



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ARIANNA MACERATINI

Lo spazio e il tempo del diritto.

Riflessioni sulla teoria dei sistemi di Niklas

Luhmann

ABSTRACT – The social system expresses, in Luhmann, a connection, endowed with meaning, of social actions, distinct from an environment of irrelevant communications: system and environment are mutually dependent and their boundary is structured as an instruction to be crossed by both sides. Communications escape any traditional temporal order: the time of systemic processes expresses the possibility of eliminating non-actualized selective opportunities, reaching irreversible situations, while maintaining these communicative possibilities as functionally equivalent alternatives, to be made explicit in decision-making through the particular function. The notion of systemic contingency leads to the identification of a communicative practice referred to the uncertainty of behavioral expectations and open to decision-making risk. The function of law consists, in fact, in the generalization and stabilization of behavioral expectations, verified a posteriori by the persistence of systemic differentiation. In this way, law exposes itself to social unknowns by contradicting its reason for existence as a differentiated system.

KEYWORDS – Social systems - space - time - contingency - legal system.

ARIANNA MACERATINI*

Lo spazio e il tempo del diritto.

Riflessioni sulla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann**

SOMMARIO: 1. *Sistemi sociali e differenziazione funzionale* – 2. *Spazio* – 3. *Tempo* – 4. *Contingenza e rischio* – 5. *Sistema giuridico* – 6. *Conclusioni*.

1. Sistemi sociali e differenziazione funzionale

La Teoria Generale dei Sistemi di Luhmann è rivolta alla descrizione e all'analisi dei rapporti comunicativi tra i sistemi sociali e il loro ambiente, complesso e instabile, da controllare e ridurre¹. In essa, infatti, la società non è ancora intesa come sistema globale, comprendente diversi sottosistemi da integrare, ma è in relazione alla complessità del reale,

* Ricercatrice in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Macerata

** Contributo sottoposto a valutazione anonima

¹ Le fonti storiche e culturali più significative della Teoria Generale dei Sistemi di Luhmann si rinvencono nel legame e nel confronto con la sociologia nordamericana, in particolare con il funzionalismo post-parsoniano, e con la Teoria Generale dei Sistemi, formulata da Ludwig von Bertalanffy sul finire degli anni Venti, che stabilisce nessi con la teoria dell'informazione, la cibernetica, la teoria delle decisioni e la teoria dei giochi. Al riguardo, scrive Luhmann: «La moderna teoria dei sistemi ha due predecessori: il concetto di organismo e il concetto di macchina», N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung, Bd. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1970, tr. it. *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, 42. I tradizionali concetti di macchina e di organismo sono, tuttavia, da riferire alla concezione ontologica del sistema, che vuole ogni ambito di senso costituito dall'unione delle parti di cui si compone, il cui esito rappresenta qualcosa di ulteriore dalla somma delle componenti.

attualizzandone alcune possibilità di selezione². In questo compito, la teoria luhmanniana non propone una soluzione univoca, ma una prospettiva critica e di comparazione con disparati approcci di studio e percorsi di ricerca: la stessa scienza sociologica è, infatti, concepita come sistema, in grado di trovare in sé i propri presupposti di riflessione.

Per sistema sociale si intende, in Luhmann, un nesso, dotato di senso, di azioni sociali che rinviano l'una all'altra in modo tale da poter essere distinte rispetto ad un ambiente costituito da comunicazioni non pertinenti³. Il sistema sociale, precisamente, esprime la differenza tra sé stesso, formato da comunicazioni funzionalmente orientate⁴, e l'ambiente privo di funzioni, complesso e contingente. Sistema e ambiente risultano, dunque, precisati dalla relazione tra un dentro e un fuori, ovvero, dalle comunicazioni dotate di una specifica funzione e da ogni altro tipo di comunicazione che non si identifichi con esse. Il sistema sociale viene, pertanto, delineato come *forma*, cioè come distinzione di due lati, simmetrici, fungibili e contingenti, offerti dallo stesso sistema (l'interno

² Nella concezione sociale di Luhmann, il mondo non è più inteso come «concatenazione di nessi necessari e oggettivi che trascendono le logiche dell'azione, per configurarsi come risultato di decisioni e di scelte, vale a dire: come una produzione artificiale contingente», *ivi*, 24.

³ Cfr. *ivi*, 131-132.

⁴ Sulla comunicazione, quale elemento ultimo dei sistemi sociali, unità elementare della costituzione autopoietica, cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1984, tr. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 1990. Il sistema sociale, attraverso la comunicazione, si costituisce come sistema di azione: la comunicazione indica, pertanto, l'unità elementare della costituzione autopoietica dei sistemi sociali, mentre l'azione va considerata come unità elementare di auto-osservazione e autodescrizione, cfr. *ivi*, 283 e 294. Sulla comunicazione come concetto cardine nella teoria di Luhmann, si veda R. STICHWEH, *Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of "Communication" as a Theoretical Option*, in *Acta Sociologica*, XLIII/2000, 5-13.

della forma) e dall'ambiente (l'esterno della forma)⁵. «Solo le *due* parti insieme costituiscono la distinzione, costituiscono la forma, costituiscono il concetto. L'ambiente è così per questa forma indispensabile e importante proprio come il sistema stesso»⁶. Tutto ciò che può essere descritto e osservato tramite tale distinzione appartiene al sistema, o meglio, alla forma sistema/ambiente che opera nella contingenza comunicativa⁷. Il sistema non rappresenta, in definitiva, un ordine di elementi, ma va riferito all'ambiente, dal quale il primo si differenzia traendone identità funzionale. «Il senso e la funzione della formazione di sistemi - e questa è l'innovazione più importante - non vengono più intesi solamente nell'ordine interno di parti in un'unità, ma nella formazione di un confine, cioè di una differenza di ordinamento fra sistema e ambiente che, all'interno del sistema, permette un agire caratterizzato da una complessità ridotta»⁸.

2. Spazio

Sistema e ambiente, pur nella reciproca differenziazione, non possono darsi l'uno senza l'altro⁹: in tal modo, il limite tra i due contesti

⁵ Cfr. N. LUHMANN, *The Concept of Society*, in *Thesis Eleven*, XXXI/1992, 69. Luhmann, nella delineaazione del concetto di forma, riprende la definizione di G. Spencer Brown di meccanismo in grado di marcare una distinzione con l'indicare uno dei due valori in opposizione dei quali è composto il codice binario, cfr. N. LUHMANN, *Der Gleichheitssatz als Form und als Norm*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 3/1991, 435-445; tr. it., *Il principio di uguaglianza come norma e come forma*, Armando, Roma, 2017, 43.

⁶ N. LUHMANN, *The Concept of Society*, cit., 69.

⁷ Per una critica dell'osservazione sistemica in riferimento alla funzione giuridica, si veda L. AVITABILE, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁸ N. LUHMANN, *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971, tr. it. parziale *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978, 148.

⁹ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Angeli, Milano, 1992, 19.

separa i versanti della forma e, al contempo, segna la loro unità, osservata dai sistemi mediante specifiche operazioni. Per questa ragione, il confine tra i due ambiti non è fondato da alcuna delle parti, ma è strutturato come *istruzione ad attraversarlo*, da entrambi i lati¹⁰. Il concetto di forma indica, allora, la procedura della distinzione funzionale da essa stessa delimitata. D'altro canto, indicare un lato della forma equivale a definire, per relazione di differenza, l'altra parte, poiché nessun lato è completo senza il riferimento all'altro, proprio come avviene nei rapporti tra sistema e ambiente. È da notare che il rinvio tra gli elementi della forma non va inteso come conciliazione degli estremi, ma quale indispensabile presupposto per la distinguibilità della distinzione. «L'unità della forma non è il suo senso 'superiore', un senso spirituale. Essa è piuttosto il *terzo escluso* che non può essere osservato finché si osserva con l'ausilio della forma»¹¹, cosicché l'unità della forma è presupposta come differenza¹². La differenziazione comunicativa dall'ambiente è prerogativa irrinunciabile dei sistemi che da una differenza autopoieticamente sorgono e tramite successive differenziazioni operano, mantenendosi in vita. La forma e i confini del sistema sono determinati dalla funzione, custodita dal codice binario che relaziona i due valori in opposizione escludendo ogni significato terzo. Essendo orientato dal rapporto di identità per relazione¹³, il mantenimento autopoietico della funzione non solo è conciliabile, ma è sostenuto dalla struttura aperta dei processi comunicativi dai quali il sistema sociale attinge un'ampia gamma di alternative di riduzione del reale e di corrispondenti possibilità di adattamento sistemico. Una delle principali prestazioni sistemiche consiste, infatti, nel gestire la complessità ambientale senza

¹⁰ Cfr. N. LUHMANN, *The Concept of Society*, cit., 69.

¹¹ N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 18.

¹² Cfr. *ivi*, 19.

¹³ Sulla distinzione tra identità e differenza, in Luhmann, e sulla definizione dell'*identità* come *divenire*, cfr. S. D'ALESSANDRO, *L'identità della differenza. Ri-pensare la "Relazione" nei sistemi sociali*, Angeli, Milano, 2014.

sacrificarla completamente, descrivendo un dispositivo *flip-flop* di elaborazione binaria dell'esperienza¹⁴. Viene, così, tracciato il confine tra la complessità ambientale, ridotta e mantenuta come alternativa di selezione, e la complessità del reale da ridurre trasformando le incognite esterne in quesiti interni di razionalità procedurale che aumentano la complessità del sistema. Infatti, quanto più complesso è un sistema, tanto più complesso può essere il suo mondo, nel parallelo incremento delle complicazioni e delle riduzioni della complessità ambientale¹⁵. L'efficacia delle procedure di autoreferenziale differenziazione funzionale sarà verificata a posteriori dalla stessa capacità sistemica di assorbire la complessità del reale. Le operazioni che, riflessivamente, producono la chiusura del sistema sociale e ne determinano l'unità di funzione sono rappresentate, come si è detto, da comunicazioni autopoietiche. Il sistema si dice *autopoietico*¹⁶ ove sia in grado di individuare una specifica modalità procedurale, realizzata esclusivamente al suo interno. «Un sistema comunicativo è dunque un sistema completamente chiuso che genera le componenti di cui è costituito attraverso la comunicazione stessa. In questo senso un sistema comunicativo è un sistema autopoietico che produce e riproduce, attraverso il sistema, tutto ciò che funge da unità per il sistema. È evidente che tutto questo può accadere soltanto in un ambiente e in modo dipendente dalle

¹⁴ Cfr. G. POGGI, *Introduction*, in N. LUHMANN, *Trust and Power* (I ed. 1979), Chichester, New York, Bissane, Toronto 1979, X-XI.

¹⁵ Cfr. *ivi*, 149.

¹⁶ Sono autopoietici quei sistemi che «riproducono continuamente se stessi e che non solo scelgono da sé la propria organizzazione, quindi strutturano se stessi, ma costituiscono anche da sé come unità gli elementi, le unità ultime, gli atomi o individui a partire dai quali sono costituiti», N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6, Die Sociologie und der Mensch*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005; tr. it., *Che cos'è la comunicazione?*, Mimesis, Milano, 2018, 24. Il concetto di autopoiesi è stato introdotto da Humberto Maturana nel definire l'organizzazione degli organismi, cfr. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Angeli, Milano, 1996, 53.

limitazioni imposte dall'ambiente»¹⁷. I sistemi sociali si distinguono, altresì, per le operazioni ricorsive, che variano assecondando il processo comunicativo, e per la forma del codice binario contraddistinto da un valore positivo, indicante il raccordo delle operazioni, e da un valore negativo come espressione della complessità ambientale¹⁸. Funzione del codice è informare su ogni tipo di esperienza e di azione che entri a far parte della specifica funzione, fornendo elementi per successive comunicazioni. «Tali codici devono essere in grado di adempiere una funzione che vogliamo denotare come *generare informazione*»¹⁹. Le procedure sistemiche si svolgono, poi, nei movimenti di referenza – *autoreferenza* o chiusura operativa ed *eteroreferenza* o apertura informativa – che vedono i sistemi aprirsi all'ambiente e assumere informazioni, chiudersi in sé e ridurre complessità con l'assegnare materiali ai due versanti della codificazione, dischiudersi e immettere nell'ambiente decisioni di complessità semplificata. E' da rilevare come, in tali operazioni, la distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza sia praticata riflessivamente dalle procedure sistemiche²⁰. I rapporti tra sistema e ambiente vengono illustrati con il ricorso al concetto dell'*accoppiamento strutturale* in grado, secondo Luhmann, di rispondere efficacemente a come possa un sistema, operativamente chiuso, interagire con l'esterno, assumendo informazioni da elaborare attraverso il codice

¹⁷ Ivi, 24.

¹⁸ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 139. «Con la verità, l'amore, la proprietà, il potere, si può fare qualcosa. I corrispondenti valori negativi sono disponibili solo ai fini del controllo e producono il contesto mediante il quale la prassi del raccordo della parte positiva dei media può diventare selezione razionale», *ivi*, 140.

¹⁹ N. LUHMANN, *Liebe als Passion: Zur Codierung von Intimität*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1982; tr. it. *Amore come passione. La codificazione dell'intimità*, Laterza, Roma-Bari, 1985, 97.

²⁰ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 28.

binario²¹. «Gli accoppiamenti strutturali sono forme di simultanee (e perciò non causali) relazioni. Essi sono coordinazioni analogiche, non digitali»²². La nozione di accoppiamento strutturale presuppone che il sistema autopoietico operi in conformità alla propria struttura escludendo, cioè, che dati ambientali possano specificare quanto accade nel sistema²³: la complessità esterna è interpretata e ricostituita come complessità interna, assumendola come *irritazione*²⁴. Il verificarsi dell'accoppiamento strutturale non conduce, pertanto, alla fusione dei contesti considerati o al loro coordinamento operativo, bensì, ad una momentanea coincidenza²⁵. La capacità di collegamento degli eventi è, in ogni caso, determinata dal sistema come esito di selezioni interne che ripropongono la distinzione tra sistema e ambiente²⁶. «In questo senso, l'accoppiamento deve essere concepito come una differenza, come una forma con due lati: un lato interno che ammette l'irritazione e un lato esterno al quale il sistema rimane indifferente»²⁷. La stessa forma che costituisce la differenza tra sistema e

²¹ Sul concetto di accoppiamento strutturale, nella teoria dei sistemi sociali, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *Sociologia della modernità. Forme e conseguenze della complessità sociale*, ERREGI, Milano, 2012, 25-29.

²² N. LUHMANN, *Operational Clousure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Review*, XIII/1992, 1432.

²³ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 33.

²⁴ Cfr. *ibidem*.

²⁵ Cfr. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *op. cit.*, 32.

²⁶ Cfr. *ivi*, 33.

²⁷ N. LUHMANN, *Operational Clousure*, *cit.*, 1433. Secondo alcuni critici, sarebbe possibile distinguere la prima produzione luhmanniana, rappresentata dalla *Rechtssoziologie* del 1970 dalla più recente produzione, rappresentata dal lavoro *Soziale Systeme* del 1984 sulla base del maggior riguardo riservato in passato al momento di apertura del sistema all'ambiente e di una concezione strutturale prettamente difensiva e di filtro. Diversamente, la più recente riflessione luhmanniana si soffermerebbe sul concetto di autopoesi, efficace nel descrivere la gestione sistemica degli autonomi processi di riproduzione, cfr. A. FEBBRAJO, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, *cit.*, 16-21. La

ambiente. La chiusura del sistema presuppone un ambiente rispetto al quale segnare contingenti confini, costituiti da comunicazioni autoreferenziali e privi di una struttura fisicamente descrivibile, visto che le comunicazioni, nella società complessa, possono rientrare in sistemi e sottosistemi diversi²⁸. Questione centrale diviene, allora, non tanto come un sistema possa mantenersi senza un ambiente, quanto individuare le operazioni che rendano il sistema capace di formare una rete di comunicazioni autoriproducendosi e affidata ad informazioni autogenerate, idonee a distinguere le esigenze interne dalle incognite ambientali²⁹. La razionalità procedurale del sistema sociale risiede, in ogni caso, nella contingente verifica dei meccanismi di riproduzione autopoietica, accertati e giustificati a posteriori dalla stessa sopravvivenza del sistema³⁰.

3. Tempo

La descrizione delle procedure della differenziazione funzionale ha un terreno di svolgimento nella considerazione della dimensione temporale dei processi sistemici e nella chiarificazione del concetto di contingenza. Al riguardo, le comunicazioni sistemiche sfuggono ad un ordine temporale con il quale individuare un prima e un poi, un passato e un futuro procedurale. «La contemporaneità è in effetti non ancora tempo vero e proprio, ma è la base per situare ciò che man mano è presente; ed è così la base per ogni osservazione del tempo che lavori con distinzioni quali prima di/dopo di o

nozione di autopoiesi, comunque, sembra superare la differenza tra sistemi chiusi e aperti, in quanto proprio la loro chiusura attualizzerebbe l'apertura all'ambiente, cfr. *ivi*, 24.

²⁸ Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa e dei sistemi: Niklas Luhmann*, Marzorati, Milano, 1991, 506.

²⁹ Cfr. N. LUHMANN, *Operational Clousure*, cit., 1420.

³⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Beobachtungen der Moderne*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992, tr. it. *Osservazioni sul moderno*, Armando, Roma, 1995, 132. Per un approfondimento del concetto di contingenza e di doppia contingenza, cfr. *ivi*, 61 ss.

passato/futuro. E contemporaneità di ogni evento significa: impossibilità di controllare ogni evento»³¹. Le scansioni temporali possono farsi risalire alle distinzioni operate da un osservatore di secondo grado che osserva il sistema operare: le dimensioni spaziali e temporali dipendono, allora, da come si osserva la differenza tra le parti della distinzione mentre la scelta della prospettiva deriva dai criteri adottati dall'osservatore, vista la simmetria funzionale tra i lati della distinzione. In altri termini, spazio e tempo sono concepiti da Luhmann come *media* di osservazioni e distinzioni, costantemente esposti al rischio di passare inosservati³². Si ha dunque, nella teoria sistemica, il superamento della tradizionale misurazione del tempo come successione di passato, presente e futuro: quest'ultimo, infatti, introduce la novità di un'ulteriore differenza attraverso la quale il sistema può riconsiderare le proprie strutture, ovvero, ricostruire il proprio passato e proiettarsi in un futuro ancora da determinarsi assumendo decisioni³³. Il momento s'identifica, allora, con l'attualità dell'osservazione nella quale il presente rappresenta la *macchia cieca* dell'osservare, cioè, la simultaneità procedurale non osservabile ed esclusa dalla forma temporale che essa stessa concorre a delineare. «Il presente deve allora essere concepito come posizione dell'osservatore, che osserva il tempo con l'aiuto della distinzione tra passato e futuro e che proprio perciò deve trattare il proprio osservare come terzo escluso. Se si schematizza così il tempo, il presente stesso è l'insicurezza del tempo, la non osservabilità dell'osservare»³⁴. Viene espresso, in tal modo, il paradosso della dimensione temporale consistente nella duplicazione della forma del presente come distinzione di passato e futuro³⁵. Come si può notare, il presente evidenzia

³¹ Ivi, 132.

³² Cfr. *ibidem*.

³³ Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 141.

³⁴ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1991, tr. it. *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996, 53.

³⁵ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 381.

l'assenza di un'autentica prospettiva temporale visto che tutto ciò che viene temporalizzato è già passato o futuro³⁶: la dissoluzione del paradosso consisterà, dunque, nel distinguere, ancora una volta, una forma a due versanti, ovvero, nel considerare i passati presenti, attualizzati come memorie, e i futuri presenti, come contingente progetto. La dimensione temporale dei processi sistemici esprime, in altri termini, la possibilità di eliminare le occasioni selettive non attualizzate, giungendo a situazioni irreversibili, mantenendo comunque tali possibilità comunicative come potenziali alternative funzionalmente equivalenti, da esplicitare tramite la peculiare ragione comunicativa. Dalla descrizione della forma temporale, si può, tuttavia, criticamente notare la paradossale irrilevanza del tempo nel processo di differenziazione sistemica, là dove il momento è versato alla contemporaneità procedurale, nella contingenza delle procedure di differenziazione. Il tempo della società complessa, descritta in Luhmann dai sistemi di funzione, s'identifica e si riassume nel presente delle procedure di differenziazione funzionale³⁷. «Il sistema ha la sua attualità solo nella sua operazione; che accade solo ciò che accade e che – nel sistema come nel suo ambiente, ciò che accade, accade simultaneamente»³⁸.

³⁶ Cfr. *ibidem*.

³⁷ «Mentre il Moderno, diciamo, classico collocava nel futuro la realizzazione delle sue aspettative e grazie al 'non ancora' del futuro poteva accantonare i problemi relativi all'autoosservazione e all'autodescrizione della società, un discorso sul Postmoderno è un discorso senza futuro», N. Luhmann, *Osservazioni sul moderno*, cit., 10. In quest'ottica si può comprendere il ruolo attribuito da Luhmann alla *storia* vista come patrimonio di semplificazioni del reale: la storia è intesa quale complessità ridotta con successo, cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 99. La storia, dunque, non obbliga in quanto tradizione vincolante, «l'accettazione della storia è perciò soggetta ormai alla riserva che sia possibile revocarla (...). Ogni tipo di progresso deve allora assumere la forma della sostituzione di equivalenti funzionali, dello scambio del patrimonio esistente con un altro migliore», *ivi*, p. 200.

³⁸ N. LUHMANN, *Das Rechts der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1993; tr. it., *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2012, 37.

4. Contingenza e rischio

Di primaria rilevanza appare il tema della *contingenza* dei meccanismi di differenziazione funzionale³⁹. La contingenza è definita da Luhmann come ciò che non è necessario, né impossibile: tale concetto viene dunque costruito mediante l'unità di due negazioni e indica che ciò che è attuale, quindi non impossibile, è possibile anche altrimenti, quindi non necessario. In altri termini, l'essere di un dato deriva da una selezione che determina il proprio non-essere come rinvio ad altre possibilità che restano sullo sfondo. La nozione di contingenza conduce, dunque, all'individuazione di una logica sistemica aperta al futuro⁴⁰, rivolta ad una prassi comunicativa che sospende la prognosi e il giudizio sugli esiti poiché esprime ed è riferita alla reciproca incertezza delle attese comportamentali. Tale situazione è definita come *doppia contingenza*, ad indicare la circostanza per la quale ogni selezione dipende sia da un Ego, sia da un Alter, intesi come sistemi costitutivi di senso⁴¹. La nozione della doppia contingenza non esprime, perciò, una mera duplicazione della contingenza semplice, ma descrive una

³⁹ Sull'incremento della contingenza nella società dei mass media, quale incertezza autoprodotta dall'informazione che comporta una diminuzione dei rischi e, contemporaneamente, un aumento della percezione degli stessi, cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 139 ss. «Creando *trasparenza* sul piano delle informazioni che sono alla portata di tutti, i mass media producono *intrasparenza* sul piano delle loro conseguenze. Il fatto che tutti sappiano le stesse cose non garantisce che tutti reagiranno allo stesso modo, al contrario: la contingenza aumenta proprio quando sul piano materiale la comunicazione è accessibile a chiunque nello stesso modo», *ibidem*.

⁴⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, cit., 79.

⁴¹ Per un approfondimento del concetto della doppia contingenza nella teoria dei sistemi sociali, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 17-23. Sull'argomento, cfr. anche N.H.M. ROOS, *From Legal Theory, From legal theory to social theory. An attempt to clarify the notion of "social system"*, in V. FERRARI, C. FARALLI (a cura di), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May30-June 3, 1988)*, II, Giuffrè, Milano, 1991, 427 ss.

qualità della contingenza specificamente *sociale*, poiché la costituzione del mondo avviene mediante il *duplice* orizzonte delle prospettive di Ego e di Alter. Il concetto riflessivo delle *aspettative di aspettative* indica, allora, che la comunicazione non si realizza semplicemente in base all'aspettativa che ciascuno dei partecipanti ha delle selezioni dell'altro, ma necessita che ogni individuo possa aspettarsi ciò che l'altro si aspetta dal lui così da poter inserire nel proprio orientamento comunicativo l'orizzonte di possibilità dell'altro. La comunicazione e la stessa differenziazione autopoietica dei sistemi sociali si basano, dunque, sull'anticipazione delle altrui anticipazioni, cosicché, le strutture dei sistemi sociali sono costituite da aspettative riflessive che consentono la coordinazione comunicativa. Le aspettative riflessive incorrono, tuttavia, in frequenti delusioni, provocate dall'imprevedibilità selettiva: anche la delusione delle attese possiede, tuttavia, una funzione determinante, poiché permette di tradurre l'indeterminatezza ambientale in complessità sistemica. La *stabilità dinamica*⁴² del sistema è centrata, appunto, sulla duttilità dei percorsi comunicativi che conducono ad una contingente scelta tra attese funzionalmente equivalenti. Queste ultime consentono al sistema di mantenere formalmente invariate le proprie strutture consolidando l'identità di funzione in un ambiente complesso. «Proprio su questa elasticità si fonda la sua stabilità, la sua possibilità di trovare favorevoli condizioni d'esistenza»⁴³. Il mutamento e la stabilità s'incrementano reciprocamente⁴⁴: «I requisiti che garantiscono la stabilità delle strutture sociali non vengono più cercati sul piano dell'essere e dell'essenza, bensì sul piano del trattamento delle irritazioni, con l'esito che solo al sopraggiungere

⁴² Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 144.

⁴³ N. LUHMANN, *Stato di diritto*, cit., 202.

⁴⁴ Febbrajo sottolinea come conservare una situazione all'interno del sistema, di fronte alla complessità ambientale, non equivalga ad arroccarsi su determinate posizioni, ma richieda un'elevata mobilità a livello di fini e strategie, cfr. A. FEBBRAJO, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, cit., 28.

di nuove perturbazioni la società può attivare le procedure che consentono di mantenere una relativa stabilità. La società si destabilizza in continuazione e trova proprio in questa autodestabilizzazione un modo stabile di procedere»⁴⁵. La stabilità, quindi, non è ancora da considerarsi come essenza del sistema, in quanto idonea ad escludere eventi imprevisti, ma è concepita come quesito da risolvere nel contingente orientamento ad alternative di selezione⁴⁶. La stabilità «non può più essere intesa come una sostanza invariabile, ma viene concepita come una relazione tra sistema e ambiente, come invariabilità relativa della struttura sistemica e dei confini del sistema di fronte ad un ambiente variabile»⁴⁷. Alla dinamica stabilizzazione della funzione risponde una gamma di comunicazioni fungibili, tali da condurre il sistema a reagire senza de-differenziarsi: sono esattamente i fattori instabili, devianti e conflittuali a garantire la precaria stabilità del sistema, aprendo orizzonti di possibilità tra cui selezionare, secondo lo schema complessità↔possibilità↔riduzione↔stabilità↔nuovi livelli di complessità. L'instabilità diviene, così, un'esigenza per il mantenimento della stabilità⁴⁸. Alle critiche di conservatorismo che, a questo punto, potrebbero essere rivolte ad una tale impostazione⁴⁹, Luhmann ha, in più luoghi, risposto come non sussista una predisposizione conservatrice nella sua teoria. «Il sistema non ha preferenza per il mantenimento di se stesso, semplicemente non c'è scelta (...). I sistemi autopoietici sono sistemi che organizzano una stabilità dinamica»⁵⁰. La

⁴⁵ N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 144.

⁴⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 43.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr. N. LUHMANN, *Ordine e conflitto: un confronto impossibile*, in *Il Centauro*, III/1983, n. 8, 5. «Il caso è condizione della necessità e la necessità è condizione del caso», *ivi*, 5-6.

⁴⁹ Febbrajo rileva, semmai, l'atteggiamento tecnicistico della teoria luhmanniana che considera il sistema come un luogo se non di totale sicurezza, almeno di sopportabile pericolosità, cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, 202 e 58-59.

⁵⁰ N. LUHMANN, *Operational Clousure*, cit., 1440-1441.

descrizione delle procedure sistemiche non conduce, dunque, ad una caratterizzazione positiva o negativa della società complessa: l'identità del sistema non è formulata come valore, né come principio normativo, «essa non permette di scegliere tra atteggiamenti progressisti e atteggiamenti conservatori»⁵¹. La teoria sistemica si rivolge ad una descrizione del reale e dei sistemi che lo compongono scevra, almeno nelle intenzioni di Luhmann, tanto da obiettivi di giustificazione dello *status quo*, quanto da intenti di modificazione dei meccanismi di differenziazione sociale.

La differenza sorge dalla semplificazione della complessità tramite decisioni, assumendo il *rischio* del decidere⁵² come vincolo temporale di articolazione dell'insicurezza⁵³, attraverso il quale chi decide si trova - paradossalmente a causa della decisione stessa - in condizione di *indecidibilità*⁵⁴. Va rilevato come, in tale procedimento di riduzioni e complicazioni, innescato dal rischio decisionale, non sia sufficiente scegliere un elemento ed escluderne un altro⁵⁵ : il decidere traccia, infatti, nel

⁵¹ N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 399.

⁵² Il concetto di rischio, posto in relazione alla stipula di contratti assicurativi, viene tematizzato principalmente in N. LUHMANN, *Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, Armando, Roma, 2013.

⁵³ Sulla nascita e sull'evoluzione del concetto di rischio, si veda N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., 17 ss. Il rischio, nell'evoluzione della società funzionalmente differenziata, viene impiegato, in misura sempre maggiore, dalla seconda metà del XVII secolo, periodo a partire dal quale l'assicurazione verrebbe utilizzata non più esclusivamente nel contesto dei traffici mercantili, e precisamente nell'ambito del commercio marittimo, ma in settori sempre più estesi del tessuto sociale, fino ad assumere il carattere *universale* di ogni situazione che richieda una *decisione*, cfr. A. CEVOLINI, *Presentazione* all'opera di LUHMANN, *Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, cit., 21 ss. Sul rischio come indispensabile attributo della società funzionalmente differenziata, cfr. A. J. HATFIELD, K. W. HIPEL, *Risk and System Theory*, in *Risk Analysis*, XXII/2003, n. 6, 1043-1057. Sul nesso tra società del rischio e società dell'informazione, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 132-143.

⁵⁴ Cfr. *ivi*, 123.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*.

presente delle operazioni sistemiche, una distinzione che consente di evidenziare possibilità che altrimenti non sarebbero emerse. «La distinzione *crea* il futuro e i rimandi presenti nell'orizzonte di senso del futuro, a loro volta, si riflettono sul presente attuale aprendo uno spazio decisionale sottoforma di alternative. Per questo occorre combinare fra loro due orizzonti temporali che mettono a disposizione due differenti spazi di possibilità combinatorie: passato e futuro»⁵⁶. Tale potenziale combinatorio indica la multidimensionalità dell'osservazione che presenta, al suo interno, una pluralità di prospettive attraverso le quali essa può venire, a sua volta, osservata⁵⁷. «La condizione che rende possibile (e indispensabile) questa osservazione multidimensionale è che il futuro come tale resta ignoto: nessuna decisione elimina mai in modo definitivo l'incertezza di fondo su cui si basa la possibilità di decidere, e questo lo si sa ancora prima di cominciare»⁵⁸. E' il concetto di rischio, polivalente e *multiordinale*, ad aprire alla molteplicità e alla policontestualità degli orizzonti di osservazione⁵⁹. «Le situazioni rischiose non lavorano, in definitiva, con mondi possibili, ma con il mondo della possibilità; non con oggetti contingenti, ma con la contingenza degli oggetti»⁶⁰.

5. Sistema giuridico

All'aumentare della complessità aumentano le contingenze⁶¹; il mantenimento della coesione e dell'ordine sociale richiede, tuttavia, di prevedere e attendere le aspettative riposte in determinate azioni, ovvero,

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. *ivi*, 125.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. *ivi*, 126.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. *ibidem*.

esso necessita di strutture di aspettative con le quali porsi dal punto di vista delle attese altrui⁶². «Nelle società maggiormente sviluppate il diritto ha la funzione di generalizzare le aspettative in modo tale che sull'agire contingente si possa decidere in modo vincolante. E' per il fatto, e solo per questo, che l'agire è contingente – cioè potrebbe svolgersi anche in modo diverso – che si può e si deve eventualmente decidere su di esso»⁶³. A ciò corrisponde la differenziazione del *sistema giuridico*⁶⁴ costituito da tutte le comunicazioni che si rivolgono al diritto⁶⁵. «Poiché i sistemi sociali in

⁶² Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa*, cit., 509.

⁶³ N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1981, tr. it. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1990, 319.

⁶⁴ Il processo di differenziazione del diritto da altri modelli normativi – morali, sociali, religiosi – si determina attraverso la positivizzazione del diritto, ossia, attraverso la stessa costituzione normativa. Sul nesso tra differenziazione funzionale della società, positivizzazione del diritto e diritti fondamentali, cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, tr. it., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, 269-279. In un sistema giuridico di diritto positivo, è la decisione ad operare come blocco dell'autoreferenzialità sistemica poiché interrompe il rimando ai decisori delle decisioni e nasconde «l'origine senza precedenti» del diritto positivo, sostituendo distinzioni con identità, cfr. *ibidem*. Sulla decisione nella società complessa, cfr. anche N. LUHMANN, *Unsere Zukunft hängt von Entscheidung ab*, intervista rilasciata a Rudolf Maresch a Bielefeld il 7 giugno 1993, tr. it. *Il nostro futuro dipende da decisioni*, in *Topologik*, 2010, 84-100. La positivizzazione del diritto conduce il sistema giuridico a rinunciare ad eventuali interferenze con i diversi contesti sociali tramite operazioni di specificazione e di decongestionamento funzionale, poiché la validità della norma discende da decisioni prese dallo stesso sistema che stabilisce, attraverso autonomi processi e in maniera vincolante, cosa possa dirsi diritto e cosa se ne discosti. «Il concetto di positività riceve un chiarimento dal concetto di decisione. Che il diritto positivo valga in quanto decisione», N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., 30.

⁶⁵ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 61. Secondo Ferrari, la concezione luhmanniana del sistema giuridico non darebbe sufficiente conto delle molteplici situazioni nelle quali l'elemento giuridico si combina con quello morale, religioso, sociale, sottovalutando le stesse potenzialità comunicative del diritto, cfr. V. FERRARI, *Sul futuro*

generale e, quindi, anche i sistemi comprensivi della società sono costituiti da comunicazioni (non, per esempio, da uomini), si deve partire dal presupposto che le formazioni di sistemi sono rese possibili da *restrizioni* (*constraints*) operate nei processi di comunicazione – così come sono le restrizioni nell'uso di suoni, ciò che rende possibili le libertà combinatorie nella formazione di teorie scientifiche. Il diritto stesso, come una forma di restrizione delle aspettative di comportamento, viene prodotto in ogni sistema della società, perché, diversamente, l'interazione sociale non è possibile»⁶⁶. La differenziazione funzionale del diritto corrisponde, quindi, ad un processo di autonomizzazione tematica che affida al sistema giuridico la distinzione tra conformità e deviazione dalla norma, rendendo tale valutazione indipendente da altri ambiti di riflessione e, pertanto, universalmente valida. «Tutto il diritto sta in una relazione fondamentale con il problema della contingenza dell'agire umano, vale a dire, con il fatto inconfutabile che gli uomini possono agire anche diversamente da come ci si aspetta»⁶⁷. La contingenza – qui accresciuta dalla circostanza che vede le selezioni individuali doppiamente incerte nell'esito, poiché le decisioni sono imprevedibili e lo sono anche le selezioni altrui - non viene negata, né eliminata, al contrario, essa è ridotta tramite il suo accrescimento che, a sua volta, conduce ad originali alternative di selezione⁶⁸. Alla stabilizzazione del comportamento e alla delineazione di un contingente ordine sociale risultano, allora, funzionali strutture di aspettative rivolte alla formazione di un consenso diffuso sulle attese comportamentali⁶⁹. «La sincronizzazione del comportamento è assicurata, si potrebbe anche dire, attraverso

della sociologia del diritto, in *Rivista di Filosofia del Diritto, Journal of Legal Philosophy*, II/2012, 271-72. Sui compiti di riduzione della complessità del reale, assegnati alla morale e all'etica, cfr. N. LUHMANN, *Paradigm Lost: Über die Ethische Reflexion der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1990; tr. it. *Il paradigma perduto*, Meltemi, Roma, 2005.

⁶⁶ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 64.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*.

⁶⁹ Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa*, cit., 509.

aspettative apprese. Queste aspettative devono includere non solo il comportamento, ma anche l'esperienza interna dell'altro, soprattutto l'aspettativa che egli stesso rivolge a colui che aspetta»⁷⁰. La funzione del diritto, dalla quale il sistema giuridico trae la propria differenziazione, consiste nella generalizzazione e nella stabilizzazione delle attese comportamentali. «Rispetto all'ordine complessivo assume senso mettere il singolo a confronto con alternative di comportamento aperte e strutturate, così da rendere relativamente irrilevante per la società nel suo complesso quale alternativa sia scelta»⁷¹. Per stabilire la natura di un'aspettativa, certamente, non ci si può basare sulla concezione di chi ne è titolare, pena la perdita dell'equilibrio sociale a causa della mancanza di criteri intersoggettivi universalmente validi, né si può lasciare che lo stabiliscano le norme, poiché la distinzione tra i due tipi di aspettative dovrebbe concorrere alla definizione delle stesse e non viceversa⁷². Ciò premesso, l'individuo formula strutture fornite di senso che compiono una prima selezione di ciò che può essere aspettato; di fronte ad un'eventuale delusione, si osservano, poi, due diversi atteggiamenti: adattarsi alla situazione inaspettata cambiando aspettativa o reagire e mantenere le attese. Tali comportamenti corrispondono, in Luhmann, a differenti aspettative: l'aspettativa cognitiva, disponibile ad apprendere e a modificarsi, e l'attesa normativa, resistente alla delusione⁷³. Le due tipologie di attese possono, inoltre, coesistere in un medesimo individuo e la loro esistenza dipende anche dal tempo necessario all'apprendimento. In ogni caso, le strutture di aspettative formatesi cognitivamente sembrano incerte ed esposte al rischio di essere disattese⁷⁴. Il diritto, che pure partecipa alla

⁷⁰ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 104.

⁷¹ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 140.

⁷² Cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, cit., 78.

⁷³ Cfr. N.H.M. ROOS, *op. cit.*, 434.

⁷⁴ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 109.

formazione delle aspettative cognitive⁷⁵, garantisce la possibilità di stabilizzare le aspettative di comportamento in modo che queste resistano alla delusione e consente «investimenti» nell'aspettare⁷⁶. La norma costituisce «la forma di un'aspettativa di comportamento attraverso la quale si indica che l'aspettativa deve essere tenuta ferma anche in caso di delusione»⁷⁷. La funzione normativa scaturisce, dunque, da un'esigenza di sicurezza sistemica, dal fatto che ognuno deve essere certo delle proprie aspettative, anche nel caso di delusione, e deve potervi ricollegare le attese altrui⁷⁸. Le norme, infatti, sono aspettative di comportamento che vengono osservate come giuste anche in caso di delusione: anche la loro insoddisfazione è oggetto dell'aspettativa e ne sono previste specifiche conseguenze come l'inflizione di sanzioni⁷⁹. «Almeno una conseguenza fa parte necessariamente dello stile specifico che caratterizza l'aspettativa normativa, e cioè il fatto che colui che aspetta non viene compromesso come ingenuo e inesperto in caso di delusione, ma può sentirsi come chi aveva ragione con le proprie aspettative. La 'colpa' sta nettamente dall'altra parte»⁸⁰. La garanzia delle aspettative riguarda, quindi, l'intera fattispecie normativa: il precetto, l'eventuale delusione, la conseguente sanzione. Si può, inoltre, notare come, attraverso la differenziazione del sistema giuridico, la funzione del diritto venga esaminata principalmente dalla prospettiva della regolazione dei conflitti, compiuta mediante strutture

⁷⁵ Le decisioni delle corti di giustizia e la dogmatica giuridica rappresentano esempi di controllo cognitivo delle strutture normative, cfr. N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, New York, 1990, 235.

⁷⁶ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 109.

⁷⁷ Ivi, 4.

⁷⁸ Cfr. ivi, 81.

⁷⁹ Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 107.

⁸⁰ *Ibidem*.

decisionali inserite *a posteriori* rispetto al verificarsi dei contrasti⁸¹. «In questo senso, il rapporto tra vita giuridica della società e sistema giuridico acquista la forma di una anticipazione di eventuali decisioni di conflitti che, come *possibilità* vengono tenute presenti e sono prospettate con *certezza* in caso di conflitto»⁸². Gli eventuali conflitti sono decisi dalla fattualità del permanere in vita o dell'estinguersi del sistema evitando, così, ogni riferimento ad ordini gerarchici che sarebbero in contraddizione con l'autopoiesi e con la chiusura operativa dei sistemi: l'esito del giudizio dipende esclusivamente dalla correttezza procedurale verificata, a posteriori, dalla riproduzione della differenziazione funzionale.

6. Conclusioni

Il legame tra contingenza e norma, tra possibilità di dedifferenziazione e decisione, costituisce la ragione della differenziazione funzionale del sistema giuridico e mostra la specificità del diritto nel contenere la contingenza sociale con il mutare le aspettative fattuali in attese normative⁸³. «La norma e il diritto anticipano un futuro – almeno a livello di aspettativa – e in tal modo lo ordinano, lo indirizzano senza poterlo però mai né determinare né rendere condiviso *a priori*»⁸⁴. Tale funzione assicura, nella contingenza caratteristica della società complessa, la

⁸¹ Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974, tr. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, il Mulino, Bologna, 1978, 59.

⁸² Ivi, 60.

⁸³ Sul concetto di re-entry, si veda N. LUHMANN, *Observing Re-entries*, in *Graduate Faculty Philosophy Journal*, XVI/1993, n. 2, 485-498.

⁸⁴ R. PRANDINI, *Introduzione* a N. Luhmann, *Esistono ancora norme indispensabili?*, 17, Armando, Roma, 2013; titolo originale dell'opera: *Are There Still Indispensable Norms in Our Society?* in *Soziale Systeme*, XIV/2008, n. 1, 18-37.

consistenza delle aspettative giuridicamente rilevanti⁸⁵ consentendo di distinguere il comportamento conforme al diritto da quello deviante⁸⁶. In tal modo, il diritto si configura quale certezza eventuale di fronte allo scorrere del tempo e al sopravvenire delle delusioni, assumendo nella propria struttura la possibilità di disattenzione delle attese normative sebbene l'esito del giudizio dipenda esclusivamente dalla correttezza procedurale, verificata dal permanere della differenziazione sistemica. Dalla lettura di Luhmann, se emerge l'essenzialità della funzione immunitaria, dei sistemi e della società complessa, espressa dal diritto, si può, tuttavia, criticamente notare come questa sia, in ogni caso, dipendente dall'efficacia delle procedure di differenziazione funzionale. Così facendo, il diritto non assume un valore superiore al non-diritto, il fattuale risulta simmetrico al controfattuale, l'aspettativa normativa appare funzionalmente equivalente all'aspettativa normativa, distinguendosi da essa solo per contenuti accidentali ed esponendo il sistema giuridico alla giuridicizzazione di ogni potenziale contenuto normativo. L'ambito giuridico, descritto da Luhmann come contesto avente la precipua funzione di salvaguardare la differenziazione sistemica espone, in primo luogo, se stesso alle incognite della complessità sociale poiché la garanzia di adeguazione all'accadere, espressa dalle comunicazioni giuridiche, ne contraddice la ragione funzionale di esistenza come sistema differenziato⁸⁷.

⁸⁵ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 109.

⁸⁶ Cfr. *ivi*, 67.

⁸⁷ Per un utile approfondimento di tale direzione critica, si veda B. ROMANO, *Terzietà del diritto*, Bulzoni, Roma, 1998.