

Squarciare i veli?

Trasfigurazioni della giuridicità negli assetti globali

Valeria Giordano

Abstract: The profound changes of the legal and political structures show ambiguous and contradictory aspects of normativity of law. Faced with the proliferation of the global powers devices and asymmetries produced by the transnational circuit, it is essential to recover some important methodological assumptions, that highlight the partiality of legal decisions.

[**Keywords:** knowledge, normative systems, globalization, normativity, legal decisions]

Governance e razionalità politica moderna

Nella prospettiva dell'interdipendenza planetaria generata dai processi di globalizzazione il concetto di diritto appare sotto pressione. Gli interpreti si impegnano nella decostruzione e risemantizzazione delle categorie tradizionali in un contesto connotato da un'inedita flessibilità, nel quale il lessico del diritto ci restituisce un elevato carico di complessità polisemica.

Siamo di fronte a uno scenario estremamente disomogeneo e frammentato che riflette l'asimmetria e l'ambivalenza di quella che è stata definita la *Soft Revolution* della *governance* globale¹ e nella quale il "ripensamento del politico al di fuori del quadro categoriale dello Stato nazione"² mostra una frammentazione che destruttura il diritto, disvelando nuove dislocazioni e spazializzazioni del potere.

Lo slittamento dei poteri dagli Stati ai mercati³ e il conseguente passaggio "dalla piramide alla rete"⁴ comportano uno sradicamento del diritto dalla sua matrice territoriale, mostrando una discontinuità delle forme e un'inedita flessibilità del dispositivo giuridico, come nel caso del *soft law*⁵ che apre la scena ad attori plurimi e

¹ La definizione è di M. R. Ferrarese, "Governance, a Soft Revolution with Hard Political and Legal Effects", *Soft Power. Revista di teoría y historia de la política*, 1 (2014), pp. 35-36.

² L'espressione è di U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci, 1999, p. 13.

³ Tale immagine dei processi di globalizzazione è offerta da S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 139.

⁴ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

⁵ La letteratura sul *soft law* è immensa. Solo a titolo esemplificativo, cfr. A. Peters, "Soft Law as New Model of Governance", in U. Diedrichs, W. Reiners and W. Wessels (eds.), *The Dynamics of Change in EU Governance. Studies in EU Reform and Enlargement series*, Northampton (Mass), Edward Elgard Publishing, 2011, p. 23; K. W. Abbot, D. Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance",



diversificati e a modalità di autoregolamentazione giuridica lontane dai tradizionali strumenti normativi. Una regolazione prevalentemente tecnica e fortemente vincolante che rende indubbiamente più problematico e complesso l'intero sistema delle fonti del regime internazionale, mettendo a nudo le tappe dei processi decisionali della *governance* globale. Ciò vale specie nel settore commerciale e finanziario delle *best practices* degli organismi di vigilanza su scala globale che peraltro, nonostante la loro ambigua natura giuridica, mostrano una forte tendenza verso livelli progressivi di *enforcement*.

Ci troviamo dinanzi a uno scenario affollato e caotico che, se per un verso sembrerebbe implicare l'indebolimento degli elementi costitutivi della dimensione politica moderna – territorio, autorità, diritti – dentro le maglie di una rete policentrica ma mai definitiva⁶; per altri versi, sembrerebbe rievocare, nell'autoregolamentazione giuridica, quelle pratiche consuetudinarie diffuse che caratterizzavano il diritto premoderno. È questo un aspetto particolarmente evidente nell'odierna *lex mercatoria*, la cui formazione dal basso ha, per certi aspetti, richiamato l'eco di nuove forme di *medievalism*⁷, l'immagine di un diritto globale senza Stato⁸.

Lo iato rispetto alla razionalità politico-giuridica moderna trae origine dalla perdita di solidità delle istituzioni giuridiche e dall'emersione dei processi multidirezionali di *governance*, che rivelano istanze normative pluriverse e complesse tali da erodere la distinzione tradizionale pubblico/privato, richiedendo un ripensamento di quel "processo di differenziazione sistemica"⁹, di strutturazione riflessiva di un potere decisionale, pensato tradizionalmente come unitario.

International Organization, 54 (2000), 3, pp. 421-456; O. Perez, "Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Exploration of Sustainability Indexes and the New Ensemble Politics", *Theoretical Inquires in Law*, 12 (2011), 2, pp. 543- 579; A. Somma, *Soft law and hard law nelle società post-moderne*, Torino, Giappichelli, 2009; B. Pastore, "Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho", *Soft Power. Revista de Teoría e historia de la política*, 1 (2014), pp. 75-89.

⁶ In questa chiave di lettura, nuove geometrie di potere all'origine del fenomeno di "denazionalizzazione" sono in continuo adattamento rispetto alla dimensione spazio-temporale e all'interconnessione di volta in volta istituita fra nazionale e globale: S. Sassen, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

⁷ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁸ G. Teubner, "Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society", in G. Ten (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1977, pp. 3-28.

⁹ Nel solco della lettura in termini di differenziazione sistemica, cfr. N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 1992; R. De Giorgi, *Scienza del diritto e*



Sotto l'urto di esperienze di pluralizzazione del potere sembra attenuarsi la pretesa di autoreferenzialità del diritto alla quale la scienza giuridica kelseniana aggancia l'esigenza di una conoscenza normativa libera da ipoteche sostanzialistiche¹⁰, in un processo carico di contraddizioni e ambiguità che tenta di superare la monoliticità del paradigma moderno, aprendosi a forme di normatività emergenti al di fuori delle geometrie piramidali.

Sembra essere in crisi, dunque, l'autorità del diritto. E con essa, appare inevitabilmente in crisi la stessa neutralizzazione giuridica, di derivazione hobbesiana e sussunta perfettamente nel modello piramidale kelseniano, quale presupposto indefettibile per l'esigenza di disvelamento anti-ideologico di un diritto libero da dogmi e ipoteche sostanzialistiche. Una lettura, quella kelseniana, che, pur dentro un'avalutatività affannosamente rincorribile e pagata al prezzo della rinuncia a qualsiasi controllo contenutistico sulla sintesi giuridica, scompone la neutralizzazione giuridica nella strutturazione autoritativa del diritto, nel riconoscimento della sola razionalità formale del costruito artificialistico, ma che nell'approccio metodologico disvela il carattere polemogeno dei valori e la parzialità della sintesi giuridica.

Tale forma di razionalità sembra oggi vacillare dinanzi alla crisi della mediazione politica e a quel processo di sconfinamento dei diritti generato dalle inedite dislocazioni dei poteri globali: aspetto che radicalizza la loro dialettica, fra un nucleo simbolico originario e universale e la loro radice culturale, in un processo continuo di risemantizzazione dentro una forma transnazionale di giuridicità.

Per altri versi, il depotenziamento di alcune istituzioni internazionali a carattere universalistico, come l'Onu, la Fao e l'Organizzazione mondiale della sanità e il progressivo rafforzamento di istituzioni economiche e finanziarie di tipo

legittimazione sociale, Lecce, Pensa Multimedia, 1997 e Id., "Il mondo come sistema complesso", in P. Barcellona, R. De Giorgi, S. Natoli (a cura di), *Fine della storia e mondo come sistema: tesi sulla post-modernità*, Bari, Dedalo, 2004, p. 50; A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, Giuffrè, 1975; Id. (con F. Gambino), *Il diritto frammentato*, Milano, Giuffrè, 2014.

¹⁰ "La dottrina pura del diritto cerca di delimitare chiaramente l'oggetto della sua conoscenza nelle due direzioni in cui è compromessa la sua autonomia per il dominante sincretismo metodologico. Il diritto è un fenomeno sociale, la società, è però, un oggetto completamente diverso dalla natura, perché è una connessione di elementi del tutto diversa. Se la scienza del diritto non deve risolversi nella scienza della natura, il diritto deve essere allora staccato il più chiaramente possibile dalla natura" (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, p. 48).



particolaristico, prive di una rappresentatività sovranazionale estranee alla logica garantista¹¹, sembrano aver ridisegnato completamente il linguaggio dei diritti, riflettendo tutto il peso degli squilibri globali.

Indubbiamente, la relazione politica/economia/diritti svela la presenza di una *longa manus* del sistema capitalistico¹² su queste istituzioni, particolarmente eloquenti nell'uso di un lessico teleologico: al prezzo di stravolgere l'effettività dei diritti, fagocitandoli in una logica di politiche e interessi economici.

Se, infatti, la crisi dell'ordine westfaliano è anche una crisi dei diritti, non più artificialmente protetti dentro uno spazio politico circoscritto territorialmente, la disgregazione del modello di organizzazione internazionale costruito interamente sulla rappresentazione sovranista¹³ degli Stati tende a duplicare le dinamiche di esclusione dal godimento dei diritti di cui doveva, invece, costituire l'argine, la garanzia, la terzietà, in nome del loro preteso universalismo¹⁴.

Emergono, dunque, nella "cartografia"¹⁵ della globalizzazione aspetti enigmatici che coinvolgono, da un lato, le coordinate politiche della modernità e la stessa capacità di neutralizzazione dei conflitti implicata dalla nozione di sovranità e, dall'altro, l'emersione di nuovi flussi di *governance*¹⁶ nella quale regimi normativi forti e dispositivi informali interagiscono fra loro, intersecandosi, ora in termini di compatibilità ora in termini di conflitto.

¹¹ Sul depotenziamento delle istituzioni internazionali dal punto di vista delle risorse finanziarie e sulla loro ineffettività sotto il profilo delle garanzie poste a sostegno della violazione dei diritti fondamentali: L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, specialmente pp. 527-552.

¹² S. Strange, *op. cit.*, p. 139.

¹³ Secondo la linea direttrice tracciata da Bodin, Hobbes, Austin e dissolta in chiave anti-personalistica con Kelsen nello spazio artificiale degli ordinamenti statali, intesi quali subordinati all'ordinamento internazionale. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp.149-169 e Id., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989.

¹⁴ Sull'universalismo dei diritti quale promessa non mantenuta, cfr. L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, Carocci, 2009², p. 190 e Id., *I diritti dei popoli*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

¹⁵ L'espressione schmittiana è ripresa da C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 169. La locuzione "cartografia imperiale" è invece in D. Zolo, *Chi dice umanità*, Torino, Einaudi, 2000, pp. 3-40.

¹⁶ Sugli elementi differenziali fra *governance* e *government*, cfr. J. N. Rosenau, E. O. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.



Diritto transnazionale e *decision-making* giuridico

A questi fattori endogeni della globalizzazione si affiancano le profonde trasformazioni determinate dai processi di costituzionalizzazione dei diritti che danno origine, in quello che può essere definito il “puzzle costituzionale”, a percorsi diversificati e a modalità di regolazione giuridica sempre più vicine alle tipologie angloamericane del *judge-made law*, svolgendo nel mondo globale una funzione di istituzionalizzazione del conflitto in una prospettiva di crescente proceduralizzazione dei sistemi giuridici. Un aspetto, questo, inquadrabile nell’ottica di una forte rivalutazione di una razionalità pratico-argomentativa originata dall’ampliamento del potere decisionale delle corti che risulta determinante per l’evoluzione del diritto transnazionale e che manifesta la forte propensione teorica a leggere il diritto a vocazione globale quale *ragionamento giuridico*¹⁷.

Lo scenario, appena delineato, pone, dunque, molteplici interrogativi intorno al destino del diritto nell’era della globalizzazione, richiedendo, in un quadro sempre più frammentato e ordinato meno rigorosamente, una risemantizzazione del suo linguaggio e una ridefinizione di quelle categorie centrali sulle quali la scienza giuridica tradizionale ha edificato le fondamenta della razionalità giuridico-politica moderna.

In primo luogo, si registra una rinascita di prospettive in senso ampio giusnaturalistiche che rileggono i processi di costituzionalizzazione degli ordinamenti globali quale manifestazione del carattere *naturale* del diritto: ciò comporta una confutazione del modello artificialistico e l’adozione di una teoria della giustificazione morale. In questa prospettiva si enfatizza il ruolo delle corti e il primato del giudiziario attraverso l’appello a un *ethos* condiviso, assunto a filtro dei processi interpretativi che affollano la scena globale¹⁸.

In secondo luogo, la costituzionalizzazione dei sistemi giuridici, sollevando esigenze di giustizia quale criterio di legittimità delle decisioni del diritto

¹⁷ In tale scia cfr. almeno A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, 12 (1981), pp. 113-158; 257-279; 423-448; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable, A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987; A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, W. Rabinowicz, J. Wolenski, *On Coherence Theory of Law*, Lund, Juristförlaget, 1998; N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹⁸ In questa direzione si collocano i lavori di R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, e di R. Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1997.



transnazionale, sembra comportare una rilettura della problematica del riconoscimento, non soltanto dal punto di vista della risistemizzazione delle fonti ma soprattutto in relazione al ricorso al ragionamento morale sostantivo. La traduzione di tale rilettura nella teoria generale del diritto è un “ammorbidente” della dicotomia convenzione-cooperazione, elaborata dal pensiero filosofico-giuridico, e la declinazione del positivismo giuridico, a seconda della sua capacità inclusiva dei valori morali, in forme di *soft e hard positivism*.¹⁹

In terzo luogo, la necessità di ridurre i conflitti interpretativi del diritto a vocazione globale comporta una problematizzazione del metodo giuridico, che Kelsen concepiva come avalutativo. Già Bentham aveva introdotto la distinzione fra descrizione e prescrizione, articolata attraverso la dicotomia *expository jurisprudence – censorial jurisprudence*²⁰, ma oggi la teoria giuridica è sempre più orientata al controllo e alla prevedibilità dei giudizi di valore espressi nelle pratiche giuridiche, nel tentativo di delimitare una cornice dialogico-discorsiva capace di garantire una ricostruzione razionale del diritto.

Si tratta di una pista teorica che consente di limitare in chiave scientifica il rischio di un’interpretazione arbitraria del diritto, superando la distorsione kelseniana che considera i vizi materiali come vizi del procedimento²¹. Il controllo sulla decisione giuridica viene operato attraverso la riconduzione della validità giuridica alla sua accettabilità razionale e rinvia a un test di astrazione/generalizzazione. Tale test è compendiato nel vincolo di giustizia formale e assunto a *trait d’union* del diritto con il ragionamento morale.

¹⁹ Sulla distinzione fra le differenti concezioni positivistiche cfr. J. Coleman, “Negative and Positive Positivism”, in Id., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 3-27; J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript, Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994; J. J. Moreso, “In Defence of Inclusive Legal Positivism”, in P. Chiassoni (a cura di), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 37-63; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979; R. Alexy, “Non-positivismo giuridico”, in Id., *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, Esi, 2015, pp. 5-35.

²⁰ “A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. To ascertain what the law is; 2. To ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of *expository* jurisprudence; in the latter, a book of *censorial* jurisprudence: or, in the other words, a book on the *art of legislation*” (J. Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo, Prometheus Books, 1988, p. 324).

²¹ H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, in Id., *La Giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 154.



L'universale kantiano diventa in questa prospettiva l'architrave teorica su cui edificare modelli di argomentazione pratica che, nella rinuncia a una fondazione etico-contenutistica, si presentano come aventi una valenza universale: valenza che supera il contesto di una comunità storicamente data e che in questa operazione di sottrazione rispetto a ragioni morali proprie di uno sfondo culturale circoscrivibile trovano tutta la loro forza giustificatoria.

È il potenziamento della ragion pratica kantiana nella formalizzazione giuridica che genera, inevitabilmente, una divaricazione fra istanze universalistiche e pratiche sociali e che rischia inevitabilmente di replicare il conflitto etico-giuridico in un perimetro argomentativo non sempre in grado di frenare l'ingresso agli elementi decisionali e politici.

Si afferma una ragion pratica procedurale capace di trattenere al suo interno il pluralismo degli interessi, dei valori, delle identità delle società multietniche, inevitabilmente generativo di conflitti sociali, ma che nell'ambivalenza di una fondazione universale è esposta al pericolo di nascondere le tensioni fra concezioni morali non conciliabili, fra etiche irriducibili: portando con sé il peso di uno scollamento con la frammentazione e con il particolarismo che caratterizza la pratica dei diritti.

Infine, la prevalenza del diritto contrattuale e giudiziario della *governance* globale tende a comportare un'espansione delle regole di riconoscimento del diritto, trattate dalla teoria di Hart²², quali modalità normative di autoregolazione giuridica. Si tratta di norme-potere, che sottolineano l'irriducibilità ad elementi solamente funzionali alla costruzione di un sistema di deleghe e di autorizzazioni in un ordinamento sovrano e che mettono in luce la capacità di orientamento normativo da parte dei consociati e la possibilità di gestire giuridicamente accordi, controversie, conflitti.

Questo implica una risintonizzazione del rapporto dovere/potere e, dunque, della dicotomia sovranità-obbedienza a favore del riconoscimento di un uso attivo del diritto, da preservare, a mio avviso, attraverso un'istanza metodologico-conoscitiva.

²² H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore*, Torino, Einaudi, 2002.



Il puzzle costituzionale e la proceduralizzazione dei sistemi giuridici

I processi di costituzionalizzazione dei sistemi giuridici rappresentano il motore di una grande trasformazione politica e costituzionale dell'assetto giuridico globale che, enfatizzando il ruolo delle corti e la natura dialogico-discorsiva dei diritti, sollecita un ripensamento di tutte le questioni legate al rapporto diritto/morale a partire dalla rivalutazione in chiave pratico-argomentativa della razionalità implicita nelle costituzioni. Una razionalità immanente nelle forme di un costituzionalismo globale nelle quali trasporre la dicotomia natura/artificio su cui classicamente è incentrata la dialettica giusnaturalismo/giuspositivismo, in nome di una pratica dei diritti che si sostiene tendere sempre più all'universalizzazione. È questo un itinerario giuridico che risolve la sfida lanciata dalle società globali attraverso l'appello alla valenza etico-razionalistica degli ordinamenti costituzionali e che capovolge, dunque, l'idea kelseniana che il ragionamento giuridico sia lo schermo logico dietro il quale nascondere la volontà etico-politica dell'interprete, ma che, d'altro canto, sembra esporre la *jurisprudence* al rischio di una ricostruzione razionale del diritto tendente a nascondere i vettori di potere che attraversano lo scenario giuridico.

In tale direzione, infatti, in nome di un ateismo che affida la ragione umana alla bellezza immanente di una natura omnicomprensiva²³, assunta a filtro dei processi interpretativi, è possibile infrangere le costruzioni teoriche della scienza giuridica tradizionale e riaggregarle dentro un modello normativo filosofico-politico che garantisca la migliore giustificazione della prassi giuridica, al prezzo, però, di rileggere la costituzionalizzazione dei sistemi giuridici da una prospettiva acflittuale e omogenea che occulta la tensione fra i poteri diffusi nel sociale.

Per un altro verso, la rivalutazione in chiave procedurale, da parte delle teorie del ragionamento giuridico, della dimensione dialogica e discorsiva dei sistemi costituzionali contemporanei sembra mostrare una divaricazione fra il momento etico immanente al diritto e la valenza trascendentale, ipotecata come universale, ma inevitabilmente esposta ai limiti e ai vincoli della ragione empirica.

²³ In questa direzione si colloca l'ultimo lavoro di R. Dworkin, *Religione senza Dio*, Bologna, Il Mulino, 2014, in cui è individuato un elemento unificante a tutte le religioni che prescindano da un riferimento teistico.



L'eredità di quest'ultima strada giuridica è una forte rivalutazione di quella razionalità implicita nelle istituzioni democratiche, desostanzializzata e sciolta in una serie di procedure, regole, pratiche, che in modo non soggettivistico, ma come una rete di norme giuridico-morali, strutturano la nostra forma di vita pubblica: siamo, pertanto, dentro il progetto illuministico, in cui l'ascendenza kantiana è spogliata del tratto "a priori" e collocata nella realtà specifica dei nostri ordinamenti costituzionali.

Indubbiamente, si tratta di un'enfaticizzazione della razionalità procedurale dei sistemi giuridici contemporanei che tenta di conciliare lo scetticismo sulla possibilità di una fondazione oggettiva dei valori con il consenso intorno ad alcuni principi etici strutturanti la nostra forma di vita, pagando la mediazione al prezzo di una trasformazione in chiave scientifica di un assunto in senso ampio "politico", che tende a riflettere l'ambivalenza sottesa ai modelli *tout court* argomentativi, in quanto presuppongono un legame indissolubile fra adozione di una procedura e assunzione di una metaetica neutrale²⁴.

Se, per un verso, nella contaminazione del diritto con le procedure del discorso pratico-generale, questi approcci sembrano molto lontani dal pensiero giuridico-politico moderno, la distanza teorica con quel progetto sembra accorciarsi nella rivendicazione di un'istanza formalistica sottesa all'adozione di un modello procedurale e nell'interpretazione del ragionamento giuridico come una struttura di neutralizzazione del conflitto. Qui la scientificità, intesa quale controllo dei giudizi valutativi espressi nel diritto, supera il metodo avalutativo caratterizzante il modello giuspositivistico, riflettendo l'aspirazione di prevedibilità e di certezza del diritto.

Se, da un lato, dunque, si riproducono nelle teorie del ragionamento giuridico quelle prerogative moderne costruite sull'autoreferenzialità dell'ordinamento, dall'altro lato la scientificità della giurisprudenza e il controllo sui giudizi di valore espressi nelle pratiche giuridiche non sembrano costituire realmente una via di deflazione degli elementi decisionali, ripercorrendo nei termini di un'accettabilità razionale le difficoltà

²⁴ Tale legame è centrale nella teoria procedurale discorsiva di Robert Alexy ed è finalizzato a garantire la scientificità della giurisprudenza: cfr. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, e il recente *La natura del diritto*, cit., pp. 5-35.



incontrate dal giuspositivismo nell' arginare la pendenza di ragioni soggettive: quel portato discrezionale implicito nella razionalizzazione/mediazione giuridica.

Verso una normatività debole?

L'impossibilità sopravvenuta ad "afferrare il sovrano"²⁵, determinata dal processo di sconfinamento del diritto²⁶ e dalla dislocazione dei poteri globali, ci pone, dunque, dinanzi a un orizzonte popolato di interrogativi più che di soluzioni, di ambivalenze e dilemmi più che di ancoraggi e traguardi, che registrano una discontinuità delle forme e una porosità dei confini giuridici, rendendo insidioso il tentativo di una delineazione unitaria del dispositivo diritto. Si tratta di interrogativi che registrano sul piano della teoria generale del diritto la difficoltà di dar conto con un armamentario immutato delle profonde trasformazioni del diritto globale, richiedendo probabilmente un alleggerimento del formalismo strutturante la razionalità moderna in una direzione prassista *à la Hart* ²⁷.

Si è parlato di una normatività debole del diritto globale, ossia di una normatività non più sbilanciata sull'idea di compimento, di un progetto che costruisce l'ordine e che oscura la relazione con le prassi e i valori della comunità che a quel diritto risponde²⁸, e, ancora, di un pluralismo giuridico che, scardinando l'immagine monolitica del diritto in un intreccio vitale fra norme, procedure, valori, mette a nudo le insidie nascoste oggi nel riconoscimento del diritto, consegnandoci tutto il carico di complessità di una definizione della validità giuridica ancorata alla matrice formale della razionalità moderna.

Ma fino a che punto oggi è possibile sostenere quell'istanza formale e ricompositiva del moderno che considera il diritto uno strumento di neutralizzazione del conflitto? In altri termini, il riconoscimento è una categoria logico-conoscitiva o il

²⁵ L'espressione è di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 137.

²⁶ L'analisi di tale processo è centrale nel lavoro di M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

²⁷ Il convenzionalismo della filosofia analitica del linguaggio di Wittgenstein è trasposto in chiave giuridica nell'impostazione di Hart, per il quale il diritto è una pratica sociale. In tale chiave di lettura, la dialettica fra effettività e validità giuridica si scioglie nella natura intrinsecamente normativa delle convenzioni sociali, nella razionalizzazione prassista degli atti di riconoscimento normativo. Cfr. H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit.

²⁸ A. Catania, "Diritto positivo ed effettività", in V. Giordano, A. Tucci (a cura di), *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3.



ricorso al ragionamento morale chiede di sfumarne il senso in chiave etico-ideologica, consensualistica?

Da un lato, si potrebbe sostenere che l'identificazione dei criteri di riconoscimento nelle società globali sia sottoposta a determinate opzioni ideologico-politiche, e che la selezione sia giocata su un filtro valoriale che, dandole una nuova linfa etico-giustificativa, sradica l'origine costitutiva dell'effettività. A saldarsi, in questa direzione, è la dicotomia fra razionalità logico-conoscitiva e razionalità pratico-ermeneutica, attraverso un indebolimento della categoria della neutralizzazione giuridica. In questa chiave di lettura, in cui si importano all'interno di un quadro artificialistico categorie morali, il convenzionalismo si sgancia dal carattere autoritativo e formale del diritto, connotandosi sempre più in chiave etico-giustificativa²⁹: trasformando la pratica dei principi in chiave cooperativa, un'impresa comune sostenuta dalla giurisprudenza a partire da intenzioni, interessi, obbiettivi condivisi.

Non c'è dubbio che oggi assistiamo a una proliferazione delle regole di riconoscimento dinanzi alla moltiplicazione dei luoghi di produzione del giuridico, così come imprescindibile appare l'esigenza di non derubricare il disaccordo interpretativo originato dal carattere polemogeno dei diritti in forme di convenzione meramente apparenti, che in realtà registrano forti divaricazioni empiriche.

In un contesto enigmatico come quello contemporaneo attraversato da inedite e complesse trasformazioni, riconoscere l'opacità della stessa norma di riconoscimento suprema e definitiva³⁰ significherebbe infatti rinunciare all'immagine della differenziazione sistemica, disconoscere l'autonomia genuina del diritto³¹ e, con essa, la stessa funzione normativa delle condotte sociali implicata dalla neutralizzazione giuridica, nel peso e nello scontro originato dal pluralismo etico.

²⁹ In questo esito incorre la concezione di J. Coleman, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, in cui il concetto di convenzione sociale è ridefinito nei termini di un'attività cooperativa condivisa, nel senso indicato da M. Bratman, "Shared Cooperative Activity", *Philosophical Review*, 101 (1992), pp. 327-341.

³⁰ Come è noto, Hart nel poscritto pubblicato postumo alla seconda edizione del *The Concept of Law* ha accolto gran parte delle obiezioni dworkiniane (R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982), sostenendo che la stessa norma di riconoscimento suprema e definitiva possa contenere una zona di penombra. Cfr. H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 321 e ss.

³¹ Sull'insularità del discorso giuridico e sulla ridotta forza giustificatoria delle norme giuridiche in una prospettiva di positivismo ideologico, è d'obbligo il riferimento a C. S. Nino, *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè, 1998. Sull'autorità pratica del diritto: J. Raz, *The Authority of Law*, cit.



Si profilano, dunque, nuove rappresentazioni e costruzioni teoriche per la *jurisprudence* contemporanea, chiamata a rappresentare un quadro teorico estremamente disomogeneo e complessificato dalla liquidità dei confini fra diritto e morale e che, proprio dinanzi all'ampliamento del potere decisionale delle corti che costituisce uno dei tratti più significativi del diritto transnazionale, mostra la problematicità di una lettura simmetrica del costituzionalismo contemporaneo, ma, al tempo stesso, l'impossibilità di una rappresentazione dei processi globali completamente fuori dal quadro categoriale del progetto moderno.

Da un lato, la frammentazione del giuridico determinata dalla *governance* mondiale sembra difficilmente conciliabile con quell'istanza ordinativa del progetto moderno tutta interna a una strutturazione formale e verticistica del potere, dall'altro, l'indebolito prestigio dell'autorità del diritto in nome di una relazione non ontologica ma contingente fra diritto e morale tende a sfumare la categoria del riconoscimento in un'adesione etica, valoriale, a una pratica dei diritti, presentata come tendenzialmente omogenea, radicata nei processi di *judge-made law* dei sistemi globali.

Ma fino a che punto oggi, in un contesto governato da vettori di potere plurimi, è, davvero, opportuno rinunciare a quell'esigenza di disvelamento anti-ideologico operata da una *jurisprudence* non valutativamente compromessa?

La tensione fra i poteri diffusi nel sociale, fra visioni del mondo antitetiche, fra diritti e interessi economici, fra *moral points of view* fra loro irriducibili, non dovrebbe spingerci forse a non allentare proprio quella tensione – che innerva la tradizione moderna – fra riconoscimento e consenso?

La sfida per costruire il diritto

Per recuperare quell'istanza metodologico-conoscitiva che sta alla base della diade riconoscimento/consenso occorrerebbe, allora, un nuovo immaginario giuridico per una ridefinizione del lessico del diritto che restituisca, volta per volta, ambiti di inclusione/esclusione normativa, equilibri e forme, per quanto precarie, di rappresentazione giuridica.



Infatti, come è stato notato, sarebbe illusorio credere che il circuito giurisdizionale transnazionale possa sostituire la politica costituzionale democratica³². D'altra parte in tale contesto i giudici fanno appello alla razionalità implicita nelle istituzioni democratiche: e questo finisce per svelare la crisi della rappresentanza politica e della stessa strutturazione sovrana del dispositivo giuridico.

La crescente proceduralizzazione del diritto però, come si è visto, non risulta indenne da problematicità di fondo e ambivalenze che riproducono all'interno dei sistemi giuridici contemporanei una divaricazione fra normatività e giustiziabilità dei diritti. Una divaricazione che riflette le dissonanze e le disarmonie del dialogo fra le corti e la tendenza sempre più pervasiva nello scenario globale verso una mercatizzazione dei diritti, ancorata al predominio della logica economica.

La ricomposizione del nesso autorità/poteri/diritti rappresenta una sfida, che non può essere ricondotta all'immagine rassicurante di un'etica condivisa; essa richiede la costruzione effettiva di una cultura dei diritti, aperta al riconoscimento delle differenze identitarie e del pluralismo etico; un pluralismo continuamente rinegoziabile che può rivelarsi uno strumento per arginare l'ineffettività dei diritti, e agire contro i pericoli di una carente implementazione.

Perché questo sia possibile il consenso sui diritti non può essere calato dall'alto, né venire delegato alle corti internazionali: occorre che sia l'esito di una mediazione dal basso, che ridefinisca il lessico dei diritti, su un terreno che includa particolarismi e differenze, e che restituisca la loro matrice culturale.

Per ricomporre la triade autorità/poteri/diritti il concetto chiave è la riflessività normativa dei consociati, tale da mettere a nudo di volta in volta l'irriducibilità della dimensione politico-decisionale e la parzialità della sintesi giuridica. Una sintesi ancora rappresentabile, dunque, con una cassetta degli attrezzi giuspositivista, dotata di quel corredo convenzionale, nella teoria di Hart, con cui è avvolta a doppio filo la relazione potere/autorità, calata nel cerchio normativo degli atti di riconoscimento³³.

³² G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 70.

³³ Esempio è questo passo de *Il concetto di diritto* di Hart: "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. L'esistenza di una simile



Si delinea, pertanto, all'interno della *governance* globale, una normatività contingente e intermittente.

Gli assunti teorici fondamentali – l'oggettività e la permanenza delle organizzazioni – che caratterizzavano le posizioni dell'istituzionalismo giuridico tradizionale *à la Romano* sono, indubbiamente, sfumati. Tuttavia è possibile declinare al plurale, in chiave *multilevel*, quelle pratiche dotate di un sufficiente livello di intensità ed interazione³⁴.

Indubbiamente, una via percorribile per dar conto della giuridicità transnazionale deve rivalutare le istanze pluraliste che provengono dall'arena globale, guardando a quei livelli di istituzionalizzazione della pressione sociale³⁵ attraverso i quali Hart discriminava fra “normatività giuridica” e “normatività sociale”.

Ma tutto questo presuppone che il diritto sia uno strumento di stabilizzazione sociale. E che, filtrandole, positivizzi delle aspettative di implementazione giuridica che dipendono da quello che Alfonso Catania definiva il “circolo riconoscimentale” originato dalla credenza/pretesa di normatività³⁶, che costituisce il fulcro concettuale, il cuore, di ogni gioco normativo.

Quella relazione normativa fra prassi e riconoscimento del diritto, che dà origine a una trasformazione categoriale della effettività – di quella fattualità agita nelle forme *wittgensteiniane* di una convenzione – in normatività giuridica, assume qui nella

norma di riconoscimento può assumere una qualsiasi di un'enorme varietà di forme semplici o complesse. Può essere, come nel diritto antico di molte società, nulla di più del fatto che un elenco o un testo di leggi, dotati di autorità, si trova contenuto in un documento scritto o inciso in un monumento pubblico. (...) Ciò che è essenziale è il riconoscimento del riferimento alla scrittura o alla iscrizione come dotate di autorità, cioè come il modo proprio per risolvere i dubbi relativi all'esistenza della norma” (H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 112-113).

³⁴ In questa direzione, cfr. K. Culver, M. Giudice, *Legality Borders: An Essay in General Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

³⁵ Così Hart: “Si concepiscono le norme e si parla di esse come di qualcosa che impone degli obblighi, quando è persistente la generale richiesta di conformità e quando è grande la pressione sociale che si fa sentire su coloro che deviano da esse. (...) Essa può limitarsi a manifestazioni verbali di disapprovazione o a richiami al rispetto degli individui per la norma violata: può dipendere molto dai sentimenti di vergogna, di rimorso, di colpa. Quando la pressione è del tipo ora menzionato possiamo essere inclini a classificare le norme come parte della moralità del gruppo sociale, e l'obbligo derivante dalle norme come parte come un obbligo morale. Viceversa, se tra le forme di pressione sono preminenti e comuni le sanzioni fisiche, anche se non vengono definite in modo preciso né vengono applicate da funzionari ma sono lasciate alla comunità nel suo complesso, saremmo inclini a classificare le norme come una forma primitiva e rudimentale di diritto” (H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 103).

³⁶ Tale legame costituisce il fulcro della normatività nella prospettiva di A. Catania, “Diritto positivo ed effettività”, cit., p. 101 e ss.



disarticolazione dei poteri globali i tratti di un processo incessante di costruzione sociale che, generando aspettative legittime sui comportamenti sociali, traccia un *framework* di affidamento reciproco e pretese di conformità.

Ma stabilizzare attraverso la mediazione giuridica un contesto – in cui il linguaggio dei diritti appare troppo spesso riducibile al linguaggio degli interessi – significa inevitabilmente riflettere le lotte fra piani di vita conflittuali, interessi economici, obiettivi politici e visioni etiche spesso in antitesi, in un gioco normativizzante che risulta impensabile senza l’adesione a quella prospettiva conoscitiva, che per Kelsen era capace di “squarciare i veli”³⁷.

Certo, lo sgretolamento della barriera moderna che differenziava il diritto dalla morale e dalla politica richiede un ripensamento della pretesa di autoreferenzialità del sistema giuridico; occorre, pertanto, sintetizzare la logica deduttiva kelseniana con forme di razionalità pratico-ermeneutica chiamate in gioco dalla ponderazione costituzionale; ma la direzione percorsa dalle odierne filosofie del neocostituzionalismo³⁸, che rileggono la giuridificazione dei diritti in chiave di garanzia e limiti del politico, finisce inevitabilmente per sottovalutare la carica conflittuale immanente al ragionamento morale.

Mi sembra allora che non si possa fare a meno di quello sguardo disincantato di Kelsen, che non può dimenticare la conflittualità crescente e indecidibile dei diritti, rispetto alla quale ogni diritto si afferma in lotta contro altri diritti: quel politeismo weberiano³⁹ che ha innervato la sua metodologia giuridica e lo porta a diffidare di una sintesi dei diritti in qualche misura definitiva.

³⁷ “La conoscenza tornerà sempre a squarciare i veli con cui la volontà avvolge le cose”: così H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 60. Sui presupposti kantiani nella teoria di Kelsen, cfr. S. Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992), 3, pp. 311-332.

³⁸ Sul rapporto fra neocostituzionalismo e statuto della filosofia del diritto, cfr. M. Barberis, “Il Neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, (2012), pp. 153.164. Sulla contrapposizione fra neocostituzionalismo e positivismo giuridico, cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001 e V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

³⁹ Nel senso indicato da Max Weber secondo l’intuizione di Stuart Mill. Cfr. M. Weber, “La scienza come professione”, (1918), in Id., *La scienza come professione. La politica come professione Due saggi*, Torino, Einaudi, 2004. Sulla distinzione fra metodo kelseniano e neutralità weberiana, cfr. I. Bryan, P. Langford and J. McGarry (eds.), *The Foundation of the Juridico-Political: Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, London, Routledge, 2015.



Privilegiare l'istanza metodologica conoscitiva significa aprire alla pluralità complessa del diritto, svelarne le traiettorie di potere, mettere a nudo il tema della scelta e della responsabilità che avvolge la decisione giuridica, leggere la tensione tutta interna alla categoria della normatività, una normatività che non rimanda ad un'utopica dimensione etico-giustificativa.

Ma "squarciare i veli" può voler dire anche rinunciare alla pretesa di scientificità "forte" del metodo kelseniano, nonché riconoscere oggi, dinanzi alla frammentazione del giuridico e alla proliferazione dei centri di potere globale, la problematicità di una netta, recisa delimitazione del suo oggetto da parte della *jurisprudence*. Un oggetto di difficile rappresentazione in un quadro frammentato come quello odierno, che restituisce tutto il peso della dissoluzione della dicotomia pubblico/privato e dell'indebolimento del progetto moderno di disciplinamento e controllo, traducendosi in una proliferazione incessante di forme disomogenee di produzione normativa, che rendono insidiosamente più complessa la qualificazione del diritto.

La sfida quotidiana da ingaggiare è allora la rivendicazione di quella radice culturale, pluralista dei diritti, che rinuncia alla pretesa di irrigidirli in un ordine armonico e trascendente, denudando, al contrario, le scelte sottese nei luoghi di produzione del giuridico, le dinamiche di potere interne alle costruzioni normative, che rispecchiano spesso interessi divergenti e prospettive etico-politiche conflittuali, da regolare e condurre a forma.

È la sfida ineludibile per costruire il diritto, caratterizzata da percorsi irregolari e tragitti impervi: dall'incontro/scontro da cui origina l'anima pluralista delle pratiche giuridiche.

Valeria Giordano
Università degli Studi di Salerno
vgiordano@unisa.it