

LA LIBERTA E I SUOI LIMITI. FRA PENSIERO MODERNO E DIRITTO.

FREEDOM AND ITS LIMITS. BETWEEN MODERN THOUGHT AND LAW.

Agata C. Amato Mangiameli¹

UniRoma2

Abstract

Nonostante le grandi conquiste della modernità, nonostante il suo evidente sforzo per collocare l'individuo al centro e il mondo in periferia, il discorso giuridico è nato e si è sviluppato sotto il segno dell'individualismo possessivo.

La libertà di ogni individuo può essere legittimamente limitata solo dagli obblighi e dalle forme che sono necessari per assicurare agli altri la stessa libertà. La società consiste in una serie di relazioni mercantili e più in particolare è un'invenzione dell'uomo per la tutela della libertà individuale della propria persona e dei beni e, quindi, per il mantenimento di relazioni di scambio disciplinate tra gli individui, considerati come proprietari di sé stessi.

Entrambe le pretese dell'epoca moderna – il diritto è solo diritto privato/il diritto è solo diritto pubblico – non riescono a dare conto delle infinite sfumature di cui si compone la giuridicità. Per questo motivo, l'odierna giustificazione della obbligatorietà delle norme deve essere in grado di integrare le fondamentali acquisizioni del moderno con quei principi essenziali del vivere civile – come, ad esempio, la solidarietà – che la stessa modernità ha messo tra parentesi e rinnegato.

Parole-chiave

¹ Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Informatica giuridica e Biogiuridica. Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Modernità. Libertà. Individualismo possessivo. Diritto. Diritti. Solidarietà.

Abstract

Despite the great achievements of Modernity, despite its evident efforts to set the individual in the centre and the world in the periphery, the discussion on law was born and developed under the sign of possessive individualism. The freedom of each individual can be legitimately limited only by the obligations and forms that are necessary to ensure the same freedom for others. The society consists of a series of mercantile relationships and more specifically it is an invention of man for the protection of the individual freedom of his own person and property and, therefore, for the maintenance of disciplined exchange relationships between individuals, considered as owners of themselves. Both claims of Modern Era – private law is the only law/public law is the only law – cannot explain the infinite juridical nuances. As a result, today justification of law's obligatory has to be able to integrate the fundamental achievements of the modern world with the essential principles of civil life – such as solidarity, for instance – which Modernity itself has often shunned or denied.

Keywords

Modernity. Freedom. Possessive individualism. Right. Rights. Solidarity.

I.

Una immensa riorganizzazione della cultura è quella che si compie nel moderno, ritrascrivendo il rapporto io-mondo, il legame ragione-esperienza, la relazione linguaggio naturale-lingua universale. A suo modo, questa immensa riorganizzazione costituisce il presupposto stesso delle contemporanee trasformazioni tecnologiche del sapere, come pure delle attuali richieste d'attenzione per nuovi desideri e nuovi diritti.

Tra i tratti principali meritano d'essere richiamati: l'*invenzione* della mente, poiché “niente può essere percepito da me con maggiore facilità ed evidenza che la mia mente”²; l'attrattiva dell'armonia del pensiero con il pensiero³, ovvero il richiamo della matematica, perché conoscenza chiara e distinta, più adeguata delle altre⁴, indispensabile anche per le scienze morali e politiche⁵; l'interesse per il metodo e per le regole logiche, ossia l'interesse per tutto ciò che consente all'intelletto di ascendere dalle rappresentazioni imperfette dei sensi e dalla varietà delle esperienze individuali alla percezione delle verità generali. Ad esempio, l'interesse per l'algebra della logica, che insegna in che modo il linguaggio e il numero servono da strumento e da

² È quanto si legge in CARTESIO alla fine della seconda meditazione (*Meditazioni metafisiche*, trad. it., Roma-Bari 2011).

³ Qui, secondo William HAMILTON, risiedeva la differenza tra la matematica e la filosofia. La prima scienza d'*immagini*, la seconda “is mainly occupied with *realities*, it is the science of a real existence, not merely of an imagined existence” e quindi ricerca di “harmony of thought and existence” (*Discussions on Philosophy and Literature, Education and University Reform*, London 1852, 272 ss.).

⁴ G.W. LEIBNIZ, *Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee*, trad. it. in G.W. L., *Scritti di logica*, Roma-Bari 1992, I, 160 ss.

⁵ Perché, senza l'applicazione dei metodi rigorosi del calcolo, si arriverebbe ben presto al punto in cui ogni progresso diverrebbe impossibile, e il cammino delle scienze morali e politiche, come quello delle scienze fisiche, si arresterebbe. Di qui una vera e propria scienza autonoma, per l'appunto la *Matematica sociale* di CONDORCET: “on verra qu'aucun de nos intérêts individuels ou publics ne lui est étranger, qu'il n'en est aucun sur lequel elle ne nous donne des idées plus précises, des connaissances plus certaines” (*Tableau général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales*, in *Œuvres*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1968, I, 539-541).

ausilio ai processi del ragionamento, che rivela la connessione esistente fra i diversi poteri del nostro intelletto e che infine evidenzia, nei due domini della conoscenza dimostrativa e di quella probabile, “i modelli essenziali della verità e della correttezza: modelli che non sono stati ricavati dall’esterno, ma sono profondamente radicati nella costituzione delle facoltà dell’uomo”⁶.

Questi tratti del moderno sono riassunti bene dall’osservazione di Rorty: “il cambiamento cartesiano dalla mente come ragione alla mente come arena interiore non fu tanto il trionfo dell’orgoglioso soggetto individuale liberato dai legami della scolastica, quanto il trionfo della ricerca di certezza sulla ricerca di saggezza. Da quel momento in poi, si aprì per i filosofi la strada per eguagliare il rigore del matematico e del fisico matematico, oppure per spiegare l’apparenza del rigore di queste discipline, anziché aiutare la gente a raggiungere la pace mentale. La scienza, anziché la vita, divenne l’oggetto della filosofia, e l’epistemologia ne divenne il centro”⁷.

II.

L’immensa riorganizzazione e la significativa razionalizzazione che il moderno compie, segnano profondamente categorie

⁶ G. BOOLE, *Indagine sulle leggi del pensiero su cui sono fondate le teorie matematiche della logica e della probabilità*, trad. it., Torino 1976, 11.

⁷ *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it., Milano 1988, 47-48.

politiche e istituti giuridici, così che ogni cosa vi deve tutto, nel bene e nel male.

Si consideri lo Stato moderno⁸, al contempo *ordinamento*, *comunità*, *organizzazione*. In altri termini: una macchina razionale, efficiente, funzionale, in piena sintonia con gli imperativi della modernizzazione sociale, culturale ed economica⁹; una macchina che a seguito di un lungo e articolato processo (di costruzione) esprime: la struttura impersonale del potere, il monopolio dell'uso della forza, la legittimazione, la territorialità.

Si tratta di una grande opera di fondazione e di strutturazione, richiesta da una ragione “che si dà da sé il proprio fondamento” e che naturalmente evita “la contraddizione di volere lo stato di natura”¹⁰. Al centro vi è la separazione dalla società civile¹¹, cui

⁸ Ulteriori considerazioni nel mio *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, Torino 2004, in part. 65 ss.

⁹ Di qui, il successo dello Stato-nazione rispetto ai modelli politici precedenti: si veda M. R. LEPSIUS, *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen 1990, in part. 256 ss.

¹⁰ H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, trad. it., Genova 1992, in part. 232.

¹¹ Basti ricordare la conseguenza, secondo HEGEL, della possibile confusione: “se si scambia lo Stato con la società civile, e la sua destinazione è posta nella sicurezza e nella protezione della proprietà e della libertà personale, l'*interesse del singolo, come tale*, è il fine ultimo, nel quale essi sono unificati; e segue, appunto da ciò, che essere componente dello Stato è una cosa a capriccio” (*Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Roma-Bari 1974, § 258, 239).

conseguendo l'indifferenza dello Stato rispetto a una serie di comportamenti degli individui e per l'altro, invece, la possibilità per questi di vantare il riconoscimento di una posizione soggettiva, in termini di diritti di libertà. Al centro ancora vi è l'abbandono in ammirevole concordia di alcune pretese e di molte controversie¹², lo Stato deve così guadagnarsi la fedeltà dei cittadini sulla base della propria capacità di riflettere e/o rappresentare le opinioni, i diritti e gli interessi degli stessi cittadini¹³.

Il nesso diritti-Stato è il risultato di una prestazione fondamentale, e cioè la soluzione simultanea dei problemi della legittimazione e dell'integrazione sociale, che lo Stato è riuscito a offrire grazie al combinarsi e all'evolvere dell'aspetto giuridico-politico e dell'aspetto propriamente culturale. Detto molto in breve, sovranità e coscienza nazionale, pur con gli ovvi rischi e le pericolose ambivalenze¹⁴, svolgono un ruolo decisivo per l'affermazione dei diritti medesimi.

¹² Innanzitutto le controversie religiose. Del resto, Bodin e Hobbes “si schierarono al fianco dello Stato non per tracotanza, ma per disperazione, allorché videro che la prepotenza dei teologi e dei settari era continuo fomite della guerra civile. Non pensarono di fondare una nuova religione, e meno che meno una religione del laicismo e del positivismo” (C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano 1987, 75-76).

¹³ D. HELD, *Democrazia e ordine globale*, trad. it., Trieste 1999, 53-54.

¹⁴ La sovranità a suo modo può mantenere all'interno l'ordine pubblico e tutelare all'esterno i propri confini, la coscienza nazionale a suo modo lega i membri di una

Perché lo Stato si legittimi con nuove fonti, essendo venuto meno il fondamento religioso (la cui formula era: *per grazia di Dio*) e riesca a integrare una popolazione ormai sradicata dai vincoli sociali di tipo cetuale, scrive Habermas, “c’era bisogno di un’idea che producesse motivazioni forti, una idea che si appellasse al cuore e alle menti delle persone con più vigore della ‘sovranità popolare’ e dei ‘diritti umani’”¹⁵. È l’idea di nazione che colma il vuoto: consente allo Stato, pur nell’inevitabile e permanente tensione tra il particolarismo di una comunità storica di destino e l’universalismo di una egualitaria comunità

comunità politica e rafforza la loro posizione nell’insocievolezza delle diverse coscienze nazionali. Tutto sta a intendere correttamente i termini e ad abbandonare pericolose assolutizzazioni, quale quella compiuta dall’equazione (universale ed inderogabile) tra Stato e nazione. Di qui la necessità di ripensare – come osserva MATHIEU – il concetto di nazione “*dopo la disfatta dei nazionalismi ...* Che cosa sono le nazioni? Che funzioni legittime hanno, nella storia della civiltà? La nazione è un concetto essenzialmente *culturale*, per tre ragioni: 1) è difficile trovargli altro fondamento; 2) è difficile trovare una cultura autentica che non abbia carattere nazionale; 3) è difficile ipotizzare una cultura universale che si affermi *contro*, e non *attraverso* culture nazionali” (*I nazionalismi contro le nazioni*, in V. M., *L’uomo animale ermeneutico*, Torino 2000, 239).

¹⁵ Il rilievo dato alle conquiste dello Stato-nazione, non impedisce naturalmente ad HABERMAS di trattare dell’intreccio tra idea di nazione e “volontà machiavellica di autoaffermazione”, e dell’entrata in gioco di un terzo concetto di libertà, per l’appunto la libertà *nazionale*, che entra in competizione con i due concetti individualistici di libertà, e cioè con la libertà privata dei membri della società e con l’autonomia politica dei membri dello Stato (*L’inclusione dell’altro*, trad. it., Milano 2002, in part. 125 ss.).

giuridica, di presentarsi come unità: ora come *unità di un popolo* con il diritto all'autodeterminazione (sovranità esterna), ora come *unità di cittadini* liberi ed eguali con il diritto all'autodeterminazione democratica (sovranità interna).

La macchina-Stato è via via più sofisticata, tende a essere al contempo *unità di pace, unità politica nella decisione, unità giuridica di norme*¹⁶.

III.

Una grande rielaborazione giuridica è per ciò stesso quella che si compie nel moderno, delineando il nuovo rapporto norma-realtà, dovere-essere, certezza-giustizia. Questa grande rielaborazione ha come presupposto l'autonomia del sapere, espressa dall'*io penso*, e l'autonomia dell'agire, quale diritto di ogni essere razionale. È il diritto della particolarità del soggetto di trovarsi appagato, ovvero la libertà soggettiva, a costituire il punto centrale della differenza tra l'antichità e l'età moderna¹⁷, e a conquistare il diritto nelle sue diverse manifestazioni.

Un tratto va subito richiamato: il razionalismo occidentale è quel processo di *disincantamento* per via del quale ogni ambito non può più alimentarsi dell'autorità scontata delle immagini religiose del mondo,

¹⁶ Si veda al riguardo il saggio di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978.

¹⁷ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 124, 130.

delle tradizioni etiche, dei modelli di un'altra epoca¹⁸. Il che è evidente anche solo trattando delle tre caratteristiche (positività, legalità, formalità) del sistema giuridico moderno.

Positività significa innanzitutto che il diritto è la volontà di un legislatore sovrano che disciplina in modo convenzionale i fenomeni sociali grazie a strumenti organizzativi di tipo giuridico, e che pertanto non può essere “perfezionato mediante l'interpretazione di tradizioni riconosciute e consacrate”.

Legalità vuol dire soprattutto che il diritto non imputa alle persone giuridiche alcun motivo etico al di fuori di una generica ottemperanza al diritto, non vengono perciò sanzionati “sentimenti malvagi, bensì azioni devianti dalle norme”.

Formalità significa in primo luogo che il diritto definisce ambiti “dell'arbitrio legittimo di persone private”. Dando come presupposta la libertà di arbitrio delle persone, il rapporto di diritto privato può essere regolato negativamente e secondo una logica di bilateralità, e cioè mediante la limitazione delle autorizzazioni riconosciute in linea di principio, anziché attraverso una regolazione positiva di obblighi concreti e

¹⁸ Ovvio il rinvio a M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Milano 1991. Sul punto si veda in particolare J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, I, *Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, trad. it., Bologna 1986, sp. 244 ss.

imperativi materiali. In breve: “in tale ambito è permesso tutto quanto non è vietato giuridicamente”¹⁹.

Con la positivizzazione, legalizzazione e formalizzazione del diritto, si sottolinea quindi la necessità di regole stabilite, pattuite, emanate e interpretate in modo razionale, affinché anche l’ordinamento giuridico, quale prodotto umano, sia accessibile alla conoscenza e al controllo razionale. Nonostante la distanza tra esperti e profani²⁰, la validità razionale, in luogo della validità consensuale tradizionale, fa sì che diminuisca comunque la probabilità che il diritto – statuito e specialisticamente sistematizzato – venga usato arbitrariamente e che rimanga fondamentalmente oscuro il senso delle norme e delle procedure, così che sia possibile “almeno in linea di principio, di ‘fare i conti’ con esse, di ‘calcolare’ il loro atteggiamento, di orientare il proprio agire in base ad aspettative precise, create per loro mezzo”²¹. E la specifica nota razionale del

¹⁹ *Ivi*, 364 ss.

²⁰ Così scrive Max WEBER: “Il progresso della differenziazione e della razionalizzazione sociale significa ... nel suo risultato, se non assolutamente sempre, almeno normalmente, una distanza in complesso sempre maggiore di coloro che sono praticamente immersi entro le tecniche e gli ordinamenti razionali da questa loro base razionale – che a loro rimane in complesso nascosta come al ‘selvaggio’ rimane nascosto il senso delle procedure magiche del suo stregone” (*Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it., Torino 1974, 301).

²¹ *Ivi*, 302.

diritto moderno²² è già nei suoi tre attributi intrinseci: unità, generalità, stabilità.

L'*unità sistematica* implica che esiste un criterio per stabilire l'appartenenza delle parti al tutto, come pure un principio unificatore gerarchico, grazie al quale è possibile risalire dai gradi più bassi (gli atti esecutivi) ai gradi più alti (gli atti produttivi)²³; implica altresì che le norme che compongono l'ordinamento giuridico siano in rapporto di coerenza logica tra loro, ovvero il sistema non tollera norme incompatibili (antinomiche), richiamando così l'esigenza al contempo della semplicità, della chiarezza, della certezza²⁴. La *generalità/astrattezza*, poi, richiede

²² Ulteriori considerazioni nel mio *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, cit., in part. 107 ss.

²³ Nel kelseniano *Stufenbau* l'unità "è prodotta dal nesso risultante dal fatto che la validità di una norma, prodotta conformemente ad un'altra norma, riposa su quest'ultima, la cui produzione a sua volta è determinata da un'altra: un procedimento a ritroso che termina nella norma fondamentale presupposta. La norma fondamentale, ipotetica nel senso ora precisato, è quindi il fondamento supremo della validità, su cui si fonda l'unità di questo nesso di produzione (*Erzeugungszusammenhang*)" (*La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966, 252).

²⁴ Secondo l'ideale tipicamente illuminista. Scriveva MONTESQUIEU: "coloro che sono dotati di un ingegno tanto vasto da poter dare leggi alla propria nazione o a un'altra, devono osservare certe cautele nella maniera di formularle. Lo stile dev'essere conciso ... semplice ... non bisogna ricorrere a espressioni vaghe ... Quando, in una legge, le eccezioni, limitazioni, modificazioni non sono necessarie, è molto meglio non metterne. Dettagli siffatti gettano in nuovi dettagli" (*Lo spirito delle leggi*, lib. XXIX, cap. 16, trad. it., Milano 1996, 939 ss.).

che le norme si rivolgano ad una classe di persone (per l'appunto, le norme generali) e/o regolino una classe di azioni (le cosiddette norme astratte). La ragione è semplice: generalità e astrattezza delle norme sono garanzia di uguaglianza (la legge è uguale per tutti) e di certezza (sono determinati, una volta per tutte, gli effetti che l'ordinamento giuridico attribuisce a un dato comportamento). E l'uguaglianza e la certezza sono i fini verso cui deve tendere il diritto moderno²⁵. La *stabilità*, infine, è l'altro requisito essenziale del diritto. Leggi accettabilmente chiare nel loro linguaggio e razionalmente giustificate dall'imparzialità, dall'obiettività e dalla certezza, sono in linea di principio destinate a durare nel tempo. E la stessa durata è a sua volta garanzia di certezza, se con quest'ultima si intende – come sembra che sia – la possibilità di conoscere la norma che regola un'azione-tipo e di sapere in anticipo le conseguenze dell'azione concreta.

²⁵ Nella *Teoria della norma giuridica* (Torino 1958, sp. 233) osservava a tal proposito BOBBIO: “Noi riteniamo che le considerazioni della generalità e astrattezza come requisiti essenziali della norma giuridica abbiano un'origine ideologica e non logica, e cioè riteniamo che dietro a questa teoria ci sia un giudizio di valore di questo tipo: ‘è bene (è desiderabile) che le norme giuridiche siano generali ed astratte’. In altre parole, noi pensiamo che generalità ed astrattezza siano requisiti non già della norma giuridica quale è, ma quale dovrebbe essere per corrispondere all'ideale di giustizia, per cui tutti gli uomini sono eguali, tutte le azioni sono certe; cioè sono requisiti non tanto della norma giuridica (cioè della norma valida in un certo sistema), ma della norma giusta”.

Tanto le caratteristiche (positività, legalità, formalità), quanto gli attributi intrinseci (unità, generalità, stabilità), che contribuiscono a fare del diritto l'espressione della razionalità moderna, sono in fondo coerenti con quella radice individualistica su cui "ven(gono) a fondarsi gli ordinamenti e tutta la civiltà della modernità ... e dalla quale provengono l'insediamento dei diritti individuali a primo principio dell'esperienza sociale e la giustificazione dello stato sulla base della loro garanzia"²⁶. Com'è noto, infatti, nel moderno va via via diminuendo la componente di sottomissione personale – non si obbedisce gli uni agli altri, ma tutti alla legge²⁷ –, e questo lo si deve in massima parte alle idee che l'individuo preesiste allo

²⁶ Così U. ALLEGRETTI, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in P. BARCELLONA – A. CARRINO (a cura di), *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, II, *I diritti umani nella costruzione del nuovo ordine mondiale*, Napoli 2003, 10.

²⁷ Secondo H. HELLER: "l'uomo moderno, a differenza di quello medievale, ritiene più dignitoso assoggettarsi al potere inflessibile della legge impersonale piuttosto che all'autorità di una persona. L'ideale dell'oggettività ci appare oggi come il principio strutturale del diritto; ci crediamo liberi se siamo subordinati ad una legge che si fa gioco di ogni atto arbitrario o di ogni resistenza da parte nostra" (*La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano 1987, 75).

Stato²⁸, che l'individuo è titolare di diritti soggettivi²⁹, che le leggi positive sono il mezzo per assicurare la protezione dei diritti, giacché l'ordine giuridico è un sistema di categorie logiche in sé coerente e completo³⁰.

²⁸ È dunque un artificio, prodotto ora da un patto (*subiectionis* o *dominationis*), ora da un contratto (sociale), e nei nostri giorni – cioè nella versione contemporanea del contrattualismo – da un *unanimous agreement* (di parti che versano nella stessa situazione e che “*have no basis for bargaining*”: così J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano 1986, 127-128).

²⁹ Ma anche le aggregazioni umane, ricostruite come *soggetti* (collettivi), dispongono di diritti, e la teoria della *volonté générale* lo mostra ampiamente: “al posto della persona singola di ciascun contraente, (l')atto di associazione produce subito un corpo morale e collettivo composto di tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea; da questo stesso atto tale corpo morale riceve la sua unità, il suo *io* comune, la sua vita e la sua volontà” (ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, I, VI, trad. it., Torino 1966, 24-25).

³⁰ Un sistema in cui la dogmatica giuridica svolge una funzione essenziale. Utilizzando la ricostruzione di LUHMANN, può dirsi infatti che, lì dove entrambi gli elementi (la norma e il fatto) della “relazione” dell'applicazione del diritto sono contingenti”, la dogmatica limita la “facoltatività delle variazioni”. Se il caso è un *caso*: può presentarsi (in questo o in altro modo) o non presentarsi, se le norme giuridiche “possono essere ‘interpretate’ in questo o in un altro modo (o addirittura possono essere istituite in questo o in un altro modo)”, allora “mediante la dogmatizzazione del materiale giuridico – e ciò vuol dire anzitutto mediante la sua elaborazione concettuale e classificatoria – si ottiene che quel volgere lo sguardo ora alle norme e ora ai fatti ... non resti senza guida ma sappia di essere vincolato al sistema giuridico e non giunga a spingersi fuori dall'ordinamento giuridico” (*Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna 1978, in part. 48-49)

Si assiste così a una sorta di *subjectivisation du droit*³¹: il diritto moderno, debitore sia della teoria giusnaturalistica che del movimento illuminista, assume quale punto di partenza per le proprie definizioni – al pari di ogni altro ambito – la centralità del soggetto³²: è – per dirla con Hofmann – *l’io al centro e il mondo alla periferia*, e a quell’io non resta altro da fare che ricorrere a se stesso, “alla sua propria ‘natura’, al suo carattere, ai suoi bisogni, interessi, capacità e idee, alla sua propria ragione”³³.

IV.

Moderni o antimoderni? C’è quanto basta per essere moderni: autonomia del sapere e autonomia dell’agire generano i termini

³¹ Riprendo l’espressione di L. FERRY – A. RENAUT (*Philosophie politique*, III, *Des droits de l’homme à l’idée républicaine*, Paris 1985). Cfr. le considerazioni di J. CHEVALLIER, *L’État post-moderne*, Paris 2003, 92.

³² Importanti le pagine di H. BLUMENBERG, *La legittimità dell’età moderna*, cit., *passim*.

³³ Avverte poi H. HOFMANN: “Quindi con il vecchio nome di ‘diritti naturali’ ora non si intende più il diritto di natura in senso estensivo. Il *pathos* del diritto naturale ricavato dalla religione della natura nella scena notturna sul Rütli del *Guglielmo Tell* ... di Schiller ... è solo una reminiscenza poetica. A essere ancora trattato filosoficamente è solo il diritto della natura umana, e in particolare della ragione umana. ‘Diritto razionale’ è perciò la migliore designazione per la filosofia del diritto del XVII e XVIII tra Grozio e Kant” (*Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, trad. it., Roma-Bari 2003, 157 ss.).

richiamati usualmente dalla teoria della cittadinanza: libertà, diritti, uguaglianza, equità, benessere, e così via.

Ma ce n'è altrettanto per essere *antimoderni*. Nonostante le grandi invenzioni del moderno, nonostante *l'io al centro e il mondo alla periferia*, lo sviluppo e la giustificazione del diritto sono stati pensati nel segno dell'individualismo possessivo³⁴. Ciò ha fatto sì che la ricchezza, il potere, il prestigio, in ogni caso i cd. beni esclusivi, venissero considerati come gli unici veri beni, sminuendo il piano personale e accrescendo sul piano interpersonale conflitto ed esclusione³⁵.

L'aspetto possessivo si trova in una concezione dell'individuo inteso essenzialmente come proprietario della propria persona e

³⁴ Di qui la difficoltà, secondo MACPHERSON, di una giustificazione della teoria liberal-democratica (*Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, trad. it., Milano 1973, e *La vita e i tempi della democrazia liberale*, trad. it., Milano 1980).

³⁵ Più che attuali le osservazioni di LOMBARDI VALLAURI: "La ricchezza, il potere, la notorietà, il piacere che ne nasce sono, sul piano sociale o sistemico, beni esclusivi, cioè beni il cui possesso o godimento da parte di un soggetto esclude (o riduce) per essenza il possesso o godimento da parte degli altri. La mia proprietà esclude la tua; i beni materiali (le *res extensae*) si escludono a vicenda nello spazio, così che l'accrescimento di uno equivale al decremento dell'altro (infinite automobili = zero strada, infinite strade = zero paesaggio, infiniti yacht = zero mare). Il potere e la notorietà sono esclusivi perché comparativi, occorre averne più degli altri: pari potere = zero potere, pari notorietà = zero notorietà, un accrescimento generalizzato, paritario, di potere o di notorietà è un concetto privo di senso" (*Il primato dei beni non esclusivi come chiave dello sviluppo umano pleromatico*, www.inventati.org 2014/04/04).

delle proprie capacità. Se egli non può certo alienare in modo totale la proprietà della propria persona, può tuttavia alienare la propria capacità lavorativa. E solo in questo modo non dipende dalla volontà altrui, e cioè egli è libero da qualsiasi relazione con gli altri, tranne quelle che l'individuo stesso intraprende nella prospettiva del proprio interesse. Così, la libertà di ogni individuo può essere legittimamente limitata solo dagli obblighi e dalle forme che sono necessari per assicurare agli altri la stessa libertà, e d'altra parte egli non deve nulla alla società. Questa consiste in una serie di relazioni mercantili e più in particolare è un'invenzione dell'uomo per la tutela della libertà individuale della propria persona e dei beni e, quindi, per il mantenimento di relazioni di scambio disciplinate tra gli individui, considerati come proprietari di se stessi³⁶.

Molte sono le tracce di individualismo possessivo, pur in presenza di orientamenti tra loro assai diversi e per i temi più disparati.

È sufficiente qui rinviare alla kantiana correlazione cittadinanza-indipendenza. Il cittadino è *uomo padrone di sé (sui juris)* e non è semplice prestatore d'opera della comunità: non può essere perciò domestico, garzone di bottega, giornaliero e così via, il cittadino per essere tale, oltre alla proprietà naturale (né

³⁶ In tal senso C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., 297-298.

bambino, né donna) deve possedere la proprietà economica “(e in questa può essere compresa ogni attività manuale, professionale, artistica, scientifica), che gli procuri i mezzi per vivere; e ciò nel senso che – scrive Kant –, nei casi in cui per vivere deve acquistare beni da altri, egli li acquisti solo mediante alienazione di ciò che è suo e non per concessione che egli faccia a altri dell’uso delle sue forze”³⁷.

Altro tema, stesso linguaggio: tra gli “oggetti dell’arbitrio” vanno annoverati non solo il diritto a “possedere un oggetto esterno *come una cosa*”, ma anche “nell’usarne *come una persona*”. L’esempio kantiano è significativo: “l’acquisto che si fonda su questa legge è, quanto al suo oggetto, di tre specie: l’uomo acquista una *donna*, la *coppia* acquista dei *figli*, e la *famiglia* dei *domestici*. Ognuno di questi acquisti è nello stesso tempo inalienabile, e il diritto del possessore di questi oggetti è il *più personale* di tutti i diritti”. E Kant così prosegue: “che questo diritto *personale* sia nello stesso tempo un diritto di *natura reale* si fonda sul fatto che, se uno dei due sposi è fuggito o si è abbandonato al possesso di un’altra persona, l’altro è autorizzato in ogni tempo e incontestabilmente a ricondurlo in suo potere come una cosa”³⁸.

V.

³⁷ *Sopra il detto comune: “questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”, trad. it., in I. K., La pace, la ragione e la storia, Bologna 1985, 79-80.*

³⁸ *La metafisica dei costumi, trad. it., Roma-Bari 1983, §§ 22-23-25, p. 94 ss*

Il mio possesso esclude il tuo, la mia proprietà esclude la tua, i miei desideri di beni esclusivi occupano tutti gli spazi, in ogni caso sono da considerare prevalenti su ogni altro desiderio, interesse, diritto, bene.

Anche le due pretese moderne, tra loro ovviamente contraddittorie: *diritto è solo il diritto privato/diritto è solo il diritto pubblico*, ricorrono all'orientamento individualistico-possessivo e mostrano tutta la loro debolezza, specie in rapporto all'attuale dialettica cittadino-straniero (emigrante, rifugiato).

In realtà, il fenomeno giuridico³⁹ non si esaurisce ora nella dimensione orizzontale (di eguaglianza) dei rapporti di diritto privato ora nella dimensione verticale (di supremazia/subordinazione) dei rapporti di diritto pubblico. E ciò lo dimostra in modo chiaro un termine, la cui fortuna probabilmente gli deriva dal pensiero filosofico, politico, religioso, sociologico, ma che certamente è un concetto giuridico e *ha* un senso giuridico. Si tratta della *solidarietà*: si pensi alla solidarietà attiva o passiva in caso di pluralità di creditori o di debitori in una stessa obbligazione, si pensi alla solidarietà sottesa al concetto di responsabilità oggettiva, si pensi ancora a quei

³⁹ Un fenomeno questo, complesso e originale, come mostra ogni pagina di F. D'AGOSTINO, *Parole di giustizia* (Torino 2006) e *Corso breve di filosofia del diritto* (Torino 2011).

sistemi di solidarietà che insieme all'uguaglianza costituiscono il fondamento della sicurezza sociale, si pensi inoltre alla solidarietà nazionale momento essenziale della cittadinanza politica (e anche di quella sociale⁴⁰), come pure alla solidarietà civile (sulla base del volontariato e gestita da organizzazioni senza scopo di lucro) e infine, anche se non da ultimo, alla solidarietà familiare.

Tutte queste forme di solidarietà⁴¹, che nell'ordinamento si

⁴⁰ La cittadinanza sociale, distinta dalla cittadinanza politica, si basa su tre pilastri: la sicurezza sociale, i servizi pubblici e le libertà collettive garantite dal diritto del lavoro (libertà sindacale, contrattazione collettiva e diritto di sciopero). Questa cittadinanza sociale, che non si acquisisce per il fatto della nascita (*ius sanguinis*) o per il fatto di nascere nel territorio dello Stato (*ius soli*), unisce tutti coloro che contribuiscono alla solidarietà nazionale mediante tasse e contributi nel godimento dei servizi pubblici.

⁴¹ Sottolinea SUPLOT, “la solidarité se distingue aussi bien de l’assurance que de la charité. A la différence de l’assurance privée, qui s’appuie sur un calcul actuariel des risques (par une méthode statistique), un régime de solidarité repose sur l’appartenance à une communauté, qu’elle soit nationale, professionnelle ou familiale. Les membres de cette communauté qui sont à un moment donné les plus fortunés, ou les moins exposés au risque, contribuent davantage que les moins fortunés ou les plus exposés, mais tous ont les mêmes droits. A la différence de la charité (ou de son avatar contemporain, le *care*), la solidarité ne divise donc pas le monde entre ceux qui donnent et ceux qui reçoivent : tous doivent contribuer au régime selon leurs capacités, et tous ont le droit d’en bénéficier selon leurs besoins. Expression de l’égalité des êtres humains, l’organisation de la solidarité est un frein à l’extension de la logique marchande à toutes les activités humaines. C’est pourquoi elle est depuis trente ans la cible privilégiée des politiques néolibérales”

influenzano a vicenda e che per certi versi si presuppongono l'un l'altro (ad es. nessun sistema previdenziale potrebbe resistere a lungo in caso di scomparsa della solidarietà familiare), hanno in comune la circostanza che non si lasciano dissolvere in un puro calcolo di interessi, e sono anzi fattori di resistenza alle leggi del mercato e della competizione economica⁴², perché operano con riferimento a un interesse politico che trascende gli elementi economici della società.

La nozione di solidarietà è inoltre il presupposto dello Stato sociale. Qui, infatti, al di là delle sue diverse versioni e formule politiche, è prospettato in generale un diritto che è il *medium* attraverso cui le esigenze socio-antropologiche possono strutturarsi storicamente e trovare risposta. In breve: il diritto sociale quale tecnica di umanizzazione che risponde all'esigenza di inclusione concreta, un'esigenza questa che diventa ancor più pressante visti gli sviluppi contemporanei della società dell'informazione e della globalizzazione. E ancora: la nozione di solidarietà è il presupposto dell'Unione europea. Si pensi, ma solo a mo' d'esempio, a proposito della regolazione del lavoro in Europa a fronte di trasformazioni economico-produttive che stanno alterando la capacità di protezione sociale delle tradizionali garanzie del lavoro fordista, al rapporto Supiot e ai cd. *diritti di prelievo sociale*⁴³. Si tratta di riconoscere ai

(*Au fondement de la citoyenneté, ni assurance ni charité, la solidarité*, in *Le monde diplomatique*, novembre 2014, 3).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ A. SUPIOT – P. BARBIERI (a cura di), *Il futuro del lavoro. Trasformazioni*

lavoratori periodi di aspettativa dal lavoro retribuito perché possano assumersi direttamente quelle attività sociali che sono produttive di una socialità migliore, ma che ovviamente richiedono tempo ed energie. Attività di cura, di formazione, di studio, impegni sociali, attività di volontariato, verrebbero così riconosciuti e legittimati dal diritto come beni pubblici e come tali ne verrebbero tutelate e promosse l'attivazione e l'implementazione⁴⁴.

Ed è sempre la nozione di solidarietà a costituire la chiave di lettura dell'integrazione europea, di quell'integrazione così poco reale vista le sue caratteristiche: integrazione negativa, piuttosto che positiva, decostruzione dei diritti sociali nazionali, anziché costruzione. "Abbiamo politiche dette di valorizzazione del capitale umano e che si esprimono attraverso la *flex security*... La concezione oggi dominante è che bisogna adattare gli uomini alle esigenze del mercato, e non adattare invece i mercati alle esigenze degli uomini. Questa concezione si sviluppa in una serie di categorie giuridiche che fioriscono, oggi, nei vari atti creati dall'Unione Europea, quando si parla di flessibilità e non di libertà, quando si parla di *employability* e non di capacità, quando si parla di capitale umano e non di capacità professionale. Quindi sempre ci sono le cose, i prodotti al centro dell'interesse, e non gli uomini"⁴⁵.

dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa, trad. it., Roma 2003.

⁴⁴ Anche se le sentenze: Viking (2007), Laval (2007) e Ruffert (2008), si sono decisamente discostate da simile orientamento.

⁴⁵ Così A. SUPLOT, *Fermare la decostruzione dell'Europa*, in www.ciss.it.

VI.

Perché ultramoderni. L'odierna giustificazione dell'obbligatorietà normativa deve essere capace di integrare creativamente quelle dimensioni del moderno che sono da considerare acquisizioni irrinunciabili e quelle altre che pur importanti sono state sacrificate sull'altare della modernità. Questo sforzo critico diventa tanto più prezioso se si considerano le nuove forme del dominio, che trascendono i confini nazionali, assumono un carattere opaco e diventano pure forme di manipolazione di individui e collettività, rispetto alle quali è perciò importante la riproposizione di forme istituzionali (lo Stato, l'Unione europea, la Comunità Internazionale) e di relazioni giuridiche (tra cittadini, tra cittadini europei, tra stranieri) all'insegna della pacifica convivenza, dell'integrazione e della solidarietà.

Si tratta di riguadagnare l'essenza del diritto, e con essa il senso dei trattati e il significato delle carte fondamentali, soprattutto in un momento di grande cambiamento, in un momento in cui i processi di internazionalizzazione economica determinano un aumento abnorme del capitale finanziario a discapito del suo utilizzo proprio nel ciclo del lavoro e della solidarietà.

Avverso questo aumento, l'idea moderna della relazione diritto-diritti-solidarietà, con i suoi sviluppi, è da considerare una importante chiave di lettura. La solidarietà come elemento costituzionale dell'ordinamento statale, europeo e internazionale si è potuta affermare grazie allo spostamento concettuale dalla proprietà al

lavoro⁴⁶. Non più i beni in mio potere determinano la mia indipendenza, bensì le mie capacità lavorative, sviluppate in un contesto in cui l'educazione, lo studio e la ricerca diventano essenziali per il modello di organizzazione pubblica e sociale. Anche il principio di universalità di alcuni diritti (salute, assistenza, educazione, ecc.) è legato all'affermazione che chi lavora sopporta l'onere dei costi dei diritti di partecipazione, dei diritti economici e dei diritti sociali. Lavoro e solidarietà compongono così un sistema di diritti di carattere circolare.

Avverso l'aumento abnorme di capitale finanziario, che tende a mettere in discussione proprio i diritti solidali e il lavoro, riducendo quest'ultimo al rango di una qualsiasi merce, l'idea contemporanea della relazione diritto-diritti-solidarietà deve muovere dalla rilettura di bene (beni) e in particolar modo dall'affermazione, rispetto ai beni esclusivi, dei cd. beni inclusivi, che proprio perché tali superano i limiti della politica e dell'economia tradizionali, mettono al centro la relazione, prediligono la spiritualità sulla materialità. "La loro logica è la gratuità: liberamente vengono creati, liberamente circolano e vengono fruiti. La divisione è la logica dei beni esclusivi dove il riconoscimento del diverso è tanto più difficile quanto più si entra in concorrenza, la partecipazione quella dei beni inclusivi. Per aumentare le probabilità della pace sono necessari tanto una giusta

⁴⁶ La grande proprietà diventa irrilevante per l'organizzazione politica dello Stato, ma può ancora svolgere un ruolo se rientra nel ciclo del lavoro, se cioè si atteggia a volano del sistema solidaristico. Come affermava la Costituzione di Weimar, "la proprietà obbliga".

ripartizione dei beni esclusivi, quanto un incremento della sfera dei beni inclusivi”⁴⁷.

E del resto, se rettamente inteso, il diritto, con la sua categoria essenziale: la giustizia, appartiene all’ordine dei beni inclusivi.

⁴⁷ Così V. POSSENTI, *Il nuovo principio persona*, Roma 2013, 251.