

Il riconoscimento dei diritti fondamentali nel conflitto sociale

di Enrico M.G. Damiani di Vergada Franzetti*

Sommario: 1. Diritti fondamentali e regimi politico-rappresentativi: tra parlamentarismo e costituzionalismo – 2. Diritti fondamentali e giurisdizione – 3. La crisi dello Stato moderno, tra monismo e pluralismo giuridico, tra localismo e globalismo, tra ristrutturazione e destrutturazione: per nuove ipotesi sui diritti fondamentali.

Abstract: This scientific paper examines fundamental rights and related legal institutions, as well as the importance of social conflict in the effort to acquire scarce resources. All this without forgetting the human rights that represent the structure of the conflict.

Keywords: human rights, social conflict, *élites*, jurisdiction.

1. Diritti fondamentali e regimi politico-rappresentativi: tra parlamentarismo e costituzionalismo

Il lavoro svolto si propone di fornire un quadro esplicativo, certamente sommario, del fenomeno dei diritti fondamentali, dunque della capacità di singoli, gruppi o collettività di portare a effetto in un ambito sociale un progetto

* Avvocato del Foro di Milano, dottore di ricerca in sociologia del diritto, Università degli Studi di Milano, cultore della materia in sociologia del diritto, sociologia del lavoro, e sociologia della devianza, Università degli Studi di Milano, membro del comitato di direzione della rivista «Società e diritti» dell'Università degli Studi di Milano.

d'azione, ovvero di decidere tra alternative d'azione contrastanti, alla luce sia delle forme assunte dai sistemi politico-istituzionali, dal sistema di risoluzione delle dispute in essi operante, sia della concezione monistica o pluralistica dello Stato e del diritto, ovvero del conflitto sociale.

In quest'ottica l'analisi della gestione e dell'esercizio del potere, nelle diverse forme che il potere, diversamente distribuito, assume negli aggregati sociali, esercitato in regimi politico rappresentativi parlamentari puri e/o costituzionali puri, in contesti monistici o pluralistici, cooperativi e conflittuali, autonomi o eteronomi, aiuta a comprendere e spiegare il fenomeno dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva i diritti fondamentali, gli istituti giuridici concernenti tali diritti, le norme che li disciplinano, le istituzioni deputate alla risoluzione delle relative dispute, si assumono dipendenti dai sistemi d'azione umana correlati e specificamente da quello economico-politico: il conflitto sociale per l'acquisizione delle risorse scarse (materiali, simboliche e posizionali) costituisce una variabile indipendente capace di influire sul diritto, sui diritti fondamentali e sulla loro attuazione.

Le diverse forme assunte dallo Stato nei regimi politico-rappresentativi succeduti a quelli assoluti nel continente europeo e di nuova costituzione in quello americano, la tendenziale convergenza di questi sistemi nel modello democratico-costituzionale liberale, la loro crisi anche nella versione socialdemocratica, dunque i caratteri che di volta in volta essi assumono in relazione conflitto sociale sotteso, le relazioni fra le parti configgenti, la configurazione individualistica o collettivistica del conflitto, la maggiore o minore distribuzione del potere all'interno dei gruppi interessati; ebbene queste variabili condizionano le attività normative di tipo giuridico essenzialmente indirizzate a controllare gli antagonisti, tracciando il limite fra le sfere d'azione proprie e altrui, delle maggioranze e degli individui, dunque i diritti soggettivi in genere, quelli fondamentali in ispecie ed in definitiva gli stessi diritti umani.

La concezione monistica o pluralistica del diritto e dello Stato, i modelli di Stato, i sistemi giuridici, gli istituti giuridici, le norme che li regolano, i diversi modelli di attività giurisdizionale (aggiudicativa, facilitativa o ibrida) nella loro interdipendenza con il conflitto sociale, definiscono «un terreno di confronto ove l'azione è orientata verso l'acquisizione delle risorse per le quali

si configge»¹, perché il diritto, i diritti soggettivi, i diritti fondamentali ovvero i diritti umani sono la struttura del conflitto che si consuma per l'acquisizione di risorse scarse².

In questa prospettiva i diritti fondamentali si confrontano con un problema classico delle democrazie contemporanee: quello consistente nel cercare di conciliare, nell'ambito di una concezione parlamentaristica o costituzionalistica dello Stato, monistica o pluralistica del diritto, aggiudicativa e facilitativa dei sistemi di risoluzione delle dispute, valori che per loro natura sembrano inconciliabili: il contrasto tra singoli individui, tra singoli e collettività, tra maggioranze e minoranze, tra il principio di indipendenza e quello della responsabilità democratica.

Molteplici le soluzioni adottate per affrontare un contrasto che sembra insanabile, orientate, a circoscrivere o ampliare, da una parte, l'indipendenza e i diritti fondamentali o umani degli individui; dall'altra, il potere e il grado di relativa responsabilità della collettività.

Non vi è dubbio che il modo in cui concretamente si struttura e si articola la gestione del potere tra singoli individui, tra individuo e collettività, nelle principali democrazie contemporanee occidentali, passa attraverso la configurazione dei soggettivi, dei diritti fondamentali o umani e le relative modalità di attuazione.

Il ricorso nei singoli ordinamenti giuridici ad una diversa configurazione e riconoscimento dei diritti fondamentali, dei diversi metodi di risoluzione delle dispute (aggiudicativi e facilitativi), alla luce delle forme politico-istituzionali adottate, rappresenta una tra le possibili risposte alla diversa articolazione e stratificazione sociale, ai rapporti fra maggioranze e minoranze, alla presenza di collettività costituite da singoli individui, alla coesistenza di maggioranze costituite da minoranze, all'esistenza di minoranze soverchianti, alla presenza

1. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.234; Dahrendorf R., *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari 1957, p.517; Collins R., *Conflict Sociology: Toward an Explanatory Science*, Academic Press, New York 1975.

2. Tomeo V., 1981, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, II ed., FrancoAngeli, Milano 1981; Bilotta B. (a cura di), *La giustizia alternativa*, Giappichelli, Torino 1999; Bilotta B. (a cura di), *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano 2008; Bilotta B., *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*, in Tomeo V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di Bilotta B.M., Rubbettino, Soveria Mannelli 2013, p.9; Bilotta B. (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano 2014; Febbrajo A., *Sociologia del diritto*, il Mulino, Bologna 2009.

di maggioranze prevaricatrici, alla presenza di individui capaci di assoggettare intere collettività e di collettività capaci di prevaricare singoli individui.

L'analisi delle origini, dello sviluppo dei regimi politico-rappresentativi nel continente europeo ed americano e della loro differenziazione consente di far luce sul riconoscimento, sulla tutela e diffusione dei diritti fondamentali o umani: si tratta di aspetti comuni concernenti i valori che permeano le configurazioni istituzionali e le norme giuridiche che sono tra loro ovviamente diverse³.

Da una parte vi è lo Stato parlamentare puro che attribuisce predominanza al Parlamento e alle leggi votate dalla maggioranza; dall'altra, quello costituzionale puro, che prevede il controllo del Parlamento da parte della Corte Costituzionale, che ha il potere di controllare le decisioni assunte dalla maggioranza e persino annullarle⁴. In un caso la legge è sovrana, manifestazione della volontà popolare che tutela i diritti fondamentali della massa, formulata dai rappresentanti politici in un dato momento storico, non condizionata da altre volontà sempre annullabili; nell'altro sovrana è la Costituzione, espressione della volontà dei padri fondatori, che definisce l'identità della nazione, garantita da un sistema di procedure con cui si tutelano i diritti fondamentali dei suoi appartenenti⁵. Una Costituzione che in casi eccezionali può essere modificata da maggioranze qualificate i cui membri, espressione della società nazionale in un dato momento storico, non possono assumere decisioni in contrasto con quanto stabilito dai costituenti per la vita della società organizzata in forma di Stato⁶.

Si tratta di sistemi di gestione e di esercizio del potere accomunati dall'esigenza di garantire e tutelare gli interessi della borghesia: affidati, in un caso, alla legge, espressione della volontà popolare ovvero dell'*élite* al potere; nell'altro, alla Costituzione, espressione della volontà dei padri fondatori ovvero dell'*élite* al potere. Quello che cambia non è l'interesse garantito e tutelato, perché questo è e rimane quello dell'*élite* borghese al potere, semmai la prospettiva da cui lo si osserva: quella della collettività di cui è parte il singolo o del singolo individuo che la costituisce.

3. Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.13.

4. Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, p.18.

5. Id., p.19.

6. *Ibidem*.

L'analisi storica delle origini dei regimi rappresentativi costituzionali rispetto a quelli parlamentari spiega la diffusione di questi sistemi in aree geografiche diverse: il sistema puro parlamentare negli Stati del continente europeo, quello costituzionale puro nel continente americano⁷.

Per quanto riguarda il caso nordamericano tale regime trae origine dall'esperienza di gruppi di individui portatori di diritti soggettivi, diritti fondamentali o umani, posizioni e interessi, incentrati sulla proprietà e antecedenti alla formazione dello Stato, individui che si affrancano dalle potenze straniere che hanno colonizzato il territorio americano, inglesi, francesi, spagnoli e dalle relative classi dominanti, nobiltà e clero.

Si tratta di realtà in cui gli individui costituiscono un nuovo Stato, diverso da quello di origine o di provenienza, per tutelarsi dalle ingerenze di «un potere esecutivo forte o di maggioranze popolari temporanee»⁸ espressione di interessi non «autoctoni», originari degli singoli individui che vivono sul suolo americano, in grado comunque di pregiudicare i diritti quesiti o pre-statali dei padri fondatori del nuovo Stato appartenenti ad un *élite* di potere e di governo emergente: la protezione dei diritti individuali, fondamentali o umani, si basa sul riferimento duraturo dell'identità collettiva cristallizzata nella Costituzione, sull'idea di diritti che spettano a singoli individui e non sull'idea di uno scopo collettivo⁹, di un interesse collettivo generalista verso cui indirizzare l'azione dello Stato¹⁰. Un timore, quello antimaggioritario e individualista, bene evidenziato dall'esperienza americana, orientata verso la realizzazione di una società pluralistica inclusiva al proprio interno di numerose e riproducentesi minoranze¹¹, sospinte e attratte nel loro agire dalla necessità di tutelare l'individuo, i suoi diritti soggettivi, fondamentali e umani, dalla maggioranza ovvero dalla minoranza, dalla *élite* di potere e di governo che la costituisce.

Per quanto invece concerne i regimi politici continentali europei, essi originano da un'esperienza collettiva espressione di interessi coagulati attorno ad una nuova classe emergente oramai consolidata, fondata sulla sostituzione in blocco

7. Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002.

8. Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, p.21.

9. *Ibidem*.

10. *Ibidem*.

11. *Id.*, p. 22.

di nuovi sistemi politico-istituzionali a quelli precedenti di matrice assolutistica, realizzata in condizioni di minaccia sia interna, proveniente da sostenitori del vecchio regime, sia esterna proveniente da altri Stati¹². Sistemi politici che si legittimano con l'affermazione di scopi alternativi da proporre alla collettività nazionale e appaiono orientati verso la costituzione di una società monistica, in sostituzione sebbene in continuazione di quella assolutista regia, autorizzando maggioranze parlamentari anche temporanee ad esercitare poteri assoluti nei confronti dei singoli al fine di prevenire e ostacolare interessi, scopi, l'azione di minoranze, di *élites* di potere ostili¹³ come il clero, la nobiltà e riconoscere; ma anche tutelare i diritti fondamentali o umani dei singoli appartenenti alle collettività, ai gruppi di potere, alle *élites* emergenti. Scopo di queste forme istituzionali consiste nell'affermare l'interesse generale dello Stato a dispetto di quello dei singoli individui, secondo una visione monistica dello Stato e del diritto che rende la collettività principale garante, attuatrice del riconoscimento, della tutela e diffusione dei diritti fondamentali o umani riferibili alle *élites* di potere emergenti.

Assetti politico-istituzionali che durante l'evoluzione storica sono incorsi in una convergenza imputabile alla diffusione «fuori del continente americano di costituzioni che incorporavano diritti individuali, di Corti costituzionali od organi equivalenti, che avevano il potere di controllare se le leggi emanate dai Parlamenti fossero conformi a quelle Carte»¹⁴. Sistemi politico-istituzionali che miravano, da una parte e in concreto, non tanto a riconoscere e tutelare i diritti fondamentali e umani di molti, semmai a soddisfare i diritti fondamentali e umani, gli interessi e gli scopi di pochi; dall'altra e in astratto, a legittimare nuove collettività, gruppi di individui e *élites* di potere, espressione di gruppi di interesse e conflitto impadronitisi del sistema di gestione e di esercizio del potere precedentemente occupato da altri conservandone gli assetti strutturali di fondo.

Una convergenza riferibile alla diffusione del processo storico-culturale di costituzionalizzazione, definito anche come «tecnica giuridica della libertà»¹⁵, che ha investito i regimi politico-rappresentativi¹⁶ e ha configurato come «un

12. *Ibidem.*

13. *Ibidem.*

14. *Id.*, p.23.

15. Matteucci N., *Lo stato moderno*, il Mulino, Bologna 1997, p.128.

16. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992. p.18.

rapporto giuridico la relazione corrente tra il detentore (o detentori) del potere politico e coloro che a tale potere erano soggetti [...] un rapporto definito da, regolato da, subordinato a, norme giuridiche conoscibili»¹⁷: «il costituzionalismo prevede una struttura della società politica, organizzata tramite e mediante la legge, con lo scopo di limitare e ridurre l'arbitrarietà del potere, di sottometerlo al diritto»¹⁸ e paradossalmente, in questo contesto storico, di astrattamente riconoscere e tutelare gli interessi, gli scopi di molti, in concreto di assicurare e garantire la realizzazione degli interessi, degli scopi, dei diritti soggettivi, dei diritti fondamentali e umani di pochi.

La sottoposizione ad un organo "indipendente" sia dei privati cittadini, sia di coloro che assumono ruoli e svolgono funzioni pubbliche, assicurando il primato della legge, è l'elemento portante dello Stato costituzionale moderno, strumento necessario per il controllo della gestione e dell'esercizio del potere politico¹⁹, in questa fase storica per il riconoscimento e la tutela dei diritti soggettivi, fondamentali e umani, di pochi, per l'emersione nuovi gruppi di potere.

Nell'ambito di questo assetto il compito di risolvere le dispute fra cittadini, fra cittadini e Stato, viene affidato a un soggetto terzo e imparziale, in base a norme generali da questi liberamente interpretate, concretizzandosi il principio della separazione dei poteri, giurisdizionale e costituzionale compresi²⁰.

Se l'indipendenza del soggetto terzo investito del potere di risoluzione di una disputa costituisce una comune caratteristica dei regimi costituzionali, che in questa fase storica sembra più apparente che reale, significative differenze esistono invece fra i paesi dell'Europa continentale ispirati alla tradizione di *civil law*, e quelli anglosassoni ispirati alla tradizione di *common law*²¹.

Nei paesi continentali il ruolo del terzo investito dell'autorità necessaria a risolvere una disputa sembra «meno politicamente incisivo»²². Il processo di

17. Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp.46ss.

18. Sartori G., *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna 1987, p.21.

19. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, pp.18-19.

20. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 19; Bassi, F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XV, pp. 17-113, 1965; Rebuffa G., *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino 1993, pp.32ss.; Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.6.

21. Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002.

22. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 19; Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.6.

centralizzazione dell'autorità politica e dei procedimenti di risoluzione delle dispute in capo al sovrano, pur con alcune differenze, vede nel monarca, quantomeno in una fase iniziale, il soggetto dotato di supremazia gerarchica fra quelli legittimati a decidere una controversia²³: nel regime parlamentare questi ultimi vengono considerati come esecutori della legge dovendo applicare la legge votata dal Parlamento senza interpretarla. Un aspetto che in futuro si salderà con l'esigenza di garantire il monopolio dell'attività legislativa e giurisdizionale unicamente in capo alle nuove élites di potere e di governo.

Il successivo processo di costituzionalizzazione e di sviluppo delle garanzie di indipendenza in favore dei titolari della facoltà di comporre una disputa allenta, ma solo parzialmente, questo vincolo, che si basa sulla comune matrice organizzativa di magistratura e amministrazione. L'indebolimento della posizione del sovrano nel corso dell'800, la limitazione dei suoi poteri non muta l'assetto politico-istituzionale ma trasferisce al governo la capacità di influenzare il corpo giudiziario²⁴: l'esecutivo si sostituisce al sovrano nell'esercizio dei poteri di orientamento e di indirizzo dei soggetti legittimati a decidere una controversia. Le nuove élites di potere e di governo, la classe borghese, non intendono condividere il monopolio della dell'attività legislativa e giurisdizionale con altri attori politico-sociali non appartenenti alla medesima cerchia di privilegiati.

In questo quadro si verifica nel continente europeo un'ulteriore differenziazione rispetto al sistema anglosassone, poiché alle minori garanzie di indipendenza riservate ai giudicanti, considerati come un potere da limitare e controllare, si aggiunge l'affidamento alla giustizia amministrativa delle controversie tra Stato e cittadini attribuendole alla competenza della giustizia amministrativa, espressione dello Stato-centrismo assolutista di matrice liberale caratteristico dell'epoca, manifestazione tipica delle nuove élites di governo e potere²⁵.

Un ulteriore elemento di diversificazione consiste poi nel fatto che in Francia l'attribuzione alla Corte di Cassazione di un potere legislativo per il controllo delle modalità di applicazione e interpretazione delle norme di legge,

23. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 19; Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp.49ss.

24. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 19.

25. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 20; Rebuffa G., *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino 1993.

quantomeno durante un primo periodo, definitivamente subordina i giudici agli organi rappresentativi e alle norme da questi emanate²⁶. Se il principio della separazione dei poteri sbilanciato in favore del legislativo non riguarda organi posti sullo stesso piano, allora si trasforma in una mera classificazione di atti in base alla forma²⁷: le nuove *élites* di governo e di potere non intendono condividere con altri il controllo politico dell'attività giurisdizionale.

Per quanto invece concerne i paesi anglosassoni, se il processo di centralizzazione dell'autorità politica si costruisce come nei regimi continentali attorno all'istituzione parlamentare, nondimeno questo sviluppo si realizza in un contesto policentrico e pluralista, ove il principio del monopolio statale della produzione normativa non trova compiuta attuazione, misurandosi con la rilevanza del diritto di origine giurisprudenziale²⁸: i giudici mantengono una posizione di relativa autonomia nei confronti della legge parlamentare assumendo il ruolo e le funzioni di interprete creativo del diritto²⁹. «I principi di *common law*, pur nella riconosciuta crescente importanza dello *statutory law*, rimangono ancora oggi in questi paesi il fondamento delle decisioni»³⁰ dei soggetti investiti del potere di risolvere una disputa. Si tratta di una soluzione che rappresenta l'esito del conflitto consumatosi tra il monarca assoluto e i grandi signori del regno in seguito al quale gli interessi di vecchie e nuove *élites* di potere e governo in Gran Bretagna, hanno trovato riconoscimento e attuazione, nella promulgazione della prima carta dei diritti mai conosciuta, la *magna charta*, successivamente nell'emanazione di numerosi *bills of rights*. Una soluzione che vede comunque il corpo giudiziario saldamente nelle mani della nobiltà, del clero e poi della classe borghese emergente.

Negli Stati Uniti, sistema politico di nuova formazione, primo Stato moderno a dotarsi di una Costituzione scritta e ad istituire un organo giurisdizionale legittimato ad interpretarla, La Corte Costituzionale, la presenza della Carta fondamentale e del controllo di costituzionalità escludono qualsivoglia rapporto di subordinazione fra il titolare del potere di comporre una disputa e le

26. Rebuffa G., *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 10Ss e 25Ss; Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.100.

27. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 20.

28. Id., pp. 20-21.

29. Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.6.

30. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 20.

istituzioni rappresentative³¹: si tratta di un potere posto sullo stesso piano degli altri, i cui membri, nell'esercizio di una funzione finalizzata a controbilanciare il legislativo, assumono il ruolo di interprete creativo del diritto, aspetto tanto più evidente se tale sindacato riguarda dispute concernenti l'applicazione della Costituzione³²: una soluzione perfettamente in linea con l'esigenza di tutelare gli interessi e gli scopi, i diritti fondamentali e umani, dell'*élite* al potere sulla scorta di un sistema politico istituzionale che vede quale primaria esigenza la necessità di tutela del singolo appartenente ad una ristretta cerchia di poteri rispetto a maggioranze precostituite da intendersi quali nemici interni ed esterni del costituito sistema politico.

La Gran Bretagna costituisce poi un caso a sé, non solo perché priva di una Costituzione scritta, ma soprattutto perché il Parlamento risulta titolare di un potere quasi assoluto rispetto a quanto accade negli Stati del continente europeo³³. A differenza della Costituzione americana il riferimento giuridico a un'identità duratura, pur nella diversità delle procedure stabilite per garantire la tutela dei diritti individuali, si attua con la creazione giurisprudenziale del diritto secondo il principio dello *stare decisis*, che impone di attenersi ai precedenti giurisprudenziali³⁴. Ulteriore differenza rispetto a quanto avviene negli Stati continentali, dotati di una giustizia amministrativa separata, in Gran Bretagna il giudiziario ordinario controlla la Pubblica Amministrazione³⁵. Una soluzione che consente di salvaguardare le esigenze di nuove *élites* di potere nei confronti del vecchio potere costituito.

Alla luce di quanto sin qui riferito ed al fine di cogliere le ragioni strutturali e funzionali della presenza e della diffusione dei diritti fondamentali o umani nell'ambito dei regimi contemporanei democratico-costituzionali di stampo liberale e della loro attuazione, occorre analizzare i caratteri fondamentali della giurisdizione statale, per verificare se il processo di materializzazione dell'ideale di libertà in una moltitudine sempre più ampia di diritti fondamentali o umani, non rappresenti altro che una forma ideologica sprovvista dei mezzi necessari per poterla concretamente attuare in favore

31. Id., pp. 20-21.

32. Id., p. 22.

33. Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, p.21.

34. Id., p.21.

35. *Ibidem*.

di maggioranze silenziose: incorrendo nel paradosso di porre tali diritti in conflitto tra loro rendendoli persino irrealizzabili. Scopo del presente lavoro è dunque quello di svelare la matrice ideologica e le tendenze future di un movimento, quello dei diritti fondamentali e umani, che può definirsi come “movimento manifesto inconsapevole” sulla scorta delle funzioni manifeste e latenti di mertoniana memoria: la funzione latente dei diritti fondamentali concretamente inefficaci perché inapplicati ma formalmente in vigore perché riconosciuti, dunque l'effetto concreto da esso prodotto, consiste nella riduzione del tasso di conflittualità che investe gli attori sociali mondiali caratterizzati dalla diseguale distribuzione di quote di potere e autorità: i primi soddisfatti dell'esistenza simbolica dei diritti fondamentali, i secondi della loro pratica disapplicazione.

2. Diritti fondamentali e giurisdizione

La risoluzione di una disputa con l'intervento di un terzo è un procedimento presente in quasi tutte le società: la presenza del terzo assicura il componimento della disputa, l'affermazione di un diritto e la soddisfazione dell'interesse ad esso sotteso³⁶.

L'intervento del giudice tuttavia riduce i margini di libertà delle parti perché devono rispettare le sue decisioni senza poterlo scegliere essendo imposto dall'esterno mediante nomina statale³⁷. Un metodo proceduralizzato e formalizzato che consente di risolvere le dispute accertando la violazione di una norma, di produrre norme, precedenti giurisprudenziali, rivolti a chi non è parte del procedimento. Se l'intervento del terzo garantisce vantaggi in termini di rapidità e di efficacia, tuttavia questi benefici sono controbalanciati dai rischi in cui incorrono le parti³⁸: per l'assenza di qualsivoglia legittimo condizionamento sulla decisione del terzo, per la totale soggezione delle parti all'intera procedura posto che l'intervento del terzo non necessita il loro accordo, essendo sufficiente che una di esse, l'attore, si rivolga al terzo

36. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p.14.

37. Id., pp. 20-21.

38. *Ibidem*.

per chiamare in causa l'altra, il convenuto³⁹. Il terzo si trova poi nei confronti delle parti in una posizione complessa poiché come risolutore delle dispute è chiamato a risolverle in assenza del consenso delle parti nei confronti della procedura adottata e del terzo⁴⁰. Si tratta di un aspetto caratteristico dei metodi aggiudicativi statali ovvero il giudizio, che li rende senz'altro più discutibili rispetto ai meccanismi cosiddetti facilitativi delle dispute (mediazione e negoziato) privi di questo limite⁴¹. Un aspetto che se, da un lato, evidenzia la carenza del presupposto fondamentale per qualsiasi procedura triadica volta alla risoluzione di una disputa, il consenso delle parti; dall'altro, lo rende un formidabile strumento di trasmissione dell'influenza politica in ambito sociale, di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali o umani delle élites di potere al governo.

Ciò spiega come gran parte dei metodi aggiudicativi siano finalizzati ad acquisire il consenso delle parti o quanto meno di poterlo presupporre⁴² con l'adozione di principi idonei ad assicurare l'imparzialità del terzo giudicante, un imparziale trattamento delle parti⁴³: meccanismi idonei non solo a vincolare la decisione del terzo evitando di considerarlo personalmente responsabile, riducendo la delusione della parte soccombente, ma anche atti a mettere il terzo al riparo dalle ingerenze delle parti soprattutto quando una di queste è proprio lo Stato⁴⁴.

Si tratta di aspetti che nell'ambito del processo di sviluppo dei sistemi politico-istituzionali occidentali hanno visto, dapprima, l'incorporazione del terzo nell'apparato statale al fine di garantirlo dall'influenza delle parti private, assicurandogli una maggiore imparzialità⁴⁵; successivamente, la ridefinizione del suo ruolo in relazione non solo a coloro dai quali la sua carica dipende (in-

39. Id., 14-15.

40. Id.: 15.

41. Shapiro M., *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, Chicago 1981, pp. 8ss.

42. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p.15.

43. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p.16; Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.28.

44. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p.15; Eckhoff T., *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution*, «Acta Sociologica», X, pp. 148-172, 1967, pp.161-164; Shapiro M., *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, Chicago 1981.

45. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 17; Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.28-29.

dipendenza interna), ma anche in relazione a coloro da cui dipende l'apparato statale (indipendenza esterna)⁴⁶: è il tema dell'indipendenza del terzo o della sua immagine di imparzialità rispetto allo Stato⁴⁷.

In questa prospettiva la garanzia di imparzialità del terzo si raggiunge con l'applicazione delle procedure e dei meccanismi stabiliti dall'ordinamento giuridico, garantito dall'autorità dello Stato, a sua volta legittimato dal consenso dei cittadini⁴⁸. Il costituzionalismo liberale motivato dalla lotta per la limitazione del potere politico sostiene il rafforzamento delle garanzie di indipendenza interna ed esterna dei soggetti terzi investiti del potere di risolvere una disputa nei confronti dello Stato, per garantirne l'imparzialità⁴⁹: il giudiziario non costituisce soltanto lo strumento attraverso cui è possibile realizzare gli interessi concreti di nuove élites di governo e potere, ma anche l'organo di trasmissione dell'influenza politica in ambito sociale, di legittimazione politica delle élites di governo dominanti.

La valenza politica del ruolo e delle funzioni svolte dal terzo investito del potere di risolvere una disputa si salda con l'assetto politico-istituzionale adottato: il terzo giudicante non si limita semplicemente a risolvere una controversia, ma applicando e interpretando norme legislative e costituzionali poste dal potere politico, si inserisce nel processo di gestione e di esercizio del potere, garantendone la conservazione e la riproduzione, divenendo l'interprete del conflitto⁵⁰. Ispirandosi ai principi dell'ordinamento giuridico la decisione del terzo lo riproduce oppure, al contrario, lo destruttura, assumendo in un caso come nell'altro valenza politica: il consenso nei confronti dello Stato fonda il consenso per la decisione presa dal terzo, che a sua volta fonda il consenso nei

46. Shapiro M., *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, Chicago 1981, pp.19-20; Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, p.31.

47. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 17.

48. Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, p.16.

49. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 18.

50. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 16; Tomeo V., 1981, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, II ed., FrancoAngeli, Milano 1981; Greco D., *Premessa*, in Bianchi d'Espinosa L. et al., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari 1970, pp.35-36; Bilotta B., *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*, in Tomeo V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di Bilotta B.M., Rubbettino, Soveria Mannelli 2013, p.9.

confronti dello Stato⁵¹ secondo un processo circolare, un consenso nei confronti dello Stato inteso come *ordinamento*, non come soggetto di volontà politica. Ciò implica che una volta scelto secondo le procedure stabilite, il giudice debba ritenersi indipendente dai comandi del potere esecutivo che non possono che esprimere la volontà della maggioranza ovvero di una sola parte della popolazione: un aspetto astrattamente condivisibile ma in concreto irrealizzabile per la provenienza dei terzi giudicanti dalle fila di una ben definita classe sociale. La fiducia che le decisioni delle istituzioni giudiziarie siano giuste si fonda su una finzione giuridica ovvero sulla fiducia nello Stato inteso come insieme di procedure e non come soggetto capace di comandi, cioè di una volontà politica⁵²: quasi che le *élites* di potere che lo animano, i loro caratteri costituiti potessero sciogliersi nelle procedure da esse stesse previste, un aspetto caratteristico degli ordinamenti *civil law* e ancor più evidente in quelli di *common law*.

In questi termini l'indipendenza della magistratura permette che tra i cittadini e lo Stato operi una tripla salvaguardia: chi detiene il potere politico non deve esser considerato responsabile delle decisioni, inevitabilmente generatrici di delusioni, con cui i giudici risolvono le controversie; il cittadino continua ad aver fiducia nelle decisioni dei giudici indipendentemente dalla parte politica al potere⁵³; questo meccanismo costituisce lo strumento adatto a realizzare scopi e interessi delle *élites* di potere e di governo perché, presupponendo un consenso che non esiste, consente di autolegittimarsi svincolandosi da qualsivoglia forma di controllo che non sia riconducibile agli esponenti della classe dominante che concretamente detiene il potere nello Stato.

L'indipendenza dei soggetti investiti del potere di risolvere una disputa dal legislativo e dall'esecutivo, costituisce una delle caratteristiche dei regimi rappresentativi che succedono in Europa a quelli assoluti, un elemento ancor più marcato nella repubblica presidenziale americana⁵⁴: un principio condivisibile ma in concreto rimasto inattuato se si analizzano le norme in tema di selezione, formazione e carriera dei magistrati dell'epoca. All'origine l'indipendenza del potere giudiziario significava il rifiuto di un potere centrale arbitrario e

51. Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, pp.16-17.

52. Id.: 17.

53. Id.: 17-18.

54. Id.: 15.

incontrollato, quello assoluto del sovrano, e la garanzia che venissero protetti i diritti individuali, di proprietà privata, autonomia contrattuale, libertà di lavoro, che costituivano la ragion d'essere del nuovo regime politico, i diritti fondamentali e umani delle nuove *élites* di potere emergenti. Significava, in altre parole, che la società civile costituita dalle nuove classi emergenti doveva essere considerata separata dallo Stato monarchico assoluto e che il potere giudiziario indipendente doveva essere posto a garanzia di tale separazione⁵⁵ garantendo in tal modo la possibilità alle nuove classi di impadronirsi del potere.

Le considerazioni sin qui svolte consentono di gettare luce sulle ragioni per cui astrattamente nei regimi democratici costituzionali i metodi di risoluzione delle dispute si conformino al modello aggiudicativo statale. Si tratta di regimi che si fondano sul consenso, esplicito o implicito, dei membri della comunità politica, e che vedono nell'appartenenza all'apparato statale del terzo investito del potere di risolvere una controversia, per le riferite supposte garanzie di imparzialità e di indipendenza esterna e interna, il meccanismo più adatto: ad assicurare l'attuazione della volontà della collettività e dei singoli, espressione di una *élite* dominante, sulla scorta dei diritti fondamentali e umani sanciti nella costituzione e nelle leggi, dunque la stessa conservazione e riproduzione del sistema politico-istituzionale costituito⁵⁶; a realizzare gli interessi, gli scopi dell'*élites* di potere e di governo sottesi ai diritti fondamentali e umani da esse perseguiti allorché assumono di volta in volta il controllo del sistema politico-istituzionale, ma ad esercitare anche un controllo penetrante sugli interessi, sugli scopi perseguiti da nuove *élites* di potere e di governo, concorrenti e antagoniste, sui diritti soggettivi, fondamentali o umani, da esse affermati e propugnati.

Sotto diverso profilo l'analisi delle origini dei sistemi rappresentativi costituzionali rispetto a quelli parlamentari consente di far luce sulla presenza e diffusione dei metodi di risoluzione alternativi delle dispute rispetto a quelli aggiudicativi in relazione ai diversi modelli assunti dallo Stato moderno: un aspetto che può risultare significativo sotto il profilo della diffusione, del rico-

55. Id.: 15-16.

56. Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992, p. 17; Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp.49ss; Damaška, M.R., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Trad di Giussani A. e Rota F., il Mulino, Bologna 1991.

noscimento e della tutela dei c.d. diritti d'identità e diffusi, dei diritti fondamentali e umani di ultima generazione.

Il caso nordamericano sul quale si è modellato il resto del continente, un regime originato dall'esperienza di singoli e gruppi di individui portatori di diritti, di posizioni fondate sulla proprietà e antecedenti alla formazione dello Stato, costituisce infatti un terreno adatto alla diffusione di metodi alternativi di risoluzione delle dispute basati sul consenso delle parti, che meglio si attagliano alla tutela dei diritti fondamentali e umani di ultima generazione.

È un assetto in cui gli individui danno vita ad un nuovo Stato con lo scopo di tutelarsi dalle ingerenze di un potere esecutivo forte o di maggioranze popolari temporanee riconducibili al vecchio regime capace di pregiudicare i diritti quesiti: l'obiettivo primario della collettività, che è un'*élite* di potere, consiste nella protezione di tali prerogative, fondate sull'identità collettiva *élitaria* cristallizzata nella Costituzione, e non nella tutela di un interesse collettivo generalista verso cui indirizzare l'azione dello Stato. Quello antimaggioritario è il grande timore della storia americana, orientata alla costituzione di una società pluralistica astrattamente capace di accogliere, ma secondo una concreta e ben definita stratificazione sociale, le molteplici minoranze, sospinte e attratte nel loro agire dalla necessità di proteggere i diritti dell'individuo: un individuo che, a dispetto dell'interesse generale della maggioranza, appartiene sempre ad una ristretta *élite* di potere.

Un assetto politico-istituzionale che meglio garantisce l'adozione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie fondati sulla libertà dei contendenti di trovare un'autonoma composizione delle dispute, delle ragioni e degli interessi individuali in gioco tra gli appartenenti a ristrette *élites* di potere e governo. Libere come sono le parti in qualunque momento di accettare o respingere tanto le proposte avanzate dal terzo, quanto la procedura adottata: di raggiungere un accordo basato sul consenso intorno ai valori e agli interessi delle *élites* di potere e di governo concretamente in gioco nella disputa, un'intesa in definitiva fondata sull'affermazione e sul riconoscimento di una visione pluralista dello Stato e del diritto, sebbene avulsa dal riconoscimento e dalla tutela dei diritti d'identità e diffusi di ultima generazione ascrivibili ai singoli individui appartenenti a maggioranze silenziose.

Per quanto invece concerne i regimi politici continentali europei, questi non si prestano all'adozione di metodi alternativi di risoluzione delle dispute,

originando da un'esperienza collettiva fondata sulla sostituzione del nuovo regime a quello precedente di matrice assolutistica, dunque di una nuova *élite* di potere a quella precedente, spesso sotto la minaccia interna dei sostenitori del vecchio regime o quella esterna proveniente da altri Stati. Sistemi politici che si legittimano proponendo alla collettività nazionale finalità alternative, autorizzando maggioranze parlamentari *élitarie* e temporanee ad esercitare poteri quasi assoluti nei confronti dei cittadini per prevenire l'azione di minoranze ostili. Assetti politico-istituzionali che si prestano all'adozione di metodi aggiudicativi di risoluzione delle dispute, meglio in grado di affermare e raggiungere lo scopo primario di queste forme istituzionali: consistente nell'affermare l'interesse generale dello Stato, i valori e gli interessi concretamente perseguiti dalle *élites* di potere e di governo, secondo una visione monistica dello Stato e del diritto, in ogni caso avulsa dal riconoscimento e dalla tutela dei diritti d'identità e diffusi di ultima generazione ascrivibili ai singoli individui appartenenti a maggioranze silenziose.

3. La crisi dello Stato moderno, tra monismo e pluralismo giuridico, tra localismo e globalismo, tra ristrutturazione e destrutturazione: per nuove ipotesi sui diritti fondamentali

L'analisi dei sistemi politico-istituzionali moderni se chiarisce le ragioni della diffusione dei metodi aggiudicativi statali di risoluzione delle dispute nonché dei diritti fondamentali e umani di *élites* di potere al governo nell'ambito di una concezione monistica e statalistica degli ordinamenti giuridici, fondata sulla sovranità e sul monopolio di ogni Stato sul proprio diritto in rapporto ai diritti fondamentali, tuttavia non spiega la presenza, la diffusione e moltiplicazione dei diritti fondamentali o umani in epoche recenti, durante le quali i sistemi politico-istituzionali sembrano aver mantenuto, quantomeno astrattamente, l'assetto organizzativo, strutturale e funzionale originari. Ciò richiama l'attenzione sulla crisi della concezione monista dello Stato e del diritto, sul confronto con quella pluralistica degli ordinamenti giuridici alla luce dei mutamenti verificatisi nel corso dell'Ottocento e del Novecento.

La concezione monista dell'ordinamento giuridico ritiene che presso un territorio e una popolazione esista un solo ordinamento giuridico, esclusivo ri-

spetto ad ogni altro. Una nozione che ha pervaso la cultura giuridica moderna con l'affermazione dello Stato nazionale, inteso come entità politica sovrana sia al proprio interno, per il monopolio nella produzione e nell'applicazione del diritto, da intendersi come strumento di regolamentazione esclusiva dei rapporti sociali e di legittimazione dell'uso della forza; sia al proprio esterno, per l'indipendenza nelle relazioni con altre entità politiche statali, per la libertà da vincoli o condizionamenti non assunti liberamente e regolamentati secondo il diritto internazionale classico e la condizione di reciprocità. Nella prospettiva monista il rapporto giuridico tra i detentori del potere politico e coloro che vi sono assoggettati, il rapporto di cittadinanza, assume una dimensione rigida: ogni individuo è soggetto a un solo ordinamento giuridico, quello statale, fatta eccezione per le lacune e disarmonie fra sistemi giuridici. Una visione che contribuisce a far sopravvivere nella cultura giuridica un orientamento monistico-statalistico⁵⁷: il terzo investito del potere di risolvere la disputa, giudice o arbitro, se deve scegliere e applicare un solo ordinamento giuridico, dunque il diritto che promana dallo Stato, allora deve essere, ed in effetti è il solo organo – statale – cui spetta in via esclusiva il compito di interpretare e applicare la legge, dunque di dare esecuzione alla decisione⁵⁸.

Un'opzione che alla luce delle caratteristiche dei regimi rappresentativi, democratico-costituzionali di stampo liberale continentali di *civil law*, si è tradotta, per ragioni niente affatto scontate in contesti ideologici tra loro anche molto diversi, nell'adozione quasi esclusiva dei modelli di risoluzione delle dispute di tipo aggiudicativo statale, meglio in grado di soddisfare le esigenze delle *élites* di potere e di governo o che è lo stesso di assicurare e garantire la trasmissione dell'influenza politica nella società civile, di garantire e tutelare i diritti fondamentali o umani delle *élites* di potere piuttosto che degli individui appartenenti a maggioranze silenziose.

La crisi dello statalismo è andata di pari passo con le trasformazioni sociali preannunciate dall'Ottocento e realizzatesi nel corso del Novecento foriere di contraddizioni irreversibili e insanabili contrasti⁵⁹: mutamenti che hanno

57. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.56.

58. Id., 57.

59. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp.305-308; Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.55.

revocato in dubbio l'idea stessa di un mondo suddiviso in unità statuali delimitate e sovrane sia al proprio interno che al proprio esterno⁶⁰.

Nel corso di questo ultimo secolo il tema del pluralismo degli ordinamenti giuridici centrale nel dibattito politico, culturale ed economico è divenuto un problema centrale e ricorrente nella riflessione sul diritto, sullo Stato, investendo non solo il tema dei metodi di risoluzione delle dispute per il processo di continua erosione subito dal potere normativo statale⁶¹, ma anche e soprattutto quello dei diritti fondamentali o umani riferibili ad ordinamenti giuridici contigui, confusi e sovrapposti.

La concezione pluralista degli ordinamenti giuridici diffusasi a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso sostiene che presso lo stesso territorio e popolazione possano coesistere anche in modo repulsivo più ordinamenti giuridici tra loro interconnessi, dunque sistemi di risoluzione delle dispute, diritti fondamentali o umani tra loro anche molto diversi⁶²: ogni aggregato sociale relativamente stabile è infatti in grado di darsi un'organizzazione, cioè una regola o diritto⁶³. Una concezione che se afferma la coesistenza di sub-sistemi semi-autonomi nell'ambito di un sistema giuridico coincidente con un gruppo sociale individuabile, allora sostiene anche la compresenza, in una unità di analisi sociologica, di una pluralità di sistemi di diritto, con gli attori sociali in grado di orientarsi secondo sistemi giuridici integrati o in conflitto⁶⁴. È il concetto di "polisistemia normativa" per cui ogni società, ogni aggregato sociale, si caratterizza per l'esistenza al proprio interno di un intreccio di ordinamenti giuridici dipendenti dalle contingenze del conflitto sociale, correlato alla stratificazione sociale e alla distribuzione più o meno asimmetrica del potere

60. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.55.

61. Id., 55.

62. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp.235,238;

63. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.238; Durkheim E., [1893], *Principi di sociologia*, ed. it., F. Ferrarotti (a cura di), Utet, Torino 1967; Weber M., *Economia e società*, ed. it., Rossi P. (a cura di), Comunità, Milano; Geiger T., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, II ed., Trappe P. (a cura di), Neuwied am Rhein, Berlin 1964.

64. Ehrlich E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, ed. it., Febbrajo A. (a cura e presentazione di), Giuffrè, Milano 1913; Gurvitch G., *Sociologia del diritto*, trad. di Cotta S., Etas Kompass, Milano 1967; Carbonnier J., *Sociologie juridique*, A. Colin, Paris 1972; Arnaud, A.J., *Critique de la raison juridique*, vol. I, *Où va la sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1981; Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.239.

collettivo e individuale⁶⁵, dunque di una moltitudine di diritti fondamentali o umani quanti sono gli ordinamenti di riferimento.

Il conflitto che caratterizzava la società verso la fine del secolo scaturiva da asimmetrie sociali riferibili ad una rigida suddivisione di gruppi contrapposti⁶⁶: la stratificazione sociale, ingiustificata sul piano giuridico dopo la soppressione dei privilegi feudali determinata dalle rivoluzioni liberali, nei fatti era riprodotta da concreti squilibri nella disponibilità di risorse materiali, soprattutto dei mezzi di produzione, e simboliche. Una contrapposizione tra classi fondata su posizioni ascritte o sistema di *status*, non molto diversa dalla visione conflittualista dicotomica marxista che contrapponeva la classe borghese a quella proletaria⁶⁷, le *élites* di governo e di potere a maggioranze silenziose. Vicende politico-istituzionali consumatesi tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento che consentono di gettare luce sull'adozione dei metodi aggiudicativi statali per la risoluzione delle dispute, sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti fondamentali e umani: in un caso come nell'altro espressione di ristrette cerchie di potere, *élites* meglio in grado di trasmettere la propria influenza politica nella società civile dell'epoca⁶⁸.

Successivamente nei paesi industrializzati con accelerazione nel corso del secondo dopoguerra, l'avanzamento tecnologico, la diffusione della ricchezza, l'allargamento della cultura, l'organizzazione delle classi subalterne, le lotte sociali che ne sono conseguite, l'azione redistributrice dello Stato nella fase delle politiche di *welfare*, hanno prodotto una differenziazione delle posizioni individuali e differenziato al loro interno i gruppi sociali originari⁶⁹. Nella società industriale avanzata, in quella "post-industriale" e ormai "post-moderna", si

65. Arnaud, A.J., *Critique de la raison juridique*, vol. I, *Où va la sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1981, pp.23-26; Teubner G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, «Law and Society Review», 17, 2, 239 ss, 1983, pp.239ss; Santos B. de Sousa, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, «Sociologia del diritto», XVII, 3, 5 ss, 1990, p.5; Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp.241, 243.

66. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.130.

67. Id.: 130.

68. Bianchi d'Espinosa L., *Premessa*, in Bianchi d'Espinosa L. et al. (a cura di), *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari 1970, pp.16-22.

69. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.130.

è rivelata l'esistenza di un sistema di relazioni complesso e articolato, tale da rappresentare la società come un campo di conflitti di varia origine, composti nell'identità dei contendenti, mutevoli nelle manifestazioni secondo una stratificazione sociale composita⁷⁰.

La differenziazione delle classi sociali, l'adozione di strategie negoziali e di mediazione tali da determinare uno "scioglimento dei fronti"⁷¹, la molteplicità delle asimmetrie riscontrabili nei ruoli sociali anche concorrenti ricoperti simultaneamente dagli individui determinano la presenza in ambito sociale di una moltitudine di gruppi, definiti "di interesse" e "di conflitto" orientati simultaneamente alla cooperazione e allo scontro.

Si tratta di aspetti che se hanno determinato il superamento della concezione dello Stato moderno inteso come ente politico accentratore e monopolizzatore di ogni potere normativo, compresi quello giurisdizionale con il ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle dispute e quello legislativo con il riconoscimento di diritti fondamentali o umani non riconducibili alla normativa statutale, allora hanno prodotto una crisi dello Stato moderno che a partire dall'inizio del secolo ha investito il concetto occidentale di democrazia costituzionale liberale anche nella versione socialdemocratica.

Una periodizzazione correlabile allo sviluppo dei diritti fondamentali se riferita all'estensione del moderno concetto di libertà. La fase dei diritti civili che afferma un'idea passiva di libertà intesa come autonomia della sfera individuale riferibile ad una *élite* emergente di potere, quella borghese, dalle interferenze ingiustificate di qualsiasi soggetto pubblico, il Re e l'alta nobiltà, o privato, la nobiltà, il clero e i privati cittadini, concretantesi in un corrispondente dovere negativo di astensione gravante sulle *élites* monarchico-nobiliari-clericali di potere e governo⁷². La fase dei diritti politici che sostiene un'idea attiva della libertà intesa come libertà di partecipazione ai processi decisionali che impegnano una comunità, prima gestiti dal Re, dalla nobiltà e dal clero, ora dalla *élite* borghese, concretantesi in un corrispondente dovere attivo gravante su tali soggetti, che consenta non solo ai cittadini membri di queste *élites*, ma anche e sempre più agli appartenenti a maggioranze silenziose di partecipare,

70. Id.: 130.

71. Dahrendorf R., *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari 1957, p.517; Collins R., *Conflict Sociology: Toward an Explanatory Science*, Academic Press, New York 1975.

72. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.105.

di predisporre le strutture necessarie per il funzionamento della comunità. Ed infine la fase dei diritti economico-sociali che sostiene un'idea di libertà ancora più attiva, indirizzata verso nuovi soggetti sociali, intesa come capacità di godimento di beni essenziali, concretantesi nell'obbligo gravante sui governanti di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono la soddisfazione a causa della stratificazione sociale con l'approntamento di politiche redistributrici e uguagliatrici⁷³: una fase quest'ultima che se evidenzia l'inizio di una profonda trasformazione nella stratificazione sociale, dunque un principio di apparente avvicendamento di élites al potere concretantesi nella progressiva emersione degli appartenenti a maggioranze silenziose, allora evidenzia l'esistenza di una ristretta cerchia di individui e di potere nelle cui mani si concentra la gran parte delle risorse scarse e del potere finanziario mondiale. Non vi è dubbio che la prima fase coincida col liberalismo, la seconda con la democrazia e la terza con il socialismo riformista sfociante nello stato del benessere⁷⁴.

Si è così delineato un ambiente complesso, caratterizzato da rivendicazioni di ogni genere «fondate su sistemi normativi spesso neppure praticati da una popolazione individuabile, ma semplicemente pensati, concepiti in funzione della lotta politica» in cui i vari sistemi giuridici si intrecciano e confliggono tra loro⁷⁵. La complessità di questa situazione «in cui fenomeni di universalismo convivono con fenomeni di localismo e dove con i confini geografico-politici sfumano anche le delimitazioni di competenze e di giurisdizioni»⁷⁶, rimanda al tema della pluralità dei sistemi giuridici, concorrenti ciascuno su di uno spazio fisico, e richiede l'analisi del quadro in cui si è sviluppata la crisi delle istituzioni giuridiche nel corso degli ultimi cinquant'anni: al fine di po-

73. Rawls J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London-Oxford-New York 1971, ed. it., *Una teoria della giustizia*, Maffettone S. (a cura di), trad. di Santini U., Feltrinelli, Milano 1982, p.839.

74. Peces-Barba Martinez G., *Curso de derecos fundamentales*. 1. Teoria general, Eudema, Madrid 1991, ed. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Ferrari V. (a cura di), trad. di Mancini L., pres. N. Bobbio, Giuffrè, Milano 1993.

75. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.56.; Arnaud, A.J., *Critique de la raison juridique*, vol. I, *Où va la sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1981, pp.333ss.

76. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.56.; Olgiati V., *Glocalismo economico e forme imprecise di pluralismo giuridico. Una strategia coalizionale?*, in Ferrari V., Ronfani P., Stabile S. (a cura di), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Angeli, pp. 443-463, Milano 2001; Arnaud, A.J., *Critique de la raison juridique*, vol. II, *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2003.

terla correlare alla presenza e alla progressiva diffusione non solo dei metodi di risoluzione delle dispute alternativi, ma anche delle nuove forme di diritti fondamentali o umani.

L'analisi della crisi in cui sono incorse le istituzioni giuridiche durante gli anni Settanta e Ottanta evidenzia un duplice processo: da una parte, il venire meno delle certezze ereditate da decenni di benessere, per lo squilibrio tra aspettative e mezzi di soddisfacimento, con conseguente crisi delle strutture dello Stato sociale; dall'altra, l'inarrestabile espansione economica, più speculativa che non reale, caratterizzata dalla distruzione dei vincoli sociali consolidati, dalla diffusione di una cultura anomica e asociale⁷⁷. In questo quadro la crisi dello Stato si è manifestata innanzitutto con la crisi della legislazione, per l'incapacità di affrontare e risolvere i problemi posti dalla società, un fenomeno aggravato dall'emanazione di una moltitudine di leggi capaci di incidere negativamente sull'unità logica e dispositiva dei codici normativi⁷⁸. Un fenomeno quello dell'ipernormazione che, se ha ostacolato in modo contraddittorio e irrazionale le attività private e pubbliche, tuttavia è parso strumentale alle esigenze delle élites politiche e di governo bisognose di legittimazione politica acquisita con l'esibizione di meri simboli normativi⁷⁹.

In un quadro complessivo caratterizzato dal permanere di una congiuntura economica internazionale sfavorevole, con riduzione della ricchezza nazionale degli Stati dissipata negli scambi economico-politici fra elettori ed esponenti politici, le élites di governo e di potere hanno diversificato le proprie strategie d'azione: negli Stati Uniti, in Inghilterra la riduzione della spesa pubblica, della movimentazione del mercato economico si è accompagnata alla riduzione dei vincoli normativi (*deregulation*); in Italia si è invece continuato a dissipare le risorse pubbliche distribuendole tra gli appartenenti alle solite élites di potere e di governo, esibendo agli esclusi meri simboli normativi⁸⁰. L'acuirsi delle asimmetrie sociali ha diffuso un profondo senso di sfiducia nei confronti dello Stato e della legge, incapaci di operare perché assenti e se presenti incapaci di

77. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.308.

78. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.309; Irti N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979.

79. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.309.

80. Id., 309.

affrontare l'illegalità, in grado unicamente di legittimare le solite *élites* politico-sociali di governo e di potere: in Italia il sistema politico, scollato dalla realtà sociale ed economica, si è dimostrato esclusivamente dedito all'assunzione di decisioni che, dissipando le risorse pubbliche a fronte di un debito pubblico insostenibile, ne garantissero l'autoconservazione⁸¹.

All'inizio degli anni Novanta la percezione di questi fenomeni si è acuita al punto da determinare in Italia conseguenze di rilievo politico-istituzionale: la crisi della c.d. prima Repubblica, seguita da quella della c.d. seconda Repubblica, con un ritorno ai giorni nostri del *revival* del fenomeno della corruzione e di quello campanilistico. I mutamenti avvenuti durante l'ultimo scorcio del XX e gli inizi del XXI secolo comportano l'individuazione di ulteriori fasi di sviluppo dei diritti fondamentali. Mentre le fasi precedenti esprimevano una concezione umanista ed egualitaria, la quarta, cosiddetta dei diritti culturali o di identità, sostiene il riconoscimento della diversità⁸² in base a rivendicazioni di trattamenti uguali malgrado le diversità e pretese di trattamenti differenziati in base alle differenze: la società non appare più unitaria, semmai frantumata in una molteplicità di posizioni diverse, tutte legittime in base a elementi distintivi che riguardano e definiscono l'identità di ciascun individuo per differenziazione e per somiglianza con altri individui e gruppi sociali⁸³.

Un fenomeno tipico delle società contemporanee altamente differenziate, multiculturali, attraversate da molteplici processi migratori⁸⁴, caratterizzato da una pretese e rivendicazioni in nome di diritti soggettivi non disconoscibili perché "umani" e oggetto di riconoscimenti di diritto positivo, sotto forma di carte emanate dalle organizzazioni nazionali, internazionali e transnazionali: un riconoscimento che non si accompagna unicamente all'indicazione delle autorità giurisdizionali cui rivolgersi per far valere le proprie pretese, degli stessi criteri necessari per dirimere i conflitti e le dispute tra posizioni contrapposte, ma che produce anche evidenti paradossi consistenti nel negare l'identità altrui in nome del diritto alla identità propria⁸⁵.

81. Id., 308.

82. Bobbio N., *Letà dei diritti*, Einaudi, Torino 1992, p.67.

83. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.107.

84. Belvisi F., *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*, Clueb, Bologna 2000; Facchi A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari 2001.

85. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.107.

La quinta e ultima fase dei diritti fondamentali cosiddetti diffusi si è invece manifestata verso la fine del Novecento prendendo avvio da grandi scoperte scientifiche e innovazioni tecnologiche che se hanno modificato il contesto entro cui gli uomini agiscono⁸⁶, sono giunte persino a metterlo in pericolo⁸⁷. Si tratta di diritti che non spettano a singoli individui o gruppi, ma a generalità indistinte di soggetti, attuali o potenziali, individui viventi, che potranno vivere o non vivere⁸⁸.

In questa prospettiva globalistica che si associa alla crisi dello Stato moderno e del suo diritto, si rafforza l'idea che descrive i diritti fondamentali come "umani", secondo processi di differenziazione e unificazione che non appaiono scontati. Perde di significato il loro radicamento civico e politico poiché l'organizzazione nazionale o statale, internazionale, sovranazionale e transnazionale riferibile ai rapporti fra Stati, non ha gli strumenti necessari, soprattutto giurisdizionali o di risoluzione alternativa delle dispute, per bilanciare diritti contrapposti, per vincere le opposte resistenze al loro riconoscimento e godimento⁸⁹.

Nelle società più sviluppate di fine secolo lo Stato, il diritto, i metodi di risoluzione delle dispute, i diritti fondamentali o umani, simmetricamente alle tendenze che attraversano la società, oscillano tra «un'alternativa localistica di una destrutturazione pluralistica e l'opposta alternativa globalistica, di una ristrutturazione unificatrice: i modelli giuridici tradizionali ereditati dallo Stato liberale e dallo Stato sociale, improntati alla razionalità formale o materiale, all'autonomia ovvero alla *responsiveness*»⁹⁰, non sfuggono a questi processi. Si parla al riguardo di destrutturazione pluralistica e di ristrutturazione unificatrice, aspetti centrali nella presenza e nella diffusione non solo dei diritti fondamentali, ma anche dei metodi alternativi di risoluzione delle dispute in Italia: fenomeni analizzabili in prospettiva giuridica localista e globalistica⁹¹,

86. Rodotà S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma Bari 1992; Frosini G., *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 1993.

87. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.107.

88. *Ibidem*.

89. Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006, p.107. Ferrajoli V., *I diritti fondamentali nella sociologia giuridica e nella teoria del diritto*, in Ferrari, Ronfani, Stabile (a cura di), 2001, pp. 305-323.

90. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.310.

91. *Id.*, 242.

correlabili alla crisi della legislazione statale riguardante i diritti fondamentali e della giurisdizione statale.

Sotto il primo profilo la diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle dispute, dei diritti fondamentali si inserisce nella sopravvivenza o nella rinascita di forme alternative di diritto e di giustizia rispetto a quelle statali di ispirazione monistica⁹², caratteristiche dei sistemi politico-istituzionali continentali di *civil law* e oltre oceanici di *common Law*. La crisi dell'unità dei modelli normativi e giurisdizionali tradizionali è determinata da processi di differenziazione pluralistici, al contempo intrasistemici e intersistemici, accompagnati dall'iperlegificazione nazionale, sovranazionale e transnazionale. Nei sistemi statali si assiste alla rivendicazione di trattamenti differenziati in modo simmetrico alle articolazioni dei ruoli sociali⁹³. Si manifesta l'esigenza del ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle dispute, «a volte privati a volte semi-pubblici»⁹⁴, a forme di diritti fondamentali alternativi rispetto a quelli statali, secondo le più diverse esigenze e aspettative. Un fenomeno spiegabile nei termini del diritto riflessivo, un sistema giuridico che pur imponendo un quadro generale di riferimento, struttura ambiti autonomi e semi-autonomi di azione giuridica permettendo di autoregolarsi⁹⁵: la tendenza dei sistemi giuridici tradizionali a intrecciarsi secondo modalità imprevedibili consente all'azione giuridica privata di orientarsi dove più le conviene, di autoregolarsi secondo sistemi giuridici diversi⁹⁶.

La diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle dispute, dei diritti fondamentali si collega anche al rafforzamento di poteri transnazionali e sovranazionali, privati e pubblici. L'Unione Europea è un sistema giuridico distinto da quello degli stati membri e complesso al suo interno, caratterizzato dal potere di emanare provvedimenti normativi, cui gli stati membri devono uniformarsi, come testimoniato dalle numerose direttive rivolte all'Italia, ispiratrici e introduttive di nuove normative. Discipline riguardanti non solo i

92. *Ibidem*.

93. *Id.*, 310.

94. *Ibidem*.

95. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp.310-311; Teubner G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, «Law and Society Review», 17, 2, 1983, pp.239 ss.

96. Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.311.

nuovi modelli alternativi di risoluzione delle liti con l'affermarsi di sistemi di giustizia privata, soprattutto arbitrale, nel sistema del commercio transnazionale (la c.d. *lex mercatoria*), come sistema emergente dall'interazione giuridica multinazionale dei privati contrapposti ai sistemi statuali⁹⁷, ma anche di nuovi diritti fondamentali riconducibili non solo all'attività legislativa di normazione europea, ma anche giudiziaria riferibile all'operare di molteplici organi giurisdizionali europei.

Processi che se appaiono in grado di spiegare i propri effetti sullo Stato, sul diritto, sui metodi di risoluzione delle dispute aggiudicativi statali e alternativi facilitativi, sui diritti soggettivi, su quelli fondamentali o umani, nondimeno operano secondo esiti niente affatto scontati.

La tendenza verso il localismo e la destrutturazione e quella opposta verso il globalismo giuridico e la ristrutturazione, essendo fenomeni correlati, non si contraddicono in termini assoluti, potendo raggiungere un "equilibrio paradossale" tanto verso la ristrutturazione dei modelli giuridici su una scala geografica globale, quanto e simmetricamente sulla destrutturazione dei modelli giuridici su scala particolaristica⁹⁸.

Una strutturazione su scala globale dei diritti fondamentali e delle forme giurisdizionali di tutela degli stessi appare possibile sulla scorta della constatazione «che i rapporti giuridici di una crescente comunità di operatori se, da un lato, possono trarre ispirazione da sistemi giuridici diversi, dall'altro tendono ad essere sempre più simili tra loro, indifferentemente dai luoghi e dai sistemi stessi»⁹⁹ in cui vengono praticati, per le caratteristiche della società contemporanea improntata al continuo scambio di informazioni, favorendo l'adozione sia di metodi di risoluzione delle dispute aggiudicativi, sia di diritti fondamentali *transnazionali* senza frontiere.

Una destrutturazione particolaristica appare invece possibile sulla scorta della constatazione che i rapporti giuridici di una comunità di operatori, i diritti fondamentali, gli stessi metodi di risoluzione delle dispute se, da un lato, subiscono la spinta verso l'unificazione transnazionale assecondata dall'azione di grandi entità politiche sopranazionali fra cui la Comunità Europea, dall'al-

97. Id., 242.

98. Id., 311.

99. *Ibidem*.

tro, subiscono gli effetti del continuo conflitto fra spinta centripeta e centrifuga tra gli stati membri per i conflitti derivanti dai reciproci rapporti di potere, con la conseguenza che l'entità sovrastatale potrebbe giungere all'emanazione di mere norme quadro che lasciando il compito a ciascuno Stato membro di precisarle in base ad orientamenti particolaristici potrebbe favorire l'affermazione di "diritti fondamentali specifici" e metodi di risoluzione delle dispute alternativi diversi rispetto a quelli statuali¹⁰⁰.

Nella prospettiva della duplice propensione verso la destrutturazione pluralistica e la ristrutturazione unificatrice del diritto, verso l'affermazione di diritti fondamentali generali o speciali, verso l'utilizzo di metodi di risoluzione delle dispute aggiudicativi o facilitativi, privati o statali, occorre domandarsi quali tra queste tendenze prevarranno nel prossimo futuro: occorre dunque interrogarsi su chi, singolo o collettività, privato o pubblico, in una data unità spazio-temporale detiene il potere sociale, ovvero chi appare meglio in grado di portare ad effetto in ambito sociale un progetto d'azione, ovvero di decidere tra alternative d'azione contrastanti.

Un'ipotesi plausibile circa la tendenza verso l'unificazione o la differenziazione dei diritti fondamentali, dei modelli di risoluzione delle dispute, potrebbe derivare dall'analisi dell'evoluzione dei sistemi giuridici europei considerati alla luce dei principi fondamentali che ispirano il Trattato istitutivo, la Comunità Europea, orientati a garantire la libertà di movimento di merci, servizi, capitali e persone¹⁰¹. Se la spinta unificatrice si è manifestata soprattutto nei primi tre di questi settori, per quanto invece concerne gli individui le limitazioni appaiono ancora numerose e rigide: le limitazioni alla libertà di movimento delle persone sono strumentali alla circolazione delle merci, servizi e capitali, i cui profitti si concentrano nelle mani di pochi residenti nel nord del mondo.

Da ciò scaturisce l'ipotesi che, per quanto concerne le persone, da una parte, l'affermazione dei diritti fondamentali possa incorrere in una spinta differenziatrice piuttosto che unificatrice, poiché il riconoscimento e la diffusione del pluralismo giuridico sotto forma di diritti alternativi rispetto a quelli fondamentali, intesa come loro specificazione in base ad asserite differenze, in favore di singoli e gruppi, può rappresentare la contropartita di una politica trans-

100. Id., pp.312-313.

101. Id., 314.

nazionale centralistica orientata alla preservazione del potere in mano a quei pochi individui o collettività, privati o pubblici, in cui si concentra il potere finanziario mondiale. Lo stesso dicasi per l'utilizzo dei metodi di risoluzione delle dispute che anche in questo caso può incorrere in una spinta differenziatrice piuttosto che unificatrice: il riconoscimento di forme alternative di diritto e di giustizia localistica in favore di singoli e gruppi rappresenta ancora una volta la contropartita di una politica transnazionale centralistica orientata alla preservazione del potere in mano a quei pochi individui o collettività, privati o pubblici, in cui si concentra il potere finanziario mondiale.

Per quanto invece concerne il settore dei beni, delle merci e dei servizi può invece ipotizzarsi che l'affermazione di diritti fondamentali nonché l'utilizzo dei metodi di risoluzione delle dispute possa incorrere in una spinta unificatrice piuttosto che differenziatrice: il riconoscimento di forme globalistiche di diritto o di diritti fondamentali, nonché di giustizia in favore degli appartenenti alle *élites* di potere mondiale, in una rinnovata visione monistica del diritto, potrebbe assicurare l'attuazione della menzionata politica transnazionale centralistica, orientata al mantenimento e all'accrescimento del potere in mano a *élites* sempre più ristrette, consistenti in quei soli pochi individui o collettività, privati o pubblici, in cui si concentra il potere economico-finanziario mondiale.

Riferimenti bibliografici

- Arnaud, A.J., *Critique de la raison juridique*, vol. I, *Où va la sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1981.
- Arnaud, A.J., *Critique de la raison juridique*, vol. II, *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2003.
- Bassi, F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XV, pp. 17-113, 1965.
- Belvisi F., *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*, Clueb, Bologna 2000.
- Bianchi d'Espinosa L., *Premessa*, in Bianchi d'Espinosa L. et al. (a cura di), *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari 1970.

- Bilotta B. (a cura di), *La giustizia alternativa*, Giappichelli, Torino 1999.
- Bilotta B. (a cura di), *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano 2008.
- Bilotta B. (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano 2014.
- Bilotta B., *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*, in Tomeo V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di Bilotta B.M., Rubbettino, Soveria Mannelli 2013.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1992.
- Carbonnier J., *Sociologie juridique*, A. Colin, Paris 1972.
- Collins R., *Conflict Sociology: Toward an Explanatory Science*, Academic Press, New York 1975.
- Dahrendorf R., *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari 1957.
- Damaška, M.R., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Trad di Giussani A. e Rota F., il Mulino, Bologna 1991.
- Durkheim E., *Principi di sociologia*, ed. it., F. Ferrarotti (a cura di), Utet, Torino 1967.
- Eckhoff T., *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution*, «Acta Sociologica», X, pp. 148-172, 1967.
- Ehrlich E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, ed. it., Febbrajo A. (a cura e presentazione di), Giuffrè, Milano 1913.
- Facchi A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari 2001.
- Febbrajo A., *Sociologia del diritto*, il Mulino, Bologna 2009.
- Ferrajoli V., *I diritti fondamentali nella sociologia giuridica e nella teoria del diritto*, in Ferrari, Ronfani, Stabile (a cura di), 2001, pp. 305-323, 2002.
- Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997.
- Ferrari, V., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006.
- Frosini G., *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 1993.
- Geiger T., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, II ed., Trappe P. (a cura di), Neuwied am Rhein, Berlin 1964.
- Greco D., *Premessa*, in Bianchi d'Espinosa L. et al., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari 1970.
- Guarnieri C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna 1992.

- Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002.
- Gurvitch G., *Sociologia del diritto*, trad. di Cotta S., Etas Kompass, Milano 1967.
- Irti N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979, 1986.
- Marshall T.H., *Citizenship and Social Class*, in Id., *Sociology at the Crossroad*, Heinemann, London, ed it., Maranini G. (a cura di), *Cittadinanza e Classe sociale*, Utet, Torino 1963.
- Matteucci N., *Lo stato moderno*, il Mulino, Bologna 1997.
- Olgiate V., *Glocalismo economico e forme imprecise di pluralismo giuridico. Una strategia coalizionale?*, in Ferrari V., Ronfani P., Stabile S. (a cura di), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Angeli, pp. 443-463, Milano 2001.
- Peces-Barba Martinez G., *Curso de derecos fundamentales*. 1. Teoria general, Eudema, Madrid 1991, ed. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Ferrari V. (a cura di), trad. di Mancini L., pres. N. Bobbio, Giuffrè, Milano 1993.
- Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998.
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London-Oxford-New York 1971, ed. it., *Una teoria della giustizia*, Maffettone S. (a cura di), trad. di Santini U., Feltrinelli, Milano 1982.
- Rebuffa G., *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino 1993.
- Rodotà S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma Bari 1992.
- Sartori G., *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna 1987.
- Shapiro M., *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, Chicago 1981.
- Santos B. de Sousa, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, «Sociologia del diritto», XVII, 3, 5 ss, 1990.
- Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976.
- Teubner G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, «Law and Society Review», 17, 2, 239 ss, 1983.
- Tomeo V., 1981, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, II ed., Franco-Angeli, Milano 1981.
- Weber M., *Economia e società*, ed it., Rossi P. (a cura di), Comunità, Milano.