

FRANCESCO RIMOLI*

Appunti sui profili sistemico-funzionali del principio di eguaglianza (considerazioni brevi su un saggio di Niklas Luhmann)**

ABSTRACT (EN): The essay reconstructs, in light of systems theory and moving from some reflections by Niklas Luhmann, the function of the principle of equality in differentiated societies, examining its sociological and legal dimension in heterarchical-temporal perspective.

ABSTRACT (IT): Il saggio ricostruisce, alla luce della teoria dei sistemi e traendo spunto da alcune riflessioni di Niklas Luhmann, la funzione del principio di eguaglianza nelle società differenziate, esaminandone la dimensione sociologica e giuridica in una prospettiva eterarchico-temporale.

SOMMARIO: 1. Il principio di eguaglianza nella riflessione di Niklas Luhmann – 2. Il principio di eguaglianza nella prospettiva sociologica. Dalla stratificazione alla differenziazione funzionale – 3. Il principio di eguaglianza nella prospettiva giuridico-costituzionale. Gerarchia ed eterarchia – 4. Eguaglianza, programmazione condizionale, programmazione di scopi – 5. Dimensione diacronica e dimensione sincronica dell'eguaglianza.

1. Il principio di eguaglianza nella riflessione di Niklas Luhmann

In un suo breve ma denso saggio, Niklas Luhmann esamina la duplice natura di ciò che è comunemente indicato come eguaglianza, rilevando che da un lato questa si può costruire concettualmente come *forma*, in particolare come forma a due lati, e dall'altro come *norma*, ossia come divieto dell'arbitrio¹.

Nel primo senso (forma), si fa riferimento alla distinzione binaria eguaglianza/diseguaglianza, e all'indicazione del lato interno della distinzione medesima (l'eguaglianza) come valore operativo²; l'unità di tale distinzione fa sì che, marcando la relativa

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università "Roma Tre" – Associato ISSiRFA-CNR.

** Articolo sottoposto a referaggio. Questo saggio è destinato alla pubblicazione negli Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto.

¹ N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza come forma e come norma* (1991), tr.it., Armando, Roma, 2017; le considerazioni ivi svolte sono riprese in ID., *Das Recht der Gesellschaft* (1993), tr.it. *Il diritto della società*, a cura di L. Avitabile, Giappichelli, Torino, 2012, spec. 97 ss., nonché in ID., *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), Suhrkamp (Taschenbuch), Frankfurt a. M., 1998, Bd.2, 693 ss.; in forme diverse e con un apparato concettuale ancora in divenire, Luhmann aveva già trattato dell'eguaglianza in ID., *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), tr.it., Dedalo, Bari, 2002, spec. 243 ss.

² Com'è noto, Luhmann usa qui l'apparato concettuale di G. SPENCER-BROWN, *Laws of Form*, Julian, New York, 1972; da notare che «la forma è forma di una distinzione, quindi di una separazione, di una differenza. Si opera una distinzione tracciando una demarcazione che separa due parti, per cui non si può passare da una parte all'altra senza attraversare la demarcazione. Forma è allora una linea di confine che segna una differenza e costringe a chiarire quale

differenza, «chi dice uguaglianza, dice anche disuguaglianza: o per lo meno si espone alla domanda su cosa, allora, sia disuguale rispetto a ciò che egli indica come uguale»³. Nel secondo senso (norma), l'eguaglianza diventa normativa, ossia non lascia libertà di scelta al soggetto agente, che è obbligato a trattare, secondo la formula aristotelica, casi eguali in modo eguale e casi diseguali in modo diseguale⁴; il che però crea, com'è ovvio, una serie infinita di problemi, a partire dal giudizio inerente all'effettiva sussistenza del presupposto della disuguaglianza di due o più situazioni concrete, laddove cioè all'aspetto normativo dell'eguaglianza si connettono il fine della giustizia ed eventualmente lo strumento dell'equità⁵.

Ma la considerazione più interessante è quella per cui, entrando in una prospettiva diacronica, dinanzi a nuovi casi ritenuti in base alla prassi attuale come diseguali, questi si dovranno ricondurre a eguaglianza tramite una nuova regola, che a sua volta potrà essere disattesa e innovata allorché si presentino casi ulteriori: ciò implica dunque che «lo schema uguale/disuguale non solo viene applicato regolarmente e a tutti i casi, ma si riproduce in se stesso», valendo come biforcazione del sistema e come fattore di costruzione di un ordine storico irreversibile. Di qui la considerazione per cui «più uguaglianza significa più disuguaglianza», giacché non si può avere l'una senza l'altra⁶.

parte si indica quando si dice che ci si trova da una parte e dove si deve cominciare se si vuole procedere a nuove operazioni». Decisiva è poi l'avvertenza per cui «quando si effettua una distinzione, si indica una parte della forma; con essa però è data allo stesso tempo l'altra parte: è data, cioè, contemporaneità e differenza temporale. Indicare è insieme: distinguere, così come distinguere è insieme: indicare» (così N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, XI ed., Franco Angeli, Milano, 2003, 17); per un'esplicazione dell'importanza del pensiero differenziale nella teoria dei sistemi si veda N. LUHMANN, *Introduzione alla teoria dei sistemi* (lezioni 1991/92, 2011), tr.it., PensaMultiMedia, Lecce, 2018, 62 ss.; A. GIUSTINIANO, *La macchina del senso. Luhmann e la chiusura operativa della metafisica*, in *Aut-Aut*, 383 (settembre 2019, ed. Kindle).

³ N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 44; lo stesso autore (in ID., *Decostruzione come osservazione di secondo ordine* (1993), tr.it. in *Aut-Aut*, 383, cit.), peraltro, adombra un parallelo del modello distinzione/indicazione con la distinzione tra *sens de sens* e *signification* esposta in J. DERRIDA, *La scrittura e la differenza* (1967), tr.it. Einaudi, Torino, 2002, 31 ss.; tale impostazione, che coglie l'unità della distinzione come fattore essenziale dell'operazione indicativa, si differenzia nettamente da quella che, più tradizionalmente, vede eguaglianza e disuguaglianza in rapporto di semplice opposizione concettuale: sul punto, tra molti, S. STAIANO, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2015 (https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Sandro_Staiano_-_Per_un_nuovo_paradigma_giuridico_dell_eguaglianza.pdf).

⁴ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 1131 a, 20-25 (tr.it., Rizzoli, Milano, I, 337).

⁵ Lo stesso Aristotele, peraltro, rilevava tale difficoltà allorché affermava che, in ordine alle distribuzioni conformi al merito, «tutti convengono che il giusto nelle distribuzioni deve consistere nella conformità a un dato merito, anche se il merito non è asserito da tutti come lo stesso, ma i democratici dicono che è libertà, gli oligarchici ricchezza, altri nobiltà di nascita e gli aristocratici virtù» (EN, V, 1131a, 25, 337 ed.cit.); e più avanti «l'equo è sì giusto, bensì è un correttivo del giusto legale. Ne è causa il fatto che ogni legge dice in universale, mentre in alcuni episodi non è possibile dire correttamente in universale» (ivi, 1137b, 10-15, 379 ed.cit.). Su questi concetti, M. KNOLL, *La giustizia distributiva tra Platone e Aristotele*, in *Fons*, 3 (2018), 21 ss.; sul tema in prospettiva più generale N. MUFFATO, *L'uguaglianza tra valutazione razionale ed elaborazione cognitiva*, all'url <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/f133e9e6-3eb0-42ab-94e9-ac9b369b585f/content>.

⁶ N. LUHMANN, *op.ult.cit.*, 45-46: così «si paghi una retribuzione uguale a tutti i lavoratori, aumenterà in misura corrispondente la differenza tra lavoratori e non lavoratori»; coglie questo profilo, seppur in un quadro metodologico affatto diverso, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art.3 comma 2 della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984, 47: «Per sua stessa natura, lì dove c'è già un "ordine", ogni nuova regolamentazione implica la creazione di (nuove) differenze nel trattamento delle categorie da essa toccate e tutte le altre; implica cioè una dis-eguaglianza, nel

Peraltro, la forma dell'eguaglianza, in sé, è una forma chiusa, e anzi, potrebbe aggiungersi, è una forma *vuota*. Vero è che l'unità della distinzione eguale/diseguale contiene ogni elemento necessario per marcare una differenza, secondo la formula "*distinction is perfect continence*" usata da Spencer-Brown⁷, ed è altresì vero che, laddove tale forma diventi norma, e in particolare principio, essa dev'essere applicata a tutto, compresa se stessa, divenendo in sé "autologica"⁸. Ma proprio perché applicabile (anzi, da applicare) ovunque, essa non indica un reale criterio operativo. In altre parole, anche allorché si concordi sulla reale diseguaglianza di due casi, non basta la mera forma, e neanche la forma tradotta in norma, a risolvere i problemi che si pongono a chi debba assumere decisioni produttive di effetti nella vita concreta.

Qui, come vedremo, dovrà soccorrere la dimensione programmatica, ossia, in termini più prosaici, l'opzione politica: per ora basterà rilevare che, nella prospettiva luhmanniana, la forma dell'eguaglianza «serve per colpire le disuguaglianze che, a loro volta, guadagnano un uguale trattamento nell'ambito delle differenze scoperte, fino a che questa uguaglianza suggerisce nuovamente l'osservazione e la designazione della disuguaglianza»; e la trasformazione della forma in norma fa sì che il trattamento uguale valga come regola, «a partire dalla quale sono possibili le eccezioni quando la disuguaglianza dei casi sia imposta». Ossia, «il trattamento dell'uguale contiene in sé una ragione sufficiente, il trattamento diseguale, in cambio, richiede un fondamento»: in tal modo la forma a due lati è asimmetrizzata dallo schema regola/eccezione⁹. E d'altronde, qui l'autoreferenzialità non si traduce in un paradosso, ma solo in una "autoreferenza innocua", tale da indurre soltanto una metapreferenza per il lato interno della distinzione, ossia per l'eguaglianza, rispetto al lato esterno della diseguaglianza, laddove il codice di base del diritto (*Recht/Unrecht*), in sé ineludibile per la stessa esistenza operativa del sottosistema giuridico, genera invece un paradosso, risolvibile solo tramite una asimmetrizzazione temporale, nel momento in cui giunge alla sua autoapplicazione tramite un meccanismo di *re-entry*¹⁰.

senso quanto meno di una nuova eguaglianza». Il punto era chiaro anche a C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), tr.it., Giuffrè, Milano, 1982, 298: «Ogni eguaglianza acquista la sua importanza ed il suo significato per la correlazione di una possibile ineguaglianza. Essa è tanto più intensa quanto più grande è l'ineguaglianza nei confronti di quelli che non fanno parte degli eguali. Un'eguaglianza senza la possibilità di una ineguaglianza, un'eguaglianza che si abbia di per sé e non si possa in alcun modo perdere, è priva di valore e indifferente»; per Schmitt, peraltro, l'eguaglianza democratica è connessa alla cittadinanza, dunque essenzialmente «omogeneità, e precisamente omogeneità del popolo», e la democrazia è «identità dei dominanti e dei dominati» (ivi, 307).

⁷ G. SPENCER-BROWN, *op.cit.*, 1

⁸ N. LUHMANN, *op.ult.cit.*, 49; ID., *Il diritto*, cit., 443.

⁹ ID., *Il diritto della società*, cit., 98.

¹⁰ Ossia, allorché ci si chiede se la stessa distinzione tra *Recht* e *Unrecht* sia giusta o sbagliata in base al medesimo codice; sull'autoreferenza (tratto necessario per l'osservazione di secondo grado), oltre a N. LUHMANN, *Introduzione*, cit., 67 ss. (239 ss. sul *re-entry*, ossia sul rientro di una distinzione in ciò che è distinto nel medesimo sistema); ID., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), tr.it., il Mulino, Bologna, 1990, 72 ss. e 671 ss., si vedano L.H. KAUFMAN, *Self-reference and recursive forms*, in *Journal of Social and Biological Structures*, 10, 1987, 53 ss.; per l'ambito giuridico, G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico* (1989), tr.it., Giuffrè, Milano, 1996, 19 ss., che tenta altresì di elaborare una prospettiva ulteriore (qui non esaminabile), intendendo il diritto come "sistema autopoietico di secondo ordine" che «attua una chiusura operativa indipendente, nella misura in cui costituisce autoreferenzialmente le sue componenti e le connette fra loro in un iperciclo» (ivi, 39 e ss.).

Qui, infatti, la simmetria della distinzione è superata solo attraverso la dimensione diacronica contenuta in una temporalizzazione delle operazioni, ossia in una definizione di programmi condizionali¹¹: in tale prospettiva, secondo Luhmann, «la formula complessiva per questi programmi è indicata tradizionalmente come “giustizia”, e il principio di uguaglianza ne fornisce la operazionalizzazione tecnico-giuridica, cioè la regola per la quale si devono decidere casi uguali in modo uguale e casi disuguali in modo disuguale». Formula universalmente applicabile, per sé non generativa di paradossi, e valida per tutti i rapporti tra regole (programmi) e casi, «anche per quelli tra se stessa e la totalità dei casi»; qui, infine, il rapporto di interazione tra il codice binario e l'idea di eguaglianza diventa non più gerarchico, ma complementare¹².

2. Il principio di eguaglianza nella prospettiva sociologica. Dalla stratificazione alla differenziazione funzionale

Ciò risponde, in realtà, a una mutata percezione dei rapporti sociali, che non si fondano più, secondo Luhmann almeno a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, su una struttura sociale stratificata, ma su una funzionalmente differenziata. In tal senso – ed è questa un'osservazione di primaria importanza – l'affermazione del principio di eguaglianza, ossia il superamento dell'accettazione delle diversità poste dalla nascita, dall'appartenenza di ceto e dalla diversità dei singoli *status* vale a manifestare un graduale ma profondo mutamento del sistema sociale, in cui «l'uguaglianza non solo dei casi giuridici, ma degli uomini in rapporto allo Stato, diventa una pretesa politica, che però può essere soddisfatta solo costituzionalmente, e così viene subito nuovamente giuridificata». Dunque, «dietro grandi parole e principi, si tratta di riorientare il mondo delle idee dalla stratificazione alla differenziazione funzionale», in un contesto in cui infine l'eguaglianza «deve essere assicurata come uguaglianza di possibilità (pari opportunità), come uguaglianza di accesso ai singoli sistemi di funzione»¹³. Le disuguaglianze non possono più essere allora centralizzate, sulla base di presunte differenze generalizzate (come sesso, razza, lingua, ceto *etc.*), ma permesse solo all'interno dei singoli sistemi funzionali, che operano secondo codici peculiarmente diversi tra loro entro una differenziazione complessiva che rende impraticabile ogni referente esterno comune (come per esempio la “natura”, ossia, per i giuristi, il diritto naturale): così «lo schema uguale/disuguale diventa lo schema con il quale i singoli sistemi di funzione articolano il loro rapporto con la società, vale a dire il rapporto con l'ambiente interno alla società e con se stessi»¹⁴.

In altri termini, ogni (sotto)sistema funzionale opera distinzioni proprie, e legge lo schema binario secondo il proprio codice operativo, in base alla propria autonomia autopoietica:

¹¹ Se l'autoreferenza pura è tautologica (“A è A”), i sistemi costitutivi di senso la superano con meccanismi a ciò orientati, come la condizionalità (“A è A solo se...”), che producono la possibilità della riproduzione autopoietica introducendo asimmetrie, anche temporali; sul punto G. CORSI, *Asimmetrizzazione*, in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, FrancoAngeli, Milano, 2002, 42 ss.

¹² N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 52.

¹³ Ivi, 55-57.

¹⁴ Ivi, 58.

dal che consegue che anche per il sistema giuridico, in quanto differenziato, l'eguale trattamento dei casi non può costituire in sé uno scopo, «poiché ciò richiederebbe di non prendere in considerazione distinzioni note o ancora da scoprire». L'eguaglianza opera dunque come forma, ossia «come schema dell'autoosservazione che espone tutte le osservazioni del sistema a un obbligo di verifica e le costringe a optare per l'uguale o per il disuguale», identificando somiglianze, ripetizioni e riutilizzabilità¹⁵; e d'altronde, il sistema giuridico stesso è in sé un sistema che costantemente si autoosserva e si autodescrive¹⁶.

Ma la biforcazione eguale/diseguale opera diversamente, com'è ovvio, se riferita all'attività dei giudici o a quella del legislatore: come si dirà meglio oltre, se i primi operano sui singoli casi, costruendo complessità ulteriore tramite una giurisprudenza che funzionalmente agisce altresì da fattore di legittimazione (esemplare il modello del *common law*, che costruisce se stesso come unità di ragione e storia), il secondo lavora elaborando programmi condizionali (ma anche di scopo, come si dirà oltre), secondo parametri dettati, peraltro, dalle costituzioni rigide (ove presenti), che rendono normativa la forma del principio di eguaglianza e che vincoleranno, in forma diversa, sia i giudici che i legislatori e le amministrazioni.

Peraltro, secondo Luhmann, il principio di eguaglianza «si riferisce all'unità del sistema giuridico, indipendentemente dalle ripartizioni organizzative e dalle giurisdizioni»; esso «indica la forma delle forme che assumono la funzione di programmi, siano essi leggi o una giurisprudenza consolidata su determinate questioni»; sotto la sua guida «il sistema lavora su se stesso», non muovendosi nel senso di più eguaglianza e meno diseguaglianza, «ma in direzione di una complessità più alta, che offre più aspetti per l'uguaglianza e più aspetti per la disuguaglianza». La preferenza formale per l'eguaglianza, dunque, «ha solo il senso, nel caso dell'opzione per la disuguaglianza, di riferire il sistema alla sua storia e, soprattutto, all'aspettativa di un decidere consistente»; in ciascuno di tali aspetti l'eguaglianza «è quella forma che chiude operativamente il sistema nell'ambito dell'osservazione del suo osservare, che riferisce cioè il sistema a se stesso»¹⁷.

Tornando tuttavia al profilo della decisione, e riprendendo il tema del ruolo del legislatore in rapporto a quello del giudice, la prospettiva teorica di Luhmann suscita varie considerazioni: anzitutto, è ovvio che il soggetto che pone la legge, nella forma di un programma condizionale, dovrà intendere il principio in esame in modo affatto diverso da quello cui deve adeguarsi il

¹⁵ Ivi, 61-62.

¹⁶ N. LUHMANN, *Il diritto*, cit.: si possono «vedere due possibilità e distinguere rispettivamente una forma giuridica di osservazione del diritto (ma sempre: del diritto come una forma che si autoosserva) e un'altra sociologica. Il sociologo segue solo i vincoli del suo sistema che può ad esempio richiedere "ricerche empiriche". Anche il giurista, a sua volta, obbedisce solo alle connessioni del suo sistema, ma questo sistema è il diritto stesso». Dunque, una teoria sociologica sarebbe adeguata se descrivesse il sistema giuridico come un "sistema che si autodescrive", mentre una giuridica sarebbe un'autodescrizione del sistema giuridico «che però dovrebbe calcolare che autoosservazione e autodescrizioni possono difficilmente apprendere il loro oggetto solo nella differenza. Devono identificarlo, vale a dire distinguerlo, per potersi associare ad esso» (ivi, 8-9).

¹⁷ N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 61-67; l'autosservazione (osservazione di secondo grado) è un carattere centrale per l'autopoiesi, e dunque per lo stesso sistema giuridico: sul tema H. VON FOERSTER, *Sui sistemi auto-organizzatori e i loro ambienti* (1960), tr.it. in ID., *Sistemi che osservano* (raccolta di saggi), Astrolabio-Ubaldini, Roma, 1987, 51 ss.; per un quadro di sintesi, M.G. MUSSO, *Il sistema e l'osservatore. Itinerari di sociologia della complessità*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

decisore finale sul caso concreto. Nei modelli di *civil law* il legislatore, in linea di principio, non troverà un obbligo effettivo al rispetto dell'eguaglianza di trattamento fin quando non si assuma il vincolo posto in tal senso da una costituzione rigida. Ma, a ben vedere, anche questa, ancorché intesa come testo autologico¹⁸, non trova nel principio di eguaglianza un vincolo da rispettare (o da imporre necessariamente, anche a se stessa): in altre parole, la metapreferenza per il lato interno della forma bilaterale di cui si è detto non è, in sé, politicamente necessaria né, tanto meno, logicamente autoevidente.

In termini generali, l'esercizio di sovranità che il decisore politico realizza, a partire dalla stessa costituzione, trova il suo vero limite solo nella sua capacità di imporre la propria volontà o, meglio, di ottenere obbedienza alle proprie statuizioni¹⁹; rimosso, in quanto ormai inefficace, ogni anacronismo giusnaturalistico, il ruolo effettivo del soggetto sovrano è, in astratto, quello di vincolare i comportamenti dei consociati secondo la propria volontà. Detto altrimenti, l'esercizio di sovranità è mera espressione di potere. Leggendo ciò nella prospettiva sistemica: anche in un regime autoritario o totalitario il diritto posto dall'autocrate svolge la sua funzione, decidendo quali aspettative siano da intendersi come normative, stabilizzandole e semplificando (talora in modo estremo) la complessità secondo il codice binario *Recht/Unrecht*. In altri termini, anche qui il sottosistema giuridico opera in forma autopoietica, ma in accoppiamento strutturale con il sottosistema politico: laddove, cioè, il primo (entrambi i sistemi sono operativamente chiusi ma, si badi, non isolati) reagisca in modo efficace alle irritazioni ambientali, ossia fornisca *outputs* idonei da soddisfare le esigenze del secondo, è del tutto indifferente il presupposto valoriale adottato.

La prospettiva sistemico-funzionale è in sé assiologicamente adiafora, al pari di altre costruzioni teoriche (si pensi, in campo giuridico, alla *reine Rechtslehre* kelseniana o, con altre modalità, alla teoria decisionista schmittiana)²⁰; un problema teorico, forse, si può piuttosto scorgere laddove si tratti di armonizzare l'autopoesi evolutiva del sistema con la concentrazione del potere decisionale in un singolo sistema psichico (ossia un autocrate), ancorché questo sia comunque espressione del sistema politico (e del sistema sociale) di cui fa parte, e dunque fattore di un ulteriore e diverso accoppiamento strutturale. Ma non è tema qui affrontabile.

Tornando al nostro discorso, l'assenza di un principio egualitario generalizzato in una società stratificata è storicamente comprensibile e funzionalmente coerente con l'assetto complessivo del sistema sociale; il valore della giustizia, sovente richiamato ma anch'esso in sé

¹⁸ Se si intende per costituzione «una legge positiva che fonda lo stesso diritto positivo e che determina come può essere organizzato il potere politico e come può esercitarsi in forma giuridica e con restrizioni giuridicamente date», questa può essere solo un testo autologico, «cioè un testo che prevede se stesso come parte del diritto»: così N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 443. In quanto testo autologico, essa è frutto di una autodescrizione del sistema (ivi, 467 ss.).

¹⁹ Si richiama qui, fra molte, la definizione di M. WEBER, *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche* (post., 1922), tr.it., Ed. di Comunità, Milano, 1995, 51-52: se per «potenza» si intende «qualsiasi possibilità di far valere entro una relazione sociale, anche di fronte a un'opposizione, la propria volontà, quale che sia la base di questa possibilità», per «potere» «si deve intendere la possibilità di trovare obbedienza, presso certe persone, ad un comando che abbia un determinato contenuto».

²⁰ Sul punto si veda però, con considerazioni critiche, A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1975, 134 ss.

costituito da un referente sostanzialmente vuoto²¹, è tuttavia in tale contesto rispettato allorché la percezione delle oggettive diseguaglianze esistenti nella realtà sociale sia compensata da fattori (culturali, religiosi, o comunque ideologici) che inducano i sistemi psichici a giustificare tale situazione come rispondente a un principio esterno (come detto, per esempio la “natura”). E d'altronde, anche nell'ordine liberale borghese le differenze erano percepite alla luce dei meriti connessi all'attività individuale, in modo tale che «le differenze sociali, compresa l'indigenza individuale, non erano escluse dal sistema delle libertà individuali, ma erano riconducibili al fallimento personale e in questo senso non venivano percepite come ingiuste»²².

Peraltro, anche nelle società funzionalmente differenziate la giustizia, tradotta in termini concreti, opera come una “formula di contingenza”²³ che supera sì definitivamente «ogni inferenza dal “naturale” al “giusto”, secondo quel che veniva concepito implicitamente nella tradizione giusnaturalista»²⁴, ma non può diventare per sé un metavalore aprioristicamente definito. Dunque, fermo restando che il profilo funzionale del principio di eguaglianza resta legato alla sua forma bilaterale e all'unità necessaria della distinzione eguale/diseguale, il riconoscimento di questa, in sé, non è sufficiente a fondare la preferenza, né la vincolatività, dell'eguaglianza (implicando, tutt'al più, un fattore di necessaria relazionalità ben noto alle Corti e alla lettura più tradizionale dei giuristi)²⁵. In altre parole, tale preferenza deve fondarsi altrove.

3. Il principio di eguaglianza nella prospettiva giuridico-costituzionale. Gerarchia ed eterarchia

La costituzione è concepita da Luhmann come un'acquisizione evolutiva, e in particolare come il frutto di un accoppiamento strutturale tra il sottosistema giuridico e il sottosistema politico entro un sistema sociale: entrambi i sottosistemi mantengono per sé la loro natura autopoietica, in quanto sistemi di senso, rispetto alla creazione dei propri elementi e delle proprie connessioni interne, ma interagiscono con irritazioni reciproche costanti in un

²¹ Anche nella prospettiva eminentemente logico-formale di Kelsen, la giustizia non può essere vista come fattore discrezionale tra un diritto giusto di una comunità giuridica e quello violento di una “banda di briganti” (secondo la nota lezione agostiniana): «che la giustizia non possa essere una caratteristica atta a distinguere il diritto dagli altri ordinamenti coercitivi risulta dal carattere relativo del giudizio di valore, in base al quale si dice che un ordinamento sociale è giusto» (così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* [1960], tr.it., Einaudi, Torino, 2021, 73).

²² Così D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 129 ss. (cit. a p. 131).

²³ N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 193 ss.

²⁴ Ivi, 198; per quanto qui ci riguarda, la giustizia può relazionarsi «in un modo distinto con la forma di uguaglianza, cioè nella forma della regola di decidere casi uguali in modo uguale (e di conseguenza: casi diseguali in modo diseguale). In una versione più sintetica: la giustizia si può designare anche come consistenza del decidere» (ivi, 205).

²⁵ Tra molti, si veda sul punto F. SORRENTINO, *Dell'eguaglianza*, Mucchi, Modena, 2014, 23, secondo il quale nella sua struttura «il principio di eguaglianza si presenta come una norma di relazione, che impone la comparazione tra due diverse situazioni, sia allorché esse siano fatte oggetto di diverse discipline, sia allorché siano sottoposte alla medesima disciplina».

coordinamento crescente e stabile tra le loro strutture²⁶. Con icastica formula, la sua funzione è individuata nel senso che «la novità del progetto settecentesco di costituzione sta nel fatto che la costituzione rende possibile ad un tempo una soluzione *giuridica* del problema di autoreferenzialità del sistema *politico* e una soluzione *politica* del problema di autoreferenzialità del sistema *giuridico*»; ciò assume la massima rilevanza poiché è ovvio che nessun sistema, in sé, può nascere e riprodursi solo su una base meramente autoreferenziale²⁷.

E dunque, storicamente, nel processo di variazione/selezione/ristabilizzazione funzionale che caratterizza l'evolversi di entrambi i sistemi e dei rispettivi codici (diritto/non-diritto da un lato, potere/non-potere dall'altro)²⁸, la costituzione rappresenta un arricchimento di complessità e, al contempo, si pone come progetto di deparadossizzazione e detautologizzazione dell'autoreferenzialità dei due sistemi²⁹ rispetto all'*impasse* posta dal rientro della distinzione diritto/non diritto all'interno del sistema giuridico, o di quella potere/non potere nel sistema politico.

In tal senso sono di primaria importanza, come detto, la dimensione diacronica, che rende asimmetriche le relazioni dissolvendo i paradossi, nonché quella gerarchica, che, superando l'antica piramide giusnaturalistico-teologica di diritto divino/naturale/positivo, costruisce, entro quest'ultimo, una struttura basata sullo *Stufenbau*, rende la costituzione (rigida) sovraordinata ed eminente rispetto a tutte le altre fonti normative dell'ordinamento, e così facendo impedisce il bloccarsi dell'autopoiesi del sistema. Luhmann avverte però che ciò può accadere solo laddove i sistemi sociali sono sufficientemente differenziati e si è adeguatamente evoluto il loro tratto autopoietico: in tal senso, lo Stato di diritto che si genera nell'esperienza occidentale degli ultimi due secoli (sia pur con le fasi critiche degli intermezzi totalitari) e che

²⁶ N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr.it. in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *op.cit.*, 83 ss.; ID., *Il diritto*, cit., 440 ss.; sul concetto di accoppiamento strutturale, ID., *Introduzione*, cit., 103 ss. e 227 ss.; ID., *Il diritto*, cit., 411 ss.; su quello, distinto ma affine, di interpenetrazione tra sistemi, ID., *Sistemi sociali*, cit. 351 ss.; sul concetto di acquisizione evolutiva, N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op.cit.*, 221 ss.

²⁷ N. LUHMANN, *La costituzione*, cit., 109-110 (corsivi dell'a.); sul rapporto tra sistema giuridico e sistema politico, ID., *Il diritto*, cit., 379 ss.; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), tr.it., Laterza, Roma-Bari, 2013, 156 ss.

²⁸ Sulle funzioni del codice nel sistema politico ID., *Macht*, Enke, Stuttgart, 1975, tr.it. *Potere e complessità sociale*, il Saggiatore, Milano, 2010, spec. 33 ss. (si noti che il codice del potere, meglio traducibile nella diade dominio/sottomissione, si deve integrare con quello giuridico [*Recht/Unrecht*] da un lato e con quello politico [governo/opposizione] dall'altro, per legittimare il potere stesso e poter essere tecnicizzato). Sul meccanismo di variazione/selezione/ristabilizzazione dei sistemi, in sintesi, N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op.cit.*, 218 ss.; sulla variazione strutturale nel diritto già N. LUHMANN, *Sociologia del diritto* (1972), tr.it.parz., Laterza, Roma-Bari, 1977, 235 ss.

²⁹ ID., *La costituzione*, cit., 93; per una rappresentazione, anche grafica, della tautologia (diritto è diritto) e del paradosso (il diritto da una parte è non-diritto dall'altra) nel sistema giuridico, nonché del loro superamento (detautologizzazione o deparadossizzazione) tramite il meccanismo della programmazione condizionale (che implica altresì un'asimmetrizzazione temporale), ID., *Il diritto*, cit., 150 ss.; sul tema si veda anche ID., *Tautology and Paradox in the Self-Description of Modern Society*, in ID., *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press New York-Oxford, 1990, 123 ss.

evolve nello Stato costituzionale è il peculiare esito dei processi di differenziazione funzionale e di superamento (pressoché) pieno della società stratificata³⁰.

In tale quadro, infatti, il principio di eguaglianza sancito nelle costituzioni rigide, ben più che fondarsi in senso etico, opera piuttosto come garanzia della parità di *chances* nell'accesso ai diversi sistemi funzionalmente autonomizzati e differenziati³¹: nella sua accezione formale, tuttavia, esso va poco oltre la dimensione tautologica imponendo, in senso relazionale, che ciò che è eguale (si badi, non ciò che è *identico*) a qualcos'altro sia trattato nello stesso modo di quest'ultimo, e che ciò che invece non lo è possa essere trattato in modo diverso, ma senza dare alcun contenuto prefissato a tale individuazione, né indicando realmente al decisore un criterio preventivo di condotta rispetto a ciò che esula dalla relazione principale.

La struttura triangolare del giudizio di valutazione sull'eguaglianza, fondata su una gerarchizzazione che pone al vertice, in funzione parametrica, il relativo principio prescinde, in sé, dal contenuto della decisione concreta, obbligando il decisore, come detto, soltanto a preferire il lato interno della distinzione (l'eguale), ovvero a motivare l'eventuale (e meno probabile) preferenza per quello esterno (il diseguale).

Si vedrà oltre in qual modo la programmazione condizionale e quella di fini interagiscono con il giudizio di eguaglianza e con il dibattutissimo (quanto evanescente) criterio di ragionevolezza, impiegato per lo più al fine di dissimulare in veste oggettiva l'alto grado di soggettività del giudizio stesso. Qui deve invece sottolinearsi un altro profilo interessante che può farsi derivare dall'impostazione sistemico-funzionale in esame: l'ormai evidente combinarsi, nell'organizzazione dell'ordinamento-struttura, di un modello gerarchico con uno eterarchico, dovuto alle forti pressioni del sistema politico. E tuttavia tale processo, che da un lato risponde a irritazioni ambientali non ignorabili, dall'altro genera ulteriore complessità e nuove forme di tautologia/paradosso, riflesse poi in modo diretto anche sulla funzione e sull'applicazione del principio di eguaglianza³².

Tradotto in termini più consueti ed esemplificativi per il giurista, il moltiplicarsi delle fonti, ma soprattutto quello dei titolari di potestà normativa, inclina l'intero assetto organizzativo dell'ordinamento-struttura (in sé parte eminente, ancorché certo non esaustiva dell'intero sottosistema giuridico) verso un paradigma di tipo eterarchico; la combinazione di questo con il tradizionale assetto gerarchico-piramidale del sistema delle fonti normative, in sé certamente

³⁰ Sui diversi tipi di società (segmentaria, stratificata e funzionalmente differenziata), in sintesi, N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op.cit.*, 247 ss.

³¹ N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 56-57: l'eguaglianza «deve essere assicurata come uguaglianza di possibilità (pari opportunità), come uguaglianza di accesso ai singoli sistemi di funzione». In tal senso agisce anche il modello di inclusione, che, accanto a quello di differenziazione di strutture e funzioni sociali, regge lo Stato moderno, soprattutto nella sua declinazione democratica e pluralista. Sul punto D. GRIMM, *op.cit.* 142: per inclusione «si deve intendere l'integrazione dell'intera popolazione nelle prestazioni di tutti i sistemi sociali parziali. Se, in origine, l'ampliamento per inclusione dell'attività statale era prevalentemente condizionato dai costi sociali della liberalizzazione e della industrializzazione, oggi si è gradualmente svincolato dalla questione sociale del XIX secolo, e abbraccia tutte le potenziali discriminazioni di singoli o di gruppi senza incontrare resistenza in limiti immanenti».

³² Sul tema dei paradossi in ambito giuridico, ancorché in diverse prospettive analitiche, M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco* (1992), tr.it., Giuffrè, Milano, 1995 (spec.36 ss. sul "gioco" inteso come movimento nello spazio complesso dell'"entre-deux"), nonché A. CERRI, *I paradossi nel diritto*, Mucchi, Modena, 2019.

plausibile sul piano strutturale³³, risulta tuttavia produttiva di una sempre maggiore entropia ordinamentale.

Ovviamente, per quanto qui ci interessa, in tale processo di trasformazione ogni mutamento genera altresì nuove disequaglianze, difficilmente superabili solo con le attribuzioni di valore operate tramite il codice: i criteri di risoluzione delle antinomie agiscono certo come strumento di asimmetrizzazione, ma non sono sempre efficaci, e la decisione ultima sulle attribuzioni di legittimità, affidata alle diverse Corti, si pone infine, in particolare al livello del giudizio di costituzionalità, come espressione di un'opzione politica in cui lo stesso decisore opera come una struttura risultante dall'accoppiamento dei due sistemi e in tale logica operante.

Qui, dunque, si colloca il criterio – come detto, ambiguo e sfuggente – della ragionevolezza: lungi dall'oggettivare realmente i contenuti del giudizio, ne svela in pieno la valenza soggettiva e comunque assiologicamente connotata. Salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo, è evidente che ogni riferimento a una ragionevolezza astratta, situata in modo quasi anodino nel punto cruciale della decisione, costituisce un argomento difficilmente utilizzabile nel contesto sistemico. Se già l'apprezzamento del carattere eguale/diseguale della norma rispetto al *tertium* si colora di una valenza prevalentemente soggettiva, il giudizio sulla valutazione della *rationabilitas* dell'ipotetica disequaglianza fa ricadere sul giudice la piena soggettività della scelta, implicando una sua (più o meno visibile e riconosciuta) responsabilità³⁴. Nel caso del giudice costituzionale, questo fattore è affatto evidente, né l'intrinseca politicità del suo operare può essere negata in base al generico limite di *political question* posto da disposizioni formalmente ineccepibili ma concretamente inapplicabili come quelle che vietano il giudizio sul merito delle disposizioni³⁵. Né la copertura offerta dal pur ovvio riferimento all'ombrello dei principi (o addirittura dei valori) costituzionali contingenti può bastare a rendere realmente oggettivi l'atto interpretativo e la decisione che ne consegue³⁶.

E ciò accade tanto più allorché il giudizio sulla ragionevolezza di una norma si sviluppa eludendo il modello triadico, si svincola dal *tertium* e si pone, magari alla luce più o meno incerta del principio di eguaglianza inteso in senso sostanziale, come valutazione della

³³ Deve precisarsi infatti che, in campo antropologico, il modello eterarchico, inteso come sistema organizzativo i cui elementi sono non classificati (e comunque non in modo gerarchico) e dunque possono esserlo in vari modi, si oppone non a quello gerarchico, ma a quello omoarchico, basato su una relazione tra elementi rigidamente classificati in un solo modo e dunque tali da non poter essere privi di classificazione o classificati diversamente senza passare per una rimodulazione cardinale dell'intero sistema sociale e politico: sul punto G. COOK, *Heterarchy and Homoarchy in Maya Village Politics*, in D.M. BONDARENKO, A.A. NEMIROVSKIY (ed.), *Hierarchy and Power in the History of Civilizations (Selected Papers of the Third International Conference)*, Moscow, 1997 (all'url https://www.inafra.ru/sites/default/files/page_file/hierarchyandpower_1997.pdf), 67 ss.; D. CHRISTIAN, *Hierarchy and Heterarchy in World History*, ivi, 34 ss.;

³⁴ Su questi temi, entro una letteratura torrenziale e con approcci diversi, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; B. CARAVITA, *op.cit.*, 45 ss. e 150 ss.

³⁵ Ovviamente il riferimento è anzitutto all'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ma l'osservazione va ben oltre il singolo dato normativo, investendo ruolo e prassi operativa del giudice costituzionale: sul tema, di recente, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.

³⁶ Per ulteriori considerazioni sul tema rinvio a F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. 255 ss.

ragionevolezza della disciplina oggetto del giudizio³⁷; in tal senso, la distinzione ragionevole/irragionevole finisce con il sovrapporsi (se non con il sostituirsi) a quella *Recht/Unrecht*, alterando di fatto il codice e spostando il giudizio su una nuova forma a due lati, in cui l'indicazione della preferenza per il lato interno (il "ragionevole") si qualifica ancor più chiaramente come frutto di un'opzione interamente connessa al profilo politico dell'accoppiamento strutturale. In altri termini, usando i termini luhmanniani, il giudice costituzionale opera al contempo (al pari della costituzione di cui è garante, ma in modo soggettivo, ossia strutturato sull'interazione di sistemi psichici con i sistemi sociali espressa tramite l'atto ermeneutico), come risolutore politico di problemi giuridici e come risolutore giuridico di problemi politici. Così facendo, egli progressivamente trasforma un'eteroreferenzialità in una autoreferenzialità (pur senza toccare la permanente autopoieticità dei due sistemi, giuridico e politico), in un contesto nel quale peraltro tutti i giudici, con il loro obbligo di decidere e il divieto del *non liquet*, costituiscono il centro del sistema giuridico (laddove legislazione e autonomia contrattuale privata ne costituiscono piuttosto, nella prospettiva luhmanniana, una periferia)³⁸.

Peraltro, tornando al profilo dell'eterarchia, è evidente che questa, in una prospettiva che delimiti il sistema giuridico superando i meri confini nazionali, si manifesta chiaramente anche nella pluralità degli attori operanti al livello sovra- e internazionale: il rapporto (dialogico/confittuale) tra le Corti nazionali, europee e internazionali rappresenta una rete di relazioni che, sebbene in sé incompatibili con i paradigmi gerarchici tradizionali, presenta nondimeno problemi peculiari di non facile soluzione, soprattutto in assenza di una ricostruzione generalmente condivisa dei rapporti tra ordinamenti³⁹.

In tale contesto, dunque, è palese che l'attuazione e l'applicazione del principio di eguaglianza presenta difficoltà ulteriori: se gli attori del sistema sono disposti in senso eterarchico, ossia dispongono di poteri decisori tra loro concorrenti quando non addirittura sovrapposti e potenzialmente conflittuali, il giudizio sulla distinzione eguale/diseguale potrà essere differenziato; e poiché, come detto, ogni nuova eguaglianza produce in sé nuova disequaglianza, i processi di adattamento complessivi del sistema potranno evidenziare molte criticità, non risolte dai residui di gerarchia pur presenti nell'ordinamento-struttura. In

³⁷ Sul punto, con chiara sintesi, F. SORRENTINO, *op.cit.*, 59 ss.: nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana emerge progressivamente «l'autonomia dello scrutinio di ragionevolezza rispetto a quello dell'eguaglianza vera e propria: l'uno ha ad oggetto esclusivamente la discrezionalità del legislatore, l'altro la ragionevolezza delle distinzioni» (ivi, 61), cosicché il giudizio finisce con il vertere essenzialmente sull'uso della discrezionalità del legislatore, ossia proprio sull'ambito che sarebbe precluso alla Corte.

³⁸ Sul punto, che è della massima rilevanza ma non è qui affrontabile, N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 273 ss.; peraltro, l'autore assume tale considerazione anche in virtù del divieto di denegare giustizia, intimamente connesso al principio/dogma della completezza dell'ordinamento e alla esclusività del diritto statale. In realtà, l'esperienza delle Corti costituzionali è tale per cui questo divieto non di rado è eluso con uso "politico-strategico" degli strumenti processuali, primo tra tutti la dichiarazione d'inammissibilità della questione di legittimità accortamente gestita secondo valutazioni contingenti.

³⁹ Sulla configurazione dei modelli (gerarchici, eterarchici, etc.) si veda l'utile raffigurazione grafica di un modello eterarchico e di uno eterarchico circolare consultabile all'url www.heterarchy.org; si veda altresì sul tema S. MOSCOVICI, *Nos sociétés biuniques*, in *Communication*, 2/2012, 93 ss. (anche all'url <https://www.cairn.info/revue-communications-2012-2-page-93.htm&wt.src=pdf>)

particolare, il percorso di variazione/selezione/ristabilizzazione di cui si è detto potrà, nell'ambito in esame, orientarsi in modo discontinuo o comunque ondivago, ponendo sempre nuovi dilemmi operativi e rendendo sempre meno raggiungibile il fine complessivo di stabilità e certezza del sistema giuridico.

4. Eguaglianza, programmazione condizionale, programmazione di scopi

In ordine alla funzione delle costituzioni c'è però un altro profilo necessariamente da considerare: si è detto della funzione di asimmetrizzazione che la programmazione condizionale svolge nel sistema giuridico, assorbendo in sé una ineludibile dimensione diacronica che non è fattore secondario della deparadossizzazione. Ma è tratto proprio delle costituzioni contemporanee usare anche un altro tipo di programmazione, che potremmo dire teleologica: quelle che per i giuristi sono norme programmatiche si inseriscono, anche in una ricostruzione di tipo sistemico, come indicazione di fini destinata anzitutto al legislatore, la cui attività programmante, libera nell'assetto proprio dello Stato liberale ottocentesco, diventa invece vincolata dalla definizione di programmi, intesi come scopi eminentemente politici cui il legislatore deve orientarsi, nelle costituzioni rigide dello Stato sociale del secondo Novecento⁴⁰.

Qui si colloca, per i costituzionalisti, la frequentatissima tematica dell'eguaglianza intesa in senso sostanziale, della lettura connessa dei due commi dell'art.3 della Costituzione italiana vigente e, più ampiamente, del punto di svolta tra il modello dello Stato liberale "classico" e quello dello Stato sociale, fondamento per la ricca panoplia dei diritti di seconda generazione. Qui, in altri termini, si compie una profonda trasformazione concettuale che, vincolando il legislatore anche in senso positivo (ossia non solo, in negativo, al rispetto dei limiti di legittimità *stricto sensu* intesi, ma anche, in positivo, al perseguimento di fini specifici), ne muta in certo modo la collocazione funzionale.

Ora, ciò che deve rilevarsi, nella prospettiva sistemica qui esaminata e per lo specifico profilo trattato, è che i programmi di scopo (*Zweckprogramme*), in sé, sono per Luhmann concepibili nel sistema giuridico solo se inquadrati in un contesto di programmazione condizionale, potendo soltanto questa risolvere il problema del collegamento costante tra autoreferenza ed eteroreferenza del sistema stesso⁴¹. E in realtà, anche rimanendo nel lessico giuridico più comune, l'affermazione della vincolatività delle norme programmatiche, ossia la sostanziale equivalenza di queste alle norme precettive, si può leggere solo tramite un paradigma (inverso) di condizionalità: *se* (e solo *se*) non contrasta con il fine prescritto dalla norma programmatica posta dalla costituzione, *allora* la norma legislativa è legittima. Ma, d'altra parte, ogni

⁴⁰ Sarà appena il caso di ricordare, nell'esperienza italiana, la resistenza e i dubbi che una parte della dottrina e della giurisprudenza ebbero nei primi anni di vigenza della Carta repubblicana nel considerare vincolanti le norme programmatiche ivi contenute, e la netta soluzione in senso positivo che, fin dalla sentenza n.1 del 1956, la Corte costituzionale offrì al problema. Sul punto, fra molti, si veda già V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 48 ss.

⁴¹ N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 175 ss. e 208 ss.; sul rapporto tra autoreferenza ed eteroreferenza nell'osservazione di secondo grado, *ivi*, 65 ss.

determinazione condizionale a livello della normazione primaria sarà a sua volta legittima se (e solo se) non contrasterà con le condizionalità contenute nella normazione costituzionale.

In tal senso le attività programmatiche e quelle programmate si giovano sia dell'asimmettrizzazione logica della struttura ordinamentale gerarchicamente ordinata che di quella temporale, posta intrinsecamente nella natura diacronica del processo decisionale stesso (salvo restando quanto già detto in tema di combinazione tra gerarchia ed eterarchia nella complicazione dell'assetto ordinamentale complessivo)⁴². Peraltro, la necessaria commistione di condizionalità e teleologicità certo non semplifica il problema, giacché anche gli scopi sono in sé sempre programmi, ossia «costruzioni che potrebbero essere scelte in modo diverso», e in particolare «programmi sul futuro», nei quali però «un futuro sempre incerto, sempre sconosciuto, deve essere trattato nel presente come se fosse già realizzato»⁴³. E peraltro, «mentre i programmi di scopo sono orientati al futuro, i programmi condizionali hanno a che fare con dati di fatto legati al passato»; ne deriva che «il collegamento, la sovrapposizione o anche l'uso parallelo di entrambi i tipi di programma consente perciò una coordinazione tra futuro e passato»⁴⁴.

Ma è proprio qui, dunque, che meglio si manifesta la funzione dell'accoppiamento strutturale espresso nella costituzione: in quanto definizione (anche) di fini, considerazione di un futuro come presente e di un presente futuro (con le ovvie incertezze dovute all'imprevedibilità di quest'ultimo), questa si pone come il luogo dell'opzione programmatica apicale, causalmente prioritaria, rispetto a ogni ulteriore decisione di programmazione legislativa. In tal senso, inoltre, meglio si comprende la concezione di una costituzione intesa come luogo funzionale della stabilità e del mutamento⁴⁵.

E tuttavia, due considerazioni, tra loro connesse, sono assolutamente da non trascurare: la prima è quella per cui tale funzione si esplica esclusivamente come fattore autoriproduttivo dell'ordinamento-struttura, ambito in sé certo eminente ma non esaustivo per l'autopoiesi del sistema giuridico. Detto altrimenti, il mutamento dell'ordinamento passa per i procedimenti prescritti dallo stesso, ossia da operazioni interne, ma l'adattamento del sistema giuridico come tale può ben essere veicolato da processi affatto diversi, legati alla fattualità storica. Qui l'eteroreferenzialità prevale drasticamente sull'autoreferenzialità, e il sistema, come detto operativamente chiuso ma mai isolato rispetto all'ambiente, reagisce in modo contingente e

⁴² In realtà, il modello della programmazione decisionale (condizionale o di scopo) è assai complesso: si veda ancora N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione* (post., 2000), tr.it., B. Mondadori, Milano, 2005, spec. 214 ss.; sul tema, in ordine all'ambito del sistema politico, si veda già ID., *La pianificazione politica* (1966), tr.it. in ID., *Stato di diritto e sistema sociale* (saggi 1964-70), Guida, Napoli, 1990, 121 ss., ma spec. 128 ss.

⁴³ Così N. LUHMANN, *Organizzazione*, cit., 219: l'autore nota però che l'allineamento al futuro produce conseguenze diverse nei programmi condizionali e in quelli di scopo. Mentre nei primi ciò che non è permesso è proibito, perché sganciarsi dal passato può essere fatto solo con prudenza, nei secondi l'indeterminatezza del futuro richiede elasticità, e le limitazioni circa la scelta dei mezzi devono essere espresse: dunque in questi ciò che non è proibito è permesso (ibidem). Peraltro, nel diritto, «la questione, se proclamare il primato del divieto o quello della concessione, diventa indecidibile, e si trasforma in un problema ideologico. Le due possibilità, viste come unità, costituiscono un paradosso che può essere spiegato solo programmando» (ibidem, nt.20).

⁴⁴ Così già N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (II ed., 1975), tr.it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995, 130.

⁴⁵ Sul punto rinvio a F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011, 245 ss.

imprevisto: in tal senso, un vero dominio delle causalità è impossibile per il diritto⁴⁶. La seconda è quella per cui, proprio per quanto appena detto, l'accoppiamento strutturale tra il sistema giuridico e quello politico, di cui le costituzioni sono espressione, trova proprio nella dimensione diacronica un suo ineludibile fattore di instabilità, che in realtà può comprometterne la stessa funzione: in altre parole, se è vero che la costituzione (rigida, in particolare) è in sé una "acquisizione" nel processo di evoluzione del sistema sociale, lo è altrettanto che, per gli stessi motivi per cui si pone come tale, essa può risultare in prospettiva obsoleta rispetto alle irritazioni causate da una radicale trasformazione degli altri sottosistemi operanti nell'ambiente⁴⁷. Ossia, il gioco dell'asimmetrizzazione temporale, utile a dissolvere il paradosso, comporta però un rischio di mutamento delle irritazioni ambientali tale da rendere poco controllabili gli esiti dell'intero processo di adattamento⁴⁸. Ma in genere, anche rispetto a fenomeni di metamorfosi graduale, si pone l'arduo problema, non affrontabile in questa sede, della modificabilità delle costituzioni e dei limiti del relativo processo, in sé produttivo di ulteriori paradossi e di "strani anelli" di tipo gödeliano⁴⁹.

Ma, tornando al nostro tema specifico, è evidente che nella palese natura composita del principio di eguaglianza, ben esemplificata dalla configurazione testuale dell'art.3 Cost., il fattore della programmazione di scopo assume un rilievo determinante. La norma di cui al

⁴⁶ Per tale ragione, «mentre nei programmi condizionali si deve pensare più alla limitazione ermeneutica dello spazio di manovra nell'interpretazione dei segnali provocatori, nella programmazione di scopo si tratta piuttosto di isolare i processi causali nei confronti delle interferenze esterne» (N. LUHMANN, *Organizzazione*, cit., 221). Ciò rende opinabile l'affermazione, di cui si dirà in una nota successiva, per la quale nei sistemi autopoietici non sono pensabili veri *inputs*: si tratta forse di un problema terminologico, risolvibile con altri riferimenti lessicali, ma resta il fatto che le pressioni dell'ambiente incidono necessariamente sul sistema giuridico, costringendolo a elaborare (selettivamente e nel proprio codice) gli impulsi esterni e a fornire risposte adattive adeguate; in altri termini, non necessariamente il termine *input* deve far pensare alle "trivial machines".

⁴⁷ Si pensi al caso, estremo ma non così raro, della rivoluzione, su cui rinvio a F. RIMOLI, *La transizione estrema. Appunti sul fenomeno rivoluzionario come modalità di adattamento sistemico*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2017.

⁴⁸ Afferma Luhmann che «i sistemi organizzativi, nella loro realtà sociale, non possono essere concepiti adeguatamente se li si descrive come funzioni o come macchine che trasformano un *input* in un *output*»; ciò, in sistemi autoreferenziali e non banali e in presenza di una pluralità di *inputs* e *outputs* condurrebbe a una complessità insostenibile. Piuttosto, rispetto alla programmazione di decisioni, ha senso parlare di confini di *input* e confini di *output*, tali da distinguere anche passato e futuro, poiché «la differenza tra gli orizzonti del passato e del futuro non può essere ignorata in alcuna decisione»; il sistema «può quindi utilizzare la mobilità, cioè la contingenza che ritrova in sé perché deve decidere, per stabilire se orientare i suoi programmi più all'*input* o più all'*output*; se, quindi, rilevando decisioni corrette, preferisce basarsi sulle condizioni date o, invece, sulle differenze da generare o da ridurre» (*Organizzazione e decisione*, cit., 214-215). In effetti, l'autopoiesi di un sistema, secondo Luhmann, escluderebbe in sé la possibilità di veri e propri *inputs* e *outputs* dal sistema stesso, dovendo piuttosto questo porsi in relazione con l'ambiente tramite irritazioni e/o accoppiamenti strutturali (sul punto N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op.cit.*, 22; N. LUHMANN, *Teoria generale*, cit., 103 ss.). Sulla dinamica del modello *input/output* nel sistema politico si veda però il noto studio di D. EASTON, *L'analisi sistemica della politica* (1965, 1979), tr.it., Marietti, Casale Monferrato, 1984; sulla distinzione tra macchine autopoietiche (che definiscono dall'interno i propri limiti) e allopoietiche (i cui confini di *input* e *output* sono esogeni e osservabili dall'esterno), H. MATURANA, F. VARELA, *Macchine ed esseri viventi. L'autopoiesi e l'organizzazione biologica* (1972), tr.it., Astrolabio-Ubalchini, Roma, 1992, 30 ss.

⁴⁹ Qualche considerazione sul tema in F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori* (1992), ora in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 156 ss.; per una definizione degli "strange loops" (e delle "gerarchie aggrovigliate") il riferimento è al mirabile testo di D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Un'eterna ghirlanda brillante* (1979), tr.it., Adelphi, Milano, 1984, spec. 11 ss.

secondo comma, e la sua inscindibilità ermeneutica da quella del primo, denota il tratto anfibologico del principio di eguaglianza inteso nella sua complessità. Riprendendo il profilo della forma a due lati, infatti, è palese che questa può ben applicarsi in modo sequenziale ai diversi aspetti del principio stesso, nonché, entro gli atti della sequenza, alle diverse operazioni svolte dai diversi soggetti. Posto dunque dinanzi a una contingenza concreta, ossia a un'irritazione ambientale, il legislatore dovrà anzitutto confrontare tale contingenza con quelle già disciplinate, facendo così valere, nel giudizio di eguaglianza/diseguaglianza, una proiezione del passato sul presente. Sarà poi chiamato ad assumere una decisione normativa, facendo prevalere il lato interno o (presumibilmente, più raramente) quello esterno della distinzione in base a fattori diversi, che possono giustificare anche una deroga alla preferenza per l'eguaglianza, e ciò legherà, dal punto di vista temporale, il passato presente al presente futuro (basandosi peraltro su una valutazione prognostica che potrà comunque essere smentita dai fatti).

In tale processo, la presenza di una costituzione rigida fungerà da elemento di asimmetrizzazione e deparadossizzazione, facendo rientrare la distinzione *Recht/Unrecht* al livello superiore tramite la valutazione costituzionale/incostituzionale, ossia innestando la forma binaria del codice basilare entro la prospettiva gerarchica. Ovviamente, il modello della programmazione (condizionale, ma anche di scopo) potrà essere acquisito a ogni livello della gerarchia stessa, e anche nella maggior complessità posta da un'evoluzione in senso eterarchico del sistema; sarà poi compito dell'autopoiesi del sistema stesso sviluppare regole (nella forma endoordinamentale della risoluzione di antinomie o dell'eliminazione di lacune tramite analogia, ovvero in forme più problematiche, come quelle legate alle interferenze tra ordinamenti) per armonizzare le eventuali discrasie generate dall'aumentare della sua complessità. Ma in tutto ciò, la dimensione temporale resta un fattore da considerare più attentamente, anche per meglio definire la portata funzionale del principio di eguaglianza.

5. Dimensione diacronica e dimensione sincronica dell'eguaglianza

Per concludere queste brevi considerazioni con qualche ulteriore spunto, sarà dunque opportuno riflettere sulla polidimensionalità intrinseca del principio in esame, non tanto inerente al profilo, solitamente rilevato, della sua relazionalità, quanto piuttosto alla prospettiva temporale in cui la funzione del principio stessa necessariamente si esplica.

Come detto, la forma bilaterale con cui l'eguaglianza può essere concettualmente raffigurata non può prescindere, in sede di applicazione del relativo principio (ossia operativamente) dalla considerazione della storia e dell'esperienza del sistema stesso. Detto altrimenti: dal punto di vista del legislatore, il giudizio relazionale si svolge sia in senso sincronico (le norme A e B sono eguali/diseguali, ma basate su situazioni coesistenti nel momento in cui B viene in essere), sia in senso diacronico (se B è eguale/diseguale a un A relativo a una situazione pregressa, in B si può ripetere, nella nuova norma, la vecchia disciplina dettata da A oppure mutarla, ove ricorrano condizioni di diseguaglianza e programmazioni di scopo adeguate). In tal senso, come

rilevato dallo stesso Luhmann, l'opzione per la disegualianza riferisce il sistema alla sua funzione ma anche alla sua storia⁵⁰.

Dal punto di vista del giudice, invece, tale polidimensionalità si traduce nella consistenza/coerenza della decisione rispetto alla giurisprudenza pregressa e all'influenza (se non proprio al vincolo) del precedente: così nel procedimento giudiziario il giudizio di eguaglianza esprime quella forma di autoosservazione che consente al sistema giuridico di evolvere in modo autopoietico trovando un equilibrio interno che rafforzi altresì quel ruolo di legittimazione e di accettabilità sociale degli esiti cui il processo stesso tende⁵¹. Ovviamente, tale dinamica varia secondo i modelli ordinamentali, secondo il diverso valore conferito al precedente nell'esercizio della funzione giurisdizionale, e secondo le ulteriori differenziazioni che, all'interno di un sistema già differenziato come quello giuridico, si pongono rispetto al ruolo dei singoli giudici (ferma restando poi la peculiarità dei tribunali costituzionali nei modelli a sindacato accentrato).

Inoltre, è ovvio che per i diversi decisori (legislatore, giudice, p.a.), eguaglianza non significa per sé identità di A e B, ossia perfetta corrispondenza di ogni aspetto dell'oggetto osservato con il termine di paragone⁵²: la valutazione verterà piuttosto su singoli aspetti rilevanti del loro rapporto, in una molteplicità potenziale di profili in cui l'osservazione stessa diventa altresì momento di autoosservazione del sistema stesso. L'osservazione (intesa come distinzione/indicazione del lato preferito della forma binaria, ossia come applicazione del principio del terzo escluso) è sempre, peraltro, produttiva di nuove osservazioni, che costituiscono altrettante specificazioni; in tale processo, la distinzione in sé è il terzo escluso, come lo è, altrettanto l'osservatore, che non può vedere se stesso, essendo infine la distinzione stessa il "punto cieco" del suo osservare⁵³.

Ma, al di là delle possibili varianti, nel principio di eguaglianza si coglie infine uno degli strumenti più preziosi per combinare la programmazione condizionale con la programmazione di scopo, nonché per conferire all'intero sistema una complessità coerente nel suo processo evolutivo. In particolare, per ciò che concerne la programmazione di fini innestata sulla forma dello Stato sociale disegnata da molte costituzioni contemporanee, il principio in esame, e l'unità della distinzione eguaglianza/disegualianza che esso presuppone, costituiscono uno dei cardini evolutivi del sistema giuridico stesso: non in senso etico (giacché qui non si ha a che fare con una sempre opinabile connotazione valoriale del principio stesso), ma in senso strettamente funzionale, laddove cioè la stessa neutralità della forma bilaterale (e della distinzione/indicazione su cui verte il giudizio del decisore) gioca utilmente nel senso di mantenere sempre la possibilità di una scelta tra i due versanti, limitata solo, nello Stato costituzionale democratico, dalla necessità di motivare adeguatamente l'eventuale preferenza

⁵⁰ N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 66-67.

⁵¹ Anche qui si veda N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit. (56 ss. sul ruolo del giudice, 245 ss. sulla funzione legittimante dei procedimenti giuridici).

⁵² Come ben rilevato da B. CARAVITA, *op. cit.*, 71-72, che, individuando nella relazione tra due oggetti osservati una possibile graduazione identità-eguaglianza-somiglianza-diversità-opposizione, vede l'eguaglianza come stadio intermedio tra gli estremi.

⁵³ In tal senso, nitidamente, N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op.cit.*, 23-24.

per il lato esterno (il diseguale). Fermo restando, deve dirsi, che la metapreferenza per il lato interno deve intendersi quale frutto di una mera opzione assiologica di fondo tradotta nella disposizione della costituzione rigida, e non già di una fondazione etica o di una necessità logica di alcun tipo, rimanendo dunque ogni motivazione di tale scelta in una dimensione squisitamente politica⁵⁴. Laddove tale opzione sia assunta al livello della costituzione rigida, tuttavia, il principio di eguaglianza si pone come luogo di intersezione delle dimensioni sincronica e diacronica dell'evoluzione del sistema giuridico, fornendo un criterio (in sé sempre assiologicamente opinabile in quanto soggettivo, ma coerente) per l'autopoiesi evolutiva del sistema stesso. Ciò contribuisce direttamente all'assolvimento delle funzioni primarie di stabilizzazione e (ancorché in minor misura) di riduzione di complessità cui il diritto stesso si orienta nei suoi processi di differenziazione, e altresì alla definizione delle modalità e dei criteri del mutamento dell'ordinamento giuridico; inoltre, il principio in esame contribuisce a risolvere in senso reciprocamente accrescitivo l'apparente opposizione tra varietà e ridondanza dell'informazione che si presenta nel concreto rapporto tra autoreferenzialità ed eteroreferenzialità del sistema⁵⁵.

Infine, in questa peculiare combinazione funzionale di stabilizzazione e trasformazione, con lo sguardo rivolto al passato presente e al presente futuro⁵⁶, il principio di eguaglianza, affrancato da profili morali o da pretese di giustizia, costituisce in sé un fattore determinante di consistenza e coerenza sistemica.

⁵⁴ Sul punto, con radicalismo un po' astratto, identifica la (sommara) distinzione tra fautori dell'eguaglianza e fautori della diseguaglianza con la distinzione sinistra/destra N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Donzelli, Roma, 1994.

⁵⁵ Sul punto N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 327 ss. (a proposito, peraltro, del ruolo dell'argomentazione giuridica): «l'informazione è il valore di sorpresa delle notizie, dato un ridotto o illimitato numero di altre possibilità. La ridondanza risulta (circolarmente) dal fatto che viene presa in considerazione nell'operare dei sistemi autopoietici»; dunque non è essa stessa informazione, e piuttosto «rende possibile l'indifferenza, sia in relazione alle operazioni reciproche del sistema, sia, anche e innanzitutto, in relazione all'ambiente» (ivi, 327). Varietà e ridondanza sono solitamente ritenute grandezze inversamente proporzionali (la prima denota la molteplicità ed eterogeneità degli elementi di un sistema, dunque l'improbabilità di prevedere ciascuno di essi a partire dalla conoscenza degli altri, e maggior varietà implica maggior apertura del sistema rispetto all'ambiente; la seconda è piuttosto «la misura in cui la conoscenza di un elemento riduce il valore di sorpresa (l'informazione) di altri», consentendo altresì una certa conoscenza degli altri elementi del sistema (così E. ESPOSITO, *Ridondanza/varietà*, in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *op.cit.*, 194). Luhmann ipotizza però che sia possibile elaborare forme in cui una maggior varietà si combini a una maggior ridondanza; in sede di decisione, poi, se si fonda la consistenza del decidere su un postulato di giustizia-eguaglianza, la consistenza stessa rappresenta il primo dei versanti della distinzione ridondanza/varietà (laddove il secondo «ostacola in forma evidente che il giusto vada avanti nel mondo del diritto»: così N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 347).

⁵⁶ In una realtà in cui, peraltro, il futuro presenta ovviamente un alto grado di imprevedibilità, percepibile anche allorché si voglia misurare la consistenza di una decisione dalle sue (probabili) conseguenze: lo stesso Luhmann ben intuisce i problemi derivanti dall'eccessiva schematicità del modello binario e adombra il profilo di una indecidibilità rispetto alla rigidità dei codici, giacché «si potrebbe supporre che proprio nel futuro si occulta il terzo valore che doveva essere escluso dalla codificazione binaria»; il mondo si ritira in ogni osservazione, applica le distinzioni nell'inosservabile, e dunque «l'artificialità della codificazione binaria del diritto deve pagare nel modo del "che succederebbe se", deve essere reintrodotta con questa forma nel calcolo del sistema», cosicché si giunge al paradosso per cui la codificazione binaria necessita di più di due valori (N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 356-357). Si tratta di un punto estremamente critico della costruzione luhmanniana, e forse di un suo limite teoretico, che qui non può tuttavia essere affrontato.