

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI UMANI: IL CONTRIBUTO DELLA SOCIOLOGIA DI NIKLAS LUHMANN*

Matteo Finco**

| | |
|--------------|-----------|
| RECEBIDO EM: | 13.3.2017 |
| APROVADO EM: | 29.4.2017 |

* Pesquisa financiada pelo Universidade de Estudos de Macerata (UNIMC).

** Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Estudos de Macerata (UNIMC). E-mail: fincomatteo@gmail.com

- **RESUMO** La presente ricerca rappresenta una rassegna dell'analisi del tema dei diritti fondamentali e dei diritti umani nel pensiero del sociologo tedesco Niklas Luhmann. Tali questioni, al centro di uno dei suoi primi lavori (*I diritti fondamentali come istituzioni*), sono state successivamente riprese in altre forme (articoli, conferenze e pubblicazioni varie), fino al libro *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, compimento di un trentennale progetto di ricerca. A partire da tali studi, si tenta di delineare un possibile percorso per lo sviluppo di tali temi in ambito strettamente sociologico.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Teoria dos Sistemas; Direitos Fundamentais
- **ABSTRACT** This research is the overview of the works by the German sociologist Niklas Luhmann about fundamental rights and human rights. These issues, analyzed in one of his early works (*Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*), were later elaborated in other forms (articles, conferences), up to the book *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, the culmination of a thirty-year research project. From these studies, we attempt to outline a possible course for the development of these themes in a strictly sociological way.
- **KEYWORDS** Law; System theory; Fundamental Rights

1. Introduzione

Osservare quelli che vengono generalmente definiti ‘diritti fondamentali’ e ‘diritti umani’¹ con uno sguardo sociologico – e dunque diverso, per rimanere in ambito scientifico, da quello di un giurista, tradizionalmente colui che di essi si occupa – significa in primo luogo tentare di configurare la relazione esistente tra tali diritti e la ‘società’. Non basta identificarli e capire come funzionino, e nemmeno interrogarsi sulla loro genesi e sulla loro evoluzione (tutti obiettivi consoni ad uno studioso del diritto): si tratta di indagare il ruolo che assumono, il valore che viene attribuito ad essi, quali siano le loro funzioni – manifeste e latenti –, tenendo al contempo presente che, se anche li si considera come fatti caratterizzati da una certa “fissità” (sia nel senso che, in quanto *diritti*, sono espressi in un qualche documento giuridico, dunque formulati in maniera sufficientemente precisa e dotati di forza vincolante per una

1 Dunque da un lato sia quelli ‘dell’uomo’ (o ‘umani’), cioè quelli riconosciuti ad ogni essere umano, al di là della sua cittadinanza; sia quelli riconosciuti ad entità collettive; dall’altro quelli essenziali dal punto di vista dell’ordinamento giuridico e dell’ordine sociale.

• MATTEO FINCO

determinata comunità; sia che li si intenda come *riferimenti valoriali* più o meno stabili e collettivamente condivisi), è al contrario “dinamico” - in continuo mutamento - il contesto nel quale vengono essi prodotti ed operano.

Da questo punto di vista, uno sguardo sociologico - anche qui: quale che sia la teoria (o in assenza di questa, quantomeno il contesto metodologico) di riferimento - si caratterizza per una problematizzazione costante delle proprie acquisizioni, nella consapevolezza che, mentre esso tenta di descrivere una certa ‘realtà’, questa è già in qualche modo mutata.

In questo senso il lavoro del sociologo tedesco Niklas Luhmann, che combina l’analisi dell’evoluzione storica di concetti, processi e fenomeni sociali e culturali, da un lato, con un’elevata astrazione, dall’altro, permette di indagare i diritti fondamentali oltre la loro dichiarata e manifesta funzione di attribuzione di garanzie e riconoscimento di ‘libertà’ a determinati soggetti, per cercare di comprenderne meglio il ruolo ed il peso all’interno della società complessiva.

Luhmann - peraltro di formazione giuridica - si è occupato fin dall’inizio della sua carriera del diritto, all’interno di un percorso che l’ha portato a realizzare una teoria della società ambiziosa, complessa, originale. Pur se il numero degli scritti dedicati espressamente ai diritti fondamentali e umani (per ragioni di spazio non si fa qui riferimento all’ambito di ricerca attinente dei diritti soggettivi²) è molto limitato, il suo contributo è rilevante. Lo si illustrerà attraverso il ricorso a lavori differenti realizzati nel corso degli anni, fino al risultato finale del suo programma di ricerca, condensato in un volume apposito (LUHMANN, 1997). Si cercherà così di capire se uno sguardo sociologico complesso ed astratto sia in grado di andare oltre i risultati cui può giungere la teoria giuridica. La sociologia per Luhmann deve interrogarsi sulla funzione dei diritti fondamentali, “così da trovare il senso della loro realtà nelle condizioni della loro sostituibilità” (LUHMANN, 2002, p. 39), esaminando non solo il loro “supposto senso normativo” (LUHMANN, 2002, p. 45), ma anche e soprattutto la loro funzione nell’ordine sociale moderno.

2 Per la stessa ragione si evita qui una seppur concisa illustrazione di alcuni concetti fondamentali della teoria luhmanniana (sistema/ambiente, forme della differenziazione, comunicazione, ecc.).

2. Il diritto per Luhmann

Occorre accennare, seppur brevemente, alla configurazione del diritto (o sistema giuridico: *Recht*) nella teoria di Luhmann, per poter successivamente comprendere appieno le sue considerazioni sui diritti fondamentali.

Il diritto per Luhmann è uno dei sottosistemi funzionalmente differenziati della società moderna³. Questa - intesa come l'insieme totale delle *comunicazioni* - si differenzia infatti al proprio interno in *sottosistemi*, ognuno dei quali è chiamato a risolvere un problema specifico. Si tratta di questioni strutturali, ineliminabili: l'economia serve a gestire il problema dell'accesso a risorse scarse (non tutti possono possedere tutto contemporaneamente), la scienza produce sapere, la famiglia (anzi le famiglie, cioè i rapporti intimi) riguarda l'orientamento alla *persona*, e così via.

Ogni sistema si caratterizza dunque per una prospettiva specifica, irriducibile (anche se condizionamenti fra sistemi non sono esclusi), operando in ragione della propria *funzione* e del proprio *codice*, che detta la logica interna seguita dal sistema (ad esempio per l'economia avere/non avere e secondariamente pagare/non pagare). Inoltre ogni sistema attua delle *prestazioni* nei confronti degli altri sistemi (l'economia fornisce sovvenzioni all'educazione per l'attuazione del proprio funzionamento: scuole, università, ecc.).

La funzione del diritto consiste allora nel mantenimento della stabilità delle aspettative normative: esso deve (dovrebbe) cioè garantire che le norme - soprattutto quando vengono deluse - rimangano stabili. Non impedisce gli illeciti: indica cosa fare quando questi vengono compiuti⁴.

Tale funzione è indirizzata soprattutto alla dimensione *temporale* (*Zeitdimension*) della comunicazione: infatti qui non si tratta di controllare i comportamenti, oppure garantire che la società sia 'integrata'. Le norme invece servono a "prevedere" il futuro, a sapere cosa aspettarsi se qualcosa andrà storto, a garantire soglie di accettabilità degli eventi futuri (FEBBRAJO, 2016a, p. 103)⁵. L'insicurezza del futuro viene così

³ Luhmann non usa il termine 'postmoderno', per ragioni che non vi è qui il tempo di illustrare.

⁴ Il diritto deve "sostenere, in caso di pericoli o di delusioni, le aspettative che qualcuno nutre in relazione al comportamento di altri. Si tratta allora di una stabilizzazione, se necessario, controfattuale, di aspettative di comportamento.": (LUHMANN, 1990c, p.81). In questo modo il diritto consente "«investimenti» nel proprio aspettare - investimenti di interessi, ma anche di autorappresentazione": (LUHMANN, 1990c, p.109).

⁵ "La più profonda giustificazione funzionale del diritto risiede nella sua capacità di rispondere ad una cruciale sfida:

• MATTEO FINCO

regolata attraverso la restrizione delle possibilità di comportamento dei singoli. Per questo, oltre alla garanzia della stabilità delle norme nel tempo, il diritto svolge anche una funzione di orientamento del comportamento⁶.

La funzione del diritto non si limita però alla dimensione temporale: dal punto di vista *materiale* (*Sachdimension*) esso deve individuare contenuti di senso generalizzabili sul piano materiale, che cioè possono essere applicati in circostanze diverse. Una norma, in altre parole, oltre a restare valida nel tempo, deve anche essere applicabile a casi differenti e compatibile con le altre norme esistenti nell'ordinamento. Nella prospettiva *sociale* (*Socialdimension*) invece occorre che le norme siano legittimate nella loro applicazione, che godano di un consenso generalizzato: si deve accettare il fatto che qualcuno pagherà i costi della loro applicazione. Se intorno alle norme c'è sostegno sociale, consenso, si può avere la sicurezza che le proprie aspettative non verranno screditate (LUHMANN, 2012, p. 116 e 117)⁷.

Il codice del diritto è *Recht/Unrecht*. Si può renderlo con "ragione/torto"⁸. Il sistema giuridico è dunque costituito da tutte le comunicazioni che ad esso si riferiscono⁹.

Il diritto come lo conosciamo oggi è il risultato di un processo evolutivo. Mentre nelle società arcaiche esso viene considerato valido da sempre¹⁰, successivamente "non più tutto il diritto viene riferito al passato e legittimato dalla tradizione" (LUHMANN, 1990c, p. 110): si sviluppa una "idea del diritto naturale nel senso di un ordine gerarchico di fonti del diritto" ed una differenziazione fra "*lex divina o lex aeterna, lex naturalis e lex humana o lex positiva*" (LUHMANN, 1990c, p. 112). L'ultima fase è quella del diritto *positivo*, organizzato come sistema di funzione differenziato, dotato di autonomia decisionale (solo il diritto è chiamato a prendere decisioni) e

quella di assicurare alla società un futuro almeno in parte prevedibile.": (FEBBRAJO, 2016a, p. 103).

- 6 La norma dunque è determinata da una "distinzione di possibilità di condotta in caso di delusione": (LUHMANN, 2012, p. 118); è una "aspettativa di condotta stabilizzata controfattualmente". Il diritto allora "non promette una condotta conforme alla norma, ma tutela colui che se la aspetta." (LUHMANN, 2012, p. 120). La condotta deviante è sempre possibile: il diritto serve però appunto a garantire le aspettative "meritevoli di tutela" (LUHMANN, 2012, p. 121).
- 7 Fra l'altro ciò permette di vivere più facilmente in una società maggiormente complessa, dove la fiducia è più improbabile: (LUHMANN, 2012, 116-117).
- 8 Ciò in quanto esso non si riferisce "alla sola liceità/legalità dei comportamenti, ma comprende qualunque conflitto possa essere reso "giudiziabile": (LUHMANN, 2005a, p. XII).
- 9 Quelle "che si svolgono nell'ambito di procedimenti regolati attraverso il diritto, ma anche comunicazioni della vita quotidiana, nella misura in cui esse pongano questioni di diritto oppure facciano valere o respingano pretese con riferimento al diritto": (LUHMANN, 1990c, p. 61).
- 10 "come eterno o elargito in tempi remoti. Il passato serve come simbolo della sua immutabilità": (LUHMANN, 1990c, p. 109-110).

mutabile (evolve per rispondere meglio alle esigenze della società, le quali mutano nel tempo)¹¹.

3. I diritti fondamentali

si può guardare ad Habermas per rintracciare un tentativo di formulare una soluzione al problema dell'ordine in maniera da "fondare un sistema dei diritti che dia *peso eguale* all'autonomia privata e all'autonomia pubblica dei cittadini" (HABERMAS, 1996, p. 143 e 144). Secondo Habermas, nella modernità si dovrebbe dunque essere in grado di garantire allo stesso tempo Stato di diritto, democrazia, diritti fondamentali e diritti soggettivi, creando un ambiente in cui gli individui possano convergere, attraverso una dinamica discorsiva, all'accordo intersoggettivo.

Il filosofo elenca dunque una serie di "categorie di diritti che - stabilendo lo statuto dei soggetti giuridici - danno origine allo stesso codice giuridico" (HABERMAS, 1996, p. 148). Si tratta anzitutto di diritti fondamentali in grado di garantire l'autonomia privata di soggetti giuridici che sono in realtà "cittadini che si sono liberamente consociati"; diritti cioè:

- 1) derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo del diritto alla maggior misura possibile di pari libertà individuali [...]
- 2) derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo dello status di membro associato nell'ambito d'una volontaria consociazione giuridica.
- 3) derivanti dalla azionabilità dei diritti e dallo sviluppo politicamente autonomo della tutela giurisdizionale individuale. [...]
- 4) Diritti fondamentali a pari opportunità di partecipazione ai processi formativi dell'opinione e della volontà [...]
- 5) Diritti fondamentali alla concessione di quelle condizioni di vita che devono essere garantite [...] nella misura necessaria a poter ogni volta utilizzare con pari opportunità, sulla base dei rapporti esistenti, i diritti civili (HABERMAS, 1996, p. 148).

¹¹ In definitiva, il diritto è deciso ma allo stesso tempo su di esso si può sempre decidere: D. Tosini, *Niklas Luhmann: Il diritto nella teoria dei sistemi sociali*, in *Diritto e teoria sociale: Introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo* (CAMPESI; POPULIZIO; RIVA; CAROCCI, 2009, p. 6-35).

• MATTEO FINCO

In sostanza dunque

“il diritto a pari libertà d’azione individuali insieme ai suoi due correlati, cioè ai diritti di appartenenza associativa e alle garanzie attinenti ai rimedi legali, stabiliscono nel loro insieme il codice giuridico in quanto tale.” (HABERMAS, 1996, p. 151).

L’idea è che la tensione tra fatti e norme (fattualità/validità) si manifesti proprio nel sistema giuridico, che da un lato cerca di rendere compatibili tra loro “eguali libertà d’azione”, e dall’altro “*mobilita e raccoglie le libertà comunicative di cittadini presuntivamente orientati al bene comune*” (HABERMAS, 1996, p. 156): il diritto cerca di garantire ai soggetti autonomia e libertà di scelta, anche se si presume che questi siano interessati al bene comune. Di conseguenza i diritti politici e i diritti comunicativi e partecipativi devono essere formulati nella forma di diritti individuali, proprio per lasciare “*alla libera scelta dei soggetti giuridici la decisione se sia il caso di farne uso*” (HABERMAS, 1996, p. 156). Si ha qui una visione del diritto e dei diritti fondamentali come “invito” ad un loro uso pubblico votato al bene comune (HABERMAS, 1996, p. 157).

La concezione di Luhmann è ben differente. Egli si occupa dei diritti fondamentali agli inizi della sua carriera, nel volume *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (LUHMANN, 2002).

Quando Luhmann tratta di diritti fondamentali lo fa da una prospettiva sociologica, dunque totalmente diversa da quella della dogmatica giuridica, che li intende appunto come valori inviolabili riconosciuti dal diritto. Al di là dell’opportunità di distinguere fra diritti e valori¹², *guardare all’argomento dal punto di vista sociologico, e sistemico in particolare, significa indagarli nelle condizioni della loro sostituibilità (appunto secondo il metodo funzionale: prendendo in considerazione la funzione, cioè la prestazione che il sistema fornisce nei confronti del proprio ambiente e della società complessiva).*

12 La differenza viene sottolineata anche da G. Palombella e L. Pannarale (PALOMBELLA; PANNARALE, 2002, p. 5-35 e p. 34-35): mentre i diritti sono norme giuridiche e costituiscono una premessa funzionale della separazione tra sottosistemi, la condizione minima per l’esercizio del potere di decisioni vincolanti, i valori invece sono punti di vista preferenziali per determinate conseguenze dell’azione. “I valori sono, cioè, aspettative stabilizzate in modo controfattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche”: (LUHMANN, 2002a, p. 312). “La differenza sta dunque nel fatto che le “norme giuridiche implicano un’alternativa chiara tra legalità e illegalità. Nell’universo dei valori, al contrario, non può essere introdotta una tale struttura di alternativa [...] Chi si orienta ad un valore, trascura gli altri.” (LUHMANN, 2002a, p. 312). I valori non contengono tuttavia regole per affrontare il conflitto tra valori. Ogni ordine di valori è pieno di strange loops, ed è adatto come unviolated level. Per cui non ci possono essere valori assoluti che hanno la precedenza in ogni situazione, e più valori ci sono, tanto maggiore è la difficoltà nel decidere: cfr. (LUHMANN, 1997b, p. 799-800).

Si passa dunque dalla teoria giuridica alla teoria sociologica: i diritti fondamentali non sono, come voleva ad esempio l'antica teoria giusnaturalistica, fattori di equilibrio nei rapporti di potere, un potere che deve essere necessariamente regolato; essi in realtà intensificano la reciproca influenza tra potenziali avversari e favoriscono la comunicazione. È sempre la comunicazione, infatti, il “motore” della società differenziata, e i diritti fondamentali da questo punto di vista non fanno eccezione: essi non devono regolare e vincolare eccessivamente, ma favorire le possibilità di operare (ovvero che i sistemi, sociali e psichici, possano operare con relativa autonomia)¹³.

Luhmann definisce i diritti fondamentali “istituzioni”, ovvero aspettative di comportamento, attualizzate nel contesto di un ruolo sociale e che contano sul consenso sociale. “Le istituzioni sono aspettative di comportamento generalizzate nella dimensione temporale, materiale e sociale e, in quanto tali, formano la struttura dei sistemi sociali” (LUHMANN, 2002, p. 45).

Prima che diritti in capo a determinati soggetti, si tratta dunque di *strutture* (cioè di selezioni riguardanti relazioni fra elementi), che costituiscono “strumenti” in grado di assolvere una funzione: in questo caso quella relativa alla stabilizzazione della differenziazione del sistema politico, chiamato alla produzione di decisioni vincolanti.

Perché ciò avvenga è però necessario che tale sistema resti separato dagli altri sottosistemi (economia, diritto, religione, morale, scienza, medicina, ecc.) - per evitare la cosiddetta ‘dedifferenziazione’, cioè la perdita di autonomia da parte dei sistemi - e che sia garantita all'individuo una certa autonomia ed indipendenza proprio rispetto allo Stato.

In base a questa visione i diritti fondamentali servono ad impedire che “*tutte le comunicazioni si orientino ai particolari scopi della burocrazia statale*”, mentre invece essi devono rendere possibile

“la razionalizzazione di questi scopi nel senso di una prestazione specificata funzionalmente che deve sempre presupporre l'esistenza nell'ordine sociale di altre prestazioni, di altri sistemi di perseguimento degli interessi, di altre fonti di potere e di prestigio sociale” (LUHMANN, 2002, p. 60).

¹³ “I diritti fondamentali non solo proteggono l'individuo dallo stato: ma strutturano l'ambiente della burocrazia in modo da consolidare lo stato come sottosistema della società e rendere complessivamente possibile un'attività di comunicazione più efficace e incisiva”: (LUHMANN, 2002, p. 86).

• MATTEO FINCO

Lo scopo da raggiungere è quello di garantire che le comunicazioni

si svincolino da modi di esprimersi troppo personali o di gruppo, stabilizzati sul piano emotivo. I diritti fondamentali si riferiscono a questo stadio di sviluppo socio-culturale e, perciò, sono tutt'altro che «diritti umani eterni», tanto che cercano di prevenire certe tendenze regressive, che sono situate in un siffatto ordine sociale. (LUHMANN, 2002, p. 56-60)

I diritti fondamentali non sono “eterni”, immutabili, non sono “naturalisti”: essi invece emergono in una fase storica specifica dell'evoluzione sociale, cioè quella moderna, caratterizzata da un'elevata complessità e dalla differenziazione funzionale. Essi garantiscono *chance* di comunicazione, regolando però allo stesso tempo quest'ultima “in modo tale che rimanga complessivamente disponibile per la differenziazione” (LUHMANN, 2002, p. 59), nello specifico quella del sistema politico. La loro funzione è appunto quella di stabilizzare tale struttura sociale differenziata mantenendo l'autonomia del sistema politico e la sua separazione dagli altri sottosistemi.

Ciò avviene da un lato impedendo che il sistema politico “invada” le altre sfere della realtà sociale (la personalità individuale, i processi di socializzazione, i vari sottosistemi della società, eccetera); dall'altro facendo in modo che il sistema politico non si orienti in maniera diversa rispetto a quella dettata dalla propria funzione (appunto quella di stabilire decisioni vincolanti).

La separazione del sistema del diritto dagli altri sottosistemi è dunque una necessità sistemica, che deve garantire il mantenimento della differenziazione dell'ordine sociale: i diritti fondamentali rappresentano dunque una garanzia di fronte alla regressione a fasi di sviluppo precedenti della società.

Tali diritti sono diritti *positivi*: all'aumento della complessità della società corrisponde un aumento della complessità interna del sistema del diritto, che si libera dei legami religiosi e giusnaturalistici (viene meno una legittimazione di natura divina) e diventa contingente, mutevole (positivo).

Il diritto non è però cieco di fronte a tale contingenza: la difficoltà a collocare in maniera durevole i valori (proprio a causa della perdita di legittimazione giusnaturalistica) in una realtà complessa (quella della società moderna), rappresenta così la premessa per istituzionalizzare tolleranza e disponibilità al compromesso, a patto che sia possibile raggiungere “in un vasto orizzonte temporale, un ritmo

elevato nel mutamento delle preferenze dei valori”¹⁴. In pratica valori e norme sono e rimangono importanti, ma divengono *reversibili*: una maggiore contingenza lo impone. Essi devono restare validi fino a quando non ne vengano stabiliti altri al loro posto: proprio per questo, il diritto deve essere generalizzato nel tempo, ovvero ogni decisione giuridica “dev’essere presa, in via di principio, indipendentemente dal momento in cui viene assunta” (LUHMANN, 2002, p. 247).

A decidere quali sono le norme valide non è però il diritto (chiamato invece a farle rispettare: a stabilizzare le aspettative normative), ma il sistema politico. Questo deve stabilire, quindi creare ed eventualmente modificare, le norme. Il sistema politico è infatti preposto alla produzione di decisioni vincolanti, necessarie a garantire l’ordine ed una pace duratura. Proprio per questo occorre istituire diritti fondamentali, perché essi limitino le tendenze espansionistiche del sistema politico, in modo che l’esercizio della forza fisica e delle decisioni rimanga legittimo (dunque riconosciuto dai cittadini), consentendo tuttavia allo stesso tempo sufficienti spazi e quote di libertà ai singoli.

Ciò spiega anche la distinzione fra funzione giudiziaria e funzione legislativa, cioè la separazione dei poteri dello stato: diritto e politica devono rimanere distinti, perché solo così si può contare su norme durature e legittime e *tuttavia* revisionabili. A questo proposito, a dare legittimazione e fondamento ai diritti fondamentali - poiché li contiene - e a rendere effettiva, ‘funzionante’ e “reciprocamente vantaggiosa” la separazione tra sistema politico e sistema giuridico, è la Costituzione (LUHMANN, 1997b, p. 967 e 968).

La Costituzione

è diritto che tratta la conformità del diritto rispetto al diritto”: il diritto, resosi indipendente dalla situazione concreta ma al tempo stesso in grado di regolare le forme della sua dipendenza dalle varie circostanze, fissa nella Costituzione i principi fondanti dello Stato. A partire da quello secondo cui tutti sono uguali di fronte alla legge, che in realtà indica che “trattamenti diseguali sono possibili, purché sufficientemente motivati” (GIORGI, 1993, p. 359-378)¹⁵.

La Costituzione rappresenta in termini luhmanniani l’‘accoppiamento strutturale’ tra sistema politico e sistema del diritto, cioè lo strumento attraverso cui

14 N. Luhmann, *Il tempo scarso e il carattere vincolante della scadenza*, in S. Tabboni (a cura di), *Tempo e società*, Franco Angeli, Milano, 1985, 1985b, pp. 120-137 (*Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, in «Politische Planung», 2 Aufl., Westdeutscher Verlag, 1975, pp. 143-165), cit., p. 132.

15 “Il principio allora non esclude affatto disuguaglianza di trattamento, ma la rende possibile condizionandola”:

· MATTEO FINCO

questi due sottosistemi differenziati limitano le influenze reciproche ed acquisiscono autonomia, ma non totale indipendenza (CORSI, 2016b, p. 259-263). Essa è una ‘acquisizione evolutiva’(LUHMANN, 1996, p. 83-128) della modernità, perché determina un vantaggio inedito per i sistemi coinvolti: pur mantenendoli separati, ne accresce le possibilità (CORSI, 2016a, p. 11-29).

In questo modo la politica non può fare a meno del diritto, perché la sua legittimazione è giustificata giuridicamente, mentre il diritto è aperto a modifiche future, che vengono attuate dalla politica attraverso il potere legislativo. Politica e amministrazione del diritto sono tenute a rapportarsi l’una all’altra solo in modo conforme alla Costituzione (LUHMANN, 1996, p. 113-113). Attraverso la Costituzione dunque i due sistemi reagiscono alle modificazioni strutturali della società moderna, acquisendo “*superiori gradi di libertà ed una notevole accelerazione della dinamica propria*” (LUHMANN, 1993, p. 470).

Le Costituzioni sono solitamente divise in due parti: la prima contiene diritti e valori considerati fondamentali, mentre la seconda è dedicata alla “forma dello Stato”. Quest’ultima organizza la legislazione ed il governo e legittima il potere politico e la sovranità, che viene ricondotta al potere costituente del popolo.

La prima parte dei testi costituzionali, di solito, non subisce modifiche nel corso del tempo, a differenza della seconda. I diritti e i valori in essa formulati, però, lo sono in maniera piuttosto generica. Il motivo è che essi non servono a determinare *esattamente e definitivamente* delle norme: queste verranno stabilite dal legislatore attraverso le leggi ordinarie (che alle Costituzioni si ispirano e ad essa sono conformi)¹⁶.

La funzione dei diritti fondamentali è allora quella di *tenere aperto il futuro* ad ulteriori possibilità, a situazioni che al momento della loro formulazione non sono neanche immaginabili. Essi servono certamente a vincolare il futuro, nel senso di vincolare le aspettative normative, come qualsiasi tipo di diritto. Ma devono farlo in maniera non troppo stringente. Che non significa *debolmente*: se il sistema del diritto deve garantire le aspettative normative nel tempo, i diritti fondamentali devono poter essere in grado di

(GIORGI, 1993, p. 365).

16 Nel rapporto fra Costituzione e leggi ordinarie si vede anche che proprio attraverso le costituzioni viene risolto il paradosso del diritto: “Il diritto è quindi l’unità della differenza di questi due tipi di testi: diritto costituzionale e altro diritto. [...] La costituzione tronca il regresso all’infinito della fondazione - almeno per quanto concerne il sistema giuridico stesso.” (LUHMANN, 1996, p. 95); “il codice diritto-non diritto genera la costituzione perché la costituzione possa generare il codice diritto-non diritto. La differenza radicalizzata stabilisce il testo che a sua volta stabilisce la differenza.” (LUHMANN, 1996, p. 96).

includere specificazioni e caratteri contingenti, che mutano in base allo *Zeitgeist*. Devono dunque avere un certo grado di flessibilità. Questa non è che la condizione per essere e rimanere fondamentali, per poter conservare il loro carattere di punti di riferimento. Se la società (dunque l'ambiente esterno al sistema del diritto) cambia, anche essi devono rispondere al cambiamento riadattando il loro contenuto in base alla situazione.

I diritti fondamentali devono cioè preservare il loro carattere (fondamentale) ma al contempo restare aperti cognitivamente: essi sono fondamentali perché non sono "fondamentalisti", cioè chiusi nei confronti del loro ambiente¹⁷. Definire in maniera troppo specifica un diritto fondamentale può rappresentare dunque un problema. Perché rischia di vincolare troppo.

Se i diritti fondamentali sono adattabili, di conseguenza non potranno - ancora una volta - essere eterni: dunque hanno una storia. Sono perciò frutto di decisioni, che sono sempre contingenti¹⁸.

Si potrebbe dunque dire che i diritti fondamentali vengono 'resi' fondamentali, nel senso che vengono 'posti a fondamento': proprio perché non sono necessari *ab origine*, ma necessari devono diventarlo. In modo che a partire da essi si possa poi costruire il futuro, passo per passo¹⁹.

I diritti fondamentali sono dunque non-specifici²⁰. Non devono essere definiti nel dettaglio dal punto di vista semantico perché altrimenti il futuro sarebbe già vincolato ed eccessivamente vincolante: verrebbe negata o indebolita quella libertà del singolo su cui la stessa differenziazione funzionale si regge. Ma anche l'autonomia dei sistemi ne risulterebbe compromessa. In questo modo invece si richiama il diritto a reinterpretare in continuazione i valori proclamati, e la politica a dar loro forma attraverso norme appropriate ai tempi²¹.

17 L'espressione è contenuta in (SCHWARZ, 2007, p. 41-56).

18 "It has to establish fundamental rights that are not just an historically recent invention, but are also the product of decisions, so contingent like any other norm. This means that they are fundamental *because* they are not necessary: (CORSI, 2016a, p. 12).

19 "These rights declare themselves to be unalterable, because that is the only way that they can claim to legitimise the future, while at the same time waiving the right to define it in advance": (CORSI, 2016a p. 15).

20 "In the form they have taken today, values and fundamental rights are formulated to be substantially generic or even a-specific. [...] These values' universalism thus seems to oblige them to be semantically empty. [...] fundamental rights change above all in terms of how they relate to passing time. While in traditional formulations they may appear to certify what happened in the past, since they guarantee those who possess them by right of birth or of acquisition, in constitutions they are imposed *against* the past.": (CORSI, 2016a, p. 14). *Corsivo nell'originale*.

21 "constitutional values are generic not only for practical reasons, i.e. so as to avoid having to amend the constitution every time that a value is vested with new concrete expressions, but also because that is how they keep future options open for situations that may one day turn out to be significant. Establishing in the constitution that a value is "natural", without saying what that means in practice, is a way of obliging the law to interpret and reinterpret it

• MATTEO FINCO

Talvolta i diritti, per come sono formulati, mascherano la loro origine (che sta nella decisione contingente) attraverso il ricorso ad una semantica che fa riferimento alla “naturalità”: il diritto alla vita degli esseri umani, ad esempio, può essere considerato “naturale”. Anche in questo caso, si tratta di una maniera per tenere aperto il futuro: se qualcosa è “naturale” ed è definito in maniera generica - non c’è una definizione definitiva e condivisa su cosa la vita, specie quella umana, possa essere - ciò significa che il suo significato deve essere reinterpretato nel tempo. Cosa è vita? Un embrione è vita? A partire da quale momento? Ed un essere umano in stato vegetativo, rientra nella categoria? Se anche si afferma il diritto alla vita, esso va poi specificato, declinato, riempito di contenuto. A seconda dei tempi e dei luoghi, ovviamente.

Dunque nuove fattispecie, situazioni ed eventi che accadono nell’ambiente della società, mettono i sistemi politico e giuridico di fronte alla domanda se ciò sia congruente o meno con i diritti fondamentali affermati. A volte il problema viene posto attraverso pretese dei singoli: ci si può appellare ai diritti fondamentali, chiamando in causa il sistema giuridico (attraverso tribunali), perché decida sul caso singolo, o la politica perché formuli nuove norme²².

In questo modo, attraverso le costituzioni, i diritti fondamentali vengono legittimati (sono compresi nei documenti di più alto rango) ed al contempo legittimano, poiché viene loro fornito uno *status* di prevalenza, ma al tempo stesso non possono controllare quel che viene deciso in loro nome. Alla stessa maniera, anche le procedure di decisione relative allo Stato (contenute generalmente nella seconda parte della costituzione) sono fonte di legittimazione, ma al prezzo di essere costantemente negoziabili²³.

Questa riflessione chiarisce allora lo spazio che i diritti e i valori fondamentali²⁴ trovano nelle Costituzioni: non possono essere specificati in maniera troppo stringente proprio per non limitare eccessivamente le possibilità di intervento futuro da parte del sistema politico. Quest’ultimo ha il compito di specificarli, di dar loro un contenuto più

continuously, so that a story is built about these interpretations that are subjected to interpretation in their turn as time goes by”: (CORSI, 2016a, p. 14).

22 Comune ad esempio è il meccanismo della “questione di legittimità costituzionale”, con cui si chiede alle Corti di livello costituzionale una decisione sull’apparente contrasto di una legge con la costituzione.

23 “values can legitimise because they are ‘eternal’, ‘non-negotiable’, but they cannot control what can be decided in their name. Procedures can legitimise because they are premises for decision-making, but they pay the price of being contingent, so constantly negotiable”. (CORSI, 2016a, p. 19).

24 Si è distinto all’inizio tra diritti e valori: se è vero che le costituzioni sono le norme basilari di uno Stato, tuttavia, di fatto, i loro contenuti talvolta più che norme esprimono preferenze, orientamenti, ideali, principi, spesso formulati genericamente. Per questo si può affermare che esse contengono sia diritti veri e propri (norme) che valori (punti di vista preferenziali).

o meno concreto, in risposta ai differenti contesti di riferimento, ed ai cambiamenti cui essi sono sottoposti.

I diritti fondamentali sono anche mezzi attraverso i quali diventa possibile garantire l'inclusione dell'individuo nella società, la socializzazione, ovvero la partecipazione nel contesto sociale come *partner della comunicazione*, cioè come *persona*. Ciò avviene garantendo un esito positivo dell'*autorappresentazione* del singolo inteso come personalità individuale. 'Autorappresentazione come personalità individuale' significa che il singolo è "in grado di riferire il proprio agire a più sistemi sociali e di riunire in una personale sintesi comportamentale le loro contrastanti esigenze" (LUHMANN, 2002, p. 99). Non a caso i diritti fondamentali comprendono diritti *soggettivi*, del singolo - anzi sono generalmente diritti *soggettivi*.

La gamma di possibilità di azione, di scelta, di opportunità, di possibilità di movimento, resa possibile dall'emancipazione dai vincoli tradizionali basati sul censo, sull'appartenenza ad una classe sociale definita, fa in modo che il singolo possa scegliere - o quantomeno esprimere preferenze e formulare aspettative - riguardo la professione o il mestiere (carriera), l'adesione a differenti cerchie e gruppi sociali, l'accesso a ruoli differenziati nei vari contesti societari. Si tratta tuttavia di una varietà e di una variabilità difficili da elaborare per il singolo, chiamato continuamente a fissare scopi, obiettivi, a dare un senso alla propria esistenza, e ad agire conseguentemente. Il singolo è chiamato ad essere (che significa *anche apparire*²⁵) altrimenti: deve essere esso stesso contingente proprio perché si trova di fronte alla contingenza. Perché possa fare ciò, occorre una *autorappresentazione* corretta, e cioè *propria* (appunto *personale*), come personalità individuale, come *individuo-soggetto-persona*: il quale vede se stesso e viene percepito dagli altri quale essere autonomo (*individuo*) in grado di esercitare il proprio diritto (*soggetto*) di partecipare alla società, cioè di comunicare (*persona*). Egli deve "sentirsi" come tale: è questa la base perché poi possa formulare aspettative e pretese nei confronti degli altri e della società.

Il singolo ha la necessità di "rappresentarsi come uno e il medesimo in tutti i ruoli", ha cioè

25 Qui non si discute della (presunta) "autenticità" del singolo: che si tratti, anche in questo caso, di una specifica semantica (cioè di riferimenti di senso relativi ad una determinata fase caratterizzata da specifiche strutture societarie) è intuibile.

· MATTEO FINCO

“bisogno di un proprio sistema generalizzante, una personalità individuale, che possa rendere plausibile, come condotta sensata di vita, una particolare combinazione dei ruoli”, mentre gli ordini sociali differenziati “devono legittimare la diversità delle singole personalità rendendola evidente come diritto all’individualità” (LUHMANN, 2002, p. 93).

Questo “diritto all’individualità” sembra per certi versi trasformarsi in un *dovere*. Ciò poiché “la struttura del nostro ordine sociale volge l’esperire e le aspettative di esperienza alla concreta singolarità dell’uomo” (LUHMANN, 2002, p. 96).²⁶ Per questa stessa ragione, però, si incorre in delusioni piuttosto frequenti.

C’è allora bisogno anche di una “spersonalizzazione del comportamento quotidiano” (LUHMANN, 2002, p. 96), cioè di “indifferenza personale” nello svolgimento del ruolo: svolgendolo, all’interno del singolo sottosistema, in realtà non bisogna “essere se stessi” (nella misura in ciò possa suonar sensato). Anzi, un comportamento troppo personale può essere guardato con sospetto. La “conformità esterna del comportamento” viene per questo “convenzionalmente accettata, senza che s’indaghi sulle vere disposizioni interiori” (LUHMANN, 2002, p. 97):

ci si aspetta che ogni uomo sia in grado di riferire il proprio agire a più sistemi sociali e di riunire in una personale sintesi comportamentale le loro contrastanti esigenze. Può riuscirci nella misura in cui sia posto in condizione di dare al suo comportamento una personale linea di mediazione, adatta per le più diverse situazioni sociali, e di ottenere che essa sia socialmente rappresentata e riconosciuta. (LUHMANN, 2002, p. 99).

Ora il singolo deve dunque autoidentificarsi all’interno del “contatto sociale”: e proprio qui si vede che la distinzione essere/apparire non è adatta a comprendere tale processo, perché tramite esso l’“uomo diventa quella personalità con la quale si rappresenta” (LUHMANN, 2002, p. 109).

Dignità e libertà, definiti in senso funzionale, intervengono proprio a questo livello: sono le condizioni fondamentali per il buon esito dell’autorappresentazione. Costituiscono le precondizioni per la socializzazione dell’essere umano “inteso come personalità individuale” (LUHMANN, 2002, p. 110), scrive Luhmann. E noi

²⁶ “La ricerca assillante della «personalità autentica» e le contumelie per l’«uomo di massa» sono le conseguenze di quest’ottica preformata.” (LUHMANN, 2002, p. 96).

aggiungiamo: come *individuo-soggetto-persona*, cioè allo stesso tempo come essere autonomo, partner dell'interazione e della comunicazione, titolare di diritti soggettivi²⁷.

Al di là della loro affermazione storica come valori/diritti della tradizione occidentale liberale, *dignità* e *libertà* per Luhmann vengono istituzionalizzate come capacità illimitata di contatti, cioè come requisito per l'inclusione nella comunicazione. Agiscono una - la libertà - sul lato esterno e l'altra - la dignità - su quello interno dell'autorappresentazione.

Allora *libertà* significa che "l'agire sociale non si esaurisce nel compimento dell'azione, ma viene compreso in processi di attribuzione simbolica" (LUHMANN, 2002, p. 115): che si ha, in altre parole, diritto al libero sviluppo della personalità come individualità autocosciente, ad uno spazio di azione personale, tutelato da violazioni ed ingerenze esterne (quelle dello Stato, prima di tutto).

Dignità indica invece che i ruoli a cui si aderisce si conciliano con una autorappresentazione degna di considerazione: è la consapevolezza che si può esprimere ciò che si è, che ci si identifica con la propria *persona*. Essa "indica le autorappresentazioni riuscite" e "non è in nessun modo una dotazione naturale [...] né un «valore» che l'uomo «ha» o «porta in sé»" (LUHMANN, 2002, p. 119): perciò va costruita e coltivata, ed è il risultato di "rappresentazioni difficili" (LUHMANN, 2002, p. 120). La sua perdita segna la perdita della personalità, e di conseguenza quella del ruolo (qui inteso in senso lato) sociale (LUHMANN, 2002, p. 120 e 121)²⁸.

Libertà e *dignità* - anch'esse - sono dunque prodotti della differenziazione funzionale, non "inalienabili diritti umani": l'ordine sociale differenziato le istituzionalizza appunto per garantire l'inclusione della *persona*. Garantire, almeno in linea di principio, a tutti la possibilità di partecipazione: ecco il compito, la funzione, della *libertà*. Mettere in condizione il singolo di "sentirsi" *individuo-soggetto-persona*: questa la funzione della *dignità*.

27 Va tenuto conto del fatto che il testo in esame è uno dei primissimi di Luhmann. Nonostante l'impianto teorico sia già notevolmente sviluppato, e nonostante esso non muterà sensibilmente (a parte le integrazioni, risalenti agli anni '90, a seguito dell'implementazione del concetto di 'autopoiesi'), il sociologo non aveva ancora sviluppato il tema della *persona* e non aveva esaminato in profondità la semantica dell'individuo e dell'individualità. Sulla periodizzazione fra un "primo" ed un "secondo" (LUHMANN, 1990d, p. 9-49).

28 "L'autorappresentazione è quel processo che fa diventare personal l'uomo che comunica con altri uomini, costituendolo nella sua umanità. L'uomo non può usare la sua personalità, se la sua autorappresentazione non ha successo, se non ha dignità. Se non è in grado di effettuare un'autorappresentazione sufficiente, recede da partner della comunicazione e la sua scarsa comprensione delle esigenze del sistema lo conduce al manicomio." Ivi, cit., pp. 120-121.

• MATTEO FINCO

In questo modo socializzazione e individualizzazione camminano di pari passo, si formano contemporaneamente. Anche in questo senso “socializzazione” è sempre “autosocializzazione” (LUHMANN, 1990d, p. 386-387)²⁹.

C’è anche un altro strumento - anch’esso tradizionalmente considerato un diritto fondamentale - che va nella stessa direzione: quello dell’uguaglianza, che “realizza le pre-condizioni dell’allargamento delle possibilità della comunicazione perché svincola l’agire dalle differenze che ne limitavano la generalizzazione e che legavano le possibilità dell’auto-rappresentazione a posizioni sociali prestabilite.”(GIORGI, 1993, p. 369)

A questo proposito va compreso lo scarto tra la teoria di Luhmann e la dogmatica giuridica o altri tipi di argomentazione tradizionali.

Oggi sempre più, ha scritto N. Bobbio, uguaglianza e libertà appaiono fini, obiettivi da realizzare (BOBBIO, 1995, p. 40). Una concezione della storia come storia della libertà, d’altronde, ha iniziato a manifestarsi fin da Rousseau. Essa vede la libertà come *telos* della storia e come precondizione del massimo sviluppo delle facoltà superiori dell’individuo e della specie:

“La storia è insomma il prodotto della libertà umana, come autodeterminazione, e ha per scopo la libertà umana come il massimo di non impedimento e di non costrizione.” (BOBBIO, 1995, p. 74)³⁰

Questa idea, si può affermare con una certa sicurezza, è oggi prevalente.

L’uguaglianza di fronte alla legge non è invece, dal punto di vista di Luhmann, un diritto soggettivo né un valore (LUHMANN, 2002a, p. 249-250), bensì una necessità socio-strutturale: come diritto soggettivo non è formulato perché non si può sapere a prescindere quali dovrebbero esserne i contenuti; come valore è lacunoso, ed occorre che lo si completi “attraverso l’indicazione del criterio di comparazione” (LUHMANN, 2002a, p. 249 e 250). Si tratta piuttosto - appunto - di uno schema che rende possibile ridurre la complessità dell’ambiente “come infinità di possibilità di relazioni di comparazione” (LUHMANN, 2002a, p. 258). Grazie all’uguaglianza, intesa come strategia sistemica, diventa possibile “prendere decisioni sui problemi interni al sistema, su cosa è uguale o diseguale” (LUHMANN, 2002a, p. 259). Allo stesso tempo

²⁹ Ancora: “Le necessità e le condizioni dell’interazione individualizzano e insieme socializzano l’uomo. L’uomo acquista la sua individualità come persona solo nei rapporti sociali, allorché ci si interessa, mediante consenso o mediante dissenso, alla sua autorappresentazione.” (LUHMANN, 2002, p. 110-111).

³⁰ Il problema della libertà nella società globale, invece, scrive Bobbio, sta nella “libertà di sviluppare tutte le risorse della propria natura. Ciò che caratterizza la società tecnocratica” è infatti “il non-uomo, l’uomo ridotto ad automa, a ingranaggio di una grande macchina di cui non conosce né il funzionamento né il fine.” (BOBBIO, 1995, p. 87).

l'uguaglianza obbliga il sistema politico a rapportarsi al cittadino a prescindere da quale sia il suo "rango", dunque lo obbliga al pari trattamento degli individui.

Il diritto all'uguaglianza non esclude perciò le disuguaglianze, ma limita l'arbitrarietà: le discriminazioni non possono più essere arbitrarie, non possono più dipendere dal decisore in base ai suoi sentimenti o alle sue preferenze (o al suo capriccio). Invece, devono fondarsi su motivi "oggettivi": il diritto positivizzato non obbliga a condotte conformi, ma protegge chi si adatta loro. Allo stesso modo non garantisce *giustizia* (che per Luhmann è una 'formula di contingenza', ovvero indica un criterio di adeguamento alla complessità della realtà sociale³¹) ed *equità* (che è invece un "dispositivo di autocorrezione del diritto" (GIORGI, 1993, p. 370); non impedisce la manifestazione e lo sviluppo di disuguaglianze, ma appunto le motiva³². La disuguaglianza è intrinseca alla differenziazione funzionale³³. Un'uguaglianza "totale" - qualunque cosa potesse mai essere - ne rappresenterebbe la contraddizione più piena. Ciò non toglie che il sistema politico può intervenire, con politiche di *Welfare State*, per correggere la situazioni più gravi.

La questione può essere analizzata diversamente: uguaglianza/disuguaglianza è allora uno schema, una forma-a-due-lati³⁴, una distinzione interna al sistema giuridico, che "rende manifesto che le condizioni dell'uguaglianza sono contemporaneamente condizioni della disuguaglianza" (GIORGI, 1993, p. 369). Si tratta allora di uno "schema di osservazione" (*Beobachtungsschema*) per lo sviluppo di norme e preferenze: "la forma dell'uguaglianza serve dunque a rendere le disuguaglianze evidenti" (LUHMANN, 1993, p. 111), e dunque a chiedersi se siano "giustificate" o "giustificabili", cioè motivabili.

Così, oltre a distogliere l'interesse dalla forma della morale, problematizza ulteriormente la questione stessa (ad esempio ci si può chiedere se sarebbe più

31 "In un ordine sociale pienamente differenziato le pretese di un agire giusto ingenerano complicazioni enormi e ricche di contraddizioni.": (LUHMANN, 2002a, p. 267). Sulla giustizia come formula di contingenza, cfr. il cap. 4.4.

32 "la legge è uguale per tutti, non significa altro se non che nel sistema sono ammesse solo le differenze che sono fissate dal sistema": (GIORGI, 1993, p. 367).

33 Il principio di uguaglianza "rappresenta un presupposto della differenziazione funzionale del sistema giuridico in quanto immunizza il diritto rispetto alle pretese dell'ambiente e ne protegge l'autonomia; chiude il sistema del diritto e assicura il controllo interno della variabilità strutturale mantenendo alta la reattività del sistema rispetto all'ambiente, cioè la sua apertura.": Ivi, cit., p. 368; "La forma giuridica della distinzione condensa i requisiti della differenziazione funzionale: essa realizza le pre-condizioni dell'allargamento delle possibilità della comunicazione perché svincola l'agire dalle differenze che ne limitavano la generalizzazione e che legavano le possibilità dell'auto-rappresentazione a posizioni sociali prestabilite. Il principio giuridico di uguaglianza costituisce una acquisizione evolutiva della differenziazione del sistema giuridico" (GIORGI, 1993, p. 369).

34 Così, un lato - la disuguaglianza - non ha senso senza l'altro - la disuguaglianza: (LUHMANN, 1993, p. 111; SPENCER-BROWN, 2014).

· MATTEO FINCO

“giusta” (!) un’uguaglianza di opportunità o una di trattamento), e la presenta nella forma di paradosso, spingendo, di conseguenza, ad osservare la distinzione attraverso un’osservazione di secondo ordine, e dunque a tentare di deparadossizzare il paradosso: cioè a superarlo, risolvendolo in maniera creativa. Allo stesso tempo, occorre cercare modi strutturalmente più ricchi di descrivere (LUHMANN, 1993, p. 374-376).

I diritti - generalmente definitivi ‘fondamentali’, talvolta anche ‘umani’ - di *libertà* e *uguaglianza*, dunque, non sono ancorati alla “natura umana”: nella società moderna, in cui non è più possibile definire il contesto sociale in cui ognuno deve agire, la loro funzione (latente) risiede - come in genere per i diritti fondamentali - nel tenere il futuro aperto ad ulteriori possibilità (LUHMANN, 1997b, p. 1076).

Luhmann analizza poi, illustrandone la funzione specifica, una serie di diritti fondamentali relativi a sfere diverse della società: infatti vari diritti riflettono la differenziazione sociale, rispondendo in questo modo, oltre che alla funzione di autorappresentazione della personalità, alle necessità, talvolta complesse e contraddittorie, di differenti sottosistemi.

Proprietà e lavoro, nell’ambito dell’economia, rispondono alla necessità di comunicazioni “che regolino la possibilità di disporre di beni secondo un ordine determinato per le spese materiali necessarie alla soddisfazione dei bisogni” (LUHMANN, 2002, p. 172), in un sistema in cui la causa ultima della necessità di avvalersi di comunicazioni è la scarsità. A questo scopo il denaro e la proprietà fungono da mezzi della comunicazione simbolicamente generalizzati (LUHMANN, 1997b)³⁵.

I diritti fondamentali di cittadinanza attiva³⁶, in particolare il diritto di voto, servono invece a garantire la costituzione di un potere politico che sia legittimo. Non si tratta dunque solamente della garanzia di una libertà individuale, cioè quella di partecipare alla vita democratica³⁷.

³⁵ Su tali mezzi cfr. in particolare (LUHMANN, 1997b).

³⁶ Essi “preservano la specificazione e l’autonomia relativa della sfera politica”: (LUHMANN, 2002, p. 212).

³⁷ Il diritto di voto in realtà “offre al cittadino un ruolo per la partecipazione al sistema politico che, dal punto di vista strutturale, è importante per il mantenimento di determinati processi di elaborazione dell’informazione, differenziati al loro interno.”: (LUHMANN, 2002, p. 232).

Il sistema politico infatti da un lato ha la necessità di comunicare efficacemente decisioni vincolanti³⁸; dall'altro ha il problema relativo alla sua legittimazione, che deve essere razionale, giustificabile e condivisa³⁹. Ecco allora la soluzione:

“La legittimità dell’attività decisionale dello stato non si accresce incrementando le forze di polizia, ma istituzionalizzando l’obbligatorietà della decisione come simbolo diffuso, accettato routinariamente e indubitato nei rapporti sociali.”(LUHMANN, 2002, p. 222).

Dunque il diritto di voto non è semplicemente una libertà individuale, ma “*serve a garantire la differenziazione interna del sistema politico in processi di comunicazione politica e processi di produzione burocratica delle decisioni*”(LUHMANN, 2002, p. 226)⁴⁰: il sistema politico cioè, attraverso il voto, può differenziarsi al suo interno fra politica e amministrazione⁴¹.

In definitiva, ciò mostra che guardare ai diritti fondamentali in quanto istituzioni significa intenderli come soluzioni ai “problemi di formazione dei sistemi e di differenziazione della società” (LUHMANN, 2002, p. 290). Per questo la “ragione della loro esistenza non può essere ricondotta a valori ultimi e vincolanti” (LUHMANN, 2002, p. 291): essi invece sono necessari per mantenere l’ordine differenziato⁴².

Intendere i diritti fondamentali come una soluzione ai problemi della differenziazione della società significa allora che sono le interdipendenze fra i sottosistemi a rendere necessaria la loro istituzionalizzazione.

Quanto detto finora, tuttavia, lascia trasparire cosa significhi guardare ai diritti non dal punto di vista della dogmatica giuridica, ma da quello di una teoria sociologia di impianto funzional-strutturalista: esso potrebbe aprire alla possibilità di una

38 Si tratta del “vero problema che ha reso necessaria la democratizzazione dell’ordinamento politico”: (LUHMANN, 2002, p. 213).

39 Come fare in modo che il potere politico venga legittimato, anche all’uso della forza fisica e della coercizione, ed indipendentemente dalle fluttuazioni “dell’effettiva situazione di consenso”? (LUHMANN, 2002, p. 216) in nota.

40 Corsivo nell’originale.

41 Specificazione ed autonomia della sfera politica vengono garantite dunque dai diritti fondamentali “attraverso la canalizzazione delle influenze sociali in percorsi che rendono possibile la costituzione del potere politico come fondamento per una decisione vincolante sui problemi, senza che interessi meramente individuali, obblighi sociali di consenso o potenzialità della comunicazione economica affluiscano in modo indistinguibile nel processo di legittimazione della decisione e distruggano, così, l’autonomia dell’attività decisionale dello stato.”: (LUHMANN, 2002, p. 212).

42 Ovviamente si possono sempre trovare equivalenti funzionali, cioè strumenti diversi in grado di compiere la stessa funzione. Da notare che in questo lavoro Luhmann non analizza nel dettaglio tutti i diritti fondamentali: ad esempio si limita ad un cenno riguardo il diritto alla libertà di stampa: “Anche le leggi sulla stampa non servono affatto solo alla limitazione, quanto piuttosto alla stabilizzazione della libertà di stampa.”: (LUHMANN, 2002, p. 307).

• MATTEO FINCO

comprensione più vasta e articolata dei sistemi giuridici e politici, e permettere così una formulazione più consapevole e responsabile dei problemi sociali, anzitutto di quelli che sottendono ai diritti fondamentali. All'epoca di questo scritto sembra infatti potersi constatare un certo "ottimismo" di Luhmann riguardo il "contributo concreto" di una lettura di questo tipo.

"L'orientamento alla funzione sociale dei diritti fondamentali dovrebbe rendere possibile una legislazione attuativa, politicamente responsabile e, allo stesso tempo, maggiormente consapevole dei problemi e dei fatti di quanto non sia la decisione giudiziale legata al caso singolo. In tal senso può occuparsi più ampiamente della soluzione dei problemi sociali che sottendono ai diritti fondamentali." (LUHMANN, 2002, p. 306).⁴³

In questo modo - attraverso una "consapevolezza sociologica" cosciente della differenziazione funzionale e della necessità di affrontare i paradossi: come ad esempio fa la Costituzione stessa, regolando il diritto attraverso un'asimmetrizzazione (diritto costituzionale/altro diritto) (LUHMANN, 1996, p.95-97)- si prende ancor più consapevolezza del fatto che cercare certezze ultime, o tentare di raggiungere un consenso pressochè generalizzato, è inutile. Nel loro operare, infatti, "tutti i sistemi autoreferenziali organizzano l'osservazione delle osservazioni e la descrizione delle descrizioni interne" producendo in questo modo "nuovi piani di contrasto intangibili": per cui, ad esempio, "la dignità dell'uomo diventa «inviolabile» e di conseguenza necessita di interpretazioni che non dichiarino tali le sue violazioni" (LUHMANN, 1996, p. 98). I sistemi possono pervenire in questo modo a *livelli inviolati*, che permettono loro di continuare ad operare, deparadossizzando i paradossi⁴⁴.

Ricapitolando dunque, nella prospettiva della teoria dei sistemi sociali di Luhmann, i diritti fondamentali: costituiscono aspettative di comportamento generalizzate; dotano il singolo di un'armatura (garanzie, libertà, autonomia) che lo protegge dalle ingerenze dello Stato; lo mettono in condizione di partecipare, cioè di

⁴³ Se invece che intendere i diritti fondamentali semplicemente come valori, li si osserva come istituzioni "è possibile spiegare il nostro coinvolgimento in determinate costellazioni di problemi, che lasciano apparire come sensato solo un limitato margine di azione. La teoria sociologica rende possibile un'analisi di questo margine e dei suoi problemi di riferimento: limiti, alternative e strategie possibili." (LUHMANN, 2002, p. 311).

⁴⁴ Ad esempio nel diritto: "Senza *strange loops*, ossia senza il riferimento implicito all'autoreferenzialità del sistema giuridico, l'insistenza sui diritti spettanti all'individuo non potrebbe in fondo esplicitare quel che si intende con diritti. Senza tale riferimento, non potrebbero essere rese plausibili le ragioni per cui il diritto è tenuto a rispettare i diritti": (LUHMANN, 1996, p. 99).

essere incluso, dunque di comunicare (lo rendono *partner della comunicazione*); danno allo Stato una forma, un fondamento specifico (grazie alla Costituzione); danno al sistema del diritto ed alla società nel suo complesso punti di riferimento nella forma di norme e valori inviolabili; garantiscono la differenziazione della società in sottosistemi (LUHMANN, 2002, p. 156)⁴⁵.

Così i diritti fondamentali si mostrano in tutto il loro paradosso: sono fondamentali perché legittimano, garantiscono l'ordine sociale differenziato, ed allo stesso tempo vengono garantiti da quest'ultimo: se così non fosse, la differenziazione funzionale - dunque l'ordine sociale per come lo conosciamo - risulterebbe compromesso (PALOMBELLA; PANNARALE, 2002, p. 32).

4. I diritti umani

Guardiamo ora al problema, più circoscritto, di quelli che vengono definiti 'diritti umani'. Partiamo ancora da Habermas: per il filosofo i diritti umani e il principio di sovranità popolare sono "le uniche idee ancora capaci di dare giustificazione al diritto moderno", perché

"rappresentano il residuale «precipitato» di quella sostanza etico-normativa che, originariamente ancorata nelle tradizioni religiose e metafisiche, è stata poi spinta attraverso il filtro della fondazione post-tradizionale" (HABERMAS, 1996, p. 122).

Gli stessi diritti - in questo caso forse sarebbe il caso di chiamarli *valori* - dunque darebbero fondamento al diritto, inteso come sistema giuridico. O almeno darebbero ad esso legittimazione.

Queste affermazioni contrastano naturalmente con la prospettiva qui adottata. Sembrano però mettere in luce una commistione fra aspetti etici e giuridici, e di conseguenza sottolineare l'importanza di distinguere tra 'valori' e 'norme'. Anche nell'ambito di quelli che vengono definiti 'diritti umani'. I quali sono anzitutto, ovviamente, valori, e che, anche quando vengono giuridificati, lo sono spesso in maniera tanto generica da risultare di difficile applicazione. Ci si potrebbe però rispondere che

⁴⁵ "l'ordinamento dei diritti fondamentali non obbedisce alla *natura humana*, ma corrisponde alla costellazione dei problemi che derivano dalla differenziazione sociale. Le formulazioni dei diritti fondamentali si legano a determinati punti di pericolo, nei quali il sistema politico tende ad oltrepassare la sua specifica funzione di produzione di decisioni vincolanti, a trascinare al suo interno processi sociali e ad integrarli politicamente". (LUHMANN, 2002, p. 156).

· MATTEO FINCO

alla fine essi sono più importanti in quanto valori che come norme, nel senso che, se pur qualsiasi loro violazione risulti odiosa, inaccettabile, ingiustificabile, e meriterebbe di essere perseguita, il loro scopo ultimo, o la loro utilità più preziosa, potrebbe essere inquadrata nella loro dimensione utopica: cioè nell'indicare le lacune esistenti ed i progressi ancora da compiere, nel riflettere sulle garanzie da richiedere, sulle strategie da utilizzare, sui canali attraverso i quali sollecitare le sensibilità degli individui e delle istituzioni. Insomma, nell'indicare la via da percorrere per costruire un futuro migliore.

Questo sembra essere anche quanto suggerito da Luhmann:

Mentre va imponendosi la dottrina dei diritti umani naturali, innati, inalienabili, diventa tuttavia anche chiaro che essa non è utile per interpretare il diritto esistente (che negli Stati Uniti, ad esempio, consente ancora la schiavitù), ma offre soltanto uno sguardo verso un futuro tracciato dalla politica delle costituzioni. *Per questo* i diritti umani possono essere proclamati *in assoluto*. La dottrina dello stato di natura ed i suoi effetti continuati [*Fortwirkungen*] dopo il passaggio allo stato civile rimangono un'autodescrizione che non riflette la realtà, ma consente di criticarla. (LUHMANN, 1997b, p. 992-993).⁴⁶

I diritti umani non servirebbero dunque tanto nel presente (o comunque solo in maniera limitata), quanto a guardare al futuro. Sono al centro di un eterno “*work in progress*”. In Occidente (dove ci si vanta di affermarli) ed altrove.

Occorre ricordare, comunque, che la distinzione fra ‘diritti fondamentali’ e ‘diritti umani’ è arbitraria: varia a seconda delle concezioni, delle teorie, degli intenti politici. Quindi d’ora in avanti si utilizzerà l’espressione ‘diritti umani’ in conformità a Luhmann, cioè laddove lui ha scritto “*Menschenrechte*”. Di conseguenza - ovviamente - “*Grundrechte*” verrà tradotto con ‘diritti fondamentali’. Nel primo caso si tratta di diritti soggettivi, in capo a singoli. Nel secondo, il senso è più ampio (è quello visto finora). In effetti il riferimento ai ‘diritti umani’ è prevalente nella produzione finale di Luhmann: si possono avanzare ipotesi su questo. Probabilmente in parte la ragione sta nel fatto che, in questa fase, la sua attenzione si concentra con una certa continuità sulla semantica dell’individualità (nonché sulla forma *persona*); inoltre, mentre in *Grundrechte als Institution...* l’obiettivo era focalizzato in particolare sul sistema politico e su quello giuridico, con le loro rispettive funzioni, successivamente risulti più interessante ed

46 Traduzione nostra.

utile guardare, anche solo per accenni fugaci, ad un campo semantico tanto attuale quanto già tradizionale; forse poi, con il richiamo esplicito agli “scandali inaccettabili”, alle violazioni della dignità umana, l’attenzione – più che alle norme giuridiche – viene diretta a quelle ‘irritazioni’ che risultano più intense per i sistemi, che devono continuamente stabilizzare le loro strutture e la loro semantica di fronte ad esse. Forse, soprattutto, l’interesse di Luhmann per i paradossi trova qui terreno fertile⁴⁷.

Difatti il tema dei diritti umani viene affrontato principalmente in uno scritto dedicato a quello che viene identificato nel loro paradosso (*Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*) (LUHMANN, 2000b, p. 153-161), analizzando come esso è stato “deparadossizzato” (“*Paradoxieentfaltung*”) fino a quel momento. Altri riferimenti sono contenuti in *Die Gesellschaft der Gesellschaft* ed in *Das Recht der Gesellschaft*.

In un passaggio di quest’ultimo testo Luhmann inquadra il “successo” odierno del tema dei diritti umani⁴⁸ nel contesto di un fenomeno definito “istituzionalizzazione normativa di attitudini valorative” (“*normative Institutionalisierung von Werteinstellungen*”), abbastanza frequente oggi. Si tratta di quel meccanismo per cui i diritti umani ed in generale le “attitudini valorative” vengono reclamati non solo nella forma di preferenze di valori o di “*dispreferencing* di non-valori”, ma anche normativamente: cioè la comunicazione riguardante i diritti umani si concentra con una certa frequenza su note “moralizzanti”, sottintendendo che tali diritti dovrebbero essere riconosciuti giuridicamente, andando così di fatto oltre il diritto ed anche “puntando il dito” contro di esso. Si tratta di una forma di aspettative normative di aspettative normative, “cariche” di pretese connotate moralmente. Il tutto, in nome dell’“umanità”.

Dal punto di vista storico, si può rintracciare l’inizio dello sviluppo dell’idea di ‘diritti dell’uomo’ in senso moderno nel XVII secolo, con l’indebolimento dell’antico diritto naturale europeo e l’emergere delle dottrine contrattualiste: qui si pensa che la validità del contratto si fondi sulla rinuncia ai diritti naturali dei singoli, in funzione dell’instaurazione di un ordine in grado di garantire sicurezza. Con il rifiuto di queste costruzioni contrattuali, nella seconda metà del XVIII secolo, si ha la positivizzazione dei diritti individuali, che vengono riconosciuti dallo Stato e messi per iscritto: è

47 C’è anche chi, come H.-G. Moeller, vede maturare nell’ultimo Luhmann una posizione “radicale” riguardo l’“umanesimo” come “postura intellettuale” all’interno delle scienze sociali (MOELLER, 2008, p. 126-141). Al di là di questa interpretazione dell’atteggiamento del sociologo tedesco, le sue considerazioni verranno utilizzate in questa sezione.

48 Parafrasando l’espressione utilizzata da Luhmann (“*Nachholprogramm Konjunktur*”), si potrebbe quasi dire che essi “hanno un mercato crescente”.

· MATTEO FINCO

l'epoca dei *Bill of Rights*, delle dichiarazioni dei diritti umani, delle costituzioni, con cui gli esseri umani vengono concepiti come dotati di diritti pre-positivi, diritti che però vengono positivizzati proprio attraverso tali documenti (MOELLER, 2008, p. 575-576).

Il problema oggi sta nell'evidenza di quanto sia difficile "concretizzare" tali diritti, dar loro riconoscimento, farli rispettare: soprattutto nella società-mondo, che, pur essendo mondiale, deve fare tuttavia i conti, specie nell'ambito della politica e del diritto, con confini regionali, e dunque con sistemi politici e giuridici vari che tengono in considerazione ben diversa i diritti.

Nel frattempo, con lo Stato del benessere, si è intrapresa una riformulazione dei diritti umani nei termini di "diritti assistenziali" ("*Versorgungsrechte*"), e non più soltanto di "diritti di difesa" ("*Abwehrrechte*") (LUHMANN, 1993, p. 578). A fondare tale mutamento sta una concettualizzazione dell'essere umano (a prescindere dalle differenze regionali o culturali) nei termini di un complesso di necessità ed interessi, di natura sia materiale che spirituale, in particolare dell'interesse allo sviluppo personale ed all'autorealizzazione. Si arriva infine a fondere il problema dei diritti umani con un diffuso desiderio di lavoro sociale ed aiuti allo sviluppo.

Il quadro storico presenta già in realtà l'evoluzione e le soluzioni date al problema analizzato da Luhmann, ovvero quello del fondamento (*Begründung*) dei diritti umani, intendendo tale termine in un duplice senso: della validità dei diritti ("*Herstellung von Geltung*"), e dalla loro giustificazione ("*Angabe von Gründen*"). Questo problema richiede la gestione del paradosso ("*Paradoxiemanagement*") (LUHMANN, 1995d, p. 229) dei diritti umani, che si ripresenta ogniqualvolta la semantica non è più in grado di descrivere adeguatamente le strutture della società, e perciò entra in crisi.

Il paradosso dei diritti fondamentali si dà nella distinzione fra individuo e diritto, che guadagna terreno con il venir meno della possibilità di riferire - come tradizionalmente era possibile - la propria identità in maniera stabile sulla base della struttura gerarchica della società e la nascita. Così si formulano diritti soggettivi, i quali però acquistano validità soltanto come diritto oggettivo: non si può rivendicarli come diritti *propri*⁴⁹, poiché si tratta sempre di diritti generalizzati. Il paradosso si presenta dunque quando si cerca di pensare all'unità della differenza tra individuo e società.

Finora, sono state tre le forme in cui tale paradosso è stato "deparadossizzato".

⁴⁹ "Quando un individuo rivendicato un suo (*sein*) diritto come diritto proprio (*eigenes*), fallisce come Michael Kohlhaas.": Ivi, cit., p. 231. Corsivi nel testo originale. Traduzione nostra. Il riferimento è al protagonista - vittima di

Riguardo alla prima, Luhmann mette in risalto la relazione fra l'apparizione delle teorie del contratto sociale originale e i diritti umani. Ribaltando l'opinione comune che siano le volontà dei singoli a fondare il contratto, egli afferma che è proprio con le dottrine del contratto che diviene possibile e necessario chiedersi *chi* abbia fondato questo. Il problema sta nella domanda su cosa venga prima: il contratto o gli individui. Si presenta inoltre la questione relativa a cosa accada agli individui *dopo* aver concluso il contratto. La dottrina dei diritti umani sorge proprio di fronte a tale domanda, distinguendo fra diritti umani e diritti riconosciuti nel contratto. I diritti umani rappresentano allora l'unità della differenza fra 'stato di natura' e 'stato civile', cioè essi possono transitare ("*hinüberretten können*") (LUHMANN, 1995d, p. 232) dal primo al secondo: sono cioè diritti pre-positivi che però vengono "riconosciuti" nello stato civile. Il contratto sociale, in questo modo, pur facendo a meno dei diritti naturali sempiterni, li "salva".

Tuttavia il paradosso si ripresenta quando viene meno la fiducia nel contratto (seconda metà del XVIII secolo). La deparadossizzazione avviene ora attraverso la costruzione di testi, di norme cioè, che riconoscono e legittimano questi diritti pre-positivi (costituzioni, dichiarazioni, ecc.). La soluzione è dunque: positivizzazione dei diritti pre-positivi.

Questa forma di sviluppo del paradosso, ovvero l'elencazione dei diritti naturali nei testi ("*Paragraphierung*") (LUHMANN, 1995d, p. 233), resiste finché non emerge in tutta evidenza il limite rappresentato dal fatto che sono i singoli Stati a dover far rispettare questi diritti, e vi riescono solo parzialmente e con gran difficoltà. Insomma, i diritti appaiono in tutto il loro limite, specie su scala globale (LUHMANN, 1995d, p. 234).

Si arriva dunque alla terza forma, che appare anche la più logica: le norme vengono riconosciute quando sono palesemente violate. Specie nei casi più eclatanti, come la tortura. Di fronte a questo tipo di violazioni, di offese, sarebbe di "cattivo gusto" (*geschmacklos*)⁵⁰ ricorrere ai testi o rifarsi agli ordini giuridici locali per stabilire se il diritto è stato violato o meno. È più importante che tali eventi vengano diffusi (grande importanza hanno in questo i media) a vantaggio di un pubblico che ormai è il mondo intero.

un sopruso - di un'opera dello scrittore tedesco Heinrich von Kleist: *Michael Kohlhaas*, in Id., *Erzählungen*, Band 1, Reimer, Berlin, 1810 (*Michael Kohlhaas*, Marsilio, Venezia, 2003).

50 Nel senso di I. Kant, *Kritik der Urteilskraft*, Lagarde und Friedrich, Berlin und Libau, 1790 (*Critica del Giudizio*, Laterza, Bari, 1970). Il termine può anche essere tradotto con "privo di gusto": potrebbe anzi essere questa la resa più appropriata nel contesto del discorso di Luhmann, a segnalare una mancanza di sensibilità, estetica più che morale, di fronte alle violazioni.

• MATTEO FINCO

Il “diritto dei diritti umani” sembra dunque reclamare attenzione laddove si manifestano palesi violazioni dei diritti. Allo stesso tempo, l’inadeguatezza delle garanzie statali di tutela si rivela sempre più inaccettabile. Emerge anche la consapevolezza del fatto che diritti come libertà ed uguaglianza, nonostante un riconoscimento diffuso, possono essere interpretati e modificati con una notevole variabilità, e di conseguenza corrispondono poco alle condizioni realmente esistenti (LUHMANN, 1993, p. 577).

Talvolta non è neppure così facile stabilire quali siano le forme di violazione dei diritti umani da qualificare come “scandalose”, poiché la percezione dipende da vari fattori, anzitutto culturali (NEVES, 2004b, p. 143-180)⁵¹.

Tutto ciò porta a chiedersi se non sia ormai necessario trovare un’altra “soluzione” al paradosso. Sembra sensato affermare che ci si trovi oggi di fronte ad una *impasse*: da un lato si può sostenere con una certa sicurezza che c’è un consenso generalmente diffuso sui diritti umani e su altri valori-chiave: si pensi a vita, pace, salute, ma anche democrazia. Difficilmente si troverà qualcuno disposto ad ammettere i loro controvalori. Ciò significa che tali diritti sono considerati generalmente validi. Il problema si presenta sul versante della giustificazione di tale validità: una giustificazione effettiva non c’è, e sarebbe d’altronde pericolosa, nel senso che chi li mettesse in discussione verrebbe giudicato come eretico o immorale (MOELLE, 2008, p. 133 e 134)⁵².

Riguardo a *come* formulare altre possibili soluzioni, gli strumenti suggeriti da Luhmann sono quelli più tipici della sua analisi: le distinzioni, la teoria cibernetica dell’osservazione di secondo ordine, la teoria sistemica; e soprattutto affrontare i paradossi a viso aperto (LUHMANN, 1995c, P. 235-236).

In definitiva, Luhmann mostra che il concetto di diritti umani non è universale, ma che è interamente contingente⁵³. La loro funzione sta dunque

51 “La percepción de lo que sea vergonzoso y escandaloso varía ampliamente en una situación de complejidad sistémica, pluralidad discursiva y heterogeneidad cultural de la sociedad mundial del presente”: (NEVES, 2004b, p. 160).

52 I valori sono infatti validi senza giustificazione: “Si assume che esista un consenso rispetto all’accertamento dei valori e che si possano usare delle comprensioni anticipate. [...] alla morte è preferita la vita, alla guerra la pace, alla schiavitù la libertà, alla tirannia la democrazia, e così via. La domanda “perché?” è omessa, perché nella comunicazione rendere esplicito qualcosa è sempre interpretato in modo tale che l’acceptare o il rifiutare il significato imposto diventi una possibilità presa in considerazione. La semplice insinuazione di ciò farebbe fallire la validità del valore e provocherebbe incomprensione oppure, in ogni caso, verrebbe percepita come una provocazione. [...] I valori, perciò, sono validi senza giustificazione - come mostra l’osservazione di come realmente procede una comunicazione. Ma allora, non è possibile chiedere giustificazione per i valori. In pratica i valori servono per bloccare la riflessione.”: (LUHMANN, 2013a, p. 44-45).

53 “he shows that the concept has no universal or fundamental essence whatsoever, but is entirely contingent”: H.-G. Moeller, *op. cit.* (2008), cit. p. 130.

nel fatto che nella società moderna, in linea di principio, non è più possibile prevedere in quali contesti sociali si debba dire qualcosa o dare un qualche contributo. Tale funzione sta anche nel mantenere il futuro aperto contro tutte le predeterminazioni che potrebbero sorgere da una categorizzazione o da una classificazione (ad esempio quella superiore o inferiore) e soprattutto da una selezione di tipo politico. (LUHMANN, 2007b, p. 1075).⁵⁴

I diritti umani servono allora a rendere possibile l'inclusione, o almeno a non negarla a nessuno a prescindere. Se questo è vero, allora torna la domanda: cosa viene incluso? Realmente l'essere umano, nel suo "puro esistere", nella sua "nuda vita"? O l'*individuo-soggetto-persona*?

Libertà ed uguaglianza, visti dapprima come attributi "naturali", poiché

non si trovano realizzati nella società civile, vengono rivalutati come «diritti umani», di cui si può esigere il rispetto, fino ad includere il fondamentalismo dei diritti umani [*Menschenrechts-fundamentalismus*] dei nostri giorni. Essi sono accettati come simboli sostitutivi dell'unità della società che ora non è più immaginabile [...] Essi riducono i legami precedentemente riconosciuti come religione a qualcosa di esterno, indifferente, che deve essere accettato come una costrizione, o per motivi di opportunità." (LUHMANN, 2007b, p. 1022).⁵⁵

Usare il termine "fondamentalismo" in relazione ai diritti umani forse è tesa a provocare l'atteggiamento di molti intellettuali, tendenti spesso verso derive moraleggianti. Per Luhmann, una ricerca come la sua, che definisce "un concetto di società radicalmente antiumanistico, radicalmente antiregionalistico e radicalmente costruttivista", non può che intendere gli stessi diritti umani come una "autoprestazione della società" ("*Eigenleistung der Gesellschaft*") (LUHMANN, 2007b, p. 35)⁵⁶, che trova la propria ragione in una funzione specifica (appunto: l'inclusione).

Tale fondamentalismo non rappresenterebbe altro che una versione secolarizzata delle credenze in principi universali e necessari; esso vorrebbe collocarsi in una posizione superiore rispetto al diritto - la già vista "istituzionalizzazione normativa di attitudini valorative" - ma si rivela in realtà privo di quella stessa utilità pratica che vorrebbe veder realizzata. Alla fine, non si tratterebbe altro che di un "peso

54 Traduzione nostra.

55 Traduzione nostra.

56 Traduzione nostra.

· MATTEO FINCO

semantico” (“*semantic burden*”), senza conseguenze in ambito giuridico (MOELLER, 2008, p. 139 e 140).

Che i diritti umani siano uno strumento per reclamare l’aspettativa di inclusione universale, generalizzata, viene rimarcato anche da M. Neves, secondo cui si può parlare dei diritti umani come di una conquista della società moderna (NEVES, 2004b, p. 149)⁵⁷. In particolare, i diritti umani sono diretti all’inclusione giuridica, nel sistema del diritto inteso globalmente, cioè inclusione sul piano della società-mondo⁵⁸. A questo riguardo le pretese di inclusione non sono ristrette agli Stati, e neanche al piano internazionale, ma si estendono alla pluralità di ordini extra-statali in cui le aspettative normative hanno rilevanza strutturale (NEVES, 2004b, p. 152).

Si tratta di un’idea che sorge nel contesto del “*dissenso strutturale*” tipico della società moderna, un ordine cioè che non è integrato, che non si fonda cioè sul consenso, su una morale condivisa, ma che è basato sulla differenziazione.

L’istituzionalizzazione di tali diritti nella società moderna è però, afferma Neves, carente. Questo sia nella dimensione sociale (consenso sui procedimenti), sia materiale (identificazione dei significati), che temporale (normativizzazione) (NEVES, 2004b, p. 153). L’istituzionalizzazione di tali diritti implica perciò “la costruzione di procedimenti democratici destinati a garantire la convivenza sociale e politica in queste condizioni di dissenso strutturale” (NEVES, 2004b, p. 155)⁵⁹. Ma in una realtà in cui la democrazia, in molti Stati, è solo una parola e non trova concretizzazione, tale istituzionalizzazione risulta pregiudicata. Tuttavia, *deficit* democratico non significa assenza o impossibilità di diritti umani: ci sono realtà che riescono, nonostante tutto, ad istituzionalizzare diritti democratici; altre in cui i diritti sociali hanno una posizione di spicco.

57 Una conquista ottenuta per gradi: l’evoluzione dei diritti umani registra il passaggio da dichiarazioni di natura eminentemente politica, nella forma di “raccomandazioni” senza vincoli giuridici (la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948) ad una vera istituzionalizzazione normativa nei termini del diritto pubblico (specialmente nell’ambito della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, fino alla approvazione dei diritti all’interno di testi giuridici di portata internazionale (convenzioni, trattati, ecc)). Si può rilevare anche un processo di evoluzione che va dalla protezione di specifici diritti, fino ad un regime di protezione generalizzata. Tuttavia, nonostante una notevole e suggestiva “forza simbolica” di tali norme, la loro efficacia nei termini di protezione a livello internazionale, rimane limitata. (NEVES, 2004b. 168-169).

58 “los derechos humanos pueden definirse como *expectativas normativas de inclusión jurídica de todos y cada una de las personas en la sociedad (mundial) y, por consiguiente, de acceso universal al Derecho en cuanto subsistema social (autónomo)*.”: (NEVES, 2004b, p. 151).

59 Traduzione nostra.

Una caratteristica dei diritti umani è però la loro “forza simbolica”, che tuttavia si mostra ambivalente. Da un lato infatti, è utile a giustificare la “forza normativo-giuridica” (cioè l’efficacia) e la realizzazione dei diritti stessi, ma dall’altro “contribuisce ad impedire o rende più difficile la sua concretizzazione giuridica e la sua efficacia” (NEVES, 2004b, p. 161). Si possono ad esempio inquadrare all’interno di questa seconda fattispecie alcuni casi di “costituzioni nominaliste”, in cui viene a mancare la “forza normativo-giuridica” e si ha invece una “ipertrofia” della “forza simbolica” che va a detrimento della prima. In questi documenti i diritti umani trovano una formulazione ampia e dettagliata, che tuttavia non ha riscontro “nel corso del processo di concretizzazione normativa” (NEVES, 2004b, p. 165). L’esclusione sociale di gran parte della popolazione impedisce infatti l’inclusione politica generalizzata: di conseguenza, i diritti umani si rivelano un privilegio della minoranza. Nonostante lo Stato venga identificato come il garante dei diritti, si ha uno “sfruttamento” del diritto da parte della politica, con il risultato della creazione dell’illusione dei diritti umani costituzionalmente garantiti e, allo stesso tempo, la sovrapposizione di ostacoli alla discussione sulle cause che impediscono la concretizzazione normativa stessa (NEVES, 2004b, p. 165).

5. Conclusioni

Attraverso l’impianto teorico luhmanniano è possibile non solo descrivere la società nel suo insieme, indagare la semantica (i riferimenti di senso) ed esaminare processi e fenomeni vari sotto una luce inedita, come appunto Luhmann ha fatto con i diritti fondamentali. Una teoria tanto pretenziosa costituisce un solido strumento per affrontare con sguardo sociologico problemi specifici. Invece di tentare di fare una “sociologia di qualche cosa” - come dei diritti fondamentali o dei diritti umani - la teoria può essere utile a confrontarsi con le sociologie “particolari” per vedere se da ciò può emergere qualche beneficio reciproco.

Pubblicazioni che si richiamano ad una sociologia dei diritti umani sono state naturalmente consultate, ma il loro contributo alla presente discussione è apparso scarsamente rilevante⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. in particolare (HYNES, LAMB, SHORT, WAITES, 2010, p. 810-830; (SJOBERG, GILL, WILLIAMS, 2011, p. 11-47; TURNER, 1993, pp. 489-512). Quest’ultimo ha tentato di proporre una sociologia dei diritti umani a partire da una sociologia del corpo e della fragilità umana. Sulla scorta dell’antropologia filosofica, essa muove da una

· MATTEO FINCO

Con un tale settore la teoria dei sistemi sociali potrebbe avviare seri tentativi di “dialogo”. Qualcosa è già stato fatto⁶¹. Quello della sociologia dei diritti umani/fondamentali è peraltro un ambito di ricerca ancora marginale (le pubblicazioni sono piuttosto rare) e che fatica a liberarsi dalle derive moralizzanti tipiche di buona parte delle scienze umane e sociali. Esso potrebbe essere inteso come una branca della sociologia del diritto, oppure come un ambito a sé. Quel che viene presentato attualmente consiste talvolta, più che in trattazioni sociologiche, in tentativi di delineare teorie normative di stampo umanistico. Inoltre, il riferimento è quasi sempre limitato ai ‘diritti umani’; più raramente a quelli ‘fondamentali’: si parte insomma dal presupposto che l’‘essere umano’ sia sempre al “centro della scena”. In questo modo, tuttavia, si rischia di “darlo per scontato”, si evita di interrogarsi sulla sua concettualizzazione e di problematizzare la posizione che esso ha nel pensiero occidentale, la cui storia è piuttosto recente: insomma, non si indaga sulla semantica relativa.

A partire dalle riflessioni di Luhmann, G. Verschraegen si è prodotto in illustrazioni e commenti del pensiero del sociologo tedesco sui diritti umani e fondamentali, cercando di preparare il terreno per una descrizione genuinamente sociologica dei diritti umani (VERSCHRAEAGEN, 2002, p. 280)⁶².

Uno degli studiosi di maggior fecondità a lavorare nell’ambito del diritto sulla scia di Luhmann è senza dubbio G. Teubner. Di particolare interesse sono i suoi studi

visione dell’essere umano inteso come “ontologicamente fragile” e delle istituzioni quali “precarie”. Tuttavia, a partire dalla predisposizione collettiva alla compassione, viene delineata una teoria dei diritti umani intesi come richieste di immunità e protezione.

61 Cfr. VERSCHAEAGEN, 2013 p. 1-22; VERSCHAEAGEN, 2013a, p. 173-187).

62 I diritti umani costituirebbero così “the most salient expression of the typically modern belief in humanity and moral individualism”: il riferimento qui è al saggio di Durkheim *L’individualismo e gli intellettuali*. L’autore segue la trattazione di Luhmann, spiegando che i diritti umani impediscono che l’identità personale possa essere definita in maniera coercitiva dall’appartenenza al gruppo ed al contempo garantiscono l’inclusione nei sottosistemi della società: così si ha la premessa per la formazione di meccanismi che assicurano “the self-presentation and mobility of individual”, meccanismi che sono istituzionalizzati dalle leggi sui diritti umani. In questo modo i diritti umani non solo proteggono l’individuo dall’ingerenza statale, ma risultano preziosi per contrastare le tendenze alla dedifferenziazione dei sottosistemi. Essi proteggono dunque l’improbabilità dell’ordine e, legittimando la libertà scelta individuale, rafforzano la struttura dominante della società moderna, basata sull’inclusione e la “mobilità” dell’individuo: “As such, human rights constitute the *unnoticed* and elementary condition for participation within modern society.” (VERSCHRAEAGEN, 2002, p. 276). *Corsivo nostro*. Fra l’altro l’autore, pur ammettendo che la teoria sociologica non è adatta a produrre raccomandazioni dal punto di vista politico o istituzionale (cioè sul da farsi), sembra quasi mostrarsi “fiducioso” verso i diritti umani come strumento giuridico, in grado di mantenere ed anche di potenziare la differenziazione funzionale. Da notare però che tale articolo si concentra principalmente sui contenuti di *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*: come si è mostrato - ed è stato rilevato anche da altri: (MOLLER, 2008) - Luhmann sviluppa successivamente la sua posizione sui diritti fondamentali, concentrandosi in particolare su quelli umani, arrivando a parlare a proposito di questi ultimi di un atteggiamento “fondamentalista” (cfr. la sezione 4.7). Dello stesso autore si veda anche: (VERSCHRAEAGEN, 2002, p. 258-81; VERSCHRAEAGEN, 2006; VERSCHRAEAGEN, 2011).

sulle evidenti difficoltà di affermazione dei diritti fondamentali all'interno degli spazi sociali transnazionali, difficoltà che si manifestano anche al livello del dialogo su tali questioni (TEUBNER, 2012). Muovendo dall'eredità luhmanniana, lo studioso inserisce alcune idee di impianto critico e, al contempo, dal carattere propositivo; specie la distinzione dei diritti fondamentali in tre gruppi: *diritti istituzionali*, *diritti personali* e *diritti umani*.

I primi riguardano l'autonomia dei "discorsi sociali" (come la religione, l'arte, la scienza), "in modo da sottrarli alla conquista da parte delle tendenze totalitarie delle altre matrici comunicative" (TEUBNER, 2013, p. 375-395). Si tratta cioè di "norme di collisione" tra razionalità parziali sociali: ad esempio, con l'obiettivo di "tutelare l'integrità dell'arte, della famiglia, della religione contro tendenze totalizzanti della scienza, dei media o dell'economia" (TEUBNER, 2012, p. 169).

I *diritti personali* invece garantiscono l'autonomia della comunicazione (non degli esseri umani!); proteggono le *persone* in quanto "finzioni", artefatti comunicativi, cioè sono diritti dei singoli, in quanto *inclusi* nei sistemi di funzione.

Infine, i *diritti umani* sono "limiti negativi imposti alle comunicazioni societarie, laddove l'integrità fisica e mentale dell'individuo venga messa a repentaglio da una matrice comunicativa" (TEUBNER, 2013, p. 390): sono 'umani' appunto perché riguardano l'essere umano nelle sue componenti fisiche e mentali, nella sua salute e integrità biologica e psichica. Salute ed integrità minacciate dai settori della società con tendenze espansionistiche.

Il potenziale operativo di questa tripartizione risiede nel fatto che una distinzione chiara dei referenti, dei *titolari* dei diritti, o quantomeno delle varie *dimensioni* in cui è necessario stabilire spazi ed interventi di tutela - oltre ad essere interessante per la teoria e feconda per la ricerca in tutti i suoi ambiti - potrebbe essere utilizzata da coloro che sono (o che si sentono) chiamati a progettare, proporre ed attuare azioni di protezione e salvaguardia: la tripartizione cioè è uno strumento che indica una possibile strada da percorrere in ambito politico. Acquistano così evidenza obiettivi possibili e relativi ostacoli da affrontare. Le politiche sociali, le rivendicazioni umanitarie, ma forse anche le più generali istanze provenienti da gruppi e organizzazioni, possono beneficiare di una sorta di "disillusione", avendo la possibilità di rafforzarsi abbandonando atteggiamenti ideologici, grazie ad una consapevolezza maggiore.

Rispetto al rapporto fra diritti umani e loro implementazione nel contesto globale "transnazionale", va tenuto in considerazione il lavoro dello studioso brasiliano

· MATTEO FINCO

M. Neves che ha dedicato al tema un volume specifico (NEVES, 2009). Quello che viene proposto - il “transcostituzionalismo” - è un nuovo modello costituzionale, intendendo il termine ‘modello’ nel duplice senso di elaborazione teorica in grado di spiegare le dinamiche costituzionali della società-mondo ed allo stesso tempo - con lo sguardo volto al futuro - di una tendenza da concretizzare, auspicabile poiché in grado di “funzionare” in una realtà sempre più complessa e contingente, attivando “conversazioni costituzionali”. Il transcostituzionalismo punta allora a sviluppare i problemi giuridici e costituzionali che attraversano i vari tipi di ordine giuridico.

Utilizzando il concetto di ‘razionalità trasversale’ (WELSCH, 1991, p. 171-181), Neves si concentra sullo sviluppo di meccanismi di mutuo apprendimento ed influenza reciproca fra sfere di comunicazione, arrivando al concetto di ‘sfere di razionalità trasversali’ tra ambiti sociali eterogenei. Si tratta di un concetto che va ad integrare quello di ‘accoppiamento strutturale’ di Luhmann, per indicare le possibilità di apprendimento (al livello dunque della dimensione cognitiva) del sistema giuridico.

Neves inoltre propone una distinzione fra diritti umani e fondamentali: mentre questi ultimi sono quelli costituzionalmente positivizzati dagli Stati, i primi sono aspettative normative di inclusione giuridica per tutti i singoli esseri umani nella società-mondo. In gioco c’è dunque l’accesso universale al diritto come sottosistema della società. I diritti umani reclamano allora la propria validità sul piano ‘multilivello’ del “sistema giuridico mondiale multicentrico”, e cioè per ogni ordine giuridico esistente nella società-mondo (WELSCH, 1991, p. 226).

In generale, il tentativo, da un punto di vista sociologico, di sviluppare una teoria sui diritti fondamentali deve naturalmente avvalersi delle osservazioni relative a questo tema e a quello della salvaguardia del benessere psicofisico individuale provenienti da una molteplicità di altri sguardi, sociologici e non. In questo senso, occorre tenere conto, ad esempio, dell’evoluzione della semantica dei diritti e della dignità umana (NUSSBAUM, 2012), di quella relativa all’identità ed alla relazione fra le sue dimensioni pubblica e privata (DUMM, 2010), delle ricerche di stampo filosofico sull’ordine sociale, di quelle che osservano la correlazione fra fenomeni culturali, disturbi psicologici e processi sociali⁶³, degli studi teorici sulla crisi e sul futuro della

63 Cfr., fra gli altri: (BENASAYAG; SCHMIT, 2004; PIAZZI, 1988; MANFRÉ, 2014); *Why revolution is no longer possible*, «Süddeutsche Zeitung», 02/09/2014; doi: <https://www.opendemocracy.net/transformation/byung-chul-han/why-revolution-is-no-longer-possible>; *La società della trasparenza*, Nottetempo, Roma, 2014 (*Transparenzgesellschaft*,

civiltà occidentale⁶⁴, oltre che dei contributi nell'ambito della sociologia che indaga direttamente i diritti umani.

Tutti questi fenomeni andrebbero - questa è l'ipotesi che si propone - elaborati all'interno di una cornice teorica che si regge sulla consapevolezza che nella società caratterizzata dalla differenziazione funzionale non c'è - né ci può essere - un sistema capace di orientare tutti gli altri, con la conseguente "mancanza di produzione simbolica capace di tenere insieme i diversi sistemi" (PAOLO, 2013, p. 18-49).

Se è vero che la società moderna nella sua relazione con la complessità ambientale sembra trovare sempre nuove occasioni di adattamento, sappiamo dunque che talvolta esse non contemplan il fattore umano, orientandosi la società in senso funzionale (PAOLO, 2013, p. 43).

FUNDAMENTAL RIGHTS AND HUMAN RIGHTS: THE CONTRIBUTION OF THE SOCIOLOGY OF NIKLAS LUHMANN

RIFERIMENTI

AUGÉ, M. *Le nuove paure*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013 (*Les nouvelles peurs*, Payot & Rivages, Paris, 2013) [ed. digitale]; Id., *Futuro*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012.

BAECKER, D. *Culture crisis*, in *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, a cura di P.F. Kjaer, G. Teubner, A. Febbrajo, Hart Publishing, Oxford, 2011

BARALDI C.; CORSI G.; ESPOSITO E.; *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Franco Angeli, Milano 2002, 1995.

BAUMANZ. *Vite di corsa. Come salvarsi dalla tirannia dell'effimero*, il Mulino, Bologna, 2009 (*Consuming Life*, Polity press, Cambridge, 2008); Id. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 2001 (*Globalization. The human consequences*, Columbia University Press, New York, 1998).

BENASAYAG, M.; SCHMIT, G. *L'epoca delle passioni tristi*, Feltrinelli, Milano, 2004 (*Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, Éditions La Découverte, 2003).

Matthes & Seitz, Berlin, 2012); *Eros in agonia*, Nottetempo, Roma, 2013 (*Agonie des Eros*, Matthes & Seitz, Berlin, 2012); *La società della stanchezza*, Nottetempo, Roma, 2012 (*Müdigkeitsgesellschaft*, Matthes & Seitz, Berlin, 2010).

64 Su come l'epoca odierna, segnata da una crisi economico-finanziaria globale, incida sulla condizione degli individui, con la produzione, ad esempio, di una serie di vittime, di *pariah* dal punto di vista finanziario, cfr. BRASSETT, J., VAUGHAN-WILLIAMS, N., 2012, p. 19-42. Sul tema della 'crisi', cfr.: (BAECKER, 2011; AUGÉ, 2012; GALLINO, 2010; BAUMAN, 2009; FUSARO, 2010).

• MATTEO FINCO

- BOBBIO N. *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997.
- BOBBIO N. *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995.
- BRASSETT, J. VAUGHAN-WILLIAMS, N. *Crisis is governance: sub-prime, the traumatic event, and bare life*, «Global Society» 26:1, 2012, p. 19-42.
- CORSI G. *The Constitution in the Work of Niklas Luhmann*, in A. Febbrajo, G. Corsi (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016, 2016b, p. 259-263.
- CORSI G. *On paradoxes in constitutions*, in A. Febbrajo, G. Corsi (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016, 2016a, p. 11-29.
- DUMM, T. *Apologia della solitudine*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010 (*Loneliness as a Way of Life*, Harvard University Press, 2010).
- FEBBRAJO A. *Constitutionalism and Legal Pluralism*, in A. Febbrajo, G. Corsi (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016, 2016b, p. 68-96.
- FEBBRAJO A. *Come regolare il futuro della società. L'eterna sfida del diritto*, in *Sociologia del futuro. Studiare la società del ventunesimo secolo*, a cura di F. Corbisiero, E. Ruspini, CEDAM, Padova, 2016a, p. 103-130.
- FEBBRAJO A. *Os Fundamentos Históricos da Sociologia do Direito: Eugen Erlich*, in *Sociologia do Direito. Teoria e práxis*, a cura di A. Febbrajo, F. Rister de Sousa Lima, M. Pugliesi, Juruá, Curitiba, 2015, pp. 317-336. *Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo teubneriano*, in *Il diritto frammentato*, A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013.
- FEBBRAJO A. *Introduzione*, in *Law and Intersystemic Communication*, a cura di A. Febbrajo e G. Harste, Ashgate, Farnham, 2013.
- FEBBRAJO A. *Sociologia del diritto. Concetti e problemi*, il Mulino, Bologna, 2013.
- FEBBRAJO A., *Tre definizioni del concetto di diritto*, in E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *Verso in concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 2010.
- FEBBRAJO A., *Introduzione all'edizione italiana*, in *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 1990 (*Soziale Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984), p. 9-49.
- FEBBRAJO A. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1975.
- FEBBRAJO A. Corsi G. (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016.
- FUSARO, D. *Essere senza tempo. Accelerazione della storia e della vita*, Bompiani, Milano, 2010.
- GALLINO, L. *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2010.
- GIORGI, R. de. *Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità*, in *Disuguaglianze ed equità in Europa*, a cura di L. Gallino, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 359-378.
- GUIBENTIF P. *Rights in Niklas Luhmann's Systems Theory*, in *Law and Intersystemic Communications - Understanding 'Structural Coupling' -*, a cura di A. Febbrajo e G. Harste, Ashgate, Farnham, 2013, p. 255-288.

HABERMAS J. *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996; *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

HYNES P.; LAMB M.; SHORT D.; WAITES M. *Sociology and human rights: confrontations, evasions and new engagements*, «The International Journal of Human Rights», v. 14, n. 6, November 2010, p. 810-830.

LUHMANN N. *Democrazia e partiti. Il vertice scisso*, a cura di F. Bellusci, Mimesis, Milano, 2014b (*Il futuro della democrazia*, pp. 7-22 («Die Zufunkt der Demokratie», in Akademie der Künste Berlin, *Der Traum der Vernunft: Vom Elend der Aufklärung. Eine Veranstaltungsreihe*, Zweite Folge, Darmstadt/Neuwied, 1986, pp. 207-217); *Partecipazione e legittimazione*, pp. 23-40 (*Participación y legitimación: ideas y experiencias*, «La Participación: Anuari de la Facultat de Dret», Barcelona, 1986, pp. 11-21); *L'impopolarità dei partiti politici*, pp. 41-58 (*Die Unbeliebtheit der politischen Parteien*, «Die Politische Meinung», 37, 1992, p. 5-11).

LUHMANN N. *Introduzione alla teoria della società*, Pensa MultiMedia Editore, Lecce, 2014a (*Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, a cura di D. Baecker, Carl-Auer-Systeme Verlag, Heidelberg, 2009).

LUHMANN N. *División del trabajo y moral en la teoría de Durkheim*, in *La moral de la sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 2013b, pp. 11-27 (*Arbeitsteilung und Moral: Durkheims Theorie*, in É. Durkheim, *Über soziale Arbeitsteilung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 19-38, repr. in *Die Moral der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008).

LUHMANN N. *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando Editore, Roma, 2013a (*Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993; tr. inglese, *Are there Still Indispensable Norms in Our Society?*, «Soziale Systeme», 14, 2008, 1, p. 18-37).

LUHMANN N. *Il diritto della società*, Giappichelli Editore, Torino, 2012 (*Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993).

LUHMANN N. *La théorie de l'ordre et les droits naturels*, «Trivium», 3, 2009, <http://trivium.revues.org/3277> (*Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte*, «Rechtshistorisches Journal», 3, 1984, pp. 133-149).

LUHMANN N. *Inklusion und Exklusion*, in *Soziologische Aufklärung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005b (1995), vol. 6, p. 226-251 (*Inclusão e exclusão*, in *Dossiê Niklas Luhmann*, R. Dutra, J. P. Bachur (a cura di), UFMG, Belo Horizonte, 2013).

LUHMANN N. *Organizzazione e decisione*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano, 2005a (*Organisation und Entscheidung*, Westdeutscher Verlag GmbH, Opladen/Wiesbaden, 2000).

LUHMANN N. *I diritti fondamentali come istituzioni*, Dedalo, Bari, 2002 (*Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, 1965).

LUHMANN N. *Oltre la barbarie*, «Sociologia e politiche sociali», n. 3, 1999, pp. 117-128 (*Jenseits von Barbarei*, in *Modernität und Barbarei*, M. Miller, H.G. Soeffner (Hg.), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 219-230).

LUHMANN N. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997b (*Theory of society*, 2 vol., Stanford University Press, Stanford (CA), 2012; *La sociedad de la sociedad*, Editorial Herder, Mexico, 2007).

· MATTEO FINCO

LUHMANN N. *Globalization or World society: How to conceive of modern society?*, «International Review of Sociology», v. 7, Issue 1, Mar 1997, 1997a, p. 67-79.

LUHMANN N. *La Costituzione come acquisizione evolutiva, in Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Torino, 1996 (*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, «Rechtshistorisches Journal» 9, p. 176-220).

LUHMANN N. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995e (*Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992).

LUHMANN N. *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995d (*O Paradoxo Dos Direitos Humanos E Três Formas De Seu Desdobramento*, «Themis», Fortaleza, 3, n. 1, 2000b, p. 153-161).

LUHMANN N. *Die Form "Person"*, in Id., *Soziologische Aufklärung. Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995c, p. 142-154.

LUHMANN N. *Individuo, Individualidad, Individualismo*, «Zona Abierta», 70-71, 1995b, pp. 53-157 (*Individuum, Individualität, Individualismus*, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, vol. 3, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989c, p. 149-259).

LUHMANN N. *Legal Argumentation: An Analysis of Its Forms*, in «The Modern Law Review», v. 58, n. 3, 1995), 1995a, p. 285-298.

LUHMANN N. *The Code of the Moral*, «Cardozo Law Review» 14, 1992-1993, p. 995-1009.

LUHMANN N. *Operational closure and structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, «Cardozo Law Review», 13, 1992, p. 1419-1441.

LUHMANN N. *Sistemi sociali: fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 1990d (*Soziale Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984).

LUHMANN N. *La differenziazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1990c (*Ausdifferenzierung des Rechts - Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999 (1970)).

LUHMANN N. *The Individuality of the Individual: Historical meanings and Contemporary Problems*, in *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, New York, 1990b, p. 107-122.

LUHMANN N. *Introduzione generale: Economia e diritto. Problemi di collegamento strutturale*, in *L'informazione nell'economia e nel diritto*, Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, Congresso internazionale, 30-31 marzo 1989, Cariplo, Milano, 1990a, p. 27-46.

LUHMANN N. *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, «Journal of Law and Society», v. 15, n. 2, 1988, p. 153-165.

LUHMANN N., *Il tempo scarso e il carattere vincolante della scadenza*, in S. Tabboni (a cura di), *Tempo e società*, Franco Angeli, Milano, 1985, 1985b, pp. 120-137 (*Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, in «Politische Planung», 2 Aufl., Westdeutscher Verlag, 1975, p. 143-165).

LUHMANN N. *Come è possibile l'ordine sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1985a (*Wie ist soziale Ordnung Möglich?*, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. II, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981).

- LUHMANN N. *Illuminismo sociologico*, il Saggiatore, Milano, 1983b (*Soziologische Aufklärung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1970).
- LUHMANN N. *Struttura della società e semantica*, Laterza, Roma-Bari, 1983a (*Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1980).
- LUHMANN N. *Le norme nella prospettiva sociologica*, in *La teoria funzionale del diritto*, a cura di A. Giasanti e V. Pocar, Unicopli, Milano, 1981, p. 51-83 (*Normen in soziologischer Perspektive*, «Soziale Welt», 20, 1969, p. 28-48).
- LUHMANN N., DE GIORGIR, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992.
- MANFRÉ, G. *Le radici culturali del disagio contemporaneo*, I libri di Emil, Bologna, 2014; di B.-C. Han: *Nello sciame*, Nottetempo, Roma, 2015 (*Im Schwarm. Ansichten des Digitalen*, Matthes & Seitz, Berlin, 2013).
- MOELLER H.-G., *O paradoxo da teoria. Interpretando Niklas Luhmann*, «Tempo social», vol. 27, n° 2, USP, São Paulo, 2015, p. 167-179.
- MOELLER H.-G. «Human Rights Fundamentalism». *The Late Luhmann on Human Rights*, «Soziale Systeme», 14, v. 1, 2008, p. 126-141.
- NEVES M., *Prefácio*, in Rister de Sousa Lima F., *Saúde e Supremo Tribunal Federal*, Juruá Editora, Curitiba, 2015, pp. 11-14.
- NEVES M. *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009 (tr. inglese *Transconstitutionalism*, Hart, Oxford, 2013).
- NEVES M. *La fuerza simbólica de los derechos humanos*, «DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho» 27, 2004b, p. 143-180.
- NEVES M. *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto*, Pensa editore, Lecce, 2004a (*Costitucionalização simbólica e deconstitucionalização fática*, «Revista de informação legislativa», v. 33, n. 132, p. 321-330, out/dez 1996).
- NEVES M.A *Constitucionalização Simbólica*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.
- NUSSBAUM, M.C. *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna, 2012.
- PALOMBELLA G., Pannarale L., *Introduzione all'edizione italiana*, in N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzioni*, Dedalo, Bari, 2002a (*Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, 1965), 2002, p. 5-35.
- PAOLO F., *Crisi della struttura o crisi della semantica*, «Imago. Rivista di Studi Sociali sull'immaginario», Anno II, n. 2, 2013, p. 18-49, cit., p. 21.
- PIAZZI, G. *La ragazza e il Direttore*, Franco Angeli, Milano, 1995; Id., *Teoria dell'azione e complessità*, Franco Angeli, Milano 1988 (1984).
- PRANDINI R. *Introduzione*, in N. Luhmann, *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando Editore, Roma, 2013b, p. 7-46 (*Are there Still Indispensable Norms in Our Society?*, «Soziale Systeme», 14, 2008, 1, p. 18-37).

· MATTEO FINCO

PRANDINI R. *Distinguere aude! Il Grand Récit sociologico di Gunther Teubner*, in *Il diritto frammentato*, A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013a, p. 215-267.

PRANDINI R. *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, Armando Editore, Roma, 2005, p. 196-225.

SCHWARZ G. *A Autopoiese dos Direitos Fundamentais*, in *Direitos Fundamentais*, a cura di E. H. Macedo, L. P. Ohlweiler, W. Steinmetz, Editora da Ulbra, Canoas, 2007, p. 41-56.

SJOBERG, G. GILL, E. A., WILLIAMS, N., *A Sociology of human rights*, «Social Problems», v. 48, n. 1, 50th Anniversary Issue, February 2011, p. 11-47.

SOUZA J. *Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o "culturalismo cibernético" da moderna teoria sistêmica*, in *Dossiê Niklas Luhmann*, R. Dutra, J. P. Bachur (a cura di), UFMG, Belo Horizonte, 2013, p. 149-182.

SPENCER-BROWN G., *Laws of form*, Bohmeier Verlag, Leipzig, 2014 (1969).

TEUBNER G., *Exogenous Self-Binding. How Social Subsystems Externalise their Foundational Paradoxes in the Process of Constitutionalisation*, in A. Febbrajo, G. Corsi (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016, p. 30-48.

TEUBNER G. *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Il diritto frammentato*, A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013, p. 375-395.

TEUBNER G. *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012 (*Verfassungsfragmente – Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2012).

TEUBNER G. *Constitutionalising Polycontextuality*, «Social and Legal Studies» 19, 2011b, p. 210-229.

TEUBNER G. *Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?*, «Rechtsphilosophie & Rechtstheorie», (40) 3, 2011a, p. 191-215.

TEUBNER G. *Justice Under Global Capitalism? (Giustizia nell'era del capitalismo globale?)*, «European Journal of Legal Studies», v. 1, n. 3, 2008, p. 1-8; doi: http://www.ejls.eu/3/48IT.htm#_ftnref6.

TEUBNER G. *The anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors*, «Modern Law Review», 69, 2006, p. 327-346.

TEUBNER G. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, p. 57-78.

TEUBNER G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 3-28.

TOSINI D. *Niklas Luhmann: Il diritto nella teoria dei sistemi sociali*, in *Diritto e teoria sociale: Introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, a cura di G. Campesi, I. Populizio, N. Riva, Carocci, Roma, 2009, p. 6-35.

TURNER B. S., *Outline of a theory of human rights*, «Sociology», v. 27, n. 3, August 1993, pp. 489-512.

VERSCHRAEGEN G. *Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights*, in *Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights*, a cura di M. R. Madsen, G. Verschraegen, *Oñati International Series in Law and Society*, Hart Publishing, Oxford, 2013a, p. 61-80.

VERSCHRAEGEN G. *Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. A Response to Gunther Teubner*, in «Rechtsphilosophie & Rechtstheorie», (40) 3, 2011.

VERSCHRAEGEN G. *Systems Theory and the Paradox of Human Rights*, in M. King, C. Thornhill (a cura di), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

VERSCHRAEGEN G. *Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory*, *Journal of Law and Society*, 29 (2), June 2002, p. 258-81.

VERSCHRAEGEN G. Madsen M. R., *Making Human Rights Intelligible: An Introduction to a Sociology of Human Rights*, in *Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights*, a cura di M. R. Madsen, G. Verschraegen, *Oñati International Series in Law and Society*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 1-22.

VILLAS BÓAS FILHO O. *O Direito de Qual Sociedade? Os Limites da Descrição Sociológica de Niklas Luhmann Acerca do Direito a Partir da Crítica Antropológica*, in *Sociologia do Direito. Teoria e práxis*, a cura di A. Febbraio, F. Rister de Sousa Lima, M. Pugliesi, Juruá, Curitiba, 2015, p. 337-366.

WELSCH, W. *Gesellschaft ohne Meta-Erzählung?*, in W. Zapf (a cura di), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main-New York, Campus, 1991, p. 171-181; Id., *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept des transversalen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996.