A cura di
Letterio Mauro

Social cohesion and human rights

Reflections on the Contemporary Society

STUDI

Politica

FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità
o scrivere, inviando il loro indirizzo, a “FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano”.

A cura di
Letterio Mauro

Social cohesion and human rights

Reflections on the Contemporary Society

FrancoAngeli

Il volume è stato pubblicato con il contributo finanziario del MIUR (PRIN 2012 "*L'Universalità e i suoi limiti*").

Progetto grafico di copertina: Elena Pellegrini

Copyright © 2017 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Premessa, di *Letterio Mauro* pag. 7

Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica, di *Massimo Meccarelli* » 9

L'hospitalité, principe d'ouverture du droit, di *Gilbert Vincent* » 33

Universalismo, transindividualità e genesi dei diritti, di *Paola de Cuzzani* » 59

Diritti, coesione sociale e coesione politica all'inizio del Novecento, di *Mirella Pasini* » 71

I cristiani in una società pluralista: la proposta di Jacques Maritain, di *Letterio Mauro* » 81

La cohésion sociale : pour quelle unité politique et quelle pluralité culturelle?, di *Bernard Bourdin* » 91

Autonomia eteronoma e diritti: la coesione sociale fra desideri e bisogni in prospettiva universalistica, di *Claudia Navarini* » 103

Stereotipi, emozioni e ingiustizia. L'immaginazione morale come fattore di coesione sociale, di *Maria Silvia Vaccarezza* » 117

La coesione sociale in una società matrilineare tra fedeltà alla tradizione e conflittualità nel resoconto di Bronislaw Malinowski, di *Federica Martiny* » 129

Libertà responsabile e diritti umani nella riflessione di Jeanne Hersch, di *Simona Langella* pag. 141

Rhetoric and Authority in Kant's Account of Enlightenment, di *Hans Marius Hansteen* » 153

Il principio di fraternità e la complessità dei diritti, di *Antonio Maria Baggio* » 165

Discovering God. Libertà religiosa e coesione sociale, di *Daniele Rolando* » 193

Il legame sociale fra le generazioni, di *Angelo Campodonico* » 205

Indice dei nomi » 213

Premessa

L'affermazione e la tutela dei diritti umani come pure dei valori fondamentali, quali dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, che ne costituiscono il fondamento condiviso, e quindi non a caso espressamente richiamati nella Carta europea sancita a Nizza nel dicembre del 2000, possono essere ritenute con ragione i principi intorno ai quali è stato possibile attuare un elevato grado di consenso morale e politico nelle società occidentali e che hanno conferito ad esse un chiaro profilo identitario.

È anche vero però che proprio in queste società, oggi sempre più caratterizzate in senso multietnico e multiculturale, il processo di integrazione delle diverse culture appunto in nome e nel quadro di tali diritti conosce crescenti difficoltà, e ancora più complesso si rivela sovente lo sforzo di fondare efficaci condizioni di dialogo intorno alle richieste di riconoscimento dei "nuovi" diritti espressi da queste culture, con evidenti e serie ricadute sul piano della coesione sociale. Ed è inoltre vero che, proprio dinanzi all'incalzare di tali "nuove" istanze e, ancor prima, dinanzi ai problemi legati alla presenza e alla pressione alle frontiere europee di vere e proprie ondate di migranti e profughi in fuga da realtà o situazioni umanamente insostenibili, non poche volte queste società hanno mostrato e mostrano un atteggiamento scarsamente aperto e accogliente, in qualche modo venendo meno al riconoscimento di quei diritti che ne sono alla base e che hanno fondamentalmente al centro la persona umana.

Si deve quindi convenire che, come è stato recentemente affermato, «la categoria dei "diritti umani", per quanto dotata di sicura forza evocativa sul piano axiologico e di una certa efficacia sul piano normativo, non sfugge ad almeno due osservazioni: la necessità di un fondamento, che è esigenza non solo teoretico-filosofica ma in qualche modo anche pragmatica, dipendendo in grande parte da esso sensi e valori che tali diritti devono tutelare o promuovere; la natura culturale del principio dei "diritti umani", ossia l'essere essi un prodotto proprio della cultura occidentale con il rischio che il richia-

mo a tali diritti, pretesi universali, possa legittimare violazioni di specificità culturali e tradizioni proprie di altre culture»[1].

Appare evidente la molteplicità dei risvolti (storici, storico-filosofici, etici, sociologici, giuridici, etnoantropologici) connessi a questo insieme di questioni che, a diversi livelli, interpellano con urgenza sempre maggiore la vita delle nostre società, e come perciò i tentativi di soluzione di esse non possano prescindere da un approccio multidisciplinare. Su tali molteplici risvolti si sono confrontati gli studiosi, appunto di diverse aree, che nei giorni 5-6 ottobre 2015 hanno preso parte a Genova al convegno "Human Rights and Social Cohesion" organizzato da un gruppo di docenti del Dipartimento di antichità, filosofia e storia dell'Università. Il presente volume, che ne raccoglie le relazioni, integrate da alcuni altri interventi esterni al convegno, intende proporsi perciò non solo come un aggiornato *status quaestionis* sul dibattito in corso a riguardo di queste tematiche, ma anche come un concreto contributo all'adeguata messa a fuoco di problemi dalla cui soluzione dipende con tutta evidenza, oltre che la neutralizzazione dei conflitti che in diversa misura minacciano la coesione delle nostre società, la possibilità di costruire all'interno di esse reali prospettive di autentica condivisione culturale e sociale.

Letterio Mauro

1. A. Capecci, *Sulla dignità dell'uomo*, in V. Buonomo – A. Capecci, *L'Europa e la dignità dell'uomo. Diritti umani e filosofia*, Città Nuova, Roma 2014, p. 118.

Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica

di Massimo Meccarelli*

1. Premessa

La riflessione che un giurista può svolgere sul rapporto tra diritti e coesione sociale ha un orizzonte abbastanza limitato. La diade "diritti e coesione sociale", infatti, rinvia a una serie di premesse, problemi e implicazioni che stanno più in profondità della soglia giuridica. Questa individua solo il livello delle regole volte a custodire la coesione sociale o a contrastare azioni che la possano mettere in pericolo, ma non considera quel livello pre-giuridico che la riempie di senso.

La dimensione giuridica è, dunque, lontana dalla profondità del problema; al contempo, pero, è drammaticamente importante, perché oltrepassata la soglia giuridica, si apre il baratro della *stasis*[1]. È anche in ragione di quest'urgente specificità che il giuridico si è fatto, in passato, un sapere sempre più specialistico, chiuso nei suoi *arcana*. È per la stessa ragione che esso oggi, in un tempo di transizione, torna ad essere un sapere rilevante in una prospettiva di dialogo interdisciplinare.

Ho iniziato con tale precisazione non per avviare una riflessione – che pure forse meriterebbe di essere svolta, soprattutto quando si parla di diritti – sui limiti della sfera giuridica in relazione alle altre sfere di regolazione della convivenza civile. Su questo semmai, vorrò tornare più avanti e indirettamente. Ora mi premeva chiarire il mio punto di vista sul problema, per spiegare che le mie osservazioni non riguarderanno i *fattori che producono o rendono possibile* la coesione sociale; semmai insisteranno su quelli che servono a *difenderne l'esistenza* nei suoi livelli essenziali.

L'altra precisazione preliminare riguarda il taglio della mia analisi. Il mio punto di vista è storico-giuridico: è interessato alla dimensione giuridica, ma

* Università di Macerata.

1. Per una recente riflessione sul problema si veda Giorgio Agamben, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Bollati Boringhieri, Torino 2015.

in una prospettiva storica. Questo significa che, piuttosto che concentrarsi sui caratteri di stabilità e indagare i profili statici delle figure giuridiche, tendo a considerare il loro divenire. La storia del diritto è un'osservazione critica della realtà giuridica, che pretende di leggere i modi di manifestazione del diritto e di descrivere le configurazioni e le formalizzazioni, che certi problemi hanno avuto nell'esperienza giuridica.

Si tratta quasi di cogliere profili di precomprensione nel pensiero giuridico, che stanno alla base di certe enunciazioni concettuali. In tal mondo diventa possibile apprezzare i limiti dei concetti, cioè individuare i *vincoli di sostenibilità e sussistenza teorica*, caduti i quali, quelle categorie, quegli strumenti, cessano di svolgere la loro azione performativa o iniziano a svolgerne una diversa.

Ecco allora che si viene chiarendo l'oggetto della mia relazione. Intenderò riflettere sulla configurazione teorica del dispositivo "diritti" nella fase attuale, rivolgendo uno sguardo alla prospettiva storica da cui provengono.

2. Diritti e coesione sociale: una questione di spazio giuridico

Diritti e coesione sociale esprimono due concetti differenti, ma nel momento in cui li enunciamo come una coppia concettuale, vogliamo riflettere sulle loro interconnessioni.

Non si tratta, dunque, tanto di riflettere, come sarebbe più familiare per un giurista, sul campo di tensione tra *diritto e tutela giuridica*, per verificare in che misura i diritti producano quella protezione giuridica, per la quale sono astrattamente pensati e alla quale astrattamente tendono. Si tratta di considerare un altro possibile campo di tensione: quello che *lega i diritti* (il loro esercizio come la loro rivendicazione) al *prodursi* e il *rinnovarsi della coesione sociale*.

In una prospettiva storico-giuridica questo problema si offre nei termini di un problema di spazio giuridico. Perché i diritti sono l'esito di un processo (sia sul piano teorico che storico) di definizione di spazi giuridici. Corrispondono al definirsi di un nuovo spazio giuridico della persona che si fa individuale (mentre prima era disegnato diversamente, attraverso il prisma degli *status* personali[2], cioè le appartenenze di gruppo e di ceto); contemporaneamente corrispondono al delinearsi di un nuovo spazio giuridico per la società; lo spazio giuridico statale, dove il legante delle appartenenze di gruppo e di ceto cessa di avere il valore costituzionale che aveva in prece-

2. Javier Barrientos Gardon, *Sobre el "Espacio" y el "Tiempo" y el "Estado de las personas". Una mirada desde la Historia del Derecho*, in Massimo Meccarelli – M. Julia Solla Sastre (Eds.), *Spatial and Temporal Dimension for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main 2016, pp. 63-99; Noberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 57-62.

denza e la coesione sociale si fonda su presupposti nuovi, affrancati dalla rete dei corpi sociali[3].

Certo, la storia dei diritti non è per niente lineare né è omogenea. Mi pare, tuttavia, che in ultima analisi, nei suoi diversi momenti e andamenti, sia una storia svoltasi sempre rispetto a un problema di definizione dello spazio giuridico dell'individuo e delle società.

Vorrei fornire degli esempi al riguardo per poi passare a un'analisi più strutturale dei caratteri degli spazi giuridici, che di volta in volta sono stati configurati combinando il problema dei diritti con quello della coesione sociale.

Consideriamo la seconda scolastica; qui il pensare diritti individuali è tutt'uno con il problema di immaginare uno spazio giuridico nuovo, al contempo teorico e reale: si tratta dello spazio possibile delle Indie appena scoperte, nel quale immaginare i modi di una convivenza tra popolazioni di origini molto diverse. L'intuizione di una tutela giuridica che spetta all'individuo in quanto tale, qui si spiega con *ius communicationis*: un diritto dell'uomo a relazionarsi e a costruire rapporti sociali, economici, giuridici e politici, lo strumento operativo attraverso il quale gli uomini danno forma nel tempo alle società in cui vivono.

Ugualmente in termini di spazio giuridico si gioca la questione dei diritti nella riflessione dei giusnaturalisti: a partire dalle declinazioni in negativo di Hobbes per poi passare alle versioni roussoviane, che investono sulla funzione protagonistica del popolo sovrano, o a quelle storicistiche di Locke. Qui è un patto costituente tra individui che fa nascere, insieme alla società, i diritti. Poco importa stabilire se i diritti sono un obiettivo che l'instaurarsi della società rende possibile, o se la preesistenza dei diritti vincola gli individui nel momento in cui sovranamente si legano dando vita a un soggetto politico costituente; o ancora poco rileva qui se la storia attesta e consolida il divenire della premessa giusnaturalistica. In tutte queste declinazioni del pensiero giusnaturalistico i diritti sono legati a doppio filo al *pactum societatis*: lo spazio giuridico che quel patto crea, crea anche lo spazio dei diritti.

Andando avanti, procedendo per salti – poiché m'interessa qui solo fornire esempi di come il problema "diritti e coesione sociale" si ponga giuridicamente nei termini di un problema di spazi giuridici – le nuove generazioni dei diritti fondamentali, i diritti sociali e i diritti umani, che soprattutto il Novecento produce, sono a loro volta legati a un problema d'instaurazione di uno spazio giuridico, che corrisponda a un grado di coesione sociale da conservare e promuovere. Per i diritti sociali si tratta di costruire o ricavare uno spazio giuridico per la solidarietà sociale, per quelli umani di stabilire uno spazio giuridico universale.

3. Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 7-24.

Infine anche nella fase attuale la trasformazione dei diritti è strettamente legata a una trasformazione degli spazi giuridici di riferimento. Vorrei tornare più avanti su questo punto.

Prima occorre guardare alla storia per analizzare i caratteri e la struttura degli spazi giuridici, che hanno caratterizzato la declinazione dell'idea dei diritti, in questa storia plurisecolare del concetto. È analizzando tali caratteristiche che possiamo cogliere la prospettiva di senso, dal punto di vista giuridico, della relazione tra diritti e coesione sociale. Distinguerò tra uno spazio giurisdizionale, uno spazio statale e uno spazio ultra-statale.

3. Lo spazio giurisdizionale dei diritti

I quattro esempi cui ho accennato, in effetti, ci mostrano quattro modi diversi di concepire lo spazio dei diritti. Provo a spiegare.

Nel pensiero tardo scolastico[4], lo *ius communicationis* attiene all'uomo in quanto tale; è in effetti un diritto il cui fondamento è potremmo dire, giusnaturalistico (e teologico)[5]. Tuttavia, come tutto il diritto naturale pensabile in termini tomistici, lo *ius communicationis* è apprezzabile solo come un principio incarnato nella storia, che agisce di continuo negli ordinamenti sociali storicamente esistenti, contribuendo a modificarne gli assetti.

Ius communicationis e il suo gemello *ius peregrinandi* costituiscono in questo senso la causa efficiente, il presupposto storico-effettivo (e non solo logico-astratto) della ragion d'essere degli ordinamenti sociali e politici. Lo

4. Francisco de Vitoria, *De indis recenter inventis* (1538), edicion critica por L. Pereña y J.M. Perey Prendes, csic, Madrid 1967, I, sect. III, n. 2, 4-9, ma anche Domingo de Soto, *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae 1545; José de Acosta, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangeli apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Libri Sex, Coloniae Agrippinae 1596, lib. II, cap. XII e XIII; Bartolomé de las Casas, *Tractado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y Leon tienen sobra las Indias* (1553), in *Tratados de Fray Bartolomè de Las Casas*, Fondo de Cultura Economica, México 1997, vol. II, pp. 934-948; Luis de Molina, *Tractatus de iustitia et iure*, Coloniae Agrippinae 1613, To. I, Tract. I, disp. 105.

5. Per un inquadramento della questione cfr. Elke Tießler-Marenda, *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Duncker & Humblot, Berlin 2002; Luigi Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo delle Indie spagnole*, Jovene, Napoli 2004; Aldo Andrea Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Giuffrè, Milano 2004; Massimo Panebianco, *Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*, in «Roma e America. Diritto romano comune», 19-20, 2005, pp. 403-429; Luca Scuccimarra, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, il Mulino, Bologna 2006; Simona Langella, *Le fonti teologiche della dottrina del de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna*, in Aldo Andrea Cassi (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, Rubettino, Soveria Mannelli 2009, 25-37; Annabell S. Brett, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton University Press, Princeton 2011.

spazio della coesione sociale e dei diritti non è dunque il risultato di un patto fondante astrattamente pensabile; piuttosto scaturisce da un processo nel quale la realtà si organizza, o viene riconosciuta, nei termini di un ordine *giusto*.

I *diritti* individuali si giustificano in questa prospettiva: sono il *motore* della *coesione sociale*, ma al contempo, per essere tali, le loro *condizioni* di attuabilità dipendono dalla *realtà sociale*. Ancora un esempio può servire. Si pensi a come viene declinata l'idea dello *ius dominium*[6], che per Vitoria è anzitutto un controllo esercitato dalle facoltà superiori sulle facoltà inferiori, dall'anima sul corpo (*dominium super proprios actus et super propria membra*[7]); esso fa la differenza tra uomo e animale, è una qualità universale dell'essere umano che non è pregiudicabile dal *defectum fidei*[8]. Tuttavia tale originario *ius dominium* non mette in discussione la possibile diversità di condizioni soggettive (gli *indios* sono uomini, ma anche barbari, *habent suo modo usum rationis*, spiega Vitoria[9]) e la sua attribuzione viene pensata a partire dalle differenze. Il riconoscimento dello *ius dominium* in capo agli *indios* rende dunque possibile inglobare l'alterità nell'ordine, ma l'ordine continua a essere costruito a partire dalle differenze, continua ad essere il *giusto modo* di ordinare le differenze storicamente, e diremo oggi, antropologicamente apprezzabili.

Ugualmente pluralistico è il tratto che caratterizza lo spazio giuridico pubblico, quello della società e dei poteri che esprime. Per riferirsi ai poteri politici questi teologi ricorrono al concetto giuridico di *iurisdictio*[10]; un concetto che indica il potere di riconoscere il diritto giusto, non di crearlo *ex novo*. La struttura costituzionale che corrisponde al continuo rinnovarsi del rapporto tra diritti e coesione sociale è di tipo giurisdizionale, indica un insieme di poteri diversi, che si organizzano come ordine complesso, un ordine nel quale ogni potere conserva il suo spazio di autonomia, nella misura in cui s'inquadra nella struttura e occupa la posizione che gli corrisponde[11].

6. Si vedano a questo proposito Simona Langella, *Diritti delle genti e diritti umani in Francisco de Vitoria*, in «Civiltà del mediterraneo», 8-9, 2005-2006, pp. 107-126; Pietro Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in Massimo Meccarelli – Paolo Palchetti – Carlo Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2014, pp. 33-35.

7. F. de Vitoria, *De indis*..., cit., I, sec. I, n. 3.

8. F. de Vitoria, *De indis*..., cit., I, sec. I, n. 4.

9. F. de Vitoria, *De indis*..., cit., I, sec. I, n. 15.

10. Si permetta a questo proposito il rinvio a Massimo Meccarelli, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, in Christoph Strohm, Heinrich de Wall (Hgs.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2009, pp. 299-308.

11. M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*..., cit., pp. 7-13 e 21-24, Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 3-65.

Lo spazio dei diritti è dunque collocato di uno spazio costituzionale fatto di confini articolati, labili e porosi, tanto al suo interno, quanto verso l'esterno.

4. Lo spazio statale dei diritti

È invece di tipo monistico lo spazio dei diritti che discende dalla linea di pensiero dei giusnaturalisti. Qui uso il termine "monistico" per riferirmi a una configurazione capace di ridurre pluralità a un unico principio ordinante. Lo si vede bene guardando allo spazio giuridico della persona e a quello della società.

Nelle pur varie declinazioni del pensiero giusnaturalista-contrattualista, i diritti individuali, che nascono dal *pactum societatis*, servono anche da *formante* della struttura sociale, poiché sono essi che assicurano il permanere di una condizione di uguaglianza tra i consociati. Gli uomini che abbandonano lo stato di natura, e quindi in una condizione di primigenia uguaglianza, danno vita alla società; *l'ordine* si costruisce *a partire dai diritti*[12]. Per restare all'esempio della proprietà, ben diversa è la funzione che svolge l'attribuzione della *property*, come diritto naturale di ogni individuo, in John Locke[13], rispetto allo *ius dominium* di cui parlavamo sopra; qui *property* tramite il suo abbinamento con il *labour* e l'*industry*, segna il confine da chi è incuso nella società dei diritti e chi ne è escluso[14].

Contemporaneamente, e qui guardo allo spazio della società, è un potere unitario (*persona moralis*) che caratterizza l'assetto costituzionale nascente dal *pactum societatis*. Il principio ordinante non è la *iurisdictio* che permette di riconoscere la pluralità dei poteri, ma il *principio di sovranità*, che invece rivendica il carattere originario, l'assolutezza e l'unicità del potere politico e impedisce di riconoscere al suo interno articolazioni costituzionalmente rilevanti e autonome[15]. Le pagine in cui Rousseau ci dimostra l'indivisibilità del popolo sovrano sono esemplari[16]. In quell'ordine giuridico la coesione sociale è solo fatta da individui (i cittadini politicamente attivi). Nessun potere, nessuna articolazione sociale può condizionare o complicare quella sovranità perfetta rappresentata dal popolo sovrano. Lo avrebbe affermato

12. P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*..., cit., pp. 44-52.

13. John Locke, *Two Treatises of Government* (1698). Critical edition by Peter Laslet, Cambridge 1963, book 2, chapter V, 30-42.

14. P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*..., cit., pp. 36-44.

15. Maurizio Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 47-68; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*..., cit., pp. 66-160; Michael Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania. 1. Pubblicistica dell'Impero e scienza della polizia*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 194-215; Paolo Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 27, 1998, pp. 13-39.

16. Jean J. Rousseau, *Du Contrat social, ou Principes du droit politique*, Marc Michel Rey, Amsterdam 1762, lib. I, chap. VI–VII, lib. II, chap. I–II, lib. III, chap. XV.

anche l'articolo 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nel 1789[17].

È questa la linea che, mi pare, conosce rinnovati svolgimenti nei secoli successivi. L'Ottocento e nel Novecento sono certo secoli d'importanti trasformazioni, sia sul piano dei diritti sia su quello della forma statale. Eppure mi pare che questi cambiamenti non abbiano interessato alla radice il *modo di saldare* in *chiave monistica* diritti e coesione sociale.

Infatti, quanto allo spazio costituzionale, le dottrine dello Stato dell'Ottocento e del primo Novecento[18] hanno consolidato tale concezione fino a vedere nello Stato una *Lebensform* o a rappresentarlo come persona (lo Stato persona, la personalità dello Stato). Quanto ai diritti il XIX secolo soprattutto è tempo di consolidamenti dello *statuto giuridico dell'individuo*. Vengono messi a punto *nuovi strumenti* per dare ancora più efficacia al principio della *uguaglianza formale* e rafforzare la performatività dei diritti: l'affermazione del principio di *legalità* (cioè l'idea che il diritto debba essere prodotto solo attraverso il diritto posto dal potere politico) e la codificazione del diritto (cioè una certa organizzazione delle norme legislative, di modo che si presentino come un sistema chiuso e autosufficiente di regole).

Senza indugiare sui profili tecnico-giuridici, torno sul punto del perfezionamento della configurazione moderna dei diritti e dell'uguaglianza. È, in effetti, sulla tensione con un piano pre-giuridico, che si fonda la performatività della tutela giuridica intesa come tutela dei diritti. La tutela di questi diritti implica il considerare un congiunto di contesti (il sociale, il politico, il culturale, l'antropologico) e un insieme di valori (libertà, giustizia, solidarietà, dignità, ecc.) attraverso una lente unitaria: l'*uguaglianza* come immediata base di senso pre-giuridica dei diritti contemporanei.

Uguaglianza, qui, prima di rinviare a una realtà socio-politica di riferimento, *promuove un progetto* per la realtà sociale e politica (realizzare una società di uomini liberi ed eguali)[19]. Proprio per questo – e si tratta di un punto decisivo – la relazione tra diritti e uguaglianza, è orientata in modo da favorire una *capacità sussuntiva dei diritti rispetto alla realtà dei fatti sociali*.

17. «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut l'exercer d'autorité qui n'en émane expressément». Art. 3 *Declaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789*.

18. Si pensi a opere come quella di Rudolf Kjellen, *Der Staat als Lebensform*, Hirzel, Leipzig 1917; Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin 1914, per citarne due fra molte tenendo conto che non si tratta si una corrente di pensiero solo tedesca ma con ampia diffusione in tutta l'Europa continentale. Cfr. Maurizio Fioravanti, *La Scienza del diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2001; Pietro Costa*, Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Laterza, Roma-Bari 2001; Bernardo Sordi, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 32, 2003, pp. 370-371; Marta Lorente Sariñena, *La nación y las Españas: representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, uam, Madrid 2010, p. 82.

19. Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi di storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 105-133.

I diritti, grazie al fatto di essere previsti dalla legge *ex ante* e in forma generale e astratta, assumono la posizione di elemento precostituito potremmo quasi dire d'*invarianza*, cui ricondurre la molteplicità delle configurazioni sociali e le rivendicazioni di protezione giuridica. L'uguaglianza oltre che a essere la *lente* con cui il diritto 'vede' la realtà, funge da *formante* della tutela giuridica, nel senso che la conforma a un programma.

5. Complicazioni del quadro nella persistenza di un orizzonte monistico

I caratteri cui ho fatto riferimento ora, hanno segnato in profondità il modo di essere della relazione tra diritto e coesione sociale nel secolo XIX e anche nel XX. Il quadro però ha conosciuto complicazioni. In particolare dobbiamo considerare *tre importanti novità*: i *diritti sociali* a correzione delle diseguaglianze sostanziali, i *diritti fondamentali* costituzionalmente tutelati, i *diritti umani* riconosciuti sul piano del diritto internazionale. A queste tre novità nel campo dei diritti corrispondono notevoli cambiamenti sul piano più generale. Nasce il diritto del lavoro e si complica il quadro dei soggetti costituzionalmente rilevanti, poiché in nome della rivendicazione dei diritti, prendono forma soggetti collettivi nuovi come i sindacati e i partiti politici[20]; si configurano assetti sociali basati sul pluralismo dei valori e sulle differenze; s'instaura un ordine giuridico internazionale attento agli individui e non solo agli Stati. Non sono cose di poco conto.

In che misura questo ha modificato il modo di legare la questione dei diritti alla questione della coesione sociale? La risposta non è semplice. Io mi sentirei di dare due risposte: una che vale per il periodo che arriva alla fine del XX secolo e l'altra che riguarda la fase attuale.

Da un punto di vista strettamente storico-giuridico, se guardiamo alla storia del Novecento, direi che l'impatto dei nuovi diritti è stato relativo. Essi si sono affermati entro l'orizzonte monistico consolidatosi nel XIX secolo. La loro emersione non ha modificato i termini del rapporto tra diritti e coesione sociale.

Proviamo a osservare la questione più nel dettaglio. Cominciamo dai *diritti sociali*. È vero che i diritti sociali rispondono a una diversa doman-

20. Per un quadro sul tema, limitandoci a riferimenti relativi al panorama italiano, si vedano: Giovanni Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2007; Paolo Marchetti, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Giuffrè, Milano 2006; Paolo Passaniti, *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Piero Lacaita editore, Manduria-Bari-Roma 2008; Massimiliano Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè 2013; Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000.

da di diritti, spostando il focus dall'individuo alla struttura sociale[21] (sono diritti collettivi prima che individuali; pongono un obbligo di fare in capo allo Stato, mentre gli altri diritti civili individuano una libertà negativa[22]). Dal nostro punto di vista – quello dello spazio giuridico corrispondente a questi diritti – è come se si fosse trattato, però, solo di un cambio di piano di azione e non dell'emersione di una tutela giuridica di natura diversa. I diritti nascono tra secc. XVII-XIX per costruire lo spazio di libertà (il *proprium*) dell'individuo moderno; la scoperta del sociale pone la domanda di libertà in relazione alla questione sociale[23]; resta dunque una *domanda di libertà*. L'altro profilo connesso a questa storia, quello della rivendicazione di "giustizia" sociale, mi pare resti in secondo piano rispetto alla forma che hanno assunto tali diritti.

Infatti, quella per i diritti sociali si pone nei termini di una lotta che denuncia lo scarto tra uguaglianza formale e sostanziale. L'obiettivo è una più effettiva applicazione del principio di uguaglianza, in modo da vincolare la performatività sussuntiva dei diritti, anche al valore della solidarietà. Paradossalmente gli spazi dei diritti sociali sono spazi dove il valore programmatico dell'uguaglianza assume più forza, perché acquisisce una maggiore capacità di modellarsi alla realtà concreta; sono dunque spazi necessariamente aderenti alla società, ma si esprimono ancora nel formato sussuntivo, parlano ancora la lingua della Legge e dello Stato.

Consideriamo ora i *diritti fondamentali* che sono emersi dopo il trauma bellico nel nuovo ordine costituzionale basato sul principio democratico[24]; essi sono nuovi per almeno due ragioni: sono diritti previsti per la prima volta in una *higer law*, cioè resi indisponibili alle scelte del potere politico nelle vesti del legislatore ordinario[25]. Inoltre formano un catalogo che riflette la complessità d'interessi presente nella società; tali diritti non esprimono una visione conformistica e semplice della società, ma al contrario vogliono aprire al potenziale di una società plurale, i cui consociati si confrontano in una virtuosa dialettica democratica. Anche queste sono novità importanti e feconde, come vedremo fra un attimo.

Tuttavia l'esperienza novecentesca resta un'esperienza di diritti secondo il formato di conio moderno. Tali diritti sono posti da un potere costituente e

21. G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit..

22. Erik Longo, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Cedam, Padova 2012, pp. 3-7.

23. N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e società*, in Id., *L'età dei diritti*..., cit., pp. 67-86; E. Longo, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali*..., cit., pp. 8-17.

24. Pietro Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, II, to. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 365-417; Luigi Ferraioli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Laterza, Roma-Bari 2002.

25. M. Fioravanti, *Stato e costituzione*..., cit., pp. 19-21, 30-36; Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008; Id. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.

affidano la loro fortuna ai partiti politici che, operando nelle istituzioni statali (il Parlamento e il Governo *in primis*), si fanno strumento di attuazione del programma costituzionale democratico[26]. È ancora nel segno di un primato della politica e attraverso lo strumento della legge, che sono stati decisi gli spazi dei diritti.

Veniamo in fine a considerare i *diritti umani*. L'ordine giuridico internazionale per la prima volta riconosce formalmente i diritti umani in una Carta (la carta dell'ONU del 1948)[27]: il diritto internazionale, che era nato come il diritto delle relazioni tra Stati-persona, si apre all'individuo e si pone un problema di tutele individuali. La novità è rilevante, ma lo spazio di questi diritti resta sempre uno spazio legato al primato dello Stato, come soggetto di diritto internazionale. Anche i diritti umani, insomma, si sono ricavati il loro spazio giuridico in un ordine monisticamente inteso.

6. Lo spazio giustiziale e ultra-statale dei nuovi diritti

Seppure lo spazio di questi nuovi diritti sia ancora in continuità con i diritti ottocenteschi, possiamo dire che essi hanno portato a un punto limite la configurazione in un quadro giuridicamente monistico della relazione tra diritto e coesione sociale. Gli sviluppi più recenti lo stanno mostrando. Veniamo dunque a esaminare la seconda risposta alla nostra domanda sull'impatto dei nuovi diritti.

Tre sono in particolare i profili che nel lungo periodo stanno portando, a mio avviso, al superamento del quadro descritto: il fatto di porre il problema dei diritti nella prospettiva di una loro giustiziabilità[28]; il fatto di proiettare la dimensione costituzionale in un inedito livello ultra-statale[29]; il fatto di affermare diritti anzitutto collettivi e che non fanno capo immediatamente all'individuo.

Come si nota, vengono messi in discussione tre capisaldi del modello moderno di costruzione del rapporto tra diritti e coesione sociale: il problema dei diritti come un problema di libertà; la sovranità statale come unico possibile orizzonte di senso per i diritti; il carattere anzitutto individuale dei diritti.

26. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*..., cit., pp. 30-36; M. Gregorio, *Parte totale*..., cit., pp. 275-427.

27. Fra gli altri N. Bobbio, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*..., cit., pp. 17-44; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 1999; P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*..., cit., pp. 70-80; Tullio Scovazzi, *Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale*, in M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*..., cit., pp. 115-134.

28. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*..., cit., pp. 97ss.

29. M. Fioravanti, *Costituzionalismo*..., cit., pp. 134-166.

Ad esempio se guardiamo alla fase attuale sia l'invarianza dei diritti sia il carattere conformativo dell'uguaglianza, sembrano aver perso di effettività; è in atto, infatti, un fenomeno di moltiplicazione (e di frammentazione) dei diritti fondamentali e umani, che compromette la capacità sussuntiva dei diritti[30]. E non è nel segno (o solo nel segno) dell'uguaglianza che si manifestano le rivendicazioni dei diritti: al contrario spesso i diritti servono a *rivendicare delle diversità*.

I diritti esprimono una nuova performatività: non è più quella programmatica del *formante* che permette la riduzione della realtà, negli spazi di protezione giuridica *previsti*; al contrario sembrano fondarsi su una dinamica in cui la base di senso pre-giuridica funge da *vettore* di produzione di spazi *effettivi* di protezione giuridica. Emergono dal basso, come affermazione di standard di *giustizia* prima che di *libertà*.

Prima di avviarci alla seconda parte della trattazione, appare dunque utile soffermarsi brevemente sui tre profili di novità che ho appena segnalato.

A) Natura giurisprudenziale dei diritti

Dicevo sopra che una novità è rappresentata dal fatto di porre il problema dei diritti nella prospettiva di un problema di loro giustiziabilità. Si tratta di una trasformazione per cui i diritti fondamentali tendono a produrre tutela giuridica sulla base di un *principio di giustizia*, piuttosto che sulla base di un *principio di libertà*.

Che cosa sta accadendo? I diritti nascono da una nuova matrice: i nuovi, quelli che oggi costituiscono il nucleo rilevante dei diritti rivendicati, hanno una derivazione non più solo *legislativa* ma anche (e soprattutto) *giurisprudenziale*. Viviamo ormai in una dimensione ordinamentale nella quale la giurisprudenza opera a pieno titolo come fonte del diritto. Mi riferisco soprattutto al rilievo che in questo hanno le Corti costituzionali e le Corti di giustizia a livello internazionale.

La nuova matrice dei diritti umani cambia anche la loro natura. Anzitutto dal punto di vista dei processi della loro effettivizzazione. Nei diritti prodotti dalla giurisdizione vi è un annullamento della distanza fra enunciazione e realizzazione dei diritti. La nuova matrice sposta inoltre il problema dal *fondamento*[31] alla *giustificazione* dei diritti, e attribuisce come tratto distintivo del discorso sui diritti la *tendenza* piuttosto che la *sostanza*.

30. Si permetta di rinviare a Massimo Meccarelli – Paolo Palchetti – Carlo Sotis *I diritti umani tra esigenze emincipatorie e logiche di dominio*, in M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*..., cit., pp. 9-24.

31. Sergio Labate, *La necessaria inattualità del fondamento. Note a partire dal Diritto naturale e dignità umana di Ernst Bloch*, in M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*..., cit., , pp. 237-262.