

La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia¹

MASSIMO MECCARELLI

Il titolo da cui prendono avvio queste pagine è in realtà il risultato di un capovolgimento di piani. Io intenderò, certo, parlare di tutela dei diritti, ma ciò che m'interessa è il problema del *dimensionamento giuridico della giustizia*. Propongo una dissimulazione discorsiva, dunque, che devo giustificare già da ora.

Il punto è che le svolte storiche a partire dal secolo XVI hanno prodotto strutture e strumenti giuridici, che hanno cambiato il quadro di riferimento per la riflessione giuridica. Esse hanno spinto sempre più al margine il problema del dimensionamento giuridico della giustizia, fino quasi a escluderlo dalla piattaforma di base di una riflessione teorica sul diritto. Per ritrovare quel livello occorre ricostruire i fili di un processo di rimozione.

Anche le tendenze della fase giuridica attuale ci sollecitano in questa direzione. Il rapporto tra bisogni (individuali e sociali) e protezione giuridica, infatti, oggi conosce profonde trasformazioni, a cominciare dagli stessi strumenti con cui vengono ri-

vendicate, riconosciute e prodotte nuove tutele.

Non si tratta di un fenomeno inedito, se guardiamo alla dimensione storica del problema. Si attua in sostanza un gioco dialettico circolare per cui le dinamiche sociali di carattere strutturale, in continua evoluzione, svolgendosi nella dimensione concreta della convivenza civile, pragmaticamente esigono una continua revisione degli spazi e degli oggetti di protezione giuridica; per converso il diritto, proprio per dare risposte alla domanda di protezione sociale, tende a produrre forme e strumenti di tutela stabili nel tempo.

Nell'esperienza giuridica contemporanea la dinamica principale per la stabilizzazione delle forme di tutela è consistita nel ricercare gradi progressivi di generalità e astrattezza. Si tratta come è noto del punto di arrivo di un processo di lungo periodo, nel quale il diritto ha cercato di conseguire una propria moderna autosufficienza sul piano formale. Ciò è stato possibile per il combinarsi di tre fattori: la progressiva



Frontespizio dell'opera di Hugo Grotius *De Iure Belli Ac Pacis*, stampata a Francoforte sull'Oder, 1691

separazione tra dimensione politica e giuridica; la rivendicazione e l'esercizio di un monopolio della politica sulla produzione del diritto; la riduzione del diritto entro una cornice dogmatica e formalistica ad opera della scienza giuridica.

Si è trattato di fondare e regolare il rapporto tra *diritto* e *realtà* sul formato vincolante del rapporto tra *diritti* e *individuo*. Qui parlo di diritti, intesi come spazi di protezione giuridica individuati in astratto, ma ancorati a un determinato orizzonte assiologico e a una gerarchia di valori *prescelti*; e ugualmente parlo d'individuo come di un soggetto inteso in senso astratto e indeterminato.

Insomma, i diritti producono tutela giuridica, attribuendo un potere sulla re-

altà a un soggetto astrattamente pensato, con riferimento a situazioni astrattamente individuate; i diritti esistono prima che si manifesti la concreta esigenza di tutela.

Inquadrato in questo modo, il rapporto tra diritto e realtà si svolge secondo una *dinamica sussuntiva* per cui è la forma (i diritti astrattamente previsti) a contenere e a dare un contenuto alla realtà (un contenuto che è vincolato all'orizzonte assiologico *pre-scelto* con i diritti).

La costruzione, messa a punto nel XIX secolo, ha mostrato di avere una buona tenuta nel tempo. È anche vero, però, che la storia recente dei diritti è stata scandita da passaggi che hanno saputo metterla in discussione.

Se guardiamo al Novecento in Europa, soprattutto dopo la traumatica esperienza della seconda guerra mondiale, la istaurazione, da un lato di ordinamenti democratici a livello statale e dall'altro di un nuovo ordine giuridico internazionale, ha già complicato questo rapporto. Parallelamente sul piano del pensiero giuridico non sono mancati gli svolgimenti teorici di taglio antiformalistico², che hanno in più modi cercato di alterare l'ancoraggio sussuntivo della realtà nel diritto.

Tuttavia, sono le trasformazioni in atto più recenti – al contempo giuridiche e istituzionali, che hanno proiettato questioni per problemi, sociali, politici ed economici, su una dimensione super-statale e innovato la tipologia dei soggetti coinvolti – a rappresentare un vero e proprio punto di svolta: esse sembrano aver introdotto vere e proprie *dinamiche reali d'inversione* del rapporto tra realtà e diritto e quindi tra istanze di tutela e diritti.

Si tratta di un'inversione in cui l'esigenza di protezione giuridica diventa vet-

tore di costruzione di una forma di tutela, o per dirla con altre parole, si tratta di una dinamica in cui la manifestazione di bisogni, incide sulle forme che assume la tutela giuridica.

Si pensi ad esempio al problema dei diritti fondamentali e umani. Proprio su tale terreno si assiste oggi a una fase di emersione di nuovi diritti. Si parla in proposito di proliferazione, frammentazione dei diritti.

Il processo di emersione che li accompagna non si affida però a grandi scelte della politica, che assumono veste normativa.

Certo, la base è costituita dalle Carte costituzionali e da Trattati internazionali come la Carta europea dei diritti dell'uomo, cioè da prodotti normativi di opzioni politiche. Tuttavia se analizziamo il processo in corso, tali forme positive sono solo una premessa non lo strumento. Esse non si occupano della produzione dei diritti, piuttosto prevedono un orizzonte di possibilità per i diritti.

Decisive per la produzione dei nuovi "diritti" sono in realtà le dinamiche giurisprudenziali, che si fondano su una domanda di giustizia concretamente posta. Esse si svolgono per dare realizzazione (piuttosto che esecuzione) alle stipulazioni normative di principi e valori fondamentali³. Il momento produttivo, tuttavia, a ben vedere, sta nella *dialettica giurisprudenziale* tra giudici (ordinario, costituzionale, delle Corti europee, etc.). Una dialettica che si svolge secondo una geometria variabile, poiché queste Corti non costituiscono un ordinamento in senso proprio, non sono vincolate da un rapporto di gerarchia, bensì di reciproco riconoscimento.

Ciò produce un diritto giurisprudenziale⁴ che si svolge in condizioni di relativa

autonomia⁵, rispetto al potere politico e in un orizzonte ordinamentale che non è più monistico⁶.

Torniamo al problema del rapporto tra domande di tutela giuridica e diritti. La novità dunque non è tanto la proliferazione dei diritti, che semmai è una tendenza originaria e di lungo periodo. La vera novità sta nel fatto che ci troviamo di fronte ad una nuova generazione di "diritti", che presentano una *natura diversa* rispetto a quelli precedenti. Sono prodotti secondo un *processo* che passa anzitutto attraverso l'*attività giurisprudenziale*. La fonte è il *diritto giurisprudenziale*. Qui la tutela giuridica non si ottiene per l'attribuzione di un potere sulla realtà a un soggetto astrattamente pensato, con riferimento a situazioni astrattamente individuate. Al contrario si riconosce uno spazio della tutela giuridica a partire da situazioni concrete, che *rivendicano giustizia*.

L'attribuzione di "diritti" qui è il risultato di un processo di dimensionamento giuridico della giustizia.

Il fenomeno è originale, dunque, e impone la ricerca di nuovi concetti.

1. Una scelta di campo: fare una storia delle dimensioni giuridiche della giustizia

La storia del diritto può dare un apporto rilevante alla comprensione di questi problemi. Anzitutto perché è in grado di indicare prospettive di senso diverse, per le domande che ci poniamo sul diritto, inoltre perché gli esiti teorici che questo permette di conseguire sono contemporaneamente anche dati dell'esperienza.

Quelli che possiamo scoprire con la storia del diritto, tenendoci al riparo dal

rischio di prospettive attualizzanti⁷, sono dunque concetti e teorie con un forte grado di precipitazione concreta.

Per il nostro tema in particolare, è possibile svolgere una *storia delle dimensioni giuridiche della giustizia*, una storia, cioè, che ricostruisca i modi del rapporto tra dimensione giuridica e giustizia come *dinamica di base* che genera il diritto nel tempo.

Qui intendo riferirmi a entrambe le sfere semantiche che il termine "giustizia" racchiude e che individuano due aspetti del rapporto tra bisogni e protezione giuridica:

- giustizia come *questione* che interroga il diritto agendo su di esso come attribuzione dialettica di senso;

- giustizia come *complesso di strumenti* (regole, procedure, apparati, dispositivi, poteri), per gestire il punto di tenuta tra diritto e domanda di giustizia.

La lingua tedesca mi avrebbe aiutato nell'illustrazione di questa idea, poiché mette a disposizione due vocaboli diversi per le due sfere semantiche che ci interessano: *Gerechtigkeit* e *Justiz*. Le nostra lingua li riassume in uno solo: "giustizia". Tuttavia anche questa semantica addensata ci aiuta a svolgere il nostro discorso. Con giustizia infatti maneggiamo un concetto che racchiude un campo di tensione interno alla dimensione giuridica; ed è proprio questo campo di tensione che, in effetti, con la storia, possiamo riscoprire.

La storia del diritto – che guarda al fenomeno giuridico in una prospettiva non monodimensionale – può cogliere tale piano di profondità; può cogliere il gioco dialettico che lega le forme, la dinamica e il contenuto del diritto. La nostra storia del diritto può ben svolgersi come storia delle dimensioni giuridiche (e al contempo del dimensionamento giuridico) della giustizia.

Guardiamo al nostro tema. Proviamo ad applicare quest'angolazione critica; essa ci permette di storicizzare l'idea della protezione giuridica come risultato di un'*attribuzione/esercizio di un diritto* (cioè di un potere soggettivo sulla realtà). In fondo possiamo dire che nell'orizzonte degli ordinamenti statali di stampo ottocentesco, che più di altri hanno inteso produrre tutele attribuendo diritti, la giustizia intesa come *Justiz* non aveva il compito di dimensionare giuridicamente la giustizia come *Gerechtigkeit*. Questo compito, infatti, veniva assolto dal legislatore nel momento in cui aveva prodotto i diritti.

L'invenzione dei diritti come strumenti per produrre tutele giuridiche, il fatto di concepire i diritti come espressione di un *proprium* individuale che compromette la realtà, aveva come effetto il ridurre il problema del dimensionamento giuridico della giustizia nel momento politico della progettazione del diritto; ciò aveva come conseguenza quello di rimuoverlo dall'ambito giuridico.

Noi possiamo dunque rileggere la storia dei diritti da questo versante, ricostruendo i modi con cui si è realizzata tale *riduzione moderna* del problema del dimensionamento giuridico della giustizia.

Si tratta di fare una storia dei *vincoli di sussistenza teorica dei diritti*, dei loro *limiti originari*, piuttosto che della loro progressiva emersione.

Tale processo di emancipazione del diritto dal problema del dimensionamento giuridico della giustizia ha seguito strade molteplici. In questa sede vorrei fornire solo due esempi.

Il primo l'ho tratto dall'ambito di rilevanza giuridica delle pratiche ritorsive; un'area che il diritto moderno ha allon-

tanato dal mondo dei diritti e delle tutele giuridiche o ha sublimato in figure dogmatiche asettiche come la responsabilità, il risarcimento, la legittima difesa.

Ebbene, inquadrata in prospettiva storico-giuridica, la figura della *repraesalia*, tra la fine del medioevo e l'inizio dell'età moderna, ci mostra lo snaturamento di un problema di *denegata iustitia* in un problema di *ius denegatum*.

L'altro esempio è lo *ius peregrinandi*. Si tratta qui di guardare all'ambito del diritto in movimento, un ambito che è stato essenziale per la modernizzazione del diritto. In esso possiamo osservare il problema della tutela giuridica progettato *ex novo* nella prospettiva dei diritti.

2. De repraesaliis: due grandi approcci al problema tra età medievale ed età contemporanea

2.1. L'approccio medievale secondo un paradigma giustiziale

Concentriamoci dunque sul problema della rappresaglia, cioè della legittima apprensione di persone o cose di altri, ottenuta con la forza, a scopo rivendicativo di un torto subito e per ottenerne la compensazione.

Nella giustizia medievale le pratiche ritorsive operano come fattori ordinanti rispetto al problema dell'uso legittimo della violenza, ma anche della gestione della giustizia pubblica sulla composizione dei conflitti. Sottoporre la vendetta a una regolazione comunitaria significa, infatti, in una società corporativa, garantire la pace interna e quindi la conservazione del bene comune. Del resto l'*ordo iudiciarius* me-

dievale appare complessivamente pensato per dare rilievo alla *dimensione comunitaria dell'offesa*⁸.

In un tale orizzonte antropologico e sociologico è solo alla luce di una dinamica di ricomposizione dell'ordine giusto, che si può pensare la rappresaglia in termini giuridici.

Basta leggere il *Tractatus de repraesaliis* di Bartolo da Sassoferrato⁹, che costituisce un luogo di sintesi prezioso per comprendere la concezione giuridica della ritorsione nel medioevo.

La rappresaglia per Bartolo è uno strumento a cui soggetti politici (*universitates et domini*) ricorrono contro una ingiustizia, che non può essere contrastata altrimenti (*propter quod de iniustitiis ad superiorem non potest haberi regressus*). Un'autorità superiore alle parti coinvolte deve autorizzarla sulla base di una *iusta causa*.

L'elemento qualificante e legittimante dell'azione di rappresaglia consiste nel fatto d'essere una risposta a una situazione d'ingiustizia; essa è uno strumento che impedisce una *iustitia denegata*.

Nel mondo tardo medievale il conflitto è una minaccia all'*ordo* (oggettivamente inteso), cioè a un *bene comune*¹⁰ indisponibile ed essenziale per la tenuta della convivenza in una "società di società"¹¹. Infatti, la rappresaglia, anche quando è esercitata per risolvere problemi che a noi appaiono di natura privatistica (come ad esempio l'insolvenza di un debitore), assume sempre un rilievo pubblicistico.

La rappresaglia non si distingue, inoltre, dal punto di vista qualitativo dagli altri strumenti del *facere iustitiam*¹². Serve a una gestione controllata del conflitto, come la *transactio in criminalibus*, la *cautio de non offendendo*. La rappresaglia oltre a corri-

spondere alle medesime istanze comunicative, che giustificano quelle figure giuridiche, non appare fare riferimento – e questo è il punto che più ci interessa – a un diverso circuito di svolgimento della soluzione dei conflitti, rispetto alla funzione giudiziale.

2.2. Ridefinizioni moderne della rappresaglia

Il quadro cambia in età moderna con lo svolgersi di altre linee di pensiero come quella giusnaturalistica. Qui la ritorsione inizia a proporsi come prerogativa di un soggetto politico statale, nel quadro di una regolazione dei rapporti tra Stati attraverso lo *ius belli*. La dinamica riparatrice di cui si fa carico la rappresaglia risulta *soggettivizzata*: non consiste tanto nella riparazione dell'*ordo* (giusto) quanto nel *reintegro di un diritto negato*.

Si attua cioè una distinzione tra gli strumenti di soluzione del conflitto (le regole dello *ius belli*, la rappresaglia) e la ragione del conflitto (il diritto negato). La tutela giuridica in tale costruzione, va imputata alla titolarità del diritto negato, non al *procedimento* che lo reintegra. Quest'ultimo non è costitutivo della tutela, seppure ne favorisce il godimento.

Ciò corrisponde a un mutamento di contesti e di presupposti sistematici e politici nei quali si viene a inserire la pratica della rappresaglia.

Quanto ai presupposti sistematici assistiamo all'accentuazione della *premessa giusnaturalistica* (e statualistica, che presuppone una comunità d'individui uniti da un contratto sociale astrattamente pensato

e non più corpi sociali messi in rete da una costituzione materiale effettivamente rilevabile) come fondamento dell'ordine giuridico, a danno della premessa tipica delle costruzioni dello *ius commune*.

Quanto ai presupposti politici va riscontrato che la ritorsione appare sempre più riferita alla *regolazione dei rapporti esterni* «inter populos diversos», nel quadro di un nuovo equilibrio geopolitico, emancipato dalla cornice universale della *Respublica Christiana*.

Certo si tratta di un percorso di lungo periodo, dove l'affrancamento dalle costruzioni medievali è lento, seppur progressivo e, soprattutto, esistono modi diversi di giustificarlo e costruirlo.

Mi limito in questa sede a considerare nella prima età moderna, il punto di vista di Ugo Grozio¹³. Il giurista olandese, infatti, dedica alcune significative pagine al tema della *repraesalia* nel suo trattato *De iure belli*.

Il fondamento, come nell'ottica medievale, è identificato nello *ius gentium* e il piano pubblicistico e privatistico restano indistinti. Tuttavia la costruzione è sensibilmente diversa: secondo Grozio, il principio che lo *ius gentium* individua riguarda il fatto che i consociati che sottostanno a un organismo politico; essendo *socii* rispondono anche per i debiti della società.

L'approccio qui è tipicamente giusnaturalistico. Sotto esame è, infatti, il *reddere ius* inteso come compito di riconoscere e soddisfare un diritto altrui, fonte di obblighi per una comunità politica, che vi risponde in solido con tutti i propri membri. Si tratta in un certo senso di una *obligatio communis* di un *mutuo ius* da soddisfare, piuttosto che di assicurare un'effettività al *facere iustitiam*.

Per Grozio il problema che giustifica l'attività della rappresaglia (la *prehensio hominum vel rerum*) non è tanto costituito, come nell'ottica medievale, dall'*iniustitia*¹⁴, quanto piuttosto dal *denegatum ius*. Il problema non è salvaguardare l'ordine, ma corrispondere a un obbligo di rispetto della sfera di diritti altrui¹⁵.

È opportuno riflettere su questo slittamento semantico dal campo della *iustitia* a quello dello *ius*.

Questo *ius* è inteso ancora come *iustum*, ma in Grozio nel senso di indicare (solo) ciò che *non è ingiusto*; impiegare *ius* qui significa rinviare a una idea del giusto inteso come dell'astensione dalla sfera giuridica altrui, rinvia a un non fare, piuttosto che a un'azione; e ciò «mette in risalto non l'oggettività della regola, ma la posizione del soggetto di fronte alla regola»¹⁶. In questo quadro l'attività giudiziale garantisce la protezione giuridica solo in chiave strumentale, non costitutiva.

Altro aspetto su cui vale la pena soffermarsi è il modo con cui Grozio costruisce il vincolo che ricade sulla vittima della rappresaglia. Esso è assoggettato in quanto *subditus*, cioè in una condizione di asservimento (*ut in servitute*) alla comunità politica cui appartiene.

Il vincolo sociale dell'appartenenza qui già non è più comunitario. La verticalità che lo caratterizza sembra presupporre l'idea di un soggetto politico unitario, lo Stato, come fonte di obblighi per i singoli componenti della società¹⁷. Le strutture di gruppo interne all'ordine giuridico e politico medievali perdono di rilevanza. Accanto ai diritti precostituiti, compare l'individuo astrattamente pensato come *socius*.

3. Ius peregrinandi

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

Occupiamoci ora brevemente del secondo esempio. Quello del *ius peregrinandi*. Qui per i giuristi di età moderna si tratta di operare nel nuovo ambito per le tutele giuridiche, quello dei diritti individuali.

Che tipo di relazione vi è stata tra questa attività di edificazione concettuale e il problema del dimensionamento giuridico della giustizia?

Una prima risposta consiste nell'osservare che qui il punto qualificante, non è stato, come per la rappresaglia, la sottrazione di una figura giuridica dall'ambito della giustizia, ma il costruire figure giuridiche nuove, affrancate dal problema del dimensionamento giuridico della giustizia.

Torniamo per un momento al punto del *socius* di Grozio, indicato come *subditus*: esso ci fa intravedere un attore importante della storia dell'emancipazione della tutela giuridica dalla giustizia: lo Stato sovrano. Se il nostro scopo è fare una storia dei *limiti originari* dei diritti, piuttosto che della loro emersione, non vi è dubbio che è proprio sui caratteri della sovranità, che dobbiamo concentrare l'attenzione.

Le teorie che nell'età moderna la introducono spiegano il processo della fondazione delle società civile e politica *astraendolo* nel passaggio dallo stato di natura al contratto sociale; non importa qui se sia un risultato dell'*appetitus societatis* (Grozio) o una via d'uscita dalla condizione di *bellum omnium contra omnes* (Hobbes); qui importa osservare che la costruzione che permet-

te di individuare diritti e forme di tutela, poggia su una *piattaforma astratta e astorica*.

Tale impostazione del problema è feconda di conseguenze; mi soffermo su due di esse.

Anzitutto essa rende protagonista del problema dei diritti e del potere, l'uomo come individuo, a prescindere dalla sua collocazione nel contesto delle aggregazioni sociali. È questa premessa argomentativa che trasforma il problema della *tutela giuridica della persona* in un problema di *tutela dei diritti dell'individuo*.

Inoltre tali teorie tendono a costruire il problema della tutela dei diritti come un problema di *esclusiva competenza statale*. Infatti, il *pactum societatis* degli individui è costruito come *pactum subjectionis*. La nascita della società civile e del soggetto giuridico individuale, coincide con l'assoggettamento completo della persona al potere statale: l'assolutezza di questo potere (un potere sovrano appunto) è una *precondizione* per conseguire la tutela giuridica, nella forma di tutela di diritti individuali.

La tutela dei diritti è dunque anzitutto un problema di esercizio di sovranità dello Stato o, per dirla con altre parole, la presenza della sovranità di uno Stato è la premessa indispensabile per immaginare la possibilità di tutelare diritti¹⁸. Anche dove si sostenga che i diritti naturali preesistono alla sovranità, la loro tutela si rende possibile solo a condizione che vi sia il *pactum societatis*, capace di assoggettare gli individui al potere sovrano.

Le dottrine sperimentate dalla Rivoluzione francese, soprattutto quelle riconducibili a Rousseau, hanno perfezionato, mettendolo in opera, questo modello di produzione di tutele giuridiche¹⁹. Penso soprattutto alla dislocazione soggettiva

della sovranità dal Monarca assoluto al Popolo sovrano: ciò ha posto le condizioni per immaginare un processo dinamico di tutela dei diritti, che s'impenna sulla così detta *positivizzazione dei diritti naturali*, cioè sul loro riconoscimento da parte della volontà popolare (intesa sia come potere costituente sia come potere costituito (il legislatore)).

Dopo la riduzione del problema della tutela giuridica in un problema di tutela dei diritti, dopo la loro saldatura con la sovranità dello Stato, l'ancoraggio al popolo sovrano ha definitivamente chiarito che l'indisponibilità dei diritti è essenzialmente un problema di opzioni politiche, non un fatto di giustizia.

3.2. *Ius peregrinandi e ius communicatio- nis; una costruzione in materia de iustitia*

Sono cenni rapidi i miei, perché voglio passare a illustrare quell'esempio concreto dello *ius migrandi*, un diritto di ascendenza giusnaturalistica²⁰, che ha conosciuto la parabola che ho provato a descrivere.

La libertà di circolazione ancora oggi, pur in un mondo connotato da movimenti migratori di massa, appare oggetto di compressione, anche negli Stati che riconoscono a questa libertà il valore di un diritto fondamentale; su questa materia sono evidenti i gradi di relativizzazione se non addirittura di esclusione della tutela giuridica²¹. Si tratta di un dato originario che deriva proprio dal nesso inscindibile con la sovranità degli Stati, che abbiamo appena descritto.

Se però analizziamo più dall'interno il dibattito sullo *ius migrandi* in età moderna, nella fase fondativa dei diritti, possia-

mo incontrare esempi di una declinazione del principio libertà di circolazione in uno spazio costituzionale diverso, costruito senza il ricorso all'astrazione del *pactum societatis* come *pactum subjectionis*.

Qui emerge una ulteriore possibile risposta alla domanda che c'eravamo posti circa la relazione tra la configurazione concettuale dei diritti e il problema del dimensionamento giuridico della giustizia.

Proviamo a rileggere *ius peregrinandi* nel suo senso originario. La sua concettualizzazione nella storia del pensiero giuridico ha trovato un campo di svolgimento rilevante nelle teorizzazioni della seconda scolastica spagnola, in relazione ad un progetto di ordine giuridico universale. Penso in particolare a figure come Francisco De Vitoria, Domingo De Soto, José De Acosta Bartolomé de Las Casas²².

Nella declinazione da essi proposta *ius peregrinandi* non appare un'anticipazione del diritto a emigrare, così come lo abbiamo descritto sopra e cioè un diritto alla circolazione nel quadro di un ordine internazionale fatto di Stati sovrani.

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

Di che cosa si tratta? Di un diritto dell'uomo a relazionarsi e a costruire rapporti sociali, economici, giuridici e politici. Con *ius communicationis*²³ si afferma il rilievo giuridico di un'istanza relazionale dell'uomo che autorizza e spinge individui e popolazioni, anche di mondi diversi, a mettersi in comunicazione, promuovendo le opportune e possibili dinamiche d'integrazione (economiche, sociali, politiche). *Ius communicationis* è uno strumento attra-

verso il quale gli uomini danno forma nel tempo alle società in cui vivono. La libertà di circolazione qui sta alla base del momento costitutivo delle società politiche. Indica una socialità naturale che si esprime nei fatti storici, e non ha bisogno di essere riconosciuta da un potere sovrano per essere un diritto.

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

Nella concezione tardo-scolastica non manca certo l'opzione per una fondazione giusnaturalistica (o teologica)²⁴ del diritto di circolare liberamente (rispetto al quale si richiama ad esempio principio evangelico "omnia sunt communia"); tuttavia qui *ius communicationis* è considerato come un principio incarnato nella storia, che agisce di continuo negli ordinamenti sociali storicamente esistenti, contribuendo a modificarne gli assetti.

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

Interrogiamoci brevemente sul senso di questa teoria. A un primo sguardo, possiamo individuare una relazione diretta con la politica della conquista del nuovo mondo, ma volendo svolgere una valutazione più attenta dobbiamo costatare che per De Vitoria e gli altri scolastici si trattava certo di ottenere il risultato dell'inclusione del nuovo mondo nell'ordine giuridico e politico europeo, ma era un progetto sen-

sibilmente diverso da quello che si veniva realizzando con la *Conquista*. Del resto non dobbiamo neanche dimenticare che dottrine sullo *ius peregrinandi*, nei termini a cui ho accennato, erano state svolte già De Soto per difendere il diritto dei mendicanti di muoversi liberamente nei diversi territori d'Europa²⁵, dunque in un contesto niente affatto legato al disegno egemonico delle potenze economiche europee sul Nuovo Mondo.

Sono dottrine, è vero, tanto inglobanti quanto unilaterali, ma non è questo che ci interessa qui considerare. Ci interessa piuttosto evidenziare che nel pensiero dei teologi tardo scolastici, più che delle valutazioni di ordine politico, è l'idea di un certo ordine giuridico *giusto*, nel quale universale e particolare convivono, a giustificare dispositivi come *ius peregrinandi* o *ius communicationis*. L'esercizio di queste libertà nel riconoscimento di questi diritti corrisponde ad una attività di determinazione della giustizia.

Qui la giustizia – o meglio il problema del suo dimensionamento giuridico – è ancora la *causa efficiente* dei diritti. Si opta modernamente per mettere in premessa i fondamenti giusnaturalistici, tuttavia l'ancoraggio al *paradigma giustiziale* è ancora necessario per questi teologi; vi sono ragioni di ordine costituzionale legate alla loro idea di un ordine geopolitico ancora universale. Vogliono estendere la *Respublica Christiana* al nuovo mondo e difenderla dalla minaccia della disgregazione in Europa a seguito della riforma protestante. Per questo non adottano la prospettiva statalista, ma hanno bisogno di conservare la piattaforma costituzionale tardomedievale delle reti giurisdizionali. È *iurisdictio* e non sovranità il loro principio guida per

concepire la base costituzionale degli ordinamenti politici²⁶. Con *iurisdictio* il potere politico mantiene il formato di un potere che si svolge nel quadro di un paradigma giustiziale (è attività di *ius dicere* piuttosto che di *condere legem*)²⁷.

Posso solo accennare a questo aspetto. Per fare sintesi, tornando al nostro tema, direi che nella Seconda scolastica la tutela giuridica viene costruita attraverso un'attribuzione di diritti a soggetti, ma ancora nel quadro di un processo di attuazione dell'*ordo giusto*.

4. Osservazioni conclusive

Ci siamo posti una domanda sulla fenomenologia del rapporto tra istanze di protezione e tutela giuridica; in particolare ci siamo chiesti quale risposta storico giuridica si può dare. Seppure sulla base di due limitati esempi, mi pare che l'angolazione di una storia delle dimensioni giuridiche della giustizia offra materiali utili in questo senso.

Essa indica anzitutto un *cambio d'impostazione* decisivo, quello che introduce la tutela giuridica come tutela dei diritti e la considera guardando ai limiti originari, piuttosto che alla sua performatività.

Inoltre ci mostra che tale mutamento si è attuato arricchendosi di alcuni *profili di complessità*, che appare utile considerare se, come in questo caso, il punto è esplorare gli orizzonti di possibilità del rapporto tra bisogni e protezione giuridica.

Gli esempi forniti hanno evidenziato diversi processi di emancipazione del problema della tutela giuridica da quello della dimensione giuridica della giustizia:

sottrazione di figure del *facere iustitiam* e loro riconfigurazione; temperamento del paradigma giustiziale, ponendo in premessa fondamenti giusnaturalistici o teologici; superamento del paradigma giustiziale attraverso quello volontaristico della sovranità dello Stato.

I profili di complessità non attengono, tuttavia, solo al processo di messa in opera della tutela dei diritti. Si è visto, infatti, seppure molto di sfuggita, che il nostro problema evidenzia anche dei nessi con altre importanti trasformazioni che toccano l'ordine giuridico in questi secoli: ad esempio le distinzioni tra dimensione privatistica e pubblicistica, statale e internazionale, le configurazioni costituzionali interne agli Stati moderni, quelle relative alle fonti del diritto, etc. Grandi problemi che s'intrecciano con quello della tutela dei diritti, in una proiezione cronologica di lungo periodo, fino ad arrivare allo scenario attuale.

C'è poi un aspetto che attiene alla metodologia della ricerca storico-giuridica in questo campo. Credo infatti che la storia del diritto, per mantenere la sua funzione di sapere critico²⁸, debba rendersi capace di svolgere prospettive ermeneutiche nuove²⁹, che sappiano considerare euristicamente il fattore "complessità", per la comprensione dei singoli temi storico-giuridici.

Volendo proseguire su questa linea potremmo allora aggiungere che il nostro tema ci interroga anche circa il quadro d'interazione interdisciplinare in cui si colloca la storia del diritto.

Qui penso al rilievo che possono avere le scienze sociali (come la sociologia, l'economia, l'antropologia, la storia), nonché le scienze filosofiche e letterarie. Ad esem-

pio dal versante non giuridico si possono individuare terreni di ricerca, non immediatamente legati al tema dei diritti, ma che pure possono evidenziare: i processi sociali ed economici di emersione di domande di protezione giuridica e di giustizia; le epistemologie idonee per decifrarle (attingendo ad esempio alle riflessioni sull'ermeneutica); i campi semantici che si propongono come luoghi di ricezione di tali esigenze rivendicative (si pensi alla relazione tra diritto e letteratura); il punto di differenziazione tra forme di tutela socialmente rilevanti e quelle specificamente giuridiche (si pensi ad esempio alla complessa osmosi tra *global ethics* e diritti fondamentali); gli strumenti di veicolazione di tali processi; le (nuove) soggettività che tali esigenze esprimono; etc.

Certo si tratta di ripensare sensibilmente la costellazione dei saperi di riferimento per la storia del diritto; ma questo, a pensarci bene, è proprio il tratto distintivo, il punto di forza, di una disciplina che si fonda su una premessa epistemologica necessariamente aperta.

Anche per un tale compito il tema delle dimensioni della tutela giuridica, studiato attraverso la polarità diritti-giustizia, mi pare costituisca un oggetto idoneo.

- ¹ Relazione presentata al workshop *Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition*, Frankfurt am Main 25th-26th November 2013, Max-Planck Institute for European Legal History. Una versione in lingua spagnola del presente saggio è destinata alla pubblicazione nella rivista «Forum Historiae Iuris», <http://www.forhi.stiur.de>.
- ² A.H. Hespanha, *Cultura Juridica Europea. Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 425 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000.
- ³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 10-11.
- ⁴ C. Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012; Th. Keiser, *Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen*, in «Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», n. 2, 2013, pp. 83-101; M. Stolleis (ed.), *Herzkammer der Republik. Die deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2011.
- ⁵ M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 40, 2011, pp. 721-745.
- ⁶ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008; P. Grossi, *L'Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico*, in «Il pensiero economico italiano», XVI, 2008, pp. 9-23.
- ⁷ P. Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1-10.
- ⁸ M. Meccarelli, *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in G. Martyn et al. (edd.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 49-67, in particolare p. 59.
- ⁹ Bartolo da Sassoferrato, *Tractatus de repraesaliis*, in *Bartoli interpretum iuris civilis coryphaei*, in *Institutiones et Authententicas, commentaria, eiusdem Tractatus*, Basileae, 1562.
- ¹⁰ P. Schiera, *Il Buongoverno "melancolico" di Ambrogio Lorenzetti e la "costituzionale faziosità" della città*, in «Scienza e politica. Per una storia delle dottrine politiche», n. 34, 2006, pp. 93-108; E. Lecuppre-Desjardin, A.-L. Van Bruaene (edd.), *De Bono Communi. The Discourse and Practice of the Common Good in the European City (13th-16th c.)*, Turnhout, Brepols, 2010; Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, cit.; J. Finnis, *Human rights and common good*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.
- ¹¹ P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 75-95; Hespanha, *Cultura Juridica Europea* cit., pp. 91 ss.
- ¹² A questo proposito si vedano M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, Il Mulino, 2005; J. Chiffolleau, C. Gauvard, A. Zorzi (edd.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma, Ecole française de Rome, 2007.
- ¹³ H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Moeno-Francofurti, 1626.
- ¹⁴ Grotius, *De iure belli* cit., lib. III, caput II, n. III in fine.
- ¹⁵ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 146-152.
- ¹⁶ Ivi, p. 148.
- ¹⁷ Ivi, pp. 153-160.
- ¹⁸ M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 51-56; Id. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 20-24.
- ¹⁹ Ibidem.
- ²⁰ E. Tießler-Marenda, *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; A.S. Brett, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011.
- ²¹ M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012.
- ²² In proposito in particolare si vedano F. De Vitoria, *Relectio De indis* (1538), edicion critica Madrid, CSIC, 1967; Bartolomé de Las Casas, *Tractado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y Leon tienen sobre las indias*, 1552, ed. anastatica in *Tratados de Fray Bartolomé de Las Casas*, México, Fondo de cultura economica, 1997, vol. II; D. De Soto, *Tractatus de iustitia et iure*, Lugduni, 1582; Id., *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae, 1545; J. De Acosta, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangelii apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Libri Sex, Colonia Agrippinae, 1596, (Cap. XIII, lib. II, pp. 232-235); L. de Molina, *Tractatus de iustitia et iure*, Moguntiae, 1614, Tractatus II (disp. 98 e 105).
- ²³ M. Panebianco, *Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*, in «Roma e America. Diritto romano comune», n. 19-20, 2005, pp. 403-429; L. Scuccimarra, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, Il Mulino, 2006; G. Tosi, *La guerra giusta nel dibattito sulla Conquista dell'America*, in A.A. Cassi, A. Sciumè (a cura di), *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto comune europeo e ordo iuris globale tra età moderna e contempo-*

- anea, Milano, Giuffrè, 2007; L. Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli*. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità, Milano, Giuffrè, 2009.
- ²⁴ L. Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo delle indie spagnole*, Napoli, Novene, 2004; A.A. Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; S. Langella, *Le fonti teologiche della dottrina del de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna*, in A.A. Cassi (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, pp. 25-37.
- ²⁵ A. Brett, *Il territorio e lo ius peregrinandi: la In causa pauperum deliberatio di Domingo De Soto*, in M. Ferronato, L. Bianchin (a cura di), *Silete Theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, Padova, Cedam, pp. 293-309.
- ²⁶ M. Meccarelli, *La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella seconda scolastica*, in Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli* cit., pp. 52-72.
- ²⁷ J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 35-259; C. Garriga, *Continuidad y cambio del orden juridico*, in C. Garriga (ed.), *Historia y constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, CIDE, 2010, pp. 59-65; P. Costa, *Iurisdicção. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* (1969), Milano, Giuffrè, 2002; Id., *Civitas* cit.; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 17-51.
- ²⁸ M. Stolleis, *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, in «Humboldt Forum Recht», n. 5, 2012; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Società, diritto, Stato* cit.; R.M. Fonseca, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009.
- ²⁹ Th. Duve, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in «Rechtsgeschichte», n. 20, 2012; Id., *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität – rechtshistorische Annäherungen*, Einführung in die Ringvorlesung des LOEWE-Schwerpunkts „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe-Universität, 7, 2013, <<http://publikationen.ub.unifr Frankfurt.de/frontdoor/index/docId/29166>>.