

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO



**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO, TEORIA DELLE
ISTITUZIONI NAZIONALI ED EUROPEE E FILOSOFIA GIURIDICA**

CURRICULUM - ETICA E FILOSOFIA POLITICO-GIURIDICA

XII CICLO

IL LESSICO DEI DIRITTI NELLO SCENARIO GLOBALE

RELATORE:

Ch.ma Prof.ssa Valeria Giordano

CANDIDATO:

Dott. ssa Diana Sica

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Ch.mo Prof. Enzo Maria Marengi

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

INDICE

PREMESSA.....	1
CAPITOLO PRIMO	7
1. La globalizzazione fra nuovi dispositivi di potere e implosione degli spazi	7
2. Sconfinamento del diritto e nuovi spazi politici	13
3. Cittadinanza come appartenenza: una nozione ambigua?	20
4. Universalismo dei diritti ed erosione della sovranità.....	24
5. La proposta di un ordine globale garantista.....	26
6. Le sfide di una convivenza multiculturale	29
7. Formalizzazione del potere e tecnica giuridica.....	34
8. Razionalità artificiale e neutralizzazione giuridica.....	37
9. Geometrie del potere e autorità del diritto	44
CAPITOLO SECONDO	52
1. Fra liquefazione spaziale e “ipertrofia del presente”	52
2. Dalle “tecnologie di potere” al potere della <i>global governance</i>	57
3. Fino a che punto è possibile una neutralizzazione giuridica oggi?.....	64
4. La costituzionalizzazione dei diritti. Fra natura o artificio?	71
5. Come prendere sul serio i diritti?.....	73
6. La dialettica fra <i>rules</i> e <i>principles</i>	81
7. <i>Law as interpretation</i>	85
8. <i>Law as integrity</i>	91
9. La pratica ermeneutica e il ruolo dei principi	95

10. Quale spazio per la dicotomia fra <i>principles</i> e <i>policies</i> nell'era globale?.....	96
CAPITOLO TERZO.....	105
1. Può il positivismo prendere sul serio i diritti?	105
2. Convenzione e giustificazione	107
3. Fra <i>Soft</i> e <i>Hard Positivism</i>	116
4. È possibile un convenzionalismo per la pratica dei principi?.....	119
5. Polisemia e ambivalenza del concetto di convenzione	123
6. Quale autorità per il diritto oggi?.....	130
7. Opacità delle ragioni giuridiche.....	134
CAPITOLO QUARTO	142
1. I diritti fra universalismo e radici culturali	142
2. Il cosmopolitismo habermasiano fra pretesa normativa ed effettività dei diritti	153
3. È possibile una definizione formale dei diritti?.....	162
4. La proposta teubneriana del diritto come sistema auto-poietico di secondo ordine	168
5. Quale razionalità per il diritto contemporaneo?.....	177
6. L'autorappresentazione del diritto fra principi morali e ragioni escludenti	185

PREMESSA

Nel corso di questo lavoro proveremo a decostruire il lessico del diritto allo scopo di metterlo alla prova rispetto alle sfide che si affacciano nello scenario globale.

L'analisi che cercheremo di sviluppare muove dalla necessità di ripensare alcune delle categorie elaborate dalla rappresentazione moderna, dal momento che nuove forme di potere si delineano sulla scena, frammentando quell'immagine nitida e lineare generata dal modello di Westfalia.

Da un lato, infatti, il processo di costituzionalizzazione dei diritti ha reso problematico il rapporto fra diritto e morale, facendo vacillare la distinzione kelseniana fra *Sein* e *Sollen*, dall'altro, l'implosione degli spazi¹, l'enuclearsi dei rapporti economici dai contesti giuridici statali e territoriali, i processi di disseminazione e disarticolazione dei luoghi di produzione del diritto, che rappresentano gli aspetti fenomenici della globalizzazione, incrinando la sintesi politica offerta dallo Stato moderno, hanno contribuito a sottoporre a trazione profonda i costrutti formali della scienza giuridica².

La forma, che tradizionalmente evoca ordine, unità, prevedibilità, certezza dei rapporti, oggi viene messa a dura prova, dal momento che l'autorappresentazione gerarchica e unitaria del diritto perde il suo solido ancoraggio allo Stato nazione e alle sue

¹ L. BAZZICALUPO, *Globalizzazione: la prospettiva politica*, in "Ars Interpretandi", n. 11, 2006, p. 38.

² Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 3.

prerogative: la legge, la sanzione, la forza³, per dissolversi in una fitta trama di rappresentazioni normative, che si avvicendano, senza esclusioni, come in un *patchwork* che procede per annessioni di unità preesistenti⁴.

Nell'era globale “piani che apparivano ben delimitati si intersecano, livelli gerarchicamente ordinati si aggrovigliano, confini nitidamente tracciati appaiono ora sfocati e porosi, in certi casi addirittura cancellati, termini di un lessico pazientemente codificato da generazioni di giuristi si sfilacciano, categorie teoriche tralattate non riescono più ad uncinare la realtà, concetti che sembravano granitici si sfaldano a contatto con i nuovi fenomeni [...]”⁵.

Lo spazio globale, infatti, è animato da soggetti che manifestano una tendenza all'attivismo e allo strumentalismo verso il diritto: *law firms*, *transnational corporations*, *non governmental organizations*, affidandosi all'autogovernamentalità e all'autoimprenditorialità, producono regole o pseudo-regole affini alle loro esigenze e capaci di diffondersi oltre ogni confine territoriale. La *governance* emergente elabora incessantemente nuove figure giuridiche, cornici normative aperte e flessibile, pronte a tradurre sempre nuovi contenuti. È questo un diritto che predispone dispositivi giuridici duttili, mutevoli, elastici che si prestano ad essere riempiti di volta in volta di contenuti specifici. Il significato tradizionale dei costrutti giuridici esce svilito dal confronto con una realtà di diritti e poteri molto più complessa, più frammentata, più disarticolata di quella espressa dal modello ordinamentale di Westafalia.

Certamente, come è stato osservato, nessuna delle categorie giuridiche con cui si esprime il diritto può essere ritenuta superata, né la norma, né la decisione, né la

³ A. TUCCI, (*Dis*)aggregazioni, in ID. (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Mimesis, Milano-Udine 2013, p. 15.

⁴ U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria* (1997), tr. it. di E. Carfagna e C. Sandrelli, Carocci, Roma 1999, p. 37.

⁵ M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008, p.1.

sovranità, ma nessuna di esse oggi riveste più il significato che la scienza giuridica, consolidandosi nel tempo, le aveva conferito⁶. Sempre più spesso, infatti, si sente parlare di decodificazione, degiuridificazione, *deregulation*, per descrivere l'incapacità dello strumento giuridico di tradurre il nuovo assetto dei poteri sociali⁷.

L'icona della piramide, che tradizionalmente ha rappresentato l'epitome esclusiva del diritto, scende a compromesso con l'immagine della rete, fatta di "elementi o di punti, spesso definiti nodi, uniti tra di loro da legami o nessi che assicurano la loro interconnessione o la loro relazione"⁸.

I processi globali sembrano dunque mettere in discussione la capacità di autorappresentazione e autoreferenzialità del diritto moderno, facendo vacillare l'unitarietà della costruzione gerarchica ordinamentale, di matrice kelseniana, basata su una forma di razionalità ordinativa.

Fino a che punto, allora, è ancora possibile sostenere l'istanza formale moderna, che fa del diritto una ragione escludente le altre ragioni per agire?

Se la globalizzazione delinea uno scenario duttile, mutevole, frammentato in cui i piani si sovrappongono e l'idea di confine perde il suo significato semantico di racchiudente demarcazione, il diritto riveste comunque una *ratio* funzionalista? Conserva tuttora una capacità di successo in termini di neutralizzazione del conflitto? Ed ancora, l'indebolimento della rappresentazione piramidale dell'ordinamento giuridico dinanzi all'emersione di nuovi vettori di potere globale, comporta necessariamente la rinuncia all'istanza conoscitiva kelseniana basata su una lettura anti-ideologica del diritto? Insomma, il diritto può svolgere ancora una funzione tecnica?

⁶ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 3-4.

⁷ Ibidem.

⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la Scienza giuridica?* in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p.41.

Come è stato detto, la tecnica del diritto può ancora coesistere con la molteplicità delle traiettorie di potere compresenti, a patto che rinunci, però, alla coerenza contenutistica e spesso anche formale, lasciandole sussistere tutte, alcune vincenti e altre provvisoriamente perdenti⁹.

In questo senso il diritto offrirebbe la propria strumentalità rinnovandosi quale mediazione strategica in uno scenario pervaso da poteri sempre più disarticolati, fluidi, precari.

Mentre i costrutti classici della scienza giuridica si fanno immanenti entro “gli spazi inediti della *governance*”¹⁰, incrinando la diade moderna normatività/effettività e mettendo a dura prova la capacità pratica del diritto, si assiste paradossalmente ad una crescente retorica sui diritti umani, quasi esistesse un rapporto di compensazione fra queste due componenti della vita giuridica¹¹: da un lato, il diritto legislativo, prodotto politicamente, e dall’altro, i diritti della persona, intesi come dotazioni di carattere prepolitico o apolitico, in grado di costituire un limite invalicabile ai nuovi “mai più” alla legge del più forte¹².

In realtà il processo di costituzionalizzazione dei diritti non ha comportato una loro concreta implementazione: se, da un lato, le correnti cosmopolitiche ne proclamano il rilancio, specie di fronte all’indebolimento dei luoghi tradizionali del politico, dall’altro, proprio il vuoto di statalità, che non è stato colmato da una giuridificazione forte degli spazi internazionali, ne determina un’involuzione a livello prassiologico, segnando una divaricazione profonda fra pretesa normativa ed effettività, dal momento che la loro enunciazione non si radicalizza in uno spazio giuridico di garanzia. Piuttosto, al “vuoto

⁹A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 41.

¹⁰A. TUCCI (a cura di), *Premessa*, in ID., *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, cit., p. 7.

¹¹ Cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna 2002, p. 135.

¹²L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 531.

di diritto pubblico”, alla “generale anomia” si accompagna una singolare involuzione delle istituzioni internazionali di tipo universalistico, non più sostenute da adeguati flussi finanziari e in concorrenza con istituzioni di tipo particolaristico, del tutto prive di rappresentatività sovranazionale, ma non per questo sprovviste di enormi poteri di intervento che spesso entrano in rotta di collisione con le logiche garantiste¹³.

D’altro canto, sul piano teorico, la positivizzazione dei postulati antropologici ed etici del giusnaturalismo, prima ridotti a mere enunciazioni di principi e oggi costituzionalmente riconosciuti e garantiti, non poteva non cambiare la geografia della discussione etica e giuridica contemporanea, mutando i rapporti fra giusnaturalismo e positivismo giuridico: la giuridificazione dei diritti fondamentali, infatti, relativizzando la distinzione tra diritto e morale, ha posto al filosofo del diritto di formazione giuspositivista una serie di problemi e di ripensamenti, inerenti al significato della positività del diritto e alla relazione tra etica e diritto, che la tradizione positivista sembrava aver risolto in termini di necessaria separazione.

Il maggiore esito del fermento di apertura del diritto ai valori etico-politici sembra essere, infatti, l’emersione di nuove prospettive giusfilosofiche che interpretano l’equazione validità-esistenza giuridica alla luce di una connessione necessaria fra diritto e morale, fino a convertirla in una più ampia ed eticamente fondata equazione validità-correttezza morale. Si tratta di approcci teorici che innervano un nuovo paradigma giuridico-filosofico che “pretende che la Costituzione abbia chiuso l’ordinamento giuridico, non soltanto da un punto di vista di giustificazione formale, ma soprattutto di giustificazione sostanziale, che essa, in altre parole, abbia riempito lo

¹³ Ivi, pp. 530-532.

spazio giuridico, abbia esorcizzato la creatività del legislatore e la stessa discrezionalità interpretativa dei giudici”¹⁴.

Non per tutti i teorici la materializzazione della Costituzione ha significato necessariamente crisi totale dei dogmi centrali del giuspositivismo. Alcuni di essi hanno cercato di leggere la positivizzazione dei diritti entro la cornice del positivismo giuridico, allargando i confini del diritto sino ad includere i valori morali fra i criteri di riconoscimento del giuridico. Altri, sostenendo che l’esistenza e il contenuto del diritto dipendano esclusivamente da *Fatti Sociali*, ritengono che i valori sostantivi non possano valicare i limiti del giuridico.

Proveremo nel corso di questo itinerario a decifrare la complessità e l’ambivalenza del riconoscimento del diritto nel nostro tempo, cogliendo poli concettuali in tensione che ci restituiscono tutta la frammentarietà e la precarietà del lessico del diritto/diritti.

¹⁴ V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, ESI, Napoli 2004, pp. 5-6.

CAPITOLO PRIMO

La globalizzazione e l'universalismo dei diritti

“Ci siete, cavaliere, nessuno può negarlo ormai! – non gli risponde alcuna voce. L'armatura non sta su. L'elmo rotola in terra. – Cavaliere, avete resistito tanto tempo con la sola vostra forza di volontà, siete riuscito a far sempre tutto come se esistesse: perché arrendervi tutt'a un tratto? – Ma non sa più a che parte rivolgersi: l'armatura è vuota, non vuota come prima, vuota anche di qualcosa che era chiamato il cavaliere Agilulfo e che adesso è dissolto come una goccia nel mare.”

I.CALVINO, *Il cavaliere inesistente*

1. La globalizzazione fra nuovi dispositivi di potere e implosione degli spazi

Una consuetudine ormai ampiamente predominante colloca nel cono d'ombra della globalizzazione una miriade di fenomeni altamente differenziati, connotati da infinite coloriture e spesso apparentemente contrastanti. Se si volesse rappresentare figurativamente l'idea di globalizzazione, probabilmente la tecnica pittorica che meglio ne renderebbe l'essenza, sarebbe il mosaico, costituito com'è da una congerie di elementi singolarmente diversi dalla *silhouette* unitaria finale.

La mescolanza di forme di vita favorita dall'annullamento delle distanze, l'effervescenza di nuovi vettori di potere, l'organizzazione in rete dei processi produttivi, concorrono, insieme ad altri fattori, a delineare il chiaroscuro di una figura frammentata. Modelli di consumo, stili di vita e fisionomie antropologiche

standardizzate attecchiscono in buona parte dei Paesi del mondo, investendo gli stessi strati sociali e ripercorrendo le medesime dinamiche evolutive. La perdita del legame con la località, scaturita dal rimodellamento dei contesti locali operato silentemente dalla globalizzazione, definita “deterritorializzazione”, istituirebbe una connessione costitutiva fra territorio e cultura, dal momento che le trasformazioni generate dalla globalizzazione modificano l’esperienza culturale locale¹⁵.

Ma come definire la globalizzazione? Come comporre la frammentarietà di ciò che per sua natura è cangiante, sfuggente, refrattario all’inclusione¹⁶? Come rispondere alle sue sfide? E quando ha avuto origine il processo di globalizzazione? Siamo di fronte ad un fenomeno storico inedito, un *quid novi* che ha preso forma negli ultimi decenni in seguito ad una congiuntura di innovazioni politiche e tecnologiche, oppure si tratta di un fenomeno storico più risalente, una tappa evolutiva dell’espansione del capitalismo nel mondo? Alcuni studiosi fanno risalire l’odierna tendenza verso un ordine politico e giuridico multipolare, centrifugo e reticolare, al periodo medioevale. L’attuale “incompiutezza del potere politico”¹⁷ affonderebbe le sue radici nell’ordine giuridico

¹⁵In tal senso J. TOMLINSON, *Sentirsi a casa nel mondo* (1999), Feltrinelli, Milano 2001, p. 212: “le azioni individuali, intraprese localmente nell’ambito di uno stile di vita culturalmente definito, comportano spesso conseguenze globali”. Certamente globalizzazione per Tomlinson non significa automaticamente e unilateralmente globalizzazione unidimensionale. Al contrario, l’autore smentisce le teorie dell’occidentalizzazione (cfr. S. LATOUCHE, *L’occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell’informazione planetaria* (1989), Bollati Boringhieri, Torino 1992, p. 68: “Il contatto non si traduce in uno scambio equilibrato ma in un flusso massiccio a senso unico, la cultura ricettiva è invasa, minacciata nella sua propria essenza e può essere considerata vittima di una vera e propria aggressione. Se per di più l’aggressione è fisica, si ha la scomparsa pura e semplice o genocidio. Se l’aggressione è simbolica, il genocidio è soltanto culturale, è l’etnocidio”) per approdare ad una riterritorializzazione: i modelli di vita stereotipati, divulgati dalla globalizzazione, si mescolerebbero con le culture locali, dando vita ad ibridazioni e “biografie creative”. Cfr. L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere. Il lessico politico alla prova della globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 104-105; pp. 124-125; U. BECK, *Cos’è la globalizzazione?*, cit., p. 96.

¹⁶Cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p.7 dove l’autrice osserva che lo scenario globale rappresenta uno spazio a carattere transnazionale, ossia allergico ai confini certi e definitivi, attraversato e continuamente ridefinito dai mercati, dotati di una straordinaria forza connettiva che cancella, attraversa o rende meno significativi i vecchi confini tracciati dalla storia e dagli Stati.

¹⁷P. GROSSI, *L’ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 41 e ss. Per una lettura critica si rinvia ad A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 82 dove l’autore osserva che è evidente che il fiorire di azioni, irriducibili allo schema tendenzialmente unitario dello Stato nazionale – che è stato l’alveo del diritto moderno, nato per neutralizzare i conflitti religiosi e sociali – non rappresenta un ritorno a forme premoderne di diritto. E questo non tanto perché la pressante conflittualità, il crescente

dell'età di mezzo, prestatale e pluralista, incentrato su consuetudini, prassi commerciali e precedenti giurisprudenziali. Il diritto dell'Europa premoderna, scevro com'era di orditi tassonomici rigorosi e di procedure formalizzate, si connotava per una cifra di "bassa definizione"¹⁸. Non era il diritto dei giuristi o dei teorici, ma il diritto degli uomini per gli uomini: un pullulare di regole elaborate socialmente per risolvere le problematiche prodotte dalla vita pratica. Era una regolamentazione immanente e dialettica che "trascendeva la struttura esistente del potere politico"¹⁹. In questa prospettiva, dunque, l'espansione del Sacro Romano Impero e l'evolversi dello *ius commune* bene rappresenterebbero la tendenza attuale a bypassare l'ermeneutica dei confini geografici, a scarnificare la razionalità pubblica e a consolidare un modo di fare diritto flessibile, innovativo, mutevole.

Un impulso determinante a ricondurre la globalizzazione nell'alveo di un processo storico di lunga durata è partito anche da Wallerstein, il quale ha intravisto nei secoli del mercantilismo i prodromi della despazialità. Per il sociologo americano la genesi dei processi di globalizzazione del mondo moderno risalirebbe alle origini del capitalismo, foriero dell'affermazione di un'unica economia mondiale²⁰. Con la conquista del nuovo mondo, infatti, le transazioni commerciali crebbero a ritmi esponenziali: dall'affermarsi del colonialismo scaturì la tendenza all'unificazione geografica ed economica del globo.

depauperamento e l'emarginazione non tutelata di enormi quantità di uomini del pianeta, nonché la tragedia di guerre che si replicano ininterrottamente, rendono problematica questa ipotesi irenica di un nuovo medioevo. Ma perché il moltiplicarsi di attori singolari o gruppali – ma comunque sorretti da una logica privatistica di interessi da far valere –, mi sembra si stagli su uno sfondo di radicale modernità, con agenti che, assolutamente, fanno riferimento solo su se stessi. L'età premoderna presenta una pluralità e una frammentazione dei poteri, ma accoglie queste pluralità in un grande alveo ideologico unitario che segna il limite di quella pluralizzazione. Questa attuale è, invece, una scena con soggetti veramente differenti e decisi a far valere queste differenti prospettive.

¹⁸ Cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 45.

¹⁹ H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, I, Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna 1998, p. 285.

²⁰ I. WALLERSTEIN, *Il sistema mondiale dell'economia moderna* (ed. or. 1974-1989), il Mulino, Bologna, voll. I, II, III, rispettivamente 1978, 1982 e 1995, p. 303: "L'intero globo opera all'interno della cornice e del sistema di regole di una divisione del lavoro vincolante, totale, che noi chiamiamo economia mondiale". Va ricordato che l'espressione "économie monde" era già stata coniata da F. Braudel in riferimento all'economia del Mediterraneo nel XVI secolo.

Eppure, una ricostruzione della mondializzazione economicistica ed “unidimensionale”²¹ pare incapace di tradurre la dimensione “policentrica”²² che informa le attuali tendenze della contemporaneità. Non è, forse, troppo riduzionista un approccio teorico che non tiene conto delle profonde dinamiche culturali che animano l’odierno villaggio globale? Dove sono le logiche relazionali che informano le società moderne?

Sembra che colga nel segno Giddens, quando osserva che Wallerstein “continua a vedere un solo nesso istituzionale dominante (il capitalismo) e lo ritiene unico responsabile delle trasformazioni moderne”²³. Al contrario, il sociologo inglese, sin da *The Consequences of Modernity*, auspica un’analisi multidimensionale del carattere ambivalente della modernità. Rielaborando e superando la teoria del sistema-mondo, considera l’economia capitalistica solamente come una delle possibili sfaccettature della mondializzazione²⁴. La globalizzazione rappresenterebbe un groviglio di fattori economici, politici, sociali e tecnologici, che si annodano reciprocamente “in una rete che avvolge l’intero pianeta”²⁵. L’epoca moderna – e con essa la globalizzazione che ne incarna il radicale dispiegamento²⁶ – sarebbe connotata da uno “stiramento”²⁷ delle

²¹ Cfr. V. COTESTA, *Esiste un paradigma sociologico della globalizzazione?*, in G. SCIDÀ (a cura di), *Ragionare di globalizzazione*, Franco Angeli, Milano 2003, p. 52.

²² Cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, tr. it. e cura di R. Prandini, Armando Editore, Roma 2005, p. 57 in cui l’autore propone di abbandonare l’errata interpretazione delle “economie globali” proposta da Wallerstein, secondo cui l’affermarsi della società mondiale deriverebbe in buona sostanza da un processo economico. Al contrario sarebbe auspicabile prendere sul serio i processi autonomi di globalizzazione che hanno origine nelle diverse sfere sociali in parallelo alla globalizzazione economica. D’altronde anche altre linee di pensiero, tra le quali quella neo-istituzionalista della cultura globale, le concezioni post-moderne del pluralismo giuridico globale, gli studi della teoria sistemica sulla società globale differenziata e le diverse versioni della “società civile globale”, hanno cominciato a definire, contro il riduzionismo politico ed economico, un concetto di globalizzazione policentrica. Cfr. A. MEYER, *World Society and the Nation State*, in *American Journal of Sociology*, n. 103, 1997, pp. 144-181.

²³ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio. Sicurezza e pericolo* (1990), il Mulino, Bologna 1994, cit. p. 75.

²⁴ Cfr. Ivi, pp. 75-82 dove l’autore afferma che il processo di globalizzazione è contraddistinto da quattro dimensioni: l’economia capitalistica mondiale, il sistema degli stati-nazione, l’ordinamento militare mondiale e lo sviluppo industriale.

²⁵ Ivi, p.71.

²⁶ Per Giddens la globalizzazione è essenzialmente un’espansione della modernità dall’ambito europeo-occidentale all’intero pianeta. I cambiamenti da essa determinati non implicano il passaggio ad una nuova

relazioni tra gli eventi sociali. Partendo da questo assunto, l'autore definisce la globalizzazione come "l'intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località distanti, facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa"²⁸. È il battito d'ali di farfalla. Ciò che avviene in un distretto urbano può subire l'influenza di fattori che intervengono a distanze estreme.

Certamente l'intrusione della distanza nel locale rappresenta uno dei tratti più evidenti della modernità, ma l'annullamento delle distanze non è l'aspetto inedito ed esclusivo della globalizzazione. È forse il fenomeno più inflazionato, ma non è ascrivibile in modo assorbente alla nostra contemporaneità e puntare i riflettori su questo profilo rischia di metterne in penombra gli altri aspetti. Il mondo contemporaneo non mostra semplicemente di avere un maggior numero di Paesi industrializzati, con flussi di comunicazioni e di scambi commerciali allargati ad aree più vaste. Esibisce piuttosto modi di fare industria, di scambiare merci e di comunicare radicalmente innovativi. La riflessione scientifica di Giddens appartiene perciò più alla sfera dell'analisi sociale che a quella dell'analisi culturale. Il suo riferimento all'aspetto culturale della globalizzazione è in realtà un riferimento alle tecnologie della cultura, tanto è vero che la sua riflessione sulla cultura è relegata alla fine di una lunga analisi dell'industrialismo²⁹. Il sociologo inglese rivela "poco senso della cultura"³⁰ e quel poco

fase sociale che rappresenta il superamento della precedente (post-modernità), ma al contrario costituiscono una radicalizzazione delle conseguenze della modernità (tardo-modernità). Cfr. Ivi, p. 16. Per un'interpretazione critica si rinvia a Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, tr. it. di O. Pesce, Laterza, Roma-Bari 1999; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma 1999.

²⁷ Ivi, p. 71.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Cfr. J. TOMLINSON, *Sentirsi a casa nel mondo*, cit., p. 35.

³⁰ N. THRIFT, *Spatial Formations*, Sage Publications, Thousand Oaks (California) 1996, cit. p. 55: "Giddens has little sense of culture. This may seem an outrageous judgement. After all, Giddens refers constantly to symbolic resources, texts, selves and like which are the very stuff of culture. He even draws on a constellation of theorists of culture, from Bearthes to Bourdieu and from Foucault to Geertz, and yet it seems to me that Giddens's idea of culture is curiously anaemic, precisely because the ties that bind

che trapela dalla sua riflessione teorica è “singolarmente anemico”³¹. L'incapacità di penetrare le dinamiche culturali, di pensare forme di partecipazione soggettiva fuori dai confini delle istituzioni, ha esposto quest'analisi ad una serie di critiche³².

Al contrario, la vasta letteratura, che ascrive la globalizzazione allo scorcio del XX secolo, supera il riduzionismo di un approccio economicistico e tecnologico, per approdare ad un'analisi antropologica, civile, politica, tecnico-comunicativa delle complesse interdipendenze transnazionali in atto. Lo sforzo di politicizzare la riflessione sulla globalizzazione si coglie patentemente in Beck, che scruta gli odierni mutamenti geo-politici con lenti interpretative assai discoste. Passando attraverso un approccio ermeneutico bivalente, il sociologo tedesco distingue il fenomeno della globalizzazione dal globalismo, reo, il secondo, di procedere in modo monocausale, economicistico e di ridurre la multidimensionalità in linearità.

Se globalismo vuol dire sostituzione o rimozione dell'azione politica da parte del mercato mondiale, e, quindi, scollamento della coincidenza della politica con l'economia tipica dello Stato nazionale, al contrario globalizzazione per Beck significherebbe “il processo in seguito al quale gli Stati nazionali e la loro sovranità vengono condizionati e connessi trasversalmente da attori transnazionali, dalle loro *chance* di potere, dai loro orientamenti, identità e reti”³³. In altri termini, il sociologo tedesco mette in luce quei tratti culturali, sociali e latentemente politici che plasmano il volto della globalizzazione e considera l'interdipendenza economica e finanziaria del

cultures together are constantly created, only partly present and often non-conscious (if they were conscious they could be represented)”.

³¹ Ibidem.

³² Cfr. M. FEATHERSTONE, *La cultura dislocata: globalizzazione, postmodernismo, identità*, Seam, Roma 1998, p.194; R. ROBERTSON, *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Asterios, Trieste 1999, p. 198; N. THRIFT, *Spatial Formations*, cit., p. 55.

³³ U. BECK, *Cos'è la globalizzazione?*, cit., pp. 13-15; L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 24.

globo come un ripensamento “del politico al di fuori del quadro categoriale dello Stato nazionale”³⁴.

Invero, come è stato osservato, il fenomeno della globalizzazione si manifesta come un'intensificazione, un'estensione, del flusso delle attività economiche e finanziarie, sociali e culturali, politiche e ideologiche che legano fra loro gli Stati e le società. E questa osmosi procede attraverso una crescente integrazione delle transazioni di servizi, beni, capitali, forze lavoro, trasporti, infrastrutture, nonché mediante una sempre più vertiginosa *escalation* di diffusione di conoscenze, informazioni, immagini, simboli.

Pertanto ciò che apparentemente rappresenterebbe un fatto economico e finanziario, in realtà ha natura politica perché ciò che viene scambiato da un punto all'altro del pianeta investe intere collettività e, quindi, non può che essere pubblico³⁵. È evidente che le logiche della globalizzazione, tendenti alla riproducibilità omologa ed uniformante dei propri parametri pratico-concettuali, sgretolano l'ermeneutica dei confini statali ed innescano un cambiamento delle tradizionali prerogative pubbliche.

2. Sconfinamento del diritto e nuovi spazi politici

La globalizzazione sembra mettere in discussione le tradizionali categorie politiche della modernità. Al giorno d'oggi, infatti, le forze impersonali dei mercati mondiali esercitano un potere maggiore degli Stati e questo determina una dispersione dell'autorità statale verso altre istituzioni ed associazioni oppure verso enti locali e regionali³⁶. Si ha l'impressione che in un sistema sociale sempre più complesso, pervaso

³⁴ U. BECK, *Cos'è la globalizzazione?*, cit., p. 122.

³⁵ Cfr. L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 98.

³⁶ S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere* (1996), il Mulino, Bologna 1998, p. 23.

dall'azione sinergica di agenzie commerciali e finanziarie, protagoniste di un inedito intreccio di relazioni di potere, lo Stato stenta a rappresentare l'espressione di una volontà sovrana superiore, che sovrasta ceti, partiti e interessi in gioco.

Le configurazioni classiche dell'autorità statale, verticali e strutturalmente monolitiche, di fronte al processo di crescente differenziazione e complessificazione del tessuto sociale, economico e culturale, entrano in gioco con nuovi vettori di potere, la cui legittimazione non è riconducibile a basi nazionali o internazionali, ma all'autoreferenzialità stessa del mercato. Interlocutori privilegiati dello Stato contemporaneo divengono *law firms*, *transnational corporations*, *non governmental organizations*, corpi autonomi capaci di contrattare accordi extragiudiziali che influenzano i comportamenti della collettività, senza che i principi legislativi, ivi contemplati, passino per il vaglio del sistema giuridico statale. Se fino a pochi decenni fa, la politica degli Stati nazionali rappresentava un modello di riferimento incontrastato, che forniva le coordinate entro la cui compatibilità doveva rientrare l'economia di mercato, oggi sono proprio i nuovi attori transnazionali a dettare il quadro delle regole. I grandi soggetti economici, attraverso scelte di *marketing* e pratiche di delocalizzazione delle filiere produttive, possono sottrarre agli Stati nazionali capitali, posti di lavoro, *Know how*. La radicalizzazione dei nuovi vettori di potere ha finito col penetrare le linee guida della politica economica degli Stati, non più ispirate a logiche proattive e propositive, ma ormai riconducibili a tendenze meramente reattive.

La diffusione di nuovi attori sociali, dotati di potere decisionale, fa sì che la politica economica governativa rivesta un ruolo ancillare, adattivo, subordinativo. Se in passato le decisioni economiche promanavano dal vertice governativo e si irradiavano capillarmente attraverso una rete di comitati interministeriali, ove politici e alti burocrati negoziavano e mediavano, oggi il luogo della decisione economica non coincide

più unicamente con quello della statalità. Certo una parte delle scelte economiche viene ancora operata dal governo e dalle sue istituzioni ausiliarie o locali, ma a questo *modus decidendi* verticalistico si affianca un altro modo di veicolare l'economia: informale, orizzontale e frammentario.

D'altronde, lo sviluppo di forme poliarchiche e diffuse di potere economico, riflettendosi sulla gestione della politica, non può che sgretolare il tradizionale monopolio pubblicistico del giuridico: il diritto pubblico, esposto com'è a norme di incentivazione del *Welfare*, del consenso sociale e dell'attività economica dei privati³⁷, si apre all'uso di moduli privatistici, mentre il diritto privato finisce col realizzare effetti di natura pubblicistica, bypassando il filtro della statalità³⁸.

A questo si aggiunge che a livello prassiologico procedure pubbliche e moduli privatistico-commerciali si fondono con argomentazioni morali indisponibili. La barriera fra pubblico e privato, che nell'era moderna differenziava il diritto dalla politica e dalla morale, diventa sempre più permeabile e consente sconfinamenti ed ibridazioni prima sconosciuti³⁹. I confini fra diritto e fatto, fra diritto e morale, divengono porosi, indeterminati: non è possibile al giorno d'oggi distinguere le sfere d'azione dei soggetti, discernere ciò che è diritto da ciò che non lo è, purificare metodologicamente il giuridico. Beninteso, il diritto si è sempre misurato con le norme morali, etiche, religiose, ma la tendenza dell'odierna temperie culturale ha in sé un aspetto inedito: l'efficacia delle norme morali non è giuridicamente mediata dallo Stato. È in gioco un'operatività diretta delle norme etiche. Sempre più spesso, infatti, la

³⁷ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p.4.

³⁸ Cfr. M.R. FERRARESE, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al "diritto utile"*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 66 dove l'autrice osserva che il diritto pubblico appare esposto in misura crescente a moduli privatistici e consensualistici, mentre, contestualmente, il diritto privato perde anch'esso il suo tradizionale carattere, ed assume spesso importanti effetti di natura pubblica.

³⁹ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 29.

regolamentazione extragiuridica è legittimata da sistemi autoreferenziali forti che schiacciano la forma giuridica, relegandola in una posizione residuale e secondaria⁴⁰. Con l'inserimento della morale fra i criteri identificativi del diritto la conflittualità diventa pervasiva perché una società altamente pluralista, quale è la nostra, che fa perno sul valore della differenza, genera liste di priorità valoriali fluttuanti, mutevoli, aprioristicamente indeterminabili. Il letto di Procuste cambia continuamente misura e il conflitto risiede proprio nel diritto. La logica dello Stato moderno, che da Hobbes a Kelsen è stata incentrata sulla secolarizzazione e sulla neutralizzazione del conflitto, non traduce più le esigenze dei tempi. L'odierno ordine dei rapporti globali certamente consente, in nome del riconoscimento dei diritti umani, il superamento di antiche disparità considerate naturali, ma produce irrazionalità, rischio, irriducibilità del multiverso, conflitto⁴¹.

Un attentato terroristico apre la strada ad una rivisitazione del principio di sicurezza, come pure le questioni di *privacy*, di informazione, di eutanasia, di fecondazione medicalmente assistita, generano orientamenti di pensiero assolutamente divergenti e conflittuali⁴². I principi morali, infatti, sono per loro natura controversi e, quindi, incapaci di rispondere ad una *ratio* funzionalista, di orientare incontrovertibilmente i comportamenti dei consociati. La configurazione di nuovi assetti di potere, la confusione fra pubblico e privato, l'immissione prepotente della morale nel diritto, sono tutti fattori che concorrono a minare l'autoreferenzialità del sistema statale.

D'altronde, la tendenza delle dinamiche sociali, a non essere più veicolate unicamente dalle risposte giuridiche offerte dall'ambito pubblico, si riflette anche nel superamento

⁴⁰ Per un approfondimento sul rapporto fra norme morali e positività del diritto nello scenario globale si rinvia a A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 32-33.

⁴¹ Cfr. L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 17.

⁴² Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 29-31.

del principio di nazionalità del diritto. L'applicazione ultranazionale del diritto statale ha fatto parlare di “*shopping del diritto*”⁴³. I diversi diritti nazionali si aprono alla competizione e diventano oggetto di scelta da parte dei privati, che regolano le proprie relazioni attingendo dal “planetario emporio delle creazioni giuridiche”⁴⁴. È in questo luogo figurale che gli attori globali scelgono la forma giuridica ritenuta più congeniale al loro caso concreto. In questa direzione, dunque, la diffusione di sempre nuove forme di potere giuridico, di prassi di autoregolazione, di “*Self Organized Systems*” sembrerebbe tradursi in una desostanzializzazione delle categorie orientative della condotta dei consociati e in un indebolimento della sovranità ordinamentale. Nel panorama relativistico odierno, infatti, connotato da interdipendenze planetarie crescenti e da un assottigliamento della vita pubblica statale, l'unità politica e giuridica dello Stato, nel suo significato originario, appare solo un tremulo ricordo dai colori sfumati, smorzati, sempre più sbiaditi.

“È scomparso il momento del *gubernaculum*, della decisione nei momenti di eccezione, si è illanguidito il momento della *iurisdictio*, di una legge sovrana eguale per tutti: resta solo un intricato intreccio fra potere ascendente e potere discendente”⁴⁵.

Lo Stato sovrano, le cui inalienabili prerogative politiche, economiche, sociali, culturali e belliche definivano il senso del suo potere, del suo essere considerato alla stregua di tutti gli altri Stati come uguale soggetto politico, lo Stato originariamente riconosciuto dal modello di *Westfalia*, nell'era globale, per cause strutturali, sembrerebbe non poter più sussistere.

⁴³ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005, p. 241.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna 1997, p. 79.

Ma è davvero finita la sovranità statale? Oppure alcuni dei suoi aspetti residuano ancora nell'età globale? E, se così è, come si atteggia oggi la sovranità? Vi sono indubbiamente evidenti paradossi insiti in questo rovesciamento di equilibri di potere fra Stato e mercato. Come è stato osservato, oggigiorno, se da un lato gli Stati perdono la possibilità di veicolare in modo esclusivo le condotte dei consociati, dall'altro l'intervento delle autorità statali e delle agenzie governative nella vita quotidiana dei cittadini sembra essere in crescita⁴⁶. Mentre in passato spettava all'individuo trovarsi un lavoro, acquistare beni o servizi tutelandosi da eventuali truffe, costruire o abbattere case, attualmente i governi approvano leggi, creano ispettorati ed attività di pianificazione, forniscono servizi per l'impiego, ammortizzatori sociali, rafforzano la protezione del consumatore contro i cibi alterati, gli edifici pericolanti o i sistemi di trasporto. Se ne trae l'impressione che tutto sommato la vita quotidiana sia sempre meno immune dagli interventi e dalle decisioni delle burocrazie governative.

Ma tutto questo, a ben vedere, non è necessariamente in contraddizione con l'opinione che il potere dello Stato stia declinando⁴⁷. Lo Stato ha meno influenza sulle funzioni che sono state fagocitate dal mercato, quali la sicurezza contro la violenza o una moneta stabile per il commercio e gli investimenti, ma non è affatto fuori gioco. Sembra ragionevole sostenere che oggigiorno "ogni profezia di scomparsa degli Stati appare sbagliata o almeno assai prematura. Gli Stati sono destinati a sopravvivere nel futuro prossimo e forse persino meno prossimo. Ciò che invece si è già estinta è la sovranità statale, intesa come istanza assoluta, ossia incontrollabile ed originaria, *superiorem non recognoscens*, come si leggeva nei libri che davano fondamento teorico alla nozione"⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., p. 23.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ M.R. FERRARESE, *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol.IX, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 2001, p.158. Cfr. anche G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p. 44 dove l'autore mette in evidenza che l'odierna globalizzazione innesca, non la fine (poiché, sotto il profilo strutturale, la forma-Stato appare

Oggi una nozione così risalente di sovranità permane tutt'al più in Paesi carenti per civiltà e democrazia e dove la forma statale serve soprattutto a mascherare regimi autocratici e dittatoriali. L'eclissarsi della sovranità statale intesa nel suo senso originario, come potere assoluto incarnato in una o più persone fisiche in grado di imporre ordine ed obbedienza, comporta la scomparsa degli Stati come soggetti interni e internazionali, capaci di pensare in grande e di decidere in assoluta autonomia. Muta, in altre parole, il potere degli Stati che diventa relativo, piuttosto che assoluto. Ma relativo non vuol dire irrilevante: vuol dire semplicemente che vive in un rapporto reattivo e asimmetrico con altri poteri esterni e diversi⁴⁹.

E, allora, possiamo oggi fare a meno della sovranità? E, se così non fosse, come potremmo discutere la sovranità all'interno della nostra concezione del diritto? E, soprattutto, indipendentemente da chi decide, che ruolo svolge la decisione nella costruzione del giuridico? Per dare delle risposte sul che cosa resti della sovranità all'interno della teorizzazione del diritto oggi, dovremo indagare il rapporto tra decisione e norma nel nostro tempo, nella consapevolezza che solo l'effettività di un ordinamento sovrano può rappresentare un solido baluardo per la tutela dei diritti umani. Quelle teorie che credono di poter fare completamente a meno della sovranità non possono che essere respinte. Invero, l'implementazione dei diritti fondamentali a cui oggi assistiamo, l'ampia *cherelle* sullo *status* di cittadinanza, intesa in senso non più meramente giuridico ma politico-sociologico, fanno riflettere su come non può sussistere alcun diritto senza obbligo e che, quindi, solo la presenza di un ordinamento sovrano può garantire un riconoscimento effettivo dei diritti.

per il momento destinata a durare, mentre sotto il profilo strettamente quantitativo, il pianeta ha conosciuto negli ultimi anni un vero e proprio *boom* delle nascite di Stati nazionali o subnazionali), ma certamente un declino del Leviatano e un'erosione costante delle sue prerogative sovrane.

⁴⁹ M.R. FERRARESE, *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, cit., p. 159.

La globalizzazione pertanto rappresenta un banco di prova importante per i diritti e, segnatamente, per la cittadinanza. Può essere il terreno su cui la cittadinanza può arenarsi, trasformandosi in una forma di esclusione, oppure il sentiero da cui riprendere il proprio cammino nella direzione dell'apertura e dei nuovi diritti. La costituzione di una comunità globale dalle frontiere mobili presuppone l'invenzione di una forma di cittadinanza capace di andare oltre la cittadinanza nazionale, ma nel contempo il rifiuto di una forma di appartenenza comunitaria deve rispondere a sempre nuove sfide. E, allora, quale cittadinanza?

3. Cittadinanza come appartenenza: una nozione ambigua?

L'incontro tra popolazioni di origine diversa e nel contempo lo scontro fra culture e civiltà, fra libertà di circolazione e sistemi di gestione e controllo dei flussi migratori, aprono non pochi problemi teorici in merito alla natura ambivalente del concetto di cittadinanza, al riconoscimento effettivo di diritti e *status*, alla gestione politica delle emergenze.

Se nel lessico giuridico tradizionale l'espressione "cittadinanza" designa l'appartenenza di un individuo ad uno Stato, nelle ultime decadi del XX secolo tale nozione ha assunto uno spettro semantico più ampio, in seguito ad un processo di ridefinizione concettuale avviatosi prima sul terreno della sociologia politica e poi nell'ambito della filosofia politica e della letteratura costituzionalistica⁵⁰. Come è noto a quanti si sono imbattuti negli intrichi di questo tema, uno stimolo determinante ad ampliare il senso del concetto

⁵⁰Si veda J. HABERMAS, *Morale Diritto Politica*, a cura di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992, p. 112: "Nel linguaggio dei giuristi i termini di cittadinanza politica, *citoyenneté* e *citizenship* hanno per lungo tempo significato soltanto appartenenza statale ovvero nazionalità [...] oggi l'espressione cittadinanza politica viene usata per indicare non solo un'adesione [...] associativa all'organizzazione nazionale, ma anche lo *status* che risulta contenutisticamente definito dai diritti e doveri del cittadino".

di cittadinanza è partito dal saggio “*Citizenship and social class*” del 1950, che ha fatto del suo autore, Marshall, il pioniere del paradigma moderno di cittadinanza. È qui che per la prima volta tale concezione – tradizionalmente caratterizzata da una cifra giuridica, formale e procedurale – assume una connotazione politica e sociologica, divenendo prisma di riflessioni inedite sul grado di effettività e di ineffettività dei diritti, sui loro rapporti con la struttura sociale e con l’economia di mercato, sulle forme di democrazia politica. Con il sociologo inglese la cittadinanza assurge a “*status* che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità”⁵¹.

Dunque cittadinanza non è più mera appartenenza ad una comunità politica, ma piuttosto “piena appartenenza ad una comunità”⁵², cui corrisponde il riconoscimento di una rosa di diritti – civili, politici e sociali – conquistati in diversi momenti storici⁵³. In un clima politico-culturale segnato dal trauma della guerra e dal tentativo di realizzare uno Stato sociale capace di soddisfare i bisogni fondamentali degli individui, Marshall conferisce alla nozione di cittadinanza una carica garantista finalizzata a livellare quelle sperequazioni sociali, che rappresentano per l’autore il portato, o forse la deriva, del capitalismo economico. Saranno poi le recrudescenze del declino dello Stato sociale⁵⁴ ad evidenziare la profonda incompatibilità dell’economia di mercato con l’affermazione di diritti sociali effettivi, minando le fondamenta dell’impianto teorico marshalliano e mettendo a nudo la fragilità costitutiva dei suoi costrutti teorici portanti⁵⁵.

⁵¹ T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di Paolo Maranini, Utet, Torino 1976 (ed. orig. 1947), cit., p. 24.

⁵² Ivi, p. 7.

⁵³ Ivi, pp. 9-23.

⁵⁴ Sul tema della crisi del *Welfare State* si veda, tra la vasta bibliografia prodotta in Italia, M. FERRARA, *Le trappole del Welfare*, il Mulino, Bologna 1998; L. PENNACCHI, *Lo stato sociale del futuro*, Donzelli, Roma 1997; R. DE VITA, P. DONATI, G.B. SGRITTA (a cura di), *La politica sociale oltre il Welfare State*, Franco Angeli, Milano 1994.

⁵⁵ Per una ricostruzione del dibattito critico sulla concezione della cittadinanza in Marshall si rinvia a D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in ID. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 9 e ss.; G. PASQUINO, *La società europea degli anni ottanta: divisioni di classe, conflitto di classe e diritti di cittadinanza*, in ID., *Le società complesse*, il Mulino, Bologna 1983, p. 176; J. M. BARBALET, *Cittadinanza. Diritti: conflitto e disuguaglianza sociale*, Liviana, Torino 1992

D'altronde, qualificare i diritti come una componente strutturale della cittadinanza vuol dire scontrarsi inevitabilmente con il suo Giano bifronte: la fenomenologia dell'inclusione/esclusione. Se l'appartenenza ad una comunità politica tende a tradursi in attribuzione di diritti, per converso l'esclusione conduce alla loro negazione. Il meccanismo dell'interno e dell'esterno, del dentro e del fuori, costringe a riflettere sui presupposti biologici o culturali che, nei diversi contesti storici, costituiscono la condizione di riconoscimento/disconoscimento dei soggetti.

Fin dagli anni Settanta del secolo scorso, Foucault osserva che negli ultimi due secoli la politica e il diritto hanno avallato logiche biologico-razziali e che la teoria della razza “con tutto ciò che essa comporta al contempo di monista, di statale, di biologico ha funzionato come un potente dispositivo di inclusione ed esclusione, di normalizzazione”⁵⁶. Solo negli ultimi decenni del secolo passato è avvenuto un mutamento di prospettiva tale per cui i criteri di appartenenza ed identificazione non sono più la razza e il sangue, ma la cultura, la religione, l'etnia. Ebbene, come è stato osservato, il denominatore comune dei dispositivi di riconoscimento, sia che gravitino intorno alla corporeità (*bios*) e sia che coinvolgano fattori culturali ed antropologici (*ethnos*), è dato dall'ambiguità: “ambiguità che mostra tutto il suo portato di oggettivazione, di esclusione e, dunque, anche di violenza, quando [...] la pretesa di

(ed. orig. 1988), pp. 104 e ss.; D. HELD, *Citizenship and Autonomy*, in ID., *Political Theory and the Modern State*, Stanford University Press, Stanford 1989, p. 189. Su questi aspetti del pensiero di Marshall si veda, fra gli altri, L. FERRAJOLI, *Cittadinanza, proprietà, diritti della persona*, in “Politica ed economia”, n. 3, 1993, pp. 49-53; ID., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona* in D. ZOLO (a cura di), *La Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 263-292; ID., *Cittadinanza e diritti fondamentali* in “Teoria politica”, n. 9, 1993, pp. 63-76; G. ZINCONI, *Cittadinanza* in G. ZACCARIA (a cura di), *Lessico della politica*, Edizioni del lavoro, Roma 1987, pp. 58-59.

⁵⁶ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società* (1997), tr. it. a cura di M. Bertani e A. Fontana, Milano 1998, pp. 73-74.

oggettività scientifica dell'appartenenza ad una razza si confonde con l'attribuzione di caratteristiche culturali comuni»⁵⁷.

Invero, il non riconoscimento o il misconoscimento da parte del gruppo può essere vissuto dal soggetto come una ferita dolorosa capace di limitare, sminuire, umiliare l'Io⁵⁸. Dal confronto con l'esterno, la proiezione dell'immagine di sé può tornare come minoritaria, sprezzante, distorta e determinare la rappresentazione interiore di una propria inferiorità, innescando, in modo più o meno conscio, sentimenti di ostilità e moti di rivalsa. Peraltro, la trazione riconoscimento/disconoscimento si fa ancora più allarmante quando i meccanismi dell'inclusione/esclusione vengono analizzati non tanto in un'ottica statica, volta a studiare il rapporto che lega un gruppo di individui alla comunità che li ha inglobati, quanto, piuttosto, in una prospettiva dinamica, capace di spingersi in un'analisi dei complessi interstizi che mettono in contatto una comunità politica con l'esterno. Si pensi ai risvolti, spesso drammatici, connessi all'applicazione di dispositivi di espulsione nei confronti di membri "devianti" oppure ai frequenti tentativi di infiltrazione, posti in essere da individui pronti a mettere a repentaglio la propria vita, pur di diventare membri di una comunità politica, che fino a quel momento li ha collocati *extra moenia*.

In questa prospettiva, dunque, la concezione di cittadinanza, basata su criteri di appartenenza territoriale e nazionale, perde la sua originaria *ratio* garantista, per

⁵⁷ A. TUCCI, *Discorso biologico e questione identitaria. Ambiguità dell'approccio multiculturalista* in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica e biopolitica*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010, p. 131.

⁵⁸ Il misconoscimento sociale può influire sul processo di formazione dell'Io al punto da imprigionare l'individuo in una trappola percettiva che riflette un'immagine del sé impoverita e distorta. Alcune femministe hanno sostenuto che il condizionamento sociale operante nelle società patriarcali ha indotto le donne ad interiorizzare una rappresentazione della propria inferiorità, che ha impedito loro, per anni, di affrancarsi da una posizione di subalternità nei confronti dell'uomo. Come pure generazioni di neri, per secoli, sono state vittime dell'autodisprezzo innescato dalla percezione di un'identità esterna distruttiva e riduttiva. Stessa sorte è spettata ai popoli indigeni, che sin dal 1492 sono stati bersaglio del disprezzo schiacciante dei colonizzatori, senza riuscire a manifestare la propria ricchezza culturale ed identitaria. Cfr. J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it. di L. Ceppa e G. Rigamonti, Feltrinelli, Milano 1998, pp. 9-10.

rivelarsi, al contrario, elemento di discriminazione, di esclusione⁵⁹, foriero di forme di violenza.

4. Universalismo dei diritti ed erosione della sovranità

Nella nostra società, pluralista e differenziata, appartenenza e non appartenenza si sorreggono a vicenda, in un gioco di equilibri che può degenerare nella drammatizzazione delle differenze. Entro le frontiere che delimitano uno spazio fisico connotato da comunanza identitaria, si impone l'acquisizione dell'idea di un "Noi", compatto e a vocazione solidale, cui fa da contraltare il pregiudizio verso un'altruità fatta di stranieri potenzialmente nemici.

E allora, può considerarsi ancora attuale una concezione di cittadinanza, quale è la cittadinanza come appartenenza, che non valorizza la ricchezza e la specificità delle identità, ma al contrario innesca esclusione, discriminazione e, quindi, violenza? Potremmo mai negare che i fenomeni dell'immigrazione di massa, i conflitti etnici e il profondo divario fra Nord e Sud abbiano messo in luce che "la cittadinanza dei nostri ricchi Paesi rappresenta l'ultimo privilegio di *status*, l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali, in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali"⁶⁰? Partendo da queste considerazioni non sarebbe, forse, più calzante la proposta di Ferrajoli di superare la dicotomia diritti dell'uomo/diritti del cittadino e di "pervenire ad un ordinamento che neghi finalmente la cittadinanza: sopprimendola come *status*

⁵⁹ L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 2 "La cittadinanza, che con il concetto polare, la sovranità, era il costrutto fondamentale intorno a cui ruotavano diritti e libertà degli individui, mostra sempre più il suo aspetto escludente (escludente dal godimento dei diritti tutti quanti cittadini non sono) e appare sottoposta alla pressione concreta del flusso crescente di immigrati non-clandestini/esclusi".

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona* in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza*, cit., p. 288.

privilegiato cui conseguono diritti non riconosciuti ai non cittadini o, al contrario, istituendo una cittadinanza universale”⁶¹?

Disancorare i diritti dalla cittadinanza, intesa come appartenenza ad una comunità statale territorialmente circoscritta, e riconoscerne la dimensione sovrastatale, vorrebbe dire creare uno spazio giuridico aperto, atto a garantire uguaglianza ed inclusione e capace di porre fine al “grande apartheid che esclude dal godimento dei diritti la grande maggioranza del genere umano”⁶². Dunque, in questa prospettiva, la cittadinanza non può più essere concepita come identità e neanche come adesione partecipativa ad una comunità, ma piuttosto come condivisione di uno *status* di diritti e di valori universali, che non sono appannaggio esclusivo di etnie particolariste, ma appartengono all’uomo in quanto tale.

La concezione universalistica di cittadinanza, tuttavia, rischia di rivelarsi una mera utopia se calata in uno spaccato politico-istituzionale internazionalistico che non è capace di offrire una prospettiva ordinamentale forte. Sembra condivisibile, pertanto, la critica di Catania, secondo cui, la teoria di Ferrajoli rischierebbe di sottovalutare il corollario giuspositivistico basato sulla necessità procedurale che un diritto rivendicato sia effettivamente riconosciuto e garantito da una struttura politica che sovranamente si fa carico di tutelarlo⁶³. L’assenza di coercibilità ed effettività finirebbe col ridurre i diritti ad “una lodevole formulazione etico-politica”⁶⁴, scarnificandone la portata garantista.

Peraltro queste critiche sullo iato validità/effettività tornano ancora più convincenti se si considera che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, nelle società occidentali,

⁶¹ Ivi, p. 291.

⁶² Ivi, p. 289.

⁶³ A. CATANIA, *Cittadinanza e sovranità*, in ID., *Stato, cittadinanza e diritti*, Giappichelli, Torino 2000, p. 100.

⁶⁴ A. CATANIA, *Cittadinanza e idea di giustizia*, in ID., *Stato, cittadinanza e diritti*, cit., p. 115.

l'espansione su scala planetaria dell'economia ha determinato un rovesciamento della cultura giuridico-politica a favore del mercato globale e degli attori che ne incarnano le dinamiche, determinando una restrizione del ruolo dello Stato a compiti essenziali o primari. Lo Stato, pur conservando formalmente il suo ruolo di massimo soggetto giuridico, perde progressivamente aree di controllo e risulta in concreto incapace di tradurre in termini di effettività le classiche figure dell'obbedienza, del dovere, dell'ordine⁶⁵. All'indebolimento della statalità non è seguita una giuridificazione degli spazi internazionali forte, volta ad arginare gli abusi del potere economico e in grado di incarnare una forma di sovranità alternativa a quella statale. Gli Stati nazionali hanno perso il ruolo esclusivo di *law makers* del diritto, di fronte alla presenza fattuale, ma significativa e potente, di *law firms*, *transnational corporations*, *non governmental organizations*, che non hanno né i requisiti della statalità e né una ben definita identità politica⁶⁶. Il potere degli Stati vive ormai in un rapporto dialettico pressoché costante con altri poteri esterni, sia sovranazionali che transazionali. È in atto un costante travaso di poteri dagli Stati verso il mercato. Come osserva Teubner il diritto "ha due, tre, quattro...numerosi corpi"⁶⁷.

5. La proposta di un ordine globale garantista

Nel panorama relativistico odierno, connotato da interdipendenze planetarie crescenti e da una scarnificazione della vita pubblica statale, come potrebbe essere articolato un ordine globale in grado di garantire i diritti umani? Come giustificare un principio

⁶⁵Su questi aspetti si veda A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2008, specie pp. 3-20

⁶⁶Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2002, pp. 101-158.

⁶⁷G. TEUBNER, *I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto*, in ID., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli 1999, p. 99.

universalistico aggregante, senza compromettere il pluralismo valoriale e l'interdipendenza culturale? Quali possibilità si delineano? Quali paradigmi politici si aprono all'orizzonte?

Come si vedrà nel corso di questo lavoro, Habermas, nel tentativo di formulare un'alternativa concettuale all'originario progetto kantiano di cosmopolitismo giuridico, tipizza un modello di società mondiale multilivello entro cui verrebbero riservate agli Stati "le istituzioni e le procedure per un governo al di là dello Stato", mentre spetterebbero al livello sovranazionale la funzione di soddisfare gli obiettivi di tutela della pace e di affermazione dei diritti umani e al livello transnazionale quella di coordinamento e strutturazione della politica interna mondiale⁶⁸.

Ebbene, la proposta teorica habermasiana, che pure *ictu oculi* sembrerebbe una possibile strada lungo la quale muovere i primi incerti passi, ha in sé una fragilità costitutiva, dal momento che si costruisce intorno alla divisione dei poteri e all'allocazione delle funzioni, risultando obsoleta in un'era caratterizzata dalla *sovrapposizione* e dalla dinamicità dei nuovi vettori di potere. Di fronte alla complessità del diritto post-moderno e alla eterarchia delle sue fonti, l'ordine cosmopolitico, fondato sulla gerarchia statale-trasnazionale-sovrannazionale, può apparire incapace di prestarsi a logiche policentriche. Una simile costruzione teorica, ormai, non può che essere fuori gioco, incapace di dar conto del processo di sconfinamento del diritto globale, della sua endemica riottosità ad essere razionalizzato, formalizzato entro procedure predefinite. Tra l'altro questo modello appare contrassegnato da scarso pragmatismo: come individuare apriori gli attori globali? Come garantire i Paesi in via di sviluppo dagli

⁶⁸ Cfr. J. HABERMAS, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?*, in ID., *L'occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari 2005, p.130.

Stati economicamente forti? E, in questo quadro di riferimento, non verrebbero, forse, prodotte norme illegittime per alcune categorie di soggetti⁶⁹?

Ebbene, mentre il sistema multilivello habermasiano appare pregevole entro i confini della riflessione teorica e rivela scarsa applicabilità pratica, al contrario, come vedremo meglio nel prosieguo di questo elaborato, le forme di democrazia deliberativa, teorizzate dal filosofo tedesco, esprimono il tentativo di dare atto della “fatticità” del pluralismo morale⁷⁰, che pervade le società contemporanee. Queste prassi di autodeterminazione civica – fondate su flussi comunicativi orizzontali, su ampie opportunità di interazione, su confronti e scambi sostenuti da argomentazioni razionali – dovrebbero astrarre la cogenza fattuale, per giungere ad una razionalizzazione dei particolarismi delle nostre società altamente differenziate. Ma come trovare un minimo comune denominatore, fra le culture, su cui fondare il consenso dei membri della comunità? È possibile, oggi, realizzare una solidale convivenza di sconosciuti? E, soprattutto, è garantita una partecipazione civica completa, in una società sempre più pluralista, crocevia di popoli e culture? Sembra difficile dare una risposta affermativa a tutto questo. Trovare basi certe e condivise per la morale, in uno spaccato culturale post-metafisico, scenario di convinzioni morali frammentate e spesso in conflitto tra loro, sembra un esito titanico.

D'altronde anche i meccanismi strutturali sottesi alla formazione delle forme democratiche deliberative sembrano vulnerabili. L'esistenza delle pratiche democratiche habermasiane presuppone una cultura sociale partecipativa, ma nelle società contemporanee, sempre più alienanti ed edonistiche, il rischio che essa si indebolisca o

⁶⁹Su questi aspetti si veda V. GIORDANO, *Democrazia deliberativa e vocazione universale dei diritti*, in L. BAZZICALUPO, A. TUCCI (a cura di), *Il grande crollo. È possibile un governo della crisi economica?*, Mimesis, Milano-Udine 2010, p. 112; T. MAZZARESE, *Mutamenti dei sistemi giuridici e globalizzazione* in “Ars Interpretandi” n. 11, 2006, p. 99.

⁷⁰ Cfr. V. GIORDANO, *Democrazia deliberativa e vocazione universale dei diritti*, cit., p. 112.

venga meno è sempre in agguato⁷¹. Il compito di stimolare la partecipazione politica deve fare i conti con la tendenza delle nostre società all'individualismo. La “febbre dell'io”⁷² pervade le nostre società disincantate, che si contraddistinguono per frammentazione sociale e disfacimento dei rapporti. E, allora, a quanti, weberianamente, non vogliono distogliere lo sguardo dal “volto severo del destino del tempo”⁷³ non resta che congedarsi anche da questa proposta teorica.

Il problema resta aperto e siamo sempre più consapevoli che parlare di implementazione dei diritti umani o di cittadinanza universale è assai utopistico, dal momento che l'ordinamento internazionale rispecchia equilibri trascorsi e “non ha la duttilità, la capacità e certo l'immaginazione per pensare forme nuove di relazione e soprattutto non ha autorità sufficiente per presentarsi come un insieme di istituzioni e norme obbliganti e realmente effettive”⁷⁴.

6. Le sfide di una convivenza multiculturale

All'interno di un quadro teorico e pratico di poteri-diritti pluridecentrati, riluttanti ad essere sussunti nella verticalità della piramide giuridica, si diffondono dispositivi immanenti di regolamentazione. Si affermano pratiche effettive di organizzazione spontanea e di autoregolamentazione dei comportamenti. Si aprono margini sempre più

⁷¹ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, p. 76: “L'estesa socializzazione del processo democratico non dà luogo tanto, come sarebbe stato auspicabile, ad una partecipazione forte, diffusa, responsabile ai processi deliberativi in modo tale da rendere significativamente riconoscibile il ruolo sovrano dei partecipanti, ma piuttosto ad una micidiale miscela di apatia politica generalizzata rispetto alla gestione della vita comune [...]”.

⁷² U. BECK, *Costruire la propria vita. Quanto costa la realizzazione di sé nella società del rischio?*, tr. it., di C. Tommasini, il Mulino, Bologna 2008, p. 9.

⁷³ M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*, tr. it. P. Rossi e F. Tuccari, Mondadori, Milano, 2006, p. 37.

⁷⁴ A. CATANIA, *Trasformazioni del diritto in un mondo globale* in “Ars Interpretandi”, n. 11, 2006, p. 78.

ampi di tolleranza delle eccezioni alla norma⁷⁵. Si affida la gestione dell'emergenza a forme di decretazione d'urgenza. Le questioni emergenziali vengono trattate alla stregua di questioni amministrative e non come un problema politico di ampio respiro da risolvere.

Tutto questo rende opportuna una ricostruzione sostanziale del complesso di norme che disciplinano il fenomeno dell'immigrazione. Ricostruzione che affronti le tematiche coinvolte garantendo la protezione concreta del soggetto, la composizione delle differenti identità normative che entrano in gioco, la promozione di pari opportunità proprio passando attraverso meccanismi differenziali. L'individuo – con il suo bagaglio di storia, tradizione, identità sociale – dovrà rappresentare il fine e non il mezzo dell'attività governativa.

La propensione verso questa prospettiva spinge a considerare scarsamente condivisibili quelle concezioni filosofiche di matrice liberale⁷⁶ che insistono sulla neutralità procedurale dello Stato nei confronti del cittadino. Astrarre i fini dalle procedure vorrebbe dire adottare una filosofia politica vuota, minimalista, che non tiene conto del fatto che gli individui sono enti interrelati, storici ed empirici. Forme apatiche di

⁷⁵ J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, Milano 1997, p. 4: "Sinuoso, capriccioso, incerto, così ci è apparso – dormiente ed eclissantesi – mutevole, ma per caso, e rifiutando spesso il cambiamento atteso, imprevedibile per il buon senso come per l'assurdo. Flessibile diritto".

⁷⁶Le teorie liberali – che sono state enunciate da Locke, Kant, Mill, Rawls, ma anche da teorici contemporanei, quali Nagel, Scanlon, Dworkin, Habermas – sono accomunate, in tutte le loro differenti declinazioni, dalla centralità conferita, in politica come in morale, all'individuo, ai suoi diritti, alle sue libertà. Mutuando dal linguaggio di Rawls, potremmo asserire che il paradigma liberale si caratterizza per la tesi del primato del "giusto" sul "bene", cui si connette il corollario, di natura antropologica, della "priorità dell'Io sui suoi fini". Per i liberali ciò che sta a fondamento della società e dello Stato non è un'unica concezione etica condivisa, ma piuttosto un insieme di principi e regole procedurali, che consentono agli individui di seguire e promuovere la propria concezione di giusto. Riprendendo l'idea kantiana degli uomini come esseri razionali e morali, i liberali sostengono l'autosufficienza morale dell'individuo e concepiscono il bene comune solo come una convergenza di interessi individuali, quasi si trattasse di una sommatoria algebrica di particolarismi. Il liberalismo è una concezione individualistica ed universalistica in cui le istituzioni appaiono come neutrali rispetto alle plurime e frammentate concezioni di bene. In quest'ottica anche i diritti appaiono avulsi dalla dimensione istituzionale e sono concepiti come relativi all'individuo incondizionatamente, senza alcuna influenza politica da parte delle comunità di appartenenza. Questi temi sono stati – e sono ancora – al centro di un acceso dibattito fra liberali e comunitari.

politica, neutrali e procedurali, basate esclusivamente sulla fissazione delle regole del gioco, non possono che portare verso “l'autocastrazione”⁷⁷ del soggetto. Viceversa, essere cittadini in senso pieno – e non solo formale – vuol dire avere la possibilità concreta di compiere scelte di vita congruenti con le proprie prospettive e più o meno conformi a quel sostrato culturale di appartenenza, che incontrastatamente esercita un peso specifico sulla formazione e sullo sviluppo del singolo. Nelle società contemporanee, pluraliste e multiculturali, una linea politica ispirata a principi di neutralità ed eguaglianza sarebbe destinata ad escludere le differenze culturali dai propri programmi, riproducendo e rafforzando pratiche di disconoscimento, disparità economiche, forme di emarginazione sociale⁷⁸. Come è stato osservato, “l'irrelevanza pubblica delle differenze culturali dimostra che la *formalizzazione* astratta e generalizzante, politica e giuridica, delle concrete identità particolari non garantisce [...] l'eguaglianza e la neutralità dei diritti, ma si dimostra essere invece un potente dispositivo di esclusione”⁷⁹.

Ma anche le concezioni teoriche comunitarie⁸⁰, che all'autonomia dell'individuo hanno contrapposto la sua ascendenza storica e culturale, possono risultare poco adatte a dar

⁷⁷ L. BAZZICALUPO, *Appunti delle lezioni di Storia delle Dottrine politiche*, Gentile, Salerno 1999, p. 203.

⁷⁸ Il modello francese di integrazione si propone “universalista”, “non riconosce diritti che all'individuo libero nei suoi legami comunitari”. Cfr. *Haut Conseil à l'Intégration, Rapports au Premier Ministre, La Documentation française*, Paris, 1991, p.19; 1995, pp.19 e ss.. Per un approfondimento sul modello di azione governativa francese verso i fenomeni migratori e un suo confronto col modello inglese si rinvia a A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 11-19.

⁷⁹ A. TUCCI, *Etnia come oggettivazione dell'altro*, in A. AMENDOLA, L. BAZZICALUPO (a cura di), *Dopo il nomos del moderno? Uguaglianza, neutralità, soggetto*, ESI, Napoli 2006, p. 253. Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 17.

⁸⁰ Lo sviluppo delle teorie comunitarie è particolarmente interessante perché è sorto all'interno delle medesime aree geografiche e culturali, che hanno fatto da sfondo all'evolversi delle teorie liberali. Tra gli esponenti di spicco del comunitarismo rientrano Taylor, MacIntyre, Sandel, Selznick, Bellah e, per certi versi, anche Ungel e Walzer. Il filo rosso che lega questi autori è la critica al concetto liberale di sé, alla presunta neutralità della giustizia, alla spolticizzazione dei diritti. All'antropologia liberale atomistica ed astratta, i comunitari oppongono la radicale dipendenza dell'individuo dalla società. L'identità individuale avrebbe una genesi sociale e dialogica e le concezioni liberali, fondate sull'indipendenza dei fini rispetto alle procedure atte a realizzarli, sarebbero filosoficamente sterili. La morale che guida l'agire umano per i comunitari non può basarsi esclusivamente sulla valutazione razionale dell'idea di giusto, ma al contrario su legami di appartenenza identitaria. In quest'ottica i principi di giustizia non possono valere indipendentemente dai contesti dati, ma devono essere conformi alla varietà di beni sociali che

conto del pluralismo delle società contemporanee, dal momento che finiscono col tutelare e rafforzare i valori corrispondenti a quelli del gruppo dominante, cioè della comunità autoctona, discriminando le minoranze. In questo modo, il comunitarismo ricadrebbe proprio in peccati simili a quelli rimproverate al liberalismo⁸¹.

Dunque, per scansare questi rischi, sembra opportuna l'adozione di scelte politiche volte a salvaguardare e valorizzare le plurime identità culturali, mediante l'implementazione di diritti collettivi e culturali, a favore degli appartenenti a comunità minoritarie. Se l'individuo non è disincarnato, irrelato e atemporale, ma ha legami culturali e sociali con la propria comunità di appartenenza, allora il quadro di diritti e garanzie, posto a sua tutela, dovrà comprendere anche diritti volti alla promozione di pratiche identitarie e diritti esercitabili direttamente dalle collettività, entro cui trova attuazione e sviluppo la sua persona.

Eppure, il riconoscimento di diritti culturali e collettivi ha in sé una falla: potrà mai l'individuo esprimere critica, dissenso, disaccordo nei confronti del gruppo di cui è parte per nascita e formazione culturale?⁸² La pressione sociale, esercitata coattivamente o in via subliminare dalla comunità di appartenenza, non rischia, forse, di mortificare la capacità dell'individuo di dissentire e deviare dal modello preconstituito? Non è, tutto questo, in contrasto col riconoscimento dei diritti individuali di libertà ed uguaglianza?

L'impossibilità di divergere da flussi di idee unidirezionali può scivolare nella massificazione, nell'omologazione, rendendo il gruppo pericoloso all'esterno, ma non dimentichiamo che può degenerare anche in forme dispotiche e totalitarie di governo.

caratterizza una comunità politica. Come pure i diritti, data la dimensione interrelata degli individui e la loro permeabilità rispetto ai contesti di appartenenza, non possono essere assoluti e incondizionati, ma al contrario essi dovranno essere l'altra faccia di un dovere di appartenenza e contribuzione.

⁸¹ Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 4. Questa critica è sollevata, tra gli altri, da W. KYMLICKA, *Introduzione alla filosofia politica contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 1996, cap. 5: I filosofi comunitari.

⁸² Cfr. L. BAZZICALUPO, *Appunti delle lezioni di Storia delle Dottrine politiche*, cit., p. 207; A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 28.

E, allora, diventa doveroso garantire all'individuo l'opportunità di distanziarsi dall'orientamento dominante del gruppo, attraverso la previsione di provvedimenti volti a promuovere e facilitare dissenso o adesione incondizionata, da parte del soggetto, alle decisioni del gruppo. Proprio in tal senso Kymilicka sostiene che "i diritti delle minoranze [...] non devono permettere ad un gruppo di opprimere i suoi membri"⁸³. Sulla stessa linea Raz osserva che abbandonare la propria comunità deve essere una scelta concretamente esperibile e che il diritto d'uscita deve essere pubblicamente riconosciuto⁸⁴. Ma il mero riconoscimento pubblico non basta. E' necessario che le politiche statali si impegnino a garantire l'autonomia decisionale del soggetto, rafforzando le pratiche educative, facendo informazione, fornendo sostegno economico e sociale all'immigrato⁸⁵. Una politica ispirata a principi di multiculturalismo, tesa a realizzare effettivamente libertà ed uguaglianza, dovrà essere sensibile alla realtà dei soggetti più deboli, alle differenze specifiche, all'irripetibilità identitaria di ciascuno.

Identità non è appartenenza, ma piuttosto pluriappartenenza⁸⁶. Non esistono forme identitarie stigmatizzate, fisse, conchiusse entro i confini della casta, ma persone, con il loro bagaglio identitario frammentato, pronte ad indossare sempre nuove maschere⁸⁷. L'individuo è multiculturale. E solo una politica del diritto centrata su una prospettiva empirica soggettivistica potrà tutelarne autonomia, capacità di critica, potere decisionale.

Concludo facendo mie le osservazioni di Alessandra Facchi: "Se, come penso, una comunità, qualunque comunità, ha valore solo in quanto luogo di formazione e realizzazione dell'individuo, non sono giustificate azioni pubbliche che comprimano

⁸³W. KYMILICKA, *La cittadinanza multiculturale*, il Mulino, Bologna 1999, p. 337.

⁸⁴J. RAZ, *Multiculturalism*, in "Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of law", n. 3, 1998, p.119. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 156.

⁸⁵A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 156.

⁸⁶Cfr. A. GUTTMAN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica* in "Teoria Politica" n. 3,1993, p.15.

⁸⁷L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., pp. 149-150.

deliberatamente le libertà individuali o ostacolano la formazione di nuove identità collettive soltanto in nome della conservazione di una comunità. Un'attitudine multiculturale non si traduce soltanto nella tutela delle collettività esistenti, ma anche nell'apertura verso nuove culture e nuovi gruppi sociali. L'approccio nei confronti della convivenza multiculturale non è dunque la conservazione forzata di identità differenti, quelle tradizionali degli immigrati e quelle spesso ben più conservatrici degli autoctoni, ma la loro convivenza, sovrapposizione ed eventuale fusione [...]»⁸⁸.

7. Formalizzazione del potere e tecnica giuridica

I flussi transnazionali di persone, capitali, beni, servizi e tecnologia, che attraversano una società ormai globale, indifferente ai confini nazionali della sfera politico-giuridica, minano la pienezza del potere statale: la globalizzazione mette in discussione la sovranità statale, il rapporto fra individuo e Stato, fra soggetto e territorio, fra libertà e potere legittimo, fra diritti e garanzie. La proliferazione dell'economico negli spazi globali, il trionfo dell'impresa senza fissa dimora che disloca sul pianeta la propria organizzazione produttiva e distributiva, depotenziano la capacità regolativa delle forme della politica. Lo Stato perde una parte della sua sovranità a favore delle forze di mercato: dal governo pubblico di economie nazionali, incluse entro le frontiere di Stato, si passa agli Stati inseriti nei mercati globali e sottoposti alle loro pressioni competitive⁸⁹.

L'indebolimento della statalità, cui fa da contraltare l'assenza di una dimensione transnazionale della politica istituzionalizzata, segna una rivoluzione nell'ordine

⁸⁸ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit., p. 150.

⁸⁹ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 241.

giuridico contemporaneo. La disarticolazione dei poteri globali, il pluralismo sociale, la conflittualità latente dei rapporti intersoggettivi portano ad un ripensamento del nesso politica-natura. Invero la nuova antropologia sottesa alla rete dei poteri globali mette in evidenza come la matrice funzionalista, ordinante, del diritto vacilli sotto l'urto dei tempi. L'artificio è ancora capace di razionalizzare l'antagonismo sociale, il multiverso, l'imprevedibilità che pervadono la logica globale? Rispetto all'effervescenza di vettori di potere, di prospettive non solidali, di passioni contrastanti, il diritto è ancora un meccanismo di neutralizzazione del conflitto?

La logica dello Stato moderno, che da Hobbes a Kelsen è stata incentrata sulla secolarizzazione e sulla neutralizzazione giuridica, va indubbiamente reinterpretata alla luce delle nuove dinamiche globali. Un tempo il Leviatano hobbesiano garantiva la fine della conflittualità e, quindi, l'ordine, inteso come condizione di vita/sopravvivenza. Con il patto sociale i sudditi rinunziavano alla sfera dei propri diritti⁹⁰ pur di ottenere dal sovrano l'atto istitutivo dell'ordine contro l'irrazionalità della realtà e si assicuravano in questo modo la sopravvivenza: “[I]a causa finale, il fine o il disegno degli uomini (che per natura amano la libertà o il dominio sugli altri), nell'introdurre quella restrizione su se stessi sotto la quale li vediamo vivere negli Stati, è la previdente preoccupazione della propria conservazione e di una vita perciò più soddisfatta; cioè, a dire di trarsi fuori da quella miserabile condizione di guerra, che è un effetto necessario [...] delle passioni naturali degli uomini, quando non ci sia alcun

⁹⁰ Al contrario D. P. Gauthier sostiene che nel *Leviathan* il rapporto sovrano-suddito non comporterebbe la rinuncia ai diritti per i sudditi. Solo nelle altre due opere politiche fondamentali, *Elements of Law* e *De cive*, che Hobbes si trovò a pubblicare nel giro di poco più di un anno, tra il 1650 e il 1651, quasi contemporaneamente al *Leviathan*, i sudditi si obbligavano, mediante il patto, ad alienare i loro diritti – eccetto naturalmente il diritto alla vita – al sovrano. Per il critico canadese nel *Leviathan* i sudditi si obbligherebbero solo a “mantenergli l'autorizzazione” e questo non comporterebbe affatto l'alienazione dei diritti naturali. Cfr. D. P. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan – The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes*, Oxford 1969, p. 132.

potere visibile che li tenga in soggezione e li vincoli, con la paura di punizioni, all'adempimento dei loro patti e all'osservanza delle leggi di natura"⁹¹.

“Alla base dell'ordine moderno risiedeva, dunque, un'*auctoritas* individualistica legittimante: il fondamento ultimo della legittimazione del potere del sovrano hobbesiano passava attraverso la rinuncia, da parte dei sudditi, della propria originaria autorità naturale”⁹².

Individui liberi ed uguali rompevano lo stato di natura per scegliere razionalmente lo stato politico e uscire incolumi dal conflitto sociale dilagante. Erano gli anni delle guerre di religione, dei conflitti egemonici tra gli Stati europei, dei viaggi oltreoceano che avevano portato ad un'inedita mescolanza con forme di vita diverse, selvagge, da dominare⁹³. Agli occhi di Hobbes l'individualità appariva nella sua nuda ferinità, mossa da istinti primordiali di sopraffazione, distinta da ogni contesto relazionale organico, priva di ogni sorta di dimensione affettiva. Scarsità delle risorse, incertezza e paura facevano da sostrato alla legittimazione dell'obbligo politico.

Ed è in questo spaccato sociale che Hobbes teorizza la sovranità statale, intesa come categoria di razionalizzazione in forma giuridica del potere, capace di livellare il contrasto, di formalizzare il multiverso, di esercitare autorità pratica. La sovranità hobbesiana è assoluta. Rappresenta un potere supremo che non ha, né riconosce, alcunchè sopra di sé. Ha una carica personalista, incarnata com'è dal sovrano, simboleggiato nelle sue prerogative dal *Leviathan*, il potente mostro biblico descritto

⁹¹ T. HOBBS, *Leviatano* (1651), a cura di A. Pacchie con la collaborazione di A. Lupoli, Laterza, Roma-Bari 1998, p. 139.

⁹² Cfr. G. PRETEROSSO, *Autorità*, il Mulino, Bologna 2002, p. 56.

⁹³ Cfr. L. BAZZICALUPO, *Appunti delle lezioni di Storia delle Dottrine politiche*, cit., p. 22-29.

nel Libro di Giobbe⁹⁴. Sta in intimo contatto con gli elementi della forza e del potere, concepiti come gli unici mezzi capaci di garantire l'incolumità dei sudditi. Risulta legata a doppio filo ad una visione strumentale del diritto, concepito come tecnica finalizzata ad un ordine artificiale.

8. Razionalità artificiale e neutralizzazione giuridica

“La costruzione giuridica moderna si legittima attraverso la contrapposizione ad una presunta anarchia dello stato prepolitico e presociale: il dato sociale e pregiuridico viene rappresentato come privo di autoregolazione, privo di norme immanenti. Inteso in questo senso costruttivistico e artificialista (secondo un modello di razionalità e coerenza interna e in corrispondenza ad un oggetto che lo costruisce *ex nihilo*), il diritto positivo incide un solco radicalmente nuovo nella tradizione occidentale, smentendo la cultura giuridica premoderna che faceva perno su un diritto, *right*, giusto, indipendente dall'artificio umano, ma inerente ad una positività *non posta*, perché sempre già in essere: un *diritto dell'essere*, attributo o modalità oggettiva tanto della natura umana *in sé*, quanto di una realtà sociale capace di autoregolarsi spontaneamente e che stratifica nel tempo e nella consuetudine le sue regolarità normative e le sue istituzioni”⁹⁵.

È questo il senso nel quale la rappresentazione moderna del diritto costruisce il concetto di sovranità come volontà sovrana artificialmente istituita ed è proprio nella razionalità artificiale del diritto di matrice hobbesiana la valenza strumentale del diritto inteso quale categoria di neutralizzazione giuridica.

⁹⁴ Cfr. JOB vv. 18, 19: “La spada che lo affronta non resiste, né la lancia, né il dardo, né il giavelotto, perché il ferro è per lui come paglia e il bronzo come legno marcio”. Del resto la copertina della prima edizione del Leviatano – sopra la celebre immagine dell'uomo collettivo costituito da una moltitudine di uomini riuniti entro il corpo del sovrano – porta il versetto di Giobbe: “*Non est super terram potestas quae comparetur ei*” (Cfr. Job vv. 41, 24).

⁹⁵ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009 ora in A. TUCCI, V. GIORDANO (a cura di), *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 10-11.

Com'è noto, nella concezione hobbesiana viene indagata la diade anarchia-unità, mettendo in luce come dal difetto di potere scaturiscano disordine, insicurezza, precarietà⁹⁶. L'autore, influenzato dal dilagare della guerra civile⁹⁷, lega la dissoluzione del potere al disordine sociale che ne consegue. Mette a nudo i limiti della natura conservativa e passionale dell'uomo moderno, ne indaga i meandri per estrarne pochezza, miseria, invidia, ferinità, pulsioni irrefrenabili. Giunge a giustificare la necessità di un potere politico coeso e unitario passando attraverso la supposizione di uno stato di libertà naturale, pregresso alla costituzione di un potere politico accentrato, in cui gli uomini sarebbero influenzati da alcune condizioni obiettive, come la loro

⁹⁶ Thomas Hobbes esprime l'esigenza, assai diffusa in Europa durante il XVII secolo, di un rinnovo profondo delle istituzioni politiche e sociali, fino ad allora influenzate dagli eccessi delle concezioni feudali e teologiche. Superando le visioni premoderne, concentrate sull'analisi della legittimazione divina del potere politico, la teoria hobbesiana va dritta al nodo dei problemi del suo tempo: è possibile superare il disordine sociale dilagante, la conflittualità latente delle relazioni umane, creando le condizioni di un ordine artificiale, che sia stabile, duraturo e condiviso? Coltivando una visione antropologica pessimistica e individualista, in netto dissenso con la concezione aristotelica che è ispirata alla naturale socievolezza dell'uomo, inteso come uomo politico, che trova la sua radicale estrinsecazione nelle più ampie formazioni sociali. Per un confronto fra il modello hobbesiano e il modello aristotelico di società e di Stato si rinvia a N. BOBBIO, M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1979, pp. 41-47.

⁹⁷ La guerra civile inglese fu un conflitto civile combattuto in Gran Bretagna fra il 1642 e il 1651. Dopo la morte di Elisabetta I Tudor (1603), che non lasciò eredi diretti, il trono d'Inghilterra e di Irlanda passò al parente più prossimo, Giacomo Stuart, già re di Scozia. Per la prima volta si trovarono riunite sotto lo stesso sovrano l'Inghilterra anglicana, l'Irlanda cattolica e la Scozia calvinista. Il regno di Giacomo I, durato fino al 1625, fu un'età di forti contrasti: il re si impegnò nel diffondere l'Anglicanesimo, sempre più vicino a posizioni quasi cattoliche, in un Paese che invece richiedeva una riforma più vicina a posizioni protestanti. Da Giacomo I il trono passò al figlio Carlo I Stuart che dovette fronteggiare, oltre alle problematiche religiose, spinose questioni di natura politica. Nel 1628 Carlo I, per sostenere le spese necessarie all'appoggio militare in Francia per il soccorso degli ugonotti, convocò il Parlamento. I parlamentari, però, invece di concedere sussidi al re, gli chiesero conto di tutte le illegalità perpetrate, chiedendogli di firmare la *Petition of Right*, con la quale si decretava che ogni imposizione fiscale dovesse essere approvata dal Parlamento. Per questo motivo il re sciolse il Parlamento dopo appena un mese dalla sua convocazione. Durante i dieci anni di assenza del Parlamento Carlo I impose nuovi tributi, come ad esempio lo *ship money*, combattè il puritanesimo, tentò di diffondere l'Anglicanesimo in Scozia, regione di fede calvinista, provocando una rivolta. Per costituire un esercito da inviare contro gli insorti, Carlo I fu costretto a convocare il Parlamento e chiedere l'approvazione di ulteriori tasse. Ciò avvenne il 13 aprile del 1640, ma il 5 maggio dello stesso anno, a causa delle proteste dei parlamentari, il monarca sciolse l'assemblea. Il re cercò di liberarsi dei parlamentari che gli erano più ostili, ma questi, avvertiti in tempo, riuscirono a salvarsi, coadiuvati dalla popolazione londinese, sempre più ostile all'atteggiamento di Carlo I. Scoppiò così la guerra civile fra parlamentari e monarchici. La guerra all'inizio vide prevalere i monarchici, ma poi la situazione si capovolse. Il re tentò di negoziare con gli scozzesi, i quali lo arrestarono e lo vendettero ai parlamentari. Il re riuscì a fuggire. La guerra continuò ancora per un anno. Solo allora i parlamentari ebbero la meglio. Il loro leader, Oliver Cromwell, espulse dalle fila del Parlamento i seguaci del re. Il Parlamento condannò a morte il sovrano e fu proclamata la Repubblica inglese o *Commonwealth*, di cui Cromwell assunse la guida con il titolo di Lord protettore del Regno.

eguaglianza di fatto o la scarsità delle risorse, che, alimentando le naturali passioni umane, porterebbero l'individuo alla ricerca irrefrenabile del *bonum sibi*. Il naturale diritto di ciascun uomo a tutto quanto sia reputato necessario per l'autoconservazione finirebbe così con l'innescare una situazione di ostilità o conflitto diffuso, che Hobbes indica come *bellum omnia contra omnes*⁹⁸.

Come ha osservato Bobbio, l'espressione hobbesiana "guerra di tutti contro tutti" non deve essere presa alla lettera. Vuol dire semplicemente che, laddove si verificano le condizioni tipiche dello stato di natura, esse determinano "uno stato di guerra di tutti coloro che si vengono a trovare in questo stato"⁹⁹. O ancora, osserva il critico, tale locuzione può rappresentare un'espressione iperbolica con cui Hobbes indica "quello stato in cui un gran numero di uomini, singolarmente o a gruppi, vivono, per mancanza di un potere comune, nel timore reciproco e permanente della morte violenta"¹⁰⁰.

In altri termini il desiderio di potere, in una situazione in cui tutti sono uguali, i beni sono insufficienti per soddisfare i bisogni di tutti, crea una condizione permanente di conflittualità relazionale. A livello teorico lo stato di natura nella concezione hobbesiana rappresenta una pura ipotesi razionale. Per Hobbes solo in alcuni casi determinati è possibile riscontrare uno stato di natura storicamente constatabile: durante la guerra civile, nelle società primitive oppure a livello internazionale, non essendo i rapporti interstatali disciplinati da un potere comune. In particolare lo stato di guerra, in quest'ultimi due casi, non rappresenterebbe necessariamente una condizione di conflitto violento, ma esprimerebbe anche solo uno stato in cui la pace è precaria ed è resa possibile unicamente dal timore della guerra.

⁹⁸ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 82 dove l'autore osserva: "È manifesto che, durante il tempo in cui gli uomini vivono senza un potere comune che li tenga in soggezione, essi si trovano in quella condizione, che è chiamata guerra, e tale guerra è di ogni uomo contro ogni altro uomo".

⁹⁹ N. BOBBIO, *Thomas Hobbes* (1989), in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Utet, Torino 2004, p. 1191.

¹⁰⁰ *Ivi.*, p. 1192.

Per uscire dai pericoli dello stato di natura gli individui fanno appello ad un'altra componente essenziale del loro essere, che, come le passioni, pure governa l'agire umano: la ragione. Essa si cela sotto le spoglie delle regole prudenziali, ossia di quelle norme ipotetiche tali per cui se si vuole realizzare un certo effetto bisogna attuare un determinato comportamento. Dunque l'uomo, agli occhi di Hobbes, appare capace di agire non solo rispondendo alle sue passioni, ma anche seguendo regole che gli indicano quali sono i mezzi da utilizzare per realizzare il risultato sperato. Non agisce solo *per causam*, per soddisfare pulsioni naturali, ma anche per realizzare obiettivi. È capace di calcolo razionale.

Come è stato notato: “[u]na definizione di ragione in termini di semplice facoltà calcolante, strumento di ottimizzazione delle pulsioni individuali non è soddisfacente laddove venga assolutizzata e trasferita fuori dal campo circoscritto dell'esercizio del diritto naturale. Nella condizione naturale la ragione si affianca alle passioni talvolta come elemento disciplinare in vista del miglior rendimento possibile in termini di soddisfazione, talaltra come elemento antagonistico, in quanto fonte cognitiva della legge naturale e morale”¹⁰¹.

Fino a che punto nello stato di natura gli uomini possono agire secondo ragione? In un contesto improntato al godimento assoluto, alla prevaricazione dell'altro, l'uomo che agisce secondo ragione che garanzia ha che anche gli altri sopprimano le loro naturali pulsioni in vista del raggiungimento di un fine superiore, quale può essere la pace? Sino a quando l'uomo versa nello stato di natura nessuna delle vie che la ragione consiglia di intraprendere per raggiungere la pace può essere perseguita. L'individuo che isolatamente seguisse le regole prudenziali sarebbe inevitabilmente destinato a soccombere. La densità della conflittualità diffusa sconsiglia al singolo individuo di

¹⁰¹ V. OMAGGIO, *Justus metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli 2000, p. 25.

agire secondo ragione. Dunque la condizione preliminare per realizzare la pace sociale risiede nella volontà di tutti di uscire dallo stato di natura e di costituire un assetto sociale in cui ciascuno potrà seguire le regole della ragione nella certezza che anche gli altri facciano altrettanto.

Per Hobbes il passaggio dallo stato di natura allo Stato sovrano, come si è detto poc' anzi, avverrebbe attraverso la stipula di un patto di non belligeranza: per vivere in pace gli uomini decidono di accordarsi e di istituire un potere politico capace di garantire una vita secondo ragione. Dunque la costituzione dello Stato leviatanico non sarebbe un accadimento naturale, ma rappresenterebbe il risultato di un atto di volontà. Ed è in questo senso che lo Stato costituisce l'artificio, il prodotto umano, in grado di neutralizzare la conflittualità e di assicurare l'ordine. Per fondare una società stabile, capace di garantire il rispetto delle regole necessarie per realizzare la pace, intesa come duratura cessazione della conflittualità, gli uomini stipulano un *pactum unionis* in virtù del quale si spogliano dei loro diritti in favore di un solo uomo o di un gruppo di uomini a condizione che anche tutti gli altri facciano altrettanto¹⁰². Teorizzando il patto d'unione Hobbes riduce il *pactum societatis* e il *pactum subiunctionis*, tipici del giusnaturalismo moderno, ad un unico patto, superandone i limiti ed estrapolandone i punti di forza. Hobbes respinge le concezioni teoriche che rintracciano l'origine della statalità nel *pactum societatis*: un accordo di persone che perseguono una finalità comune. Questo tipo di accordo darebbe luogo semplicemente ad una società "di mutuo soccorso" e non garantirebbe l'osservanza delle regole di sicurezza, il perpetuarsi della stabilità dei rapporti. Nella concezione hobbesiana, per costituire un potere comune attraverso cui realizzare il passaggio dallo stato di natura alla società civile, gli uomini devono stipulare un *pactum unionis* in virtù del quale si spogliano dei loro diritti in

¹⁰² Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 112: "Io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a quest'assemblea di uomini, a questa condizione: che anche tu ceda il tuo diritto a lui e autorizzi tutte le sue azioni allo stesso modo".

favore di un solo uomo o di un gruppo di uomini a condizione che anche tutti gli altri facciano altrettanto. Il patto di unione differisce dal *pactum societatis*, che intercorre fra sovrano e popolo nel suo complesso e soggiace al pericolo di essere revocato: se uno dei due contraenti venisse rappresentato dal popolo, cioè da una *universitas* e non più da una *moltitudo*, per la rescissione del contratto basterebbe che fosse d'accordo la maggioranza. Inoltre il *pactum unionis* diverge dal *pactum societatis* anche perché prevede che gli individui scelgono di sottomettersi all'autorità. Concretamente tale subordinazione si traduce nella cessione, da parte di ciascun individuo, dei propri diritti su tutte le cose e nella rinuncia all'uso della forza necessaria per poter difendere i propri beni dagli attacchi altrui, di cui ne diventa depositario il detentore del potere politico istituito con il patto. Il risultato è la costituzione di un potere supremo che investe col suo raggio d'azione tanto i beni economici quanto l'uso della forza fisica.

Dunque il patto d'unione hobbesiano assomma in sé tratti del *pactum subiunctionis* e aspetti del *pactum societatis*. Come il primo prevede la sottomissione degli individui ad un'unica volontà, ma come il secondo prevede che la stipula del patto non avvenga fra il sovrano e il popolo nella sua integrità. I contraenti del *pactum unionis* sono i singoli individui che si impegnano reciprocamente a sottomettersi ad un terzo non contraente.

Nella concezione kelseniana l'artificialismo giuridico è depersonalizzato e trasfigurato nell'immagine formale della costruzione a gradi del diritto. Il potere sovrano è ancora unitario, ma trasla da una configurazione soggettivistica ad una concezione di matrice oggettivistica. La neutralizzazione della conflittualità non è più garantita da un soggetto, il sovrano, terzo e svincolato dall'osservanza della legge, ma dall'ordinamento giuridico nella sua unitarietà, nella sua capacità di autolegittimarsi e di autoriprodursi. La sovranità statale diventa una qualità dell'ordinamento giuridico¹⁰³, una caratteristica

¹⁰³ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 1967, p. 143 dove l'autore osserva: "Non appena l'ordinamento giuridico ha superato il primitivo stato di completo

interna al sistema, sciolta nelle pieghe dei meccanismi di autorizzazione e di delega. Kelsen in *Lineamenti di dottrina pura del diritto* osserva che la dottrina tradizionale considera lo Stato come un essere diverso dal diritto, come un soggetto di obblighi e di autorizzazioni giuridiche indipendente dall'ordinamento giuridico, come un "ente metagiuridico, una specie di macroantropo onnipotente [...] presupposto dal diritto"¹⁰⁴. In Kelsen il potere è unitario, autoreferenziale, riducibile allo schema dello Stufenbau. Questa sua configurazione strutturale lo rende capace di porsi quale "tecnica per il controllo del comportamento dell'uomo sull'uomo", capace al tempo stesso di orientare i comportamenti sociali, sanzionandoli negativamente e, al tempo stesso, di neutralizzare il conflitto.

Come, infatti, vedremo più precisamente nelle pagine successive, le categorie formali costruite dalla scienza giuridica kelseniana richiedono il superamento di qualunque forma di dualismo interno all'ordinamento giuridico.

Da un lato, infatti, l'identificazione fra diritto e Stato serve per l'autore a garantire l'esigenza di una conoscenza normativa di tipo scientifico¹⁰⁵, deprivata dell'ideologia insita in qualsiasi forma di personificazione, dall'altro la negazione di qualunque tipo di conflitto normativo all'interno della costruzione artificiale costituisce un meccanismo ingegnoso di neutralizzazione giuridica.

decentramento, non appena si sono formati, per la produzione e l'esecuzione delle norme giuridiche e specialmente per l'esecuzione degli atti coattivi, degli organi che funzionano secondo la divisione del lavoro, si eleva nettamente sulla massima dei membri dello stato, cioè di coloro che sono sottoposti alle norme, un gruppo di individui che sono qualificati come organi in modo specifico. [...] L'organo dello stato che svolge la sua parte di lavoro diventa come titolare della funzione giuridica accentrata. È questo un organo qualificato giuridicamente in un determinato modo".

¹⁰⁴ Ivi, p. 138.

¹⁰⁵ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47 in cui l'autore mette in luce che la dottrina pura del diritto rappresenta una teoria che vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Vuole assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e vuole eliminare da questa conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto.

9. Geometrie del potere e autorità del diritto

Porre l'accento sulla vocazione monistica e territoriale del diritto moderno vuol dire trasformare radicalmente l'antropologia giuridica, nel senso che la logica medioevale del diritto fondata su una concezione relazionale dell'uomo, inteso come termine di un rapporto che lo precede¹⁰⁶, cede il passo ad una logica binaria verticale, in cui l'individuo non è più *faber*, artefice, della norma, ma suo destinatario¹⁰⁷. L'ordine giuridico di Westfalia è centrato sulla legge dello Stato, comando imperativo e unilaterale che si impone con la minaccia della sanzione. Non a caso Max Weber in *Economia e società*, opera apparsa postuma nel 1922, coglie nel processo di formazione della moderna macchina statale "l'espropriazione" progressiva dei poteri feudali da parte del principe e fonda la prerogativa strutturale della sua autorità sul monopolio "dell'uso legittimo della forza"¹⁰⁸ nell'ambito di un determinato territorio e su una determinata popolazione¹⁰⁹. Al fittissimo ordito di patti e intese che lungo tutto l'arco

¹⁰⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI (a cura di), *Introduzione*, in ID., *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 12.

¹⁰⁷ Come osserva Pierangelo Schiera, alla base della cultura occidentale della prima modernità risiedono, da una parte, l'individuo e, dall'altra, l'obbligazione politica. Questi due poli determinerebbero, a suo avviso, il campo più proprio e specifico del moderno, consistente nella fondazione di una socialità regolata all'interno dalla disciplina e governata, dall'esterno, da un potere legittimo. Disciplina, legittimazione e istituzioni configurerebbero i tre pilastri di una mentalità nuova, da cui prenderebbe avvio la possibilità di una regolazione statale del potere. Cfr. P. SCHIERA, *Specchi della politica. Disciplina, melanconia, socialità nell'Occidente moderno*, il Mulino, Bologna 1999, pp. 361- 362; ID., *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno* in P. SCHIERA, G. CHITTOLINI, A. MOLHO (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 17-48.

¹⁰⁸ M. WEBER, *Economia e società*, Comunità, Milano 1961, Vol. II, p. 209. È in quest'opera che l'autore, dopo aver distinto tra potere come generica capacità di ottenere obbedienza e potere legittimo, frutto di una doverosità duratura da parte dei consociati, elabora una tripartizione interna al concetto di potere legittimo e giunge a delineare lucidamente la legittimità del potere nell'epoca moderna. Prima descrive il "potere tradizionale" come il potere proprio di chi opera entro il solco di una tradizione consolidata che, essendo considerata ampiamente auspicabile, ne legittima a pieno titolo l'operato. Segue poi la descrizione del "potere carismatico", che è il potere assunto, in seguito ad una rottura dell'ordine tradizionale, da un capo, la cui autorità è legittimata dalla credenza diffusa nelle sue qualità straordinarie di guida. Infine, viene analizzato "il potere legale-tradizionale", proprio della modernità, che riposa sulla validità formale: è legittimo non perché sia riconosciuto portatore di un valore intrinseco, ma perché risulta fondato su un sistema che opera conformemente a regole aprioristicamente stabilite. Per una ricostruzione critica di questi temi cfr. G. PRETEROSSO, *Autorità*, cit., pp. 112-115.

¹⁰⁹ Cfr. G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 303-304.

dell'era medioevale avevano regolato i rapporti fra gli individui, segue un ordine politico verticale, gerarchico, indivisibile, esercitato in modo assoluto da un unico soggetto. La proiezione dell'ordine politico "monoteista"¹¹⁰ dell'epoca moderna è la legge, che è valida non in ragione della sua veritas o della sua aequitas, com'era per i filosofi razionalisti, ma perché promana da una auctoritas ben individuata, che domina incontrastata la piramide delle fonti. Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, per Hobbes, che fa da apripista alla concezione moderna della politica come programma artificiale volto a instaurare l'ordine nell'entropia naturale, la produzione giuridica è prerogativa esclusiva del sovrano e il significato stesso da attribuire ad una legge non va rintracciato nella lettera della norma, ma nel senso che il legislatore ha inteso attribuire a quell'enunciato: "Noto il legislatore e rese sufficientemente conoscibili le leggi – vuoi attraverso la scrittura vuoi per lume naturale – manca ancora un'altra condizione molto importante per renderle obbligatorie. Infatti non è nella lettera, ma nell'interpretazione e nel senso, vale a dire nell'autentica interpretazione della legge (ossia nel significato inteso dal legislatore) che consiste la natura della legge. Pertanto l'interpretazione di tutte le leggi dipende dall'autorità sovrana, e interpreti possono essere soltanto coloro che sono incaricati dal sovrano (unicamente al quale il suddito deve obbedienza). Altrimenti, basta un interprete astuto per fare assumere alla legge un significato opposto a quello dato dal sovrano; col che l'interprete diventa il legislatore"¹¹¹. E poco prima: "la legge in generale non è consiglio ma comando; non comando di un uomo qualunque a un altro, ma solo di chi lo rivolge a un altro precedentemente obbligato a obbedirgli"¹¹². Come è stato rilevato, si tratta di un modello di Stato e di sovranità che monopolizza non solo la produzione giuridica, ma

¹¹⁰ Cfr. M. R. FERRARESE, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto utile*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 73.

¹¹¹ T. HOBBS, *Leviatano* (1651), cit., p. 227.

¹¹² *Ivi*, p. 219.

anche l'idea stessa di giustizia, dal momento che riduce l'azione degli uomini a mera obbedienza e li configura come esecutori passivi della volontà sovrana¹¹³.

Ciò che emerge da questi argomenti è un'immagine fortemente ideologica del Leviatano, che va temperata alla luce di quanto Hobbes scrive nel capitolo XXXVII, in riferimento alla questione dei miracoli e del loro uso, quando sostiene che il suddito è tenuto a conformarsi alle decisioni del luogotenente di Dio in terra, ma può avanzare una riserva interiore sul contenuto del comando sovrano: qui l'autore separa la questione dell'obbedienza da quella della accettazione interna del contenuto del comando, iniettando nel suo impianto teorico l'elemento del "riconoscimento minimale" del diritto da parte della compagine sociale. In effetti, come osserva Carl Schmitt, nel momento in cui Hobbes ha ammesso la possibilità per i sudditi di maturare una riserva interiore in merito alle decisioni del sovrano, ha inoculato nel suo impianto teorico "il germe mortifero che ha distrutto dall'interno il potente Leviatano e che ha abbattuto il dio mortale"¹¹⁴. Indubbiamente la possibilità di manifestare un'obbedienza meramente esterna rappresenta una valvola di apertura verso la possibilità di critica sui contenuti delle decisioni del sovrano e conduce verso il compimento di quel processo di secolarizzazione che accompagnerà le vicende dello Stato moderno fino alla formazione dello Stato laico del XX secolo. Ma ciò che preme far notare è che questa apertura, quest'aporia sostanziale, questo *vulnus* teorico capace di attualizzare la portata della concezione hobbesiana, non ha indebolito la capacità pratica del diritto, la sua attitudine a porsi come una tecnica di controllo del comportamento degli uomini. Al contrario, proprio il ricorso al foro interno, in tema di obbedienza, costituisce, da parte di Hobbes,

¹¹³A. CATANIA, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 21-36 in cui l'autore sottolinea come tutto ciò che viene imposto dal sovrano, per il fatto stesso che promana dalla sua autorità, è anche giusto e deve essere osservato dai consociati.

¹¹⁴Cfr. C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di G. GALLI, Giuffrè, Milano 1986, pp. 61-143: la cit. alla p. 104.

una vera e propria “trovata geniale”, capace di dare un fondamento al potere sovrano durante il XVII secolo: Schmitt non si avvede che la possibilità stessa del trasferimento dei diritti ad un terzo, cioè al sovrano, presuppone la necessità logica di lasciare ai sudditi la libertà interiore in tema di materia religiosa¹¹⁵. In effetti, come è stato osservato, “l’obbedienza alle leggi sovrane era possibile solamente se il suddito poteva continuare a separare opinione ed azione (coscienza interna ed azione esterna) che già allora nella guerra civile si contraddicevano, per poter vivere in armonia con se stesso senza preoccuparsi del contenuto delle leggi da osservare”¹¹⁶.

La distinzione tra foro interno e foro esterno, dal momento che conferisce al diritto la capacità di neutralizzare il conflitto, non indebolisce la sua capacità pratica, ma la rafforza: se non fosse possibile esperire un’obbedienza dimidiata, la conflittualità entrerebbe nel diritto, minandone l’autorità pratica e la ratio funzionalista.

Così come il sistema hobbesiano è polarizzato intorno al concetto di auctoritas, allo stesso modo l’ordinamento giuridico kelseniano, nella sua accezione dinamica, è anch’esso compenetrato dal principio di autorità, collocandosi a pieno titolo nella rappresentazione artificiale del paradigma moderno.

Com’è noto, dal momento che per Kelsen “il diritto può avere qualsiasi contenuto”, ciascuna norma dello Stufenbau è valida – e quindi obbligatoria – non in ragione della sua verità o della sua giustizia, ma per la sua appartenenza legittimo-formale all’ordinamento¹¹⁷. Mentre nei sistemi normativi deduttivo-materiali, come i sistemi

¹¹⁵ Queste conclusioni sono di A. CATANIA, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, cit., p. 49.

¹¹⁶ R. KOSELLECK, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, tr. it. a cura di V. Polacchini, il Mulino, Bologna 1972, pp. 35-36,

¹¹⁷ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 96 dove l’autore sostiene che “le norme giuridiche non sono valide in forza del loro contenuto. Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto: non vi è nessun comportamento umano che, come tale, in forza del suo contenuto, non possa diventare contenuto di una norma giuridica. Una norma vale come norma giuridica, sempre e soltanto perché si è presentata in un modo particolarmente stabilito, è stata prodotta secondo una regola del tutto determinata, è stata posta secondo un metodo specifico”.

morali e giusnaturalistici, ciascuna norma rappresenta la concretizzazione di una norma più generale, che viene considerata proprio per la sua caratterizzazione contenutistica, nei sistemi dinamici una norma è valida se è possibile rintracciare, in un gradino superiore della rappresentazione a gradi, una norma di tipo autorizzativo, che funga da fondamento della validità della norma presa in considerazione. Infatti il velo di razionalità della sequenza normativa avvolge sempre il momento politico e volontaristico del diritto: i diversi livelli dello *Stufenbau* vengono ad essere logicamente messi in contatto da delegazioni formali, autorizzazioni, poteri. Dunque anche per Kelsen il diritto non vale per quello che dice, ma in base al “chi dice” e le frontiere del fatto e del diritto, dell'essere e del dover essere, non si aprono a possibilità di contaminazione: non occorre andare oltre il giudizio di fatto sulla corrispondenza tra il “prescritto” della norma superiore e il realizzato della norma inferiore, essendo anzi preclusa un'indagine sul contenuto della norma regolata che esuli i limiti contenutistici previsti dalla norma regolante¹¹⁸. L'impossibilità teorica di sconfinamenti fra diritto reale e diritto ideale, diritto come fatto e diritto come valore, la separazione degli aspetti valutativi e fattuali da quelli strettamente giuridici, comporta che le problematiche giuridiche siano risolte unicamente entro i confini del diritto¹¹⁹. Invero, come si vedrà innanzi, il sistema ordinamentale kelseniano innerva un meccanismo normativo autoreferenziale, completo e coerente, capace di fornire sempre delle risposte conclusive anche in presenza di lacune normative o contrasti fra atti giuridici. Ovviamente sostenere tutto questo non vuol dire intravedere nello *Stufenbau* un modello meccanicistico, meramente formale, dal momento che siamo anche noi convinti che

¹¹⁸ Cfr. A. CATANIA, *La validità giuridica. Normativismo e Realismo nel secolo ventesimo: Kelsen, Hart, Ross e Olivecrona*, Gentile, Salerno 1994, p. 79.

¹¹⁹ Cfr. V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 29-30: “La metodologia kelseniana poggiava sull'assunto secondo cui non c'è teoria scientifica se non in relazione a un oggetto distinto dalla teoria medesima, e tale oggetto, suscettibile di analisi, era l'insieme dei rapporti formali di correlazione fra atti e competenze, giammai il contenuto delle soluzioni proponibili”.

l'interposizione dell'autorità normativa inietta sempre nel diritto un elemento innovativo, discrezionale¹²⁰. Ciò che si vuole dire è che un modello normativo così articolato, pur nella sua irriducibile dinamicità, assicura la capacità pratica del diritto, a controllare il comportamento dell'uomo sull'uomo, a neutralizzare possibili forme di conflittualità, proprio nella radicalizzazione dei suoi aspetti volontaristici-formali.

In Kelsen il diritto è il senso del *Wollen*: la norma è il senso di “un atto diretto al comportamento altrui e cioè di un atto secondo cui un altro soggetto deve comportarsi in un certo modo”¹²¹. In effetti fino a quando lo Stato ha rappresentato il soggetto giuridico pubblico di assoluta rilevanza, l'esclusivo *law maker* del diritto, il produttore assoluto di codici e leggi, una conoscenza critica del giuridico non poteva che essere finalizzata a disvelare il progetto di dominio che regolarmente veniva celato dall'organicità culturale del diritto¹²². Certo per Kelsen l'esigenza metodologica vuol disvelare proprio quella volontà che avvolge il diritto, dal momento che l'opzione anti-ideologica della dottrina pura del diritto mira a demistificare l'elemento soggettivo, politico, decisionale che si accompagna alle scelte giuridiche, ma al tempo stesso la dinamica kelseniana appare fortemente legata ad un'immagine del potere unitaria e verticistica, oggi messa in crisi da uno scenario politico ed economico affollato da nuovi soggetti giuridici, da nuove fonti di produzione del diritto e da nuove gerarchie fattuali¹²³,

¹²⁰ Cfr. A. CATANIA, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, cit., p. 55: “ogni piano preso in se stesso rispetto a quello superiore e a quello inferiore, presenta sempre un *quid novi* perché da un passaggio all'altro vi è sempre l'*auctoritatis interpositio* che altro non è che un'applicazione del principio di autorità”.

¹²¹ H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, tr. it. a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1985, p. 6. Per una ricostruzione critica del rapporto fra decisione e norma in Kelsen si rinvia a A. CATANIA, *Decisione e norma*, Jovene, Napoli 1979.

¹²² A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 38.

¹²³ Con riferimento all'Europa cfr. F. SORRENTINO, *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in “Politica del diritto”, n. 2, 1994.

Ormai, come osserva Maria Rosaria Ferrarese, “il diritto pubblico appare esposto in misura crescente a moduli privatistici e consensualistici, mentre, contestualmente, il diritto privato perde anch'esso il suo tradizionale carattere, ed assume spesso importanti effetti di natura pubblica”¹²⁴.

Le frequenti ibridazioni fra diritto pubblico e privato rappresentano il segno del passaggio da una modalità di costruzione dell'ordine sociale di tipo verticale, gestita da un forte apparato centrale che impone dall'alto i suoi comandi, ad una modalità di tipo più orizzontale, caratterizzata da un processo di coordinazione degli Stati con i diversi attori sociali. Al processo moderno di creazione del diritto, monopolizzato dall'autorità politica e calibrato su assetti sociali decisamente più lineari di quelli postmoderni, segue un nuovo processo in cui le autorità statali continuano a rivestire un ruolo di primaria importanza e a fare diritto, ma entrano in gioco con nuovi soggetti che hanno capacità normative assai pervasive. Sul piano delle fonti, queste trasformazioni dei meccanismi di produzione del diritto si traducono nell'indebolimento del ruolo della legge, un tempo indiscussa protagonista della scena normativa, e nella contestuale ascesa del contratto e del formante giurisprudenziale. Insomma, “la fonte legislativa, nonostante i persistenti fasti quantitativi, va incontro ad un sicuro declino qualitativo: sempre più, infatti, deve rinunciare al suo originario fondamento decisionistico ed accettare la contaminazione con nuove forme giuridiche soft, miti, fluide”¹²⁵.

Dal momento che le mutate geometrie di potere sembrano produrre diversi tipi di razionalità normativa, preme chiedersi quale ruolo svolga oggi il diritto nel mondo contemporaneo. È ancora un meccanismo capace di regolare la realtà sociale e le relazioni tra gli uomini, sempre più ispirate a logiche proattive e propositive?

¹²⁴M. R. FERRARESE, *La globalizzazione del diritto: dalla “teologia politica” al diritto utile*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 66.

¹²⁵M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit. p. 72.

Le modalità strategiche con cui i regimi di verità economici e politici ispirano le azioni dell'individuo "situato"¹²⁶ possono convivere con la moderna ratio funzionalista del diritto? E, se così è, in che modo e per quali ragioni?

In effetti per dover fare qualcosa è necessario che ci si imbatta in un limite. Limite che non può essere interamente modificato dall'interpretazione dell'uomo e dalla sua capacità di manipolazione tecnica. Limite che non può dipendere in maniera diretta dalla contingenza di luoghi e tempi¹²⁷. Dunque il diritto globale, intriso com'è di situazioni d'eccezione, di immanenza e di pratiche di autogoverno, può rappresentare un simile limite?

¹²⁶ Il passaggio dall'individuo astratto all'individuo situato, che segna l'avvento della seconda rivoluzione individualista, pone nuovamente in primo piano – dopo l'ostracismo moderno – il contesto e quindi i fatti, la società con i suoi valori e i suoi concretissimi interessi. Cfr., in proposito, C. DE ROSE, *Il soggetto situato. La spiegazione delle azioni umane tra libertà individuale e determinismi sociali*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2001, ma anche G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, Paris 1993, p. 13, dove l'autore, sostiene che in seguito alla seconda rivoluzione individualista, "l'idéal moderne de subordination de l'individuel aux règles rationnelles collectives a été pulvérisé, le procès de personnalisation a promu et incarné massivement une valeur fondamentale, celle de l'accomplissement personnel, celle du respect de la singularité subjective, de la personnalité incomparable quelles que soient par ailleurs les nouvelles formes de contrôle et d'homogénéisation qui sont réalisées simulationém".

¹²⁷ Cfr. M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino 2004, p. 100.

CAPITOLO SECONDO

Nuove sfide del diritto contemporaneo

“Diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch’esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia. Orfani di un territorio che dava loro radici e affidava alla sovranità nazionale la loro concreta tutela, sembrano ora dissolversi in un mondo senza confini dove sono all’opera poteri che appaiono non controllabili”.

S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*

1. Fra liquefazione spaziale e “ipertrofia del presente”

La formidabile capacità connettiva delle tecnologie informatiche e comunicative, l'emersione di entità economiche globali, la denazionalizzazione di particolari prerogative della statalità, la diffusione di modelli culturali stereotipati che si fonde col bisogno di rilanciare l'irripetibilità identitaria del locale, rappresentano il segno di un processo di profonda ristrutturazione delle coordinate spaziali e temporali del mondo.

Oggi lo spazio globale offre un campo di osservazione caratterizzato da un lato dalla “mobilità delle frontiere”¹²⁸, dalla “poligamia di luogo”¹²⁹, dai “non luoghi”¹³⁰,

¹²⁸ Cfr. E. BALIBAR, *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo stato, il popolo* (2001), Manifestolibri, Roma 2004.

¹²⁹ U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione?*, cit., p. 95.

¹³⁰ M. AUGÈ, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità* (1992), Elèuthera, Milano 1993. Per l'autore “il luogo e il nonluogo sono delle polarità sfuggenti: il primo non è mai completamente cancellato e il secondo non si compie mai totalmente – palinsesti in cui si reiscrive incessantemente il gioco misto dell'identità e della relazione. Tuttavia i non luoghi rappresentano l'epoca; ne danno una misura quantificabile ricavata addizionando – con qualche conversione fra superficie, volume e distanza – le vie aeree, ferroviarie, autostradali e gli abitacoli mobili detti mezzi di trasporto (aerei, treni, auto), gli aeroporti, le stazioni ferroviarie e aerospaziali, le grandi catene alberghiere, le strutture per il tempo libero, i grandi spazi commerciali e, infine, la complessa matassa di reti cablate o senza fili che mobilitano lo spazio extraterrestre ai fini di una comunicazione così peculiare che spesso mette l'individuo in contatto solo con un'altra immagine di se stesso”. La cit. alla p. 74.

dall'altro dalla “dimensione temporale onnivora del presente”¹³¹. Se nella prima modernità la percezione del sociale era incardinata entro i confini della statalità, al punto che l'architettura del pensiero, dell'azione e della vita degli individui sembrava circoscrivibile entro i confini territoriali degli Stati¹³², nella seconda modernità le spinte centrifughe della globalizzazione economica, politica e culturale hanno opacizzato le forme di “nazionalismo metodologico”¹³³, le tracce di quei “sentimenti primordiali”¹³⁴ che dovrebbero legare integralmente i soggetti alla propria nazione di appartenenza, alla propria “comunità di destino”¹³⁵.

Certamente anche nella prima modernità i viaggi, i commerci, i libri rappresentavano modi per entrare in contatto con mondi, culture, vissuti diversi, ma questi incontri avevano il carattere della occasionalità, della eccezionalità e si trattava comunque di contaminazioni con qualcosa di estraneo e di diverso¹³⁶. Erano contatti che non avevano il potere di scardinare il senso di appartenenza istituzionale e sociale ad un determinato Paese. Persino i viaggi oltreoceano, seguiti alla scoperta del nuovo mondo, avevano sì creato commistioni culturali, ma si trattava di culturalizzazioni ibride, incapaci di generare la fusione antropologica che, al contrario, ha determinato la globalizzazione.

¹³¹M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 12.

¹³²U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione?*, cit., p. 87.

¹³³Cfr. A.D. SMITH, *Le origini etniche delle nazioni* (1986), il Mulino, Bologna 1992. Diversi sono i saggi di Smith su questo tema a partire dagli anni Settanta. Mi limito a rinviare a ID., *Nationalism in the Twentieth Century*, New York University Press, New York 1987; ID., *Il revival etnico* (1981), il Mulino, Bologna 1984.

¹³⁴E. SHILS, *Primordial, personal, sacred and civic ties*, in “British Journal of Sociology”, Vol. VIII, n. 2, 1957, pp. 130-145, spec. p. 131 dove l'autore osserva “It (*i.e. modern society*) is no *Gesellschaft*, soulless, egotistical, loveless, faithless, utterly, impersonal and lacking any integrative forces other than interest or coercion. It is held together by an infinity of personal attachments, moral obligations in concrete contexts, professional and creative pride, individual ambition, primordial affinities and a civil sense which is low in many, high in some and moderate in most persons” che in traduzione italiana sta a significare: “Essa (*i.e. la società moderna*) non è una società crudele, egoistica, disamorata, infida, completamente impersonale e priva di forze connettive diverse da quelle dell'interesse e della coercizione. Essa è tenuta insieme da un'infinità di legami personali, obbligazioni morali in contesti reali, aspettative professionali, ambizioni individuali, sentimenti primordiali e un senso civico che è basso in molti, alto in alcuni e moderato nella maggior parte delle persone”. La traduzione è mia.

¹³⁵Cfr. A.D. SMITH, *Le origini etniche delle nazioni* (1986), cit. e D. MILLER, *On Nationality*, Oxford University Press, New York 1995.

¹³⁶Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 44.

Nel nostro tempo è in atto un'omologazione culturale: il multilocalismo rappresenta ormai una possibilità costante, facilmente attingibile e talora persino una necessità a cui i soggetti devono piegarsi¹³⁷. La “poligamia di luogo”, l'essere sposati nel contempo con più luoghi, per origine, per opportunità di lavoro, per legami affettivi, ha significato per ciascuno di noi aprire le porte della propria vita alla globalizzazione. Lo scacchiere mondiale è attraversato da individui, che assimilano la diversità nella propria vita, che diventano ricettacolo di culture, modelli, principi sostanziali e all'unisono esportano la loro cultura valoriale, contaminando gli altri individui con cui interagiscono. È questa la “globalizzazione biografica”¹³⁸: la diversità non incombe minacciosa fuori dalle nostre vite, ma penetra i nostri microracconti individuali e si stabilizza nel nocciolo duro delle nostre esistenze, fatte di matrimoni misti, di legami a distanza, di frequenti “battiti d'ali di farfalla”¹³⁹. Ci sono scambi, intrecci, interrelazioni che attribuiscono un nuovo contenuto di senso alla nostra tavola valoriale, rinnovando l'ossatura morale delle nostre vite: la globalizzazione è fuori e dentro di noi.

Con questo non si vuol dire che i contatti con Paesi, culture, riferimenti giuridici “altri” siano uguali per tutti: ci sono individui più o meno globalizzati o persino non globalizzati¹⁴⁰. Anzi la globalizzazione rischia di creare delle disparità sociali¹⁴¹ dal momento che la capacità di muoversi e di agire a distanza non investe parimenti tutte le fasce della popolazione, né attraversa allo stesso modo tutti i territori. L'annullamento delle distanze spazio-temporali, frutto della straordinaria capacità connettiva delle tecnologie elettroniche e dei mezzi di trasporto, se da un lato crea per alcuni individui

¹³⁷ Ivi, p.45.

¹³⁸ U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione?*, cit., p. 96.

¹³⁹ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 71.

¹⁴⁰ Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 45.

¹⁴¹ In riferimento al carattere “elitario” che può assumere la globalizzazione si rinvia più ampiamente a Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone* (1998), Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 22 e ss.

“una libertà senza precedenti”, dall’altro ne relega altri a restare ancorati su territori che perdono via via i loro caratteri identitari¹⁴².

Le località, divenendo crocevia di uomini e culture, perdono i loro tratti originari e mentre l’*élite* attraversa lo scacchiere mondiale, producendo nuovi significati, un’altra parte della popolazione assiste impotente alla trasformazione dell’unica località che gli appartiene. Invero accanto agli spazi identitari, relazionali e storici, dove gli scambi interpersonali sono diffusi e rappresentano parte integrante di questi luoghi, sorgono ormai a macchia di leopardo “non luoghi”, nuove spazialità artificiali in cui milioni di individualità anonime si incrociano velocemente, si sfiorano appena, senza poter entrare in relazione fra loro. Si tratta di strutture necessarie per la circolazione accelerata di beni e persone, come autostrade, svincoli ed aeroporti, ma anche di grandi centri commerciali, sale d’attesa, ascensori. *Shopping mall, gated communiy*, parchi tematici contribuiscono a globalizzare le singole realtà territoriali, a creare città sempre più frammentate, geografie in trasformazione, in cui non luoghi e luoghi antropizzati sono altamente interlegati e spesso difficilmente separabili. Il nostro mondo appare come un *patchwork* che procede per addizione di entità nuove ad entità preesistenti, più che per azzeramenti di alcuni elementi e loro sostituzione con altri¹⁴³.

La globalizzazione ha creato dunque uno spazio nuovo, uno spazio transnazionale, che non ha più confini certi e predeterminati: la sua geografia si disegna e ridisegna di continuo in funzione dei flussi di persone che l’attraversano¹⁴⁴. E questo non può che avere delle ripercussioni anche sulle coordinate temporali della vita sociale dal

¹⁴² Cfr. J. MEYROWITZ, *Oltre il senso del luogo. L’impatto dei media elettronici sul comportamento sociale*, tr. it. a cura di N. GABI, Baskerville, Bologna 1993. L’opposto percorso “verso il senso del luogo” si rinvia in A. MAGNAGHI, *Il progetto locale. Verso il senso del luogo*, nuova ed., Bollati Boringhieri, Torino 2010.

¹⁴³ Cfr. U. BECK, *Il lavoro nell’epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Einaudi, Torino 2000, p. 37.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

momento che l'annullamento delle distanze fisiche si traduce nella compressione degli intervalli temporali, giacché la riduzione delle distanze permette di ottimizzare il tempo che in passato veniva impiegato per raggiungere le diverse destinazioni¹⁴⁵. D'altronde la manipolazione della spazialità può avvenire, non solo a livello reale, ma anche a livello virtuale, ogni qualvolta il cyberspazio¹⁴⁶ si sovrappone allo spazio reale. Le nuove tecnologie informatiche e comunicative hanno creato circuiti di scambio intensissimi, attraverso i quali flussi di informazione, masse enormi di denaro, immagini, transitano da una parte all'altra del globo in tempo reale.

Tuttavia il cambiamento di coordinate temporali che si produce con la globalizzazione va ben oltre queste tendenze: "la profondità del cambiamento temporale può essere raffigurata nei termini di un mutato rapporto e di una conseguente nuova graduatoria di importanza tra passato, presente e futuro"¹⁴⁷. Il presente non è più un breve ed insignificante interstizio frapposto tra il passato e il futuro, ma assume una dimensione "ipertrofica"¹⁴⁸, dal momento che, a causa di una dinamica sempre più accelerata, finisce con l'assorbire tanto le tradizioni, quanto i rimandi al futuro. Il passato e il futuro vengono continuamente evocati nel presente: alla glocalizzazione dei luoghi fa da contraltare il rilancio delle radici, dell'identità, della storia. Anche il futuro trova una sua affermazione nel presente dal momento che è capace di incidere nei circuiti

¹⁴⁵ Cfr. A. BALDASSARE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 6 dove l'autore, definendo l'essenza della globalizzazione, osserva che "una particolare azione umana, simultaneamente ad altre provenienti da non importa quale luogo, può direttamente estendersi da una parte all'altra del mondo, può raggiungere qualsiasi altra parte del globo, annullando del tutto lo spazio fisico, cioè la distanza, e comprimendo al massimo, quando non azzerando, il tempo occorrente per il compimento dell'azione stessa".

¹⁴⁶ Sul tema del cyberspazio si veda P. VIRILIO, *The Lost Dimension*, Semiotext, New York 1977, p. 296; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 21; S. RODOTA', *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 1997; ID., *Diritto e diritti nell'era della globalizzazione* in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 40-43.

¹⁴⁷ Questa breve analisi della riconfigurazione del rapporto tra passato, presente e futuro sotto l'urto della globalizzazione fa riferimento alle conclusioni di M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 7-23.

La cit. alla p. 9.

¹⁴⁸ Ibidem.

finanziari o nel mercato reale. Ma passato e futuro appaiono ormai come sviliti: le strutture del passato sembrano svuotate della loro funzione tradizionale e il futuro appare come una proiezione del presente da cui non riesce a svincolarsi. Certamente la dissolvenza dei confini, la mescolanza degli elementi, la commistione del preesistente e del nuovo non riguardano solo la spazialità e la temporalità, ma anche le istituzioni e i costrutti formali della scienza giuridica¹⁴⁹. La “crisi dell’idea di confine”¹⁵⁰ investe tanto le coordinate spaziali e temporali della postmodernità, quanto le categorie giuridiche, dal momento che “la sfida storica della globalizzazione”¹⁵¹ sottopone a trazione profonda anche le forme istituzionali e il lessico giuridico del passato.

2. Dalle “tecnologie di potere” al potere della *global governance*

Le istituzioni della prima modernità rappresentavano la proiezione del potere capitalistico ottocentesco fondato sulla fabbrica, sulla produzione, sulla prestazione, sulla logica del profitto. Erano “tecnologie di potere” dal carattere a un tempo “concreto e preciso”, volte a realizzare una vera e propria “incorporazione” dell’autorità nei gangli

¹⁴⁹Cfr. S. RODOTA’, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 18 dove l’autore, in riferimento alla nuova realtà del nostro tempo osserva: “Il bene della distinzione, la fatica dell’analisi vengono abbandonati, e tutto viene travolto in un indistinto universo dove compaiono e si affollano i confini più diversi, non più soltanto quelli legati alla logica del territorio e alla sovranità degli Stati: quelli tra i generi, tra sfera pubblica e sfera privata, tra umano e transumano, tra normalità e devianza [...]”. Dunque l’idea di confine riguarda non solo “l’espressione materiale di una qualità dello spazio”, ma rinvia anche al concetto di “strumento mediante il quale riconosciamo e classifichiamo il molteplice con cui siamo costretti continuamente a interagire”. In tal senso, C. GALLI, *Spazi politici. L’età moderna e l’era globale*, il Mulino, Bologna 2001, p. 19 ; A.C. VARZI, *Teoria e pratica dei confini*, in “Sistemi intelligenti”, n. 17, 2005, p. 399. Di un’idea di confine che ordina, parla, con riferimento a Carl Schmitt, G. PRETEROSSO, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 63.

¹⁵⁰M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, cit., p. 26.

¹⁵¹A. CATANIA, *Trasformazioni del diritto in un mondo globale*, in “Ars Interpretandi” n. 11, 2006, pp. 71-88, spec. p. 71.

istituzionali al fine di “trattare, controllare, dirigere l’accumulazione degli uomini”¹⁵². Si trattava di una “microfisica del potere” capace di compenetrare i corpi e le menti degli individui allo scopo di ottenere dai membri della comunità le prestazioni dovute. Tutte le istituzioni, comprese le scuole, le fabbriche, le cliniche, le prigioni, erano finalizzate al “disciplinamento” degli individui.

In un mondo, come quello globale, dai confini mobili, dove coesistono pratiche di autogoverno, intrecci di potere, processi di soggettivizzazione che non dipendono esclusivamente da domini giuridici, le istituzioni della prima modernità, con il loro elevato tasso di solidità, normatività, rigidità, non potevano più forgiare “l’ideologia possibilista e libertaria”¹⁵³ dei nostri tempi. L’era globale vede gli Stati e le istituzioni classiche inadeguati a contrastare la potenza creatrice dei poteri transnazionali emergenti. La lente della nuova geografia politica del pianeta, sempre più policentrica e simile ad “un campo di forze”¹⁵⁴, riflette l’immagine di una “rete”¹⁵⁵, molto fitta, di poteri ultrastatali che entrano in gioco con la statalità. E questo non solo perché negli ultimi decenni del secolo scorso si sono registrati cambiamenti importanti nei rapporti fra Stato ed economia, tali per cui si è verificato un affievolimento del ruolo dirigistico dello Stato nella sfera economica a favore di nuovi vettori di potere emergenti, ma anche perché, a livello internazionale, sono sorte organizzazioni intergovernative, generali e speciali, mondiali e regionali, capaci di incidere in maniera penetrante sugli assetti nazionali¹⁵⁶.

¹⁵²M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino 1977, p. 18; p. 19.

¹⁵³M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 56.

¹⁵⁴S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all’età globale* (2006), Mondadori, Milano 2008, p. 519.

¹⁵⁵F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la Scienza giuridica?* (2002), in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., pp. 29-48.

¹⁵⁶Cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 36 e ss.

Se nella prima modernità, gli Stati-nazione erano pienamente sovrani in campo economico, in quanto detenevano il potere di emettere moneta, di riscuotere le tasse, di controllare le importazioni, e l'economia era un'economia della produzione più che del consumo¹⁵⁷, nelle ultime decadi del secolo scorso lo sviluppo industriale ha perso il suo riferimento esclusivo al territorio nazionale. E mentre emergono aspetti dell'economia che si sottraggono al dominio degli Stati, come ad esempio la diffusione di multinazionali e, quindi, la delocalizzazione di filiere produttive in Paesi dove i costi della manodopera o i regimi di tassazione o ancora i livelli consentiti di immissione di gas inquinanti nell'atmosfera sono più favorevoli per gli imprenditori, dall'altro canto crescono i contatti degli Stati con organismi intergovernativi, organizzazioni internazionali, autorità monetarie e bancarie, autorità che controllano le dinamiche della concorrenza e il corretto andamento dei mercati finanziari.

I nuovi poteri pubblici generali condizionano gli Stati nell'esercizio della loro sovranità in quanto richiedono il loro adeguamento a *standard* e criteri comuni e nel contempo chiamano gli esecutivi statali a dare attuazione, oltre che alle decisioni interne, anche alle loro decisioni¹⁵⁸. Gli uffici statali, utilizzati dagli organismi internazionali per dare esecuzione ai loro fini, divengono così oggetto di una "biappartenenza"¹⁵⁹: nazionale e sovranazionale a un tempo.

D'altronde anche gli organi giudiziari statali subiscono l'influenza delle corti internazionali, non solo perché devono conformarsi al loro orientamento, ma anche perché "gli organi giudiziari e quasi giudiziari globali non hanno, di regola, poteri di esecuzione e sanzionatori, per cui debbono avvalersi per tali attività di organi statali"¹⁶⁰,

¹⁵⁷Z. BAUMAN, *Modernità liquida* (2000), Laterza, Roma-Bari 2002, p. 80.

¹⁵⁸S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., p. 62.

¹⁵⁹Ibidem.

¹⁶⁰S. CASSESE, *Globalizzazione del diritto in XXI secolo* *Enciclopedia italiana*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 2009, pp. 7-14.

salvo che ricorrano ad ulteriori meccanismi: non potendo sanzionare dall'alto, gli organi giudiziari internazionali possono imporre compensazioni e consentire, entro certi limiti, ritorsioni da parte di altri Stati.

Sabino Cassese, nel recente lavoro *Il diritto globale*, riporta un caso molto discusso di ritorsione statale. Negli Stati Uniti il ricorso agli strumenti di difesa commerciale nei confronti delle importazioni di merci straniere esportate in regime di *dumping* o con sovvenzioni pubbliche è stato per molto tempo disciplinato dal *Tariff Act*, un provvedimento emanato nel 1931. Questa legge prevedeva che i dazi riscossi su questo tipo di prodotti dovessero essere trasferiti al Fondo generale delle entrate federali. Dopo quasi settant'anni, il senatore De Wine decise di presentare un disegno di legge, denominato *The continued Dumping and Subsidy Offset Act*, che prevedeva una modifica della normativa precedente, tale per cui i proventi di tutte le contromisure commerciali *anti-dumping* avrebbero dovuto essere distribuiti tra i produttori nazionali danneggiati dalla concorrenza straniera. Tale "Fondo di compensazione delle vittime", rafforzando la protezione offerta in materia dalle norme americane, aveva l'obiettivo, secondo il senatore proponente, di ripristinare le giuste condizioni nel commercio internazionale. La proposta legislativa in esame venne approvata nel 2000 come emendamento a un disegno di legge sull'agricoltura. Una volta emanata la norma, gli Stati Uniti vennero accusati di violazione flagrante degli accordi multilaterali in materia commerciale a causa della doppia protezione offerta alle imprese americane e per la distribuzione di sovvenzioni espressamente vietate dagli accordi Omc. Si aprì una controversia globale. Undici Stati proposero ricorso all'Organizzazione mondiale del commercio, chiedendo così ad un organo giurisdizionale globale di valutare la legittimità della normativa americana. Nell'Omc la valutazione della controversia ebbe inizio con la richiesta di consultazione degli undici Stati ricorrenti. Fallita ogni

possibilità di mediazione, il *Dispute Settlement Body* nominò un *Panel* con il compito di verificare se il provvedimento legislativo in questione fosse illegittimo. Sia in primo che in secondo grado gli Stati Uniti furono condannati per violazione degli accordi sul commercio internazionale. A seguito di questa decisione molti Paesi hanno imposto misure fiscali addizionali sui prodotti americani, inducendo il Congresso degli Stati Uniti, dopo una lunga battaglia politica, a votare per l'eliminazione dell'emendamento, che fu resa esecutiva nel 2007¹⁶¹.

È evidente che oggi il potere della maggior parte degli Stati ha perso la sua esclusività rispetto al passato e che l'attività degli Stati all'interno dei propri confini territoriali si è notevolmente indebolita¹⁶². E, allora, in un mondo globale in cui si assiste, da un lato, ad un consistente travaso di poteri dagli Stati verso il mercato e, dall'altro, all'affermazione di nuovi poteri pubblici, sia sovranazionali che transnazionali, che ne è degli Stati? Sono destinati a soccombere nel lungo periodo?

Come suggerisce Ferrarese, la perdita di centralità che ormai investe gli Stati non deve spingere a formulare facili profezie di scomparsa della statalità: gli Stati non sembrano sul punto di perire o di dissolversi a beneficio di organismi sovranazionali o infranazionali¹⁶³. Al contrario sembra che l'arretramento della sovranità non riguardi gli Stati nella loro interezza, ma soltanto alcuni settori, come ad esempio la gestione pubblica e il *welfare*¹⁶⁴. Vi sono settori, come la biomedica o la tecnologia avanzata, che devono il loro sviluppo allo Stato e settori, come quello delle telecomunicazioni o dei mercati finanziari, nei quali in passato la presenza degli Stati era episodica o male

¹⁶¹ Cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009, pp. 125-131.

¹⁶² S. STRANGE, *Chi governa l'economia globale?*, cit., pp. 9-10.

¹⁶³ Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, cit., p. 27; ID., *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, cit., p. 158.

¹⁶⁴ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., p. 51.

organizzata e che, invece, oggi sono regolati da nuove agenzie statali¹⁶⁵. Certamente si tratta di organismi di regolazione a carattere non maggioritario, tali per cui ad essi non si applica la “*ministerial responsibility*”, ma è pur sempre una partecipazione statale più pervasiva rispetto a prima. A questo si aggiunga la tensione degli Stati verso il contenimento dei nuovi poteri emergenti, che si concretizza in tentativi di “rinazionalizzazione”, come ad esempio l’istituzione dei comitati dell’Unione europea, che svolgono funzioni mediative tra le esigenze nazionali e quelle comunitarie¹⁶⁶. D’altronde anche l’intervento delle autorità statali e delle agenzie dello Stato nella vita quotidiana dei cittadini sembra essere in crescita: mentre un tempo l’individuo doveva cercarsi da solo un lavoro, contare esclusivamente sulle sue forze quando versava in una situazione di disoccupazione, cautelarsi da eventuali truffe nell’acquisizione di beni o servizi, oggi i governi approvano leggi, forniscono servizi per l’impiego, erogano ammortizzatori sociali, proteggono i consumatori e mettono a loro disposizione strumenti giurisdizionali collettivi per garantire una tutela giudiziaria più efficiente¹⁶⁷. Inoltre l’indebolimento dell’autorità statale, dovuto al confronto degli Stati con la “*global governance*”¹⁶⁸, non investe parimenti tutti i Paesi del globo, ma sembra un fenomeno circoscrivibile al Nord America e all’Europa occidentale. In molte altre parti del mondo sembra che il numero di società che intendono avere un proprio Stato stia aumentando: ciò vale non solo per quelle minoranze represses in passato con la forza dal governo monopartitico dell’ex Unione Sovietica, ma anche per centinaia di gruppi etnici dell’Africa, dell’India, dell’Australia, del Canada, della Scozia¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Cfr. S. STRANGE, *Chi governa l’economia globale?*, cit., pp. 23-26.

¹⁶⁸ Cfr. W. REINICKE, *Global Public Policy: Governing without Government?*, Brookings Institution Press, Washington 1998.

¹⁶⁹ Cfr. S. STRANGE, *Chi governa l’economia globale?*, cit., p. 24.

Alla luce di queste considerazioni sembra azzardato ipotizzare la crisi dell'autorità dello Stato. Parlare di declino della sovranità ha senso solo se si immaginano gli Stati come "soggetti faustiani"¹⁷⁰, entità che esercitano sul loro territorio un potere assoluto, che decidono in autonomia, che hanno il monopolio dell'attività legislativa, esecutiva e giurisdizionale. Ma questa è una visione della statalità risalente che non trova ampi scenari nell'era della globalizzazione, dal momento che oggi gli Stati, pur continuando ad essere dotati di capacità e poteri, entrano in gioco con altri soggetti "concorrenti", che sottraggono loro prerogative e *status*. Dunque non crisi, ma metamorfosi dello Stato.

Ciò che si va delineando con la globalizzazione è una trasformazione del paesaggio istituzionale, tale per cui gli impianti organizzativi di tipo centralistico e sistematico devono trovare il loro spazio in un panorama sempre più "variato e policentrico"¹⁷¹. La globalizzazione ha creato un contesto ambientale fluido, fitto, frenetico che avanza istanze altamente diversificate, non più sussumibili in forme fisse e aprioristicamente determinate. Le attuali dinamiche sociali chiamano i contenitori istituzionali ad inglobare un numero sempre maggiore di soluzioni possibili e la rigidità istituzionale della prima modernità comprimerebbe le infinite esigenze degli attori globali. I costrutti giuridici classici sembrano così "categorie zombie"¹⁷², gusci vuoti incapaci di tenere dentro tutto l'esistente. Le ingegnerie sociali del presente sono sempre più in cerca di nuovi quadri di riferimento e questa esigenza si riflette anche nel lessico giuridico.

¹⁷⁰M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione* in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, cit., p. 27.

¹⁷¹M.R. FERRARESE, *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, cit., p. 161.

¹⁷²U. BECK, *Libertà o capitalismo?*, cit., p. 15.

3. Fino a che punto è possibile una neutralizzazione giuridica oggi?

La globalizzazione, come abbiamo cercato di rappresentare, disegna uno scenario mobile, cinetico, molto più frastagliato e pluralistico di quello passato, in cui tutto viene rovesciato in un universo denso e indistinto, e l'idea di confine perde la sua originaria ragion d'essere: la crisi della spazialità fittizia, la sovrapposizione delle traiettorie del tempo, il dilatarsi della giuridicità transnazionale, i continui rimandi tra sfera pubblica e privata, tra economia e politica delineano un'immagine di confine sempre più rarefatta, dai contorni sbiaditi e solo appena accennati. Nel tempo della globalizzazione sembra che “[f]rontiera e confine divengono tutto e nulla, e a invocarli in maniera generica perdono ogni valore conoscitivo e ogni forza ricostruttiva”¹⁷³.

Ebbene la crisi dell'idea di confine non riguarda soltanto le demarcazioni storicamente legate alla logica del territorio e alla sovranità degli Stati. Essa investe anche i rapporti fra diritto e morale, dal momento che, all'indomani della seconda guerra mondiale, il processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti¹⁷⁴ ha comportato la

¹⁷³ S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 19.

¹⁷⁴ ¹⁷⁴ Cfr. R. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* in "Ragion Pratica", n. 11, 1998, pp. 185-206, ora anche in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 147-172, dove l'autore osserva che l'espressione "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico" non ha un significato univoco e costante: si parla talora di costituzionalizzazione per riferirsi all'introduzione di una prima costituzione scritta in un ordinamento che precedentemente ne era privo, ma questo concetto di costituzionalizzazione ormai non presenta alcun interesse per la gran parte degli ordinamenti contemporanei. Al contrario, sostiene l'autore, accogliendo un suggerimento di Louis Favoreu, per "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico" si potrebbe intendere un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente impregnato dalle norme costituzionali. Un ordinamento giuridico costituzionalizzato sarebbe caratterizzato da una Costituzione estremamente pervasiva, invadente, capace di condizionare così la legislazione come la giurisprudenza e lo stile dottrinale, l'azione degli attori politici come pure le azioni sociali. L'autore, nella consapevolezza che questa descrizione sia più suggestiva che precisa, per meglio penetrare le pieghe di questo concetto, stabilisce una serie di condizioni di costituzionalizzazione, che, allorquando siano interamente soddisfatte, rendono l'ordinamento giuridico di cui si tratta compiutamente impregnato dalle norme costituzionali. La lista non pretenderebbe di essere completa, piuttosto è chiamata a rappresentare una mera base di partenza per procedere all'analisi dei processi di costituzionalizzazione dei diversi ordinamenti. L'autore segnala sette condizioni: la rigidità della Costituzione, la sua garanzia giurisdizionale, la forza vincolante dei suoi enunciati, la sovrainterpretazione del dettato costituzionale, l'applicazione diretta delle

positivizzazione dei principi morali, mettendo in crisi, secondo alcuni autori, come vedremo meglio nell'ultimo capitolo, quel processo di differenziazione sistemica ideata da Luhmann: in questo senso, infatti, come vedremo nelle pagine che seguono, la tesi della separazione fra diritto e morale di impostazione giuspositivistica andrebbe superata in nome di una lettura morale della Costituzione.

Indubbiamente ad essere messa in crisi è l'idea che il diritto, dinanzi alle trasformazioni indotte dal costituzionalismo contemporaneo, sia ancora capace di fornire ragioni conclusive nelle deliberazioni pratiche, sia, in altre parole, per usare un'espressione cara a Joseph Raz, una ragione "escludente" le altre ragioni,¹⁷⁵ secondo quell'istanza progettuale moderna che lo vede come strumento di neutralizzazione del conflitto.

Come è noto, infatti, il pensiero giuridico moderno, che trova la sua massima espressione teorica nel giuspositivismo¹⁷⁶, ha infatti, rappresentato il diritto come un

norme costituzionali, l'interpretazione adeguatrice delle leggi, l'influenza della Costituzione sui rapporti politici. Su questo processo, spesso definito in termini di positivizzazione o di costituzionalizzazione dei diritti naturali, si vedano anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1998 (1ª ed. 1989), pp. 348-351; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.; A. CATANIA, *Diritto naturale e diritto positivo nella tradizione occidentale. Costituzione e diritti umani*, in "Ragion Pratica" n. 11, 1998, pp. 123-134, ora anche in ID., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, a cura di V. Giordano, Giappichelli, Torino 2013, pp. 133-148. In questo senso anche P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit., p. 77.

¹⁷⁵ Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1979.

¹⁷⁶ Se è sempre difficile – o troppo comodo, a seconda dei punti di vista – applicare etichette, cartellini di riconoscimento, ai movimenti culturali, questa pratica potrebbe diventare ancora più arbitraria per il concetto di positivismo giuridico. Considerata l'ampiezza di significato che il termine ha assunto, anche a causa dei diversi contesti storici e culturali in cui ha trovato applicazione, si potrebbe dire, infatti, che siamo in presenza di un concetto polisenso, di una nozione intrinsecamente controversa: in altri termini, una di quelle nozioni che, pur avendo un contenuto concettuale comunemente condiviso da coloro che cercano di definirne il significato, è tuttavia esposta ad interpretazioni e valutazioni differenti. Persino un positivista convinto, quale è Uberto ScarPELLI, non esita a manifestare le sue perplessità: "[Q]uesto positivismo giuridico, io mi chiedo, cos'è? [S]appiamo intorno a che combattiamo, che vogliamo conservare o che perderemo se lo rifiuteremo?". Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, ripubblicato a cura di A. Catania e M. Jori, ESI, Napoli 1997, pp. 7-8. Chi volesse procedere verso un'ambiziosa analisi del significato di positivismo giuridico probabilmente muoverebbe il primo passo partendo dalla consapevolezza che la riflessione contemporanea sul positivismo giuridico oscilla fra due poli: da un lato, coesistono le ricostruzioni unitarie, proposte, ad esempio, nei termini che vedremo, da Bobbio e dal già citato ScarPELLI; dall'altro, sussistono disarticolazioni e decostruzioni del concetto di positivismo giuridico, come quelle proposte da Hart o da Raz. Le prime adottano una configurazione unitaria del fenomeno, nonostante la consapevole presenza delle differenze tra i suoi svariati aspetti. Le seconde lo dissolvono in tesi, dottrine, teorie,

ciascuna delle quali contraddistinta da una denominazione specifica: imperativismo, formalismo interpretativo, legalismo etico, dottrina della separazione tra diritto e morale. Per Bobbio il positivismo giuridico configura una “dottrina secondo cui non esiste altro diritto se non quello positivo”, laddove per diritto ‘positivo’ si intende il *diritto posto*, ossia il complesso di norme (leggi, decreti, consuetudini) create, prodotte, istituite da uomini che agiscono in qualità di organi investiti di poteri normativi, in contesti sociali, tempi e luoghi determinati. Sempre restando nell’alveo di una concezione unitaria del giuspositivismo, Bobbio sostiene che “possiamo distinguere tre aspetti [fondamentali] del positivismo giuridico, a seconda che esso si configuri: a) come *metodo* per lo studio del diritto; b) come *teoria* del diritto; c) come *ideologia* del diritto”. (Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra, 1960, Giappichelli, Torino 1996, p. 280; nonché pp. 151 e ss; su questo aspetto si rinvia anche a ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1977.) Potremmo azzardare che queste tre diverse accezioni di positivismo proposte da Bobbio abbiano radici storiche e contingenti che si incrociano con la nascita e lo sviluppo dello Stato moderno: il positivismo nasce come ideologia, accompagna la formazione dello Stato moderno attraverso la sua significazione come teoria e poi approda al positivismo avalutativo e neutrale durante il XX secolo. (Cfr. A. CATANIA, *Filosofia del diritto. Temi e problemi*, Gentile, Salerno 1999, p. 62.) Il positivismo giuridico come ideologia attribuisce allo Stato non solo la prerogativa di produrre ciò che è diritto, ma anche di stabilire ciò che è giusto e ciò che non lo è: sui consociati cade l’obbligo dell’obbedienza non in virtù dell’esame dei contenuti della legge, ma per il solo fatto che lo Stato abbia emanato la legge. Questo è il positivismo nel suo significato più pregnante e pare che quest’accezione sia stata assunta solo da Thomas Hobbes, che, come è stato osservato precedentemente, introduce come elemento fondamentale del diritto il concetto di obbedienza formale o meramente esterna. Il positivismo come teoria o statualistico collega il fenomeno giuridico allo sviluppo di un potere sovrano capace di esercitare la coazione: lo Stato. Bobbio ricomprende nell’ambito di questa significazione diverse concezioni: la teoria della coattività, la teoria imperativistica, la completezza dell’ordinamento giuridico, la supremazia delle leggi sulle altre fonti, la logicità dell’attività del giurista e del giudice. Il positivismo come *approach* è caratterizzato dalla netta distinzione tra diritto reale e diritto ideale, tra diritto come fatto e diritto come valore, tra diritto quale è e diritto quale deve essere, e dalla consapevolezza che il giurista deve occuparsi del primo e non del secondo, nel senso che il riconoscimento del diritto deve avvenire attraverso l’assunzione da parte dell’interprete di un atteggiamento metodologico avalutativo, scientifico, logico-conoscitivo. In opposizione all’interpretazione scienziata di Bobbio, Scarpelli concepisce il positivismo giuridico come una “creazione intenzionale dell’uomo”, non come un “mero dato” e ne fornisce un’interpretazione etico-politica. In *Cos’è il positivismo giuridico* ed in articoli successivi, l’autore, proiettando la distinzione hartiana tra punto di vista interno e punto di vista esterno sul significato da attribuire al giuspositivismo, sottolinea come il positivismo giuridico sia innanzitutto e necessariamente un’*ideologia*: lo studioso del diritto giuspositivista deve accostarsi al diritto “da un punto di vista interno” in quanto per riconoscere ciò che è diritto è chiamato a stabilire quale sia la “norma fondamentale”, ovvero a compiere una scelta che può essere giustificata soltanto sul piano ideologico e politico. Per Scarpelli il diritto non è un “blocco di marmo”, ma una pratica sociale, che non può essere descritta così com’è, ma solo ricostruita offrendone una chiave di lettura. In questo senso non sarebbe corretto ritenere che la prospettiva del teorico sia esterna: il teorico del diritto collabora, in una certa misura, al farsi della pratica e, dunque, è, a suo modo, un partecipante. (Cfr. U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico?*, cit.; ID., *Il metodo giuridico* (1971), ora in ID., *L’etica senza verità*, il Mulino, Bologna 1982, pp. 179-203; ID., *Punto di vista interno e punto di vista esterno alle norme*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna 1980, pp. 343-347; ID., *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 96-103; per un’analisi più approfondita della concezione di positivismo giuridico in Scarpelli cfr. A. CATANIA, *Introduzione* a U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico?*, cit., pp. 7-21; A. SCHIAVELLO, *La lungimirante “eterodossia” del positivismo giuridico di Scarpelli*, in *Politeia*, XX, n. 73, 2004, pp. 77-89.) Quanto alle possibili teorie decostruttive del positivismo giuridico non può non essere menzionata l’analisi che Hart, in alcuni scritti apparsi fra il 1958 e 1967, conduce sugli usi del *legal positivism* nel lessico giuridico del suo tempo. Per il filosofo oxfordese il positivismo giuridico comprenderebbe non meno di sei cose distinte, non necessariamente connesse tra loro: la teoria imperativistica delle norme giuridiche, la tesi secondo cui “non c’è alcuna connessione necessaria o concettuale tra diritto e morale”, la tesi dell’utilità dello studio analitico del diritto, la tesi della coerenza e della completezza dei sistemi giuridici, il “non cognitivismo in etica”, il dovere morale incondizionato di obbedire alle norme. L’analisi di Hart rappresenta un esempio di disarticolazione o dissolvimento del positivismo giuridico: per l’autore la locuzione ‘positivismo giuridico’ non designa un fenomeno culturale in qualche senso unitario, al di

costruito artificiale, una categoria autonoma e autoreferenziale, un sistema chiuso capace di neutralizzare la conflittualità sociale e morale.

Come abbiamo visto nel capitolo precedente, Hobbes, teorico della *suprema potestas*, dello Stato inteso come persona artificiale, *machina machinarum*, nel momento in cui teorizza un modello di razionalità politico-giuridica in cui la sovranità diventa una categoria di neutralizzazione del conflitto, fa del diritto un meccanismo capace di instaurare l'ordine e la sicurezza sociale, garantendo la sopravvivenza degli individui in cambio dell'obbedienza meramente esterna.

In questo solco di autorappresentazione del moderno, come si è tentato di mettere in luce precedentemente, la teoria ordinamentale kelseniana basata sull'autoreferenzialità del sistema riproduce l'istanza hobbesiana neutralizzatrice del conflitto proprio nella valenza strumentale e mediativa del diritto. Qui il progetto di disciplinamento e controllo del pensiero moderno si estrinseca nella capacità dell'ordinamento stesso di risolvere qualsiasi contraddizione normativa, contenendola all'interno dell'unità formale del sistema.

Certo viene meno l'idea di sovranità personificata, la sovranità assume a qualità dell'ordinamento giuridico che trova il suo riferimento spaziale tra le pieghe dello *Stufenbau*, ma resta la stessa tensione teorica di mantenere distinti il diritto reale dal

sopra di una pluralità di dottrine differenti. Al contrario, rappresenterebbe una denominazione che in filosofia del diritto viene utilizzata per riferirsi a tesi eterogenee, mai sostenute contemporaneamente dagli studiosi che vengono considerati 'positivisti'. Anche Joseph Raz ha una visione del positivismo non ascrivibile ad una ricostruzione unitaria, ma strutturalmente composita. Il nucleo del positivismo raziano comprende ben sette tesi: la tesi delle fonti sociali, la tesi della separazione tra diritto e morale, la tesi dell'identificabilità moralmente adiafora delle norme giuridiche, la tesi dell'indeterminatezza del diritto, la tesi dei limiti del diritto, la tesi della discrezionalità giudiziale, la tesi dell'incorporazione incondizionata *ex post*. Per il positivismo giuridico una teoria del diritto fondata su queste tesi potrebbe dar adeguatamente conto della nostra comprensione del diritto e della sua autorità. Su questo tema, naturalmente, la letteratura di riferimento è ampissima. Per un approfondimento, fra i tanti autori, rinvio in particolar modo al recentissimo lavoro di G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013.

diritto ideale e resta immutata, come si vedrà nel corso del nostro lavoro, la stessa convinzione che il diritto sia completo, coerente e capace di neutralizzare il conflitto.

Ma il processo moderno di autonomizzazione e differenziazione delle sfere, la sua capacità di successo in termini di neutralizzazione del conflitto sociale, la sua formulazione positivista volta a delimitare, a dare un confine, una racchiudente demarcazione al concetto di diritto, può ancora essere significativa dopo la positivizzazione dei principi morali nelle carte costituzionali e in un'era, come quella globale, in cui assistiamo a frequenti ibridazioni fra diritto, economia e politica?

Indubbiamente la formulazione positivista volta a separare il diritto come fatto dal diritto come valore ha le sue motivazioni storiche e deve essere valutata teoricamente senza dimenticare il contesto in cui è nata¹⁷⁷.

Al tempo stesso, però, la giuridicizzazione di principi, valori, diritti fondamentali ha finito col porre al filosofo del diritto di formazione giuspositivista una serie di interrogativi, relativi in particolare al significato della positività del diritto e alla relazione fra morale e diritto, e sul concetto stesso di positività.

Infatti, proprio in relazione al concetto di positività del diritto, diventa necessario mettere a fuoco la polisemia del concetto, allo scopo di scegliere nell'ambiguità di tale nozione, un significato in qualche modo capace di rappresentare la complessità del diritto contemporaneo.

Come ha evidenziato Catania, positività in senso metodologico significa che un complesso di norme e di regole sono, in qualche modo codificate in un certo

¹⁷⁷ Sul condizionamento storico del positivismo giuridico cfr. N. BOBBIO, *Intervento*, (Congresso tenuto a Pavia il 2 maggio 1966, in AA.VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*), Quaderni della Rivista "Il Politico", Giuffrè, Milano 1967, pp. 69-76 dove l'autore afferma, in particolare, che la separazione fra diritto e morale rappresentò un'idea feconda nel contesto della battaglia illuministica contro il dispotismo, dal momento che essa rappresentava uno strumento di garanzia per il cittadino che era troppo spesso in balia del potere esecutivo e del giudice che ne rappresentava la *longa manus*.

determinato periodo storico presso una determinata comunità e in un determinato territorio e che questo corpo o insieme di norme, in base a certi determinati criteri a loro volta codificati, è assunto – riconosciuto – come giuridicamente esistente e agito nelle decisioni positive, concrete di operatori giuridici e consociati in genere¹⁷⁸.

In questo senso, tale locuzione implica un movimento che possiamo chiamare di stabilizzazione costitutiva, o anche semplicemente riflessivo, in cui la normatività è innervata nelle prassi sociali diffuse, effettive, agite, positive e avvertite come spontanee in una prospettiva istituzionalistica di società autoregolata¹⁷⁹.

In tale impostazione, la positività del diritto contemporaneo risulta strettamente legata ad una pratica sociale agita da parte dei consociati, nelle quali si stabilizzano di volta in volta argomentazioni morali, valori, cornice etiche, che chiedono di volta in volta di essere regolate e condotte a forma.

Una nozione, questa, di positività fortemente legata all'idea hartiana del diritto come pratica sociale che costituisce uno dei punti nodali del pensiero filosofico-giuridico contemporaneo e, al tempo stesso, una categoria giuridica ambivalente e fortemente problematica.

Come, infatti, tenteremo di mettere in evidenza nel corso del nostro lavoro, la duplice anima del positivismo giuridico contemporaneo mostra una tensione teorica nella rilettura della concetto di positività del diritto, alla luce del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico, mostrando l'ambivalenza e la complessità del problema del riconoscimento del diritto.

¹⁷⁸ Cfr. A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, in A.TUCCI, V. GIORDANO (a cura di), *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 1-27.

¹⁷⁹ Ivi, p.12

Il diritto contemporaneo sembra, infatti, subire una profonda tensione dei suoi costrutti tradizionali, in seguito alla giuridificazione di principi morali nelle Costituzioni. La positivizzazione dei postulati antropologici ed etici del giusnaturalismo, creando vincoli contenutistici e non solo formali al potere, ha reso problematico il rapporto fra diritto e morale, facendo vacillare alcune costruzioni della scienza giuridica.

Se da un lato, si è detto che le carte costituzionali si sono trasformate in vere e proprie “tavole positive di diritti naturali”¹⁸⁰ dall’altro, si è sottolineato, come il rilancio del momento etico del diritto originato da un neogiusnaturalismo, abbastanza conciliato rispetto a quello delle origini, si ancori alla natura materiale della carta costituzionale che funge da diritto naturale fondativo e limitante¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 351 dove l’autore osserva che nel momento in cui il diritto naturale viene posto a fondamento dello Stato di diritto e i principi morali si sono trasformati da vincoli solo politici o esterni in vincoli anche giuridici o interni, gli Stati hanno perso il loro ruolo esclusivo nel riconoscimento del diritto positivo, dal momento che “questa funzione, dopo l’inclusione di quei principi fra le norme costituzionali, è stata da queste in larga parte ereditata, sicchè ogni Stato di diritto, soprattutto se dotato di costituzione rigida, è suscettibile di valutazione non più solo esterna, rispetto ai principi naturali di giustizia, ma anche interna, cioè rispetto ai suoi stessi principi quali sono garantiti da quelle tavole positive di diritto naturale che sono le Carte costituzionali”. Dunque, come è stato osservato in ID., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 57, “la validità delle norme non sarebbe più – secondo la tesi che da Hobbes è giunta attraverso Bentham a Austin, fino a Kelsen e a Bobbio – un connotato meramente formale dipendente soltanto dalle loro forme di produzione. Essa è divenuta anche un fatto sostanziale dipendente dai contenuti delle decisioni, le quali sono invalide ove siano in contrasto con i nuovi principi positivi del diritto internazionale. Al punto che bene possiamo affermare che oggi il giuspositivismo costituzionale svolge nei confronti del diritto vigente lo stesso ruolo critico e normativo svolto in passato dal giusnaturalismo”. La concezione politica del diritto e della filosofia giuridica di Ferrajoli suscitano particolare interesse nel lettore per la loro originalità scientifica. L’autore, infatti, distingue il diritto e la morale, permettendo in questo modo la critica esterna al diritto positivo, ma affianca ad essa una necessaria critica interna, basata sulla distinzione fra validità e vigore legale. Su questi temi cfr. L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 1993; A. CATANIA, *Diritto naturale e diritto positivo nella tradizione occidentale. Costituzione e diritti umani*, in “Ragion Pratica”, n. 11, 1998, pp. 123-134, ora anche in ID., *Effettività e modelli normativi*, cit.; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp. 25-49.

¹⁸¹ A. CATANIA, *Diritto naturale e diritto positivo nella tradizione occidentale*, cit., p. 139.

4. La costituzionalizzazione dei diritti. Fra natura o artificio?

Uno degli aspetti più controversi del diritto globale è la possibilità di salvare quell'istanza conoscitiva e formale su cui è innervata la metodologia giuspositivistica.

Da un lato, infatti, il positivismo giuridico sembra intimamente legato al carattere verticistico e gerarchico dell'ordinamento e difficilmente capace di rendere conto delle nuove forme di pluralismo normativo, dall'altro le teorie antagoniste rispetto ad un approccio scientifico del diritto tendono ad essere connotate in senso ideologico e dunque incapaci di distinguere analiticamente la mera descrizione del diritto dall'aspetto più squisitamente prescrittivo-normativo.

In questo senso, infatti, la costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico sembra incoraggiare nuove forme di costituzionalismo che negano quella distinzione humeana fra descrittivo e prescrittivo su cui si fonda la filosofia del diritto di impostazione analitica, muovendo da teorie della giustificazione del diritto di tipo morale.

Con tale espressione, ci si intende riferire, nel dibattito contemporaneo, ai quei modelli giuridici, basati su una razionalità fondazionistica che fa leva sul concetto kantiano di ragione legislatrice e capace di garantire il fondamento ultimo di una teoria¹⁸² e pertanto fondati su una connessione definizionale fra diritto e morale¹⁸³.

¹⁸² V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., p. 88.

¹⁸³ Per un approfondimento sulla distinzione tra argomento definizionale ed argomento derivativo con cui può essere sostenuta la tesi della connessione tra diritto e morale si rinvia a J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 162-170. Qui l'autore, in merito all'argomento definizionale, osserva: "It consists in defining law by a set of properties one or more of which are openly moral properties, for example, that every law is morally valid, or conforms to the precepts of justice or is laid down by a morally legitimate authority". La cit. alla p. 164. Per quanto riguarda l'approccio derivativo, Raz sostiene: "I shall call this approach the derivative approach because it accepts the need for a socially oriented identification of law. Law is primarily a form of social organization and has to be identified as such. Natural lawyers of this persuasion can accept in principle Bentham's or Kelsen's or Hart's characterizations of law. [...] Once the law has been correctly identified as a social institution, contends the supporter of the derivative approach, it can be successfully argued that a normative system of this kind, if it is in force in a human society, has, of necessity, moral worth. In other words the moral properties that all legal systems possess depend on their non-moral properties".

In tale impostazione, dunque, il neocostituzionalismo si presenta come un movimento che, come si tenterà di dimostrare in questo lavoro, pur presentando differenti chiavi di lettura del diritto, risulta radicalmente alternativo al positivismo giuridico.

In teoria generale del diritto non sono, però, mancati tentativi di individuare differenti significati al termine neocostituzionalismo allo scopo di metterne in luce differenti valenze teoriche ed eventuali analogie rispetto al positivismo giuridico.

In particolare, Comanducci, sulla scia della distinzione operata da Bobbio fra tre tipi o accezioni di positivismo giuridico¹⁸⁴, istituisce un'analogia classificazione tra tre diverse forme di neocostituzionalismo: teorico, ideologico e metodologico.

Il neocostituzionalismo, come teoria del diritto, aspira a descrivere gli esiti della costituzionalizzazione dell'ordinamento: la positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali, la compresenza nelle Costituzioni di principi e regole, le peculiarità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme costituzionali rispetto all'interpretazione e all'applicazione della legge. In questo senso il neocostituzionalismo teorico si caratterizza soprattutto per incentrare la propria analisi sulla struttura e sul ruolo che, nei sistemi giuridici contemporanei, assume il documento costituzionale. Bisogna altresì osservare che il neocostituzionalismo teorico, per Comanducci, adotta, a volte, come oggetto di indagine, "il modello descrittivo della Costituzione", ossia intende il documento costituzionale come un insieme di regole giuridiche positive, fondanti l'intero ordinamento giuridico a causa della loro superiorità gerarchica, altre volte, fa riferimento al "modello assiologico della Costituzione come norma", considerando in questo caso le norme costituzionali fondanti per gli ordinamenti giuridici non in virtù della loro supremazia giuridica, ma perché esse contengono valori supremi.

¹⁸⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra*, cit.

Al contrario, quando si presenta come ideologia, il neocostituzionalismo tende a mettere in secondo piano l'obiettivo della limitazione del potere statale e pone in primo piano l'obiettivo di garantire i diritti fondamentali. Il neocostituzionalismo ideologico, quindi, non si limita a descrivere gli esiti del processo di costituzionalizzazione, ma li valuta e lo fa positivamente, dal momento che concepisce il potere statale come uno strumento di riconoscimento e garanzia dei diritti. In particolare, questo tipo di neocostituzionalismo sottolinea l'importanza dei meccanismi istituzionali di tutela dei diritti fondamentali, ma ancor più ribadisce l'esigenza che le attività del legislativo e del giudiziario siano precipuamente rivolte alla concretizzazione, attuazione e garanzia dei diritti umani sanciti dalla Costituzione.

Quanto al neocostituzionalismo metodologico, esso, diversamente dal positivismo metodologico, volto a distinguere il diritto com'è dal diritto come dovrebbe essere, sostiene, rispetto a quelle situazioni di diritto costituzionalizzato, ove i principi costituzionali e i diritti fondamentali costituiscono un ponte fra diritto e morale, la tesi della connessione necessaria, identificativa e/o giustificativa fra diritto e morale, di cui si discuterà nel corso di questo lavoro.

5. Come prendere sul serio i diritti?

Come si è cercato di rappresentare nelle pagine precedenti, con la formazione degli Stati costituzionali moderni, il diritto positivo ha incorporato i principi morali del diritto naturale, nel senso che le modalità argomentative del diritto costituzionale si sono aperte ai discorsi metagiuridici¹⁸⁵ fino ad impregnare completamente il lessico del

¹⁸⁵ G. ZAGREBELKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157; cfr. A. CATANIA, *Diritto naturale e diritto positivo nella tradizione occidentale*, cit., pp. 133-148.

diritto positivo, dal momento che le carte costituzionali, essendo estremamente pervasive e invadenti, sono capaci di condizionare così la legislazione come la giurisprudenza e lo stile dottrinale, l'azione degli attori politici, come pure le relazioni sociali.

Si è detto che la giuridificazione dei postulati etici ed antropologici del giusrazionalismo, prima ridotti a mere enunciazioni di principi e oggi costituzionalmente riconosciuti e garantiti, non poteva non cambiare la geografia della discussione etica e giuridica contemporanea, mutando i rapporti fra giusnaturalismo e positivismo giuridico: la positivizzazione dei diritti fondamentali, infatti, relativizzando la distinzione tra diritto e morale, ha posto al filosofo del diritto di formazione giuspositivista una serie di dubbi, inerenti al significato della positività del diritto e alla relazione tra etica e diritto, che la tradizione positivista sembrava aver risolto in termini di necessaria separazione.

Come è noto, secondo la tesi che da Hobbes è giunta, attraverso Bentham e Austin, fino a Kelsen e Bobbio, la validità delle norme rappresenterebbe un connotato meramente formale, dipendente solamente dalla legittimità del loro *iter* produttivo¹⁸⁶. In particolare, per kelsen, indubbiamente tra i principali teorici del giuspositivismo, la validità di una norma coinciderebbe con la sua esistenza giuridica, nel senso che affinché una norma possa dirsi valida, è necessario e sufficiente che essa venga posta in essere conformemente alle regole procedurali stabilite dal diritto stesso, perché, da un lato, una norma che non rispetta i limiti formali e contenutistici stabiliti dalla norma superiore non è neppure giuridicamente esistente, dall'altro, perché l'unica indagine sul contenuto della norma riguarda la corrispondenza tra il prescritto della norma superiore e il

¹⁸⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 57.

realizzato della norma inferiore, nel senso che è precluso ogni giudizio di valore¹⁸⁷. È risaputo, infatti, che per Kelsen il problema della validità di una norma giuridica non riguarda la giustezza o meno dell'enunciato normativo, ma l'osservanza dei limiti formali e contenutistici stabiliti dalla norma regolante, dal momento che una scienza giuridica, che vuole o vorrebbe essere neutrale ed avalutativa, cioè weberianamente indifferente ai valori, non può studiare il problema della giustizia o meno del diritto¹⁸⁸.

Con la costituzionalizzazione degli ordinamenti la validità delle norme diventa, secondo alcuni autori, anche un fatto sostanziale, dipendente dai contenuti delle decisioni, le quali sono invalide ove siano in contrasto con i nuovi principi positivi del diritto¹⁸⁹. L'apertura degli ordinamenti giuridici ai valori etico-politici avrebbe, infatti, scosso le fondamenta del positivismo tradizionale, mettendo in discussione i suoi costrutti teorici portanti¹⁹⁰: la concezione strettamente formale di validità giuridica, per cui la

¹⁸⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), cit., spec. p. 104: “[...] il diritto regola la sua propria produzione, in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta, e regola anche in grado diverso il contenuto della norma che deve essere prodotta. Dato che per il carattere dinamico del diritto una norma vale perché e in quanto è stata prodotta in una forma determinata, determinata cioè da altra norma, quest'ultima rappresenta il fondamento di validità della prima”. In particolare, nella *Reine Rechtslehre*, Kelsen precisa che il diritto positivo deve essere depurato non soltanto da valutazioni etiche, ma anche dagli aspetti sociologici e psicologici. Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), saggio introduttivo e traduzione di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, p. 9. Per un'analisi critica della “duplice purezza” della dottrina pura di Kelsen si rinvia a J. RAZ, *The Purity of the Pure Theory* (1983), ora in D. LLOYD, (Lord of Hampstead), M.D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (fifth edition), Stevenson and Sons, London 1985, pp. 385-396. Un'analisi lucida della categoria della validità giuridica in Hans Kelsen si rinviene soprattutto in A. CATANIA, *La validità giuridica. Normativismo e Realismo nel secolo ventesimo: Kelsen, Hart, Ross e Olivecrona*, Gentile, Salerno 1994.

¹⁸⁸ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1963, pp. 397-454, spec. pp. 397-398 dove l'autore osserva: “[...] il positivismo si limita ad una teoria del diritto positivo ed alla sua interpretazione. Esso desidera di conseguenza mantenere la differenza, anzi il contrasto fra giustizia e diritto, antitesi che si manifesta nella rigida separazione della filosofia del diritto dalla scienza del diritto”.

¹⁸⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 351: “Nel momento in cui il diritto naturale è stato posto a fondamento del moderno stato di diritto e i suoi principi si sono trasformati da vincoli solo politici o esterni in vincoli anche giuridici o interni, esso ha perso così la sua funzione di parametro esclusivo di valutazione del diritto positivo. Questa funzione dopo l'inclusione dei principi fra le norme costituzionali, è stata da queste in larga parte ereditata, sicché ogni stato di diritto, soprattutto se dotato di costituzione rigida, è suscettibile di valutazione non più solo esterna, rispetto ai principi naturali di giustizia, ma anche interna, cioè rispetto ai suoi stessi principi quali sono garantiti da quelle tavole di diritto naturale che sono le Carte Costituzionali”.

¹⁹⁰ Su questi temi cfr. V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., spec. pp. 5-8.

legittimazione delle norme deriva dall'autorità che le ha poste in essere e non da un eventuale contenuto di verità; la netta distinzione tra diritto e morale, nel senso che la scienza giuridica, intesa come neutrale ed avalutativa, avrebbe per oggetto il diritto "come è" e non "come dovrebbe essere"; la natura discrezionale dell'attività ermeneutica dei giudici.

L'incorporazione dei valori sostanziali negli ordinamenti giuridici, scardinando gli assunti centrali del positivismo e spostando contestualmente l'interesse dei teorici dai caratteri dinamici a quelli statico-razionalistici del diritto, avrebbe mutato il modo di intendere il diritto e la teoria del diritto, al punto che le denominazioni tradizionali usate dalla scienza giuridica, come giuspositivismo e giusnaturalismo, talvolta faticano a tenere il passo.

Il maggiore esito del fermento di apertura del diritto ai valori etico-politici sembra essere, infatti, l'emersione di nuove prospettive giusfilosofiche che interpretano l'equazione validità-esistenza giuridica alla luce di una connessione necessaria fra diritto e morale, fino a convertirla in una più ampia ed eticamente fondata equazione validità-correttezza morale. Si tratta di approcci teorici che innervano un nuovo paradigma giuridico-filosofico, il neocostituzionalismo¹⁹¹, che sostiene una connessione definizionale fra diritto e morale e "pretende che la Costituzione abbia chiuso l'ordinamento giuridico, non soltanto da un punto di vista di giustificazione formale, ma soprattutto di giustificazione sostanziale, che essa, in altre parole, abbia riempito lo

¹⁹¹ Sul neocostituzionalismo si rinvia soprattutto a R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*, in "Ragion Pratica" n. 11, 1998, pp. 185-206; M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in "Ragion Pratica" n. 14, 2000, pp. 147-162; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e Positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 147-172; L. PRIETO SANCHIS, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, Mexico 1997; G. PINO, *The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States*, in "Law and Philosophy" n. 18, 1999, pp. 513-553.

spazio giuridico, abbia esorcizzato la creatività del legislatore e la stessa discrezionalità interpretativa dei giudici”¹⁹².

In special modo, fra le diverse espressioni teoriche del neocostituzionalismo, particolarmente rilevante per il nostro percorso, risulta interessante il modello di giustificazione morale del diritto proposto da Ronald Dworkin che, respingendo la scelta meta-etica del divisionismo¹⁹³ a favore della connessione definizionale fra diritto e morale, elabora una concezione della validità giuridica volta a “prendere sul serio i diritti”.

Com’è noto, il punto di partenza della teoria dworkiniana è la critica al positivismo giuridico, con riferimento particolare, anche se non esclusivo, alla versione formulata da Hart.

Secondo Dworkin il nucleo centrale del positivismo giuridico hartiano potrebbe essere racchiuso in tre tesi: la *Social Sources Thesis* secondo cui una norma acquisisce il crisma della giuridicità, distinguendosi dunque dalle altre norme, quando viene emanata sulla base di criteri formali – relativi alla sua origine e alle sue procedure di produzione, e prescindenti da qualsivoglia contenuto – stabiliti da una regola di riconoscimento che, pur indicando i criteri di validità del diritto, di per sé non è né valida e né invalida, dal momento che appartiene al diritto di una comunità semplicemente in virtù della sua accettazione da parte dei funzionari¹⁹⁴; la *Separability Thesis* secondo la quale non c’è

¹⁹² V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp. 5-6.

¹⁹³ Dworkin non attua la scelta meta-etica del divisionismo, ossia non distingue i problemi di analisi da quelli di valutazione, differenziandosi dai teorici del diritto di indirizzo analitico, come, ad esempio, Herbert Hart, ma anche, in Italia, Bobbio, Scarpelli, Tarello. Nel lessico filosofico per “divisionismo” si intende l’insieme di atteggiamenti che assumono essere importante una qualche divisione tra essere (*is, Sein*) e dover essere (*ought, Sollen*), tra ciò che è e ciò che deve essere. A tal proposito Neil MacCormick sostiene che Dworkin elabori una teoria del diritto pre-benthamita, in quanto l’aspetto descrittivo e valutativo della sua teoria sono inscindibilmente connessi tra loro. Si rinvia a tal proposito a N. MACCORMICK, *Dworkin as a pre-benthamite*, in M. COEHN (ed by), *Ronald Dworkin and contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 1983, p. 183.

¹⁹⁴ Per dirla con Hart: “la norma di riconoscimento esiste soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde, dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a

una separazione necessaria fra diritto e morale in quanto la norma di riconoscimento può incorporare tra i canoni che identificano la validità giuridica, oltre ai criteri formali, anche i principi morali e i valori sostanziali”¹⁹⁵; la *Discretion Thesis* secondo cui quando si verificano controversie, che risultano non chiaramente disciplinate da regole giuridiche della comunità – vuoi perché apparentemente nessuna regola giuridica sembra applicabile, vuoi perché le regole giuridiche *prima facie* applicabili si dimostrano vaghe, vuoi per altri fattori – i giudici, non potendo applicare il diritto, dovranno decidere queste situazioni problematiche esercitando la loro discrezionalità.

Per Dworkin, la teoria positivista del diritto, così sintetizzata¹⁹⁶, non sarebbe una teoria adeguata a dare conto in modo soddisfacente della realtà del diritto, delle pratiche

certi criteri. La sua esistenza è una questione di fatto”. Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 130.

¹⁹⁵ Com'è noto ne *Il concetto di diritto* – e ancora più lucidamente nel poscritto – Hart concepisce la separazione fra diritto e morale come una separazione “contingente”, possibile, ma non necessaria, dal momento che in alcuni ordinamenti giuridici i criteri ultimi di validità del diritto, previsti dalla norma di riconoscimento, possono incorporare, oltre ai criteri formali, principi di giustizia o valori morali sostanziali. In effetti l'analisi del rapporto fra diritto e morale era già stata condotta da Hart negli anni Cinquanta, quando scrive il saggio *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, dove, in polemica con il giusnaturalista Fuller, riafferma la tesi benthamiana e austiniiana della distinzione tra legge quale è e legge quale dovrebbe essere. Già Austin, rifacendosi alla distinzione introdotta da Bentham tra giurisprudenza censoria e giurisprudenza espositiva, aveva sostenuto che “L'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine, se esso si conformi o meno a uno standard assunto, costituisce un altro tipo di indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione”. [J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), tr.it. di G. Gjylapian (a cura di M. BARBERIS), il Mulino, Bologna 1995, p. 228. Per la distinzione benthamiana tra giurisprudenza censoria ed espositiva si rinvia a J. BENTHAM, *Un frammento sul governo* (1823), tr. it. di Silvia e Silvestro Marcucci, Giuffrè, Milano 1980, p. 42.] Hart, in modo analogo rispetto ad Austin, afferma che “non è in nessun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfacciano certe esigenze della morale, anche se nella realtà esse hanno spesso fatto questo”. [H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 217] E, più avanti, rende esplicito che “la norma di riconoscimento può incorporare quale criterio di validità giuridica la conformità con principi morali e valori sostanziali” [Ivi, p. 321]. La concezione della separazione contingente fra diritto e morale è stata adottata da alcuni seguaci di Hart, che possono essere considerati sostenitori dell'*Inclusive Legal Positivism*, seguendo la felice denominazione coniata da Wilfred Waluchow. Questi autori, discostandosi dall'impostazione neocostituzionalista, secondo la quale l'individuazione del diritto avverrebbe necessariamente attraverso il rinvio ad aspetti morali, fanno propria l'idea della relazione contingente fra diritto e morale. In particolare J. Coleman, nell'articolo *Negative and Positive Positivism*, osserva che in alcuni ordinamenti la morale è criterio di validità, ma è pur sempre concepibile almeno un sistema giuridico in cui la norma di riconoscimento non richieda la presenza dei principi morali fra i criteri di validità del diritto. [J. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism* (1982), in ID., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1988.]

¹⁹⁶ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), tr. it. parz. a cura di F. Oriana, il Mulino, Bologna 1982, p. 17.

che contraddistinguono il quotidiano funzionamento dei nostri ordinamenti¹⁹⁷. Uno sguardo alla pratica forense, e in particolare alla giurisprudenza, rivelerebbe, infatti, quanto il modello delle regole dei positivisti trascuri un elemento che, al contrario, giocherebbe un ruolo di fondamentale importanza nella decisione delle controversie: i principi, sia nella loro significazione più ristretta, che li erge a diritti attribuiti ai singoli individui contro le pretese utilitaristiche della collettività, e sia nella loro accezione più ampia, che li classifica come ‘politiche’, norme teleologiche che prescrivono il perseguimento di obiettivi socialmente meritevoli¹⁹⁸.

Al positivismo giuridico, considerato incapace di spiegare l’incidenza dei principi all’interno delle argomentazioni dei giudici, l’autore contrappone una teoria dell’interpretazione giuridica in cui le pratiche interpretative dei giudici assumono natura etico-giustificativa dal momento che il giudice nell’applicazione del diritto diventa l’interprete dei valori fondanti della comunità. Se nei casi giudiziari facili, tipizzati da una fattispecie normativa *ad hoc*, la decisione è il risultato di una deduzione logica che ha come premessa maggiore una regola giuridica e come premessa minore i fatti del caso in questione, nei casi difficili, che secondo Dworkin sono quei casi che non possono essere sussunti sotto una regola generale, la decisione scaturirebbe dal corretto bilanciamento – “*weighting and balancing*”– dei principi sostanziali più rilevanti. Essendo il diritto di una comunità composto da due elementi fondamentali, le regole e i principi, in assenza di un diritto applicabile, fatto di regole propriamente

¹⁹⁷ Ivi, p. 99, dove l’autore osserva: “Una volta distinti i principi giuridici come *standards* di un tipo a sé, differenti dalle regole giuridiche, improvvisamente ci accorgiamo di averne attorno in quantità. I docenti di diritto li insegnano, i manuali giuridici li citano, gli storici del diritto li celebrano”.

¹⁹⁸ Dworkin parla di principi in termini di “argomenti intesi a stabilire un diritto individuale” e descrive le politiche come “argomenti intesi a stabilire un fine collettivo”. L’autore prosegue affermando che “I principi sono proposizioni che descrivono diritti, le politiche sono proposizioni che descrivono fini”. Ivi, p. 183. E, ancora, pur se con una diversa terminologia, Dworkin, in *Questioni di principio*, affrontando il problema del ruolo politico dei giudici, sostiene che gli argomenti politici basati sui principi “fanno appello ai diritti politici dei singoli cittadini” e quelli basati sulle politiche “esigono che una particolare decisione serva a promuovere una qualche concezione del benessere generale o dell’interesse pubblico”. Cfr. R. DWORKIN, *Questioni di principio* (1985), tr. it. di E. D’Orazio, Il Saggiatore, Milano 1990, p. 8.

giuridiche, il giudice potrà sempre risolvere la controversia applicando i principi, o meglio, operando una lettura morale della Costituzione¹⁹⁹, volta a mettere in rapporto le clausole costituzionali con i valori che informano la “*background political morality*” della società²⁰⁰.

In quest’ottica l’affermazione di un nesso necessario fra diritto e morale rende l’ordinamento giuridico completo, privo di lacune normative e capace di fornire sempre una soluzione per ogni caso da decidere. Insomma, se la connessione definizionale fra diritto e morale determina il tramonto della differenziazione sistemica e, quindi, dell’autonomia del diritto e della sua capacità di fungere da ragione escludente, d’altro canto, portata all’estremo, l’adozione da parte dei giudici di un unico modello etico, può fare della morale un elemento di chiusura degli ordinamenti giuridici e, al tempo stesso, una ragione per agire e realizzare la neutralizzazione del conflitto.

Certo l’adesione diffusa da parte dei giudici ad una teoria politico-morale tendente all’oggettivismo etico potrebbe inficiare l’apertura delle nostre Costituzioni e il carattere relativistico dei principi che informano le nostre società, sempre più pluralistiche ed altamente differenziate, ma è anche vero che un modello teorico così articolato rappresenterebbe un modo alternativo di concepire la neutralizzazione giuridica.

¹⁹⁹ Su questo aspetto si veda V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp.171-173 dove l’autrice mette in luce che il *moral reading* di Dworkin non sottende un’interpretazione costituzionale di tipo *originalista*, come ad esempio quella proposta da Ely, ma richiede un’interpretazione evolutiva della Costituzione in cui l’elaborazione della migliore concezione dei principi morali abbia al suo centro la loro attualizzazione.

²⁰⁰ Su questi temi, cfr. V. OMAGGIO, *Interpretazione giuridica*, in U. POMARICI (a cura di), Giappichelli, Torino 2012.

6. La dialettica fra *rules* e *principles*

Come si è cercato di mettere in luce poc'anzi, nel modello neocostituzionalista proposto da Ronald Dworkin, il diritto sarebbe non tanto o, comunque, non soltanto un insieme di regole, ma piuttosto una pratica sociale che ruota intorno ad un nucleo di principi e valori che trovano una certa condivisione nei partecipanti²⁰¹. Ciò comporterebbe, secondo l'autore, che il diritto non possa essere descritto in modo avalutativo, separando il ragionamento giuridico dal ragionamento morale sostantivo, ma soltanto attraverso un'attività di tipo interpretativo volta a ricostruire la pratica giuridica allo scopo di far emergere i valori comuni che sottendono e armonizzano i comportamenti dei partecipanti. Per Dworkin, infatti, il procedimento di incorporazione dei principi all'interno degli ordinamenti giuridici non avviene perché esiste una regola di riconoscimento che legittima tale incorporazione, così come sostiene un certo tipo di giuspositivismo moderato²⁰², ma perché esiste un nucleo valoriale comune che fa da sfondo alla prassi giuridica, veicola di fatto i comportamenti della comunità e, con questo, contribuisce ad innervare il nocciolo duro del diritto e del vincolo sociale.

²⁰¹ Per un'analisi interessante sulla concezione di "pratica sociale" nella concezione dworkiniana cfr. A. SCHIAVELLO, *Il diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 120-121, dove l'autore osserva che per Dworkin affermare che il diritto è una pratica sociale significa, in primo luogo, che per individuare il diritto bisogna puntare l'attenzione su alcuni soggetti – legislatori, giudici, avvocati ed anche semplici cittadini – piuttosto che tentare di individuare alcuni oggetti – leggi, decreti, sentenze – che certamente contribuiscono a delineare e, talvolta, a disciplinare l'attività prodotta dai soggetti precedentemente indicati, ma non per questo sono sufficienti, da soli, ad identificare cos'è il diritto. L'autore, inoltre, mette in luce che, nella concezione dworkiniana, una pratica sociale presuppone uno scopo da seguire o valori da proteggere. E, ancora, una sua ulteriore caratteristica consisterebbe nel ritenere che per individuare il diritto di una comunità bisogna guardare alla funzione svolta da tutti i diversi partecipanti all'attività giuridica, piuttosto che soffermarsi soltanto su quella di alcuni, e che questo non sarebbe in contraddizione con l'affermazione che il giudice ricopra un ruolo da protagonista, dal momento che evidenziare la centralità del giudice nella pratica sociale, non vuol dire negare il ruolo importante degli altri partecipanti. Su questo tema si rinvia anche a B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p. 147 e ss; A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale* (1984), Feltrinelli, Milano 1988, p. 225; R. H. FALLON, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, "Harvard Law Review", Vol. 100, n. 6, 1987, pp. 1232-1233.

²⁰² Cfr. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), cit., p. 321 in cui l'autore osserva: "la norma di riconoscimento può incorporare quale criterio di validità giuridica la conformità con principi morali e valori sostanziali: in tal modo la mia dottrina è ciò che è stato chiamato positivismo debole e non, come nella versione data da Dworkin, positivismo meramente fattuale".

Mentre la filosofia analitica del diritto di matrice giuspositivista tendeva a separare il diritto quale è dal diritto quale dovrebbe essere, il discorso scientifico volto a descrivere il diritto esistente dalle preferenze personali e idiosincratiche dell'operatore giuridico, Dworkin, al contrario, sostiene l'equivalenza fra principi giuridici e principi morali, e ritiene che il compito del giurista sia quello di contribuire a rendere il diritto esistente quanto più simile possibile al diritto ideale.

Se nella prospettiva giuspositivistica – secondo la tesi elaborata da Crisafulli²⁰³ e seguita poi da Bobbio²⁰⁴ – principi e norme sono distinti in maniera debole, nel senso che i primi sarebbero ricavati dalle norme in seguito ad un processo di generalizzazione ed astrazione, e sarebbero pertanto strutturalmente e funzionalmente equivalenti alle regole giuridiche, nell'approccio neocostituzionalista, mutuando da una definizione proposta da Prieto Sanchis²⁰⁵, la distinzione tra principi e norme sarebbe forte: in quest'ottica i principi rappresenterebbero qualcosa di qualitativamente diverso rispetto alle norme²⁰⁶.

²⁰³ Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1941, p. 43.

²⁰⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in "Novissimo Digesto italiano", XIII, 1966, Torino pp. 886-896; ID., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, p. 182; ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994, p. 264.

²⁰⁵ P. SANCHIS, *La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas*, in J. BETEGON, M. GASCON, J. R. DE PARAMO, L. PRIETO, *Lecciones de teoría del derecho*, M. C. Graw Hill, Madrid 1997, pp. 355-357.

²⁰⁶ Su questi aspetti cfr. V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp. 62-68 dove l'autrice osserva: "Nella prospettiva giuspositivistica, non essendo i principi *aliud* rispetto alle norme, per lo più la distinzione viene fatta risiedere nella maggiore generalità dei primi rispetto alle seconde: i principi sono norme generali, estratte attraverso generalizzazioni successive da norme particolari. Questa tesi, attribuibile a Crisafulli, ma sostenuta anche da Bobbio, viene motivata in base ad un duplice ordine di argomenti: 1. se sono norme quelle da cui i principi generali sono estratti attraverso un procedimento di astrazione e generalizzazione successiva, non si vede come mai, arrivata a un certo grado di generalità, la norma cambi natura e non sia più una norma, ma qualche altra cosa ("da una norma ricavo norme così come da una specie di animali ricavo un genere di animali e non di fiori o di costellazioni"); 2. Pure ammesso che vi siano principi generali che non si estraggono da norme particolari con un procedimento di generalizzazione, ma siano dati immediatamente nella loro portata generale, la funzione cui adempiono "è pur sempre quella di fornire all'occorrenza (generalmente in caso di mancanza di norme particolari) prescrizioni, cioè modelli di condotta, agli operatori giuridici": "la loro funzione non è diversa da quella cui adempiono le norme particolari". Le citazioni nel testo sono estratte rispettivamente da V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., p. 43; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., p. 890.

Dworkin, critico nei confronti degli assunti fondamentali del positivismo e, segnatamente, della concezione positivista hartiana, sostiene che “quando i giuristi ragionano o discutono in termini di diritti e obblighi giuridici [...], essi usano degli *standards* che non funzionano come regole, ma operano in maniera differente: operano come principi, politiche e altri generi di *standards*”²⁰⁷. Com’è noto, per l’autore, la distinzione tra principi e norme si fonda su diversi parametri: uno strutturale, uno funzionale ed uno generativo. Il criterio strutturale – o, per dirla con Dworkin, “logico” – presuppone una distinzione qualitativa, ontologica, fra principi e norme in base alla quale una norma è sin dall’inizio una regola o un principio. Questa differenza si ripercuote sul piano interpretativo ed applicativo dal momento che, nella concezione dworkiniana, le regole si applicano per la risoluzione dei casi facili secondo il criterio sillogistico del “tutto o niente”, mentre i principi, utilizzati per risolvere i casi che non possono essere sussunti sotto una regola generale, presentano una dimensione che manca alle regole, quella del “peso” o dell’“importanza” e vengono applicati in base ad un’operazione di bilanciamento. In altri termini, l’applicazione della norma al caso concreto richiederebbe esclusivamente un’inferenza logica corretta da parte dell’interprete, viceversa, allorché la risoluzione di un caso richieda il superamento di un’antinomia o di una lacuna normativa, l’operatore giuridico sarebbe chiamato a “bilanciare” i principi confliggenti e ad adottare la decisione suffragata dal principio più “importante”.

In tal senso, Guastini, in *Teoria e dogmatica delle fonti*, osserva che tra i principi dworkiniani vige una “gerarchia assiologia mobile”²⁰⁸, nel senso che l’interprete del diritto è tenuto a valutare di volta in volta i principi che concorrono tra di loro e a decidere in base al principio prevalente. A sua volta, quest’aspetto è intimamente legato

²⁰⁷ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 90.

²⁰⁸ Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti. Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1998, p. 304.

al terzo parametro discretivo, il criterio generativo: mentre le regole sono emanate osservando ben precisi requisiti formali e procedurali, al contrario, secondo Dworkin, “questo test di *pedigree* non può funzionare per i principi [...]. La loro origine, in quanto principi giuridici, non si trova in una particolare decisione legislativa o giudiziaria, ma in un senso di convenienza sviluppato nel tempo dagli operatori e dal pubblico. Il loro persistente potere dipende dalla permanenza di questo senso di convenienza”²⁰⁹. A livello prassiologico, infatti, gli operatori giuridici e la collettività adottano determinati principi in virtù dell’attualità dei contenuti che esprimono e non del loro *pedigree*.

Indubbiamente una concezione “olistica”²¹⁰ del diritto, in cui principi e norme convergono nella rappresentazione del giuridico, permette di inquadrare il diritto come un fenomeno sicuramente più articolato di quanto non appaia al positivismo giuridico, ma la distinzione strutturale, funzionale e generativa, operata da Dworkin tra *rules* e *principles*, rischia di fornire un modello di lettura del diritto poco realistico rispetto alla prassi giuridica. A riguardo Pintore osserva che una contrapposizione troppo rigida tra le due specie di norme, fondata su una concezione strettamente formalistica delle regole, finirebbe col fare delle *rules* dei meri involucri che solo i principi potrebbero riempire di significato²¹¹. Questa distinzione così recisa esprimerebbe un’interpretazione della prassi giuridica troppo semplificata, tale da banalizzare una realtà giurisprudenziale che è molto più evoluta e complessa di quanto si vorrebbe far emergere. Certo, se volessimo evidenziare, con Pastore²¹², i legami più profondi che legano principi e norme nella concezione dworkiniana, mettendo da parte le distinzioni

²⁰⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 114.

²¹⁰ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, in “Rivista di filosofia del diritto”, n. 1, 2014, pp. 19-40.

²¹¹ Cfr. A. PINTORE, *Norme e principi – Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano 1982, pp. 17-34; ID., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli 1990, pp. 159-162.

²¹² Cfr. B. PASTORE, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Renzo e Rean Mazzoni editori, Palermo 1985, pp. 27-35.

fondate sul criterio strutturale e focalizzando l'attenzione sulla considerazione che l'operazione del bilanciamento, per Dworkin, in fin dei conti è strumentale all'individuazione della regola che permette di applicare il principio più "importante", potremmo propendere verso la conclusione che tutto sommato l'autore lascia aperta la possibilità di una sottile interazione tra queste due diverse specie di norme. Ma, come sostiene Schiavello²¹³, in ultima analisi Pastore, mettendo in luce il ruolo ancillare attribuito da Dworkin alle *rules*, rischia di considerarle solo come strumentali all'applicazione del principio corretto, finendo implicitamente con lo svuotare il loro contenuto. La verità è che la distinzione dworkiniana tra regole e principi reca in sé questo elemento di vulnerabilità: la sussidiarietà dei principi rispetto alle lacune o alle antinomie normative, e l'assoluta fungibilità del contenuto delle norme. Dalla distinzione dworkiniana tra regole e principi discende, come si è detto, una concezione dicotomica dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto: i casi facili vengono decisi sulla base delle regole e i casi difficili sulla base dei principi. Ma nell'applicazione del diritto si assiste ad una continua ed imprescindibile interazione tra regole e principi, e un modello teorico articolato su una rigida contrapposizione tra queste due componenti del diritto rischia di non descrivere compiutamente ciò che accade a livello prassiologico.

7. *Law as interpretation*

A questa concezione del diritto, tesa verso una lettura morale della Costituzione, che pretende di armonizzare i valori costituzionalizzati con la morale politica in cui si sostanzia la comunità, dal momento che i diritti non si fanno coincidere solo con i *legal*

²¹³ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno?*, cit., p. 213.

rights riconosciuti dalle *settled rules*, ma sono considerati anche come preesistenti e indipendenti dall'organizzazione giuridica²¹⁴, Dworkin associa una teoria dell'interpretazione giuridica “complessa”, il cui aspetto di maggiore interesse teorico risiede nella ben nota tesi della *one right answer*, secondo cui ogni singola vertenza giudiziaria ammetterebbe una, e una soltanto, risposta corretta.

Mentre il positivismo giuridico, nella sua versione formalistica, ha relegato in una posizione marginale l'analisi del momento applicativo del diritto, concentrando la propria attenzione sulla fase della creazione del diritto, e sostenendo che nella maggioranza dei casi, l'attività giurisdizionale consiste nella sussunzione della fattispecie concreta sotto la norma generale, Dworkin ha posto l'analisi dell'attività interpretativa del giudice al centro delle sue riflessioni. Come si è detto, secondo Dworkin, nei casi per i quali l'ordinamento prevede una fattispecie *ad hoc* entro cui sussumere la controversia, la decisione sarebbe il risultato di un procedimento sillogistico, che ha come premessa maggiore una regola giuridica e come premessa minore i fatti del caso concreto da risolvere, mentre nei casi difficili, per i quali l'ordinamento non prevede alcuna normativa generale entro cui incardinare la questione da risolvere, la decisione scaturirebbe dal bilanciamento, ad opera del giudice, dei principi giuridici sottesi al caso di specie, operazione, questa, che se eseguita correttamente dovrebbe portare alla *one right answer*.

La tesi dell'“unica risposta giusta” ha suscitato un interesse notevole negli studiosi del pensiero di Dworkin: alcuni, come Stephen Guest, si sono spinti fino ad affermare che in realtà Dworkin non abbia mai sostenuto la tesi dell'“unica risposta corretta”²¹⁵, mentre

²¹⁴ Su questi temi cfr. V. GIORDANO, *Accordi e disaccordi: note critiche sul positivismo “debole”*, in V. OMAGGIO (a cura di), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, ESI, Napoli 2005, p. 65.

²¹⁵ Cfr. S. GUEST, *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1992, pp. 137-147, dove l'autore osserva: “In an attempt to find what the “subjective doubter” thinks is an objective right answer, I shall now consider a thesis, which is not of Dworkin's own making, but which has been ascribed to him. This has become known as the “one right answer thesis”, and it has caused some merriment among

altri, come Bix o Schiavello in Italia, ritengono che, anche se Dworkin da *Taking Rights seriously* a *Law's Empire* abbia indubbiamente attenuato la portata di questa tesi²¹⁶, comunque sia, è inequivocabile che in *Taking Rights Seriously* “egli sia stato affascinato dal nobile sogno che, per ogni caso giudiziale, anche il più difficile, vi sia, effettivamente, un'unica risposta giusta”²¹⁷.

In effetti la tesi della *one right answer* viene introdotta in *Taking Rights Seriously* come elemento da contrapporre all'argomento hartiano della struttura aperta del diritto, che comporta, come conseguenza necessaria, la discrezionalità dei giudici nella risoluzione dei casi che si trovano nella zona di penombra²¹⁸. A questa concezione del diritto,

students and some academics. It is fun if we take this theory (it is not Dworkin's as will become apparent) at face value. It says that for every legal problem imaginable there is an answer, which is right, and which can be found in a statute or law report. It is a silly thesis, although it is actually accepted by some first year law students and one or two eccentric lawyears and academics. It is a bibliographical, or arithmetical view of the law, which supposes that legal research is *no more* than looking 'the law' up, like looking up a word in a dictionary, and then making the appropriate deductions, or doing the appropriate sums”.

²¹⁶ Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), tr. it. di L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 382 dove l'autore non parla più di *one right answer*, ma di “modo corretto di decidere un caso difficile”.

²¹⁷ In tal senso cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino 2004, p. 83.

²¹⁸ La teoria della struttura aperta del linguaggio proposta da Hart mostra notevoli punti di contatto con le elaborazioni di Friedrich Waismann, il quale, a sua volta, è stato ispirato dalla visione costruttiva del linguaggio proposta da Ludwig Wittgenstein. Si tratta di un'analogia solo parziale perché l'uso dell'espressione “*open texture*” nei due filosofi è diverso. In Waismann significa potenziale vaghezza delle parole in circostanze estreme, mentre Hart si serve del concetto di *open texture* per indicare la discrezionalità giudiziale di cui si servono i giudici per applicare il diritto nella risoluzione di casi difficili, in cui le regole che disciplinano il fatto concreto risultano indeterminate e vaghe. Hart sostiene che in virtù dell'*open texture*, i giudici, nella risoluzione degli *hard cases*, devono utilizzare la loro discrezionalità, perché : a) il linguaggio è indeterminato; b) le regole sono formate anche da veri e propri *standards* (ragionevolezza, giustizia ecc); 3) c'è un'indeterminatezza strutturale nel sistema di *common law* del precedente. Hart afferma che nei casi dubbi, il giudice non deve decidere arbitrariamente, senza elaborare ragioni a sostegno delle sue decisioni. Egli deve fare riferimento a determinati fattori, quali interessi individuali e sociali, scopi sociali e politici, criteri morali e di giustizia, che possono essere configurati in termini generali come principi, *policies* e criteri. Questi fattori spesso confliggono, e i giudici sono allora costretti a bilanciarli e a determinare tra essi delle priorità. Hart sostiene che la maggior parte dei teorici contemporanei condivide questa descrizione della decisione giudiziale, nel caso in cui le regole giuridiche sono indeterminate, ma afferma che oltre questo punto vi sono delle divergenze. Infatti, secondo Hart, “alcuni teorici sostengono che nonostante il carattere eterogeneo e spesso confligente dei fattori che sono rilevanti per la decisione, è ancora sensato parlare di una decisione, in qualunque caso, come della *sola decisione corretta* e del dovere del giudice di scoprirla” (si riferisce naturalmente a Dworkin). Hart è invece del parere che i giudici hanno negli *hard cases* una *discrezionalità in senso forte*, tale da impersonificare un vero e proprio potere normativo. H.L.A. Hart, *Philosophy of Law, Problems of*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, p. 36.

Dworkin ne oppone una più “complessa”, definita *theory of adjudication*, basata sull’unica risposta corretta, in cui, oltre alle regole, anche i principi svolgerebbero un ruolo decisivo per l’interpretazione ed applicazione del diritto. Per Dworkin di *Taking Rights Seriously* il giudice è chiamato a “scovare” dall’*ethos* comune dominante il principio più “importante” che possa fornire la risposta corretta per la risoluzione della controversia, dal momento che l’autore ritiene che i diritti non sono definiti soltanto dalle *settled rules*, ma sono *preesistenti* alla realtà giuridica, dissolti nel sostrato valoriale comune. Il giurista, infatti, si colloca, secondo il filosofo americano, in un rapporto di internità alla pratica, cioè al contesto istituzionale che egli stesso, con la sua prassi interpretativa, contribuisce a strutturare, a proseguire, a definire nella sua stessa identità, e nel suo necessario e continuo evolversi²¹⁹. In tal senso, data l’analogia con la nozione di *situation sense* di Llewellyn²²⁰, si potrebbe parlare con Derrida di “contestualità dell’interpretazione”²²¹, di pratica interpretativa che assume rilevanza e significato proprio perché calata all’interno di una comunità specifica, accomunata da una rosa di valori, che per Dworkin sono i valori liberali.

Dworkin, per spiegare la sua teoria del giudizio, dà tre differenti nozioni di *discrezionalità*. In un primo senso, il termine discrezionalità è usato con un significato debole per dire che le direttive, che un funzionario deve usare per agire, non possono essere applicate meccanicamente, ma richiedono l’uso del discernimento. In una seconda accezione, anch’essa debole, il termine discrezionalità è usato in riferimento alle situazioni in cui qualche funzionario ha l’autorità di prendere una decisione definitiva, nel senso che nessuna autorità superiore può rivedere o annullare quella decisione. Infine, in un terzo senso, questa volta forte, il termine discrezionalità viene

²¹⁹ Cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, p. 210.

²²⁰ Cfr. K. N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little, Brown & Co, Boston 1960.

²²¹ Sulla contestualità dell’interpretazione cfr. J. DERRIDA, *Firma, evento, contesto*, in “Aut aut”, n. 217-218, 1987, p. 177 e ss.

usato per indicare quelle situazioni in cui il funzionario non è vincolato da alcuno degli *standards* dettatogli dalle autorità. Egli individua in quest'ultimo significato l'uso che la dottrina positivista fa della discrezionalità giudiziale, mentre propone un modello di decisione giudiziale e di ragionamento giuridico, che vede il giudice, negli *hard cases*, non creatore di nuovo diritto, ma operatore che individua e applica il diritto già esistente²²².

In *Law's Empire*, invece, la posizione dworkiniana si modifica: la maggiore consapevolezza dell'aspetto ermeneutico dell'operazione interpretativa e, in particolare, dell'inevitabile interpretazione dell'interprete tra il *traditum* della conoscenza giuridica e il contesto istituzionale e storico, nel quale la sua pratica di decisione si innesta, induce Dworkin ad ammettere il carattere *inventivo* dell'attività interpretativa, anche se il testo giuridico permane come punto di riferimento costante e comune, trasmesso nel contesto di narrazioni particolari²²³. In altri termini, secondo il filosofo, i giudici riformulano il diritto, derivendolo dai “principi di giustizia, equità e *procedural due process* che forniscono la migliore interpretazione costruttiva della prassi giuridica della comunità”²²⁴.

In questo senso parlare di risposta corretta al diritto vuol dire presupporre che il diritto sia un fenomeno interpretativo, in cui entrano necessariamente in gioco le diverse convinzioni politiche dei partecipanti. Infatti, nel caso in cui, entro un sistema giuridico, venga sollevata la questione di una soluzione controversa, l'interprete è chiamato a risolvere il nodo interpretativo scegliendo la soluzione che ritiene meglio armonizzabile

²²² Dworkin non accetta la soluzione hartiana della discrezionalità in senso forte negli *hard cases*, dovuta alla vaghezza del linguaggio normativo, in quanto sostiene che possono essere utilizzati dei canoni interpretativi delle norme che permettono di stabilire quale forza debba avere una parola vaga in una specifica situazione. Uno di questi canoni è l'intenzione del legislatore, un altro è quello basato sull'interpretazione migliore che può essere attribuita al senso del termine vago, cioè al fatto che bisogna scegliere il significato più coerente con l'insieme di *standards* che forniscono la migliore giustificazione possibile a una determinata norma.

²²³ Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., p. 212.

²²⁴ Ivi, p. 543.

nel quadro della morale politica più idonea a giustificare i principi e le regole del sistema giuridico stesso. Quindi, come sottolinea anche Zaccaria in *Questioni di interpretazione*, i giudici, secondo la teoria dworkiniana, sono sì vincolati ad emanare una sola soluzione corretta, ma è una soluzione fondamentale dettata da una dottrina etico-politica generale da essi stessi creativamente e induttivamente costruita²²⁵.

In effetti Dworkin assimila l'interpretazione giuridica con l'interpretazione letteraria e artistica, che come l'interpretazione delle usanze sociali, recano in sé un carattere creativo. Sia nell'interpretazione delle usanze sociali che in quella artistica non è possibile fare riferimento esclusivamente all'intenzione originaria dell'autore, ma è necessario prendere in considerazione anche l'intenzione dell'interprete, del critico o del partecipante all'usanza sociale. Si tratta di un'*interpretazione costruttiva* in cui l'interprete aggiunge al *datum* da interpretare qualcosa di suo.

Questo, per Dworkin, non vuol dire che l'interprete sia libero di attribuire a un'opera d'arte o a un'usanza il significato che più gli aggrada, perché egli resta pur sempre vincolato all'oggetto dell'opera o alla storia dell'usanza. Per esempio, secondo Dworkin, se si volesse mettere oggi in scena il *Mercante di Venezia* e si presentasse Shylock ad un pubblico contemporaneo, probabilmente un atteggiamento di fedeltà rispetto alle più specifiche e concrete opinioni di Shakespeare sul suo personaggio potrebbe tradire l'intenzione artistica più astratta che egli si era prefissato. Per dar corpo a quell'intenzione astratta che l'autore aveva sarà necessario "individuare, testo alla mano, il modo migliore di esprimere quelle più alte ambizioni artistiche che Shakespeare non espresse mai, né definì consapevolmente, ma che noi prefiguriamo nel momento in cui ci domandiamo come l'opera che egli scrisse avrebbe potuto essere stata più illuminante ed efficace per l'epoca in cui egli visse"²²⁶. Per Dworkin "ogni

²²⁵ Cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, cit., pp. 216-217.

²²⁶ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, p. 58.

interpretazione [...] si sforza di rendere il proprio oggetto il migliore possibile”²²⁷. Nella prospettiva dworkiniana l’interpretazione è un’attività creativa, che si lega, ciò nonostante, ai materiali precedenti, leggendoli nella loro luce migliore. In tal senso l’analogia proposta da Dworkin fra il giudice e l’autore di una catena normativa rende bene questo delicato rapporto: così come l’autore di una *chain novel* chiamato a comporre i capitoli conclusivi dell’opera, dovrà tenere in debito conto ciò che è stato descritto dagli altri coautori nella prima parte dell’opera, così l’interprete del diritto dovrà scegliere la soluzione migliore alla luce delle convinzioni politiche che fanno da sostrato ideologico al caso di specie.

8. *Law as integrity*

Nei suoi scritti più maturi, e in particolare in *Law’s Empire*, Dworkin mette in secondo piano la polemica contro il giuspositivismo per impegnarsi a delineare una teoria del diritto maggiormente strutturata che definisce “*law as integrity*”. L’idea centrale da cui muove è che il diritto sia costituito non solo da un sistema di regole, ma anche da una pratica sociale che ruota intorno ad alcuni principi condivisi dai partecipanti²²⁸.

²²⁷ Ivi, p. 55.

²²⁸ Per una ricostruzione del significato di pratica sociale come attività argomentativa in Dworkin si rinvia a A. SCHIAVELLO, *Il diritto come integrità: incubo o nobile sogno?*, cit. pp. 120-121: “È opportuno, quindi, spiegare meglio le caratteristiche della concezione dworkiniana della “pratica sociale”. Affermare che il diritto è una pratica sociale significa, in primo luogo, che a) bisogna puntare l’attenzione sull’attività svolta da alcuni soggetti – legislatori, giudici, avvocati ed anche semplici cittadini – piuttosto che tentare di individuare alcuni oggetti – leggi, decreti, sentenze – che certamente contribuiscono a delineare e, talvolta, a disciplinare l’attività dei soggetti indicati in precedenza e pur tuttavia non sono sufficienti ad individuare il diritto. Inoltre, b) una pratica sociale presuppone l’esistenza di uno scopo da perseguire e/o di valori da proteggere.[...] Un’ulteriore caratteristica che contraddistingue il concetto di “diritto come pratica sociale” consiste nel ritenere che c) per individuare il diritto di una comunità è necessario guardare alla funzione svolta da tutti i diversi partecipanti all’attività giuridica, piuttosto che soffermarsi soltanto su quella di alcuni.[...] Quanto appena detto non è in contraddizione con l’affermazione che d) una caratteristica del diritto come pratica sociale è che il giudice/teorico del diritto ricopre un ruolo da protagonista. Affermare questo, infatti, non significa negare il ruolo importante degli altri partecipanti. Tirando le fila di questo discorso, quindi, Dworkin, quando afferma che il diritto è una pratica sociale, intende dire che esso è il risultato di svariate attività che si intersecano fra loro per il raggiungimento di determinati scopi e non soltanto un insieme di regole”. In tal senso, cfr. anche

Insomma, si tratta di una concezione della validità giuridica che non può prescindere dal contesto etico-politico in cui viene ad estrinsecarsi.

In *Law's Empire* l'autore fornisce diverse definizioni di integrità più o meno somiglianti. Ne parla in termini di "consistenza"²²⁹, nel senso di generale coerenza di principio, collegando questo significato all'idea di eguaglianza: casi simili dovrebbero essere decisi in modo analogo.

In un'altra accezione fa riferimento ai concetti di fraternità e di comunità, sostenendo che "una società che accetta l'integrità come virtù politica rappresenta una forma particolare di comunità, particolare perché promuove la propria autorità morale allo scopo di rivendicare ed instaurare un monopolio della forza coercitiva"²³⁰.

In un altro significato Dworkin descrive l'integrità come valore politico indipendente dagli altri valori politici: per l'autore, infatti, sussisterebbe un legame necessario tra diritto, morale e moralità politica, tale per cui, per valutare la congruenza delle decisioni giudiziarie e delle leggi con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, non basterebbe far riferimento solo ad essi, ma sarebbe necessario pervenire all'elaborazione di una teoria politica che consenta di interpretare tali principi alla luce di alcuni valori

B.PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p.147 dove l'autore osserva che per Ronald Dworkin: "L'ordinamento non è un dato, ma un processo ordinante; la coerenza non è una qualità dell'ordinamento ma un'esigenza che riguarda il rapporto delle parti del tutto". Cfr. anche ID., *Integrità, tradizione, interpretazione*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1993, p. 43, dove l'autore sostiene che "la pratica sociale esprime una storia comune. Comprendere una pratica significa condividere azioni, atteggiamenti, credenze comuni sviluppati nel corso di questa storia [...]. Le reinterpretazioni e le trasformazioni scaturiscono dal riordinamento degli atteggiamenti interpretativi precedenti". In particolare Moore spiega che una pratica sociale è un insieme di comportamenti e di regole cui è possibile attribuire valore. Cfr. M. MOORE, *Interpreting Interpretation*, in A. MARMOR (ed.by), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 1-29; G.J. POSTEMA, *Protestant Interpretation and Social Practices*, in "Law and Philosophy", n. 6, 1987, p. 285 ss.; C. BITTNER, *Recht als interpretative praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*, Berlin, 1988, p. 20; A. PADLEY, *Law's Empire*, in "Ratio Juris", vol. I, n.2, July, 1988, p. 181 ss.; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Edizioni Universitarie Jaca, Milano, 1990, pp. 16 ss.; 159 ss.

²²⁹ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., p. 207.

²³⁰ Ivi, p. 179.

politici che innervano qualunque comunità liberale: l'equità, la giustizia e il *procedural due process*.

L'equità – *fairness* – è il principio in base al quale le procedure che organizzano la partecipazione alla vita politica devono permettere a tutti di partecipare allo stesso modo: equità in politica significa individuare le procedure politiche, i metodi di elezione dei funzionari per riconoscere a tutti i cittadini la stessa capacità di influire sulle decisioni che li riguardano. In altri termini, l'equità rappresenta “la struttura che distribuisce l'influenza sulle decisioni politiche nel modo corretto”²³¹.

La giustizia (*justice*) riguarda i risultati delle decisioni politiche, piuttosto che la correttezza delle procedure che hanno contribuito a determinarli. La giustizia di una decisione politica dipende dalla sua conformità ad un modello ideale di giustizia. Accettando di considerare la giustizia come una virtù politica, si pretende che i legislatori e gli altri funzionari distribuiscano le risorse materiali e tutelino le libertà civili in modo tale da garantire un risultato moralmente difendibile²³². Mentre in *Taking Rights Seriously* l'autore parla di giustizia genericamente, in termini di esigenza di correttezza o di qualche altra dimensione della morale, in *Law's Empire* presenta i principi di giustizia come l'insieme delle procedure corrette di applicazione delle regole e delle disposizioni prodotte dal sistema.

Il *procedural due process*, infine, rappresenta l'insieme delle “procedure corrette di applicazione delle regole e delle disposizioni prodotte dal sistema”²³³. Riguarda le giuste procedure da seguire per stabilire se un cittadino ha violato o meno i precetti che governano la vita associativa.

²³¹ Ivi, p. 157.

²³² Ibidem.

²³³ Ivi, p. 375.

L'integrità, intesa come valore politico, richiede che il legislatore e i giudici agiscano in modo congruente con questo *set* di principi (a loro volta tra loro congruenti) di moralità politica. In *Taking Rights Seriously*, Dworkin – pur non parlando espressamente di integrità, ma di congruenza – aveva indirizzato la sua concezione solo all'attività del giudice. Riteneva, infatti, che l'attività del legislatore fosse sorretta da ragioni contingenti che poco avevano a che fare con la congruenza e che il principio di rendere congruente il sistema spettasse unicamente al giudice.

È in *Law's Empire* che per la prima volta Dworkin sostiene che in un ordinamento giuridico congruente devono coesistere due tipi di integrità:

1. l'integrità del legislatore, al quale spetta il compito di far sì che le leggi emanate siano congruenti con i principi dell'ordinamento;
2. l'integrità del giudice, il quale è tenuto ad interpretare le decisioni politiche precedenti – che costituiscono la base delle sue decisioni – presupponendo la congruenza del legislatore.

Testualmente Dworkin: “Attraverso il principio dell'integrità nella decisione giudiziaria vi è una coerenza di principio che richiede ai giudici di individuare i principi che giustificano i materiali normativi preesistenti e di concepire il diritto che amministrano nella sua unità e continuità, e non come un coacervo di decisioni distinte, separate, non omogenee, contingenti”²³⁴.

²³⁴ Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., pp.160;170-177, 205-206. A riguardo cfr. R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino 1985, pp. 160-161, dove l'autore osserva che “Dworkin, conforme alla tradizione del liberalismo giuridico, sostiene che i giudici, in ogni controversia loro sottoposta, devono sempre far valere i diritti e gli obblighi preesistenti delle parti, e questo significa a) che i giudici non sono autorizzati a creare norme nuove in relazione a una specifica controversia, altrimenti si avrebbe violazione del principio liberale secondo il quale la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo, e b) i giudici devono decidere sulla base dei diritti e degli obblighi degli individui, quindi non possono decidere sulla base di finalità politiche o collettive”.

Ne segue che il principio di integrità nella decisione giudiziaria diventa fonte di canoni ermeneutici: l'interpretazione scelta dai giudici tra le possibili alternative è quella che appare come la migliore espressione del diritto come integrità. La differenza fondamentale fra l'integrità del legislatore e l'integrità del giudice sta nel fatto che il legislatore è tenuto al rispetto del valore dell'integrità solo in alcune circostanze (ad esempio, quando si tratta di decidere in materia di diritti fondamentali), mentre il giudice deve sempre decidere tenendo conto della moralità politica che fa da sfondo alle comunità liberali.

9. La pratica ermeneutica e il ruolo dei principi

Dworkin, incentrando il sistema giuridico sulla compresenza di regole e principi, manifesta il suo rifiuto per la concezione hartiana del diritto come pratica sociale. L'identificazione del diritto non dipende da una regola convenzionale che i funzionari seguono concordemente, piuttosto è la risultante di una pratica sociale argomentativa in cui principi giuridici e valori sostanziali si amalgamano.

Il filosofo americano rifiuta il modello delle regole giuspositivista. Secondo questo modello, allorquando si presenti un caso per il quale le regole che costituiscono il sistema giuridico non prevedono alcuna soluzione normativa, gli organi giurisdizionali godono di discrezionalità e creano norme giuridiche nuove.

Per Dworkin anche i casi non sussumibili sotto una fattispecie tipica devono essere risolti dai giudici applicando il diritto preesistente. Infatti, quando le regole giuridiche non forniscono risposte entrano in gioco i principi. In questo modo il filosofo americano rigetta la discrezionalità giudiziale, intesa come potere da parte dei giudici di creare,

nella risoluzione dei casi difficili, nuovo diritto. Anche nei casi difficili il giudice può e deve applicare il diritto preesistente, attingendo da quella piattaforma di principi che consolida il fondamento etico del diritto. Il ragionamento del giudice nella risoluzione dei casi difficili appare, dunque, complesso. Ai fini della decisione il giudice deve ricostruire l'insieme dei principi che mostrano il materiale giuridico disponibile nella sua luce migliore e su questa base pervenire ad una decisione che si armonizzi nella maggior misura possibile con la totalità del materiale disponibile. Il giudice, insomma, deve ricostruire il diritto come un tutto coerente ed armonico. Mediante i principi, il confine tra diritto e morale diventa permeabile: ciò che rende possibile il diritto non è soltanto un insieme di fatti sociali (come vorrebbero i giuspositivisti), ma anche, e soprattutto, un complesso di principi etico-politici che fa da fondamento all'intero ordinamento giuridico. Da quanto esposto emerge chiaramente, innanzitutto, il rifiuto della tesi delle fonti sociali, in forza della quale l'esistenza ed il contenuto del diritto in una società dipendono solo da fatti sociali; in secondo luogo, il rigetto della tesi della separazione del diritto e della morale, in ragione della quale la validità giuridica non implica necessariamente la validità morale e viceversa; infine, la confutazione della tesi della discrezionalità, relativa alla capacità dei giudici di creare il diritto nella risoluzione dei casi non tipizzati dal legislatore. In altri termini, Dworkin con la sua teoria ha scardinato gli elementi tipici del positivismo giuridico.

10. Quale spazio per la dicotomia fra *principles* e *policies* nell'era globale?

Come si è cercato di rappresentare nelle pagine precedenti, per Dworkin, l'idea centrale del positivismo, secondo cui il diritto è un sistema di regole che operano attraverso la

tecnica della sussunzione, indurrebbe l'interprete a trascurare il ruolo importante giocato nella prassi giurisprudenziale dai principi morali: per l'autore “[q]uando i giuristi ragionano o discutono in termini di diritti e obblighi giuridici – specie in quei casi difficili, che rendono più acutamente problematici questi concetti –, essi usano degli *standards* che non funzionano come regole, ma operano in maniera differente: operano come principi, politiche e altri generi di *standards*”²³⁵.

Considerare il diritto come un insieme di regole che possono essere valide o invalide a seconda che rispettino o meno un criterio formale di produzione rischierebbe, infatti, di fornire una lettura estremamente semplificata di quello che è il diritto. Al contrario, per Dworkin, una rappresentazione del giuridico in chiave giustificativa, che ricomprenda al suo interno regole e principi, potrebbe dare atto della pervasività della morale nel lessico del diritto e superare i limiti di quegli approcci che sembrano non tener conto di quanto siano complesse le pratiche giurisprudenziali.

Dopo aver messo in luce come, per l'autore, una concezione “olistica”²³⁶ del diritto, in cui principi e norme convergono nella rappresentazione del giuridico, consente di inquadrare il diritto come un sistema sicuramente più articolato di quanto non appaia al positivismo giuridico, si è tentato di far emergere come la distinzione dworkiniana fra principi e regole, giocata su diversi parametri: uno strutturale, uno funzionale ed uno generativo, in realtà potrebbe delineare una contrapposizione normativa troppo netta, che di fatto non si riscontra nella pratica del diritto.

Non si è ancora discusso, però, della distinzione fra *principles* e *policies*, aspetto, questo, che assume notevole interesse teorico se si considera che, al giorno d'oggi, in

²³⁵ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 90.

²³⁶ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2014, pp. 19-40.

un'epoca caratterizzata dall'emersione di nuovi spazi politici, il lessico dei diritti spesso si confonde con le logiche della politica.

In *Taking Rights seriously*, che rappresenta lo scritto in cui Dworkin si occupa più nel dettaglio della distinzione *rules / principles*, l'autore oltre a descrivere i principi in un'accezione generica, come *standards* normativi generali contrapposti alle *rules*, ne discute anche in un'accezione ristretta, come *species* distinta dagli argomenti di politica. In questo senso, per Dworkin, i principi rappresenterebbero *standards* che perseguono il soddisfacimento di diritti soggettivi e di interessi individuali, mentre le politiche perseguirebbero la realizzazione di interessi pubblici-collettivi.

Testualmente: “Chiamo politica quel genere di *standard* che indica un obiettivo da raggiungere, in genere un miglioramento in qualche aspetto – economico, politico, o sociale – della vita della comunità; talvolta, beninteso, gli obiettivi sono negativi, in quanto stipulano che qualche elemento già presente debba essere protetto da mutamenti. Chiamo principio uno *standard*, che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione (economica, politica o sociale) desiderata, ma in quanto è un'esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale”²³⁷.

In particolare, i giudici, secondo Dworkin, dovrebbero decidere i casi difficili ricorrendo ad argomenti basati su *principles* e non in base ad argomenti incentrati su *policies*. Inoltre gli argomenti di principio, diversamente da quelli di politica, sarebbero dotati di “forza gravitazionale”, nel senso che, per esigenze di equità, attirerebbero i casi analoghi: se viene riconosciuto un diritto ad un individuo, esso dovrà essere riconosciuto a tutti coloro che versano in una situazione potenzialmente simile. Al contrario, se un beneficio è stato concesso ad una persona in base ad argomenti di

²³⁷ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, p. 90.

policies, ciò non determinerà la necessità di un uguale trattamento a favore di altri soggetti.

La ragione della diversa estensione operativa fra argomenti di principio e politiche si inquadra coerentemente nella concezione filosofica dworkiniana che esprime un orientamento liberale²³⁸ e antiutilitarista²³⁹.

Il ruolo prevalente giocato in ambito interpretativo ed applicativo dai principi, rispetto alle politiche, troverebbe, insomma, giustificazione: 1) nel fatto che Dworkin lega i

²³⁸ La definizione del liberalismo come fenomeno storico presenta particolari difficoltà, se non si voglia correre il rischio di arenarsi in una storia parallela dei diversi liberalismi nazionali. Volendo dare una definizione generica ed onnicomprensiva delle sole caratteristiche principali del fenomeno, potremmo definire il liberalismo come un fenomeno storico che si manifesta nell'età moderna e che ha il suo baricentro in Europa, sebbene abbia influenzato quei Paesi – come Australia, America latina e, in parte, India e Giappone – che più fortemente hanno subito l'egemonia politica e culturale del vecchio continente. È un fenomeno che ha le sue origini nel passaggio dal costituzionalismo medioevale a quello moderno, durante le guerre di religione e l'età del giusnaturalismo, il suo apogeo durante l'età della rivoluzione democratica (1776-1848), la sua crisi con l'avvento dei regimi totalitari e degli Stati assistenziali. Il liberalismo sul piano dell'organizzazione sociale e costituzionale della convivenza, ha sempre promosso, come strumenti di innovazione e trasformazione sociale: le istituzioni rappresentative e l'autonomia della società civile, nel senso di autogoverno locale ed associativo o come spazio economico. Sul piano dei contenuti etico-politici il liberalismo ha perseguito costantemente la difesa dell'individuo dal potere (dello Stato prima e poi della società) per un autonomo e originario valore morale di cui esso è riconosciuto portatore. Proprio da questa difesa dell'autonomia morale dell'individuo deriva una concezione relativistica, la quale riconosce come positiva per tutta la società una pluralità di valori, l'importanza del dissenso, della discussione e della critica, e che non arretra certo di fronte al conflitto e alla competizione, purché siano istituzionalizzati. Insomma si può dire che il liberalismo si muove lungo tre direttrici: la rivendicazione delle libertà individuali e civili, e di un'eguaglianza effettiva; la difesa del processo di differenziazione della società, nel quale le classi, i raggruppamenti sociali e i gruppi nazionali possono diventare autocoscienti; e, infine, la riscoperta del mercato in un'economia socialista per rendere la sua gestione più efficiente e meno dogmatica. Dworkin si colloca all'interno di questo movimento. Condivide, infatti, gli elementi costitutivi del liberalismo, quali la centralità dei diritti civili (specie delle minoranze etniche) e delle politiche redistributive del reddito, che avvantaggino i settori più poveri della società. I liberali nordamericani dei nostri giorni, in ambito giuridico, hanno condotto queste battaglie politiche soprattutto attraverso argomentazioni tratte da un'interpretazione "razionale ed evolutiva" della Costituzione americana e dei suoi Emendamenti. Grazie anche all'apporto di Ronald Dworkin, i giuristi liberali nordamericani ed alcuni membri della Corte Suprema hanno elaborato la dottrina in virtù della quale tutti i diritti costituzionalmente garantiti sono una specificazione del principio secondo cui ciascun individuo ha diritto ad un trattamento "come eguale".

²³⁹ Dworkin rifiuta l'utilitarismo della norma secondo il quale un'azione particolare è moralmente retta o doverosa se, e soltanto se, essa è conforme ad un certo sistema di norme, tale per cui l'accettazione generale di esso conduce a conseguenze altrettanto buone o migliori di quelle cui condurrebbe l'accettazione generale di qualsiasi sistema di norme alternativo. Così, per esempio, una particolare azione di dire la verità, o quella particolare di mantenere una determinata promessa, sarà moralmente obbligatoria, se, e soltanto se, vi è un sistema di norme contenente le regole "si deve dire la verità" e "si debbono mantenere le proprie promesse", e questo sistema è tale che se esso fosse generalmente accettato, o seguito, ciò condurrebbe a conseguenze migliori di quelle che si verificherebbero se fosse accettato un sistema alternativo di norme in cui le due regole menzionate non figurano.

principi morali alla tutela dell'individuo e struttura i diritti soggettivi come diritti morali presidiati da principi ed esistenti al di là, e a volte anche contro, le stesse regole; 2) nel fatto che l'autore respinge quelle impostazioni che elevano ad interesse supremo il valore della collettività, a danno dei diritti individuali.

Ma la distinzione dworkiniana *principles/policies* è realisticamente sostenibile in un'epoca in cui il diritto stesso è intriso di politicità, intendendo con questa locuzione, il conflitto interno al diritto stesso, derivante dalla perdita di strutturazione sovrana dell'ordinamento verso nuovi dispositivi di potere globale che comporta una continua ibridazione del linguaggio dei diritti con un linguaggio degli interessi?

Come si vedrà meglio nel corso di questo lavoro, alla perdita di efficienza della sovranità statale, seguita alla proliferazione dei nuovi soggetti globali, non corrisponde, infatti, un rafforzamento giuridico degli spazi internazionali, dal momento che la globalizzazione, comportando uno scenario estremamente flessibile, precario, frammentato, sembra sfuggire a tentativi di radicale messa in forma giuridica.

È questo, in realtà, il punto teorico che come si vedrà nel terzo capitolo, sembra sfuggire anche al cosmopolitismo giuridico, che nell'affidamento poderoso alla politica deliberativa degli Stati nazionali e la progettazione di un modello *multilevel system* attraverso cui costruire la strada per un diritto cosmopolita, sembra modellare la scena globale attraverso un'istanza formale e ordinante, che cristallizza gli attori e i luoghi di produzione giuridica.

Al contrario, a questo generale “vuoto di diritto pubblico”²⁴⁰, si è accompagnato un indebolimento delle istituzioni internazionali universalistiche come l'Onu, la Fao, l'Organizzazione mondiale della sanità, non più sostenute da adeguati finanziamenti

²⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 531.

pubblici e spesso sostituite, di fatto, nelle loro funzioni, da organismi di tipo particolaristico come la Nato o il Wto.

La debolezza delle istituzioni internazionali di garanzia ha esteso la forbice tra la retorica dei diritti e la loro concreta attuazione, tra la promessa di effettività e gli esiti che essa produce. In alcuni casi, tristemente, vediamo emergere il “volto cattivo” dei diritti, assistiamo al ritorno alla pratica della guerra come mezzo risolutivo della violazione dei diritti umani: non solo i diritti viaggiano al seguito delle armate, ma talvolta, ne rappresentano il vessillo, la copertura ideologica, la maschera dietro cui celare interessi politici. I veri e propri orrori delle forme di intervento umanitario – stragi di civili, torture sui prigionieri, abusi delle truppe sulle fasce più deboli della popolazione – rappresentano il segno di quanto sia ambigua e strumentale la politica dei diritti umani²⁴¹. D'altronde anche se assumessimo, senza dubitare, che gli invasori vogliano realmente liberare popoli e individui da situazioni di oppressione e abbiano deciso di intraprendere pratiche di guerra solo per portare loro diritti, non possiamo comunque non notare che, pur dando per veri questi scopi, “i mezzi retroagiscono sulle finalità”²⁴² e che sovente i diritti si presentano come “un pacco dono irto di spilli”²⁴³ per le popolazioni che li ricevono.

A questo si aggiunge che l'assenza di una sfera pubblica globale forte si risolve anche nella mancanza di limiti all'esercizio dei poteri finanziari ed imprenditoriali privati, nella vanificazione delle possibilità di controllo degli Stati sul mercato globale: se non sono più gli Stati che garantiscono la concorrenza fra le imprese, ma sono, al contrario, le grandi imprese multinazionali che mettono in concorrenza gli Stati, collocando le loro filiere produttive nei Paesi in cui sono più bassi i salari, minori le garanzie dei diritti dei

²⁴¹ Cfr. G. PRETEROSSO, *L'occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 112-113.

²⁴² F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, in “Fenomenologia e società”, n. 3, 2000, p. 63.

²⁴³ A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità del diritto. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli 2005, p. 373.

lavoratori e le imposizioni fiscali, più deboli o addirittura assenti le forme di protezione della salute o dell'ambiente²⁴⁴, allora, certamente, anche queste pratiche rappresentano il segno tangibile di quanto ormai le logiche degli interessi si insinuino nella dimensione dei diritti²⁴⁵.

Probabilmente l'odierna strumentalizzazione dei diritti umani, volta a coprire le mire politiche e/o economiche delle grandi potenze, rischia di revocare in dubbio la possibilità di mantenere al giorno d'oggi ancora distinto l'ambito delle politiche da quello dei diritti.

Forse una distinzione fra argomenti di politica e argomenti di principio, cui fa da sfondo la tensione verso un oggettivismo etico, rischia di non dare atto di ciò che accade nella pratica, della divergenza degli interessi in gioco e di fornire una rappresentazione statica del giuridico.

Del resto, in una dimensione interpretativa non è sempre distinguibile un argomento basato sui diritti, rispetto ad uno basato su obiettivi politico-sociali, quale criterio giustificativo di una decisione giuridica nei casi difficili. Basti pensare che altri approcci che rigettano una rigida distinzione fra principi e politiche lasciano ampio spazio ad argomenti etico-politici da parte della giurisprudenza, intendendoli quali criteri conclusivi a sostegno delle decisioni giuridiche.

Se da un lato, dunque, l'interpretazione costituzionale assume le sembianze di una lettura morale, dall'altro, si apre a considerazioni utilitariste, a giudizi di prognosi, che muovono dalla valutazione che le conseguenze che potrebbero scaturire dalla opzione scelta siano da preferire rispetto alle conseguenze collegate alle decisioni alternative.

²⁴⁴ Cfr., L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 533-534.

²⁴⁵ Possono rientrare in questa prospettiva anche le politiche del Fondo monetario internazionale quando prevedono degli aiuti sotto condizione del rispetto, magari, dei diritti, e, contemporaneamente, di determinati indici economici, laddove i diritti vengono ad essere la "facciata" e gli indici economici la sostanza dell'intervento.

In quest'ultimo approccio, corrispondente a quello di Neil MacCormick, siamo all'interno di un modello di razionalità argomentativa, che rinuncia ad offrire un'unica risposta corretta alle decisioni giuridiche, individuando un nocciolo di opzioni alternative al servizio dell'interprete, basate sui criteri della coerenza, congruenza e consequenzialismo.

È proprio attraverso quest'ultimo, ispirato ad un calcolo prudenziale, in cui gli operatori giuridici, facendo riferimento al senso comune, alla giustizia, all'ordine pubblico, alla convenienza e all'opportunità, valutano la preferibilità di alcune conseguenze rispetto ad altre. Poiché l'argomentazione consequenzialista è estremamente valutativa, al punto che possono sorgere “differenze di opinioni insanabili tra persone ragionevoli ed in buona fede”²⁴⁶, per scansare i rischi di soggettivismo e ricondurre a sistema le possibili alternative concorrenti, la scelta del giudice dovrà essere limitata da altri criteri, che garantiscano l'assenza di contraddizioni logiche tra due o più norme e un'armonizzazione della decisione con i valori che innervano l'ordinamento giuridico.

Testualmente MacCormick: “[L]’idea fondamentale è quella di considerare un sistema giuridico come un sistema di norme coerenti e congruenti, la cui osservanza assicura il raggiungimento di alcuni obiettivi – cui si attribuisce un valore positivo – che possono in modo intelligibile essere perseguiti tutti insieme”²⁴⁷.

Questo approccio teorico, volto a rintracciare una giustificazione razionale sulla scorta di criteri argomentativi etico-politici e ad universalizzare le “buone ragioni” trattando casi uguali in modo uguale, si inserisce, in realtà, nell'orizzonte discorsivo delineato da

²⁴⁶ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it. a cura di A. Schiavello, Giappichelli, Torino 1994, p. 127.

²⁴⁷ *Ibidem*.

Alexy secondo cui il diritto è un caso particolare del discorso morale ²⁴⁸, rinviano, pertanto, ad una razionalità argomentativa del diritto da affiancare ad una forma di razionalità logico-conoscitiva, di matrice giuspositivistica ²⁴⁹.

Come, infatti, metteremo in evidenza nei prossimi capitoli, tendono a delinarsi oggi differenti tipi di razionalità del diritto che mostrano una tensione crescente fra istanze conoscitive, di astrazione fra forma e contenuto, e istanze ermeneutiche e argomentative, che mettono in luce i criteri ultimi su cui si fonda la giustificazione pratica delle decisioni giuridiche.

Si tratterà, dunque, nelle pagine che seguono, di superare l'ideale dworkiniano dell'unica risposta corretta, vagliando la percorribilità di strade alternative: si intersecano, infatti, prospettive plurali che in alcuni casi radicalizzano l'astrazione giuspositivistica fra aspetti descrittivi e aspetti valutativi, mentre, in altri casi, abbracciano il nucleo valoriale e teorico del costituzionalismo, avvolgendolo in una metodologia di matrice giuspositivista.

²⁴⁸ Cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino 1997. Per Alexy l'attività di giustificazione giuridica costituisce un caso specifico del ragionamento pratico: da un lato, l'argomentazione giuridica avviene nel rispetto delle regole della giustificazione pratica e non può violare le norme fondamentali della ragione pratica, dall'altro essa presenta alcune caratteristiche specifiche, che la differenziano dalla giustificazione pratica generale. Queste caratteristiche specifiche sono determinate dall'esistenza di particolari vincoli, a cui in ogni sistema giuridico sono sottoposte le attività di argomentazione (vincoli connessi, ad esempio, all'esistenza delle procedure legislative del diritto, dei precedenti e della dogmatica giuridica che limitano la libertà argomentativa degli operatori giuridici). Per tale via Alexy sostiene che un'argomentazione è corretta se essa è stata posta in essere nel rispetto di determinate regole razionalmente giustificate. Riconoscere l'esistenza di alcune norme procedurali vincolanti l'argomentazione e l'interpretazione giuridica, quindi, significa quindi poter disporre di una struttura indispensabile per giudicare la correttezza e la non arbitrarietà di una decisione.

²⁴⁹ Cfr. N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., p. 324 dove l'autore osserva che vi è una distinzione reale, così come indicato da Hart, tra punto di vista "interno" ed "esterno" in riferimento all'attività umana. Il punto di vista interno, tuttavia, così come caratterizzato da Hart, racchiude in sé degli elementi essenzialmente distinguibili, che è necessario distinguere. Vi è il punto di vista "cognitivamente interno", che permette di valutare e comprendere una condotta nei termini dei criteri che sono usati dagli agenti come criteri guida: questo è sufficiente per la comprensione delle norme e del normativo. Tale prospettiva è tuttavia parassitaria rispetto al "punto di vista volizionalmente interno": il punto di vista di un agente che, in certa misura e per ragioni che a lui sembrano convincenti, manifesta un impegno da un punto di vista volizionale nei confronti dell'osservanza di un dato modello di condotta, inteso come un criterio per se stesso, per gli altri o per entrambi: il suo atteggiamento ricomprende l'atteggiamento "cognitivamente interno", ma non è ricompreso da quest'ultimo.

CAPITOLO TERZO

'Decostruzioni' del positivismo giuridico

“Nella maggior parte dei casi la norma di riconoscimento non viene dichiarata, ma la sua esistenza *si manifesta* nel modo in cui vengono individuate le norme particolari, da parte dei tribunali o di altri funzionari o dei privati o dei loro consiglieri. Vi è, naturalmente, una certa differenza tra l'uso dei criteri stabiliti dalla norma fatto dai tribunali e l'uso fattone da altri: infatti quando i tribunali raggiungono una certa conclusione partendo dal principio che una norma particolare è stata correttamente riconosciuta come giuridica, la loro dichiarazione ha uno speciale carattere di autorità conferitole da altre norme. Sotto questo aspetto, come sotto molti altri, la norma di riconoscimento di un ordinamento giuridico è come la regola del punteggio di un gioco. Nel corso di un gioco, la regola generale che definisce le azioni che portano ad ottenere un punto viene raramente formulata: invece essa è *usata* dall'arbitro e dai giocatori per individuare le particolari fasi del gioco che conducono alla vittoria.”

H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*

1. Può il positivismo prendere sul serio i diritti?

Come abbiamo visto nel capitolo precedente, secondo Dworkin, il processo di positivizzazione dei diritti andrebbe letto come crisi del positivismo giuridico, perdita del carattere artificiale del diritto, apertura ad una lettura morale della carta costituzionale. Per l'autore, infatti, il giuspositivismo – e segnatamente la versione teorizzata da Herbert Hart – sarebbe incapace di prendere sul serio la Costituzione, dal momento che considera il diritto come un insieme di norme, che possono essere identificate e distinte mediante specifici criteri, relativi non al loro contenuto, ma al loro *iter* produttivo. Secondo Dworkin, per i positivisti, l'insieme di queste regole valide esaurirebbe il diritto, cosicché se un caso determinato non rientra in una fattispecie normativa, esso non può essere deciso applicando il diritto, ma in modo discrezionale dall'operatore giuridico. In sostanza per il filosofo nordamericano, il positivismo

giuridico hartiano sarebbe assolutamente inadatto a prendere sul serio i diritti, dal momento che la loro conflittualità chiederebbe necessariamente un modello di diritto di tipo etico-giustificativo.

In questo senso, infatti, la regola di riconoscimento di Hart, basata su una razionalità formale, risulterebbe del tutto priva di capacità giustificativa; diversamente, una sua connotazione in senso materiale, rischierebbe di trasformare la *Jurisprudence* in una giurisprudenza radicalmente normativa, capace di neutralizzare qualsiasi istanza conoscitiva.

Fino a che punto, infatti, i principi costituzionali possono essere rappresentati attraverso l'immagine artificialistica fornita dal positivismo giuridico? Ha, forse, ragione Dworkin a ritenere che il riconoscimento normativo, una volta rappresentato in senso etico-giustificativo, comporti la fuoriuscita dal positivismo giuridico?

In sintesi la posizione hartiana viene complessivamente circoscritta in tre punti essenziali: 1. Il diritto di una comunità è una serie di regole particolari che la comunità direttamente o indirettamente usa per determinare quali comportamenti saranno puniti o imposti coattivamente dal potere pubblico, regole che sono identificabili attraverso criteri specifici – test relativi non al loro contenuto ma al loro pedigree – ossia alla loro origine, e distinguibili dagli altri tipi di regole sociali; 2. L'insieme di norme giuridiche valide esaurisce “il diritto” cosicché se un caso determinato non rientra sotto tali regole i giudici decidono “discrezionalmente”; 3. I diritti e gli obblighi giuridici derivano esclusivamente dalle norme giuridiche valide²⁵⁰.

²⁵⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 17.

Le critiche dworkiniane hanno spinto Hart a chiarire ulteriormente alcuni dei punti centrali della sua teoria del diritto in alcune pagine, annesse successivamente sotto forma di poscritto alla seconda edizione del *The Concept of Law*.

Nelle pagine seguenti proveremo a cogliere i punti fondamentali della replica hartiana alle obiezioni dworkiniane, dal momento che evidenziano polarità in tensione fra il neocostituzionalismo e il positivismo giuridico. È possibile una compatibilità fra la giuridificazione dei principi e l'artificialismo implicito nel concetto di convenzione sociale?

Indubbiamente si tratta di un dibattito estremamente complesso da un punto di vista teorico che mostra concrete difficoltà di conciliare la dialettica fra descrittivo e prescrittivo: quella stessa dialettica che nell'approccio dworkiniano sfuma all'interno di una *Jurisprudence* etico-politica.

Da un lato, forme di positivismo "soft" rivendicano la centralità del discorso giuridico giuspositivista rispetto alla "presa sul serio dei diritti" in senso dworkiniano, dall'altro forme di positivismo "hard" preservano quell'ideale di neutralizzazione giuridica tutta inscrivibile nel solco della tradizione moderna.

Nelle pagine che seguono si cercherà di decifrare la complessità di questo dibattito, muovendo proprio dal poscritto hartiano, che in un certo senso sembra aver ulteriormente problematizzato il discorso intorno al riconoscimento del diritto.

2. Convenzione e giustificazione

Il Poscritto non rappresenta una novità teorica riguardo alle tesi discusse nel corso del volume, ma piuttosto una chiarificazione finale. Secondo il progetto originario, avrebbe

dovuto essere costituito da due sezioni: la prima, indirizzata a Dworkin, che è stata completata dall'autore, mentre la seconda, mai neppure cominciata, avrebbe dovuto rappresentare una replica alle "pretese di una serie di altri critici"²⁵¹, che denunciavano le sue tesi di oscurità, inaccuratezza, incoerenza e contraddizione.

Nella prima parte, relativa alla natura della teoria giuridica, Hart sostiene che essa sia "generale nel senso che non è riferita a un particolare ordinamento giuridico o a una data cultura giuridica"²⁵² ed è descrittiva "nel senso che è moralmente neutrale e non ha scopi di giustificazione: essa non cerca di giustificare o di raccomandare sulla base di argomenti morali o di altro tipo le forme e le strutture che appaiono nella sua presentazione del diritto"²⁵³.

Al contrario, per l'autore, Dworkin presenterebbe la teoria giuridica come valutativa, giustificativa e rivolta ad una particolare cultura giuridica, dal momento che essa "deve tener conto della prospettiva interna riguardante il diritto, che è il punto di vista di un membro interno, partecipe, di un ordinamento giuridico"²⁵⁴.

Per Hart, in realtà, non vi è nulla nel progetto di una giurisprudenza descrittiva, che possa impedire ad un osservatore esterno, non partecipe, di descrivere i modi in cui le persone partecipi considerino il diritto da un punto di vista interno²⁵⁵. Insomma, per Hart, un giurista che descrive teoricamente può anche non condividere l'accettazione del diritto, propria dei partecipanti: si può descrivere il diritto senza accettarlo. In questo modo l'autore chiarisce che, accanto al punto di vista interno ed al punto di vista esterno, esisterebbe anche un punto di vista esterno-interno, che rappresenta la

²⁵¹ Cfr. H. HART, *Il concetto di diritto*, cit. , p. 308.

²⁵² Ivi, p 309.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ivi, p. 312.

²⁵⁵ Ibidem.

prospettiva nella quale si collocano coloro i quali descrivono il diritto senza accettarlo²⁵⁶.

Mentre per Dworkin la conoscenza del diritto presuppone sempre la sua accettazione, per Hart la conoscenza giuridica può essere anche disgiunta dall'accettazione personale e congiunta all'accettazione altrui. Se è vero che l'accettazione delle norme è essenziale per chi partecipa al sistema giuridico e che la teoria giuridica è una teoria dell'osservatore partecipe, questo non esclude affatto che possa esistere una teoria giuridica descrittiva fondata sull'osservazione dell'accettazione altrui.

Inoltre, per l'autore, se l'accettazione altrui dovesse essere connotata da carattere morale, anche in questo caso la *jurisprudence* descrittiva resterebbe comunque distinta dalla *jurisprudence* valutativa. Insomma, anche se, come hanno sostenuto Neil MacCormick e altri critici, l'accettazione comportasse considerazioni di carattere sostantivo, tutto questo sarebbe qualcosa da registrare e non da approvare da parte della *jurisprudence* descrittiva. Dunque, respingendo l'obiezione dworkiniana, Hart riesce a non destabilizzare un dogma centrale del positivismo giuridico.

Nella seconda parte del poscritto, l'autore tenta di difendersi da "un'ampia serie di errori" che Dworkin trova nella sua versione di giuspositivismo. Tra essi emerge la constatazione che la verità delle proposizioni giuridiche, come quelle che descrivono i diritti e i doveri giuridici, dipende solamente da questioni meramente storiche di fatto²⁵⁷. Per Dworkin "il positivista considera questi fatti in modo erroneo come stabiliti da regole linguistiche, condivise da giudici ed avvocati, che regolano l'uso e il significato del termine diritto"²⁵⁸. In sostanza il filosofo americano sostiene che il positivismo giuridico hartiano sia una "teoria semantica del diritto" secondo cui le

²⁵⁶ Cfr. E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995, p.101.

²⁵⁷ Cfr. H. HART, *Il concetto di diritto*, p. 315.

²⁵⁸ *Ibidem*.

fondamentali questioni giuridiche – “*the grounds of law*” – sarebbero erroneamente concepite come qualcosa che può avere una risposta solo in base all’esistenza di regole linguistiche condivise dai giuristi e riconducibili al significato del termine diritto. Al contrario, Hart, nel corso della trattazione, sostiene di non aver mai considerato errata la tesi per cui gli ordinamenti giuridici statali progrediti contengono una norma di riconoscimento, che stabilisce i criteri per l’identificazione delle norme che i tribunali devono applicare. Ritiene di non aver basato la sua dottrina sull’idea che la necessità della presenza di una norma di riconoscimento sia parte del significato del termine diritto o sull’idea che, se i criteri per l’identificazione dei fondamenti del diritto non fossero stabiliti in modo non controverso, “diritto” significherebbe cose diverse per persone diverse²⁵⁹. Insomma Hart collega la critica dworkiniana della teoria semantica con la ragione per cui le questioni di diritto sono intrinsecamente controverse, laddove il giuspositivista non potrebbe accettare alcun legittimo disaccordo teorico inerente al fondamento del diritto.

Dworkin in *Law’s Empire* cerca di dimostrare che la tesi positivista è in contrasto con il disaccordo teoretico circa il contenuto dei fondamenti del diritto e chiama “tormento semantico” la tesi che nega i fondamenti divergenti del diritto. Poiché tra i fondamenti del diritto non si annoverano solamente fatti storici, ma anche giudizi morali e giudizi di valore²⁶⁰, la conflittualità insita nei fondamenti del diritto non potrebbe essere negata. La replica di Hart parte dalla considerazione che benchè nel primo capitolo di *Law’s Empire* venga classificato, insieme a Austin, come un teorico semantico e perciò come colui che fa derivare una teoria meramente positiva del diritto dal significato del termine ‘diritto’, in realtà nulla nel suo libro o in altri suoi scritti legittima una simile presentazione della sua teoria²⁶¹. Piuttosto l’accusa di negare i fondamenti divergenti

²⁵⁹ Ivi, p. 316.

²⁶⁰ Cfr. R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, cit., pp. 7-48.

²⁶¹ H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 315. Il corsivo è mio.

del diritto nascerebbe dalla confusione del significato di un concetto con i criteri per la sua identificazione. Al contrario, Hart sostiene di aver ampiamente puntualizzato, in merito alla spiegazione del concetto di giustizia, che i criteri per l'applicazione di un concetto avente un significato costante possono variare ed essere controversi.

Quanto poi al tentativo dworkiniano di costruire il positivismo come una teoria interpretativa, definita "convenzionalismo", Hart adduce che una simile ricostruzione della sua teoria del diritto non sarebbe affatto plausibile. E questo per due ragioni: *in primis*, il suo impianto teorico non può essere considerato come un positivismo meramente fattuale in quanto tra i criteri del diritto vengono ammessi, oltre che i fatti, anche i valori; *in secundis*, lo scopo della sua teoria non è mai stato la giustificazione della coazione²⁶².

In merito alla critica di aver teorizzato un positivismo meramente fattuale, Hart replica di aver teorizzato in realtà un positivismo debole e che questa tesi non sarebbe in contrasto col resto dell'impianto teorico, specie riguardo alla certezza che la sua norma di riconoscimento dovrebbe conferire al sistema, dal momento che questa critica al positivismo debole sembrerebbe esagerare sia il grado di certezza che un positivista coerente deve attribuire ad una serie di criteri, sia l'incertezza che risulta quando i criteri di validità giuridica comprendono principi e valori morali²⁶³.

Nella terza parte del poscritto, relativo alla natura delle norme, Hart osserva che in varie parti del suo lavoro ha focalizzato la sua attenzione sugli aspetti interni ed esterni del diritto. Per esaminare questi risvolti ha analizzato in prima battuta il caso più semplice

²⁶² Ivi, p. 319. Testualmente l'autore: "Ciò per due ragioni. In primo luogo, come ho già osservato, la mia teoria non è un positivismo meramente fattuale poiché tra i criteri del diritto ammette dei valori, non soltanto dei meri fatti. Ma in secondo luogo, e in modo più importante, poiché, mentre la teoria giuridica interpretativa di Dworkin in tutte le sue forme si basa sul presupposto che il nocciolo e lo scopo del diritto e della prassi giuridica consiste nel giustificare la coazione, non è e non è mai stata certamente la mia idea che il diritto abbia questo nocciolo e questo scopo. Così come altre forme di positivismo, la mia teoria non ha la pretesa di identificare il nocciolo e lo scopo del diritto e della prassi giuridica".

²⁶³ H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 322.

delle norme consuetudinarie, le regole sociali, e solo più tardi si è soffermato nell'analisi del caso più complesso, relativo alla compresenza di norme consuetudinarie e norme scritte. La teoria della pratica sociale, in cui vengono discusse le *social rules*, ha attirato le critiche di Dworkin perché, a suo dire, essa erroneamente considera costituita una norma giuridica in base alla sua pratica sociale. In altri termini, l'esistenza di una norma giuridica coinciderebbe con la sua affermazione sociologica esterna²⁶⁴. Tale impostazione per Dworkin non potrebbe spiegare neppure il carattere normativo della più semplice norma convenzionale, dal momento che la caratteristica indefettibile delle norme consiste nel fornire ragioni per agire e stabilire doveri, pertanto l'esistenza delle norme giuridiche non può consistere in una mera situazione di fatto come accade per le norme sociali. Per Dworkin una regola normativa può esistere soltanto se sussiste "una certa situazione normativa delle cose"²⁶⁵, nel senso che devono sussistere buoni fondamenti morali o giustificazioni per compiere ciò che la norma esige. Hart, al contrario, sostiene che la ragione che induce i consociati ad accettare le norme convenzionali come guida del loro comportamento e come motivo di critica non necessariamente coincide con la credenza in una giustificazione morale delle norme come unica risposta possibile ed adeguata²⁶⁶.

D'altra parte, per Dworkin, la teoria della pratica delle norme, anche se ristretta alle norme convenzionali, non può essere seguita perché non si accorda con l'idea che lo scopo di una norma convenzionale può essere controverso e perciò oggetto di disaccordo. Ritiene che le norme formate da una pratica e da un'accettazione regolare siano soltanto le regole di alcuni giochi e che sia una mera illusione trattare la norma di riconoscimento come pratica uniforme dei tribunali, dati i frequenti disaccordi teorici tra i giudici.

²⁶⁴ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 48-58.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 330.

Per Hart i richiami all'esistenza dei disaccordi, usati come argomentazione contro la possibilità di applicare la teoria della pratica alla norma di riconoscimento, si fondano su un malinteso relativo alla funzione della norma di riconoscimento. Si attribuisce erroneamente alla norma di riconoscimento la funzione di determinare in modo concreto le soluzioni giuridiche in casi particolari. Per l'autore "la funzione della norma di riconoscimento è quella di determinare soltanto le condizioni generali che devono essere soddisfatte dalle decisioni giuridiche corrette nei moderni ordinamenti giuridici. La norma di riconoscimento fa questo molto spesso stabilendo i criteri di validità che Dworkin chiama questioni di pedigree[...], ma come ho detto, oltre a queste materie di pedigree, la norma di riconoscimento può stabilire criteri riferiti non al contenuto di fatto delle leggi, bensì alla loro conformità con valori o principi morali sostanziali"²⁶⁷.

Quanto poi alla critica secondo cui per i positivisti il diritto risulterebbe costituito solo da norme formulate con la caratteristica del "tutto o niente", Hart osserva che per molto tempo Dworkin ha concentrato la sua critica sull'osservazione che nel *The Concept of Law* il diritto sarebbe stato erroneamente presentato come formato esclusivamente da norme senza tener conto dei principi. L'autore mette in evidenza che anche altri critici hanno notato questo iato, ma avrebbero considerato quest'aspetto come un neo che non inficiava il restante impianto teorico e poteva essere rettificato semplicemente affiancando i principi alle norme. Contrariamente alla maggior parte dei critici, per Dworkin l'inclusione dei principi nella regola di riconoscimento avrebbe messo in crisi i dogmi centrali della sua teoria, quali l'assenza di una connessione necessaria tra morale e diritto, la discrezionalità giudiziaria, il ruolo della norma di riconoscimento all'interno del sistema giuridico. Hart, pur riconoscendo che le obiezioni sollevate sono apprezzabili perché mettono in luce gli aspetti interpretativi ed applicativi del diritto,

²⁶⁷ Ivi, p. 331.

osserva che le norme comprendono anche i principi e che non vi è una distinzione netta tra le une e gli altri, ma piuttosto gradi diversi di alcune delle caratteristiche differenziali. D'altronde, Hart ribadisce che non tutte le norme hanno le caratteristiche del "tutto o niente", ma alcune possono essere formulate in modo da poter essere soppesate insieme ad altre norme concorrenti al momento della loro applicazione. In tal senso, esse sono coincidenti con i principi nella misura in cui questi sono caratterizzati dalla misura del peso.

Testualmente Hart: "Non vedo nessun motivo per accettare, sia questo netto contrasto tra principi giuridici e norme giuridiche, sia l'idea che se una norma valida è applicabile in un dato caso, essa debba, diversamente da un principio, determinare sempre la soluzione del caso"²⁶⁸.

Quanto al rapporto tra principi e norma di riconoscimento, e alla difficoltà di mantenere insieme convenzione e morale, Hart sostiene che anche se l'esistenza e l'autorità della norma di riconoscimento dipendono dalla pratica dei tribunali, ciò non toglie che la norma di riconoscimento possa incorporare, quale criterio di validità giuridica, la conformità con principi morali e valori sostanziali. Infatti, molti principi giuridici, contrariamente da quanto ritiene Dworkin, deriverebbero proprio da ciò che egli chiama *pedigree*. Ne segue che la norma suprema può riconoscere una serie di principi giuridici: i criteri di riconoscimento, dunque, possono essere tanto formali che sostanziali.

Per Hart la norma di riconoscimento è fondata sull'esistenza fattuale, cioè sulla pratica dei funzionari, ma ciò non implica che essa sia necessariamente solo formale. Può essere anche sostanziale, dal momento che il riferimento ai principi morali sarebbe rimesso alla contingenza. Teorizzare l'esistenza di un ordinamento giuridico, ove la

²⁶⁸ Ivi, p. 334.

pratica dei funzionari utilizza una norma di riconoscimento sostanziale, non è in contraddizione col giuspositivismo perché dire che la norma di riconoscimento “può” incorporare quale criterio di validità giuridica anche la conformità con principi morali e valori sostanziali²⁶⁹ vuol dire solo ammettere una connessione contingente fra diritto e morale.

Avviandosi verso la conclusione del poscritto, l'autore osserva che il contrasto più netto e diretto tra il suo impianto teorico e la costruzione teorica dworkiniana sorge in riferimento alla discrezionalità giudiziaria. Mette in luce che in ogni ordinamento giuridico vi saranno sempre dei casi giuridicamente non regolati, in rapporto ai quali, su alcuni punti, la legge non indica nessuna decisione: quando la legge è incompleta e lacunosa, il giudice, per decidere il caso concreto, dovrà esercitare la sua discrezionalità e creare diritto per quel caso, invece di applicare il diritto preesistente già stabilito.

Dworkin rifiuta questa visione che presenta il diritto come parzialmente incompleto ed indeterminato ed il giudice come un funzionario onerato dal *munus* di completare le lacune normative, esercitando discrezionalità legislativa. Per Dworkin ciò che è incompleto non è il diritto – che è dato dalla compresenza di norme e principi sostanziali – ma, piuttosto, la visione che ne danno i giuspositivisti. La presenza negli ordinamenti giuridici di valori sostanziali rende il diritto integro, colmando le eventuali lacune normative. Per Dworkin la discrezionalità giudiziaria rappresenterebbe una falsa rappresentazione del procedimento giudiziale e di ciò che fanno i tribunali allorquando la normativa sia lacunosa; questo tipo di discrezionalità giudiziale, inoltre, sosterebbe una forma di creazione del diritto che appare anti-democratica dal momento che i giudici non vengono eletti e ciò nonostante creano il diritto. Per Dworkin in una società

²⁶⁹Ivi, p. 321.

democratica solo i rappresentanti eletti dal popolo dovrebbero avere il potere legislativo.

Nel corso di tutti i suoi lavori Dworkin ha mantenuto in modo irremovibile il suo rifiuto della discrezionalità hartiana. Eppure, osserva Hart, concludendo il poscritto, nonostante quest'apparenza di dottrina invariabile, nel momento in cui Dworkin introduce le idee interpretative nella sua teoria giuridica, egli avrebbe portato la sostanza della sua posizione molto più vicina a quella positivista, in quanto a riguardo riconosce che i tribunali di fatto frequentemente esercitano una discrezionalità creativa del diritto.

3. Fra *Soft* e *Hard Positivism*

Come abbiamo visto nelle pagine precedenti, per Dworkin, la teoria positivista del diritto, sia pure nella versione moderata di Hart, dovrebbe essere abbandonata o, comunque, radicalmente modificata perché incapace di dar conto della realtà del diritto, delle pratiche che contraddistinguono il quotidiano funzionamento delle istituzioni giuridiche.

Le critiche dworkiniane, indipendentemente dal loro merito, hanno contribuito ad aprire un dibattito teorico che ha dato vita all'elaborazione di due letture asimmetriche della materializzazione degli ordinamenti²⁷⁰: la prima è quella fornita dall'inclusivismo che, sulla scia di quanto sostenuto da Hart nel poscritto, prevede tra i criteri di validità del diritto i principi morali, purchè la norma di riconoscimento permetta, direttamente o

²⁷⁰ V. GIORDANO, *Principi, ragioni, convenzioni sociali. Letture asimmetriche del costituzionalismo contemporaneo*, in V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, cit., p. 64.

indirettamente, il riferimento a tali criteri; la seconda richiede che l'identificazione del diritto dipenda soltanto da criteri suscettibili di essere descritti avalutativamente.

Come si vedrà nei paragrafi successivi, il progetto giusfilosofico dell'inclusivismo vorrebbe coniugare le obiezioni sollevate da Dworkin con i dogmi centrali del positivismo giuridico, dal momento che per i sostenitori di questa versione di positivismo l'idea di fondo, secondo cui i criteri identificativi del diritto vengono stabiliti dalla pratica sociale, non precluderebbe la possibilità che alcune comunità sociali includano fra tali criteri anche il ricorso a valutazioni morali.

L'inclusivismo, insomma, concede a Dworkin che i principi morali possano essere parte del diritto e che l'individuazione del diritto passi attraverso il ricorso ad argomenti morali, ma non rinuncia all'idea convenzionalistica del diritto come fatto sociale.

Ma fino a che punto l'inclusione dei principi morali fra i criteri di riconoscimento della norma fondamentale riesce a preservarsi da una completa sostanzializzazione del concetto di validità giuridica? La natura costitutiva della pratica sociale resiste sotto l'urto dell'incorporazione dei valori sostanziali nel diritto? L'intrinseca natura controversa dei principi non rischia di minare la capacità pratica del giuridico? Se le regole identificate per mezzo della norma di riconoscimento ricorrono a principi sostanziali e questi *standards* sono intrinsecamente controversi, la norma fondamentale potrebbe perdere la sua utilità nell'identificazione di qualsiasi *standard*.

Al contrario, i sostenitori dell'altra anima del positivismo, gli esclusivisti, e primo fra tutti Joseph Raz che ne rappresenta il principale esponente, sostengono che l'identificazione del diritto e del suo contenuto non può dipendere da criteri morali proprio perché questi ultimi sono intrinsecamente controversi e, dunque, non consentirebbero di distinguere i casi in cui si applica il diritto preesistente dai casi in

cui, attraverso il riferimento a considerazioni morali, si modifica il diritto²⁷¹. In altri termini, per gli esclusivisti se le norme giuridiche vengono identificate anche attraverso criteri morali, esse non potrebbero rappresentare delle ragioni per orientare il comportamento dei consociati. Ciò naturalmente andrebbe a inficiare la capacità pratica del diritto²⁷² e, con essa, la funzione che Hart ha attribuito alla norma di riconoscimento di sopperire al limite dell'incertezza del diritto²⁷³.

Come si vedrà nel corso di questo lavoro, Raz prova a superare questo limite e nel contempo a dar conto della presenza dei principi nelle pratiche dei tribunali, distinguendo fra validità ed applicabilità del diritto²⁷⁴: per l'autore all'interno di un ordinamento giuridico tutto ciò che è valido è anche applicabile, ma non tutto ciò che è applicabile è anche valido, nel senso che entra a far parte del diritto della comunità. Questa distinzione permette di escludere l'incorporazione dei principi morali nella norma di riconoscimento e, quindi, di preservare l'istanza funzionalista del diritto.

²⁷¹ Cfr. J. RAZ, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in ID., *The Authority of Law*, cit., p. 47, dove l'autore osserva: "The weak social thesis provides all the ingredients by which one determines whether a normative system is a legal system and whether it is in force in a certain country. In other words, the weak social thesis provides a complete test of existence of legal system, a test by which one determines whether there is a legal system in force in a country. It also contributes (that is, the institutional character of law contributes) some of the ingredients which make up the test of identity of a legal system (i.e. the test by which one determines whether two norms belong to the same legal system), but here it is insufficient and has to be supplemented by the strong social thesis, i.e. by the claim that all laws have social sources".

²⁷² In tal senso, E. Mitrophanous: "La prima critica al positivismo debole è che la sua ammissione dei criteri morali nella norma di riconoscimento è incoerente con la funzione del diritto nell'identificare con certezza lo standard giuridico del sistema". E MITROPHANOUS, *Soft positivism*, in "Oxford Journal of Legal Studies", n. 17, 1997, p. 627. Cfr. anche S. Pozzolo: "La critica che sorge spontanea a questa proposta nasce dalla presumibile incertezza che si determinerebbe nell'accogliere la morale tra le fonti del diritto, così dissolvendo la stessa funzione della regola di riconoscimento". Cfr. S. POZZOLO, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, "Analisi e diritto" 1998, p. 230. Al contrario, W. J. Waluchow, ritiene che sarebbe esagerato il contrasto tra la certezza ottenibile dalle regole la cui validità è determinata solo in funzione del puro pedigree e la presunta instabilità che si incontrerebbe se la validità o il contenuto di una norma fossero, alcune volte, parzialmente basati sulla sua conformità a principi morali. Si rinvia a W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 122.

²⁷³ H. HART, *Il concetto di diritto*, cit. p. 94, dove l'autore mette in luce che la forma più semplice di rimedio all'incertezza delle norme primarie consiste nell'introduzione di ciò che chiameremo una "norma di riconoscimento". Essa specificherà alcune caratteristiche il cui possesso da parte di una data norma è considerato un'indicazione decisiva del fatto che si tratta di una norma del gruppo che deve essere supportata dalla pressione sociale che essa esercita.

²⁷⁴ Quanto al distinguo tra validità ed applicabilità si rinvia a J. MORESO in "In difesa del positivismo giuridico inclusivo", in "Ars interpretandi", n. 6, 2001, pp.340-342; E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 59-61; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp. 197-199.

Certo la proposta teorica raziana, che verrà discussa nel prosieguo di questo lavoro, ha suscitato notevoli perplessità nei critici. Per alcuni la sua razionalità metodologica, volta ad escludere ogni contaminazione fra diritto e morale, presenterebbe una rigidità ed un'astrattezza eccessive rispetto alla realtà del diritto contemporaneo. Per questi critici l'operazione artificiale di continua separazione degli aspetti formali e procedurali da quelli contenutistici rischierebbe di non riuscire a dare conto della labilità dei confini fra diritto e morale.

Nelle pagine successive proveremo a problematizzare gli aspetti nodali di questo dibattito teorico, mettendo a confronto le posizioni di alcuni autori fondamentali, al fine di verificare quanto e a quale prezzo la capacità pratica del diritto possa resistere all'urto della positivizzazione dei principi.

4. È possibile un convenzionalismo per la pratica dei principi?

Jules Coleman – che unitamente a W. J. Waluchow fa da apripista all'inclusivismo – si è proposto di costruire un positivismo giuridico debole, che, al tempo stesso, sia capace di assorbire il grosso delle intuizioni dworkiniane, superando i limiti del positivismo giuridico hartiano. Si tratta, per questi approcci di tipo *soft*, di reinterpretare il nucleo teorico del positivismo giuridico, indebolendone alcuni postulati centrali²⁷⁵, allo scopo di renderlo compatibile con il processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento

²⁷⁵ In sintesi il nucleo centrale del positivismo giuridico hartiano può essere racchiuso in queste tre tesi: 1) la “*Social Sources thesis*”²⁷⁵ (o “tesi delle fonti sociali”) in base alla quale l'esistenza del diritto in una data società dipende dal verificarsi di una serie di fatti sociali (ad esempio, l'esistenza della regola di riconoscimento dipende dalla sua effettiva accettazione da parte dei giudici); 2) la “*Separability thesis*” (o “tesi della separazione concettuale tra diritto e morale”) secondo cui la validità giuridica di una norma - ossia la sua appartenenza ad un sistema giuridico - non comporta necessariamente la sua validità morale e, viceversa, la validità morale di una norma non determina necessariamente la sua validità giuridica²⁷⁵; 3) la “*Discretion thesis*” (o “tesi della discrezionalità”) secondo cui le regole giuridiche non sono in grado di regolare in modo chiaro tutti i comportamenti e, pertanto, vi sono dei casi in cui i giudici decidono le controversie discrezionalmente.

giuridico: in questo senso, l'importazione del ragionamento morale all'interno del ragionamento giuridico potrebbe essere delimitata entro il perimetro tracciato dal concetto di convenzione sociale di Hart e dunque pienamente armonizzabile all'interno del paradigma artificialistico, basato sulla tesi delle fonti sociali²⁷⁶. Dinanzi alla replica dworkiniana che ha evidenziato come i principi non traggano origine dai fatti sociali, in quanto espressione di *Rights* preesistenti a qualsiasi organizzazione politico-giuridica, il positivismo debole si caratterizza per il tentativo di includere i valori morali nei criteri di identificazione del diritto, conciliandoli con l'idea di una connessione meramente contingente fra diritto e morale, pur sottolineando la loro valenza in ragione del loro valore sostanziale.

Per il positivismo giuridico inclusivo²⁷⁷, o *soft positivism*²⁷⁸, o incorporazionismo²⁷⁹ nell'attività volta ad accertare l'esistenza ed il contenuto delle norme di un sistema giuridico possono, infatti, figurare criteri di natura etica, allorché la norma di riconoscimento del sistema giuridico in questione permetta, direttamente o indirettamente, il riferimento a tali criteri²⁸⁰. In altri termini, secondo quest'orientamento giusfilosofico, l'idea di fondo del positivismo giuridico, secondo la quale i criteri per l'individuazione del diritto vengono stabiliti convenzionalmente dagli

²⁷⁶ In base alla tesi delle fonti sociali il diritto viene identificato facendo riferimento a criteri fattuali. La norma di riconoscimento, infatti, esisterebbe soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde dei tribunali, dei funzionari e dei privati, che individuano ciò che è diritto facendo riferimento a parametri fattuali.

²⁷⁷ Cfr., W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 1-3, 81-82.

²⁷⁸ Con questa locuzione Hart, nel poscritto al *The Concept of Law*, in risposta ad alcune critiche di Dworkin, denomina alcune tesi sul giuspositivismo che costituiranno poi il punto di partenza per le successive elaborazioni prodotte dall'*inclusive positivism*.

²⁷⁹ Si tratta dell'espressione che preferisce usare Coleman, un altro degli esponenti più significativi di questo orientamento. Fra i suoi tanti saggi sull'argomento, J. COLEMAN, *Authority and Reason*, in *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, ed. by R. P. George, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 287-288.

²⁸⁰ Cfr. V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004, p. 263, dove l'autore propone un esempio in cui ciò potrebbe verificarsi. Testualmente: "Una situazione del genere verrebbe a verificarsi, ad esempio, nel caso in cui vi fosse, in un determinato sistema giuridico, una disposizione costituzionale che prevedesse l'annullamento delle disposizioni legislative che imponessero sanzioni qualificabili, in qualche caso, come crudeli".

uomini, non precluderebbe la possibilità che alcune comunità umane includano tra tali criteri il ricorso a valutazioni morali²⁸¹.

L'inclusivismo, infatti, rifiuta l'idea di una connessione definizionale tra diritto e morale, ma ammette una loro possibile connessione contingente. Accetta la possibile compenetrazione della morale nel giuridico e riconosce un certo margine di discrezionalità ai giudici nell'individuazione del diritto applicabile ma, nel contempo, continua ad attribuire natura costitutiva alla pratica sociale.

È proprio quest'ultimo aspetto a costituire un punto nevralgico dell'approccio inclusivista che richiede una problematizzazione del concetto di convenzione sociale, dal momento la conflittualità dei principi morali fortemente evidenziata da Dworkin, difficilmente riesce a soddisfare una qualche forma di convergenza interpretativa. Come messo in luce da Dworkin, l'esistenza di una regola di riconoscimento convenzionale richiede una piena convergenza di comportamento da parte di coloro che accettano la regola. Banalmente: se c'è una convenzione allora non può esserci disaccordo²⁸². In tale impostazione, pratica sociale e inclusioni dei principi morali nelle norme di riconoscimento non possono affatto coesistere.

Eppure Hart nel poscritto sembra ritenere che l'esistenza di un sistema giuridico presupponga un accordo fra i funzionari su quali siano effettivamente i criteri di identificazione del diritto, sebbene ciò non implichi che tali criteri debbano essere pienamente determinati.

²⁸¹ E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano 2007, p. 73 : "il positivismo inclusivo sostiene che la pratica giuridica – e in particolare quella delle moderne democrazie costituzionali – ci impone di riformulare la tesi delle fonti in modo da ammettere la possibilità che non sia sempre necessario disporre di una fonte sociale per accettare la validità giuridica di una norma, posto che il suo valore morale ne può determinare la validità giuridica, se così stabilisce la regola di riconoscimento del sistema. Sebbene la regola di riconoscimento sia una regola sociale, che dipende da comportamenti umani, essa può, in via del tutto contingente, stabilire che la validità giuridica di una norma dipende dalla sua validità morale".

²⁸² Si rinvia a R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., pp. 111-114.

Se da un lato, in relazione a questo aspetto, si è evidenziata la debolezza della tesi convenzionalistica dell'ultimo Hart nell'aver attribuito alla norma di riconoscimento la capacità di definire il diritto come un dato di fatto descrivibile avalutativamente in base agli atteggiamenti e ai comportamenti convergenti dei partecipanti, dall'altro si è messo in luce come l'indebolimento del concetto di convenzione sociale di Hart richiesto dall'inclusivismo significhi trasformare la pratica sociale in una convenzione meramente apparente.

Come è agevole constatare, l'ambiguità della tesi convenzionalista hartiana sembra prestare il fianco a differenti interpretazioni che inevitabilmente rinviano agli scopi della pratica interpretativa, nella quale l'attitudine normativa e la capacità critico-riflessiva dei partecipanti richiama le modalità relazionali delle teorie dei giochi.

Nelle pagine seguenti proveremo a tracciare il perimetro entro cui tende a collocarsi la nozione di convenzione, dal momento che si tratta di una categoria complessa che sembra richiamare al tempo stesso, delle regole istitutive di pratiche, dei problemi di interazione strategica fra partecipanti al gioco normativo, fino ad abbracciare forme di cooperazione morale.

L'interrogativo di fondo che ci accompagnerà durante questo cammino è fino a che punto convenzione significa convergenza?

5. Polisemia e ambivalenza del concetto di convenzione

Sulla scia della distinzione formulata da Searle fra regole regolative e regole costitutive, Andrei Marmor in *Legal Conventionalism*²⁸³, problematizza la *Social Rule Theory* hartiana, distinguendo le convenzioni costitutive dalle convenzioni coordinative.

Le prime, intese quali tipologie di convenzioni che definiscono, stabiliscono, istituiscono certe pratiche²⁸⁴, rappresentano le condizioni di pensabilità delle pratiche stesse, allo stesso modo in cui la regola "l'alfiere si muove in diagonale" è regola istitutiva del gioco degli scacchi. Al contrario, le seconde, le convenzioni coordinative, da considerarsi quali regolarità di comportamento sostenute da un insieme di aspettative reciproche e di preferenze condizionanti di conformità, rappresentano un equilibrio tra opzioni divergenti, ovvero, un modo alternativo per sopperire alla mancanza di un accordo interpersonale.

In tale prospettiva, dunque, la natura convenzionale della regola di riconoscimento di Hart oscillerebbe fra l'essere una condizione di pensabilità del gioco normativo e il suo porsi quale strumento di interazione strategica, capace di risolvere il problema della coordinazione soggettiva.

In relazione al primo significato attraverso cui intendere il concetto di convenzione, verso il quale mostra la sua opzione metodologica Marmor²⁸⁵, la regola di riconoscimento, costitutiva del *point* e dei valori inerenti alla pratica giuridica,

²⁸³ Cfr. A. MARMOR, *Legal Conventionalism*, in J. COLEMAN (ed.) *Hart's postscript. Essays on the Postscript to the concept of the law*, Oxford University Press, Oxford 2001, pp. 193-217.

²⁸⁴ Quest'idea di convenzione trae spunto dal distinguo che J.R. Searle opera tra regole regolative e regole costitutive. Per J.R. Searle la differenza tra regole regolative e regole costitutive sta nel fatto che le prime regolano forme di comportamento già esistenti in precedenza o esistenti indipendentemente da esse, mentre le seconde definiscono nuove forme di comportamento, la cui esistenza è, invece, logicamente dipendente dalle regole stesse. Si rinvia, a questo proposito, J.R. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), Boringhieri, Torino 1976, spec. pp. 61-72.

²⁸⁵ A. MARMOR, *Legal Conventionalism*, in J. Coleman (ed.) *Hart's postscript*, cit., p.19.

renderebbe il diritto una pratica parzialmente autonoma. Ma al tempo stesso, approssimandosi all'idea che la norma di riconoscimento sia una definizione non risponderebbe all'interrogativo relativo a quali condizioni essa è adottata e usata presso un determinato gruppo sociale, presentandosi quale mera regola concettuale di identificazione del diritto²⁸⁶.

In questa prospettiva, come è stato notato²⁸⁷, la regola di riconoscimento sembra comportare margini di arbitrarietà, sempre in qualche modo connessi all'idea stessa di convenzionalismo, che però, in questa accezione, tenderebbe completamente ad oscurare il problema delle cause e delle ragioni su cui si fonda il riconoscimento del diritto, attribuendo alla regola convenzionale la capacità di fornire ragione d'azione solo e soltanto se è effettivamente seguita.²⁸⁸

In relazione alla seconda valenza con cui intendere il convenzionalismo hartiano, significato in un primo momento accettato da Coleman²⁸⁹, la regola di riconoscimento

²⁸⁶ E.BULYGIN, *Sulla regola di riconoscimento*, in ID, *Norme, validità e sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, p.24.

²⁸⁷ Cfr. B. Celano, *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, in "Ragion Pratica", n. 21, 2003, p. 351: "Un'importante proprietà delle L-convenzioni è la loro arbitrarietà. Una L-convenzione avrebbe potuto essere diversa, senza conseguenze significative (relativamente al problema del quale costituisce, in ipotesi, la soluzione). Ossia, una regolarità è una L-convenzione quando i partecipanti preferiscono, sopra ogni cosa, che vi sia uniformità di condotta (ciascuno è disposto a conformarsi, purchè lo facciano gli altri), e per ciascuno è relativamente indifferente, a fronte di questa preferenza dominante, su quale delle diverse alternative possibili il gruppo si trovi a convergere. L'idea che la regola di riconoscimento sia, in questo caso arbitraria, appare balzana – quasi risibile. La regola di riconoscimento specifica i criteri di identificazione di ciò che costituisce diritto valido. Questa non è una questione assimilabile alla decisione se tenere la destra o la sinistra nella guida (un paradigma di problema di coordinazione). La regola di riconoscimento è il risultato di conflitti politici, istituzionali, ideologici; di rivoluzioni e colpi di Stato, lotte per la conquista del potere legittimo, e per l'idea stessa di legittimità. Che certi criteri di validità siano effettivamente accettati e usati è un fatto storico. Il problema di esistenza della norma di riconoscimento è il problema delle cause, e delle ragioni, che spingono il venire ad esistenza di questo fatto".

²⁸⁸ Nella formulazione della nozione di efficacia, Marmor finisce nell'impantanarsi in una tautologia. Asserisce, infatti, che è necessario che una definizione sia generalmente adottata ed usata affinché sussista una pratica ad essa conforme. Solo nel caso di alcune regole convenzionali (tra cui le regole di riconoscimento), la condizione di efficacia va intesa in modo diverso e non tautologico. Ciascuno dei membri del gruppo si conforma perché lo fanno gli altri. Il fatto che gli altri si conformino ad una norma di riconoscimento rappresenta per ciascuno la ragione per conformarsi. Questa, però, è una tesi scarsamente informativa. Tirando le somme, Marmor, pur partendo da premesse interessanti, finisce con l'arenarsi in aporie concettuali.

²⁸⁹ Cfr., J. COLEMAN, *Incorporationism, Conventionality, and Practical Difference Thesis*, in J.L. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, cit., p.119.

andrebbe intesa quale criterio concettualmente antitetico rispetto a qualsiasi accordo tra le parti²⁹⁰, funzionale al raggiungimento di una scelta pratica fra differenti opzioni.

Nella teoria dei giochi, infatti, per “problema di interazione strategica” si intende una situazione di scelta, che coinvolge più agenti, e tale che: 1) il risultato della scelta di ciascun agente dipenda da quello che sceglieranno di fare gli altri agenti (e questo è noto a ciascun agente); 2) ciascuno, scelga cosa fare sulla base delle aspettative sul comportamento altrui, sapendo che ciascuno degli altri agenti coinvolti si trova in una situazione analoga; 3) ciascuno, nel tentativo di prevedere i comportamenti futuri deve considerare le aspettative altrui sui comportamenti sociali in modo che nella deliberazione ciascun agente replichi la deliberazione degli altri agenti.

Il problema teorico maggiore evidenziato da Coleman in *The Practice of the Principle*, ove l'autore si discosta dalla sua idea originaria di convenzionalismo per approdare verso un modello di tipo cooperativo, è che in realtà la pratica sociale non può essere rappresentata come soluzione a giochi di conflitto parziale²⁹¹, dal momento che quest'ultimi sono soltanto un piccolo sottoinsieme delle nostre pratiche sociali o convenzionali²⁹².

In tale prospettiva, le convenzioni di coordinazione sembrerebbero rappresentare soltanto soluzioni di giochi nei quali le preferenze *ex ante* dei partecipanti abbiano una struttura specifica o siano ordinate in certi modi specifici (conflitto parziale):

²⁹⁰ Si basano su una tesi di David Lewis polemica rispetto alla struttura convenzionale del linguaggio, così come formulata da Quine. Si rinvia a D. LEWIS, *La convenzione. Uno studio filosofico* (1969), Bompiani, Milano 1974

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Ibidem. Sebbene si ritenga che l'analisi della norma di riconoscimento come convenzione di coordinazione rappresenti un progresso genuino nell'interpretazione della posizione di Hart, e nella comprensione della regola di riconoscimento in generale, sembra che essa non sia in ultima istanza una soluzione adeguata al problema che stiamo discutendo, che è quello di fornire un'analisi della regola di riconoscimento che spieghi perché il comportamento di alcuni giudici è o può essere una ragione per altri giudici.

diversamente, finirebbe col costituire una restrizione arbitraria e infondata sul concetto stesso di diritto.

In tale prospettiva, si potrebbe, infatti, osservare che le convenzioni coordinative non sembrano cogliere bene il tipo di ragioni che i funzionari hanno per agire nello stesso modo in cui agiscono gli altri. Inoltre – ed è questa la ragione che principalmente mette in crisi la qualificazione della regola di riconoscimento in termini di convenzione coordinativa – tale inquadramento della regola suprema difficilmente riesce a spiegare l'obbligatorietà giuridica, che finisce, in definitiva, con l'essere fondata su una convenzione che serve a risolvere un mero problema di equilibrio.

Un tentativo di porre rimedio a tali problemi teorici²⁹³, condotto da Coleman in *The Practice of the Principle*, è quello di considerare il diritto una pratica convenzionale non perché i giudici – e più in generale i funzionari – accettano una regola di riconoscimento, ma perché essi accettano di essere impegnati in un'attività eminentemente cooperativa, secondo un modello elaborato in filosofia morale da Michael Bratman²⁹⁴.

Si tratta, dunque, di leggere la pratica giuridica attraverso l'immagine di una *Shared Cooperative Activity*²⁹⁵, ossia di un'attività cooperativa condivisa, nella quale le

²⁹³ Secondo Coleman, una giustificazione della norma di riconoscimento in termini di convenzione coordinativa finisce col prestare il fianco a ben altre due critiche: *in primis* una regola che impone doveri non può di norma essere estinta unilateralmente, mentre le regole che sono ragioni unicamente in virtù dell'impegno preso personalmente nei loro confronti possono essere tipicamente estinte in modo unilaterale; *in secundis* il tipo particolare di dovere cui si è soggetti in base ad una regola di riconoscimento è di agire in modo coordinato con gli altri per raggiungere determinati scopi, e, facendo ciò, essere in sintonia con le azioni degli altri. Queste due caratteristiche proprie del dovere imposto dalla norma di riconoscimento non vengono spiegate dalla ricostruzione della regola di riconoscimento in termini di convenzione coordinativa.

²⁹⁴ M. E. BRATMAN, *Shared Cooperative Activity*, in "Philosophical Review" 101/ 2, 1992, pp. 327-341; ID, *Shared intention*, in *Ethics*, 104, 1993, pp. 97-113. In particolare Bratman identifica tre caratteristiche peculiari della SCA: la sintonia reciproca, l'impegno nell'attività congiunta, l'impegno all'aiuto reciproco.

²⁹⁵ Una SCA (*Shared Cooperative Activity*) è qualcosa che si fa insieme – fare una passeggiata, costruire una casa insieme e cantare un duetto sono tutti esempi di SCA. Anche la pratica dei funzionari di valutare alla luce di regole che soddisfino determinati criteri di validità è una SCA. Cfr. JULES COLEMAN, *La*

intenzioni condivise dei giudici siano capaci di strutturare negoziazioni al fine di realizzare gli obiettivi di una pratica giuridica. In particolare, secondo il modello mutuato da Bratman, la struttura normativa peculiare dell'attività cooperativa condivisa sarebbe caratterizzata: 1) dalla “*sintonia reciproca*” (ciascun attore partecipante cerca di essere in sintonia con le intenzioni e le azioni dell'altro); 2) dall'*impegno nell'attività congiunta* (ciascun partecipante, pur se motivato da ragioni diverse rispetto a quelle degli altri, si impegna in modo appropriato a raggiungere un obiettivo condiviso); 3) dall'*impegno all'aiuto reciproco* (ciascun attore è disposto a sostenere gli altri qualora sia necessario).

La direzione intrapresa da Coleman, pur rappresentando un interessante superamento dei limiti della qualificazione della norma di riconoscimento in termini di convenzione coordinativa, non convince fino in fondo²⁹⁶.

pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto (2001), il Mulino, Bologna 2006, p. 175.

²⁹⁶ Da più fronti si sono mosse le critiche alla qualificazione colemaniana della norma di riconoscimento come una SCA. Bruno Celano coglie la vulnerabilità della qualificazione della norma di riconoscimento in termini di SCA. Cfr. B. CELANO, *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, in “Ragion pratica”, n. 21, 2003, p. 354, dove l'autore osserva: “Che due o più individui siano impegnati in una SCA implica che vi sia, da parte di ciascuno, l'impegno (*commitment*) al perseguimento di un obiettivo comune; a perseguirlo senza costrizione[...] e infine a prestarsi aiuto reciproco nel perseguimento dell'obiettivo. Tutto ciò fa della SCA una nozione particolarmente esigente.[...] È plausibile l'ipotesi che l'attività dei funzionari in un sistema giuridico sia una SCA? [...] Un minimo di realismo impone una risposta negativa”. Inoltre, secondo l'autore, nel momento in cui si qualifica la convenzione in termini di SCA, si finisce col confondere obbligo giuridico ed obbligo morale. Testualmente Celano: “La posizione di Coleman è esposta ad una seconda obiezione. Secondo Coleman (e K. Himma) il ricorso alla nozione di SCA consente di spiegare in che modo la regola di riconoscimento possa creare obblighi. Una SCA, argomentando Coleman e Himma, implica un “impegno congiunto”; e “*non c'è alcun mistero (o almeno non un mistero che la teoria del diritto sia tenuta a risolvere) nel fatto che impegni congiunti possano dare origine ad obblighi. [...]*”. Il corsivo è tratto da K.E. HIMMA, *Inclusive Legal Positivism*, in J. L. Coleman, S. Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 131; J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi*, cit., p. 98. Per Celano: “Non si vede come una SCA possa, in quanto tale, generare obblighi – a meno di non fare appello a un principio morale che impone il rispetto degli impegni assunti e delle aspettative che ne conseguono”. In altri termini, per l'autore la qualificazione della norma di riconoscimento in termini di “attività cooperativa condivisa” comporta l'impossibilità di tener distinto l'obbligo morale dall'obbligo giuridico. Se si giustifica, infatti, l'idoneità della norma di riconoscimento a generare obblighi presupponendo che sussista un impegno congiunto, allora una tale posizione non è poi tanto distante da quella di Bratman. Questo filosofo della morale, infatti, rende conto della possibilità che da una SCA derivino obblighi reciproci, proprio presupponendo la sussistenza di un principio morale che intimi l'osservanza degli impegni assunti. Per un'analisi più approfondita della posizione di Bratman si rinvia a M. E. BRATMAN, *Shared Intentions*, in “Ethics” n. 104, 1993.

La nozione di SCA formulata da Bratman si presenta quale nozione particolarmente esigente e l'attività dei funzionari in un sistema giuridico difficilmente riesce a soddisfare completamente questi standard. Non soltanto, infatti, il requisito della sintonia reciproca richiede una reciproca capacità reattiva nelle azioni e non solamente nelle intenzioni, aspetto questo che costituisce il punto nodale che fa da *discrimen* tra un'attività cooperativa condivisa ed una qualsiasi attività cooperativa preconfezionata, ma l'attività dei giudici non pare riuscire necessariamente a garantire un altro requisito distintivo della SCA, ossia l'impegno nell'attività congiunta.

A ben vedere, infatti, l'impegno di ciascun partecipante a supportare gli sforzi dell'altro, fino ad anteporre al fallimento dell'altro il raggiungimento dell'obiettivo comune prefigurato, mal si concilia con le ragioni di opportunità, di interesse personale, di inimicizia, di competitività che inevitabilmente tendono a frenare le azioni dei giudici rispetto alla realizzazione dell'obiettivo comune²⁹⁷.

Come è stato osservato, infatti, l'idea di Coleman, in sostanza, è che le intenzioni condivise possano essere considerate una sorta di quadro (*framework*) che se costituito dai comportamenti dei funzionari non fissa, tuttavia, il contenuto specifico della pratica sociale²⁹⁸, aspetto che se da un lato, mira a rendere compatibile con il convenzionalismo hartiano la presenza di disaccordi interpretativi, dall'altro, tende ad ammorbidire eccessivamente la natura convenzionale del diritto, prescindendo dal richiedere una convergenza interpretativa.

Una seconda via d'uscita per Coleman potrebbe essere quella di considerare la pratica sociale come avente al tempo stesso natura convenzionale e natura giustificativa²⁹⁹. Ma

²⁹⁷ V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., p. 210.

²⁹⁸ Ivi p. 209.

²⁹⁹ Ibidem.

sarebbe questo, un prezzo teorico troppo alto da pagare all'interno del positivismo giuridico, dal momento che l'obbligatorietà della pratica avrebbe natura morale.

In tale prospettiva, la sottolineatura della scelta etico-politica dell'accettazione della norma di riconoscimento risulterebbe avere come esito finale quello di subordinare la stessa validità giuridica all' apprezzabilità del suo valore morale, finendo per relegare l' obbligatorietà giuridica nel campo delle opzioni etico-politiche.

Diversamente, intendendo il concetto di convenzione sociale di Hart non più nei termini di un'attività cooperativa condivisa, ma quale "attività intenzionalmente congiunta" (o *joint intentional activity*), secondo la direzione tracciata in filosofia morale ancora una volta da Bratman, significherebbe rinunciare a quell'idea di *mutual support* che rende eccessivamente irenica l'immagine dell'interpretazione giurisprudenziale.

In questa direzione teorica, intrapresa da Shapiro³⁰⁰, l'indebolimento della normatività etico-giuridica rispetto alla SCA, dipenderebbe dalla possibilità di contemplare la presenza dell'elemento coercitivo quale ragione di partecipazione soggettiva all'attività intenzionalmente congiunta, all'interno della quale condividere, però, un obiettivo comune: il desiderio di contribuire ad un risultato collettivo, inteso quale creazione o mantenimento di un sistema unificato di regole.

Così depauperata, la nozione di JIA rappresenta una nozione meno esigente di quella di SCA. Nonostante, però, non sia postulata quell'armonia profonda, prestabilita, su cui il modello di attività cooperativa condivisa affonda le sue radici, quest'ultima declinazione teorica del concetto di convenzione sociale di Hart, non appare particolarmente proficua, dal momento che pone come condizione concettuale che i funzionari siano impegnati nella creazione e nel mantenimento di un sistema unificato

³⁰⁰ S. J. SHAPIRO, *On Hart's Way Out* in J. COLEMAN (ed), *Hart's Postscript*, cit., pp. 149-191.

di regole³⁰¹. Condizione concettuale senza la quale, in realtà, non si potrebbe nemmeno immaginare l'esistenza di un sistema giuridico.

Come è stato detto, proprio come non si può aprire una porta già aperta, così non è possibile fare la propria parte in una pratica se quella pratica non esiste³⁰², l'attività intenzionalmente congiunta sembra richiedere ai giudici quale condizioni minimale per la realizzare di piani congiunti quegli stessi presupposti di esistenza della pratica sociale, avvolgendosi, in questo modo, ad un ragionamento circolare e tautologico. In ultima analisi, Shapiro, nel tentativo di ricostruire in modo plausibile la categoria della convenzione, rischia di renderla banale o vacua.

6. Quale autorità per il diritto oggi?

Se per Coleman "il diritto ha soltanto un valore strumentale e la sua autorità dipende dal fatto che si tratta di un mezzo convenzionalmente accettato per produrre conseguenze sociali desiderabili"³⁰³, per Joseph Raz esso sarebbe connotato da una pretesa di autorità, da una capacità pratica, da una cifra di autoreferenzialità, che lo renderebbero ancora idoneo a fungere da modello di neutralizzazione giuridica.

In *The authority of law* l'autore osserva che le istituzioni statali sono autorità di fatto che vantano una pretesa di legittimità che conferirebbe loro il titolo per imporre obblighi sui membri di un gruppo sociale³⁰⁴. Affinchè questa pretesa di legittimità sia reale un'autorità *de facto* per Raz dovrebbe possedere essenzialmente tre condizioni³⁰⁵.

³⁰¹ B. CELANO, *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, in "Ragion pratica", n. 21, 2003, p. 359.

³⁰² Ivi, p. 436.

³⁰³ J. COLEMAN, *On the relationship between Law and Morals*, in "Ratio Juris", 2, 1989, pp. 67-68.

³⁰⁴ Al contrario P. SOPER sostiene che "nulla cambierebbe nella pratica giuridica così come la conosciamo qualora uno Stato, convinto dagli argomenti in base ai quali non esiste un dovere di ubbidire il diritto in

Dovrebbe presentare la condizione della dipendenza, tale per cui le decisioni o le direttive emanate dall'autorità dipendono dalle ragioni che avrebbero guidato la condotta degli individui in assenza di un intervento da parte dell'autorità stessa. Dovrebbe possedere la condizione dell'esclusione o dello svuotamento, in forza della quale le decisioni o le direttive emanate dall'autorità non si sommano, ma si sostituiscono, alle ragioni che avrebbero guidato la condotta degli individui in assenza di un intervento da parte dell'autorità³⁰⁶. Dovrebbe, infine, verificarsi la condizione della giustificazione normale: per affermare che un individuo (o un'istituzione) esercita un'autorità legittima, bisognerebbe dimostrare che per questo soggetto sarebbe

quanto diritto, annunciasse apertamente di abbandonare qualsiasi pretesa di essere un'autorità legittima". Cfr. P. SOPER, *Law's Normative Claims*, in R.P. George (ed.by), *The autonomy of law. Essays on Legal Positivism*, pp. 215-247. La cit. alla p. 233.

³⁰⁵ Cfr. J. RAZ, *Law and Authority*, in ID., *The authority of law*, cit., "It is a popular view that the law enjoys the fact or effective authority. Its analysis involves these concepts but not necessarily that of legitimate authority. This is a mistake. To hold that a government is to concede that its claim to be government de jure is acknowledged by a sufficient number of sufficiently powerful people to assure it of control over a certain area. A person has effective or de facto authority only if the people over whom he has that authority regard him as a legitimate authority. This would usually though not necessarily always, imply that he claims legitimate authority for himself".

³⁰⁶ Secondo Raz la condizione dell'esclusione o dello svuotamento rappresenta la giustificazione principale della *sources thesis*. La tesi esclusiva delle fonti sociali sostiene che l'esistenza e il contenuto del diritto o di un qualsiasi sistema sociale dipendono esclusivamente da fonti, "*sources*", costituite da comportamenti umani. La tesi esclude che l'identificazione del diritto esistente e del suo contenuto possano dipendere anche da argomentazioni morali. La moralità di una norma, la sua appartenenza o conformità ad un sistema, morale, positivo o critico, non può in alcun caso essere condizione della sua giuridicità. Cfr. J. RAZ, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in ID., *The authority of Law*, cit., pp. 39-40, dove l'autore osserva: "A Jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument". In altri termini, escludere gli aspetti valutativi dall'identificazione del diritto non vuol dire per Raz fondare la *sources thesis* sul presupposto che il diritto non possa essere controverso. Invero la tesi secondo cui il riconoscimento del diritto dipenderebbe da fatti sociali non implica la falsa asserzione che tutte le questioni fattuali siano non controverse. Raz, a sostegno di questa sua affermazione, opera una distinzione fra una versione più circoscritta e una versione più ampia della *sources thesis*. La *narrow sources thesis* riguarda soltanto gli enunciati giuridici puri, ossia le asserzioni sul contenuto del diritto che prescindono da qualsiasi riferimento a fatti specifici. Al contrario la *wide sources thesis* riguarda anche gli enunciati giuridici applicati, vale a dire le asserzioni relative a come il diritto debba essere inteso in relazione ad un caso concreto. Per Raz la pretesa di autorità del diritto, che si esplica nella determinatezza dei suoi enunciati, avvalorata esclusivamente la versione più circoscritta della *sources thesis* in quanto comporta che il diritto rivesta un ruolo di mediazione fra le ragioni ultime e le azioni delle persone. Un'autorità per Raz deve consentire agli individui di agire sulla base di una decisione, piuttosto che facendo riferimento alle proprie considerazioni. La tesi esclusiva delle fonti sociali non rappresenta una tesi descrittiva, ma una tesi concettuale, che definisce e propone un concetto esclusivo di diritto di una qualsiasi società. Cfr. J. RAZ, *Authority, Law and Morality*, in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics (Revise Edition)*, cit., p. 234.

verosimilmente auspicabile seguire le ragioni che gli si applicano se accetta le direttive della presunta autorità come autoritativamente vincolanti, rispetto a ciò che potrebbe avvenire se si prescindesse da esse³⁰⁷. In *Authority, Law and Morality* Raz ricostruisce in modo articolato la nozione di autorità legittima, partendo dall'ipotesi in cui più parti deferiscano la risoluzione di una controversia ad un terzo. Il lodo arbitrale per l'autore rappresenterebbe un valido esempio di autorità legittima. In particolare, il filosofo israeliano propone un celebre caso di giudizio arbitrale, mutuando dal *Primo Libro dei Re*, ove si narra che due prostitute, che abitavano nella stessa casa, ricorsero al re Salomone il saggio, affinché questi risolvesse una questione che loro non erano capaci di dirimere da sole. Entrambe avevano partorito a distanza di pochi giorni ed il figlio di una delle due era morto tragicamente. Ambedue rivendicavano la maternità del bambino ancora vivo. Dopo averle ascoltate, re Salomone chiese che venisse portata una spada e che il neonato superstite venisse diviso in due parti, affinché ciascuna donna potesse averne una metà. A quel punto la vera madre del bambino irruppe supplicando re Salomone di non far uccidere il piccolo e rinunciò ad ogni pretesa sul bambino, pur di salvargli la vita. Questo *escamotage* servì al re solamente per individuare quale delle due donne fosse la vera madre. Il re, infatti, stabilì che il bambino non venisse ucciso e che venisse dato alla donna che aveva rinunciato a lui pur di salvarlo. Per Raz questo esempio biblico mostrerebbe come il giudizio arbitrale sia in grado di soddisfare tutte e tre le condizioni che rendono un'autorità legittima³⁰⁸. Per l'autore dal caso in esame

³⁰⁷ Queste tre condizioni configurano quella che Raz chiama "concezione dell'autorità come servizio" (*service conception of authority*). Testualmente Raz: "il ruolo e la funzione principale delle autorità consiste nel porsi al servizio dei governati". In particolare, attraverso questa concezione dell'autorità, Raz intende dimostrare che l'incompatibilità tra autorità da un lato ed autonomia e ragione dall'altro è meramente apparente. J. Raz, *Authority and Justification* in Id. (ed by) *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1989, p. 131. Per una critica della concezione raziana di autorità come servizio si rinvia a R. P. WOLF, *Indefense of Anarchism*, Harper and Row Publishers, New York, 1970.

³⁰⁸ Per una lettura critica circa la proficuità dell'esempio del giudizio arbitrale per analizzare le caratteristiche centrali di tutti i tipi di autorità e, segnatamente, delle autorità giuridiche, si rinvia a: J. MORESO, *In difesa del positivismo giuridico inclusivo*, in "Ars interpretandi", n. 6, 2001, pp. 359-360; Y. MORIGIWA, *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, in "Southern California Law Review", n. 62, 1989, pp. 897-913, p. 910; W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 132. Al contrario, a sostegno di Raz cfr. T. DARE, *Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority*, in

emergerebbe il pieno rispetto della condizione della dipendenza, in quanto la decisione arbitrale risulta fondata sulle medesime ragioni che avrebbero dovuto ispirare *fisiologicamente* la questione, qualora essa non fosse stata viziata e affidata poi al giudizio di un arbitro. È irenico, infatti, che il bambino, a prescindere dalla decisione del re Salomone, avrebbe dovuto stare con la vera madre. Inoltre, nel caso di specie sussisterebbe anche la condizione dell'esclusione, perché la decisione finale che è stata emessa sostituisce le ragioni di primo livello. Invero la soluzione adottata da re Salomone si sostanzia sulla ragione che il bambino deve essere affidato alla madre naturale e questa ragione "rimpiazza" i motivi soggettivi che spingevano la donna, a cui era morto tragicamente il figlio, a voler tenere per sé il bambino di un'altra. Infine, il caso in questione presenterebbe pure la condizione di giustificazione: la decisione decretata sarebbe espressione di un'autorità legittima in quanto le due donne volontariamente hanno deciso di rimettere la risoluzione della controversia ad un terzo. Sarebbe proprio l'accordo delle parti di deferire la controversia ad un arbitro a legittimare la decisione finale. Affidare volontariamente la materia del contendere ad un terzo implica che le parti presumano che quel soggetto possa risolvere la questione meglio di come avrebbero potuto fare loro stesse. Ebbene sembrerebbe che l'arbitrato possieda tutti i crismi della nozione raziana di autorità legittima. Eppure c'è chi ritiene che esso non possa rappresentarne un esempio appropriato. In particolare Waluchow sostiene che la nozione raziana di autorità legittima non sia affatto applicabile alle autorità arbitrali. In *Inclusive Legal Positivism* l'autore argomenta che l'arbitro non svolge esclusivamente la funzione di risolvere le controversie a lui deferite, ma potrebbe anche decidere di sospendere il giudizio per offrire alle parti la possibilità di risolvere da sole la questione o potrebbe, ancora, decretare un giudizio la cui interpretazione

"Oxford Journal of Legal Studies", n. 17 /1977, pp. 347-366, in particolare pp. 356-359. Per la replica di Waluchow, cfr. W. WALUCHOW, *Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism*, in "Legal Theory", n. 6, 2000, pp. 45-81.

rimette ad alcune delle ragioni dipendenti controverse. Ma forse si tratta di casi che occupano uno spazio assolutamente marginale. Si tratta di casi che non hanno una frequenza o comunque una rilevanza di così ampio respiro tale da poter inficiare l'argomentazione di Raz. La critica che, invece, mi sembra, almeno nelle sue premesse, più destabilizzante per la costruzione teorica raziana è quella della estendibilità delle condizioni di legittimità delle autorità giurisdizionali anche alle autorità legislative. Può il diritto essere inquadrato alla stregua di quella che è un'autorità giurisdizionale? Non è forse una tensione troppo forzata quella che spinge il filosofo israeliano a volere estendere le caratteristiche tipiche di un'autorità giurisdizionale anche alle autorità legislative? L'obiezione che la concezione dell'autorità come servizio possa perdere la sua portata esplicativa nei confronti delle autorità normative riguarda principalmente la difficoltà di poter estendere le condizioni della dipendenza e dell'esclusione anche alle autorità legislative in senso ampio. Mentre le decisioni emanate da un'autorità giurisdizionale dipenderebbero esclusivamente dalle ragioni di primo livello, le direttive formulate dalle autorità normative, piuttosto che sostituire le ragioni di primo livello, sembrerebbero costituire ragioni per l'agire umano del tutto nuove.

7. Opacità delle ragioni giuridiche

Fino a che punto l'autorità del diritto richiede l'esclusione di qualsiasi forma di ragionamento morale nella deliberazione pratica? È possibile preservare l'idea della neutralizzazione del diritto, conservandone una significazione, per così dire, minimale?

In particolare Moreso osserva che il diritto non pretenderebbe che le norme giuridiche debbano sempre essere considerate opache alle ragioni che le giustificano³⁰⁹. Al contrario esse spesso sostituirebbero alcune delle ragioni dipendenti. E questo non solo perché le costituzioni utilizzano concetti morali che rinviano direttamente a ragioni sottostanti, ma anche perché la stessa legislazione degli attuali sistemi giuridici spesso contiene elementi morali che rinviano a ragioni sottostanti.

Raz in *Authority and Justification* osserva che la condizione della dipendenza non impedisce ad un'autorità di prendere in considerazione, oltre alle ragioni dipendenti, anche ragioni addizionali, ossia ragioni che si applicano ad essa soltanto. Per il filosofo israeliano la condizione della dipendenza implicherebbe semplicemente che l'autorità agisca in primo luogo sulla base di ragioni dipendenti e nulla impedirebbe, poi, all'autorità di agire in virtù di ragioni addizionali.

Probabilmente l'obiezione mossa a Raz è fondata su un'interpretazione equivoca del concetto di ragioni dipendenti. Invero nell'esempio di lodo arbitrato mutuato dal *Primo libro dei Re* le ragioni delle parti coincidono con le ragioni di primo livello, nel senso che la madre biologica del bambino, rinunciando a lui, permette a Re Salomone di decidere sulla scorta di ragioni di primo livello coincidenti con le ragioni avanzate dalle parti. Ma se nessuna delle due donne avesse rinunciato al neonato, probabilmente re Salomone avrebbe affidato la creatura ad una terza donna, decretando una decisione emessa sulla base di ragioni di primo livello diverse dalle ragioni avanzate dalle due donne. È questo punto che crea il nodo interpretativo.

³⁰⁹J.J.MORESO, *In difesa del positivismo giuridico inclusivo*, tr. it. a cura di E. Pariotti in "Ars interpretandi", n. 6, 2001, pp. 359-360.

L'equivoco nascerebbe dal fatto che nell'esempio di lodo arbitrale affidato a Re Salomone le ragioni delle parti coincidono con le ragioni di primo livello che supportano la decisione finale. Ma non è *necessariamente* così.

Nella concezione raziana le ragioni di primo livello non sono necessariamente quelle avanzate dalle parti, ma sono quelle che vengono applicate al caso da decidere. Ne segue che nulla impedisce che le direttive delle autorità legislative – e segnatamente del diritto – così come quelle delle autorità giurisdizionali possano dipendere da ragioni di primo livello.

Quanto poi alla condizione dell'esclusione si è detto che essa prevede che la decisione decretata dall'autorità giudiziaria sia in grado di sostituire le valutazioni che gli individui, a cui essa è rivolta, fanno in merito alla correttezza o all'opportunità di tenere un determinato comportamento in talune circostanze. Ciò naturalmente comporta che la forbice della discrezionalità da parte di coloro che sono soggetti alla direttiva dell'autorità si restringa notevolmente.

Ebbene per Raz quest'assunto, oltre a poter essere esteso alle autorità giurisdizionali, potrebbe essere applicato anche alle autorità legislative in quanto le direttive di un'autorità normativa, per l'autore, possono essere determinate senza il ricorso a principi morali: il contenuto della decisione di un'autorità normativa deve essere identificato attraverso il solo riferimento a fatti sociali.

Le ragioni etico-politiche, favorevoli o contrarie all'adozione di particolari norme o decisioni, non contribuirebbero all'identificazione del diritto. In questa prospettiva, dunque, le norme giuridiche, considerate quali parti di un sistema istituzionalizzato, complessivo e caratterizzato dalla pretesa di autorità suprema, entrerebbero nella sfera delle ragioni dei soggetti che agiscono, come ragioni di secondo grado, ovvero come

ragioni che sarebbero in grado di *escludere* le altre ragioni dell'agire umano, ossia quei motivi personali e soggettivi che tendenzialmente avrebbero dovuto ispirare i comportamenti dei consociati. Il diritto sarebbe così dotato di un'autonoma capacità di giustificazione.

Al contrario, l'inclusione dei principi morali fra i criteri di riconoscimento del giuridico renderebbe il diritto incapace di fungere da ragione escludente e, quindi, incapace di garantire la neutralizzazione del conflitto pratico, etico, religioso. Essendo la morale controversa e soggettiva, la sua inclusione tra i criteri di validità del diritto riaprirebbe il conflitto etico fino a togliere certezza e prevedibilità al giuridico.

Come accennavo, questa posizione, che equipara le autorità normative a quelle giudiziarie e considera, dunque, il diritto come una ragione escludente, garantisce sì il perpetrarsi del progetto moderno hobbesiano che eleva il diritto a tecnica capace di neutralizzare il conflitto, ma presta il fianco ad una serie di critiche. Sembrerebbe che essa non tenga conto della compenetrazione della politica nel diritto e trascuri, inoltre, di considerare la vaghezza strutturale del linguaggio giuridico. D'altronde è stato obiettato che essa assume in modo acritico che la morale è necessariamente fonte di indeterminatezza. La letteratura critica attribuirebbe a Raz la pecca di aver enfatizzato in maniera ingiustificata il carattere controverso dei principi morali³¹⁰.

In particolare Waluchow, mutuando da Perry, prova ad indebolire la portata della teoria raziana, asserendo che l'autoritatività delle norme giuridiche non comporterebbe necessariamente che esse debbano escludere tutte le altre ragioni che influenzano l'agire umano³¹¹. In *Authority and the Practical Difference Thesis* egli tenta di conciliare

³¹⁰ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart*, cit., p. 131; K. HIMMA, *The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism*, "Law and Philosophy", n. 20, 2001, p. 72.

³¹¹ Per una lettura critica delle obiezioni sollevate da Waluchow alla concezione raziana si rinvia a V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp. 217-219.

l'incorporazionismo con il carattere autoritativo del diritto, sostenendo che è possibile dar conto dell'autoritatività del diritto anche solo considerando le norme come ragioni di secondo grado che *influiscono* sul peso che le ragioni di primo livello avrebbero avuto nella deliberazione qualora non ci fossero state le ragioni di second'ordine.

Così argomentando, verrebbe meno la carica esclusiva delle ragioni di secondo livello e in questo modo le norme giuridiche, anche quando sono riconosciute facendo riferimento ad un principio morale, non verrebbero completamente cancellate nella deliberazione dal riferimento alle ragioni morali di primo grado. Esse svolgerebbero un ruolo non più esclusivo nell'individuazione di ciò che è dovuto.

In altri termini Waluchow perviene ad una concezione minimale dell'autorità pratica del diritto, limitandosi a considerare l'autorità del diritto come un possibile modo di operare una differenza nella deliberazione e non come una carica escludente le altre ragioni dell'agire umano. Eppure la concezione dell'autorità di "Waluchow sembra non tener presente quello che da diversi autori è stato definito come insaziabilità del ragionamento morale"³¹². Nell'argomentazione di Waluchow le ragioni morali finirebbero comunque per esercitare un peso decisivo nella deliberazione pratica.

In una società pluralista come la nostra, come determinare i principi che devono ispirare la deliberazione? Bisognerebbe far riferimento al ragionamento morale e adottare una teoria sostantiva che nel contempo espliciti e giustifichi i valori. E non è, forse, una forzatura cercare di conciliare ad ogni costo il carattere autoritativo del diritto con l'incorporazionismo dei principi morali? Il ricorso ai principi morali non finisce, forse, col privare il diritto di qualsiasi autorità in senso antiessenzialistico ed antisacrale?

³¹² Ivi, p. 218.

Sembra che la permeabilità dei nostri ordinamenti alle ragioni morali, la commistione continua fra diritto, politica ed economia, dovrebbero piuttosto portare ad un ripensamento del concetto stesso di autorità pratica del diritto.

L'affermazione della positivizzazione costituzionale non ha avuto la capacità di ancorare l'intera comunità ad un *ethos* comune³¹³. Non ha avuto la forza di realizzare una ideosincrasia valoriale tale da determinare un'unità di indirizzo e consenso. E questo non solo perché le comunità già di per sé rappresentano l'espressione di una pluralità di volontà, ma anche perché negli ultimi decenni i nostri territori sono stati crocevia di popoli e culture, che hanno portato con sé nuove identità e nuovi valori che hanno influito sui processi di soggettivizzazione ed hanno, quindi, consolidato un nuovo sostrato valoriale, sempre mutevole.

Il diritto non è il sintagma dell'etica di un popolo. E non esistono etiche cristallizzate. Come pure non è più rinvenibile un unico disegno politico, ma piuttosto progetti pluridirezionali, con finalità politiche, azionati da diversi vettori di potere, che adoperano lo strumento giuridico per rispondere alle esigenze sociali, sopperendo al vuoto ordinamentale. Invero il soggetto pieno della postmodernità, nella sua integrità psico-fisica, detiene un nucleo insopprimibile di sovranità soggettiva. E se non ci si lascia ingannare dalle diverse sembianze che assume oggi il potere normativo e si sfilano ad una ad una le diverse spoglie che lo cingono, allora, solo allora, si finisce col guardare negli occhi ancora una volta il nudo potere. Ed è proprio quando il potere è difficile da individuare, che si fa socialmente penetrante, che l'effettività si fa normatività.

³¹³ Per una ricostruzione della concezione del diritto come tecnica nello spazio globale si veda a A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 37-45.

Ma se la natura si fa artificio, se il giuridico si confonde nel fatto, il diritto è ancora capace di porsi come tecnica di controllo del comportamento umano? È ancora uno strumento capace di indirizzare la condotta degli uomini? È capace di presentarsi come un' autorità pratica?

Se con l'espressione "controllo sociale" si intende designare un progetto coeso e coerente, volto a veicolare i comportamenti umani verso una qualche forma di vita preordinata, allora, certamente, il diritto oggi non può più rivestire una veste funzionalista³¹⁴. Tutto ciò richiederebbe l'appiattimento su una volontà omogenea e coesa e questo non è attuabile in una società, come la nostra, pluralista ed altamente differenziata.

Al giorno d'oggi le strategie di potere che si servono del diritto realizzano ordini e risultati labili e contingenti, che a loro volta entrano in gioco con altri ordini e altri risultati altrettanto estemporanei. Il diritto può essere ancora tecnica solo se lascia coesistere le diverse traiettorie di potere nella ferma consapevolezza che ormai la politica è nel diritto. Il diritto è tecnica capace di esercitare un controllo sociale solo e soltanto se per controllo sociale si intende "il fatto che qualsiasi elemento normativo ha lo scopo di influenzare la realtà, modificandola, orientandola, incentivandone un aspetto a danno di un altro"³¹⁵.

Ma al giorno d'oggi l'unità, il monismo, il formalismo entrano in gioco con lo scomponimento, l'ibridazione, la mescolanza con il "politeismo dei valori"³¹⁶. Varietà,

³¹⁴ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 39-40, dove l'autore attribuisce alla locuzione "controllo sociale" due possibili chiavi di lettura, asserendo che con quest'espressione si potrebbe intendere il fatto che qualsiasi elemento normativo ha lo scopo di influenzare la realtà sociale oppure si potrebbe voler designare un progetto coeso e coerente di controllo indirizzato in qualche forma di vita preordinata. Per Catania solo la prima chiave interpretativa permetterebbe di poter considerare ancora oggi il diritto come tecnica.

³¹⁵ Ivi, p. 40.

³¹⁶ Cfr. M. WEBER, *Il politeismo dei valori*, tr.it. a cura di Ghia, Morcelliana, Brescia 2010. Per "politeismo dei valori" Weber intende l'irriducibile pluralità di valori e posizioni propria dell'epoca contemporanea, di un'epoca cioè che ha conosciuto, da un lato, la frantumazione dell'unitaria visione

multilateralità, pluralismo, eteronomia, poliarchia: questi ed altri ancora i termini che potrebbero tinggiare il profilo dell'era globale. E allora: relativismo, conflitto, scontro fra culture? Può il diritto razionalizzare questo mondo caotico di decisioni etiche contrastanti? Può il diritto addomesticare la morale, adattandola alla compromissione realistica dei poteri?³¹⁷

Può il diritto fungere ancora da giustificazione di “scelte prese all'ingrosso”?³¹⁸

religiosa del mondo in una pluralità di sfere in conflitto e, dall'altro, la crisi dell'illusione della possibilità di stabilire oggettivamente il senso dell'accadere e la validità dei valori. In altri termini, il politeismo dei valori rappresenterebbe l'immagine scelta da Weber per stigmatizzare il campo delle valutazioni, dei giudizi di valore e delle prese di posizione pratiche. Le riflessioni dello studioso tedesco su questo piano possono essere presentate come strettamente connesse al principio dell'avalutatività della scienza, in quanto proprio l'impossibilità di una risoluzione oggettiva delle questioni valutative determina la lotta tra i valori e la necessità di una scelta soggettiva universale ed autovalutativa. La lotta tra i valori e la loro validità esclusivamente soggettiva è quindi una conseguenza del completo disincanto del mondo operato dalla scienza empirica. Al contrario la visione religiosa del mondo pretenderebbe ancora di poter stabilire ciò che vale in maniera oggettiva. Su questo punto scienza e religione sarebbero, infatti, antitetiche. Il discorso weberiano viene ripreso e reinterpretato, tra gli altri, da Habermas, che lo investe di una carica comunicativa, spostando l'asse della conflittualità dagli ordinamenti ai discorsi interni a ciascuna comunità. Cfr. J. HABERMAS, *La teoria della razionalizzazione di Max Weber in Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it. di P. Rinaudo, il Mulino, Bologna 1986. Una pregevole ricostruzione del pensiero di Habermas su questi aspetti si trova in M. AMPOLA, L. CORCHIA, *Dialogo su J. Habermas, Le trasformazioni della modernità*, Edizioni ETS., Pisa 2007, pp.69 e ss.

³¹⁷ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, p. 94.

³¹⁸ M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980.

CAPITOLO QUARTO

Il lessico dei diritti nell'era globale

“Il piano normativo, con il suo corredo di coerenza e i suoi valori di giustizia e razionalità, tende a sciogliersi dal contesto storico nazionale e attraverso i Diritti umani, a levarsi a Dichiarazione universale e generica tanto da ricomprendere l'intero pianeta e rivolgersi normativamente a tutti gli Stati: ma così – almeno in molti teorici del cosmopolitismo giuridico – quasi dimentica il peso greve dell'effettività.”

A.Catania, Diritto positivo ed effettività

1. I diritti fra universalismo e radici culturali

L'interdipendenza planetaria innescata dalla globalizzazione svela il carattere artificiale degli Stati, la porosità delle loro frontiere, la fragilità della loro pretesa di poter circoscrivere i popoli entro confini fissi e mette in luce il processo di mobilitazione che coinvolge i diritti e le Costituzioni.

Se il costituzionalismo moderno è inficiato da una “diaspora” fra funzioni e significati³¹⁹, perché da un lato tende verso il riconoscimento di ragioni universali e dall'altro ancora la tutela dei diritti ai confini statali, e se le Costituzioni nazionali della seconda metà del Novecento, pur conferendo i diritti fondamentali alle *persone* e non ai soli *cittadini*, non riescono a scollarne la garanzia dall'aderenza al territorio statale, oggi, in un tempo che respinge

³¹⁹ Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 199 e ss.

le forme di spazialità artificiale ed è restio a percorrere traiettorie lineari, il dilatarsi della spazialità e la percezione dell'individuo come "cittadino del mondo", spingono il giurista verso la ricerca di un nuovo costituzionalismo, un costituzionalismo capace di portare in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, senza per questo ancorarne la tutela a confini geografici e contesti di appartenenza.

In effetti il continuo attraversamento dello scenario globale richiede un corredo costituzionale sufficientemente mobile, capace di seguire l'individuo nei suoi spostamenti. Rodotà parla di "costituzionalizzazione" della persona³²⁰, di diritti che devono accompagnare il soggetto quale che sia il luogo in cui si trova, nella consapevolezza che "solo il superamento della frontiera come separazione può consentire il rispetto di una uguaglianza che non nega la diversità, ma pone questa a proprio fondamento"³²¹.

Sulla stessa linea, Ferrarese, analizzando il processo di mobilitazione che coinvolge i diritti e le Costituzioni in epoca globale, osserva che è ormai necessario il passaggio dalle Costituzioni degli Stati alla tessitura di una Costituzione "infinita", infinita sotto il profilo spaziale e temporale, perché, da un lato, deve essere *deterritorializzata* e, quindi, capace di neutralizzare il confine inteso come strumento di esclusione, discriminazione, stigmatizzazione sociale, dall'altro, deve essere perennemente incompiuta, aperta a sempre nuovi apporti e combinazioni, mostrandosi al passo con l'odierna "tendenza cinetica"

³²⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 9 dove l'autore osserva che l'espressione "costituzionalizzazione" della persona sta ad indicare un tragitto antropologico che muove dal borghese proprietario e contrattante per approdare ad una persona considerata come tale, irriducibile a qualcosa di diverso dal riconoscimento della sua individualità, umanità, dignità sociale: misura essa stessa del mondo, dunque, non persona prigioniera di altre misure, come, ad esempio, il mercato o la ragion pubblica.

³²¹ Ivi, p. 21.

del diritto³²². Si può dire con Ferrarese che “la Costituzione infinita si articola variamente e assume misure diverse come i personaggi di Swift: per un verso si fa piccina e quasi invisibile come un essere lillipuziano, per un altro verso estende le proprie dimensioni come il Gulliver”³²³.

Insomma se lo scacchiere mondiale è continuamente attraversato da persone che portano con sé, da un capo all'altro del mondo – per ragioni di lavoro, di piacere o per sfuggire drammaticamente a conflitti interni – un consistente corredo di diritti, le Costituzioni devono poter rappresentare una dotazione capace di accompagnare i singoli durante le loro infinite traiettorie, abbandonando la rigidità delle forme di spazialità artificiale e aprendosi alla fluidificazione dei confini: solo così sarà possibile evitare il rischio, specie per i migranti, di cadere nella condizione di “non-persone”³²⁴.

Ormai è evidente che i dispositivi *oppositivi* di riconoscimento e garanzia di situazioni giuridiche, prerogative e *status* appaiono non più al passo coi tempi. Ma può esistere concretamente una questione dei diritti disancorata da ogni riferimento al territorio degli Stati e indipendente da qualsivoglia contesto di appartenenza? Quale grado di effettività avrebbero i diritti umani se sganciati dalla sovranità statale? E, più problematicamente, al giorno d'oggi, quale attrezzatura istituzionale potrebbe rappresentarne un efficace strumento di garanzia e tutela?

Questi dubbi si fanno ancora più persuasivi se si considera che gli odierni processi di globalizzazione hanno posto gli ordinamenti giuridici statali e

³²² Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., pp. 103-138.

³²³ Ivi, pp. 105-106.

³²⁴ Cfr. A. DAL LAGO, *Non-persone*, cit. Su questo tema si rinvia anche a A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, cit. e E. PARIOTTI, *Dal pluralismo al multiculturalismo: ragione pubblica e geometria delle appartenenze*, in G. L. BRENA, *Etica pubblica e pluralismo* (a cura di), Messaggero, Padova 2001, pp. 59-102.

territoriali a confronto con una miriade di agenzie e organizzazioni, commerciali o finanziarie, determinando l'incrinamento della sintesi politica offerta dallo Stato-nazione e rendendo insostenibile il postulato del carattere interamente statale del diritto pubblico. La dislocazione di quote crescenti di potere e di funzioni pubbliche, tradizionalmente spettanti agli Stati, ma che oggi *bypassano* i confini nazionali per diventare appannaggio di soggetti privati concorrenti, ha contribuito all'indebolimento di quel sistema di garanzia che gli Stati moderni, intesi come origine e fonte del diritto, erano capaci di incarnare.

A questo si aggiunge che la sovranità statale, nonostante il suo indiscutibile affievolimento, non appare affatto sostituita da alcunché: sul piano internazionale il principale effetto della crisi della sovranità statale è stato “un vuoto di diritto pubblico”, “una generale anomia”³²⁵, una mancanza di regole, limiti, vincoli che avrebbero dovuto costituire un solido baluardo per la garanzia della pace e dei diritti umani. Anzi è in atto una singolare involuzione delle istituzioni internazionali di tipo universalistico, come l'Onu, la Fao, l'Organizzazione mondiale della sanità, non più sostenute da adeguate risorse finanziarie e in concorrenza con istituzioni di tipo particolaristico, come la Nato, il Fondo monetario internazionale, il Wto, del tutto prive di una rappresentatività sovranazionale, ma non per questo sprovviste di enormi poteri di intervento che spesso entrano in rotta di collisione con le logiche garantiste³²⁶. È risaputo che le Nazioni Unite, ad esempio, al giorno d'oggi assumono il semplice carattere di un'assemblea di soci, di delegati nazionali, privi di forza propria e privi di tribunali adeguati e che il sistema dei veti incrociati del Consiglio di sicurezza, in un regime ove vige un difficile unanimità, rende di fatto impossibile

³²⁵ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 530.

³²⁶ Ivi, p. 531.

l'emanazione di delibere che non siano lo specchio degli interessi degli Stati-nazione più forti³²⁷.

La debolezza della sfera pubblica internazionale, da intendersi come “l'insieme delle funzioni e delle istituzioni che sono adibite alla tutela di interessi generali”, determina “un'ineffettività strutturale”³²⁸ degli enunciati contenuti nella Carta dell'Onu e nelle successive dichiarazioni e carte dei diritti, dal momento che la carenza di adeguate istituzioni internazionali di garanzia ha contribuito a rendere quei contenuti privi di effettività.

Proprio la divaricazione fra la pretesa normativa dei diritti e la loro effettiva concretizzazione ha radicalizzato il ritorno alla guerra come mezzo di risoluzione dei conflitti internazionali, la crescita delle sperequazioni sociali, la perpetuazione di crimini contro l'umanità. Affinché i diritti umani possano rappresentare ancora dei limiti alla legge del più forte e possano continuare a circoscrivere la sfera dell'indecidibile diventa indispensabile una progettazione politica volta a predisporre e rafforzare adeguate strutture istituzionali a livello globale.

Ferrajoli, ad esempio, nella consapevolezza che al depotenziamento del ruolo di governo degli Stati, dovuto all'emersione di poteri economici e finanziari di carattere transnazionale, corrisponde una “onnipotenza” della politica nazionale nei confronti delle persone e a danno dei loro diritti costituzionali, generata dalla progressiva erosione dello Stato sociale e del suo sistema di garanzie, teorizza la costruzione di una sfera pubblica e di un costituzionalismo oltre lo Stato, in grado di offrire una dimensione sovrastatale all'organizzazione democratica.

³²⁷ Cfr. A. CATANIA, *Cittadinanza e idea di giustizia*, in ID., *Stato, Cittadinanza e Diritti*, cit., p. 113.

³²⁸ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 531.

Il suo progetto politico, delineato già in *Principia Iuris*, trova un ulteriore compimento ne *La democrazia attraverso i diritti* dove l'autore affronta, con maggiore concretezza, il possibile sviluppo di un costituzionalismo sovranazionale, quantomeno europeo e in prospettiva globale, in grado di riabilitare il ruolo di governo della politica e quello di garanzia del diritto. Nella prospettiva di Ferrajoli il paradigma costituzionale statale, avendo un carattere puramente formale, potrebbe essere disancorato dalla sua dimensione statocentrica ed esteso a livello sovranazionale: questo modello teorico, infatti, comportando l'imposizione di vincoli e limiti garantistici, potrebbe valere per qualsiasi sistema di poteri, siano essi pubblici o privati, nazionali o sovranazionali. In questa prospettiva il paradigma garantista fornito dal costituzionalismo rigido, una volta scollato dai confini statali e allargato ai molteplici poteri politici, economici e finanziari che attualmente attraversano la scena mondiale, potrebbe rappresentare una possibile strategia risolutiva per rilanciare la politica di fronte alle sfide del mercato globale e comprimere la sua onnipotenza rispetto ai soggetti più deboli e ai loro diritti.

In un momento storico caratterizzato dall'indebolimento della sovranità statale, da una condizione di tendenziale subalternità della politica all'economia e alla finanza, dalla riduzione della capacità pratica del diritto pubblico, supplita da una reviviscenza del diritto privato e consuetudinario, l'estensione della democrazia costituzionale dal modello statale ad un modello sovranazionale, nell'ottica di Ferrajoli, rappresenterebbe la strada da intraprendere per poter dare quelle risposte concrete che tanto le istituzioni nazionali quanto la *lex*

mercatoria, letta come *Grundnorm* del diritto globale³²⁹, sembrano non avere la capacità di poter fornire.

È evidente infatti che la presa in carico di emergenze umanitarie di vasto respiro, come la fame nel mondo o l'elevata diffusione di malattie infettive in alcune aree del pianeta, la soluzione dei problemi connessi all'immigrazione di massa, la creazione di nuovi organismi di garanzia dei diritti e il rafforzamento di quelli preesistenti, la regolazione dei mercati finanziari, la riduzione dell'immissione di gas inquinanti immessi nell'atmosfera e, in generale, l'esigenza di garantire i diritti umani, non possono essere affidate allo sviluppo spontaneo del diritto globale, ma è necessario che la loro attuazione passi attraverso una sintesi giuridica garantista universalmente organizzata.

Certo anche il *rule of law* gioca la sua importanza nel consolidamento dei diritti umani a livello globale, dal momento che lo scenario odierno è caratterizzato da un'espansione sempre più rilevante di istituzioni giudiziarie, che hanno in sé un'implicita tendenza a superare i confini territoriali in nome di una giustizia che sia tale per tutti: Ferrarese, a riguardo, parla di “ubiquità giudiziaria” volendo intendere tanto la diffusione massiccia di corti a livello internazionale e globale, quanto l'effervescenza di nuove modalità attraverso cui l'interpretazione giuridica prende forma³³⁰.

Indubbiamente, come osserva l'autrice, al giorno d'oggi la crescita di arbitrati internazionali, posti in essere specialmente per risolvere controversie di carattere economico, ha indebolito il diritto internazionale privato e creato una privatizzazione tanto dei soggetti preposti alla soluzione delle controversie,

³²⁹ Ivi, p. 532.

³³⁰ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 117.

quanto delle regole e delle modalità procedurali attuate. Come pure la diffusione nello spazio internazionale di organismi che influenzano le modalità di gestione del settore pubblico, quali le *Authority* e le agenzie regolative, ha portato all'emersione di nuove competenze giurisdizionali in quanto questi soggetti, avendo una legittimazione di tipo tecnico, finiscono col risolvere anche i conflitti inerenti le proprie materie di competenza. E a questo si affianca la dimensione quasi giudiziaria che ormai vanno assumendo alcune istituzioni internazionali, che finiscono col collocarsi nella rete comunicativa della giustizia globale: basti pensare all'Organizzazione mondiale del commercio che ha sviluppato al suo interno una propria attrezzatura pseudo-giudiziaria, articolata in due gradi, i *Panels* e l'*Appellate Body*, e alla sua capacità fattuale di incidere nei circuiti della giurisdizione internazionale. Questi meccanismi proliferano accanto alla crescente moltiplicazione delle corti internazionali che pure rappresentano un elemento di novità rispetto alle geometrie politiche tradizionali e contribuiscono a trasformare il panorama giurisdizionale mondiale: la Corte internazionale per i diritti umani o la Corte europea di giustizia, ad esempio, oltre a dilatare fuori da ogni confine territoriale il costituzionalismo garantista, rappresentano il segno di un profondo cambiamento delle modalità di funzionamento dell'ordinamento giudiziario, dal momento che esse permettono, se ricorrono determinati presupposti, di superare i limiti dell'*iter* giudiziario nazionale e di allargare le forme di tutela dei cittadini ad un ulteriore esame giurisdizionale.

Eppure la moltiplicazione crescente di corti internazionali non sembra offrire una soluzione pratica efficace al problema della profonda divaricazione tra normatività dei diritti e loro effettività, dal momento che il carattere

frammentario dei tribunali, pur essendo ridimensionato dalla presenza di una capillare rete comunicativa fra le diverse corti, non sembra capace di innervare un progetto politico adatto a proteggere i diritti, ormai non più tutelati da un apparato istituzionale statale efficiente e sempre più alla mercé di strumentalizzazioni volte a realizzare velatamente interessi privati.

Tutt'al più un costituzionalismo garantista che si sviluppa mediante la moltiplicazione delle corti internazionali può fare da supporto ad un programma politico volto alla garanzia dei diritti umani, ma da solo non sembrerebbe capace di rappresentare un valido rimedio per ridurre la forbice tra normatività ed ineffettività dei diritti. E a questo si potrebbe aggiungere che i tribunali operano in una fase *patologica*, ossia quando la lesione delle garanzie individuali è già avvenuta, mentre sarebbe auspicabile intraprendere una strada capace di limitare gli abusi dei poteri privati e di garantire *ex ante* la tutela dei diritti fondamentali.

Al contrario, sotto questo profilo, la proposta di Ferrajoli, volta alla creazione di una democrazia costituzionale che passi attraverso l'estensione analogica del modello formale statale ad un livello sovrastatale, sembra più idonea ad assicurare la realizzazione delle funzioni di garanzia dei diritti, dal momento che lega l'attuazione di un modello garantista globale anche al rafforzamento di un modello organizzativo istituzionale, senza per questo togliere alla giurisprudenza il ruolo, essenziale, di espansione e generalizzazione dei valori costituzionali.

Ma la possibilità di realizzare un costituzionalismo globale che voglia estendere il paradigma statale a livello sovranazionale è oggetto di forti critiche all'interno del dibattito politico dal momento che per alcuni autori, come Hedley Bull³³¹,

³³¹ H. BULL, *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977, pp. 46-51.

Hidemi Suganami³³² e, nel nostro Paese, Danilo Zolo³³³, qualunque progettazione dell'ordine internazionale che riproduca i principi e le strutture delle odierne democrazie costituzionali statali su scala globale – dal progetto cosmopolitico kantiano³³⁴ a quello kelseniano³³⁵ o bobbiano³³⁶ – incorrerebbe nella fallacia della *domestic analogy*, rischierebbe, in altri termini, di fornire una rappresentazione planetaria globale senza che sussistano i presupposti culturali per poter legittimare una simile estensione, come ad esempio l'esistenza di un popolo mondiale o di una opinione pubblica globale. Inoltre, evidenziano i critici, il diritto internazionale non potrebbe aspirare a porsi come ordinamento giuridico costituzionalmente e universalmente vincolante anche perché non

³³² H. SUGANAMI, *The domestic analogy and World Order Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

³³³ D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 1995, pp. 128-132.

³³⁴ La formulazione più antica della *domestic analogy* risale a I. KANT, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico* (1795), in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it. di G. Solari e G. Vidari, UTET, Torino 1965, pp. 297-298: “I popoli, in quanto Stati, potrebbero essere considerati come singoli individui che, vivendo nello stato di natura (cioè nell'indipendenza da leggi esterne), si recano ingiustizia già solo per la loro vicinanza; perciò ognuno di essi per la propria sicurezza può e deve esigere dall'altro di entrare con lui in una costituzione analoga alla civile, nella quale si può garantire ad ognuno il suo diritto”.

³³⁵ Cfr. H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (1944), Giappichelli, Torino 1990, p. 43: “Non può esservi dubbio che la soluzione ideale del problema di un'organizzazione mondiale finalizzata alla pace mondiale è l'istituzione di uno Stato mondiale federale, composto da tutte le nazioni o di quante più possibile [...]. La proposta di assicurare la pace internazionale attraverso uno Stato mondiale e lo Stato nazionale, attraverso il quale la pace nazionale risulta effettivamente assicurata”; ID., *La teoria della sovranità e il problema del diritto internazionale. Contributi per una dottrina pura del diritto* (1920), Giuffrè, Milano 1989, p. 468: “Solo temporaneamente e nient'affatto per sempre l'umanità si divide in Stati formati del resto in maniera più o meno arbitraria. La sua unità giuridica, la *civitas maxima* come organizzazione del mondo: questo è il nocciolo politico dell'ipotesi giuridica del primato del diritto internazionale, che è però al tempo stesso l'idea fondamentale di quel pacifismo che nell'ambito della politica internazionale costituisce l'immagine rovesciata dell'imperialismo”.

³³⁶ Cfr. N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace* (1966), in ID., *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna 1979, pp. 80-81: “Per il pacifismo giuridico il rimedio per eccellenza è la istituzione del super stato o Stato mondiale [...]. Il ragionamento che sta alla base di questa teoria è di una semplicità e anche di un'efficacia esemplari: allo stesso modo che agli uomini nello stato di natura sono state necessarie prima la rinuncia da parte di tutti all'uso individuale della forza e poi l'attribuzione della forza di tutti a un potere unico destinato a diventare il detentore del monopolio della forza, così agli Stati, ripiombati nello stato di natura attraverso quel sistema di rapporti minacciosi e precari che è stato chiamato l'equilibrio del terrore, occorre compiere analogo passaggio dalla situazione attuale di pluralismo di centri di potere [...] alla fase di concentrazione del potere in un organo nuovo e supremo che abbia nei confronti dei singoli Stati lo stesso monopolio della forza che ha lo Stato nei riguardi dei singoli individui”.

possiede i caratteri tipici del diritto statale: un governo centrale rappresentativo, un popolo dotato di identità nazionale, un sistema gerarchizzato, unitario e coerente, di fonti e di norme.

Ebbene, replica Ferrajoli, il consenso generale intorno alla validità delle carte costituzionali internazionali potrebbe mettere in discussione il primo ordine di ragioni sollevato dagli scettici, dal momento che finirebbe col fungere da fondamento politico delle costituzioni. È evidente che il riconoscimento giuridico dei trattati internazionali o delle dichiarazioni dei diritti umani comporta implicitamente l'adesione degli Stati firmatari e delle collettività che rappresentano al sistema di valori che viene proclamato in quei documenti.

Certo, sull'argomento della possibilità di scorgere un fondamento politico internazionale nel riconoscimento mondiale di diritti che emergono da documenti che hanno per lo più una matrice europea o americana, sembra proiettarsi l'ombra di una tendenza all'occidentalizzazione dell'universalismo dei diritti: la tutela dell'individuo verrebbe legata alla sovrastruttura entro cui è incardinata la positivizzazione delle tavole costituzionali, senza tener conto delle differenze di natura culturale, ideologica, valoriale che separano e distinguono gli abitanti del mondo. Ma questo rischio sembra essere scongiurato dal fatto che per Ferrajoli le Costituzioni, più che costituire una qualche forma di coesione sociale e culturale dei soggetti cui sono destinate, rappresenterebbero dei contratti sociali in forma scritta rispettosi delle differenze personali che sono chiamati a tutelare. Non c'è una concezione organicistica del corpo sociale. Più che cercare di rintracciare radici culturali comuni, estendendo il fondamento etico occidentale a livello internazionale, Ferrajoli vorrebbe promuovere la genesi di un processo di costituzionalizzazione capace di superare questo

impasse e di riconoscere il pluralismo culturale: non una sintesi giuridica che sia lo specchio di una realtà statica e pacificamente giuridificata, ma una positivizzazione valoriale che sia espressione del pluralismo delle etiche nel loro infinito divenire.

2. Il cosmopolitismo habermasiano fra pretesa normativa ed effettività dei diritti

Anche Jürgen Habermas auspica di ridurre la divaricazione fra pretesa normativa dei diritti e loro effettiva implementazione attraverso la scelta di una strategia cosmopolitica. Sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso era fra i tanti studiosi ed intellettuali profondamente convinti che la conclusione della guerra fredda e, con essa, del bipolarismo avrebbero portato all'avvio di un processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale, segnato dalla diffusione della democrazia su un ambito territoriale sempre più esteso, dalla tutela internazionale dei diritti fondamentali e dal mantenimento della pace fra le nazioni.

Il nuovo ordine mondiale che si è andato delineando dopo il crollo del muro di Berlino è stato, però, radicalmente diverso da quello che in tanti avevano ipotizzato e auspicato. Dal 1989 l'equilibrio internazionale è andato incontro ad una profonda destabilizzazione, segnata dalla guerra del Golfo Persico nel 1991, dalla guerra del Kosovo nel 1999, dai conflitti etnici nell'area balcanica o in vaste aree dell'Asia e dell'Africa: situazione che è andata incontro ad una deriva inarrestabile in seguito all'attacco terroristico a New York nel 2001 che ha

innescato un'*escalation* di conflitti civili, condotti con intenti repressivi e al tempo stesso umanitari, in nome della tutela dei diritti umani³³⁷.

Gli avvenimenti seguiti alla fine della guerra fredda e quelli che hanno inaugurato il nuovo millennio hanno spinto molti filosofi a rimodulare le proprie teorie su una concreta implementazione dei diritti fondamentali, così come le proprie convinzioni in merito a una effettiva costituzionalizzazione internazionale del diritto che possa ancora situarsi entro il solco del progetto di cosmopolitismo giuridico delineato più di due secoli fa, nel 1795, da Immanuel Kant nel saggio *Zum Ewigen Frieden*.

In particolare, proprio alla luce degli avvenimenti che hanno accompagnato la prima fase della guerra in Iraq, Habermas ha dedicato un lungo saggio, che chiude il volume *L'Occidente diviso*, al quesito se la costituzionalizzazione del diritto internazionale sia oggi ancora possibile. Fin dalle battute iniziali della *Premessa*, denuncia la politica statunitense di aver determinato la divisione dell'Occidente ignorando il diritto internazionale, emarginando le Nazioni Unite e dando per acquisita la rottura con l'Europa. Pur ammettendo, nelle pagine successive, che gli Stati Uniti “si sono adoperati per la liberalizzazione delle relazioni commerciali e dei mercati finanziari, per la trasformazione del Gatt nell'Organizzazione per il commercio mondiale, per la protezione della proprietà intellettuale” e che “[s]enza l'iniziativa americana non si sarebbero realizzate altre importanti innovazioni in altri campi – ad esempio la Convenzione sulle mine anti-uomo e quella sulle armi chimiche, l'allargamento del Trattato contro la proliferazione delle armi nucleari”, evidenzia come “il governo americano non ha ratificato o ha respinto a priori molti trattati, in particolare quelli nel campo

³³⁷ Cfr. L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 125.

dei controlli sugli armamenti, dei diritti umani, della procedura contro i crimini internazionali e della protezione dell'ambiente" e che "gli Stati Uniti hanno complessivamente ratificato una percentuale notevolmente minore rispetto agli altri Stati del G-7³³⁸.

L'ambiguità dell'attivismo internazionalistico degli Stati Uniti rischia di far naufragare la prospettiva di un ordinamento cosmopolitico, laddove al primato del diritto vengono contrapposti il primato del potere e di un *ethos* liberale mondiale che rappresentano l'espressione degli interessi di una ristretta minoranza e lasciano fuori dai giochi la maggior parte dei Paesi del globo. Secondo la riflessione di Habermas il cammino dalla costellazione post-nazionale del mondo verso la costituzionalizzazione del diritto internazionale e l'affermazione del cosmopolitismo giuridico possono trovare una prosecuzione soltanto se gli Stati Uniti fanno ritorno all'internazionalismo da loro professato alla fine dei due conflitti mondiali e assumono di nuovo il loro ruolo originario di apripista nell'evoluzione del diritto internazionale verso una dimensione cosmopolitica del diritto³³⁹.

Quanto al futuro del cosmopolitismo giuridico, Habermas, rimodula i termini dell'originario progetto kantiano in modo tale che il cosmopolitismo giuridico non coincida più necessariamente con l'istituzione di una repubblica mondiale e con l'affermazione di un governo mondiale. Respingendo l'idea di matrice kantiana di una estensione del modello statale a dimensioni globali, dal momento che a suo giudizio non sussisterebbe alcuna analogia strutturale tra la costituzione di uno Stato sovrano che può autonomamente decidere quali compiti politici assumere e la costituzione di un'organizzazione mondiale volta a

³³⁸ P.181-182.

³³⁹ P. 109.

svolgere poche funzioni ben definite³⁴⁰, l'autore vorrebbe attuare il suo progetto cosmopolitico passando, da un lato, attraverso la realizzazione di un sistema giuridico internazionale a più livelli – che riserva agli Stati le istituzioni e le procedure per un governo al di là dello Stato, al piano sovranazionale il soddisfacimento degli obiettivi politici di pace e di affermazione dei diritti umani e al livello transnazionale quello di coordinamento della politica interna mondiale³⁴¹ – e, dall'altro lato, attraverso l'attuazione di una forma di democrazia deliberativa, fondata su un modello di diritto di tipo comunicativo.

Il sistema multilivello habermasiano sembra, però, presentare scarso realismo politico, dal momento che entra in contrasto con le odierne dinamiche innescate dal processo di globalizzazione. Il sistema normativo, oggi, appare sempre più ispirato a logiche policentriche e plurali che poco si prestano alle forme di razionalizzazione gerarchia del *multilevel system*³⁴²: nell'ordine giuridico

³⁴⁰ Cfr. J. HABERMAS, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità*, in ID., *L'occidente diviso*, cit., pp. 122-129, dove l'autore osserva che il progetto kantiano di costituzionalizzazione del diritto internazionale, nella forma forte di repubblica mondiale o nell'accezione più debole di lega dei popoli, rischia di essere vulnerabile nel momento in cui costruisce il modello cosmopolitico come estensione del paradigma statale su scala globale. La sua riflessione parte dalla considerazione che la premessa kantiana dell'analogia tra l'anarchia che fa da sfondo ai rapporti fra Stati sovrani e lo stato di natura nel quale gli individui si sarebbero trovati prima di qualunque socializzazione sia "fuorviante" perché i cittadini degli Stati naturalmente concorrenti tra loro, diversamente dagli individui immersi nello stato di natura, godono già di uno *status* che garantisce loro diritti e libertà. Hanno già alle spalle un lungo processo di formazione politica. Sono già in possesso del corredo politico di libertà garantite dal diritto e, se accettassero una limitazione della sovranità statale, ossia del potere che garantisce loro questa rosa di prerogative, metterebbero in gioco il loro patrimonio di diritti. Al contrario, gli individui che le costruzioni del diritto razionale concepivano immersi nello stato di natura avevano da perdere solo paura, morte e sopraffazione. Inoltre, secondo Habermas, la costituzionalizzazione del diritto internazionale non potrebbe essere intesa come logica continuazione dell'estensione costituzionale dell'autorità statale ad un livello mondiale, al fine di realizzare una legalizzazione pacificatrice delle relazioni tra i popoli, dal momento che questo presupporrebbe una distorsione speculare del rapporto fra Stato e Costituzione. Per l'autore non ci sarebbe, infatti, alcuna analogia strutturale tra la Costituzione di uno Stato sovrano che dispone della competenza sulla sua competenza, dato che può autonomamente decidere di quali compiti politici caricarsi, e la Costituzione di un'organizzazione mondiale, inclusiva sì, ma pur sempre limitata ad un ambito circoscritto di funzioni.

³⁴¹ Ivi, p. 130.

³⁴² T. MAZZARESE, *Mutamenti dei sistemi giuridici e globalizzazione*, in "Ars Interpretandi" n. 11, 2006, p. 99.

globale non c'è un'autorità superiore, né la verticalità che caratterizza i poteri pubblici nazionali. Se il modello a più livelli viene descritto da Habermas come costruito lungo linee verticali, dal piano nazionale a quello globale, al contrario, la realtà giuridica odierna sembra ispirata alla orizzontalità, alla reticolarità, alla cooperazione sia a livello interstatale che sovranazionale. Se la produzione delle regole giuridiche assume sempre più un carattere partecipativo dal momento che “[l]a complessità sociale esige strumenti concettuali non troppo rigidi, dotati di quella flessibilità e disponibilità all’ibridazione che li renda adeguatamente variabili”³⁴³, un modello giuridico, come quello habermasiano, strutturato razionalmente e ispirato alla divisione dei poteri, sembra incapace di descrivere l’incandescenza della prassi, la logica del diritto post-moderno incentrata sulla sovrapposizione e sulla poliarchia delle fonti normative.

D'altronde come garantire una condivisione universale di regole e principi in una società pluralista e altamente differenziata? I Paesi in via di sviluppo non finirebbero, forse, per soggiacere alle scelte di una ristretta minoranza di Stati economicamente forti? Invero la globalizzazione, se, da un lato, determina l’“implosione dello spazio”³⁴⁴, la frammentazione dell’idea di confine e quindi favorisce l’universalismo dei diritti, dall’altro, sembrerebbe ostacolarne l’effettiva implementazione, dal momento che l’emersione di nuovi vettori di potere che si accompagna alla progressiva denazionalizzazione degli Stati – un tempo indiscussi strumenti di garanzia dei diritti – ha radicalizzato la logica degli interessi a scapito della tutela dei diritti. E a questo fenomeno di indebolimento della sovranità, di incapacità degli Stati di controllare autonomamente le loro economie, i loro mercati finanziari, non è seguita

³⁴³ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 11.

³⁴⁴ L. BAZZICALUPO, “Ars Interpretandi”, n. 11, 2006, p. 38.

un'internazionalizzazione delle istituzioni che potesse frenare le rivendicazioni dei soggetti privati o lo strapotere dei Paesi economicamente ricchi.

Al contrario, alla crescente globalizzazione dell'economia, ha fatto riscontro, paradossalmente, un indebolimento della già esigua sfera pubblica internazionale³⁴⁵. Il problema che non sembra risolvere un modello cosmopolitico incentrato sulla divisione dei poteri a livello statale, transnazionale e sovranazionale è come poter tutelare i diritti umani in assenza di un'istituzionalizzazione forte capace di sovrastare *parimenti* gli Stati nazionali. Gli organismi dell'Onu, ad esempio, cui spetta primariamente la tutela dei diritti umani, riproducono al loro interno gli squilibri di potere della società globale.

La proposta habermasiana di un ordine mondiale incentrato su un sistema di poteri multilivello sembra in concreto poco garantista e non realisticamente attuabile. Come contrastare l'egemonia dei Paesi più ricchi? Come realizzare un universalismo sovracontestuale di diritti e principi? Non c'è forse un rischio di "etnocentrismo"³⁴⁶ nella estensione universale di diritti che sembrano esprimere valori morali propri dell'Occidente? È chiaro che siamo ancora troppo lontani dal poter realizzare concretamente un costituzionalismo mondiale capace di tutelare le differenze personali profonde, eterogenee e conflittuali che entrano in rapporto nell'arena globale, né di rimuovere o di ridurre le diseguaglianze materiali che distanziano i Paesi ricchi da quelli in via di sviluppo³⁴⁷.

³⁴⁵ Cfr. L. FARRAJOLI, *Principia Juris*, p. 530-532.

³⁴⁶ L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 129.

³⁴⁷ Per un'analisi della profonda tensione tra capitalismo e democrazia cfr. STREECK W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano 2013.

Del resto le prospettive multilivello, volte a realizzare l'integrazione fra piani costituzionali di diversa ampiezza, rischiano di descrivere l'organizzazione dei poteri astraendo dalla materialità dei rapporti che intercorrono tra i soggetti reali e sganciando la tutela dei diritti dalla effettività delle sovranità e delle condizioni politiche esistenti nei diversi ordinamenti concreti³⁴⁸. Insomma, le costruzioni *multilevel* sembrerebbero incarnare modelli puramente teorici, carenti del momento democratico³⁴⁹ e incapaci di esplicitare le contraddizioni del reale, la dimensione intemperante del conflitto tra interessi, il processo sociale di autonomia civile e democratica.

Se il progetto habermasiano del *multilevel system* sembra incardinato su un'asettica ragionevolezza, lontana dalla dimensione reale dell'effettività dei diritti, al contrario il suo cognitivismo procedurale sembrerebbe prendere realmente in carico le problematiche connesse alla fattualità del pluralismo morale³⁵⁰. Le politiche deliberative rappresentano, infatti, esperienze di scelta pubblica in cui l'elaborazione della decisione finale astrae la contingenza etico-politica e avviene attraverso le argomentazioni espresse dai partecipanti sulla base dei valori di razionalità e di imparzialità.

Per Habermas il momento conclusivo del discorso deliberativo prescinde dal sostrato etico-empirico che fa da sfondo alla validità semantica e fa emergere il paradigma deontologico-procedurale della comunità astratta costituita da coloro che partecipano al discorso pratico. Si tratterebbe, come è stato osservato, di un paradigma eticamente neutro, ma non per questo scettico o indifferente ai valori;

³⁴⁸ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 20.

³⁴⁹ L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere*, cit., p. 130.

³⁵⁰ V. GIORDANO, *Democrazia deliberativa e vocazione universale dei diritti*, in L. BAZZICALUPO, A. TUCCI (a cura di), *Il grande crollo*, cit., p.112.

anzi cognitivistico poiché parte da un principio di legittimazione del discorso morale che, implicando come presupposti pragmatico-trascendentali le pretese di validità, giustizia, verità e veridicità messe in campo da ciascun partecipante al discorso deliberativo, baserebbe la scelta della deliberazione finale sul criterio della giustificazione razionale del “miglior argomento” avanzato da coloro che hanno preso parte al processo discorsivo³⁵¹.

Tuttavia se la scelta teorico-trascendentale di una legge morale universalmente valida passa attraverso la giustificazione razionale, ossia pratico-morale, del miglior argomento avanzato dai partecipanti, indubbiamente risulta difficile spogliare il processo deliberativo della sua connotazione empirica e questo non può che svilire di neutralità scientifica il modello procedurale habermasiano³⁵².

D'altronde la pretesa di raggiungere una deliberazione eticamente neutrale e universalmente valida deve fare necessariamente i conti con i limiti sia individuali che relazionali che fanno da sfondo all'elaborazione della decisione: basti pensare alle difficoltà insite nel processo di decentramento cognitivo che è chiamato ad operare ciascun partecipante quando entra in relazione con gli altri, al rischio che il gregarismo si ripercuota a danno dell'intelligenza collettiva o che in generale si creino meccanismi di condizionamento intersoggettivo tali da inficiare le dinamiche della procedura deliberativa.

Inoltre i partecipanti alle pratiche discorsive difficilmente sono posti in una situazione di effettiva uguaglianza in cui i rapporti tra le parti sono ispirati alla simmetria e alla reciprocità, dal momento che gli interessi soggettivi espressi dai

³⁵¹ A. ABIGNENTE, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jurgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003, p. 22.

³⁵² V. GIORDANO, *Democrazia deliberativa e vocazione universale dei diritti*, in L. BAZZICALUPO, A. TUCCI (a cura di), *Il grande crollo*, cit., p. 113.

gruppi di pressione impediscono che si possa attribuire il medesimo peso alle ragioni espresse dai singoli deliberanti e questo comporta che la deliberazione finale non sia soltanto tecnica, ma dipenda dai rapporti di potere che in via subliminare finiscono col condizionare la procedura³⁵³.

Il proceduralismo habermasiano sembra non riuscire a neutralizzare la carica conflittuale che è insita nelle dinamiche del processo democratico e la sua pretesa di astrarre dai particolarismi morali per giungere ad assunti eticamente neutrali e universalmente validi sembra eccessivamente ottimistica. Del resto attuare una giuridificazione ideale della politica vorrebbe dire sacralizzare i diritti, circoscriverne il nucleo concettuale senza tener conto del loro intrinseco dinamismo. Vorrebbe dire considerare la società come già perfettamente giuridicizzata: se gli argomenti avanzati dai partecipanti al discorso deliberativo sono espressione della razionalità, ma anche dei valori e dei principi che informano il *background* socio-culturale di ciascun parlante, allora la società è considerata statica e i valori riconosciuti come universalmente validi e globalmente estendibili rischiano di essere espressione dell'identità culturale dei membri delle circoscrizioni deliberative. L'anelito habermasiano di attuare il superamento del pluralismo morale rischia in realtà di avvitarci su se stesso e di far passare come sovracontestuale ciò che in realtà stigmatizza l'identità culturale di una ristretta minoranza.

³⁵³ Ivi, p. 114.

3. È possibile una definizione formale dei diritti?

In un momento, come questo attuale, in cui le frontiere del diritto appaiono porose e le categorie con cui eravamo abituati a pensarlo si rivelano inadeguate, assistiamo, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, ad una crescente retorica sui diritti fondamentali dell'uomo, quasi esistesse un rapporto di compensazione tra queste due componenti della vita giuridica: da un lato, il diritto legislativo, prodotto politicamente, e, dall'altro, i diritti della persona, intesi come dotazioni di carattere prepolitico o apolitico in grado di arginare i poteri istituzionali³⁵⁴.

Com'è stato osservato nel secondo capitolo, gran parte dei principi elaborati dal giusnaturalismo razionalistico classico hanno assunto veste giuridica attraverso i processi di costituzionalizzazione degli ordinamenti, consolidando in chiave artificialistica la loro dimensione normativa e deontologica³⁵⁵.

A questo si aggiunge che, dagli ultimi decenni del Novecento ai giorni nostri, sono stati socialmente e politicamente rivendicati sempre più diritti che hanno ottenuto, in forme diverse, riconoscimento pubblico. Il diritto ad un ambiente non inquinato, per esempio, viene ormai enunciato e praticato, seppure con livelli di effettività molto diversi, presso molteplici culture politico-giuridiche. Analogamente sempre più gruppi sociali e minoranze politiche o culturali reclamano il riconoscimento dei propri interessi, della propria identità, della propria libertà collettiva. Si pensi alle rivendicazioni del popolo palestinese che ancora stentano ad ottenere un'adeguata effettività e continuano ad assumere lo

³⁵⁴ Cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 135.

³⁵⁵ Cfr. V. GIORDANO, *Costituzionalismi e globalizzazione: diritti in trazione*, in V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, cit., p. 105.

status di aspettative normative. Da diverse parti del globo emergono forme comuni di rivendicazione di diritti sociali³⁵⁶: nei Paesi dell'Africa mediterranea e del Vicino Oriente donne e uomini occupano piazze, chiedono il riconoscimento di libertà e diritti, scardinano regimi politici oppressivi. In Africa giovani donne islamiche sfidano antiche tradizioni religiose, rischiando feroci punizioni, in nome del diritto di decidere liberamente come vestirsi. I lavoratori asiatici rifiutano la logica patriarcale e gerarchica dell'organizzazione dell'impresa e rivendicano diritti sindacali³⁵⁷. E si potrebbe continuare ancora a lungo su questa scia. Le questioni di biopolitica, per esempio, rappresentano un terreno di coltura ideale per la proliferazione dei diritti. Chi governa il corpo? Quanto si estende il suo potere decisionale? E poi la disponibilità crescente di opportunità tecnologiche non crea, forse, nuove situazioni soggettive da tutelare? Dove si situa il confine fra diritto di informazione e *privacy*?

Indubbiamente il processo di evoluzione e di espansione dei diritti umani può essere considerato uno dei principali indicatori del progresso storico dell'umanità, dal momento che i diritti dell'uomo nascono gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre, in circostanze segnate dall'esigenza di difendere le nuove libertà emergenti da assetti di potere che non sono capaci di tutelarle³⁵⁸.

³⁵⁶ In particolare Amartya Sen si è impegnato nel mostrare come esistano radici culturali comuni proprio intorno ai valori fondativi dei diritti. Cfr. A. K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), tr. it. a cura di G. Rigamonti, Mondadori, Milano 2000.

³⁵⁷ Tutti questi aspetti vengono messi in luce da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 5.

³⁵⁸ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., pp. XIII- XV. Segnatamente per Bobbio la proliferazione dei diritti sarebbe legata innanzitutto all'aumento dei beni che vengono considerati meritevoli di tutela, poi all'estensione della titolarità dei diritti dal singolo individuo alle formazioni sociali e infine al passaggio dalla considerazione dell'uomo inteso come soggetto generico ed astratto a quella dell'uomo colto nella concretezza dei suoi diversi *status* sociali relativi all'età, alle condizioni fisiche, all'identità sessuale. Ivi, pp. 68-70.

Com'è noto, Marshall ha ricostruito la genesi storica dei diritti soggettivi³⁵⁹, classificandoli in tre categorie successive: i diritti civili, affermatasi nel Settecento, includenti il diritto alla vita, i diritti di libertà, i diritti patrimoniali; i diritti politici, rivendicati nell'Ottocento dalle masse degli operai, dei disoccupati e dei contadini; i diritti sociali, emersi nel Novecento e consistenti nella garanzia per tutti i cittadini di un grado di educazione, di benessere e di sicurezza sociale³⁶⁰.

Su questa linea, Bobbio, mutuando da Jean Rivera³⁶¹, ha posto in evidenza che, accanto ai diritti sociali, che chiama diritti della seconda generazione, oggi sarebbero emersi i cosiddetti diritti della terza generazione, un *genus* eterogeneo, che comprenderebbe i diritti di solidarietà, il diritto allo sviluppo, alla pace internazionale, a un ambiente protetto, alla comunicazione.

³⁵⁹ In Italia, ben prima di Marshall, Francesco Ruffini ha analizzato la questione dei diritti fondamentali in una prospettiva evoluzionista, concependo i diritti stessi come la materializzazione progressiva, sempre più estesa, dell'ideale di libertà. In particolare, nel 1946, Piero Calamandrei, introducendo la nuova edizione del libro di Ruffini, insiste sull'evoluzione storica dei diritti fondamentali dalla sfera civile alla sfera sociale. Cfr. F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Ed. P. Gobetti, Torino 1926 e P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, La nuova Italia, Firenze 1946, p. XII e ss. Sugli sviluppi che l'idea di periodizzazione dei diritti umani ha avuto nell'ambito della sociologia del diritto si rinvia a V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 315-321, dove l'autore discute i processi strutturali e funzionali subiti dal movimento dei diritti.

³⁶⁰ Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1947), a cura di Paolo Maranini, Utet, Torino 1976.

³⁶¹ La tipologia dei diritti della terza generazione è stata introdotta nell'ampia letteratura giuridico-filosofica da Jean Rivera che nell'articolo *Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos de l'hombre* comprende, fra questi nuovi diritti, il diritto a vivere in un ambiente non inquinato, il diritto allo sviluppo, il diritto alla pace internazionale, alla solidarietà, alla comunicazione. Per la natura da attribuire a queste nuove istanze sociali cfr. ID., *Corrientes y problemas en filosofía del derecho* in *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, 1985, 25, p. 193 dove l'autore si chiede se i diritti della terza generazione siano effettivamente dei diritti in senso proprio o si tratti semplicemente di mere aspirazioni o desideri. A riguardo si rinvia anche a C. LAFER, *A Reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, São Paulo 1988, p. 131 dove i diritti della terza generazione sono discussi come diritti il cui soggetto non sono gli individui, ma i gruppi sociali, come ad esempio la famiglia, il popolo, la nazione e la stessa umanità.

Ma all'autore non sfugge che, ormai da tempo, si affacciano all'orizzonte nuove richieste di tutela riguardanti gli effetti dello sviluppo della ricerca biologica sul patrimonio genetico degli individui, istanze che potrebbero pienamente costituire una quarta generazione di diritti³⁶². La conservazione degli embrioni, la sperimentazione sulle cellule staminali, l'esigenza sociale di apprestare un testamento biologico sono tutte questioni che mettono in circolo nuovi diritti da tutelare e fanno emergere come sia impossibile dare risposta a certi bisogni con i soli strumenti giuridici del passato.

Come la storia di questi ultimi secoli mostra a sufficienza, i diritti dell'uomo costituiscono una classe variabile: "l'elenco dei diritti si è modificato e va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche"³⁶³. Ma quali sono i diritti da considerare fondamentali e dei quali garantire attuazione giuridica e tutela giudiziaria³⁶⁴?

³⁶² Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. XV.

³⁶³ N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 42, 1965, pp. 302-309. Oggi ried. in ID., *L'età dei diritti*, cit., pp. 5-16. La cit. è alla p. 9.

³⁶⁴ Si precisa che in questa trattazione si utilizzano, quali sinonimi, le espressioni diritti fondamentali, diritti umani e diritti della persona umana senza voler scendere in alcuna sofisticazione concettuale. Ognuna di queste diverse denominazioni comporta implicazioni filosofiche differenti, capaci di riflettersi sulla definizione e sull'identificazione dei diritti. I maggiori teorici del diritto e della politica usano, a seconda del proprio orientamento filosofico, l'una o l'altra espressione: con il termine *diritti fondamentali* (Grundrechte) alcuni teorici del diritto europei, fra cui Barile e Alexy, intendono genericamente le libertà fondamentali. John Rawls usa l'espressione *basic liberties*, Ronald Dworkin usa esprimersi in termini di *rights* o tutt'al più di *moral rights*, Peces Barba Martínez ha invece dedicato un significativo volume ai *derechos fundamentales*. È evidente che, salvo rare eccezioni, gran parte dei teorici del diritto non usano frequentemente l'espressione *diritti fondamentali*. In effetti la locuzione *diritti fondamentali* appare piuttosto tardi nel lessico normativo degli ordinamenti giuridici moderni. Essa è ignota alle Dichiarazioni dei diritti del diciottesimo secolo, al corpo della Carta delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948 e agli strumenti internazionali che ad essa hanno fatto seguito, così come a molte costituzioni democratiche europee del ventesimo secolo o alla Convenzione europea di difesa dei diritti dell'uomo. Figura, però, oltre che nella convenzione finlandese del 1919 e nella costituzione di Weimar dello stesso anno, nella Costituzione della Repubblica federale tedesca del 1949, nella Costituzione della Repubblica portoghese del 1976 ed in quella del regno di Spagna del 1978, oltre che in altri testi costituzionali del Novecento. Il nostro ordinamento non menziona la locuzione *diritti*

Sul piano filosofico-giuridico una risposta teorica potrebbe essere quella di Ferrajoli che, prescindendo da qualsiasi riferimento ad una fonte sostanziale e da ogni sorta di connotazione storica o sociale, considera fondamentali “quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire”³⁶⁵.

È questa una definizione che vuole prescindere dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati e che esula da ogni tipo di fondamento positivista³⁶⁶: l’elemento qualificante dei diritti, per Ferrajoli, “si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione”³⁶⁷. Indubbiamente una definizione dei diritti “teorica e puramente formale o strutturale”³⁶⁸, che si staglia ben lontano da qualsivoglia orizzonte giustificativo, conferisce al catalogo dei diritti elasticità e infinite potenzialità espansive, mostrandosi al passo con le esigenze dei nostri tempi.

fondamentali, ma utilizza come espressione equivalente quella di *diritti inviolabili*. Su questi aspetti cfr. S. SENESE, *La protezione internazionale dei diritti fondamentali*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologna 2001, pp. 493-494.

³⁶⁵L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 5. L’autore aveva già trattato il tema dei diritti fondamentali in ID., *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1970; ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1998. Questo concetto oggi trova un’ulteriore esplicazione in ID., *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 725-729, dove l’autore modifica in parte la definizione data precedentemente sostenendo che “[i] diritti fondamentali sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d’agire o in quanto cittadini capaci d’agire”. La cit. alla p. 727. L’autore prosegue la sua analisi distinguendo i diritti fondamentali “tra diritti della personalità e diritti di cittadinanza, spettanti rispettivamente a tutti o ai soli cittadini”, e “tra diritti primari (o sostanziali) e diritti secondari (o strumentali o di autonomia), spettanti rispettivamente a tutti o alle sole persone capaci d’agire”. Successivamente, incrociando le due distinzioni, individua quattro classi di diritti: umani (diritti primari spettanti a tutti gli esseri umani), pubblici (diritti primari riconosciuti ai soli cittadini), civili (diritti secondari ascritti a tutte le persone capaci d’agire) e politici (diritti secondari riservati ai soli cittadini capaci d’agire). ID., *Diritti fondamentali*, cit., p. 8.

³⁶⁶Ferrajoli propone una definizione che “pure essendo stipulata con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie”, “prescinde dalla circostanza di fatto che in questo o in quell’ordinamento tali diritti [...] siano o non siano enunciati in norme di diritto positivo”. Ibidem.

³⁶⁷ Ivi., p. 6.

³⁶⁸ Ivi., p. 5.

Ciò che però insinua dei dubbi è che la qualificazione dei diritti passa attraverso l'identificazione di ciò che è 'universale' e per l'autore questo termine va inteso "nel senso puramente logico della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari"³⁶⁹. L'anelito di non assumere qualificazioni implicanti l'adesione ad una prospettiva di valore rischia di far scivolare la definizione dei diritti proposta da Ferrajoli nella vaghezza, nell'indeterminatezza e persino nella morsa della relatività storica del rinvio, se si considera che ciò che assurge a categoria universale in una determinata epoca storica non lo è in un'altra.

Insomma la scelta di abbandonare qualsiasi pretesa di prescrittività e di restare ancorati in uno spazio descrittivo e avalutativo occulta l'insidia di avvitare la definizione dei diritti su se stessa. È diritto fondamentale ciò che è universale: ma che cos'è universale? E, soprattutto, chi stabilisce quando un diritto è universale? Sembra che la definizione proposta da Ferrajoli resti sì aperta a qualsivoglia contenuto, ma non fornisca i criteri necessari per ravvisarne alcuno, configurando un "concetto vuoto"³⁷⁰.

³⁶⁹ Ivi., p. 6.

³⁷⁰ R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 46-47, dopo aver osservato che non risulta chiaro come mai i predicati qualificativi dei diritti fondamentali selezionati da Ferrajoli – personalità, cittadinanza e capacità d'agire – debbano essere questi e non altri, si domanda se sia possibile identificare concretamente la classe dei soggetti cui fanno riferimento i diritti e, ove questo problema non trovasse soluzione, ritiene che "si sarebbe tentati di concludere che l'universalità, dopo tutto, non sia affatto una caratteristica interessante dei diritti fondamentali, poiché è – per così dire – un concetto vuoto". La cit. alla p. 47.

4. La proposta teubneriana del diritto come sistema auto-poietico di secondo ordine

La globalizzazione, con i suoi processi di disseminazione e disarticolazione del potere, innova, infatti, le modalità di produzione delle regole giuridiche, imponendo una realtà del diritto e dei poteri assai più articolata rispetto a quella espressa dal paradigma giuridico moderno: ormai un ampio settore del diritto viene forgiato in base ad una logica di tipo privatistico ed assume espressioni fattuali e flessibili, ben lontane dai canoni formalistici che ispiravano i sistemi giuridici classici³⁷¹.

Il diritto globale non è un prodotto finito e le sue norme non sono tanto dei precetti di comportamento, quanto regole-cornice, che possono recepire contenuti diversi: “il diritto si propone come un reticolo di regole del gioco che definiscono vincoli, ma danno altresì spazi e libertà al giocatore giuridico”³⁷².

Esistono, sostiene Boaventura de Sousa Santos, reti di legalità parallele – sovrapposte, complementari o antagoniste – che obbligano a costanti transazioni e trasgressioni e che non sono riconducibili ad alcun paradigma normativo unitario, dal momento che le norme sono in costante elaborazione e le controversie sono risolte da chi ha il potere di decidere quale è la norma da

³⁷¹ Su questi aspetti si rinvia al bel libro di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 62-63 dove l'autore osserva: “[c]i sono strati e dimensioni dell'universo giuridico da disseppellire e valorizzare [...]. Il diritto, nella sua autonomia, forte delle sue radici nel costume sociale, ha vissuto e vive, si è sviluppato e si sviluppa anche al di fuori di quel cono d'ombra, anche fuori dei binari obbliganti del cosiddetto diritto ufficiale: conseguenza inevitabile di non essere dimensione del potere e dello Stato, ma della società nella sua globalità. Non è un discorso anarcoide, ma piuttosto la registrazione di quella realtà effettiva che è la pluralità degli ordinamenti giuridici”.

³⁷² M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p 42 e ss.

applicare al caso concreto³⁷³. Per l'autore, nelle maglie dell'interlegalità, opererebbero, in maniera convulsa, diversi ordini normativi, di maggiore o minore peso, che intersecano la loro estensione a più livelli: statale, transnazionale o regionale.

Ebbene, com'è stato osservato, l'indagine condotta da Sousa Santos sul fenomeno della globalizzazione giuridica, pur avendo il merito di mettere in luce la poliarchia del diritto, rischia di configurare un approccio di tipo *territorialista*, che privilegia la prospettiva spaziale e non coglie a pieno la capacità di sconfinamento del diritto globale³⁷⁴. Vulnerabilità, questa, resa ancora più acuta dall'evidenza che oggi, almeno in parte, è venuta meno quella connessione imprescindibile del diritto con la territorialità che tradizionalmente stigmatizzava gli ambiti di operatività del diritto moderno.

Al contrario, condividendo questa scia interpretativa, sembrerebbe che l'idea teubneriana della policontesturalità del diritto³⁷⁵, spostando l'indagine del fenomeno giuridico dalla spazialità alla funzionalizzazione del diritto sia in

³⁷³ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a new Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emantipation*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 89 dove l'autore osserva: "The broad concept of law adopted here, together with the idea that law operates in three different time-spaces implies that modern societies are, in socio-legal terms, legal formations or legal constellations. Rather than being ordered by a single legal system, modern societies are regulated by a plurality of legal orders, interrelated and socially distributed in the social field in different ways. This raises the issue of legal pluralism. Legal pluralism concerns the idea that more than one legal system operate in a single political unit". E, più avanti, descrive il fenomeno dell'interlegalità nei termini di "different legal spaces superimposed, interpenetrated and mixed in our minds, as much as in our actions, either on occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories, or in the dull routine of eventless everyday life". La cit. alla p. 437.

³⁷⁴ Queste conclusioni appartengono a A. TUCCI, *Immagini del diritto. Tra attualità istituzionalistica e agency*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 94-99; ID., *Globalizzazione giuridica e processi di governance*, in V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, cit., pp. 87-102. Il riferimento è alle pp. 101-102.

³⁷⁵ Cfr. G. TEUBNER, *Diritto policontesturale. Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli 1999. La concezione policontesturale presenta il sistema giuridico come necessariamente coinvolto in una pluralità di relazioni strutturali con altri sistemi e nel contempo esposto alle loro esigenze funzionali e ai loro potenziali conflitti.

grado di superare i limiti di un'analisi che privilegia la prospettiva territorialista³⁷⁶. L'opera teubneriana può essere considerata come una prosecuzione della teoria di Niklas Luhmann che, ancor prima e con esiti diversi, ha posto al centro del suo impianto teorico il paradigma sistemico e ha esteso, con le dovute rimodulazioni, i metodi e gli strumenti che Maturana e Varela applicavano nell'ambito delle scienze naturali allo studio dei sistemi sociali.

Così come in biologia il problema del rapporto tra sistema e ambiente viene studiato tenendo conto non solo delle componenti del sistema, ma anche – e soprattutto – delle loro relazioni, interazioni e interdipendenze, essendo gli esseri viventi considerati delle “macchine autopoietiche”³⁷⁷, ossia dei sistemi

³⁷⁶ Su questi temi cfr. G. TEUBNER, A. FISCHER LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma 2005, p. 149 dove gli autori, in riferimento alla differenziazione interna co-evolutiva del diritto globale, sostengono che se per secoli il diritto ha seguito la logica politica degli Stati-nazione e si è manifestato nella molteplicità degli ordinamenti giuridici nazionali, ognuno dotato di una propria giurisdizione territoriale, oggi la differenziazione giuridica nazionale sarebbe stata superata da una frammentazione settoriale. Per gli autori, contrariamente da quanto spesso si è ripetuto, la comparsa dei sistemi globali non richiederebbe l'integrazione, l'armonizzazione o la convergenza degli ordinamenti giuridici, ma trasformerebbe la differenziazione interna del diritto dal momento che la frammentazione sociale tende a scontrarsi con il diritto. La regolazione politica delle sfere differenziate richiederebbe la parcellizzazione di arene di policy che da parte loro si auto-giuridicherebbero. Dunque alla differenziazione tradizionale in ordinamenti giuridici nazionali, relativamente autonomi entro la spazialità artificiale dei loro confini, si andrebbe a sovrapporre un principio di differenziazione settoriale: una differenziazione del diritto globale in regimi giuridici transnazionali che definisce la portata esterna della loro giurisdizione lungo linee tematiche piuttosto che territoriali e che pretende una validità globale per se stessa.

³⁷⁷ Cfr. H. R. MATURANA, F. J. VARELA, *Autopoiesi e cognizione. La realizzazione del vivente* (1980), pref. di G. De Michelis, Marsilio, Venezia 1985, dove viene sviluppato il concetto biologico di *autopoiesi*: il termine 'autopoiesi' fu coniato dal biologo cileno Maturana discutendo, con l'amico Josè Bulnes, del dilemma di don Chisciotte, che consisteva nello scegliere se seguire il sentiero delle armi (*praxis*, azione) oppure quello delle lettere (*poiesis*, creazione, produzione). Fu la scelta di don Chisciotte del sentiero della *praxis*, abbandonando definitivamente quello della *poiesis*, che spinse Maturana a far emergere dal dilemma quel termine, indicativo delle capacità auto-generative dell'essere vivente. In quest'ottica i sistemi autopoietici sarebbero dei sistemi operazionalmente chiusi, ossia reti circolari di produzione di componenti, che rappresentano dei processi prodotti attraverso le loro interazioni con la stessa rete che li ha generati e che specifica i loro limiti, mantenendo al contempo aperto e regolato lo scambio di materia e di energia con l'esterno. In particolare gli esseri viventi configurano un particolare tipo di macchine (auto-poietiche), che si distinguono da altre (etero-poietiche) per la loro capacità non tanto di autoregolazione, quanto di autoproduzione delle componenti che le specificano, e le componenti non sono parti ma processi. Le “macchine auto-poietiche” vengono

autoreferenziali ed omeostatici, capaci di creare da sé le strutture che ne regolano l'organizzazione e di adeguarsi ai cambiamenti esterni mantenendo stabile l'organizzazione strutturale nel suo complesso, analogamente per Luhmann il sistema sociale sarebbe costituito al suo interno da una pluralità di sistemi differenziali che, pur essendo operativamente autonomi, sarebbero comunque interlegati da una relazione di accoppiamento strutturale con i diversi sottosistemi sociali, tale per cui i cambiamenti della struttura interna rappresenterebbero l'effetto diretto dei mutamenti esterni. Luhmann concepisce la realtà sociale come un intreccio di mere correlazioni sistema-ambiente, il cui gioco, progressivamente sempre più complesso, resta aperto a possibilità infinite.

Nessuna "mano invisibile" guida segretamente la storia, selezionando provvidenzialmente i fatti e riducendo la contingenza dei fenomeni sociali, come sostenevano Hegel e Adam Smith. L'evoluzione dei sistemi, la loro crescente complessità è affidata contro ogni filosofia della storia di tipo organicistico o finalistico, all'intervento di fattori non solo causalmente indeterminati, ma in larga misura sottratti alla possibilità di controllo dei soggetti umani.

Sotto questo profilo la concezione luhmanniana costituisce una sfida all'antropocentrismo moderno che considera l'individuo come una "parte vivente" e relativamente autonoma della società e vede nel soggetto l'attore principale degli eventi e dei processi sociali. Contro questi assunti Luhmann

definite come una classe particolare di macchina che "produce continuamente se stessa, per mezzo di produzione continua e ricambio dei suoi componenti". La cit. alla p. 30.

sostiene che nelle moderne società differenziali e complesse i veri protagonisti dei processi sociali non sono più gli uomini o i gruppi con i loro bisogni materiali e i loro valori identitari, ma i ruoli e le funzioni, i sistemi e gli ambienti: un mondo di datità e relazioni, in qualche modo oggettive, nel quale gli individui operano come meri elementi interscambiabili e perfettamente fungibili.

In altri termini Luhmann attua una forma di desoggettivizzazione, una espunzione del tema del soggetto dall'indagine sociologica: il punto cruciale dei suoi interessi teorici è costituito dal sistema, o meglio, dai sistemi, dalle pieghe delle loro relazioni e dai *processi comunicativi* che mettono in relazione ciascuno di essi con gli altri sistemi e con l'ambiente esterno³⁷⁸. Ambiente e sistemi sarebbero uniti da un *rapporto coevolutivo*: nei sistemi semplici si riscontrano elementi strutturali essenziali, scarni, mentre nei sistemi sociali via via più complessi si rinvengono strutture ricche di presupposti.

³⁷⁸ Mentre i sistemi organici, che sono oggetto di indagine delle scienze naturali, prendono forma attraverso i processi di sintesi di determinate sostanze chimiche e i sistemi psichici funzionano attraverso la riproduzione di processi cognitivi, secondo la teoria proposta da Luhmann, l'operazione presente alla base della configurazione dei sistemi sociali sarebbe la comunicazione, che viene descritta come una sintesi di tre selezioni: 1) un atto comunicativo da parte di *ego*; 2) l'osservazione – che Luhmann definisce 'comprensione' – da parte di *alter*; 3) un'informazione riguardante un contenuto di senso, che secondo la comunicazione di *alter* l'atto comunicativo di *ego* gli avrebbe intenzionalmente riferito. Trattandosi di sistemi sociali, verrebbe spontaneo chiedersi: perché comunicazione e non azione? Dopotutto, una lunga tradizione, inaugurata da Max Weber e che passa attraverso Talcott Parsons, ha considerato l'azione come l'elemento basilico che dà forma al sociale, sicché in sociologia si è spesso parlato di sistemi d'azioni, altre volte di interazioni, ma mai prima di Luhmann di sistemi di comunicazioni. In realtà intendere la comunicazione esclusivamente come un tipo di azione, un discorso, un processo espressivo non fornirebbe alcuna comunicazione su ciò che viene comunicato e su chi comprende, accetta o rifiuta il contenuto della comunicazione. Per Luhmann *alter* deve avere l'opportunità di comprendere chi comunica e cosa viene comunicato. Anzi la comunicazione inizia da colui che comprende e non da colui che agisce. Inoltre per l'autore la comunicazione non rappresenta solo un passaggio e un trasferimento del sapere, delle notizie, delle informazioni da un centro ad un altro, poiché questo passaggio presuppone una comunanza che va oltre il codice comunicativo per spaziare nell'ambito selettivo delle informazioni da trasferire.

In particolare, con riferimento al diritto, Luhmann sostiene che esso rappresenta un sottosistema sociale che si evolve insieme alla società, man mano che crescono per gli uomini le possibilità di azione, le situazioni e gli eventi. Per l'autore il diritto può essere inteso come “la struttura di un sistema sociale che riposa sulla congruente generalizzazione di aspettative normative di comportamento”³⁷⁹.

Il diritto, rappresenta una struttura autopoietica della società, che fornisce l'elaborazione di diverse fattispecie astratte e funge, in questo modo, da meccanismo di semplificazione della complessità ambientale perché circoscrive il nucleo delle possibili aspettative comportamentali. Nella concezione luhmanniana il diritto ha la capacità, di volta in volta, di selezionare gli *inputs* ambientali (domande, petizioni, rivendicazioni) e di adattarli al codice comunicativo che governa il sistema giuridico, ordinando in questo modo la complessità. Aspetto, quest'ultimo, di non poco momento, se si considera che le società evolute, essendo basate su relazioni interpersonali complesse, ispirate al principio della *duplice contingenza*, offrono un'ampia rosa di strategie comportamentali, talvolta sovrapponibili e particolarmente intricate. Il diritto dunque è uno dei sottosistemi sociali in cui si articola la società.

Ed è questa la premessa teorica fondamentale da cui parte la concezione giuridica di Teubner, che pur tenendo in debito conto gli assunti teorici del maestro, rilegge in modo parzialmente divergente la sua concezione della società intesa come sistema chiuso di comunicazioni: in un sistema sociale, costituito da comunicazioni, i vari sottosistemi non solo potrebbero osservarsi

³⁷⁹ N. LUHMANN, *Sociologia del diritto* (1972), Laterza, Roma-Bari 1977, p. 127.

reciprocamente, ma potrebbero accoppiarsi comunicativamente dal momento che, secondo Teubner, usano lo stesso materiale, il senso, e si autocostruiscono mediante elementi che sono sia comunicazioni sociali in senso generale e sia elementi propri di quel sistema particolare. Teubner ottiene così la creazione di una comunicazione che supera la chiusura luhmanniana in quanto risulta contemporaneamente interna a più sistemi senza che sia necessario ipotizzare un trasferimento di informazione.

In particolare il sistema giuridico viene visto come un sistema sociale autopoietico di *secondo* grado in quanto rispetto alla società, concepita come sistema autopoietico di primo ordine, esso attua una chiusura operativa, nella misura in cui costituisce autoreferenzialmente le sue componenti, ma resta comunque aperto agli input esterni della società. Insomma il diritto si riproduce in modo chiuso come sistema di azioni autonomamente definite come giuridiche, ma la sua chiusura è bilanciata dall'apertura cognitiva che il sistema stesso mantiene nei confronti dell'ambiente. In particolare per l'autore l'autopoiesi giuridica può realizzarsi soltanto quando il sistema assume la forma di iperciclo, vale a dire di un circuito autoriproduttivo in grado di comunicare giuridicamente autodescrizioni delle componenti sistemiche. Il modello dell'iperciclo descrive bene la dinamica interna del sistema giuridico che, a parere di Teubner, raggiunto uno stadio di chiusura autopoietica, può essere letta nel senso di una "coevoluzione cieca", in quanto il mutamento giuridico risulta da una selezione prodotta in modo reciprocamente indipendente dai diversi sistemi sociali. Questa concezione del sistema giuridico come autoreferenziale e autopoietico presuppone che il sistema non ricerchi i punti fermi delle sue modalità operative

nell'ambiente esterno, con il quale pure mantiene un'apertura cognitiva, ma in se stesso, in modo che le operazioni del sistema corrispondano alla sua auto-descrizione³⁸⁰. Gli elementi strutturali del sistema, i suoi processi, i suoi confini si auto-riproducono ed auto-organizzano soltanto facendo ricorso a se stessi. Invero “l'autonomia del diritto si riferisce alla circolarità della sua auto-produzione e non ad una sua supposta indipendenza causale dall'ambiente”³⁸¹.

Nella teoria teubneriana il diritto viene creato e mantenuto dai sistemi sociali, ciascuno caratterizzato da una razionalità normativa propria, eterarchica, quasi mai ascrivibile ad una fonte della politica democraticamente legittimata. In effetti nel modello della differenziazione funzionale i diversi centri di interesse sociale generano una serie di sistemi normativi destinati inevitabilmente a sovrapporsi ed intersecarsi, opponendo resistenza a qualsivoglia classificazione ricompositiva e unitaria del diritto che ha come riferimento le gerarchie del diritto statale.

Sotto questo aspetto la legislazione politica perde la sua posizione privilegiata e diventa una delle numerose specie periferiche della costituzione del diritto all'interno della società³⁸².

Indubbiamente il pensiero socio-giuridico di Teubner illustra con notevole capacità esplicativa la crisi della tradizionale visione piramidale del diritto, ma lascia perplessi il modo in cui viene relegato nel passato il diritto statale con i suoi metodi di comando e di controllo. Il modello teubneriano rischia di sottostimare le sopravvivenze del paradigma moderno e di liquidare troppo

³⁸⁰ G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico* (1989), Giuffrè, Milano 1996, pp. 22-23.

³⁸¹ Ivi, p. 52.

³⁸² Cfr. G. TEUBNER, *I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto*, cit., p. 99.

velocemente la costellazione di valori liberali legati allo Stato di diritto³⁸³. Come abbiamo cercato di evidenziare, il diritto, benché incerto, duttile e mutevole, può conservare, a vari livelli, la sua capacità pratica e garantire un contenuto minimo di certezza e prevedibilità. Con questo non vogliamo velare ingiustificatamente come la diffusione di pratiche effettive di organizzazione spontanea e di autoregolamentazione dei comportamenti stia sottraendo allo Stato e alla sua volontà una sfera significativa di normatività.

È irenico che se in passato i soggetti erano incardinati in un ordine giuridico che operava entro i confini della territorialità statale e le loro esistenze erano regolamentate da riferimenti normativi certi e costanti, oggi il giuridico appare sempre più deterritorializzato e svincolato dalle procedure formali. Preme solo evidenziare che la diluizione della normatività giuridica nella regolazione sociale, se sganciata da ogni pretesa integratrice col modello pubblicistico, rischia di dire troppo o troppo poco. Sembra che si spinga troppo oltre Teubner quando osserva che “la gerarchia delle norme giuridiche in cui norme inferiori sono legittimate da norme superiori fino ad arrivare alle norme costituzionali che, a loro volta, sono legittimate dal soggetto sovrano democratico, si rivela un’immensa autoillusione del diritto”³⁸⁴. Oggi è evidente che il diritto assume una “tendenza anarchica”³⁸⁵, ma l’immagine del sistema ordinamentale verticistico normativistico, pur non essendo in grado di tradurre le attuali articolazioni pluralistiche del fenomeno giuridico, non ha affatto esaurito la sua

³⁸³ Su questi aspetti si rinvia a F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica* in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, cit., pp. 33-34.

³⁸⁴ G. TEUBNER, *I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto*, cit., p. 74.

³⁸⁵ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 5.

funzione³⁸⁶. Certo il presente non può essere letto con le lenti interpretative del passato e meno che mai il futuro. Ma è anche vero che nel passato si rinvengono i prodromi del presente e del futuro perché ogni epoca è fatta di aperture su ciò che si prepara e di rimandi all'indietro su ciò che è stato. La globalizzazione giuridica innerva un processo ricco di chiaroscuri in cui la nascita di nuovi luoghi di produzione del diritto non cancella la strutturazione sovrana del dispositivo normativo, ma la rimodula mettendola in rapporto con nuovi dispositivi dipendenti da domini non necessariamente giuridici.

5. Quale razionalità per il diritto contemporaneo?

Come è stato messo in evidenza nell'arco di questo lavoro, della globalizzazione sono state formulate molteplici definizioni, che la identificano, come ha scritto Giddens, con “l'intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località distanti, facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza”³⁸⁷ o, come sostiene Strange, con il “rovesciamento dell'equilibrio di potere fra stato e mercato”³⁸⁸, dal momento che le configurazioni classiche dell'autorità statale, verticali e strutturalmente monolitiche, di fronte all'emersione di nuovi soggetti economici capaci di attrarre a sé funzioni che prima erano di esclusiva pertinenza degli Stati, subiscono una metamorfosi della loro fisionomia. Su questa linea Beck

³⁸⁶ Su questi aspetti rinvio ai lavori di A. TUCCI, *Immagini del diritto. Tra attualità istituzionalistica e agency*, cit., ID. (a cura di), *Disaggregazioni*, cit., dove l'autore indaga le trasformazioni dello scenario politico-giuridico globale rileggendo e rielaborando i costrutti formali della scienza giuridica moderna entro nuove logiche.

³⁸⁷ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit. p. 71.

³⁸⁸ S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., p. 23.

osserva che l'espressione globalizzazione "allude precisamente ad una collocazione del politico al di fuori del quadro categoriale dello Stato-nazione, e perfino al di fuori dello schema che assegna i ruoli di ciò che vale come azione politica e non politica"³⁸⁹. E, ancora, Robertson, che ha proposto il fortunato termine *glocalization*, ne parla come di un "concetto che si riferisce sia alla compressione del mondo che all'intensificata coscienza dell'unitarietà del mondo"³⁹⁰, mettendo in luce l'interazione complessa fra universalismo e particolarismo dal punto di vista della percezione riflessiva che i soggetti hanno dell'intero processo. Insomma, l'espressione globalizzazione è assunta ormai nel lessico politico come "una categoria esplicativa generalissima, una sorta di nuovo paradigma del mondo contemporaneo"³⁹¹.

Dunque i tratti esplicativi del processo globale si rinvencono non solo, e non tanto, nella "contrazione della dimensione spaziale e di quella temporale"³⁹² – dovuta al formidabile sviluppo delle tecnologie informatiche e comunicative che hanno contribuito ad annullare le distanze reali – ma anche, e soprattutto, nelle trasformazioni della sfera istituzionale, intendendo con quest'espressione sia la sfera statale che quella giuridica. Infatti, se per alcuni la globalizzazione rappresenta la radicalizzazione di aspetti già presenti nella modernità³⁹³, per altri ancora, essa segna un momento di rottura dell'ordine giuridico di Westfalia – incentrato sugli Stati e su una configurazione centralistica del diritto – tale da far parlare di "cambio di paradigma"³⁹⁴ rispetto all'era moderna. Per questa seconda prospettiva, che pare più convincente a chi voglia guardare alla globalizzazione

³⁸⁹ U. BECK, *Cos'è la globalizzazione?*, cit., p.13.

³⁹⁰ R. ROBERTSON, *Globalizzazione*, cit. p. 23.

³⁹¹ D. ZOLO, *Globalizzazione*, cit., p. 12

³⁹² BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 35.

³⁹³ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 16.

³⁹⁴ V. COTESTA, *Esiste un paradigma sociologico della globalizzazione*, cit., p. 52.

come ad un processo multidimensionale³⁹⁵, la cesura rispetto al passato sarebbe segnata dalla perdita di *solidità* delle istituzioni giuridiche, dalla loro valenza fattuale, dall'emersione di processi multi-direzionali di *governance*³⁹⁶, volti a definire un nuovo ordine di rapporti, un ordine ispirato ad una diversa filosofia del potere che mescola opportunamente variabili pubbliche e private.

Come si è cercato di mettere in luce nel corso di questo lavoro, infatti, il potere degli Stati viene ormai continuamente insidiato da numerosi soggetti, sia pubblici che privati, che tendono a sottrarre loro quote di potere attraverso processi sia formali che informali: se, da un lato, gli Stati volontariamente aderiscono a organismi sovranazionali, come ad esempio l'Unione europea o il *World Trade Organization*, che limitano la loro sfera d'azione con una serie accordi e convenzioni, dall'altro, sempre più spesso, soggetti privati entrano in concorrenza con gli Stati senza aver bisogno di alcun atto formale. I vettori di potere non sono più predeterminabili, né sussumibili entro le forme della razionalità pubblica. Lo spazio globale si anima di soggetti sempre nuovi, mutevoli, che esprimono centri di interesse il più delle volte speculari e rivestono posizioni asimmetriche. Si tratta di soggetti che manifestano una

³⁹⁵ J. N. ROSENAU, *Governance, Order and Change in World Politics*, a cura di J. N. Rosenau ed E. O. Czempiel, Cambridge University Press, Cambridge 1992, p. 4 ove l'autore descrive la *governance* come una rete di attività sorrette da obiettivi condivisi raggiunti in modo informale e non governativo da soggetti non necessariamente istituzionali. La *governance*, così come il governo, rinvierebbe a condotte finalizzate, ad attività orientate verso obiettivi, a sistemi di norme, ma si differenzerebbe da esso per l'assenza di autorità e procedure formali che assicurino l'implementazione di politiche correttamente determinate. A riguardo si rinvia anche a L. BAZZICALUPO, *Globalizzazione: la prospettiva politica* in "Ars Interpretandi", n. 11, 2006, cit., p. 45 in cui l'autrice osserva che nell'odierna temperie culturale si diffonde il processo di *governance* post-democratica, con o senza *governament*, che vede affiancarsi attori non sovrani e attori sovrani, rapporti privati in intreccio orizzontale con quelli pubblici. Si tratta di forme di governo prive dell'architettura unitaria e piramidale dello Stato, disseminate, regolate da *mutual recognition agreement*. Poteri a macchia di leopardo, entità amministrative e regolamentari integrano lo Stato aggirando il controllo parlamentare e iniettando così elementi di extraterritorialità all'interno della sovranità nazionale.

³⁹⁶ V. GIORDANO, *Costituzionalismi e globalizzazione: diritti in trazione*, V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, cit., pp. 103-104

tendenza all'attivismo e allo strumentalismo verso il diritto: l'intera vita del diritto, anche nei suoi processi di *enforcement* sociale e istituzionale, è cogestita da questi nuovi attori sociali, che si attivano nella sfera giuridica al fine di produrre regole o pseudo-regole che rispondano alle loro esigenze³⁹⁷. *Law firms, trasnational corporations, non governamental organizations* creano il diritto affidandosi all'autogovernamentalità e dell'auto-imprenditorialità. La tecnica contrattuale rappresenta ormai uno strumento di regolazione importante, per una società civile che poco confida nella sintesi politica e tende ad affidare la mediazione sociale ai soggetti privati. La *governance* emergente si serve della *lex mercatoria*: un sistema di norme prodotto dai protagonisti della vicenda economica, che elaborano incessantemente nuove figure giuridiche, adatte alle sempre mutevoli esigenze dei traffici e capaci di diffondersi oltre ogni confine territoriale. È questo un diritto che predispone cornici giuridiche mutevoli, flessibili, elastiche che si prestano ad essere riempite di volta in volta di contenuti specifici.

Al giorno d'oggi, infatti, il significato tradizionale dei concetti giuridici esce svilito dal confronto con una realtà di diritti e poteri molto più complessa, più frammentata, più disarticolata di quella espressa dal modello giuridico della prima metà del Novecento. La preziosa mappatura delle categorie normative, che in passato aveva fermamente orientato le rotte interpretative dei giuristi, perde la sua efficacia originaria.

Certamente, come è stato osservato, nessuna delle categorie giuridiche con cui si esprime il diritto può essere ritenuta superata, né la norma, né la decisione, né la sovranità, ma nessuna di esse oggi riveste più il significato che la scienza

³⁹⁷M.R. FERRARESE, *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, cit. p. 158.

giuridica, consolidandosi nel tempo, le aveva conferito³⁹⁸. Sempre più spesso, infatti, si sente parlare di decodificazione, degiuridificazione, *deregulation*, per descrivere l'incapacità dello strumento giuridico di tradurre il nuovo assetto dei poteri sociali³⁹⁹.

Se il diritto moderno era dotato di forza legittima, stabilità, autoreferenzialità, certezza, durezza, oggi giorno sembra che il diritto abbia subito un indebolimento ontologico, che lo rende fluido, indefinito, flessibile, mutevole, incerto, continuamente espansivo e riottoso agli schematismi⁴⁰⁰. La plasticità degli attori globali, la duttilità delle forme giuridiche, la liquidità dei rapporti tra soggetti non possono che rendere opaca una rappresentazione formale e verticalistica della produzione normativa. L'icona della piramide, che tradizionalmente ha rappresentato l'epitome esclusiva del diritto, scende a compromesso con l'immagine della rete, fatta di "elementi o di punti, spesso definiti nodi, uniti tra di loro da legami o nessi che assicurano la loro interconnessione o la loro relazione"⁴⁰¹.

I processi globali sembrano dunque mettere in discussione la capacità di autorappresentazione e autoreferenzialità del diritto moderno che avevamo cercato di delineare nelle pagine iniziali di questo lavoro, facendo riferimento in particolare al modello teorico hobbesiano e a quello kelseniano. Nell'era globale "piani che apparivano ben delimitati si intersecano, livelli gerarchicamente ordinati si aggrovigliano, confini nitidamente tracciati appaiono ora sfocati e porosi, in certi casi addirittura cancellati, termini di un lessico pazientemente

³⁹⁸ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 3-4.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ Cfr. J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, cit., p. 4; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 26.

⁴⁰¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la Scienza giuridica?* in *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p.41.

codificato da generazioni di giuristi si sfilacciano, categorie teoriche tralatzie non riescono più ad uncinare la realtà, concetti che sembravano granitici si sfaldano a contatto con i nuovi fenomeni [...].⁴⁰² Il diritto dei nostri tempi è tutto un “pullulare di modelli che nascono e muoiono nell’incandescenza della prassi”⁴⁰³. La possibilità di controllo e di previsionalità, che in passato aveva costituito la ragion d’essere dei modelli ordinamentali, oggi cede il passo a logiche organizzazionali reattive, fondate su relazioni reciproche, autogestite e autobbliganti. Il diritto della globalizzazione rappresenta un ordine aperto a sempre nuovi soggetti, nuove forme e nuovi *iter* di produzione normativa. Non è identificabile con le norme scritte e non innerva un procedimento, ma un processo. Rinuncia all’invarianza e alla decisione come base della sua esistenza per configurare un insieme di “regole-cornice” o di “regole del gioco”. Insomma, accanto al diritto degli Stati, si è andato sviluppando un diritto “delle possibilità” di cui i soggetti-giocatori possono avvalersi secondo la loro “razionalità strategica”⁴⁰⁴.

I processi globali sembrano dunque compromettere la capacità di autorappresentazione e autoreferenzialità del diritto moderno, facendo vacillare la monoliticità della costruzione gerarchica ordinamentale, di matrice kelseniana, basata su una forma di razionalità ordinativa.

Fino a che punto, allora, è ancora possibile preservare quell’istanza formale moderna, che fa del diritto una ragione escludente le altre ragioni per agire?

Se la globalizzazione, come abbiamo cercato di rappresentare nel corso del nostro lavoro, delinea uno scenario liquido, cangiante, pluralistico in cui tutto

⁴⁰²M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p.1.

⁴⁰³Ivi, p. 200.

⁴⁰⁴M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 127.

diventa indistinto e l'idea di confine perde la sua ragion d'essere, il diritto assolve comunque una *ratio* funzionalista? Conserva tuttora una carica di neutralizzazione del conflitto? Ed ancora, indebolire la rappresentazione gerarchica dell'ordinamento giuridico dinanzi all'emersione di nuovi flussi di *governance* globale, significa necessariamente dover rinunciare all'istanza conoscitiva kelseniana basata su una lettura anti-ideologica del diritto? In altre parole, il diritto può svolgere ancora una funzione tecnica?

Come è stato detto, la tecnica del diritto comporta ancora la salvaguardia della molteplicità delle traiettorie di potere compresenti, rinunciando alla coerenza contenutistica e spesso anche formale, lasciandole sussistere tutte, alcune vincenti e altre provvisoriamente perdenti⁴⁰⁵.

In questo senso il diritto offrirebbe la propria strumentalità rinnovandosi quale mediazione strategica in uno scenario pervaso da poteri sempre più disarticolati, fluidi, precari.

Questi interrogativi si fanno ancora più significativi se si considera che la crisi dell'idea di confine non riguarda solo le distinzioni legate agli aspetti territoriali e ai rapporti tra economia e politica, ma investe anche i rapporti fra diritto e morale.

Il costituzionalismo contemporaneo, come si è visto nel corso di questo lavoro, non comporta necessariamente la radicale rinuncia alla categoria della neutralizzazione giuridica, dal momento che il ricorso al ragionamento morale all'interno dell'interpretazione costituzionale può anche non determinare la perdita di una capacità pratica autonoma del diritto.

⁴⁰⁵ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 41

E, allora, che tipo di razionalità può accompagnarsi al diritto globale? È ancora possibile ricostruire la teoria generale prescindendo dai contenuti etico-politici e attenendosi alla sola struttura formale e procedurale del diritto? Lo sconfinamento fra diritto, economia e morale rende efficace un approccio metodologico volto a separare le istanze conoscitive da quelle pratiche?

La razionalità logico-conoscitiva, quella che con termine gadameriano chiameremo *metodica* implica infatti un'operazione artificiale di continua separazione di aspetti formali e procedurali da quelli contenutistici⁴⁰⁶; al contrario, la razionalità pratico-ermeneutica, volta a riconoscere i principi che vengono fatti agire direttamente nella prassi interpretativa dei giudici, assecondando contenuti e promuovendo interpretazioni che includono il punto di vista interno degli interpreti, potrebbe conciliarsi meglio con l'estrema liquidità del diritto globale: se la positività è una pratica agita, una corretta metodologia dovrebbe darne conto.

Ma la razionalità pratico-ermeneutica, se da un lato mostra di essere capace di riconoscere il contesto etico-politico che orienta l'interpretazione dei giudici, dall'altro, sembra occultare i vettori di potere che sono dietro le decisioni. Una forma di razionalità che parte dal punto di vista interno dell'operatore giuridico e tende ad interpretare la fenomenologia giuridica alla luce di un sostrato valoriale dato per preesistente e pacificato non rischia, forse, di spersonalizzare e deresponsabilizzare la decisione giudiziaria? Non rischia di descrivere un modello sociale statico ed eticamente omogeneo? Fino a che punto il metodo pratico-ermeneutico è veramente adatto a descrivere la società globale senz'altro pluralista e altamente differenziata? È possibile interpretare le norme in senso

⁴⁰⁶ Ivi., p. 26.

unidirezionale? Nella prassi non accade, forse, che nascano nuove strategie interpretative di una norma, che si sostituiscono alle precedenti, facendo emergere tutta la valenza politica dell'attività ermeneutica?

L'istanza logico-conoscitiva, al contrario, affermando la possibilità di un'interpretazione autentica, fa emergere l'aspetto innovativo dell'attività interpretativa del diritto e, con i dovuti aggiustamenti, potrebbe permettere ancora un'efficace ricostruzione della teoria generale del diritto.

6. L'autorappresentazione del diritto fra principi morali e ragioni escludenti

Nelle pagine che seguono proveremo a ripercorrere la strada esclusivista per scoprire se e a quale prezzo può essere ancora possibile preservare la neutralizzazione giuridica di fronte alla costituzionalizzazione dei diritti e ai frequenti sconfinamenti fra diritto, economia e politica.

Come si è cercato di mettere in luce nell'arco di questo lavoro, la teoria raziana ha il merito di evidenziare come il diritto, nell'ambito di una concezione filosofica liberale, sia dotato di autoreferenzialità ed autorappresentatività, al punto da poter fornire dispositivi normativi capaci di orientare il comportamento umano, evitando di coinvolgere aspetti etici e ideologici.

Testualmente Raz: "Assumo che il diritto – ogni sistema giuridico che è vigente da qualche parte – esercita necessariamente un'autorità *de facto*. Ciò comporta

che il diritto avanzi la pretesa di essere un'autorità legittima o di essere considerato un'autorità legittima o ambedue le cose"⁴⁰⁷.

Le argomentazioni morali, i riferimenti a principi e valori, per l'autore, devono restare fuori dall'identificazione del diritto, pena l'incertezza e l'indeterminatezza dei suoi enunciati. In *Practical Reason and Norms* Raz descrive le direttive emanate da un'autorità normativa come "ragioni escludenti"⁴⁰⁸, "ragioni per non agire sulla base di specifiche ragioni soggettive"⁴⁰⁹, ragioni di secondo livello idonee a sostituire le motivazioni personali che avrebbero orientato l'agire individuale in assenza di un intervento legislativo dell'autorità. Se la validità del diritto venisse rimessa a valutazioni morali, oltre che a criteri oggettivi, essendo la morale, in questa concezione, data per intrinsecamente controversa e suscettibile di essere diversamente interpretata, il diritto perderebbe la sua capacità pratica, la sua pretesa di porsi come un modello idoneo ad orientare la condotta dei membri di una comunità.

La dottrina raziana, nel momento in cui esclude la compenetrazione del ragionamento morale nei confini del giuridico e attribuisce al diritto un intrinseco carattere autoritativo, finisce col collocarsi entro il solco della razionalità moderna che sin dall'inizio di questo lavoro abbiamo provato a delineare nei suoi aspetti centrali.

Così come per Raz gli aspetti valutativi non possono concorrere all'identificazione del diritto, allo stesso modo, come si è detto, nel sistema hobbesiano la validità della legge non deriva da un contenuto sostanziale, ma

⁴⁰⁷ J. RAZ, *Authority, Law and Morality*, cit, p. 215.

⁴⁰⁸ J. RAZ, *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, cit, p. 183.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

dipende dal fatto che viene emanata dal sovrano: per Hobbes “la legge non è un consiglio, ma un comando”⁴¹⁰. La sua validità giuridica non riposa su un contenuto di verità sostanziale, ma sull'autorità del potere costituito da cui promana. Autorità che ha il suo portato di ambivalenza e può essere leggibile in più direzioni. Carl Schmitt ha enfatizzato l'aspetto della decisione al punto da focalizzare le sue riflessioni teoriche sulla figura del sovrano, che erge a “esempio classico di pensiero decisionistico”⁴¹¹, dal momento che in Hobbes “tutto il diritto, tutte le norme e le leggi, tutte le interpretazioni di legge, tutti gli ordinamenti sono sostanzialmente [...] decisioni del sovrano e sovrano non è un monarca legittimo o un'istanza competente, ma esattamente colui che decide da sovrano”⁴¹².

Con questo si ha l'impressione che il filosofo di Plettenberg, volendo flettere il pensiero di Hobbes sulla sua concezione decisionista, finisca con l'opacizzare alcuni aspetti nodali della concezione hobbesiana, come il ruolo dei consociati, l'obbedienza, la razionalità individualistica che si dissolve nella razionalità condivisa. Certamente il Leviatano ha il monopolio della decisione, della produzione giuridica, dell'idea stessa di giustizia, ma il suo potere supremo resta pur sempre ancorato ad “un'*auktoritas* autorizzante individualistica”⁴¹³. L'ordine moderno si irradia dall'alto, ma è legittimato dal basso. E pare che questa prospettiva da cui guardare l'autorità sia stata velata ingiustificatamente.

D'altronde l'enfasi del momento decisionista trova una sua ulteriore compressione anche nel tipo di obbedienza richiesto dal sovrano: in un momento

⁴¹⁰T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 219.

⁴¹¹C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., pp. 263-264. Per una ricostruzione critica del pensiero di Schmitt si rinvia a S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma 2012.

⁴¹²Ibidem.

⁴¹³Cfr. G. PRETEROSSO, *Autorità*, cit., p. 56.

storico dilaniato dalla guerra civile e dai conflitti religiosi sembra che Hobbes incentri la sua concezione del potere non tanto sulla figura del sovrano, quanto sul contenuto della sovranità⁴¹⁴. Come si è detto, alla fine del capitolo XXXVII del *Leviatano*, quando affronta l'argomento dei "Miracoli e del loro uso", Hobbes sostiene che è il sovrano a stabilire la veridicità o meno di un miracolo, ma il suddito nel suo foro interno può riservarsi di crederci o non crederci⁴¹⁵. Non potendo rintracciare un ordine di verità o di giustizia univoco fra le diverse forze antagoniste, il sovrano non può pretendere un'obbedienza totale, né far valere un contenuto come diritto. Nel momento in cui Hobbes respinge l'obbedienza integrale dei sudditi e separa la coscienza interna dall'azione esterna fa del diritto una ragione escludente capace di neutralizzare il conflitto sociale.

Nell'arco di questo lavoro si è visto che anche nella concezione kelseniana la valutazione politico-morale dei contenuti del diritto è scissa dal riconoscimento della giuridicità: una norma è valida non in virtù di un contenuto di verità e giustizia, ma per la sua appartenenza legittimo-formale al sistema. Com'è noto, nella visione gradualistica kelseniana gli atti giuridici sono rappresentati attraverso l'immagine spaziale di un ordinamento che si sviluppa per piani di diverso livello e la determinazione della validità di una norma discende da un'analisi di tipo formale volta a stabilire se la sua produzione è avvenuta nelle forme e nei limiti prescritti dalla norma superiore⁴¹⁶. In tal senso il modello

⁴¹⁴ Cfr. A. CATANIA, *Lo Stato moderno*, cit., pp. 59-64.

⁴¹⁵ T. HOBBS, *Leviatano* (1651), cit., p. 362: "Un privato ha sempre la libertà (dal momento che il pensiero è libero) di credere o di non credere in cuor suo alle azioni presentate come miracoli, considerando il beneficio che può derivare dalla credenza degli uomini [...]. Ma quando si viene alla pubblica dichiarazione di quella fede, la ragione privata deve sottomettersi a quella pubblica, cioè al luogotenente di Dio".

⁴¹⁶ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 95-116.

nomodinamico si esplica nel fenomeno dell'autoproduzione del diritto che postula l'autoreferenzialità e la completezza dell'ordinamento giuridico. Il diritto è considerato capace di fornire sempre delle risposte conclusive anche quando una norma giuridica viene posta in essere in modo difforme dalle prescrizioni formali della norma di grado superiore oppure esulando dai limiti contenutistici da essa fissati⁴¹⁷.

Per Kelsen il contrasto fra atti giuridici di grado diverso è relativo e apparente. Relativo perché attiene al profilo procedurale. Apparente perché non è da intendersi nel senso di una contraddizione logica fra norme di livello diverso. La validità di una norma giuridica non conforme alla norma superiore è giustificata dalla stessa norma regolante che anziché sancire, essa stessa, l'inesistenza di una simile norma, collega a quell'eventualità l'instaurazione di un procedimento volto ad annullare la norma viziata⁴¹⁸. È il diritto stesso che risolve il conflitto fra norme di grado diverso. Il problema del contenuto è risolto attraverso la procedura.

Ciò nonostante, la dinamicità dell'ordinamento impedisce di vedere nel sistema normativo kelseniano un ordinamento giuridico autoreferenziale in senso forte⁴¹⁹. La struttura dinamico-autoritativa dello *Stufenbau* traspare comunque la politicità del diritto, l'elemento decisionale, l'intervento innovativo dell'uomo. Ben lontano dal configurare "un cieco formalismo"⁴²⁰, come vorrebbe Carl Schmitt, l'ordinamento giuridico kelseniano non configura affatto

⁴¹⁷IVI., pp. 112-116.

⁴¹⁸ Per una ricostruzione critica del concetto di validità giuridica in Hans Kelsen si rinvia a A. CATANIA, *La validità giuridica. Normativismo e Realismo nel secolo ventesimo: Kelsen, Hart, Ross e Olivecrona*, Gentile, Salerno 1994, pp.21-58.

⁴¹⁹ Cfr. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1998, pp. 49-50.

⁴²⁰C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), tr. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, p. 67.

un meccanismo puramente normativo perché la norma inferiore non è mai una mera applicazione della norma superiore, nel senso che pur essendo posta in essere secondo le modalità stabilite dalla norma regolante, presenta sempre un *surplus* innovativo. La creazione di una norma concreta comporta sempre un'azione, una scelta, un comportamento dell'uomo. In questo modo Kelsen congiunge l'autoproduzione del diritto alla sua effettualizzazione. Certamente a livello prassiologico è proprio questo ciò che si verifica: gli operatori giuridici devono adattare la fattispecie legislativa al caso concreto e in questo processo di sussunzione l'elemento della discrezionalità viene inoculato nel diritto, comprimendo inevitabilmente la capacità pratica del giuridico.

Al contrario la lettura raziana della validità del diritto, distinguendo l'applicabilità dall'appartenenza, almeno nei suoi presupposti teorici, fa salva la pretesa di autorità del giuridico. Nel saggio *The Nature of Legal Positivism* Raz osserva che “una teoria generale del diritto è accettabile soltanto se i criteri da essa adottati per identificare il contenuto del diritto e verificare la sua esistenza dipendono esclusivamente da fatti relativi al comportamento umano, capaci di essere descritti mediante termini non valutativi e applicati senza fare ricorso ad argomentazioni morali”⁴²¹. Come pure in *Authority, Law and Morality* l'autore mette in luce che “tutto il diritto deriva da una fonte”⁴²² e che “il diritto deriva da una fonte se la sua esistenza e il suo contenuto possono essere identificati

⁴²¹J. RAZ, *The Nature of Law and natural Law*, in ID., *The Authority of Law*, cit., Oxford 1979, pp. 39-40.

⁴²²J. RAZ, *Authority, Law and Morality*, cit., pp. 210.

soltanto attraverso il riferimento a fatti sociali, senza ricorrere ad alcun argomento sostanziale⁴²³.

Per Raz dunque gli aspetti valutativi non possono rappresentare una condizione di validità del diritto: quando accade che alcune norme autorizzano i giudici ad appellarsi ai principi morali, non li rendono con ciò giuridicamente validi, né li rendono condizioni di validità di altre norme, ma semplicemente li rendono applicabili e vincolanti nella risoluzione di una particolare controversia. Le norme giuridiche vincolano i funzionari, ma non tutto ciò che orienta i funzionari è giuridicamente valido, nel senso che appartiene al diritto di quella comunità. Il rinvio del diritto ad argomenti valutativi, di per sé inevitabile nella pratica giurisprudenziale, sarebbe un rinvio esterno, in sostanza, un rinvio ad un altro sistema, quello della morale, con cui il diritto avrebbe contingentemente delle relazioni⁴²⁴, così come accade nei rapporti con gli ordinamenti giuridici stranieri⁴²⁵. La distinzione fra validità come appartenenza e validità come applicabilità⁴²⁶ permette a Raz, da un lato di giustificare l'ampio ricorso da parte dei giudici ad argomenti valutativi, dall'altro di non compromettere l'originaria

⁴²³ Ivi, p. 211.

⁴²⁴ Cfr. V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., p. 198.

⁴²⁵ A differenza del rinvio al diritto straniero, che obbliga gli operatori giuridici ad applicare determinate normative, il rinvio alla sfera morale lascerebbe al potere decisionale del giudice ampi margini di discrezionalità nell'individuazione della norma da applicare al caso concreto. In questo iato si colloca la critica di Juan Moreso, il quale sottolinea l'inadeguatezza della distinzione raziana tra appartenenza ed applicabilità rispetto al ragionamento morale: se il sistema morale, nella ricostruzione raziana, viene concepito alla stregua del diritto straniero o del sistema metrico decimale, per l'autore la porta della discrezionalità non dovrebbe restare aperta soltanto nell'individuazione degli *standard* morali. Cfr. J. MORESO, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in "Ars Interpretandi", n. 6, 2001, pp. 335-365.

⁴²⁶ L'origine di questa distinzione nel percorso dell'autore risale a J. RAZ, *The Identity of Legal Systems*, in ID., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 101-102 e pp. 119-120. Per una letteratura critica di riferimentosì rinvia principalmente a J. COLEMAN, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in ID. (Ed.), *Hart's Postscript*, cit., pp. 404-405; E. BULYGIN, *Tempo e Validità*, in ID., *Norme, Validità, Sistemi normativi*, cit., pp. 65-88; J. MORESO, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 340-342; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., pp. 197-199.

ratio funzionalista della norma di riconoscimento, dal momento che i valori morali sostanziali, intrinsecamente incerti e mutevoli, restano fuori dai criteri identificativi del diritto.

Come si è detto nel terzo capitolo, negli intenti di Herbert Hart la norma di riconoscimento viene introdotta nel sistema normativo perché assolve la funzione cardine di rimediare all'incertezza circa il giuridico che si presenta nel passaggio da una società semplice, ove l'individuazione del diritto non presenta problematicità, ad una società via via più complessa⁴²⁷. Certamente Hart nel poscritto osserva che non ha mai posto tra gli scopi della norma fondamentale l'esclusione di ogni incertezza e che, al contrario, ha sempre sostenuto la possibilità di tollerare un margine di indeterminatezza, al fine di rendere maggiormente consapevole l'emissione di alcune decisioni giudiziarie⁴²⁸. Tuttavia, argomentando in questo modo, sembra finire inevitabilmente per opacizzare la capacità di giustificazione pratica del diritto: nel momento in cui ammette che in alcuni ordinamenti giuridici, come ad esempio gli Stati Uniti, la norma fondamentale, oltre a riconoscere criteri fattuali, esercita pressioni sostanziali sul tenore della legislazione, selezionando in base al contenuto oltre che al *pedigree*⁴²⁹, annoda a doppio filo il criterio dell'identificazione della validità giuridica a valutazioni, morali, soggettive e controverse. Insomma,

⁴²⁷H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 112: "La forma più semplice di rimedio per l'incertezza del sistema di norme primarie è l'introduzione di quella che chiameremo "una norma di riconoscimento". Questa specifica alcune caratteristiche, il cui possesso da parte di una certa norma è considerato come un'indicazione affermativa e decisiva circa la sua qualificazione come una norma del gruppo che deve essere sostenuta dalla pressione sociale esercitata da questo".

⁴²⁸IVI., pp. 322-323: "È certamente vero che una funzione importante della norma di riconoscimento consiste nel favorire la certezza con cui il diritto può essere riconosciuto. Questo non si potrebbe ottenere se i criteri introdotti per il diritto non soltanto facessero sorgere questioni controverse in qualche caso, ma le facessero sorgere anche in tutti o in molti casi. Ma l'esclusione di ogni incertezza a qualsiasi costo in altri valori non è una mèta che io abbia contemplato per la norma di riconoscimento".

⁴²⁹IVI., p. 322.

condizionando l'identificazione del diritto alle argomentazioni valutative dei giudici, finisce con l'incorporare nel giuridico proprio quel soggettivismo che il diritto stesso avrebbe dovuto regolamentare, "rendendo impraticabile, in questo modo, anche una concezione minimale dell'autorità pratica del diritto"⁴³⁰.

D'altro canto anche l'approccio esclusivista finisce col prestare il fianco all'inevitabile discrezionalità dei processi interpretativi dei giudici dal momento che una direttiva non può mai essere linguisticamente determinata⁴³¹. Il linguaggio giuridico, alla stregua di qualsiasi altro canale linguistico, ha una struttura irriducibilmente aperta. Contendendo termini generali non può che essere polisenso, indeterminato, riconducibile a diversi risultati esegetici.

⁴³⁰V. GIORDANO, *Principi, Ragioni e convenzioni sociali*, in V. GIORDANO, A. TUCCI (a cura di) *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, cit., p. 62.

⁴³¹Riguardo al problema della vaghezza del linguaggio giuridico cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 146- 159. In particolare a p. 148 l'autore osserva: "Anche quando si usano norme generali formulate verbalmente possono saltare fuori in particolari casi concreti delle incertezze relative al tipo di comportamento da queste richiesto. Le situazioni di fatto generali non ci attendono già distinte l'una dall'altra, e contrassegnate come esempi della norma generale, la cui applicazione è in questione: né la norma stessa può farsi avanti reclamando i propri esempi. In tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire". Raz prova a difendere la capacità pratica del diritto adducendo che «una ragione escludente può escludere tutte o soltanto una determinata classe di ragioni di primo livello. L'ambito di applicazione di una ragione escludente coincide con la classe di ragioni che essa esclude. Proprio come ogni ragione ha una forza intrinseca [...] così ogni ragione di secondo livello, oltre ad una forza specifica, ha un ambito di applicazione intrinseco su cui possono influire ragioni in grado di influenzare tale ambito di applicazione. Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 151-153. Una ricostruzione critica della replica raziana si rinviene in A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo H.L.A. Hart*, cit., pp. 132-134 dove l'autore osserva che l'argomentazione raziana non è del tutto chiara e può essere interpretata in almeno due modi differenti. Secondo una prima interpretazione le ragioni di secondo grado non rimpiazzerebbero necessariamente tutte le ragioni di primo livello, ma soltanto quelle che ricadono nel loro ambito di applicazione. Per l'autore se è questo il significato da attribuire alla linea difensiva raziana allora essa potrebbe essere efficace soltanto qualora fosse possibile determinare apriori l'ambito di applicazione di una direttiva e non dovesse, invece, essere precisato e circoscritto di volta in volta in relazione al verificarsi di nuove situazioni concrete. Una seconda chiave di lettura potrebbe essere la seguente: il fatto che una ragione escluda determinate ragioni di primo livello non implica che il suo ambito di applicazione sia predeterminato in quanto potrebbero sussistere ulteriori ragioni di primo grado che ne restringono la portata. Per l'autore, se Raz intende sostenere questa tesi, allora deve riconoscere che una ragione può essere escludente soltanto *prima facie* perché si presta ad essere sempre bilanciata con le ragioni di primo livello.

Certamente il conflitto etico rende ben più soggettivo il momento interpretativo del diritto rispetto a quanto scaturisce dall'indeterminatezza semantica, perché il bilanciamento dei valori richiede il ricorso al ragionamento morale e l'adozione di argomentazioni sostanziali, ma è anche vero che la razionalità metodica esclusivista, implicando un'operazione artificiale di continua separazione degli aspetti formali da quelli contenutistici, mostra il limite di una rigidità costruttiva eccessiva rispetto alla concretizzazione del diritto: se la pratica giudiziaria include criteri morali, una corretta metodologia dovrebbe darne atto.

D'altra parte, fino a che punto il ricorso al ragionamento morale è veramente capace di contenere, di arginare la discrezionalità interpretativa, nel senso rivendicato dagli inclusivisti? Se gli operatori giuridici interpretano il diritto facendo riferimento ai valori e ai principi che pervadono l'ordinamento, allora, la società rischia di essere considerata statica e perfettamente giuridicizzata: non c'è differenza tra ciò che si vorrebbe ottenere attraverso il diritto e ciò che già si fa⁴³². Ma il sistema sociale non è sempre omogeneo. In ogni comunità le persone, nella loro irripetibile individualità, rappresentano il cuore pulsante della vita, dei valori, delle scelte, dei bisogni sociali. Entrano in gioco con l'altruità, l'estraneità, l'esistenza di società diverse e in questo processo di azioni e reazioni a catena costruiscono e decostruiscono la loro identità valoriale.

⁴³² Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 30.

BIBLIOGRAFIA

Abignente A., *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003.

Alexy R., *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino 1997.

Ampola M., Corchia L., *Dialogo su J. Habermas, Le trasformazioni della modernità*, ETS, Pisa 2007.

Augè M., *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità* (1992), Elèuthera, Milano 1993.

Austin J., *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), tr. it. a cura di M. Barberis, il Mulino, Bologna 1995.

Azzariti G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013.

Baldassare A., *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2002.

Balibar E., *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo stato, il popolo* (2001), Manifestolibri, Roma 2004.

Barbalet J.M., *Cittadinanza. Diritti: conflitto e disuguaglianza sociale* (1988) Liviana, Torino 1992.

Barberis M., *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in "Ragion Pratica" n. 14, 2000.

Bauman Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone* (1998), Laterza, Roma-Bari 1999.

Bayon J.C., *Derecho convencionalismo y controversia*, in P.E. Navarro, M.C. Redondo (a cura di), *Sulla rilevanza pratica del diritto*, in "Ragion Pratica", n. 13, 1999.

Bazzicalupo L., *Appunti delle lezioni di Storia delle Dottrine politiche*, Gentile, Salerno 1999.

Bazzicalupo L., *Politica, identità, potere. Il lessico politico alla prova della globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2004.

L. Bazzicalupo, *Globalizzazione: la prospettiva politica* in "Ars Interpretandi", n. 11, 2006.

Beck U., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria* (1997), tr. it di E. Cafagna e C. Sandrelli, Carocci, Roma 1999.

Beck U., *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, tr. it. di H.C. Riediger, Einaudi, Torino 2000.

Beck U., *Costruire la propria vita. Quanto costa la realizzazione di sé nella società del rischio?*, il Mulino, Bologna 2008.

Bentham J., *Un frammento sul governo* (1823), Giuffrè, Milano 1980.

Berman H. J. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna 1998.

Bittner C., *Recht als interpretative praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*, Berlin, 1988.

Bix A., *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet and Maxwell, London 1996.

Bobbio N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955.

- Bobbio N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960.
- Bobbio N., *Principi generali del diritto*, in "Novissimo Digesto italiano", XIII, 1966.
- Bobbio N., *Intervento*, (Congresso tenuto a Pavia il 2 maggio 1966, in Aa.Vv., Tavola rotonda sul positivismo giuridico), Quaderni della Rivista "Il Politico", Giuffrè, Milano 1967.
- Bobbio N., *Il problema della guerra e le vie della pace* (1966), il Mulino, Bologna 1979.
- Bobbio N., Bovero M., *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1979.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.
- Bobbio N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994.
- Bobbio N., *Thomas Hobbes* (1989), in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, Utet, Torino 2004.
- Bonacchi G., *Una Costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologna 2001.
- Bongiovanni G., *La teoria "costituzionalistica" del diritto di Ronald Dworkin*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1999.
- Bratman M.E., *Shared Cooperative Activity*, in "Philosophical review", n. 101/ 2, 1992.
- Bratman M. E., *Shared Intentions*, in "Ethics" n. 104, 1993.
- Bratman M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Brena G. L., *Etica pubblica e pluralismo* (a cura di), Messaggero, Padova 2001.
- Bull H., *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977.
- Bulygin E., *Tempo e validità* (1981), in Id., *Norme, Validità, Sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995.

- Bulygin E., *Norme, Validità, Sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995.
- Bulygin E., *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Calamandrei P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, La nuova Italia, Firenze 1946.
- Calsamiglia A., *El concepto de integridad en Dworkin*, in "Doxa", n. 12, 1992.
- Carbonnier J., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Carlizzi G., Omaggio V., *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010.
- Cassese S., *Lo Spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003.
- Cassese S., *Globalizzazione del diritto in XXI secolo* *Enciclopedia italiana*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 2009.
- Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009.
- Catania A., *Decisione e norma*, Jovene, Napoli 1979.
- Catania A., *La validità giuridica. Normativismo e Realismo nel secolo ventesimo: Kelsen, Hart, Ross e Olivecrona*, Gentile, Salerno 1994.
- Catania A., *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Giappichelli, Torino 1996.
- Catania A., *Diritto naturale e diritto positivo nella tradizione occidentale. Costituzione e diritti umani*, in "Ragion Pratica", n. 11, 1998.
- Catania A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1998.
- Catania A., *Filosofia del diritto. Temi e problemi*, Gentile, Salerno 1999.

- Catania A., *Stato, cittadinanza e diritti*, Giappichelli, Torino 2000.
- Catania A., *Trasformazioni del diritto in un mondo globale* in “Ars Interpretandi”, n.11, 2006.
- Catania A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell' età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- Catania A., *Diritto positivo ed effettività*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.
- Catania A., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, a cura di V. Giordano, Giappichelli, Torino 2013.
- Celano B., *La regola di riconoscimento è una convenzione?* in “Ragion pratica”, n. 21, 2003.
- Coleman J., *Negative and Positive Positivism* (1982), in Id., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1988.
- Coleman J.L., *On the relationship between Law and Morals*, in “Ratio Juris”, n. 2, 1989.
- Coleman J., *Authority and Reason*, in R. P. George (ed), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Coleman J., *Incorporationism, Conventionality, and Practical Difference Thesis*, in J.L. Coleman (ed.), *Hart's Postscript . Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Coleman J., *La pratica dei principi . In difesa di un approccio pragmatistico alla teoria del diritto* (2001), il Mulino, Bologna 2006.
- Comanducci P., Guastini R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989.

Comanducci P., *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.

Cotesta V., *Esiste un paradigma sociologico della globalizzazione?* in Id. *Ragionare di globalizzazione*, Franco Angeli, Milano 2003.

Crisafulli V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1941.

Dal Lago A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano 1999.

Dare T., *Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, n.17, 1977.

De Rose C., *Il soggetto situato. La spiegazione delle azioni umane tra libertà individuale e determinismi sociali*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2001.

De Sousa Santos, *Toward a new Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emantipation*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

De Vita R., Donati P., Sgritta G. B. (a cura di), *La politica sociale oltre il Welfare State*, Franco Angeli, Milano 1994.

Derrida J., *Firma, evento, contesto*, in “Aut aut”, 1987.

Dogliani M., *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna 1994.

Dworkin R., *I diritti presi sul serio* (1977), il Mulino, Bologna 1982.

Dworkin R., *L'impero del diritto* (1986), Il Saggiatore, Milano, 1989.

Dworkin R., *Questioni di principio* (1985), Il Saggiatore, Milano, 1990.

Dworkin R., *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996.

Facchi A., *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari 2004.

Fallon R.H., *A Constructivis Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in "Harvard Law Review", Vol. 100 n. 6, 1987.

Featherstone M., *La cultura dislocata: globalizzazione, postmodernismo, identità*, Seam, Roma 1998.

Ferrajoli L., *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1970.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989.

Ferrajoli L., *Cittadinanza e diritti fondamentali* in "Teoria politica", n. 9, 1993.

Ferrajoli L., *Cittadinanza, proprietà, diritti della persona*, in "Politica ed economia", n. 3, 1993.

Ferrajoli L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona* in D. Zolo (a cura di), *La Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994.

Ferrajoli L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari 1997.

Ferrajoli L. (a cura di), *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001.

Ferrajoli L., *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, voll. I e II, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007.

Ferrajoli L., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari 2013.

Ferrara M., *Le trappole del Welfare*, il Mulino, Bologna 1998.

Ferrarese M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000.

Ferrarese M.R., *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, in Enciclopedia delle scienze sociali, vol.IX, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 2001.

Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione* in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano 2001.

Ferrarese M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna 2002.

Ferrarese M. R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006.

Ferrarese M. R., *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto utile*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torini 2008.

Ferrarese M. R., *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012.

Ferrari V., *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 2000.

Fioravanti M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009.

Foucault M., *Bisogna difendere la società* (1997), a cura di M. Bertani e A. Fontana, Feltrinelli, Milano 1998.

Foucault M., *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino 1977.

Galeotti A. E., *Joseph Raz e il perfezionismo liberale*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano 1999.

Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005.

Galli C., *Spazi politici. L'età moderna e l'era globale*, il Mulino, Bologna 2011.

Gauthier D.P., *The Logic of Leviathan – The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes*, Oxford University Press, Oxford 1969.

Gianformaggio L. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 1993.

Giddens A., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio. Sicurezza e pericolo* (1990), il Mulino, Bologna 1994.

Giordano V., *Il positivismo e la sfida dei principi*, ESI, Napoli 2004

Giordano V., *Accordi e disaccordi: note critiche sul positivismo “debole”*, in V. Omaggio (a cura di), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2005.

Giordano V., *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, ESI, Napoli, 2008.

Giordano V., *Democrazia deliberativa e vocazione universale dei diritti*, in L. Bazzicalupo, A. Tucci (a cura di), *Il grande crollo. È possibile un governo della crisi economica?*, Mimesis, Milano-Udine 2010.

Giordano V., *Costituzionalismi e globalizzazione: diritti in trazione*, V. Giordano, A. Tucci, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013.

Giordano V., Tucci A., *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013.

Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001.

Grossi P., *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari 1995.

Guastini R., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* in "Ragion Pratica" n. 11, 1998.

Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti. Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1998.

Guastini R. *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001.

Guest S., *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1992.

Habermas J., *Morale Diritto Politica*, a cura di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992.

Habermas J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini e Associati, Milano 1996.

Habermas J., Taylor C., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it. di L. Ceppa e G. Rigamonti, Feltrinelli, Milano 1998.

Habermas J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano 1999.

Habermas J., *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?*, in Id., *L'occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari 2005.

Habermas J., *L'occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari 2005.

Hart. H. L. A., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964.

Hart H.L. A., *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore* (1961), tr. it. a cura di Mario A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002.

Haut Conseil à l'Intégration, *Rapports au Premier Ministre*, La Documentation française, Paris, 1991

Held D., *Citizenship and Autonomy*, in Id., *Political Theory and the Modern State*, Stanford University Press, Stanford 1989.

Himma K. E., *The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism*, "Law and Philosophy", n. 20, 2001.

Himma K. E., *Inclusive Legal Positivism*, in J. L. Coleman, S. Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.

Hobbes T., *Leviatano* (1651), a cura di A. Pacchi e con la collaborazione di A. Lupoli, Laterza, Roma-Bari 1998.

Jori M., *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980.

Kant I., *Per la pace perpetua. Progetto filosofico* (1795) in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it. di G. Solari e G. Vidari, UTET, Torino 1965.

Kelsen H., *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1963.

Kelsen H., *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino 1966.

Kelsen H., *La pace attraverso il diritto* (1944), Giappichelli, Torino 1990.

Kelsen H., *Teoria generale delle norme*, tr. it. a cura di M. G. Losano, Torino 1985.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 2000.

Koselleck R., *Critica illuministica e crisi della società borghese*, tr. it. a cura di V. Polacchini, il Mulino, Bologna 1972.

Kymilicka W., *Introduzione alla filosofia politica contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 1996.

La Torre M., *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino 2004.

Lafer A., *A Reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, São Paulo 1988.

Latouche S., *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'informazione planetaria* (1989), Bollati Boringhieri, Torino 1992.

Lewis D., *La convenzione. Uno studio filosofico* (1969), Bompiani, Milano 1974.

Llewellyn K.N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little, Brown & Co, Boston 1960.

Luhmann N., *Sociologia del diritto* (1972), Laterza, Roma-Bari 1977.

Luhmann N., *La differenziazione del diritto* (1981), il Mulino, Bologna, 1990.

Luhman N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 2001.

MacCormick N., *Dworkin as a pre-benthamite*, in M. Coehn (ed by), *Ronald Dworkin and contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 1983.

MacCormick N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, tr. it. a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino 2001.

MacIntyre A., *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale* (1984), Feltrinelli, Milano 1988.

Magnaghi A., *Il progetto locale. Verso il senso del luogo*, Bollati Boringhieri, Torino 2010.

Marmor A., *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Marmor A., *Legal Conventionalism*, in J. Coleman, *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.

Marramao G., *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Bollati Boringhieri, Torino 2000.

Marramao G., *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

Marshall H., *Cittadinanza e classe sociale* (1947), a cura di Paolo Maranini, Utet, Torino 1976.

Matteucci M., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna 1997.

Maturana R., Varela F.J., *Autopoiesi e cognizione. La realizzazione del vivente* (1980), pref. di G. De Michelis, Marsilio, Venezia 1985.

Mazzarese T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.

Mazzarese T., *Mutamenti dei sistemi giuridici e globalizzazione* in “Ars Interpretandi” n. 11, 2006.

McFall Lynne, *Integrity*, “Ethics”, 1987.

Meyer A., *World Society and the Nation State*, in “American Journal of Sociology”, n.103, 1997.

Meyrowit J., *Oltre il senso del luogo. L'impatto dei media elettronici sul comportamento sociale*, tr. it. a cura di N. Gabi, Baskerville, Bologna 1993.

Miller D., *On Nationality*, Oxford University Press, New York 1995.

Mitrophanous H., *Soft Positivism*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, n.17, 1997.

Moore M., *Interpreting Interpretation*, in A. MARMOR (ed.by), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Morigiwa Y., *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, in “Southern California Law Review”, n. 62,1989.

Moreso J.J., *In difesa del positivismo giuridico inclusivo*, tr. it. a cura di E. Pariotti, in “Ars interpretandi”, n. 6, 2001.

Omaggio V., *Justus Metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli 2000.

Omaggio V., *Interpretazione giuridica*, in U. Pomarici, *Atlante di filosofia del diritto*, Vol. II, Giappichelli, Torino 2012.

Ost F., van de Kerchove M., *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la Scienza giuridica?* in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008.

Pariotti E., *Dal pluralismo al multiculturalismo: ragione pubblica e geometria delle appartenenze*, in G. L. Brena (a cura di), *Etica pubblica e pluralismo*, Messaggero, Padova 2001.

Pasquino G., *La società europea degli anni ottanta: divisioni di classe, conflitto di classe e diritti di cittadinanza*, in Id., *Le società complesse*, il Mulino, Bologna 1983.

Pastore B., *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Renzo e Rean Mazzoni editori, Palermo 1985.

Pastore B., *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino 1990.

Pennacchi L., *Lo stato sociale del futuro*, Donzelli, Roma 1997.

Pietropaoli S., *Schmitt*, Carocci, Roma 2012.

Pino G., *The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States*, in “Law and Philosophy”, n. 18, 1999.

G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013.

- Pintore A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano 1982.
- Pomarici U. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Vol. II, Giappichelli, Torino 2012.
- Postema G.J., *Protestant Interpretation and Social Practices*, in “Law and Philosophy”, n. 6, 1987.
- Pozzolo S., *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, in “Analisi e diritto” 1998.
- Pozzolo S., *Neocostituzionalismo e Positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001.
- Preterossi G., *Autorità*, il Mulino, Bologna 2002.
- Preterossi G., *L'Occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari 2004.
- Preterossi G., *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari 2011.
- Prieto Sanchis L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, Mexico 1997
- J. Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in ID., *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1979.
- Raz J., *The Nature of Law and natural Law*, in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979.
- Raz J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, (I ed. 1986) , 1988.
- Raz J., *Authority and Justification*, in Id. (ed by) *Authority*, Basil Blackwell, Oxford 1989.
- Raz J., *Authority, Law and Morality*, in Id., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (Revised Edition), Oxford University Press, Oxford 1995.
- Raz J., *Multiculturalism*, in “Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of law”, 1998.

Raz J., *Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment*, in "Legal Theory", n. 4, 1998.

Raz J., *Practical Reason and Norms* (with a new postscript), Oxford University Press, Oxford 1999.

Raz J., *The Purity of the Pure Theory* (1983), ora in D. Lloyd, (Lord of Hampstead), M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (fifth edition), Stevenson and Sons, London 1985.

Redondo M. C., *Sulla rilevanza pratica del diritto*, in "Ragion Pratica", n. 13, 1999.

Reinicke W., *Global Public Policy: Governing without Government?*, Brookings Institution Press, Washington 1998.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012.

Rodotà S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 1997.

Rosenau J. N., *Governance, Order and Change in World Politics*, a cura di J. N. Rosenau ed E. O. Czempiel, Cambridge University Press, Cambridge 1992.

Ruffini F., *Diritti di libertà*, Ed. P. Gobetti, Torino 1926.

Sanchis P., *La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas*, in J. Betegon, M. Gascon, J. R. de Paramo, L. Prieto, *Lecciones de teoría del derecho*, M. C. Graw Hill, Madrid 1997.

Scarpelli U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965
ripubblicato a cura di A. Catania e M. Jori, ESI, Napoli 1997.

Scarpelli U., *Punto di vista interno e punto di vista esterno alle norme*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna 1980.

Scarpelli U., *Il metodo giuridico* (1971), ora in ID., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna 1982.

Scarpelli U., *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987), ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005.

Scarponi S. (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano 2001.

Schiavello A., *Il diritto come integrità : incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1998.

Schiavello A., *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino 2004.

Schiavello A., *La lungimirante "eterodossia" del positivismo giuridico di Scarpelli*, in *Politeia*, XX, n. 73, 2004.

Schiavello A., Velluzzi V. (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005.

Schiavello A., *R. Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio*, in "Rivista di filosofia del diritto", n. 1, 2014.

Schiera P., *Specchi della politica. Disciplina, melanconia, socialità nell'Occidente moderno*, il Mulino, Bologna 1999.

Schiera P., *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno* in P. Schiera, G. Chittolini, A. Molho (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, il Mulino, Bologna 1994.

Schiera P., Chittolini G., Molho A. (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, il Mulino, Bologna 1994.

Schmitt C., *I tre tipi di pensiero giuridico*, tr. it., parziale, in Id., *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, 1972.

Schmitt C., *Il custode della costituzione* (1931), tr. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981.

Schmitt C., *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in Id., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di G. Galli, Giuffrè, Milano 1986.

Scidà G. (a cura di), *Ragionare di globalizzazione*, Franco Angeli, Milano 2003.

Searle J.R., *Speech Acts. An Essay in the philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.

Sen K., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), tr. it. a cura di G. Rigamonti, Mondadori, Milano 2000.

Senese S., *La protezione internazionale dei diritti fondamentali*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologna 2001.

Shils A., *Primordial, personal, sacred and civic ties*, in "British Journal of Sociology", 1957.

Smith A. D., *Le origini etniche delle nazioni* (1986), il Mulino, Bologna 1992.

Smith A. D., *Nationalism in the Twentieth Century*, New York University Press, New York 1987.

Smith A. D., *Il revival etnico* (1981), il Mulino, Bologna 1984.

Sorrentino F., *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in "Politica del diritto", n. 2, 1994.

Streeck W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano 2013.

Strange S., *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere* (1996), il Mulino, Bologna 1998.

Suganami H., *The domestic analogy and Word Order Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

Teubner A., *Diritto policontesturale. Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli 1999.

G. Teubner, A. Fischer Lescano, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma 2005.

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

Teubner G., *I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto*, in Id., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La città del sole, Napoli 1999.

Teubner G., *Il diritto come sistema autopoietico* (1989), Giuffrè, Milano 1996.

Thrift N., *Spatial Formations*, Sage Publications, Thousand Oaks (California) 1996.

Tomlinson J., *Sentirsi a casa nel mondo* (1999), Feltrinelli, Milano 2001.

Tucci A., *Discorso biologico e questione identitaria. Ambiguità dell'approccio multiculturalista*, in Lucrezi F., Bazzicalupo L. (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica e biopolitica*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010.

Tucci A., *Etnia come oggettivazione dell'altro*, in Amendola A., Bazzicalupo L. (a cura di), *Dopo il nomos del moderno? Uguaglianza, neutralità, soggetto*, ESI, Napoli 2006.

Tucci A., *Immagini del diritto. Tra attualità istituzionalistica e agency*, Giappichelli, Torino 2012.

Tucci A., *Globalizzazione giuridica e processi di governance*, in V. Giordano, A. Tucci, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013.

Tucci A. (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Mimesis, Milano-Udine 2013.

Varzi A.C., *Teoria e pratica dei confini*, in "Sistemi intelligenti", 17: 3, 2005.

Villa V., *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, in "Analisi e diritto" 2000.

Villa V., *Il positivismo giuridico : metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004.

Virilio P., *The Lost Dimension*, Semiotext, New York 1977.

Vogliotti M. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008.

Kymlicka W., *La cittadinanza multiculturale*, il Mulino, Bologna 1999.

Wallerstein I., *Il sistema mondiale dell'economia moderna* (ed. or. 1974-1989), il Mulino, Bologna, voll. I, II, III, rispettivamente 1978, 1982 e 1995.

Waluchow W. J. , *Inclusive Legal Positivism*, Claredon Press, Oxford, 1994.

Waluchow W., *Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism*, in "Legal Theory", n. 6, 2000.

- Weber M., *Economia e società*, Comunità, Milano 1961.
- Weber M., *La scienza come professione. La politica come professione*, trad. it. P. Rossi e F. Tuccari, Mondadori, Milano, 2006.
- Weber M., *Il politeismo dei valori*, tr. it. a cura di Ghia, Morcelliana, Brescia 2010.
- Weber M., *La scienza come professione. La politica come professione*, tr. it. P. Rossi e F. Tuccari, Mondadori, Milano, 2006.
- Wolf R.P., *In defense of Anarchism*, Harper and Row Publishers, Newyork 1970.
- Zaccaria G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996.
- Zagrebelky G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.
- Zanetti G. (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1999.
- Zincone, G., *Cittadinanza in Lessico della politica* (a cura di), Edizioni del lavoro, Roma 1987.
- Zolo D., *La strategia della cittadinanza*, in Id. (a cura di) *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994.
- Zolo D., *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 1995.
- Zolo D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2006.