

**DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI UMANI: IL
CONTRIBUTO DELLA TEORIA DEI SISTEMI SOCIALI.
PROSPETTIVE DI INDAGINE**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: A
CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS –
PERSPECTIVAS DE INVESTIGAÇÃO**

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND HUMAN RIGHTS:
THE CONTRIBUTION OF SOCIAL SYSTEMS THEORY.
INVESTIGATION PROSPECTS**

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS:
LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS
SOCIALES. PERSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN**

*Fernando Rister de Sousa Lima**

*Matteo Finco***

1 Introdução. 2 La Dignità come autorappresentazione necessaria. 3 Il sottosistema societario del diritto. 4 Gli esseri umani della società: individui, soggetti, persone. 5 I Diritti Soggettivi. 6 I Diritti Fondamentali come istituzioni e il paradosso dei Diritti Umani. 7 I “casi difficili” e le norme indispensabili. 8 Il futuro dei Diritti. 9 La funzione evolutiva dei Diritti Fondamentali e Umani. 10 Verso una sociologia sistemica dei Diritti Fondamentali e Umani. 11 Considerazioni finali. Riferimento.

RIASSUNTO

Il presente articolo analizza la natura e la funzione dei diritti fondamentali e umani dalla prospettiva della teoria dei sistemi sociali, sviluppata dal sociologo Niklas Luhmann alla fine del XX secolo. A partire dal contributo dell'autore tedesco e di altri studiosi, verrà messo in

* Phd in Diritto, PUC-São Paulo. Professore presso la Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FDIR-UPM), São Paulo. E-mail: <frsl.sociologyoflaw@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0001-6345-4147>

** Phd in Social Sciences, Università degli Studi di Macerata. E-mail: <fincomatteo@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0002-6675-6594>



evidenza il potenziale che la teoria detiene riguardo al tema in oggetto, avanzando proposte su prospettive di ricerca future. L'ipotesi è che una teoria secondo cui la società è fatta di comunicazione, e non di esseri umani, può aprire spazi di riflessione inediti e mettere il luce la funzione latente dei diritti fondamentali e umani: oltre che valori di ispirazione umanistica, essi rappresenterebbero lo strumento attraverso cui la società stessa costituisce gli esseri umani nella triplice veste di *individui, soggetti, persone*.

Parole chiave: Diritti fondamentali. Diritti umani. Niklas Luhmann. Teoria dei sistemi sociali.

RESUMO

Este artigo trata da questão dos direitos fundamentais e humanos na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, tal como desenvolvida pelo sociólogo Niklas Luhmann no final do século XX. A partir da contribuição do autor alemão e de outros estudiosos, será destacado o potencial da teoria para tratar do tema, apresentando propostas inovadoras sobre futuras perspectivas de pesquisa, isto é, novas formas de observar a temática. A hipótese é que uma teoria na qual a sociedade não é “feita” de seres humanos, mas de comunicação, pode abrir novos espaços de reflexão, destacando a função latente dos direitos fundamentais e humanos: além de serem valores de inspiração humanista, eles representariam uma ferramenta através da qual a própria sociedade forma os seres humanos como indivíduos, sujeitos, pessoas. Apresenta-se, desta maneira, uma nova perspectiva de observação a respeito da função dos direitos fundamentais e humanos, cujas consequências são distintas das observações mais tradicionais sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos humanos. Niklas Luhmann. Teoria dos sistemas sociais.

ABSTRACT

The topic of this article is fundamental and human rights from the perspective of the Social Systems Theory, a theory developed by the sociologist Niklas Luhmann at the end of the Twentieth century. Starting from this author and other scholars, the potential of this theory will be highlighted, and consequently will be proposed future research perspectives. The hypothesis is that this theory – that conceives society as made by communication (and not by human beings) – can open up new spaces for reflection, highlighting the latent function of fundamental and human rights: as well as values of humanistic inspiration, they could represent an instrument through which society itself “builds” human beings as individuals, subjects, people.

Keywords: Fundamental Rights. Human Rights. Niklas Luhmann. Social Systems Theory.

RESUMEN

Este artículo aborda el tema de los derechos humanos y fundamentales desde la perspectiva de la teoría de los sistemas sociales, desarrollada por el sociólogo Niklas Luhmann a fines del siglo XX. A partir de la contribución del autor alemán y la de otros académicos, se destacará dicho potencial teórico en relación a los DDHH y fundamentales, y se presentarán posibles líneas de investigación futuras. La hipótesis es que una teoría según la cual la sociedad no está “hecha” de seres humanos sino, más bien, de comunicación, puede abrir nuevos espacios para la reflexión inédita y arrojar luz sobre la función latente de los derechos fundamentales y humanos: además de ser valores de inspiración humanista, ellos representan una herramienta a través de la cual la propia sociedad forma a los seres humanos como individuos, sujetos, personas.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Derechos humanos. Niklas Luhmann. Teoría de los sistemas sociales.

1 INTRODUZIONE

La sociologia finora non si è occupata molto dei diritti umani e di quelli fondamentali. Tentativi in questo senso esistono, ma si tratta per lo più di lavori riguardanti il rapporto tra specifici diritti e questioni sociali e/o fenomeni culturali ad essi connessi (ad esempio sui “diritti umani delle minoranze etniche”); tentativi che solitamente fanno capo a una branca specifica della sociologia, cioè la sociologia del diritto. È naturale che sia così, tuttavia il contributo di altri ambiti di ricerca potrebbe contribuire ad ampliare lo sguardo, a prospettare nuove ipotesi e collegamenti inediti, a rendere l’approccio al tema più complesso e diversificato. Infatti finora poco si è fatto tanto sul versante di una specifica sociologia dei diritti umani e dei diritti fondamentali (mentre non mancano le applicazioni della sociologia a pressoché qualsiasi ambito del sociale e della cultura¹) quanto su quello di una teoria sociologica degli stessi.

Questo contributo vuole iniziare a colmare tale lacuna, proponendo un “inquadramento” dei diritti umani e fondamentali all’interno della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann.

Il punto di partenza è l’idea che, da un punto di vista sociologico (dunque essenzialmente diverso da quello di uno studioso del diritto), parlare di diritti fondamentali e diritti umani² significa in primo luogo affrontare la relazione esistente fra tali diritti e la *società* nel suo complesso. Non basta identificare tali diritti (illustrando o immaginando cataloghi), classificarli per tipologie, ricostruirne la storia: tali obiettivi pertengono agli studiosi del diritto. I sociologi invece – in particolare quelli che si occupano di teoria – possono tentare

1 Fra i campi in cui lo sguardo sociologico si è affermato più di recente, si possono citare ad esempio la sociologia dell’ambiente e del territorio, la sociologia della salute, la sociologia della globalizzazione.

2 La differenza fra le due espressioni verrà analizzata in seguito.

di mettere in luce i significati (livello semantico) e le funzioni manifeste e latenti (livello strutturale) che tali diritti assumono nella società contemporanea.

In questa direzione va il contributo di Luhmann, che fornisce una visione dei diritti prettamente sociologica, scevra da retorica e idealismo, con lo scopo primario di identificarne la funzione, cioè la *prestazione* che essi offrono alla società moderna. Alcune considerazioni preliminari aiuteranno a liberare il campo da dubbi e possibili equivoci.

Anzitutto, quando si parla di diritti umani o di diritti fondamentali è scontato che si stiano indicando condizioni che, in larga parte, ancora non sono state realizzate: i diritti, anche quando riconosciuti e affermati, difficilmente vengono garantiti in maniera ampia ed effettiva. Se è vero che vi è sempre uno scarto tra un qualunque diritto affermato e la sua tutela concreta, questo vale ancor di più per i diritti umani e fondamentali. La ragione è evidente: tutti i diritti, prima ancora di essere formulati attraverso norme scritte, sono anzitutto *valori*, cioè riferimenti di senso collettivamente condivisi, caratterizzati da una determinata tensione morale. Il loro contenuto può rimanere più o meno stabile, ma resta sempre soggetto a una dinamica evolutiva che dipende anzitutto dai mutamenti che avvengono a livello della struttura sociale. Il rapporto tra *semantica* e *struttura* è infatti circolare³: la semantica (i contenuti di senso, espressi nei testi e nei “discorsi” in senso lato) descrive la società e i mutamenti che la riguardano (cioè la struttura). Facendo ciò contribuisce anche alla definizione e determinazione della struttura stessa, in quanto le forme in cui la rappresenta (oltre a servire da orientamento agli attori sociali, le cui azioni successive contribuiranno al mutamento) condizioneranno le descrizioni successive.

È chiaro inoltre che, proprio a causa della loro connotazione (sono *fondamentali* e/o *umani*, dunque essenziali, basici, ecc...), tali diritti possono dare indicazioni rilevanti rispetto alla questione sociologica per eccellenza, ovvero il rapporto individuo/società: cosa essi rivelano – esplicitamente o implicitamente – riguardo la concezione socialmente diffusa dell’essere umano? Che significa dunque parlare di “natura umana” e quale valore viene ad essa attribuito? Soprattutto: quali spazi di azione (“libertà”) sono concessi agli individui (cioè in quale forma e fino a che punto vengono considerati leciti, opportuni, “sostenibili” i condizionamenti esercitati su loro dalla società)?

Ricapitolando: osservare i diritti umani e i diritti fondamentali da un punto di vista sociologico significa non solo analizzare i sistemi giuridici e i loro effetti a livello sociale, ma anche e soprattutto indagare il rapporto individuo/società, la concezione dell’individualità e della sua “libertà” (la “semantica del soggetto”), nonché i *valori* più essenziali (che spesso coincidono con i diritti, pur non essendo la stessa cosa) promossi nel contesto sociale.

Luhmann (1965) si è occupato di diritti fondamentali in uno dei suoi primi lavori,

3 “se da un lato la semantica è possibile solo e soltanto a partire dalle condizioni di possibilità date dalla struttura, dall’altro la struttura può essere colta solo e soltanto a livello semantico. Per essere più precisi possiamo dire che i mutamenti strutturali possono essere colti solo e soltanto a livello semantico, cioè solo un osservatore attraverso un patrimonio concettuale (osservazioni, descrizioni, teorie, etc.) è in grado di descriverli.” (PAOLO, 2013, p. 29).

Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie (I diritti fondamentali come istituzione, 1965). In seguito l'autore non ha più affrontato il tema direttamente, trattando invece di diritti umani, anche se non in maniera frequente, approfondita ed estesa. Diversi riferimenti al tema sono presenti in alcuni dei suoi scritti più recenti: in particolare in *Das Recht der Gesellschaft (Il diritto della società)* (LUHMANN, 1993, 2012) e in *Die Gesellschaft der Gesellschaft (La società della società, summa del suo trentennale percorso di ricerca all'università di Bielefeld)* (LUHMANN, 1997b). All'interno della produzione luhmanniana è inoltre fondamentale prestare attenzione anche a quei lavori incentrati sull'essere umano inteso, a seconda dei contesti, come *individuo*, *soggetto* e *persona*. Tali termini, ognuno dei quali ha una storia specifica all'interno del pensiero occidentale (o, come dice Luhmann, vetero-europeo) formano un complesso semantico che viene declinato nei contesti più diversi del sociale e che, in ambito giuridico, caratterizza il diritto moderno positivizzato (cioè non più subordinato alla morale e alla religione) e fortemente incentrato sui diritti soggettivi (quelli dell'individuo libero, responsabile di se stesso, la cui esistenza è caratterizzata da una dignità intrinseca alla "persona umana", all'interno di uno stato la cui sovranità è limitata).

Chiariti gli obiettivi di questo lavoro e il contesto teorico di riferimento, elenchiamo brevemente i passaggi in cui la trattazione andrà a svilupparsi.

Partiremo dal concetto di dignità: si tratta di un'idea caratteristica del pensiero occidentale, che rappresenta uno snodo ineludibile e una premessa necessaria quando si tratta di diritti fondamentali e umani. Osserveremo poi il diritto inteso come sottosistema della società, contraddistinto da una funzione specifica, e al cui interno vanno affermandosi i diritti soggettivi. Per comprendere l'importanza di questo passaggio, occorrerà esaminare come la teoria stessa inquadra gli esseri umani (la triade individuo-soggetto-persona). Tutto ciò rimanda all'analisi della funzione dei diritti fondamentali, intesi come istituzioni. Diritti umani e norme indispensabili – insieme al problema dell'esclusione – rappresentano le tappe successive del nostro percorso: dopo la rassegna e l'analisi del lavoro di Luhmann, si vedranno i contributi di altri autori (in particolare R. De Giorgi e M. Neves) che hanno delineato alcuni problemi essenziali del sistema giuridico globale contemporaneo, proponendone interpretazioni originali e gravide di riflessioni. Infine verranno citati altri autori e ambiti di ricerca, al fine di stabilire alcuni elementi di base a partire dai quali – ci si augura – costruire una sociologia dei diritti umani e fondamentali.

2 LA DIGNITÀ COME AUTORAPPRESENTAZIONE NECESSARIA

Procederemo di seguito lasciando volutamente in secondo piano) la distinzione tra diritti umani e diritti fondamentali. Le ragioni sono varie. Anzitutto, in buona parte, i contenuti indicati da tali espressioni coincidono: i diritti umani sono "fondamentali" proprio perché riconosciuti a tutti in virtù dell'appartenenza al genere umano, e la maggior parte dei diritti fondamentali – cioè quelli che uno Stato riconosce e pone a fondamento del proprio

ordinamento politico-giuridico⁴ – sono anche diritti umani. Inoltre Luhmann si è occupato di entrambe le tipologie, come già accennato. Quand’anche si fosse interessati a una sociologia relativa soltanto a una di tali categorie, può risultare utile come punto di partenza un’analisi esplorativa di un insieme più ampio e generale (come qui si cerca di fare). Soprattutto, entrambe le categorie rimandano a un principio comune: la *dignità*. “Qualunque cosa oggi s’intenda [...] per diritti dell’uomo e diritti fondamentali, ciò che vi si cela è la richiesta di sempre maggior sicurezza, per una vita in cui siano d’attributo la dignità umana e il rispetto della persona.” (OESTREICH, 2001, p. 7).

G. Oestreich lo sintetizza molto bene: quando si parla di diritti umani o di fondamentali, si fa riferimento a un “bene”, quello della vita umana, da tutelare al massimo livello, in virtù della sua “natura” privilegiata, unica, incomparabile ad altre forme di vita. Non solo: si tratta di un bene che è *comune*, che caratterizza tutti i membri della comunità umana, e che proprio per questo è fondamentale, irrinunciabile. Perché “lega”, tiene insieme la collettività, la società stessa.

Il concetto di dignità rappresenta inoltre il presupposto per altri due valori/diritti tipicamente moderni: da un lato la dignità non si dà senza la *libertà*, poiché valorizza una modalità di esistenza che non può essere costretta entro limiti prestabiliti e che è costantemente in divenire; dall’altro, proprio perché fattore comune a tutti i membri del genere umano, essa implica, o almeno sottintende, l’*uguaglianza*.

Come libertà e uguaglianza, la dignità è veramente tale soltanto se viene riconosciuta dagli altri, a livello collettivo: è, scrive Hobbes nel *Leviathan*, il “pregio pubblico di una persona, coincidente col valore attribuitole dallo Stato” (HOBBS, 2008, p. 71). Si tratta di un attributo che tuttavia ognuno deve riconoscere anzitutto a se stesso: come afferma Luhmann, la dignità e la libertà rappresentano le condizioni fondamentali per un’*autorappresentazione* riuscita, la quale a sua volta permette all’individuo di sentirsi in condizione di agire nel contesto sociale. Senza dignità, in altre parole, non è possibile la socializzazione dell’essere umano “inteso come personalità individuale” (LUHMANN, 2002, p. 110).

Dal nostro punto di vista non è tanto importante ricostruire la storia dei concetti di dignità e libertà, quanto intenderli, con Luhmann, come presupposto per l’azione sociale, come requisito per l’*inclusione* nella comunicazione.

Di conseguenza, mentre la libertà agisce sul lato esterno dell’*autorappresentazione* individuale, la dignità agisce su quello interno. La prima indica che “l’agire sociale non si es-

4 In generale, la distinzione fra le due categorie può essere delineata come segue: i diritti fondamentali sono le norme e i principi sanciti ufficialmente da uno Stato, validi anzitutto per i suoi cittadini; i diritti umani invece hanno un valore universale, in quanto si applicano a tutti gli esseri umani, al di là dell’appartenenza territoriale e solitamente vengono affermati in Trattati e Carte internazionali. Inoltre, “diritti fondamentali” è un’espressione “plausibilmente aperta e *relativa*” che può essere riferita “all’uomo” oppure ad altro: ad ambiti, casi, circostanze, oppure società, ordinamenti giuridici, o morali; è dunque *rispetto a questi* che, di un insieme di “diritti”, si può (o si deve) dire se (o che) siano fondamentali.” (PALOMBELLA, 1999, in linea). In sostanza, quella dei diritti fondamentali è una categoria strettamente giuridica, mentre quella dei diritti umani travalica i confini del diritto.

aurisce nel compimento dell'azione, ma viene compreso in processi di attribuzione simbolica" (LUHMANN, 2002, p. 115): si ha diritto alla propria personalità specifica, unica, senza subire violazioni e ingerenze eccessive da parte dello Stato. La seconda indica invece il fatto che i ruoli ricoperti nella società si accompagnano a una "autorappresentazione degna di considerazione": è la consapevolezza che si può esprimere "ciò che si è", che ci si identifica con la propria *persona*. Detto ancor più direttamente: libertà e dignità – prima ancora che diritti umani – vanno intesi quali costrutti, *istituzioni*, prodotti specifici dell'ordine sociale moderno, con una funzione precisa: garantire a tutti la possibilità di partecipazione nel contesto sociale come individui, soggetti, persone degni di considerazione. "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).

La relazione tra i diritti umani/fondamentali e la concezione tipicamente occidentale dell'individualità è già tutta qui: la dignità, considerata probabilmente il diritto umano per eccellenza, presupposto di tutti gli altri, non può che essere esclusivamente *umana*. Rappresenta l'attributo che dà forma all'*individuo* (unico poiché differente da tutti i suoi simili), alla *persona* (riferimento della comunicazione), al *soggetto* (di diritto). È dunque la caratteristica che consente di agire nella società.

Un approccio sistemico permette così di mettere in luce l'artificialità di tale costrutto, la sua natura sociale, specificatamente moderna (e dunque non "naturale").

3 IL SOTTOSISTEMA SOCIETARIO DEL DIRITTO

Per la teoria dei sistemi sociali la società moderna – una *società-mondo* policentrica e policontesturale (LUHMANN, 1997a) – è appunto un *sistema*, un insieme di elementi collegati fra di loro all'interno di una struttura. Quel che non appartiene al sistema (esseri umani compresi) sta al suo esterno: è il cosiddetto *ambiente*. All'interno del sistema più ampio della società si distinguono differenti sottosistemi, ognuno con una funzione specifica, come ad esempio il diritto (o sistema giuridico: *Recht*). In questo senso si parla di *differenziazione funzionale*: la società è strutturata in sottosistemi chiamati a risolvere problemi specifici. Ad esempio la medicina è diretta alla cura delle malattie, la famiglia e i rapporti intimi riguardano l'orientamento alla *persona*, l'economia gestisce risorse per definizione scarse, e così via.

La funzione del diritto consiste nel mantenimento delle aspettative normative, cioè di garantire che le norme – in particolare quando vengono deluse – rimangano relativamente stabili nel corso del tempo. Esse servono a stabilire cosa accadrà nel caso vengano infrante: di conseguenza, per quanto possibile, il futuro risulterà vincolato⁵. Le norme devono essere

5 La norma dunque è determinata da una "distinzione di possibilità di condotta in caso di delusione" (LUHMANN, 2002, p. 118): è una "aspettativa di condotta stabilizzata controfattualmente". Il diritto "non promette una condotta conforme alla norma, ma tutela colui che se la aspetta." (LUHMANN, 2002, p. 120). La condotta deviante è sempre possibile: il diritto serve appunto a garantire le aspettative "meritevoli di tutela" (LUHMANN, 2002, p. 121).

generalizzabili sul piano materiale (ovvero applicabili in circostanze diverse, a casi differenti) e godere di un consenso generale. Per questo il diritto è considerato il “sistema immunitario” della società, in quanto consente di reagire a situazioni anomale e non totalmente previste.

Il codice del diritto, cioè la distinzione-guida che permette al sistema stesso di riconoscere e definire gli elementi ad esso interni ed esterni, è *Recht/Unrecht*. Il termine viene talvolta tradotto con una relativa libertà, con l'intento di essere reso immediatamente evidente. La forma più aderente al pensiero di Luhmann, anche se poco “intuitiva”, è però quella letterale di *diritto/non-diritto*, o al limite di *conforme/non conforme al diritto*. Detto altrimenti, il codice permette non soltanto di distinguere i comportamenti legali (leciti) da quelli che non lo sono (illeciti), ma anche di prendere in considerazione qualunque conflitto che possa essere “giudiziabile” (CORSI, 2005, p. 12).

Come qualsiasi altro sistema, il diritto si è differenziato nel corso di un processo evolutivo. Mentre nelle società arcaiche esso era considerato valido da sempre e immutabile (“eterno o elargito in tempi remoti”: LUHMANN, 1990a, p. 109-10), in seguito si è sviluppata l'idea del diritto naturale, “nel senso di un ordine gerarchico di fonti del diritto”, attraverso la differenziazione fra “*lex divina o lex aeterna, lex naturalis e lex humana o lex positiva*” (LUHMANN, 1990a, p. 112). Infine il diritto si è positivizzato, trovando cioè i propri elementi fondativi in se stesso (autonomizzandosi) e acquisendo la possibilità di mutare, al fine di rispondere meglio alle esigenze della società. Il diritto moderno è dunque legittimo, definito, ma allo stesso tempo è anche vero che su di esso è sempre possibile decidere (TOSINI, 2009). Quest'ultimo aspetto è per certi versi paradossale, ma non è il solo. La paradossalità del diritto sta a suo fondamento, in quanto esso ritiene di decidere “a ragione” fra ragione e torto. Tale paradosso è stato risolto in maniera differente nel tempo (LUHMANN, 1990a, 1993). Qui vale soltanto la pena fare riferimento alla “soluzione” più recente: le costituzioni. Garantendo la separazione delle funzioni fra sistema politico e giuridico e di conseguenza la loro rispettiva autonomia, le costituzioni permettono di distinguere fra legislazione e amministrazione della giustizia⁶ e di stabilire norme vincolanti al massimo grado (diritti fondamentali) che rendono possibile una elevata stabilità, ma che possono essere sempre modificate⁷.

4 GLI ESSERI UMANI DELLA SOCIETÀ: INDIVIDUI, SOGGETTI, PERSONE

La tradizione occidentale è caratterizzata da un dualismo fondamentale (tipicamente cartesiano) tra la componente corporea, animale, fisica da un lato (*bios*) e quella mentale, razionale, spirituale dall'altro (*lógos*). Tale separazione rappresenta la premessa necessaria

6 “The legal system may recognise political motives as sufficient for changing the law – but only at the level of legislation and not at the level of adjudication.” (LUHMANN, 1988, p. 160). Sulla costituzione come accoppiamento strutturale fra politica e diritto, cfr. Luhmann (1996).

7 Le due componenti essenziali delle costituzioni sono dunque “i diritti umani per la delimitazione verso l'esterno e il principio della separazione dei poteri come meccanismo di autocontrollo giuridico” (LUHMANN, 1997b, p. 967-968. *Traduzione nostra*).

per l'affermazione dei costrutti di *individuo*, *soggetto* e *persona*: essi non avrebbero senso senza la distinzione fra il corpo e la facoltà simbolico-intellettuale, in grado di portare quest'ultimo al di là dei suoi limiti originari. Luhmann ha trattato tutte e tre le dimensioni. Sintetizzando all'estremo, possiamo dire che l'individuo-soggetto-persona moderno è un individuo (*in*, 'non', e *dividiuus*, 'separato', 'separabile') particolare, indivisibile, autonomo e differente da ogni altro; un soggetto di diritti (che sono pretese riconosciute e legittimate socialmente), una personalità (dotata di dignità, libertà, moralità).

Il problema dell'identità (tradizionalmente prestabilita dalla nascita in virtù dell'appartenenza a un clan o a una tribù, a una famiglia, a uno strato sociale o a un ceto), nella modernità viene "risolto" attraverso tale triplice costrutto: prende vita così un'individualità autonoma, capace di rivendicare diritti, di comunicare e di quella che Luhmann chiama autoreferenza⁸. Ciò significa che le *coscienze* (nel lessico della teoria sistemica: sistemi *autopoietici* che riproducono *pensieri*) possono riferirsi a se stesse costruendo di momento per momento l'identità e così facendo riprodursi (autopoiesi). L'identità, non essendo data a priori, è dunque singolare, specifica, differenziata. Proprio come la società stessa, differenziata per funzioni, a cui ognuno può prendere parte con modalità e livelli differenti di coinvolgimento. È la *persona* a consentire la partecipazione: si tratta di una costruzione (*forma*⁹) che serve da riferimento nelle operazioni sistemiche di interazione e comunicazione. Essa non indica l'essere umano nella sua totalità (qualunque cosa questa espressione possa significare) ma soltanto la sua capacità di essere preso in considerazione dai sistemi, cioè di entrare in relazione con l'ordine sociale. La *persona* è "una restrizione delle possibilità di comportamento che dipende da attribuzioni individuali" (LUHMANN, 1995a, p. 418) e va distinta da "quella sterminata quantità di operazioni fattuali di natura biochimica, neurofisiologica, immunologica, cosciente, che restano completamente intrasparenti a tutte le operazioni coscienti e comunicative" (LUHMANN, 2005, p. 72-73). Allo stesso tempo, l'eteroreferenza dà la possibilità di riferirsi all'esterno (ambiente): in questo modo possono essere avanzate pretese, che sono in buona parte relative a diritti. Di conseguenza, a individui autonomi, possono essere imputati principalmente diritti soggettivi.

5 I DIRITTI SOGGETTIVI

L'attribuzione di diritti ai singoli individui è un correlato della differenziazione funzionale. Affinché siano possibili un'organizzazione sociale stabile e lo sviluppo di prospettive individuali, il diritto non può limitarsi alla sua funzione "immunitaria"¹⁰ ma deve anche rendere meno improbabile il fatto di poter essere *individui* sempre autonomi in grado di compiere scelte *personali* (specifiche e individuali). Con i diritti soggettivi diventa possibile consentire l'inclusione dei singoli esseri umani (in quanto persone) nel sistema del diritto.

8 "There is no individuality *ab extra*, only self-referential individuality." (LUHMANN, 1990b, p. 116).

9 Luhmann riprende tale concetto da Spencer-Brown (2014).

10 Si veda il paragrafo 3.

Il soggetto è allora una “generalizzazione dell’uomo” che consente di avanzare pretese, tanto nei confronti degli altri soggetti quanto nei confronti dello Stato: è una zona autonoma, di libertà, di espressione della volontà individuale¹¹.

Tale concetto abbandona il significato risalente alla Roma antica, in cui *subiecto* significava “assoggettato”, cioè “posto sotto” (SUPIOT, 2005, p. 58) a una potestà (pubblica o privata). Il *soggetto* di diritto moderno è invece un individuo libero¹².

La svolta avviene tra il XVIII e il XIX secolo, con la “teorica dei diritti soggettivi”, che mette al centro del sistema giuridico l’individuo,

assunto come il *soggetto del diritto* e identificato con esso [...] tutte le possibili situazioni giuridiche vennero a risolversi in altrettanti «attributi» e «predicati» del «soggetto», cioè in *diritti soggettivi*, sicché il «sistema del diritto» venne a identificarsi con il *sistema dei diritti soggettivi* (ORESTANO, 1950, p. 150)

L’essere umano “da «oggetto» delle norme assurge a rango di *subiectum*”: diviene appunto il “soggetto”, il loro protagonista assoluto. Si arriva così ad avere “al centro, signore e domino, il «soggetto», *alias* l’individuo, concepito come persona libera e cosciente”, mentre il diritto soggettivo viene inteso “come *potere della volontà del soggetto*” (ORESTANO, 1950, p. 151).

Anche qui Luhmann fa notare il paradosso: “come si è potuto mai pensare che il diritto nel suo fondamento sia qualcosa di soggettivo quando esso è incontestabilmente preposto a limitare l’arbitrio soggettivo?” (LUHMANN, 2001, p. 10). La risposta che fornisce indica nei diritti soggettivi il correlato della differenziazione funzionale: mentre nelle società caratterizzate da livelli di complessità relativamente scarsi (forme della differenziazione primaria segmentaria e stratificata) la possibilità di avanzare pretese soggettive è ridotta (a causa dell’appartenenza a un segmento o a uno strato sociale specifico), nella società moderna complessa e differenziata è necessario garantire un maggiore spazio d’azione ai singoli. In questo modo diventa possibile garantire una convivenza pacifica (obbiettivo e presupposto della società stessa) in cui il conflitto viene regolamentato. Il diritto (*Jus*) diviene “libertà di fare o di astenersi dal fare”, mentre la legge (*Lex*) “determina e obbliga a una delle due cose” (HOBBS, 2008, p. 105). Il diritto è dunque “ripensato come possibilità di avere e avanzare pretese” (LUHMANN, 2001, p. 19). Così, con il pieno sviluppo della differenziazione funzionale, “Il diritto diventa forma per la libertà e solo in questo ha la sua funzione. Nel diritto naturale europeo occidentale questo corrisponde all’idea dello Stato come semplice strumento per proteggere i diritti individuali.” (LUHMANN, 2001, p. 21).

Nella società funzionalmente differenziata i diritti soggettivi sono dunque una costruzione interna del sistema stesso: essi permettono di garantire la partecipazione alla società. Il soggetto di diritto “è qualcosa che viene dato per scontato, che viene riprodotto

11 “l’individuo può agire liberamente ed è legittimato ad agire così come agisce da un diritto che gli spetta” (LONGO, 2001, p. 9).

12 Il concetto di diritto soggettivo corrisponde, nel diritto moderno, “al concetto di libertà d’azione individuale: i diritti individuali (in inglese: «rights») stabiliscono i limiti all’interno dei quali un soggetto trova libera e legittima conferma della sua volontà.” (HABERMAS, 1996, p. 103).

strutturalmente; che simbolizza l'uomo al di fuori dei sistemi con la sua pretesa di inclusione" (LUHMANN, 2001, p. 46)¹³. Un soggetto che reclama anzitutto due diritti: libertà e uguaglianza, i quali si determinano proprio a partire dalla differenziazione funzionale¹⁴.

6 I DIRITTI FONDAMENTALI COME ISTITUZIONI E IL PARADOSSO DEI DIRITTI UMANI

Per Luhmann i diritti fondamentali sono *istituzioni*, ovvero aspettative di comportamento relative a ruoli sociali e che poggiano sul consenso sociale¹⁵. Sono cioè *strutture* che servono a stabilizzare la differenziazione del sistema politico (chiamato alla produzione di decisioni vincolanti) oltre che garanzie nei confronti degli individui, che vengono così protetti dagli eccessi dello Stato stesso. "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)

Non si tratta perciò di "diritti umani eterni" (LUHMANN, 2002, p. 59-60) ma di uno strumento tipicamente moderno diretto a prevenire tendenze regressive dell'ordine sociale e a garantire *chance* di comunicazione, attraverso la stabilizzazione del sistema politico, in modo che esso non invada altre sfere del sociale (la personalità individuale, i processi di socializzazione, i differenti sottosistemi della società).

Nella teoria dei sistemi è assente qualsiasi retorica o tensione morale: si tratta di un'analisi scientifica del sociale. La differenziazione dei sistemi non è un principio da difendere (un valore) ma condizione dell'ordine sociale: i diritti fondamentali servono a evitare la regressione della società a stadi di sviluppo precedenti.

13 Tale costruzione serve dunque, sinteticamente, "a formulare le nuove esigenze di inclusione di un sistema della società differenziato funzionalmente. Solo questo contesto di utilizzo socio-strutturale rende il concetto di diritto soggettivo, indipendentemente da definizioni mutevoli e fondazioni teoriche, sufficientemente plausibile ed elimina così il bisogno di continuare ad analizzare il concetto." (LUHMANN, 2001, p. 48).

14 "Libertà significa che l'assegnazione delle persone (non più: delle famiglie) alla società non è più determinata dalla struttura della società, ma si basa su una combinazione di autoselezione e di eteroselezione. Uguaglianza significa che non viene riconosciuto nessun altro principio di inclusione se non quelli che definiscono lo stesso sistema di funzione. In altre parole: solo i sistemi di funzione hanno il diritto, per ragioni intrasistemiche (e dunque razionali dal loro punto di vista), di produrre disuguaglianze. Tutti i requisiti devono essere presentati al sistema dal punto di vista dell'uguaglianza, cioè senza struttura preesistente. Quindi si ha un'uguaglianza davanti al diritto, ad eccezione delle differenze che sono fondate nel sistema del diritto stesso. La funzione latente dei diritti umani non sta quindi solo nell'onorare e ratificare valori standard presupposti dalla «natura umana». Essa sta piuttosto nel fatto che nella società moderna, in linea di principio, non è più possibile prevedere in quali contesti sociali si debba dire o fare qualcosa. 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, 1997b, p. 1075-1076, *Traduzione nostra*).

15 "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).

Naturalmente tale compito non è facile. In una società complessa, caratterizzata da un'elevata contingenza e da un'evoluzione continua, è necessario che i diritti fondamentali rimangano aperti allo sviluppo e al mutamento: per questo non possono essere determinati in maniera troppo specifica. La Costituzione¹⁶ serve a questo: essa stabilisce i principi fondanti dello Stato, i diritti soggettivi irrinunciabili e i valori e le norme generali che rappresentano un punto di riferimento per tutti i diritti e le pretese (rivendicazioni) che si presenteranno in futuro, con nuove esigenze e condizioni non prevedibili in anticipo¹⁷. La Costituzione collega, pur tenendoli separati, il diritto e la politica: la legittimazione politica e l'organizzazione del sistema amministrativo e di governo vengono giustificate giuridicamente (trovano le proprie garanzie essenziali appunto nella carta costituzionale). Allo stesso tempo il diritto resta aperto al futuro, in quanto la Costituzione funge da riferimento costante di fronte alle istanze provenienti dalla società (i principi in essa contenuti possono essere di volta in volta applicati a nuove situazioni) e può essere modificata dal potere legislativo (secondo modalità legittime previste costituzionalmente).

Ricapitolando, i diritti fondamentali svolgono le seguenti funzioni:

- 1) mantengono il futuro “aperto” (“flessibilità” nei confronti di possibilità inedite). Così possono rispondere alle novità che si presentano nell'ambiente. Sono dunque *fondamentali* proprio perché “posti a fondamento” del futuro (CORSI, 2016, p. 15), pur non essendo “fondamentalisti” (SCHWARTZ, 2007): cioè non sono necessari, ma contingenti.¹⁸
- 2) Garantiscono la differenziazione funzionale (la separazione fra i sottosistemi e la loro autonomia).
- 3) Proteggono l'autonomia dell'individuo di fronte alle pressioni e alle esigenze funzionali dei sistemi (in particolare quello politico).
- 4) Rendono possibile l'inclusione degli individui nei differenti sistemi di funzione attraverso un esito positivo dell'autorappresentazione della personalità individuale¹⁹.

L'autorappresentazione riuscita, degna di considerazione, consente infatti all'individuo “di riferire il proprio agire a più sistemi sociali e di riunire in una personale sintesi comportamentale le loro contrastanti esigenze”, cioè di “rappresentarsi come uno e il medesimo in tutti i ruoli” (LUHMANN, 2002, p. 99). Tale “sintesi” – possibile anzitutto attraverso i diritti

16 “è diritto che tratta la conformità del diritto rispetto al diritto” (DE GIORGI, 1993, p. 359-378).

17 Vale la pena notare che le Costituzioni sono generalmente divise in due parti: la prima contenente diritti e valori fondamentali, mentre la seconda dedicata alla “forma dello Stato” (relativa all'organizzazione della legislazione e del governo e alla legittimazione del potere politico e della sovranità, ricondotta al potere costituente del popolo). Non a caso la prima parte dei testi costituzionali, a differenza della seconda, difficilmente viene modificata successivamente.

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, 2016, p. 12). Luhmann “shows that the concept has no universal or fundamental essence whatsoever, but is entirely contingent” (MOELLER, 2008, p. 130).

19 Autorappresentazione di cui si è già detto nel paragrafo 2.

fondamentali di *dignità e libertà* – permette all’individuo di “trovare la propria identità” di fronte alla differenziazione funzionale e ai molteplici ruoli che è possibile assumere. L’identità individuale è così personale, soggettiva, legittimata dalla società differenziata attraverso un vero e proprio “diritto all’individualità” (LUHMANN, 2002, p. 93).

Di conseguenza, i diritti fondamentali legittimano l’ordine sociale (differenziato), ma proprio da esso vengono a loro volta legittimati.

Al contrario di *Grundrechte als Institution*, nelle sue opere più recenti Luhmann ha fatto riferimento non più ai diritti *fondamentali*, ma a quelli *umani* (*Menschenrechte*). La ragione può essere ricondotta, almeno in parte, all’interesse per la semantica dell’individualità (in particolare per la forma *persona*), per il problema dell’*esclusione* e per i cosiddetti “scandali inaccettabili”, ovvero le violazioni estreme della dignità umana. Di particolare importanza risultano a questo proposito alcuni capitoli di *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, una riflessione sull’indispensabilità delle norme (*Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*) (LUHMANN, 1997b) e un articolo dedicato ai diritti umani e al loro paradosso fondativo (*Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*) (LUHMANN, 1995b).

Quest’ultimo lavoro è dedicato al fondamento (*Begründung*) dei diritti umani. Tale questione può essere intesa sia nel senso della validità (“*Herstellung von Geltung*”) di tali diritti, che in quello della loro giustificazione (“*Angabe von Gründen*”). Il problema è evidente: se da un lato è possibile sostenere che esiste un consenso diffuso su molti diritti umani e valori irrinunciabili – ad esempio vita, pace, salute – più improbabile diventa giustificare tale validità. Si tratta fra l’altro di un’operazione pericolosa, poiché coloro che tentassero di metterla in discussione verrebbero giudicati eretici o immorali (MOELLER, 2008). I valori sono infatti validi senza giustificazione: già soltanto il fatto di metterli in discussione annulla la loro validità, rendendoli inutili²⁰. Quanto al loro contenuto, inoltre – ma lo stesso vale per i valori/diritti costituzionali – essi devono restare “relativamente indeterminati”. Si può ad esempio pensare a un diritto/valore alla felicità individuale, come accade nella costituzione degli Stati Uniti d’America, ma stabilire concretamente cosa tale felicità significhi rappresenterebbe una limitazione inaccettabile della libertà individuale e sarebbe “incostituzionale, dovendo comunque escludere altre possibilità”: in quanto “formule “vuote””, i valori consentono “di mantenere il futuro aperto” (CORSI; MARTINI, 2018a, p. 66). Qui risiede la loro forza, “perché in questo modo possono essere costantemente adattati a situazioni e fattispecie nuove o comunque non prevedibili all’atto di redazione degli articoli della legge fondamentale”

20 “I valori “sono validi” in un modo di comunicazione attributivo. 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’accettare 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, 2013, p. 44-45).

(CORSI; MARTINI, 2018b, p. 31).

Ci si trova dunque di fronte a un paradosso – quello del fondamento dei diritti umani – che la semantica della società deve “deparadossizzare” e che si ripresenta in situazioni di crisi o quando si necessita di maggiore stabilità: Luhmann ricostruisce come ciò sia avvenuto in epoche diverse²¹.

Inizialmente si tratta della validità della distinzione diritto/individuo²². Il problema è tipicamente moderno, dal momento che proprio nella modernità viene meno la possibilità di riferire la propria identità in maniera stabile sulla base della struttura gerarchica della società e della nascita. Il paradosso viene dapprima risolto attraverso il contratto sociale, che riconosce e rende validi i diritti stabiliti convenzionalmente; in seguito attraverso la positivizzazione dei diritti, che vengono dichiarati nei testi normativi (costituzioni, dichiarazioni, ecc.) e che dunque riconoscono e legittimano diritti pre-positivi. Da ultimo, con le evidenti difficoltà degli Stati nel rendere effettivi i diritti umani, risulta chiaro che il riconoscimento delle norme è ampiamente condiviso solo quando esse vengono violate in maniera palese: appunto nei casi più eclatanti, come la tortura. Tuttavia, più che il ricorso alle leggi scritte e agli ordinamenti giuridici locali²³ è importante la diffusione dello scandalo a livello pubblico.

7 I “CASI DIFFICILI” E LE NORME INDISPENSABILI

Luhmann affronta il problema dell’indispensabilità delle norme in un breve testo ricavato da un intervento all’Università di Heidelberg (LUHMANN, 2013). In esso egli non affronta di nuovo il tema della necessità di norme in generale, dell’impossibilità di fare a meno di esse²⁴. Invece, la questione è se esistano determinate norme che risultino indispensabili, nel senso che sarebbe impossibile rinunciare loro senza compromettere in maniera evidente l’ordine sociale.

Il sociologo apre il suo ragionamento con un *hard case* (“caso difficile”): è giusto che il potere statale, attraverso i suoi apparati di sicurezza, torturi il capo di un gruppo terroristico, con il nobile scopo di evitare un’attentato e dunque una strage? La tortura è ovviamente (è perfino superfluo qui rifarsi alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo) una violazione inaccettabile dei diritti umani. D’altra parte, il fine sarebbe quello di salvare molte vite innocenti...

Trent’anni dopo *Grundrechte als Institution*, in un mondo sempre più complesso, Luhmann riflette sulla possibilità di norme indispensabili quali riferimenti ultimi in grado di orientare l’azione, assicurando così il funzionamento dei sistemi. Qui si ha la riconferma

21 Su questo, cfr. Schwartz (2010).

22 Sulla genesi e lo sviluppo dei concetti di individuo e individualità, si vedano: Luhmann (1995c, 1990c).

23 Cosa che può risultare di “cattivo gusto” [*geschmacklos*], nel senso di Kant (1790). Il termine può anche essere tradotto con “privo di gusto”: potrebbe proprio essere questa la scelta più appropriata nel contesto del discorso di Luhmann, che sembra riferirsi ad una mancanza di sensibilità, *estetica* più che *morale*, di fronte alle violazioni.

24 Questione già affrontata in Luhmann (1981).

del pieno *status* scientifico della ricerca luhmanniana: al contrario di quel che sostengono le accuse di “antiumanesimo”²⁵ nei suoi confronti, Luhmann non soltanto non si dimostra indifferente alla questione dei diritti umani, ma – da autentico scienziato sociale – lavora su problemi e su dilemmi che la società deve affrontare concretamente. Nel suo caso non si tratta perciò della necessità di identificare norme indispensabili utili al “progresso” della società, ma piuttosto di capire come le società già “risolva” problemi difficili prevenendo crisi irresolubili e potenzialmente fatali per l’ordine sociale. Occorre evitare giudizi morali e “qualsiasi costruzione etica del problema”, per tentare invece di esaminare “se e con quali mezzi semantici il sistema del diritto può stabilire l’*indispensabilità* delle norme” (LUHMANN, 2013, p. 34-38)²⁶.

In questo senso, si potrebbe ad esempio ricorrere alla distinzione *inclusione/esclusione*, centrale nelle opere tarde di Luhmann: correlato ineliminabile della differenziazione funzionale, essa permette ai sistemi di proseguire la propria autopoiesi (includendo appunto soltanto quel che rispetta i requisiti del sistema stesso) anche se le conseguenze sugli esseri umani (che ne è degli “esclusi”?) vengono spesso giudicate ingiuste e inaccettabili²⁷.

La questione è fondamentale proprio perché l’inclusione nel sistema del diritto rimanda alle norme e ai diritti da considerare indispensabili: i diritti includono, più di ogni altro criterio – talvolta possono perfino più del denaro. In un mondo sempre più contingente, caratterizzato da incertezza e rischi, diventa sempre più urgente aggiornare e precisare i criteri dell’inclusione. Lo si vede oggi, tanto per fare un esempio lampante, nelle discussioni relative alla gestione dei flussi migratori.

Torniamo all’esempio della tortura del terrorista: qui, applicare il diritto (che vieta ovviamente la tortura) può rivelarsi controproducente, oltre che ingiusto nei confronti di potenziali vittime innocenti. Non è dunque al codice del diritto che bisogna guardare. Si potrebbe tentare di ragionare “al di fuori” del diritto, moralizzando la scelta, riflettendo sulle conseguenze delle decisioni possibili, ricorrendo alla creazione di competenze specifiche in grado di giudicare i conflitti di valore (“deroghe” come ad esempio la “ragion di Stato” o lo “Stato di eccezione”). Oppure, come ipotizza lo stesso Luhmann, si potrebbe andare alla ricerca di “autovalori” (*Eigenvalues*), di *inviolable levels* (“livelli inviolati”²⁸) (LUHMANN, 2013, p. 44). Se i valori tendono a confliggere fra loro, l’obiettivo sarebbe quello di identificare *valori ultimi* che non possano essere messi in discussione. Le norme indispensabili, cioè, dovrebbero basarsi su “orientamenti” che nella comunicazione normale vengono supposti ma non tematizzati in maniera esplicita, e che proprio per questo risultano validi senza ulteriori giustificazioni.

Si rimane allora all’interno del diritto, non proclamando però diritti irrinunciabili

25 Cfr. ad esempio (BARALDI; CORSI, 2000).

26 *Corsivo* nel testo originale.

27 Da qualche tempo si parla insistentemente di una “cultura dello scarto”: cfr. Bauman (2005) e Francesco (Papa), 2013.

28 Il concetto di “livelli inviolati” è ripreso da Hofstadter (1984).

“rigidi”, quanto piuttosto valori aperti, il cui contenuto concreto debba essere specificato e contestualizzato di volta in volta a seconda della situazione. Il diritto d'altronde serve proprio a decidere, e a sapere come poterlo fare. La “ragione” appunto non basta, come mettono in luce i “casi difficili”, poiché le differenti alternative hanno le *proprie* ragioni dotate di senso (LUHMANN, 2013, p. 45-49).

In sostanza le questioni delle norme indispensabili, dei diritti umani e dell'inclusione sembrano formare un complesso problematico unitario, poiché riguardano problemi strutturali di una società in cui è impossibile stabilire gerarchie fra sottosistemi e di conseguenza modalità stabili di inclusione e di tutela delle *persone* (artefatti comunicativi) e dei *corpi* (vita biologica).

D'altro canto, con l'affermazione del *Welfare State* (Stato del benessere), la garanzia dei diritti umani e fondamentali viene allargata, nella forma di diritti soggettivi²⁹ e pretese crescenti (in termini sia quantitativi che qualitativi): è un fenomeno che può essere definito come *inflazione di pretese* (*Anspruchsinflation*) (LUHMANN, 2015, p. 52-70).

Il problema dei diritti umani non risulta, a nostro parere, ridimensionato da un tale ragionamento: tuttavia forse vale la pena distinguere le norme indispensabili quali valori ultimi, che fanno da collante per la società, dai “diritti umani” come prodotto storico, cioè pretese di stampo umanistico.

I diritti umani intesi, come spiegato da Luhmann, quali “postulato della modernità”, cioè riferimenti in grado di riassumere “le condizioni dell'inclusione di tutti i sistemi di funzione, rappresentando così nuovamente un principio umano «neutrale» nei confronti delle differenze”, mostrano tutta la loro debolezza: intesi in questo modo si riducono a una “ideologia” in base alla quale “l'unico problema della modernità sembra consistere nel fatto che questi diritti non sono stati ancora realizzati in maniera sufficientemente ampia, e soprattutto non in tutto il mondo” (LUHMANN, 1997b, p. 628, traduzione nostra).

Luhmann stesso suggerisce – e qui torniamo alla “deparadossizzazione” del paradosso dei diritti umani – la possibilità di considerare “un modo molto primitivo di generare norme sulla base di incidenti scandalosi ai quali i mass media danno una copertura globale” (LUHMANN, 2013, p. 51)³⁰. Si tratta dei cosiddetti “incidenti scandalosi”: le palesi violazioni della dignità umana impossibili da giustificare, al di là di qualsiasi contesto culturale. Così non ci si basa sulla ragione o sulla morale, quanto su una “sensibilità estetica” che è un prodotto culturale

29 “El Estado de Bienestar ha tenido incidencia sobre todo en la jurisprudencia de derechos fundamentales. Resulta difícil pasar por alto la vinculación de los derechos fundamentales a la forma de los derechos subjetivos. ¿Quién sino el titular de estos derechos puede decidir si goza o no de su derecho? Del programa de derechos fundamentales se obtuvo un programa de valores que, entretanto, sirvió principalmente para someter al legislador a los controles de la jurisdicción constitucional. Con ello, las demarcaciones entre política y judicatura se erosionan progresivamente. Así, estamos ante la presencia de una antigua discusión sobre derecho constitucional y realidad constitucional que dibuja y representa todas estas variaciones, pero no logra ir más allá.” (LUHMANN, 2019, in linea).

30 Invece l’“esistenza di testi che proibiscono questi atti – o di persone che determinano e ratificano questi testi oppure no – gioca un ruolo molto relativo nella questione. Non si è educati a comparare testi e condotte legali per capire da essi se qualcosa viola il diritto o meno” (LUHMANN, 2013, p. 51).

ma che sarebbe probabilmente riconducibile ad un carattere più essenziale ed originario, forse addirittura primordiale. Non si tratta della possibilità di percepire il “bello”, ma di un possibile carattere comune dell’umanità, di una istintiva “irritabilità” di fronte alla violenza. Invece di fare affidamento a valori e ideali retorici, supposti come universali ma difficilmente concretizzabili (NEVES, 2004, p. 143-180), la questione delle norme indispensabili potrebbe dunque essere ricondotta al “potenziale generativo” – detenuto dagli scandali diffusi a livello globale dai media di massa – di norme condivisibili su larga scala. Un potenziale che ha proprio nella dignità il suo principio originario (PRANDINI, 2013a) e che, in termini sistemici, potrebbe essere considerata una “formula di contingenza”, cioè un raggruppamento di simboli “che servono a trasformare in contingenza determinabile la contingenza indeterminata di un certo ambito funzionale” (LUHMANN, 1991, p. 192). Una tale formula – come la *giustizia* nel diritto moderno – potrebbe rappresentare la soluzione di dilemmi e paradossi giuridici relativi ai diritti umani. La dignità, valore condiviso su scala crescente, al di là dei confini statali e culturali, potrebbe in effetti avere tali caratteristiche.

8 IL FUTURO DEI DIRITTI

Dalla prospettiva della teoria dei sistemi sociali, il problema dell’indispensabilità delle norme incrocia dunque quello dell’irrinunciabilità di certi diritti. “Valori propri” (*Eigenvalues*) può essere la risposta in entrambi i casi: il diritto, quale sistema autopoietico, dovrebbe pervenire a “livelli inviolati” che “rappresentano degli *equilibri*” (VON FOERSTER, 1988) ottenuti dal sistema nel suo operare ricorsivo.

Se il compito della teoria sociologica è quello di “descrivere meglio” la società e il sociale, di osservare in maniera più acuta, di dotarsi di una “cassetta degli attrezzi” più ricca³¹, la prima difficoltà evidente nell’ambito del diritto è la notevole resistenza di una semantica – quando non di una retorica – giuridica ancorata alla tradizione, restia al mutamento. I concetti classici – e non soltanto all’interno della dogmatica – sono scarsamente flessibili. Ciò sta in contrapposizione evidente con la necessità del diritto di decidere sempre, in ogni caso, in situazioni inedite e sempre più incerte.

Puntare invece su determinati costrutti tradizionali non sembra fruttifero: si pensi all’insistenza sullo status della *persona*, sacro, non negoziabile, che rimanda a sua volta a una concezione dell’uomo quale detentore di diritti inalienabili e assoluti, addirittura al “diritto di avere diritti”³² (inteso peraltro in un senso ben differente da quello di H. Arendt³³, che ha coniato tale espressione). Il rischio in questo caso è di mostrare impotenza, oltre che indignazione: infatti l’azione viene rimandata ai singoli, alle organizzazioni e ai movimenti

31 Su questo, si veda in particolare Luhmann (1997b).

32 Come fanno ad esempio Rodotà (2012), e Zagrebelsky (2016).

33 H. Arendt con l’espressione “right to have rights” (“il diritto di avere diritti”) intendeva la consapevolezza del diritto di appartenere a una comunità politica (“to belong to some kind of organized community”) (ARENDR, 1966, p. 177).

sociali, ovvero a riferimenti oggi piuttosto in crisi.

La prospettiva sistemica incoraggia invece a considerare la società come un'entità che deve trovare da sé i propri equilibri, poiché è a partire dalle strutture che sorgono determinate possibilità (invece di altre). Ciò non significa sottovalutare le richieste (pretese) degli “esseri umani concreti”, ma capire che esse risultano rilevanti – e possono essere accolte – nella misura in cui riescono ad “irritare” i sistemi di funzione.

Vale dunque la pena chiedersi quanto sia utile rimanere fedeli a una semantica dei *diritti*, in evidente affanno, quando la necessità sembra piuttosto quella di *valori*, definiti meno rigidamente e perciò (almeno apparentemente) meno vincolanti, ma proprio per questo più facilmente adattabili a differenti situazioni.

9 LA FUNZIONE EVOLUTIVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E UMANI

Vale la pena soffermarsi ancora un momento sul legame fra diritti umani e inclusione. Si è visto che i diritti fondamentali e umani servono a garantire le condizioni minime che permettono agli esseri umani di partecipare alla comunicazione, cioè di “assumere un ruolo” e “agire” all'interno dei differenti sistemi. Sono appunto i requisiti minimi per l'inclusione. Sono generali, ovvero non specifici, non tarati sul caso singolo, ma flessibili, adattabili e mutabili. Anche per questo lo scarto tra i diritti e la loro “effettivizzazione” è ampio: perché in differenti epoche, contesti storici e culturali, cambia il significato da essi assunto. Quel che i diritti umani e fondamentali – che, come si è visto, sono *valori* – devono fare dunque è garantire le possibilità di inclusione: in questo senso, più che diritti nel senso di prestazioni esigibili, sono appunto *garanzie*. Generiche, flessibili, indeterminate quanto si vuole, ma comunque punti di riferimento costanti in ogni differente sistema di funzione, ciascuno dei quali stabilisce i propri criteri minimi per l'inclusione e assegna un determinato contenuto al valore-diritto umano (o fondamentale). Per questo tali garanzie “nulla possono relativamente alla gestione reale dell'inclusione e alle sue conseguenze” (DE GIORGI, 2017, p. 327. traduzione nostra).

Va però messo in evidenza un fatto: al contrario di quanto lascerebbero intendere la retorica, i buoni sentimenti o anche un “legittimo” desiderio di progresso, i diritti umani non rappresentano un “diritto superiore”, ma piuttosto “occupano lo spazio intermedio che separa, ma si potrebbe anche dire, che accoppia, il diritto e la politica” intesi come sistemi. Come la Costituzione – che nei termini di Luhmann rappresenta l'accoppiamento strutturale fra politica e diritto – i diritti fondamentali in essa contenuti hanno una “funzione evolutiva” che consiste appunto nel “bloccare l'involutione, impedendo che il passato travolga il presente con i suoi detriti” (DE GIORGI, 2017, p. 328).

Si tratta allora di diritti “minimi”: non soltanto nel senso che dovrebbero garantire le condizioni basiche dell'esistenza, evitando violazioni palesi, soprusi, ecc., ma pure che rappresentano gli “ingredienti di base” dell'ordine sociale. Ciò proprio in virtù della loro flessibilità

e adattabilità, che garantiscono una costante possibilità di riequilibrio e di “aggiustamento” alla realtà sociale.

Riassumendo: i diritti umani *garantiscono* la possibilità di evolvere al sistema del diritto stesso (cioè permettono al diritto di esporsi a un’evoluzione continua) in quanto rendono possibile il raggiungimento di “livelli sempre più elevati di artificialità, livelli sempre più raffinati di sedimentazione giuridica della comunicazione sociale” (DE GIORGI, 2017, p. 334).

10 VERSO UNA SOCIOLOGIA SISTEMICA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E UMANI

A partire da quello di Luhmann, quale ulteriore contributo può dare la teoria dei sistemi sociali? Prima ancora di fare una “sociologia di qualche cosa” – in questo caso dei diritti fondamentali o dei diritti umani – vale la pena considerare il fatto che la teoria può mettere a confronto fra loro specifiche sociologie e di conseguenza trarre considerazioni potenzialmente utili. Le pubblicazioni che si richiamano a una sociologia dei diritti umani costituiscono un ambito di ricerca ancora piuttosto marginale e che fatica a liberarsi dal tenore retorico e moralizzante tipico di buona parte delle scienze umane e sociali. Ad ogni modo i tentativi non mancano. Inoltre l’importanza di studiare i diritti umani al di là della loro dimensione strettamente giuridica, e dunque anche come concetti e fatti sociali, è stata messa in evidenza da qualche tempo³⁴.

In ambito sistemico, segnaliamo ad esempio G. Verschraegen, il quale ha tentato di preparare il terreno per una descrizione genuinamente sociologica dei diritti umani (VERSCHAEGEN, 2002, p. 280). L’autore sembra mostrarsi “fiducioso” verso i diritti umani come strumento giuridico, in grado di mantenere e potenziare la differenziazione funzionale. Egli rileva l’emergere nel secondo dopoguerra di una “sociologia della cittadinanza”, dunque di ricerche sull’attivismo dei diritti umani, sull’espansione mondiale delle istituzioni che si dedicano alla promozione di tali diritti, sul manifestarsi di una varietà di diritti (culturali, collettivi, delle donne) e pratiche di implementazione a livello locale. La sociologia sarebbe dunque pronta a far luce su come e perché i diritti umani siano emersi quale prodotto sociale fondamentale della società contemporanea. Il suo compito principale sarebbe quello di ricostruire le condizioni che rendono plausibili i diritti umani nella società (VERSCHAEGEN; MADSEN, 2013)³⁵.

Ancor più sviluppato è il lavoro di G. Teubner, in particolare riguardo il difficile ruolo dei diritti fondamentali all’interno degli spazi sociali transnazionali. Il problema della *frammentazione* (dovuta alla differenziazione funzionale e alle differenze regionali) della società mondiale e del diritto crea sfere separate, caratterizzate da “razionalità” differenti. Da qui i conflitti tra le stesse razionalità e le relazioni disarmoniche tra sottosistemi di funzione.

34 Cfr. ad esempio (BLAU; FREZZO, 2011; BURAWOY, 2006; CONNELL, 1995; FREZZO, 2015; HYNES *et al.*, 2010; LEVY; SZNAIDER, 2006; MORGAN; TURNER, 2009; O’BYRNE, 2012; SJOBERG; GILL; WILLIAMS, 2011; TURNER, 1993).

35 Cfr. anche anche: (VERSCHAEGEN, 2006, 2011).

Teubner problematizza la differenziazione, concentrandosi sui conflitti e sulle influenze reciproche tra sistemi, sulle minacce alla loro rispettiva autonomia e sulle conseguenze che tutto ciò ha sugli individui.

L'autore descrive come oltre che all'espansione problematica del sistema politico (che tende ad attraversare i confini degli altri sottosistemi e ad invadere la sfera individuale “nel suo intento di controllare sia il corpo che la mente degli uomini”) e agli “effetti espansionistici” degli altri sistemi, si assista oggi anche ad una “molteplicità di anonimi e ormai globalizzati processi comunicativi” (TEUBNER, 2013, p. 386-389). La società viene dunque descritta come una “matrice anonima” (TEUBNER, 2006, p. 327-346) di comunicazioni, che tende ad espandersi con indifferenza nei confronti degli esseri umani. I diritti fondamentali hanno dunque il compito di tutelare gli individui tanto dallo Stato quanto dalle intrusioni degli altri sottosistemi della società, la cui autonomia deve essere a loro volta protetta³⁶. Tali diritti riguardano le relazioni di potere ma “controllano” anche ogni media della comunicazione che tenda a colonizzare gli altri settori della vita sociale. Occorre di conseguenza distinguere tra: 1) diritti che proteggono gli individui (sostanzialmente la libertà e la dignità individuale); 2) diritti che proteggono simultaneamente sfere individuali e sociali (come la libertà d'opinione, l'arte, l'istruzione, la ricerca); 3) diritti che proteggono in prevalenza sfere sociali (proprietà, famiglia, diritti costituzionali politici, ecc.) (TEUBNER, 2015).

Teubner distingue così tra *diritti istituzionali*, *diritti personali* e *diritti umani*. I primi riguardano l'autonomia dei “discorsi sociali” (come religione, arte, scienza), con lo scopo di sottrarli “alla conquista da parte delle tendenze totalitarie delle altre matrici comunicative” (TEUBNER, 2013, p. 390) stabilendo delle “norme di collisione” tra razionalità parziali sociali³⁷. I *diritti personali* tutelano invece l'autonomia della comunicazione, proteggendo individualmente le *persone*, artefatti comunicativi, partecipanti ai sistemi di funzione. I *diritti umani*, infine, 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): riguardano la salute fisica e psichica degli esseri umani.

Tale tripartizione consente di distinguere chiaramente i *titolari* dei diritti (portando l'attenzione alle vittime delle violazioni) e le differenti *dimensioni* coinvolte, in cui è necessario stabilire interventi di tutela: ha dunque una qualche possibilità di essere immediatamente compresa anche al di fuori del sistema della scienza (nello specifico, della sociologia), con una conseguente potenzialità al livello delle politiche sociali.

La tutela del singolo, aggiunge Teubner, dipende in ogni caso da strategie inedite, in quanto la tradizione legata ai diritti fondamentali non ha separato i diritti intrinseci dei

36 I diritti fondamentali, scrive R. Prandini commentando Teubner, sono “contro-istituzioni moderne poste dentro ai sottosistemi funzionali per limitarne il potere. La loro funzione non è semplicemente quella di proteggere l'individuo, bensì anche quella di mettere in sicurezza l'autonomia delle sfere sociali, contro le tendenze espansive di altri sottosistemi.” (PRANDINI, 2013b, p. 240-241).

37 Per tutelare ad esempio “l'integrità dell'arte, della famiglia, della religione contro tendenze totalizzanti della scienza, dei media o dell'economia” (TEUBNER, 2012, p. 169).

singoli dai diritti personali e istituzionali, ma li ha tradotti invece in diritti fondamentali individuali, soggettivi: i quali però oggi non sono più sufficienti, di fronte alle crescenti e differenti rivendicazioni degli esseri umani “concreti”.

In definitiva, occorre accettare l'*inevitabilità* delle violazioni dell'integrità individuale all'interno di una società che “risucchia” (TEUBNER, 2012, p. 165) le energie fisiche e psichiche degli individui. Il problema dei diritti fondamentali non si limita perciò al rapporto stato-individuo, alla politica o al potere in generale: riguarda invece “la liberazione e autonomizzazione di altri *media* comunicativi altamente specializzati (denaro, sapere, diritto, medicina, tecnologia)” (TEUBNER, 2012, p. 163). Occorre perciò identificare i confini che separano gli ambiti della comunicazione dagli esseri umani, “per riconoscere le specifiche violazioni pericolose per l'integrità”: confini da cercare “negli svariati costrutti della persona dei sistemi parziali, cioè l'*homo politicus, oeconomicus, juridicus, organisatoricus, retaliis* e così via” (TEUBNER, 2012, p. 164).

Per Teubner però tutelare appieno i diritti umani è un progetto irrealizzabile e paradossale: la società non può rendere giustizia ai singoli (“*real people*”), agli esseri umani nella loro integrità, visto che essi “non ne costituiscono parte integrante ma si situano al di fuori della comunicazione” (TEUBNER, 2006, p. 333). Soltanto

l'auto-osservazione del corpo e della mente – introspezione, sofferenza, dolore – può valutare se la comunicazione violi i diritti umani. Se questa auto-osservazione, per quanto distorta, raggiunge la comunicazione, allora c'è qualche possibilità di una auto-limitazione della comunicazione giusta sotto il profilo umano (TEUBNER, 2006, p. 394-5)

I diritti *umani* rappresentano allora una sfida cruciale per la società contemporanea, relativamente a un'idea di giustizia che “può essere formulata soltanto negativamente”, in quanto essa “aspira a rimuovere le situazioni ingiuste, non a crearne di giuste” (TEUBNER, 2013, p. 394). Sfida che potrebbe (forse) essere affrontata in maniera migliore se fosse articolata attraverso la ridefinizione di tali diritti come diritti *ecologici*, cioè dell'ambiente, proprio perché gli esseri umani non sono sistemi, ma fanno parte dell'ambiente della società.

Occorrerebbero quindi da un lato un genuino approccio sociologico, consapevole dell'*inevitabilità* – all'interno di una società caratterizzata dalla differenziazione funzionale – della disuguaglianza e dell'esclusione; dall'altro politiche sociali che sappiano immaginare “nuovi dispositivi di re-inclusione” in grado di mettere in risalto “la concretezza empirica ed esistenziale dell'*individuo*” (che non coincide con la *persona*). “La matrice sociale deve invece essere capace di riconoscere che l'individuo è *sacro* e *intoccabile* e che, proprio per questo, va ricostruito semanticamente all'interno della società in quanto *persona*” (TEUBNER, 2013, p. 224).

Si arriva così a un “diritto costituzionale delle collisioni” (TEUBNER, 2012, p. 22) che individua nella “transnazionalità” un carattere intrinseco della modernità: mentre le singole costituzioni nazionali si rivelano sempre più carenti e sempre meno al passo con i tempi, fioriscono conflitti tra frammenti costituzionali, tra costituzioni dei regimi transnazionali, tra costituzioni nazionali, tra queste e gli ordinamenti normativi indigeni.

Da qualche tempo si discute anche la possibilità di un diritto costituzionale globale. Come ricorda C. Thornhill (2016), l'aggettivo "globale" può essere inteso in due modi. Da un lato nel senso di un'intensificazione del diritto internazionale classico, con la possibilità di dar vita ad una gerarchia di norme di base, applicabile ai differenti soggetti (individui, organizzazioni, *corporation*). Dall'altro, quale derivato del diritto privato o della confluenza fra questo e il diritto pubblico internazionale, attraverso la capacità dei differenti ambiti funzionali della società di generare proprie strutture regolative che acquisiscono, sia per gli stati nazionali che per gli attori locali, una portata di natura quasi-costituzionale.

Riguardo gli ordinamenti giuridici multidimensionali e "post-statali", M. Neves propone il "transcostituzionalismo" come nuovo modello. Si tratta tanto di un'elaborazione teorica in grado di spiegare le dinamiche costituzionali della società-mondo, quanto di una tendenza già in atto, da concretizzare attraverso "conversazioni costituzionali". Il transcostituzionalismo punta dunque a sviluppare problemi giuridici e costituzionali che attraversino i differenti tipi di ordinamento giuridico.

Neves si concentra sullo sviluppo di meccanismi di mutuo apprendimento e influenza tra sfere comunicative, postulando l'esistenza di "sfere di razionalità trasversali" tra ambiti sociali eterogenei. Si tratta di un concetto che integra quello di "accoppiamento strutturale" di Luhmann, per indicare le possibilità di apprendimento (cognitivo) del sistema giuridico.

Rispetto alle carte costituzionali, l'autore delinea possibili modalità attraverso cui i differenti ordinamenti giuridici della società-mondo possano entrare in relazione (ordinamenti statali, locali, internazionali, sovranazionali e transnazionali) arrivando a situazioni di "fecondazione costituzionale incrociata" (NEVES, 2009, p. 104) in cui le corti costituzionali fossero disposte a impegnarsi nell'apprendimento costruttivo con altri tribunali.

Neves ribadisce anche la distinzione fra diritti umani e diritti 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, permettendo dunque l'accesso universale al diritto come sottosistema della società. I diritti umani reclamano la propria validità sul piano "a più livelli" del "sistema giuridico mondiale multicentrico", cioè per ciascun ordinamento giuridico della società-mondo (NEVES, 2009, p. 226).

I riferimenti qui selezionati danno certamente ottimi spunti di riflessione e soprattutto segnalano alcuni nodi problematici ai quali il lavoro teorico potrebbe dedicarsi con profitto: la distinzione di Teubner tra la salvaguardia di corpi e menti – attraverso i loro relativi diritti – evidenzia l'irrinunciabilità di pensare a un valore intrinseco agli esseri umani (intesi nella loro differenza empirica dal sociale). Allo stesso tempo, viene ammesso che tali diritti possono reclamare la loro validità soltanto quando la sofferenza psichica e mentale riescono a irritare la comunicazione, Tuttavia l'azione concreta – in particolare la sfida di rendere i sistemi *responsivi*, cioè in grado di "gestire la differenza" fra sistema e ambiente, allo stesso tempo rispettandola e "mettendola nelle condizioni di essere-rimanere differente" (PRANDINI, 2013b, p. 266) – non spetta alla sociologia (scienza) ma alle politiche sociali. Ovvero è

compito non dei sociologi, ma di chi fa politica e di chi lavora nel sociale, distinguere l'essere umano nelle sue componenti psichica e organica dal sociale, cercando di salvaguardarlo attraverso la costruzione di "uno spazio di mediazione tra un sociale sempre più matriciale e un individuale sempre più biologico-psichico" (PRANDINI, 2013b, p. 267).

Il contributo della sociologia sistemica è differente e considera i diritti quali istituzioni dotate di una funzione specifica. Si riconosce dunque che essi non sono né assoluti né *necessari*, ma generici e non specifici. Ciò non riduce la loro importanza e utilità: se i diritti fondamentali non determinano il contenuto concreto di possibili nuove norme, ma si limitano a "tenere aperto" il futuro a ulteriori possibilità, a situazioni inedite, ciò significa che essi rappresentano da un lato una risorsa continuamente in grado di stimolare la progettualità di coloro che promuovono la discussione interna al diritto; dall'altro uno strumento per la riflessione teorica sui confini tra sottosistemi di funzione e sulla loro definizione.

Il tentativo di sviluppare una teoria sociologica dei diritti fondamentali deve naturalmente avvalersi delle osservazioni relative a questo tema e a quello della salvaguardia del benessere psicofisico individuale – a cui Teubner guarda con attenzione – provenienti da una molteplicità di altri sforzi: occorre tenere conto ad esempio dell'evoluzione della semantica dei diritti e della dignità umana, di quella relativa all'identità e alla relazione fra le sue dimensioni pubblica e privata, delle ricerche filosofiche sull'ordine sociale, di quelle che osservano la correlazione fra fenomeni culturali, disturbi psicologici e processi sociali, degli studi teorici sulla crisi e sul futuro della civiltà occidentale, oltre che dei contributi più differenti della sociologia del diritto.

Lo scopo dovrebbe dunque essere quello di costruire una teoria fondata sulla consapevolezza che nella società moderna, differenziata funzionalmente, non c'è un sistema che orienta gli altri: di conseguenza, risultano "fisiologiche" una "mancanza di produzione simbolica" in grado di "tenere insieme i diversi sistemi" (PAOLO, 2013, p. 21) e una scarsa attenzione per il "fattore umano".

11 CONSIDERAZIONI FINALI

In questo contributo si è tentato di stabilire i presupposti di una sociologia sistemica dei diritti umani e fondamentali. Il contributo di Luhmann è stato integrato sia da quello di studiosi della sua teoria che in anni più recenti si sono occupati di tale tema (pur interessandosi, principalmente, al costituzionalismo) che da riferimenti, sempre di stampo sociologico, esterni alla teoria dei sistemi. Ci si augura che tale tentativo possa destare un minimo di attenzione e stimolare a compierne ulteriori.

Riassumendo, attraverso questo lavoro abbiamo cercato, accanto alla ricostruzione dei passaggi essenziali del pensiero di Luhmann sui diritti umani e fondamentali, di analizzare la semantica di tali diritti. Tale complesso semantico è stato messo in relazione a quello dell'individuo-soggetto-persona, anch'esso caratteristico della civiltà occidentale. Si è sos-

tenuto che lo sviluppo e il successo dei diritti soggettivi descriva il collegamento tra le due semantiche, evidenziandone il “senso”, la necessità e il “vantaggio evolutivo”. Infine, si è visto che contributi differenti indicano la possibilità di sviluppare una specifica sociologia dei diritti fondamentali e umani: possibilità che dipende sostanzialmente dalla volontà di costruirla, poiché già ve ne sarebbero i presupposti (problemi, aree di interesse, collegamenti con altre discipline). D’altro canto, occorre certamente – come minimo – tanto formulare meglio domande e obiettivi, quanto dotarsi di strumenti metodologici adatti alla ricerca.

Le difficoltà naturalmente non mancano. Perché, ci si potrebbe chiedere, scegliere un approccio sistemico piuttosto che una teoria meno astratta e maggiormente diffusa all’interno della comunità scientifica? Davvero il sociologo può – anzi deve – lasciare da parte qualsiasi motivazione etica e valutazione morale, per osservare i diritti umani e fondamentali in maniera distaccata, come oggetti o fatti sociali fra molti altri? È accettabile occuparsi di tali diritti senza necessariamente “battersi” per la loro difesa e per il loro sostegno? In tal caso, il sociologo dovrebbe forse compiere forse una sorta di “osservazione partecipante”? Perché non partire da interpretazioni della società già consolidate e che godono di un discreto (o di un notevole) successo dentro e fuori dalle università? Perché non applicare, ad esempio, la visione della “società liquida” – e conseguentemente della liquidità di differenti dimensioni del sociale (amore, vita, modernità, ecc.)? Perché – come fa larga parte della comunità dei sociologi – non considerare la realtà attuale il prodotto di una ideologia capitalista, consumista, individualista, che si è imposta in qualsiasi ambito, cercando di prendere in considerazione insieme elementi contraddittori (progresso tecnologico, allungamento della vita umana, affermazione dei diritti stessi da un lato, disuguaglianze, “cultura dello scarto”, pericolo di conflitti armati potenzialmente catastrofici dall’altro), cercando di proporre una lettura critica ma capace allo stesso tempo di essere propositiva?

Crediamo che la risposta a questi – e ad altri dubbi – possa essere la seguente: il contributo forse più essenziale e più originale della teoria dei sistemi consiste nel fatto che essa tenta di definire una sociologia che sia realmente “scientifica”, libera da dogmi, intenti etici e morali, idealismi. Se la funzione dei diritti umani e fondamentali è quella di “tenere aperto il futuro”, non deve dunque scoraggiare la consapevolezza che tali diritti, quali “principi di inclusione [...] sono stati proclamati come una sorta di assegno in bianco per il futuro” e che come tali “non sono stati realizzati” (LUHMANN, 1997b, p. 1076). Occorre invece descrivere meglio le dinamiche strutturali e i mutamenti semantici della società: farlo attraverso la teoria dei sistemi sociali significa avere la consapevolezza che, di fronte a una realtà sempre più complessa, non si ha il timore di dar vita a descrizioni che siano anch’esse maggiormente complesse.

RIFERIMENTO

- ARENDDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt Brace & World, 1966.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo. Niklas Luhmann e la teoria dei sistemi. In: PORCU, Sebastiano. **Ritratti d'autore**. Milano: Franco Angeli, 2000. p. 508-569.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vite di scarto**. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- BLAU, Judith; FREZZO, Mark. **Sociology and Human Rights: a bill of rights for the twenty-first century**. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2011.
- BURAWOY, Michael. Introduction: A Public Sociology for Human Rights. In: BLAU, Judith; E. SMITH (org.). **Public Sociologies Reader**. Lanham: Rowman and Littlefield, 2006. p. 1-21.
- CONNELL, Raewyn. Sociology and Human Rights. **The Australian and New Zealand Journal of Sociology**, v. 31, n. 2, p. 25-29, 1995.
- CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (org.). **Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective**. Abingdon-New York: Routledge, 2016. p. 11-29.
- CORSI, Giancarlo. Prefazione. In: LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005.
- CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra R. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, v. 1, p. 62-75, 2018a.
- CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra R. L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della *judicialização da saúde* in Brasile. **Sociologia del diritto**, n. 1, p. 29-44, 2018b.
- DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 324-339, jan./jun. 2017.
- DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. In: GALLINO, Luciano (org.). **Disuguaglianze ed equità in Europa**. Roma-Bari: Laterza, 1993. p. 359-378.
- FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (org.). **Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective**. Abingdon-New York: Routledge, 2016.
- FRANCESCO (Papa). **Dignitas humanae**. «La cultura dello scarto respinge i più deboli», «Avvenire.it», 7 dicembre 2013; Disponível em: <https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/no-a-cultura-scarto-papa-a-dignitas-humanae>. Acesso em: 22 Feb. 2019.
- FREZZO, Mark. **The Sociology of Human Rights**. [S.l.]: Polity, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme**. Milano: Guerini e Associati, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile**. Roma-Bari: Laterza, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or, the matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiasticall and civil**. [S.l.]: University Press, 1651.

HOFSTADTER, Douglas. **Gödel, Escher, Bach: un'Eterna Ghirlanda Brillante**. Milano: Adelphi, 1984.

HYNES, Patricia *et al.* Sociology and human rights: confrontations, evasions and new engagements. **The International Journal of Human Rights**, v. 14, n. 6, p. 810-830, Nov. 2010.

KANT, Immanuel. **Kritik der Urteilskraft**. Berlin und Libau: Lagarde und Friedrich, 1790.

LEVY, Daniel; SZNAIDER, Natan. Sovereignty transformed: a sociology of human rights. **British journal of sociology**, v. 57, n. 4, p. 657-676, 2006.

LONGO, Mariano. **Strutture di società e semantica del soggetto**. Lecce: Pensa MultiMedia Editore, 2001.

LUHMANN, Niklas. Le norme nella prospettiva sociologica. In: GIASANTI, Alberto; POCAR, Valerio (org.). **La teoria funzionale del diritto**. Milano: Unicopli, 1981. p. 51-83.

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

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Bologna: il Mulino, 1990a.

LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia University Press, 1990b.

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

LUHMANN, Niklas. **Funzione della religione**. Brescia: Morcelliana, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Il diritto della società**. Torino: Giappichelli Editore, 2012.

LUHMANN, Niklas. Die Form "Person". In: LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung. Bd. 6: Die Soziologie und der Mensch**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995a, p. 142-154.

LUHMANN, Niklas. Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung. In: LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995b.

LUHMANN, Niklas. Individuo, Individualidad, Individualismo. **Zona Abierta**, n. 70-71, p. 53-157, 1995c.

- LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo et al. (org.). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.
- LUHMANN, Niklas. Globalization or World society: how to conceive of modern society?. **International Review of Sociology**, v. 7, n. 1, p. 67-79, 1997a.
- LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997b.
- LUHMANN, Niklas. Diritti soggettivi. Mutamenti della coscienza giuridica per la società moderna. **Sociologia e politiche sociali**, v. 4, n. 1, p. 10-59, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dedalo, 2002.
- LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Esistono ancora norme indispensabili?** Roma: Armando Editore, 2013.
- LUHMANN, Niklas. Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società. In: CORSI, Giancarlo (org.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi: a partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015. p. 52-70.
- LUHMANN, Niklas. A modo de Introducción. In: PÉREZ-SOLARI, Felipe; RIBEIRO, Pedro Henrique. **Un Prefacio sobre Inclusión/Exclusión por Niklas Luhmann**. 1 Feb. 2019. Disponível em: <http://sistemassociales.com/un-prefacio-sobre-inclusion-exclusion-por-niklas-luhmann/>. Acesso em: 22 Feb. 2019.
- MOELLER, Hans-Georg. »Human Rights Fundamentalism«. The Late Luhmann on Human Rights. **Soziale Systeme**, v. 14, n. 1, p. 126-141, 2008.
- MORGAN, Rihannon; TURNER, Bryan S. (org.). **Interpreting Human Rights: Social Science Perspectives**. London: Routledge, 2009.
- NEVES, Marcelo. La fuerza simbólica de los derechos humanos. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 27, p. 143-180, 2004.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- O'BYRNE, Darren. Taking the sociology of human rights seriously. **Sociology**, v. 46, n. 5, p. 829-843, 2012.
- OESTREICH, Gerhard. **Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali**. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- OESTREICH, Gerhard. **Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978 (1966).

ORESTANO, Riccardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale. **Jus**, anno XI, p. 149-196, 1950.

PALOMBELLA, Gianluigi. Diritti fondamentali. Argomenti per una teoria. **Filosofia Politica**, 1999. Disponível em: <http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/glp.htm>. Acesso em: 22 Feb. 2019.

PAOLO, Fedele. Crisi della struttura o crisi della semantica. **Imago. Rivista di Studi Sociali sull'immaginario**, v. 2, n. 2, p. 18-49, 2013.

PRANDINI, Riccardo. Introduzione. In: LUHMANN, Niklas. **Esistono ancora norme indispensabili?** Roma: Armando Editore, 2013a.

PRANDINI, Riccardo. Distinguere aude! Il *Grand Récit* sociologico di Gunther Teubner. In: FEBBRAJO, Alberto; GAMBINO, Francesco (org.). **Il diritto frammentato**. Milano: Giuffrè, 2013b. p. 240-241.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. In: AA.VV. **Direitos Fundamentais**. Canoas: Editora da Ulbra, 2007. p. 41-56.

SCHWARTZ, Germano. Are There Other Unfoldings of the Human Rights' Paradox in Brazil? A Matter of Observation by the Theory of Autopoietic Social Systems. **SSRN Electronic Journal**, 10 Mar. 2010.

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

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit**. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

SJOBORG, Gideon; GILL, Elizabeth A.; WILLIAMS, Norma. A Sociology of human rights. **Social Problems**, v. 48, n. 1, p. 11-47, Feb. 2011.

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

TEUBNER, Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali**. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

TEUBNER, Gunther. **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili**. Roma: Armando Editore, 2005.

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

TEUBNER, Gunther. Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali. In: FEBBRAJO, Alberto; GAMBINO, Francesco (orgs.). **Il diritto frammentato**. Milano: Giuffrè, 2013. p. 375-395.

THORNHILL, Chris. The Sociological Origins of Global Law. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (org.). **Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective**. Abingdon-New York: Routledge, 2016. p. 99-124.

TOSINI, Domenico. Niklas Luhmann: Il diritto nella teoria dei sistemi sociali. In: POPULIZIO, Ivan et al. (org.). **Diritto e teoria sociale**: introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo. Roma: Carocci, 2009. p. 6-35.

TURNER, Bryan S. Outline of a theory of human rights. **Sociology**, v. 27, n. 3, p. 489-512, Aug. 1993.

VERSCHAEGEN, Gert; MADSEN, Michael R. (org.). **Making Human Rights Intelligible**: Towards a Sociology of Human Rights. Oñati International Series in Law and Society. Oxford: Hart Publishing, 2013.

VERSCHAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory. **Journal of Law and Society**, v. 29, n. 2, p. 258-81, June 2002.

VERSCHAEGEN, Gert. Systems Theory and the Paradox of Human Rights. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (org.). **Luhmann on Law and Politics**: Critical Appraisals and Applications. Oxford: Hart Publishing, 2006.

VERSCHAEGEN, Gert. Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. A Response to Gunther Teubner. **Rechtsphilosophie & Rechtstheorie**, v. 40, n. 3, p. 216-229, 2011.

VON FOERSTER, Heinz. Gli oggetti: simboli di (auto-)comportamenti. In: VON FOERSTER, Heinz. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1988. p. 179-190.

ZAGREBELSKY, Gustavo. L'insostenibile ambiguità delle parole che usa la politica. **La Repubblica**, p. 1/60-61, 24 set. 2016.

NOTA

Informações sobre autoria do trabalho sobre o artigo submetido à Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), “Diritti fondamentali e diritti umani: il contributo della teoria dei sistemi sociali”

Fernando Rister de Sousa Lima e Matteo Finco trabalharam juntos na elaboração do design da pesquisa, em levantamento bibliográfico e no debate de idéias. Na redação propriamente dita: Fernando Rister de Sousa Lima cuidou da redação dos capítulos 1-6 e da revisão geral do texto; por sua vez, Matteo Finco cuidou da redação dos capítulos 7-11 e da revisão e tradução para o italiano