche interistituzionali compromettano il corretto funzionamento e l'interazione tra i diversi ambiti sociali.

Il sistema giuridico accoglie strumenti elaborati specificamente dai sottosistemi sociali (come l'elaborazione del *trial-registration*)⁵. Scrive a questo proposito Prandini:

Quando Teubner presenta il *trial-registration* come contro-istituzione sociale adatta a proceduralizzare la norma di collisione tra sottosistemi, sta proprio mostrando l'attivazione del sistema immunitario della società. Il *trial-registration*, come procedura obbligatoria di pubblicazione, va a rafforzare le difese immunitarie sociali laddove è stato segnalato il pericolo di assoggettamento di un sottosistema (scientifico) da parte di un altro (economico). (Prandini 2022b, p. 246)

Il *trial* di registrazione agisce come una sorta di dispositivo di protezione dei diritti fondamentali all'interno delle complesse dinamiche tra sottosistemi. I conflitti tra diritti fondamentali e logiche del plusvalore non mo-

5 Scrivono, in questo senso Teubner e Hansel (2014, trad. it. p. 51): “[P]er le manipolazioni del *publication bias*, i discorsi riflessivi di scienza e sanità hanno sviluppato un'alternativa collettivo-istituzionale di cui si propone una specifica forma giuridica [...]: la *trial-registration* come effetto orizzontale della libertà scientifica e del diritto alla salute, operato da organizzazioni e procedure [...]. Si organizzano obbligatoriamente registri di studi e di risultati ad accesso pubblico che comprendono gli studi dall'inizio delle ricerche e in maniera integrale, per permettere trasparenza e controllo dell'intero processo [...]. Questa tutela dei diritti fondamentali diventa efficace solo attraverso la cooperazione delle riviste specializzate che pongono come condizione per la pubblicazione l'iscrizione di tutti gli studi completati in questo registro. I risultati sulla sperimentazione di farmaci che devono essere immessi sul mercato, possono essere pubblicati solo se gli studi su cui si basano sono stati prima iscritti nel registro delle sperimentazioni cliniche inclusi tutti i risultati – positivi e negativi”.

netario, quindi, non sono risolti, ma sono accolti dal diritto, e stimolano la creazione di nuovi strumenti di regolazione che contribuiscono a garantire la coesistenza e la stabilità dei sottosistemi, anche quando le loro aspettative e obiettivi possono entrare in conflitto.

5. Il costituzionalismo societario

Un'altra fondamentale chiave di lettura per comprendere il fenomeno dell'(auto)sovversione del diritto è il concetto di "costituzione" così come inteso nella cornice del costituzionalismo societario teorizzato dal sociologo italo-americano David Sciulli (1988, 1992). I sostenitori del costituzionalismo societario presentano una concezione più ampia e complessa della costituzione, sintetizzabile nel motto "*ubi societas ibi constitutio*".

Il concetto di "costituzione", nella visione del costituzionalismo societario, non può essere circoscritto alla dimensione statale. Il termine 'costituzione' si riferisce all'insieme di regole, principi e valori che contribuiscono a definire le diverse istituzioni sociali. Non si tratta, quindi, necessariamente di norme formalizzate in documenti analoghi alle costituzioni degli stati.

La costituzione non è, in quest'ottica, baluardo esclusivo del diritto statale; essa è da intendersi, piuttosto, come una struttura portante di ogni sistema sociale. Non si tratta, tuttavia, di una struttura rigida, ma di una struttura dinamica e soggetta a mutamento. Nelle parole di Teubner "la costituzione è [...] un processo vivo che consiste nell'autoidentificazione di un sistema sociale con l'aiuto del diritto" (Teubner 2012, trad. it. p. 66).

Le istituzioni sociali sono dotate di una capacità (auto)costituzionale che deriva dalla loro differenziazione funzionale e dal fatto che esse sono espressioni di diverse razionalità.

Per questo, il pluralismo societario si riflette in un pluralismo costituzionale, dove, tuttavia, ogni società, e quindi ogni costituzione, ha aspirazioni proprie che possono sfociare in contraddizioni e conflitti tra i diversi sistemi. Così, la costituzione che emerge nel sistema economico è diversa e talora in contrasto con quelle che danno vita ad altri sistemi sociali come le comunità scientifiche, le organizzazioni internazionali, le comunità religiose, le organizzazioni sovranazionali.

Teubner utilizza il concetto di costituzionalismo societario per analizzare e comprendere le dinamiche del pluralismo. La sua analisi è radicata su un robusto fondamento meta-teorico caratterizzato da una articolata classificazione delle diverse forme di pluralismo. In questa prospettiva i sistemi sociali stabiliscono e applicano le proprie costituzioni, con i loro differenti valori, principi e obiettivi. Nulla esclude che tali costituzioni possano entrare in tensione e competizione tra loro, facendo emergere i conflitti intrinseci a ogni pluralismo.

Il fenomeno dell’(auto)sovversione può essere quindi inteso come emergente dai conflitti tra costituzioni.

Come sottolinea Prandini:

Con il saggio dedicato a David Sciulli, Teubner chiarisce in modo definitivo lo *status quaestionis* del costituzionalismo societario, sottolineando massimamente la funzione autoimmunitaria del sistema. (Prandini 2022, p. 263)

Il costituzionalismo societario evidenzia che i principi costituzionali possono trascendere la dimensione statale sotto almeno due profili. In primo luogo, tali principi incidono sulla natura dei sottosistemi sociali (economia, sanità, ricerca, etc.), poiché contribuiscono a delinearne le caratteristiche. In secondo luogo, poiché seguono la dimensione transnazionale dei sottosistemi, non sono geograficamente riducibili ai confini politici degli stati, proprio perché tali sottosistemi sociali operano al di là di tali confini. In questo senso, il concetto di costituzione può consentire di comprendere ogni sottosistema sociale funzionalmente differenziato a livello globale.

L’(auto)sovversione vista dalla prospettiva del costituzionalismo societario indica il modo in cui i processi costituzionali svolgono un ruolo critico nel destrutturare il sistema sociale. Tramite tali processi anche il sistema giuridico sviluppa capacità intrinseche di autocritica e auto-adattamento, permettendo la trasformazione e la rimessa in discussione delle proprie strutture per garantire la propria resilienza e autopoiesi nel lungo periodo.

L’(auto)sovversione non rappresenta un mero deterioramento del sistema costituzionale, ma piuttosto una dinamica adattiva che permette al sistema stesso di riconsiderare, ristrutturare e migliorare le proprie caratteristiche al fine di garantire una maggiore capacità di risposta alle sfide esterne e interne, contribuendo così alla sua sopravvivenza nel tempo.

6. La dialettica tra diritto e giustizia: alla ricerca di un equilibrio

Leggendo il titolo del saggio di Teubner “La giustizia auto-soversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?” è impossibile non pensare al capitolo de *Il diritto della società* dedicato da Luhmann al tema della “giustizia come formula di contingenza”. Secondo Luhmann, “Solo un osservatore esterno può parlare di formula di contingenza, mentre il sistema stesso deve designare la giustizia in un modo che renda chiaro che la giustizia è offerta e il sistema si identifica con essa come idea principio o valore” (Luhmann 1993, trad. it. p. 197).

E Teubner chiama Luhmann e Derrida ad assumere il ruolo di osservatori esterni. Scrive Teubner: “Sono necessari osservatori esterni come Jacques Derrida e Niklas Luhmann” per far luce sulla giustizia, “aspettativa fonda-

mentale degli uomini nei confronti del diritto” (Teubner 2008, trad. it. p. 12). Teubner utilizza e rielabora i loro strumenti concettuali, alla ricerca di un concetto di giustizia accettabile nella società contemporanea.

La tesi principale rappresenta quindi una sintesi tra l’approccio di Derrida e quello di Luhmann, e sottolinea che la giustizia, nel diritto, non mira solo alla contingenza, ma anche alla trascendenza. Mentre la dimensione sistemica e contingente della giustizia emerge nell’analisi di Luhmann, “Derrida – sottolinea Prandini – invoca la Giustizia come trascendenza del diritto” (Prandini 2022c, p. 328).

In questo senso, scrive Derrida:

[F]or a decision to be just and responsible, it must, in its proper moment if there is one, be both regulated and without regulation: it must conserve the law and also destroy it or suspend it enough to have to reinvent it in each case, rejustify it, at least reinvent it in the reaffirmation and the new and free confirmation of its principle. (Derrida 1992, p. 23)

La giustizia non può essere completamente determinata o definita dalle norme giuridiche esistenti, ma va al di là di esse. Una decisione giuridicamente giusta è, in questo senso “*both regulated and without regulation*”, poiché trascende il quadro giuridico predefinito e richiede un’apertura alla possibilità di reinventare e riconfigurare la legge stessa.

Nel conciliare le due posizioni, Teubner e Prandini ammettono che la giustizia abbia una pretesa di trascendenza, sia cioè uno schema di (auto) interpretazione del diritto costantemente messo in discussione dalle contraddizioni che emergono nel sistema. Di conseguenza, la giustizia non è né un criterio decisionale né il principio supremo del diritto, bensì il frutto di una descrizione nel sistema giuridico che spinge l’ordinamento giuridico a superare sé stesso, costringendolo a generare nuove operazioni interne a sé stesso. In questo modo, la giustizia è intesa come una forza sovversiva interna al sistema giuridico, attraverso la quale il “diritto protesta contro sé stesso” (Teubner 2008, trad. it. p. 24).

Il tema della giustizia e la sua relazione con i fenomeni di (auto)sovversione del diritto emerge anche nei saggi di Prandini (2022a, p. 171-358). Contrariamente alla tendenza del diritto verso la stabilità, la giustizia mette in discussione la certezza e l’autorità delle decisioni giuridiche, favorendo il disordine, rendendo esplicito il conflitto, spingendo al cambiamento e al conseguente adattamento del sistema.

Secondo Prandini, infatti, la giustizia “funge da dispositivo immunitario contro la chiusura del diritto.” (Prandini 2022b, p. 237)

La giustizia si ritorce, dunque, contro la tendenza del diritto a vincolarsi al passato e alla tradizione, interrompendo ogni operazione giuridica routinaria. Essa è, semmai, caratterizzata da un’alta indeterminazione; rappresenta

un'aspirazione del sistema giuridico che si oppone alle restrizioni imposte dal sistema giuridico stesso. Il concetto di giustizia resta, insomma, legato a contesti e tempi particolari frustrando ogni ricerca di tipo universalistico.

Basti osservare la differenziazione dei concetti di giustizia in base alle diverse pratiche sociali. In società caratterizzate da una crescente frammentazione emergono le difficoltà di teorie, come quelle di Rawls e Habermas, che si basano su concetti di razionalità, consenso, reciprocità, applicati in chiave universale.

La giustizia non può più basarsi sull'universalizzazione del principio di reciprocità tra attori individuali. Ad opporvisi è proprio la policontestualità [*Polykontextualität*]⁶ e l'insormontabile differenza tra i diversi sistemi sociali. I diversi sistemi sociali sono, infatti, caratterizzati da razionalità diverse che resistono ad eventuali tentativi di universalizzazione. La giustizia deriva, invece, dalla capacità delle istituzioni di analizzare i propri limiti e di auto-limitarsi nel perseguire la propria razionalità specializzata.

In sintesi, la giustizia trascende le norme giuridiche esistenti e acquisisce al contempo un ruolo di fattore sovversivo e innovatore che opera sia sul piano della produzione sia su quello dell'interpretazione giuridica.

La giustizia può essere intesa come una forza sovversiva interna poiché illumina e mette in discussione le contraddizioni interne al sistema giuridico. Essa può essere anche espressione delle istanze dei diversi sistemi sociali, e può portare il sistema a generare nuove modalità operative (pur non essendo condizione sufficiente per un effettivo cambiamento).

In altri termini, la giustizia funge da dispositivo immunitario che impedisce al diritto di chiudersi in sé stesso e instaura con esso un processo dialettico. In questo senso è ravvisabile una simmetria tra la concezione della giustizia di Teubner e quella del filosofo messicano Eduardo García Máynez. Entrambi, infatti, considerano la giustizia come protagonista di un processo dialettico che porta all'(auto)sovversione del diritto. Anche in García Máynez dalla negazione scaturisce il cambiamento:

La coscienza valutativa di quanti sono soggetti all'ordinamento – scrive García Máynez (1963, trad. it. p. 218) – non impedisce loro di rinunciare alla facoltà del libero esame, l'esercizio di questa facoltà porta talvolta a negare che il diritto vigente corrisponda agli ideali per la realizzazione dei quali fu istituito. Sorge così, come prima manifestazione dell'antitesi, all'interno dello stesso processo dialettico, la critica delle istituzioni e delle leggi. La negazione del valore intrinseco di queste ultime, e in generale delle norme che determinano la loro struttura, implica a sua volta la affermazione del criterio di validità su cui si fonda quella negazione.

⁶ Sul tema dell'auto-decostruzione della gerarchia del diritto si veda anche Teubner (1996), la traduzione italiana del saggio appare in Teubner (1999, pp. 71-113).

Tuttavia, mentre nel pensiero di García Máynez la giustizia data da un insieme coerente di valori ai quali il diritto positivo tende, in Teubner la giustizia e al contempo aspirazione universale del diritto e istanza contingente, legata a contesti sociali specifici, molteplici e caratterizzati da razionalità contrastanti che ne mettono in discussione la natura universale.

La giustizia è, quindi, rappresentata come un concetto che va oltre il rigido sistema giuridico esistente. Essa agisce sia come forza interna che sfida il sistema, sia come dispositivo che suggerisce la possibilità del cambiamento condizionata da suggestioni sociali non riducibili al sistema del diritto. La giustizia appare dunque come una sorta di forza intersistemica capace di innescare processi di (auto)sovversione in un diritto policontesturale nel tentativo di rispondere alle esigenze mutevoli e contraddittorie di una società in costante evoluzione.

7. Conclusione: (auto)sovversione endogena del diritto e (auto)sovversione esogena del diritto

La riflessione sull'(auto)sovversione del diritto solleva importanti questioni sul funzionamento dei sistemi giuridici e sulla loro capacità di adattarsi e riformarsi. L'(auto)sovversione del diritto può essere sia *esogena*, sia *endogena*.

I fenomeni di (auto)sovversione *endogena* riguardano dinamiche interne al sistema giuridico, dinamiche che possono minare la sua coerenza o la sua capacità di raggiungere gli obiettivi. Ciò può includere la presenza di norme contraddittorie, ambigue o obsolete, che possono generare incertezza o inefficienza all'interno del sistema giuridico. Sotto questo profilo, la giustizia (intesa sia come aspirazione o pretesa del diritto di essere giusto, sia come richiesta di giustizia rivolta al diritto) gioca un ruolo fondamentale nello scatenare processi di trasformazione o di sfida alle norme giuridiche che provengono dallo stesso sistema giuridico, o da dinamiche interne ad esso. È il motivo per cui il diritto può sperimentare cambiamenti, adattamenti o evoluzioni come risposta alle sue stesse dinamiche interne.

Ma vi sono anche forme di (auto)sovversione *esogena*, fattori di contrasto, di trasformazione o sfida alle istituzioni giuridiche provenienti da istanze esterne al sistema giuridico stesso. Queste influenze possono provenire da altri sistemi sociali, da eventi storici, sviluppi tecnologici o interazioni tra diverse realtà istituzionali. L'(auto)sovversione esogena del diritto opera indirettamente sulle istituzioni giuridiche e può determinarne un adeguamento per rispondere alle richieste e alle dinamiche esterne, mantenendo la coerenza e l'equità, nel contesto del pluralismo dei sistemi sociali.

Un aspetto esogeno dell'auto-sovversione del diritto posto in evidenza deriva dalla relazione tra norme collettivo-istituzionali e norme giuridiche. In questo senso scrivono, ad esempio, Teubner e Hensel:

Scienza e sanità sviluppano, mediante i loro peculiari codici e programmi, degli orientamenti normativi che non sono identici alle opinioni convenzionali degli individui, ma hanno un carattere collettivo-istituzionale. Tali norme collettivo-istituzionali, che sono sedimentate in strutture cresciute nel corso del tempo, sono discusse criticamente nei discorsi riflessivi della scienza e della sanità prima di essere verificate mediante i parametri del diritto ed essere poste come norme giuridiche. (Teubner, Hensel 2014, trad. it. p. 51)

Tra le diverse forme di (auto)sovversione del diritto si possono prendere in considerazione alcune misure preventive, come l'implementazione di meccanismi decentralizzati di controllo. Il sistema giuridico statale, in questa prospettiva, non è l'unica fonte di "istituzioni immunitarie sociali"; tali istituzioni possono emergere anche in contesti extrastatali, a seguito di conflitti tra istituzioni orientate a plusvalori confliggenti.

Concludo con un riferimento finale al libro *L'(auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, dal quale abbiamo preso le mosse per intraprendere questa riflessione. Si dice che non si debba giudicare un libro dalla copertina, ma la presenza dell'immagine suggestiva del *Cadeau* di Man Ray sulla copertina del libro di Teubner e Prandini (2022) offre sicuramente al lettore un'indicazione intrigante sul suo contenuto. Il potente simbolo del *Cadeau* offre un provocatorio spunto di riflessione ispirato da un parallelismo tra arte e diritto. Come l'arte sfida i confini dell'estetica convenzionale, così il diritto sfida i limiti della giustizia convenzionale, destabilizza schemi consolidati e pone in discussione le sue stesse fondamenta al fine di rinnovarsi e rivitalizzarsi. Questa è, forse, l'idea portante del libro e, al contempo, la chiave di lettura del fenomeno dell'(auto)sovversione nel diritto.

Bibliografia

- Alexy, R., (1994), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
Traduzione italiana di L. Di Carlo, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Alexy, R., (2010), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Derrida, J., (1992), *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*, in Cornell D., ed., *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, Routledge, pp. 3-68.
- Luhmann, N., (1984), *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Traduzione italiana di A. Febbrajo, R. Schmidt, *Sistemi sociali: Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 1990.

- Luhmann, N., (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp. Traduzione italiana a cura di L. Avitabile, *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 2012.
- García Máynez, E., (1963), Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico, in *Symposium sobre derecho natural y axiología*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., pp. 83-97. Traduzione italiana rivista da L. Passerini Glazel, *Validità in senso positivo vs. validità in senso axiologico*, in G. Lorini, L. Passerini Glazel, a cura di, *Filosofie della norma*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 209-219.
- Prandini, R., Teubner, G., (2022), *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli.
- Prandini, R., (2022a), L'auto-sovversione del sistema come compimento della sua autonomia, in Prandini, R., e Teubner, G., *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli, 171-358.
- Prandini, R., (2022b), *Secondo tempo*. Costituzioni societarie, collisioni, plusvalori e contro-diritti, in Prandini, R., e Teubner, G. (2022), *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli, pp. 232-289.
- Prandini, R., (2022c), *Stingers*. L'auto-sovversione come auto-immunizzazione, ovvero del negativo come forma di affermazione, in Prandini, R., e Teubner, G., *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli, pp. 320-358.
- Sciulli, D., (1988), Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality, *The British Journal of Sociology*, 39, 3, pp. 377-408. <https://doi.org/10.2307/590484>.
- Sciulli, D., (1992), *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Sunstein, C.R., (2007), *Republic.com 2.0*, Princeton, Princeton University Press.
- Teubner, G., (1989), *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp. Traduzione italiana cura di A. Febbrajo e C. Pennisi, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996.
- Teubner, G., (1996), *Des Königs viele Leiber. Die selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in *Soziale Systeme*, 2, pp. 229-255. Traduzione italiana di B. Bodmer e E. Mazza-Teubner, in Teubner, G., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, Città del Sole, 1999, pp. 71-112.
- Teubner, G., (1999), *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, Città del sole.

- Teubner, G., (2006), Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in Perez, O., e Teubner, G., a cura di, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 41-64.
- Teubner, G., (2008), Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz oder Transzendenzformel des Rechts? *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 29, pp. 9-36. Traduzione italiana di A.M. Ruffino rivista da R. Prandini, *La giustizia auto-soversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?* In Prandini, R., Teubner, G. (a cura di), *La (auto)sovrersione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli, pp. 11-36.
- Teubner, G., (2012), *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konsitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp. Traduzione inglese di G. Norbury, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press. Traduzione italiana di L. Zampino, *Nuovi conflitti costituzionali: norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Roma, Mondadori, 2012.
- Teubner, G., (2021), Die Verfassung Gesellschaftlicher Mehrwerte, *Zeitschrift Für Rechtssoziologie*, 40, 1-2, pp. 117-50. <https://doi.org/10.1515/zfrs-2020-0005>. Traduzione italiana di G. Maestri, *La costituzione del plusvalore non monetario*, in Prandini, R., Teubner, G. (a cura di), *La (auto)sovrersione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli, 2022, pp. 109-132.
- Teubner, G., Hensel, I., (2014), *Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, *Kritische Justiz*, 47, pp. 150-168. Traduzione italiana di G. Maestri, *Matrix Reloaded: critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del publication bias*, in Prandini, R., Teubner, G., a cura di, *La (auto)sovrersione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, FrancoAngeli, pp. 37-56.