

Comitato scientifico:

MASSIMO BALDACCI
(Università di Urbino)

ANTONELLA CAGNOLATI
(Università di Foggia)

ANTONIO FCO. CANALES SERRANO
(Università di La Laguna, Tenerife)

DANIELA DATO
(Università di Foggia)

BARBARA DE SERIO
(Università di Foggia)

PILAR FIGUERA GAZO
(Università di Barcelona, Spagna)

UMBERTO MARGIOTTA
(Università Ca' Foscari di Venezia)

I volumi di questa collana sono sottoposti a due "blind referees" in forma anonima

La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali

a cura di
Flavia Stara

ISBN volume 978-88-6760-192-9
ISSN collana 2384-9800



2014 © Pensa MultiMedia Editore s.r.l.
73100 Lecce • Via Arturo Maria Caprioli, 8 • Tel. 0832.230435
25038 Rovato (BS) • Via Cesare Cantù, 25 • Tel. 030.5310994
www.pensamultimedia.it • info@pensamultimedia.it

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore. Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Chi fotocopie un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica commette un furto ed opera ai danni della cultura.

"Nos autem, cui mundus est patria, velut piscibus equor..."
(D. Alighieri, *De Vulgari eloquentia*, I, VI, 3)

*La vita la si vive... La vita ci è stata data.
Siamo talmente abituati a oggettivare che subito
ci facciamo eroi o ci confessiamo...
Per dirlo in modo più filosofico: il gran mito dell'Occidente è la Storia...
Io non scrivo la mia storia, la vivo"*
(R. Panikkar, *Exodo*, 65, 2002)

SOMMARIO

- 9 Flavia Stara
Introduzione.
L'interculturalità come disobbedienza culturale
- 31 Héctor Samour
Convivencia cultural en situaciones de crisis: una apuesta por la interculturalidad
- 43 Raúl Fornet-Betancourt
La filosofía intercultural: algunas tareas prioritarias en el conflictivo mundo de hoy
- 57 Franca Pinto Minerva
Essere "fuori" e portare "dentro" di sé i luoghi dell'origine
- 69 Concepción Naval, Elena Arbués
La alfabetización mediática de los futuros profesores de educación primaria y secundaria en un entorno intercultural
- 93 Massimo Meccarelli
Sovranità e tutela dei diritti nelle società multiculturali: riflessioni storico-giuridiche intorno ai limiti di un binomio moderno
- 113 Lorena Milani
Intercultural Weaves to Integrate Deviant Youths: The Case of Turin's Centre of Juvenile Justice

- 135 Rosita Deluigi
Looking for projectuality: migrant movements and hospitable spaces
- 151 Pasquale Renna
Le concezioni del corpo nella relazione professionale tra medico occidentale e paziente islamico. Un'analisi pedagogica

Introduzione

L'interculturalità come disobbedienza culturale

Flavia Stara*

Le società europee vivono una importante occasione di rinnovamento e emancipazione transculturale, in virtù della crescente coabitazione di molteplicità di etnie nei vari territori nazionali, divenuti luoghi di condensazione di un'umanità universale. Questa nuova espressione di comunità sociale – che è potenzialmente crescita e interazione di patrimoni storici diversi – si connette alla possibilità di sottrarre le soggettività in essa coinvolte al loro carattere astratto e irrelato e, quindi, di configurarle come persone produttrici di un *ethos* condiviso che corrobora la ricerca faticosa e continua di soluzioni adeguate alle responsabilità e necessità del tempo presente. L'esigenza di acquisire comportamenti idonei alle nuove richieste di confronto, di intesa, di ascolto interculturale, trova conferma nella disposizione delle menti alla narrazione di sé, all'agire riflessivo inteso come elaborazione di affinati strumenti logici e semantici necessari per educare a idee operative di incontro, alla coerenza nei processi di riconoscimento della dignità umana. All'interno dei nuovi eterogenei contesti socio-urbani, ci si interroga sulle dinamiche dei rapporti tra le culture, ponendo l'accento su considerazioni morali, riflessioni pragmatiche e interessi negoziabili, nonché su questioni fondamentali per le

* Professore ordinario di Filosofia dell'educazione, Università di Macerata.

*Sovranità e tutela dei diritti nelle società multiculturali:
riflessioni storico-giuridiche
intorno ai limiti di un binomio moderno*

Massimo Meccarelli*

**1. Protezione giuridica e diritti individuali nel nuovo
Millennio: uno spazio di effettività giuridica in crisi**

Con troppa sicurezza, come giuristi, tendiamo a confidare sulla capacità dei dogmi giuridici, di garantire nel tempo risposte adeguate alla domanda di tutela espressa dalla società. La fase (economica, sociale, politica) in atto, infatti, ci interroga e chi chiede la disponibilità a una riflessione rinnovata.

Uno dei temi che evidenzia lo scarto tra le formalizzazioni giuridiche (sia sul piano teorico-dottrinale che normativo) e la realtà in movimento, è quello della diversità culturale, soprattutto se considerata in connessione ai fenomeni migratori. Il multiculturalismo dal punto di vista giuridico, infatti, dovrebbe essere una questione relativamente irrilevante, se restiamo all'idea convenzionale di un diritto fondato su norme generali astratte e pensato per un tipo unico di soggetto di diritti, le cui caratteristiche risultano indifferenti alla complessità del sociale.

Tale ordine giuridico si è confrontato in passato, non senza difficoltà, con altre diversità, quelle sociali ed economiche in particolare. Ora entra in gioco un'ulteriore dimensione che,

* Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Macerata.

tanto in connessione le due precedenti, quanto autonomamente, mette alla prova la tenuta dei tradizionali strumenti di tutela giuridica. Anche alla sola affermazione di una specifica identità culturale si lega, infatti, la rivendicazione di un riconoscimento di diritti.

Per un giurista questo è il sintomo di un problema di fondo più generale, che lo induce al riconsiderare criticamente le categorie e i dispositivi in base ai quali gli ordinamenti giuridici producono la loro risposta alle esigenze di tutela. Si tratta di un problema di portata molto ampia, che richiederebbe una ben più complessa articolazione, e ricerche su diversi versanti, per essere svolto¹. In queste pagine intendiamo solo indicare una possibile prospettiva d'indagine, fornendo qualche esemplificazione.

Cominciamo con l'osservare che lo strumento per eccellenza, ideato a partire dall'età moderna e messo in opera dal XIX secolo, per assicurare tutela giuridica ai bisogni, agli interessi e valori espressi dalla società – che sinteticamente possiamo in-

1 Per alcuni esempi delle implicazioni sul piano della teorico si vedano, tra gli studi più recenti, U. Lembke, "Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung", in *Rechtswissenschaft*, 1, 2012, pp. 46-76; T. Mazzarese (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino 2013; L. Scortoni, S. Tordini Cagli, *Cultura culture e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna 2012; J.P. Vera Lugo, "La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales", in *Universitas humanistica*, 62, 2006, pp. 205-238; S. Boaventura De Sousa, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Civilizacao Brasileira, Rio de Janeiro 2003.

Per una ricognizione delle ricadute sul terreno storico giuridico si veda Th. Duve, *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität – rechtshistorische Annäherungen. Einführung in die Ringvorlesung des LOEWE-Schwerpunkts "Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung" WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe-Universität, 7, 2013* (<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166>).

dicare come "domanda di giustizia" – è il "diritto soggettivo".

In effetti, i diritti individuali costituiscono ancora oggi il formato giuridico privilegiato per accordare riconoscimento alle istanze di protezione giuridica; tuttavia lo spazio di tali tutele, modellato attraverso i diritti, evidenzia sempre più profili criticità, nella misura in cui offre una rappresentazione astratta, che non trova sempre pieno riscontro nella complessa realtà concreta.

Pensiamo ai *diritti* per eccellenza, quelli umani o a quelli previsti nelle carte costituzionali: se ne afferma il carattere rispettivamente *universale* e *fondamentale*, ma questo non è sufficiente ad assicurarne l'effettività.

È facilmente constatabile ad esempio come i *diritti universali* stentino a diventare veri *diritti comuni*. Ampi sono ancora i margini di esclusione². Il dato appare ancora più rilevante se si considera che non si tratta più solo di una disomogeneità che separa zone geografiche (il cosiddetto nord e sud del mondo); la disuguaglianza tra i destinatari della protezione giuridica o la difficoltà di accesso al godimento dei diritti fondamentali e umani, attraversa oggi le nostre stesse società, questo stesso nord del mondo che ha coniato il formato giuridico dei "diritti" attraverso il rivoluzionario principio di uguaglianza. Non è un problema nuovo, ma si pone in modo rinnovato.

Contemporaneamente, mentre costatiamo i crescenti margini di esclusione dai diritti fondamentali, assistiamo a un fenomeno di progressiva *espansione* del loro campo d'azione. Es-

2 L'hanno costatato già, da diversi ambiti disciplinari e con diverse angolazioni critiche, fra gli altri, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 1994; B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights: from Europe's Economy to the Constitutionalism of the Americas*, Robbins Collection, Berkeley 2005; Marco Fioravanti, "Il lato oscuro del moderno. Diritti dell'uomo, schiavitù ed emancipazione tra storia e storiografia", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 42, 2013, pp. 9-41.

si vengono rivendicati al fine di individuare in figure sempre più specifiche e articolate di libertà dell'individuo (o forse, a ben vedere, si tratta proprio di condizioni di diversità, non solo individuali ma anche di gruppo?), che appaiono meritevoli di tutela³; è un fenomeno che a sua volta nasconde un profilo aporetico, poiché sembra dar vita piuttosto a un processo inflattivo, destinato provocare una frammentazione dei diritti, tale da comprometterne i livelli di effettività.

Esclusione da diritti e loro espansione, dunque; sono solo due esempi che segnalano come lo spazio dei diritti sia oggi in "sofferenza"⁴.

Se guardiamo alla storia dei diritti individuali non dovremmo essere sorpresi. Il discorso dei diritti, a dispetto delle cristallizzazioni che tende a cercare, ha sempre dato vita ad un quadro problematico e in evoluzione⁵. È sin dall'origine che i diritti si trasformano, inseguendo sempre nuove domande di protezione giuridica. Alla base della idea di diritti dell'individuo c'è sempre infatti un carattere rivendicativo; la dinamica è relativamente semplice (in apparenza): la società produce bisogni ed essi trovano soddisfazione nella rivendicazione e nell'ottenimento dei diritti.

Si potrebbe forse concludere consolatoriamente che, in fondo, la storia della trasformazione continua dei diritti è an-

3 Cfr. A. Pintore, "Diritti insaziabili", in Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, ETS, Pisa 2010.

4 Per una più ampia disamina si rinvia a T. Casadei, "Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e 'diritto diseguale'", in *Ragion pratica*, 31, 2008, pp. 291-311; M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, "I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio", in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Dimensioni della soggettività moderna nello spazio globale tra imposizioni e negazioni*, Universidad Carlo III de Madrid, Madrid 2014.

5 P. Costa, "Diritti fondamentali (storia)", in *Enciclopedia del diritto*, II, II, pp. 365-417; Id., "Diritti", in Maurizio Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 37-58.

che la storia della performatività dei diritti. Tuttavia tale constatazione non sembra sufficiente a spiegare la fase attuale.

Se guardiamo con attenzione al fenomeno, dobbiamo, infatti, constatare che oggi il problema della protezione giuridica sembra sfuggire alla semplice dinamica che dalla rivendicazione politica passa al riconoscimento normativo in una legge. Più spesso il riconoscimento delle protezioni giuridiche viene ottenuto dall'azione della giurisprudenza; questo fanno le Corti costituzionali o quelle ultrastatali come nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo o della Corte di giustizia europea.

Esse agiscono sul presupposto di certi diritti umani/fondamentali individuati nelle carte costituzionali o nei trattati internazionali, ma non si limitano ad applicarli secondo una dinamica sussuntiva (vale a dire secondo un processo di riconduzione della situazione specifica, oggetto del giudizio, alla corrispondente forma giuridica del diritto individuale generale e astratto).

L'azione giurisprudenziale di queste Corti si svolge, infatti, secondo una dinamica inversa⁶. Qui sono le situazioni di

6 La bibliografia in tema di giurisprudenza della Corti costituzionali e sovranazionali è vastissima. In questa sede ricordiamo il numero monografico di *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, *L'ordine giuridico europeo radici e prospettive*; il numero monografico della rivista *Ratio Juris*, 16, 2003, *Constitutionals Courts*; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris 2006; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008; Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009; P. Grossi, "Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi", in M. Lobuono (a cura di), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Cacucci, Bari 2009, pp. 26-30; M. Ruotolo, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2009, <www.costituzionalismo.it>; L. Ruggeri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, ESI, Napoli 2009; C. Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Ro-

giustiziabilità in concreto che si fanno fattori della produzione di "diritti" (intesi qui come forme diffuse e generali di protezione giuridica).

Accenniamo a tale aspetto senza scendere in particolari troppo tecnici; quanto basta per affermare che la trasformazione in atto presenta caratteristiche diverse da quelle che fin ora hanno descritto la storia dei diritti.

Per comprendere il fenomeno occorre dunque ribaltare l'approccio, mettendo in discussione l'idea di una sicura performatività dello strumento dei diritti rispetto alla domanda di tutela dei bisogni e dei valori espressi dalla società. Occorre piuttosto *indagare i limiti* di questo strumento. A questo scopo una prospettiva d'indagine in chiave storico-giuridica può risultare particolarmente utile.

Cercheremo di riflettere pertanto su alcune premesse strutturali del nostro problema, soffermandoci sulla "sovranità", un carattere originario della *tutela giuridica* impostata nella forma di una *tutela dei diritti*, che oggi costituisce una ragione dell'inadeguatezza dei diritti rispetto alla domanda di giustizia. Intenderemo inoltre esemplificare il discorso guardando a un tipo di diritto fondamentale e umano: il diritto di migrare.

Ciò permetterà di riflettere su come oggi il problema della tutela giuridica s'intrecci con quello di alcune trasformazioni culturali e sociali in atto.

2. Il problema della tutela dei diritti nel *pactum societatis* inteso come *pactum subjectionis*

Si tratta dunque di considerare come siano stati concepiti i meccanismi per la tutela dei diritti individuali, nel configu-

ma 2012; O. Di Giovine, "Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione", in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2013, pp. 159-181.

rarsi di una nuova concezione dell'ordine giuridico a partire dall'età moderna, ma in particolare dal XIX secolo in poi.

Sotto questo aspetto centrale appare il rapporto tra sovranità e diritti individuali. È proprio sui caratteri della sovranità, che si fonda e concentra il meccanismo della tutela giuridica secondo la moderna concezione dei diritti. Ciò vale anche quando si vogliono dare ai diritti, fondazioni giusnaturalistiche.

Qui il problema sembra derivare dal formato giuridico del potere politico, la cui configurazione è debitrice delle teorie del contratto sociale.

Che cosa dicono tali teorie? Esse spiegano il processo della fondazione delle società civile e politica *astraendolo* nel passaggio dallo stato di natura al contratto sociale⁷. Certo, le dottrine contrattualistiche fondano diversamente i diritti, ma qui non importa se la consociazione sia un risultato dell'*appetitus societatis* (Grozio) o una via d'uscita dalla condizione di *bellum omnium contra omnes* (Hobbes) o una condizione funzionale a una migliore tutela di libertà e diritti naturali (Locke); qui importa osservare che la costruzione che permette di individuare diritti e forme di tutela degli stessi, poggia su una *piattaforma astratta e storica*. Tale impostazione è feconda di conseguenze; mi soffermo su due di esse.

Anzitutto essa rende protagonista del problema dei diritti e del potere, l'uomo come individuo, a prescindere dalla sua collocazione nel contesto delle aggregazioni sociali; è ciò che permette di trasformare il problema della *tutela giuridica della persona* in un problema di *tutela dei diritti dell'individuo*.

Inoltre, tali teorie tendono a costruire il problema della tutela dei diritti come un problema di *esclusiva competenza statale*. Infatti, qui penso in particolare a Thomas Hobbes⁸, il *pac-*

7 Si vedano a questo proposito P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Vol. I, Laterza, Roma-Bari 1999; A.H. Hespanha, *Cultura Juridica Europeia. Síntese de um Milénio*, Almedina, Coimbra 2013.

8 T. Hobbes, *Leviathan*, London 1651, Part II, chapter XVIII.

tum societatis degli individui è costruito come *pactum subjectio-nis* (ma anche il *socius* di Grozio è un *subditus*, assoggettato (*ut in servitute*) alla comunità politica a cui appartiene⁹).

La nascita della società civile e del soggetto giuridico individuale, coincide con l'assoggettamento completo della persona al potere statale: l'*assolutezza* di questo potere (un potere sovrano appunto) è una *precondizione* per conseguire la tutela giuridica, nella forma di tutela di diritti individuali.

La tutela dei diritti è dunque anzitutto un problema di esercizio di sovranità dello Stato¹⁰ o, per dirla con altre parole, la presenza della sovranità di uno Stato è la premessa indispensabile per immaginare la possibilità di tutelare diritti. Anche dove si sostenga che i diritti naturali preesistono alla sovranità, la loro tutela si rende possibile solo a condizione che vi sia il *pactum societatis* capace di assoggettare gli individui al potere sovrano.

Le dottrine sperimentate dalla Rivoluzione francese, soprattutto quelle riconducibili a Rousseau, hanno perfezionato, mettendolo in opera, questo modello di produzione di tutele giuridiche. Penso soprattutto alla dislocazione soggettiva

9 H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Moeno-Francofurti 1626, lib. III, caput II. n. III post princ.

10 Cfr. Maurizio Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, Bologna 1998; P. Costa, *Civitas*, cit.; Id., *Soberania, Representação, Democracia. Ensaio de História do pensamento jurídico*, Juruá, Curitiba 2010; J. Neuenschwander Magalhães, *A formação do conceito de direitos humanos*, Juruá, Curitiba 2013. Sul profilarsi del concetto di sovranità nel pensiero giuridico moderno si vedano fra gli altri M. Stolleis, *Staats und Staatsräson. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990; P. Grossi, "Modernità politica e ordine giuridico", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, pp. 13-39; D. Quaglioni, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004; Th. Berns, *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, Editions Leo Scheer, Paris 2005.

della sovranità dal Monarca assoluto al Popolo sovrano¹¹: ciò ha posto le condizioni per immaginare un processo dinamico di tutela dei diritti, che s'impenna sulla così detta *positivizzazione dei diritti naturali*, cioè sul loro riconoscimento da parte della volontà popolare, attraverso la produzione legislativa.

Dopo la riduzione della questione della protezione giuridica in un problema di tutela dei diritti individuali, dopo la loro saldatura con la sovranità dello Stato, l'ancoraggio al Popolo sovrano ha definitivamente chiarito che l'indisponibilità dei diritti, è essenzialmente un problema di esercizio di opzioni politiche.

3. Un terreno esemplificativo: il diritto moderno di migrare e la sua differente costruzione come *ius peregrinandi*

Concentriamoci a titolo esemplificativo sullo *ius migrandi*, un diritto di ascendenza giusnaturalistica¹², che ha conosciuto la parabola che ho provato a descrivere.

La libertà di circolazione oggi, nel mondo connotato da movimenti migratori di massa, appare oggetto di compressione in molteplici Stati del mondo, anche se si tratta di ordinamenti, che riconoscono a questa libertà il valore di un diritto fondamentale; su questa materia sono evidenti i gradi di relativizzazione se non addirittura di esclusione della tutela giuridica¹³. Si tratta a ben vedere di un dato originario che de-

11 M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, cit.

12 E. Tiebeler-Marenda, *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Duncker & Humblot, Berlin 2002; A.S. Brett, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton University Press, Princeton 2011.

13 Si vedano in proposito O. Giolo, M. Pifferi (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino 2009; M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi*.

riva proprio dal nesso inscindibile con il problema della sovranità degli stati.

Lo possiamo verificare anche per altre figure giuridiche legate alla tutela dei diritti, ma anche, e questo è il mio intento, per contrasto, considerando esempi di una declinazione del principio libertà di circolazione in uno spazio costituzionale diverso, costruito senza il ricorso all'astrazione del *pactum societatis* come *pactum subjectionis*.

Proviamo a rileggere *ius peregrinandi* nel suo senso originario. La sua concettualizzazione nella storia del pensiero giuridico ha trovato un campo di svolgimento rilevante nelle teorizzazioni della seconda scolastica spagnola¹⁴, in relazione ad un progetto di promozione e instaurazione di un nuovo ordine giuridico universale, dopo che due eventi epocali (il conflitto interreligioso tra cristiani e la scoperta delle Americhe) avevano irreversibilmente compromesso l'equilibrio fondato sull'idea medievale della *respublica christiana*.

E interessante conoscere tale approccio, poiché nella declinazione da essi proposta *ius peregrinandi* non appare un'anticipazione di quello che poi, modernamente, indichiamo come il

Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione, EUM, Macerata 2012; A.A. Cassi (a cura di), *Ai margini della Civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, Rubettino, Soveria Mannelli 2013.

14 In proposito in particolare si vedano Francisco De Vitoria, *Relectio De indis* (1538), edicion critica Madrid 1967; Bartolomé de Las Casas, *Tractado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y Leon tienen sobre las indias*, 1552, ed. anastatica in *Tratados de Fray Bartolomé de Las Casas*, Fondo de cultura economica, México 1997, vol. II; Domingo De Soto, *Tractatus de iustitia et iure*, Lugduni, 1582; Id., *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae, 1545; José De Acosta, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangelii apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Colonia Agrippinae 1596, cap. XIII, lib. II, pp. 232-235; Luis de Molina, *Tractatus de iustitia et iure*, Moguntiae 1614, Tractatus II (disp. 98 e 105).

diritto a emigrare, e cioè un diritto alla circolazione nel quadro di un ordine internazionale fatto di Stati sovrani.

Esso non nasce dal *pactum societatis* ma si fonda sul presupposto che il peregrinare è un'inclinazione dell'uomo, un diritto naturale che poggia su un altro diritto fondamentale: lo *ius communicationis*.

Questo è un diritto dell'uomo a relazionarsi e a costruire rapporti sociali, economici, giuridici e politici. Con *ius communicationis*¹⁵ si afferma il rilievo giuridico di un'istanza relazionale dell'uomo, che autorizza e spinge individui e popolazioni, anche di mondi diversi, a mettersi in comunicazione, promuovendo le opportune e possibili dinamiche d'integrazione (economiche, sociali, politiche). *Ius communicationis* è uno strumento operativo attraverso il quale gli uomini danno forma nel tempo alle società in cui vivono.

C'è una rilevante differenza rispetto alle teorie contrattualistiche cui facevo cenno prima: esse ricavano diritti astraendo il problema della tutela giuridica, ponendo fuori dai processi storici il momento della fondazione della comunità sociale e politica.

Nella concezione tardo-scolastica invece *ius communicationis* seppure giusnaturalisticamente (o teologicamente) fondato¹⁶, è

15 M. 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; L. Scuccimarra, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, il Mulino, Bologna 2006; G. Tosi, "La guerra giusta nel dibattito sulla Conquista dell'America", in A.A. Cassi, A. Sciumè (a cura di), *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto comune europeo e ordo iuris globale tra età moderna e contemporanea*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 57-95; L. Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Giuffrè, Milano 2009.

16 L. Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo delle indie spagnole*, Jovene, Napoli 2004; A.A. Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-*

considerato come un principio incarnato nella storia, che agisce di continuo negli ordinamenti sociali storicamente esistenti, contribuendo modificarne gli assetti. *Ius communicationis* e quindi *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.

Interrogiamoci brevemente sul senso di questa teoria. Una certa lettura tende a vedere nello *ius peregrinandi* un argomento di legittimazione della Conquista del nuovo mondo da parte della Spagna. In effetti De Vitoria si occupa del problema proprio scrivendo la *Relectio de Indis*¹⁷. Volendo però svolgere una valutazione più attenta dobbiamo costatare che per De Vitoria e gli altri scolastici si trattava un progetto sensibilmente diverso da quello che si veniva realizzando con la Conquista, anche se comunque volto a ottenere il risultato dell'inclusione del nuovo mondo nell'ordine giuridico e politico europeo. La loro preoccupazione era soprattutto di evangelizzare le comunità indigene e integrarle nell'ordine universale della cristianità.

Del resto non dobbiamo neanche dimenticare che dottrine sullo *ius peregrinandi*, nei termini cui ho accennato, erano svolte, ad esempio da De Soto, per difendere il diritto dei mendicanti di muoversi liberamente nei diversi territori d'Europa¹⁸, dunque in un contesto niente affatto legato al disegno egemonico delle potenze economiche europee sul nuovo mondo.

Ci soffermiamo su questo punto per dire che, prima che

1680), Giuffrè, Milano 2004; S. Langella, "Le fonti teologiche della dottrina del de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna", in A.A. Cassi (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, Rubettino, Soveria Mannelli 2009, pp. 25-37.

17 Francisco De Vitoria, *Relectio De Indis*, cit., Pars I, Sectio III, n. 2, p. 77 ss.

18 Su questo A.S. Brett, *Changes of State*, cit., cap. 1.

una valutazione di ordine geo-politico, è anzitutto l'idea di un certo ordine giuridico e teologico, nel quale universale e particolare convivono, che giustifica dispositivi come *ius peregrinandi* o *ius communicationis*.

Per la nostra ricognizione c'è anche un secondo dato interessante nella riflessione tardo-scolastica. Questo "diritto di migrare" infatti, poggia su un'idea di ordine giuridico che implica una concezione della protezione giuridica (e anche a un rapporto tra diritto e giustizia) affrancata dal nodo gordiano della sovranità dello Stato.

La conferma viene gettando uno sguardo sul quadro costituzionale immaginato e presupposto in tali dottrine. La tarda scolastica fa ricorso alla tradizionale categoria della *iurisdictio*¹⁹, con la quale la dottrina di *ius commune* era riuscita a spiegare il pluralismo politico del mondo medievale e moderno. Con *iurisdictio* è il processo storico della formazione di una comunità politica, che dà forma giuridica al potere politico.

Nel paradigma giurisdizionale è, infatti, la dimensione giuridica a dare forma al potere politico e non viceversa; Il potere politico come tale non produce l'ordine giuridico ma lo presuppone necessariamente, è attività che si distingue per lo *ius dicere* piuttosto che per il *condere legem*²⁰. *Iurisdictio* permette di contemplare una complessità sul piano costituzionale, una rete (concreta) di ordinamenti autonomi e per questo interconnessi, nella quale molteplici e concorrenti sono i luoghi di erogazione di tutele giuridiche.

19 M. Meccarelli, "La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del *ius belli* e del *ius communicationis* nella seconda scolastica", in L. Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli*, cit., pp. 52-72.

20 P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, 2002; Id., *Civitas*, cit.; J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma 2001.

Con tali teorie non si vuol certo negare un ruolo primario al *Rex* (e in particolare quello spagnolo); tuttavia la dinamica di consolidamento di questo potere regale viene inquadrata nei termini di una fondazione di un *potere egemone*, che si giustifica come tale, nella misura in cui garantisce la rete giurisdizionale di riferimento. Non ci si muove nell'orizzonte del concetto di sovranità. Anzi, proprio da un punto di vista concettuale, pensando al problema del nuovo mondo, *iurisdictio* permette di immaginare in una prospettiva costituzionale che, seppur in un processo di statalizzazione dell'ordinamento, consente recuperi di spazi organizzativi e autonomie politiche autoctoni²¹.

Iurisdictio è insomma la categoria giuspubblicistica adeguata a corrispondere a un disegno di espansione politica da farsi nel segno di un progetto di evangelizzazione, piuttosto che di conquista; tanto più quando il presupposto teologico-pastorale dell'evangelizzazione per teologi come Vitoria e Las Casas è quello della conversione realizzata senza mezzi coattivi²². Soprattutto, per tornare al nostro problema, tutto ciò appare funzionale al disegno di recupero di status giuridico per gli indigeni, come *singoli e come comunità*.

Limitiamoci a questi cenni per svolgere qualche riflessione conclusiva.

21 Il sovrano spagnolo, spiega Las Casas "se compadece tener los reyes y señores naturales de los indios, su administración, jurisdicción, derechos y dominios sobre sus pueblos subditos". In questo schema giurisdizionale le espressioni di potere *universale*, come quella dei Re spagnoli e quelle di potere *particolare*, come nel caso dei Re indigeni, possono convivere. (Bartolomé de Las Casas, *Tractado comprobatorio del imperio soberano*, cit., Conclusion segunda, p. 924, e Prueba de la segunda conclusión p.1220).

22 Francisco De Vitoria, *Relectio De indis*, cit., Pars I, Sectio II, n. 18. p. 64; B. De Las Casas, "De unico vocations modo" (1566), in *Obras completas*, edición de Paulino Castañeda Delgado y Antonio García del Moral, Alianza Editorial, Madrid 1990, to. II.

4. Osservazioni conclusive

Seguendo il filo del pensiero dei tardo-scolastici sembra possibile immaginare un mondo in cui la tutela giuridica consista in una tutela dei "diritti", senza bisogno di passare attraverso la strettoia della sovranità dello Stato.

Va però precisato che rievocare quest'approccio *non* significa scoprire un possibile *modello* alternativo di riferimento. La prospettiva storico-giuridica, considerata rispetto ai problemi attuali, non serve a proporre modelli per il presente; piuttosto essa può fungere da momento dialettico per svolgere un'osservazione critica più consapevole. La storia del diritto, infatti, permette di ricavare dalla dimensione dell'esperienza, una fenomenologia del diritto e questo rappresenta un buon presupposto metodologico per immaginare, in modo impregiudicato, soluzioni nuove e adeguate per il momento attuale.

Con questa precisazione mi pare che la nostra rapida ricognizione dei limiti della tutela giuridica prodotta attraverso i diritti individuali, metta in evidenza due dati.

Il primo è piuttosto una conferma: molte aporie dei diritti dipendono dal legame tra esercizio di sovranità e protezione giuridica. Occorre dunque cercare momenti di loro relativa dissociazione, per trovare una via di uscita da quest'ordine di problemi.

Per restare al tema che ci siamo scelti, quello dello *ius migrandi*, ad esempio una risorsa potrebbe venire dal versante dei processi di produzione del diritto che sono già in atto.

Come si accennava, infatti, il diritto che interessa questa materia, si svolge ormai su un terreno di natura prevalentemente giurisprudenziale. Si tratta di una giurisprudenza che per le sue caratteristiche si svolge in uno spazio strutturalmente sottratto alle sovranità politiche statali o perché reso indisponibile a esse (è il caso della giurisprudenza (e della giurisdizione) costituzionale) o perché pensato per occuparsi di un oggetto immediatamente altro rispetto al diritto statale seppure capace di ricadute immediate su quest'ultimo (è il ca-

so della giurisprudenza (e delle giurisdizioni) sui trattati internazionali).

Si tratta dunque di spazi di *autonomia del diritto* dal primato del potere politico²³, sotto il profilo istituzionale e sistematico, i quali inoltre presuppongono una dimensione costituzionale materiale a base pluralistica. Sono spazi che appaiono potenzialmente idonei a provocare effetti emancipatori rispetto al nesso sovranità statale/diritti.

In fondo gli ordinamenti democratici del Novecento, fondati sul primato delle Costituzioni, poggiano già su un riconoscimento di pluralismo di valori come possibili terreni di attuazione della convivenza civile. Le nostre Costituzioni, anche quando elencano diritti, offrono, infatti, un orizzonte di possibilità per una convivenza pacifica e democratica. L'ordine giuridico della Costituzione non poggia, al contrario di quello ottocentesco dei Codici, su un modello predefinito di società; nelle Costituzioni vengono fissati valori di base indisponibili che possono trovare realizzazione in diverse forme ed equilibri. Per questo i diritti fondamentali non sono posti in gerarchia; anzi spesso, nella concreta dialettica sociale, si trovano in "competizione", di modo che la loro effettività deriva da un bilanciamento costituzionale tra valori, tutti di pari livello.

La giurisprudenza sui diritti di cui stiamo parlando non fa altro che trovare in concreto il bilanciamento, la concreta precipitazione materiale del principio fondamentale, volta per volta (per questo non si tratta di una giurisprudenza fondata sulla dinamica della sussunzione).

Forse l'autonomia del diritto, oltre ad essere un fenomeno in atto, può essere una via per dotarci di un diritto che, nella

23 Si permetta al riguardo di rinviare a quanto abbiamo osservato in M. Meccarelli, "Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, pp. 721-745.

misura in cui cessi di proporsi come *universale*, si qualifichi come *comune* e dunque potenzialmente più capace di effettività dal punto di vista della tutela giuridica. Affinché si possa produrre un simile esito, occorre tuttavia assicurare, dentro tale nuovo circuito di produzione del diritto, meccanismi di bilanciamento, controllo e limitazione, che impediscano a ciascuna istituzione di acquisire posizioni di egemonia. Questo non è un dato scontato; l'autonomia del diritto in tale inedita configurazione è un oggetto ancora da indagare sul piano scientifico. Si tratta dunque di una via promettente ma non priva di rischi.

C'è poi un ulteriore problema che dobbiamo considerare. I fenomeni in atto cui accenniamo, dicevamo, tendono a rompere il nesso sovranità/tutela dei diritti promuovendo uno spazio di pluralismo giuridico. Ciò, seppure rappresenti una condizione necessaria, solo in parte appare sufficiente ad affrontare sfide come quelle della diversità culturale.

Infatti, il pluralismo che conosciamo non nasce da un presupposto multiculturale, al contrario, si fonda su una concezione dell'etica di tipo monistico "chiusa nella sua assolutezza e incomunicabilità"²⁴; prevedere meccanismi – come quelli che l'autonomia del diritto consente – di riconoscimento della moltiplicazione dei valori, non implica, dunque, di per sé l'ottenere una loro dialogicità.

Questo sul piano filosofico sollecita interrogativi complessi, poiché impone di riflettere sui caratteri del pluralismo già sul piano etico. Limitandoci però a guardare il problema dal versante più strettamente giuridico, direi che tutto ciò porta la nostra riflessione su tre terreni ancora poco esplorati.

Anzitutto occorre pensare un diritto giurisprudenziale ca-

24 F. Viola, "I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea", in *Ragion Pratica*, 1996, p. 199, ripreso da O. Di Giovine, "Conclusioni (ovvero: Is multiculturalism bad for criminal law?)", in L. Stortoni, S. Tordini Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, cit., pp. 171-189.

pace di riconoscere nei diritti umani e fondamentali una tensione regolativa piuttosto che costitutiva²⁵ e dunque non solo come spazio di bilanciamento di valori ma anche di mediazione e *negoziiazione*²⁶.

Inoltre occorre riflettere in modo rinnovato sul pluralismo giuridico considerandolo nella prospettiva di una *multinormatività*, dove rilevanti diventano i punti di contatto e di fusione tra sfere normative giuridiche e di altra natura tipo morale/sociale (si pensi ad esempio alla complessa osmosi tra *global ethics* e diritti fondamentali).

Per fare ciò, e siamo al terzo terreno di esplorazione, occorre collocare la riflessione giuridica in un quadro comunicativo di tipo schiettamente *interdisciplinare* con le altre scienze sociali (come la sociologia, l'economia, l'antropologia, la storia), nonché le scienze filosofiche e letterarie. Oltre che per comprendere il punto di differenziazione tra forme di tutela socialmente rilevanti e quelle specificamente giuridiche, ciò appare necessario anche per individuare terreni di ricerca, non immediatamente legati al tema dei diritti, ma che pure possono evidenziare: i processi sociali ed economici di emersione di domande di protezione giuridica e di giustizia; le epistemologie idonee per decifrarle (attingendo ad esempio alle riflessioni sull'ermeneutica); i campi semantici che si propongono come luoghi di ricezione di tali esigenze rivendicative (si pensi alla relazione tra diritto e letteratura); gli strumenti di veicolazione di tali processi; le (nuove) soggettività che tali esigenze esprimono; ecc. Occorre in altre parole prendere

25 S. Labate, *La necessaria inattualità del fondamento. Note a partire da 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.

26 A. Schiavello, "Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione", in *Ragion pratica* 2010, vol. 34, 129-149; O. Di Giovine, "Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale", in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit.

sul serio la prospettiva interdisciplinare per farne una piattaforma d'integrazione dei saperi²⁷.

Il tempo della modernità giuridica ha ridisegnato in profondità i confinamenti disciplinari, dotandosi di metodi inediti e costruendo costellazioni epistemiche resistenti; l'uscita dalla post-modernità – dove il "post" rinvia a un affrancamento solo parziale dagli orizzonti concettuali del moderno – richiede una responsabilità creativa altrettanto consapevole.

27 Su questo terreno esperienze pioneristiche nel campo della storia del diritto penale e della giustizia sono state fatte da Mario Sbriccoli. Rinviamo ai saggi metodologici contenuti nella raccolta dei suoi scritti: M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Saggi editi e inediti*, Giuffrè, Milano 2009. Per una riflessione sulla sua lezione metodologica si rinvia a quanto osservato in M. Meccarelli, "La dimension doctrinale du procès dans l'histoire de la justice criminelle: La leçon historiographique de Mario Sbriccoli", in *Crime, histoire & sociétés / Crime, History & Societies*, 13, 1, 2009, pp. 73-89.