

in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di Francesco Viola, Il Mulino, Bologna 2012, pp. 9-25

INTRODUZIONE

FRANCESCO VIOLA

DEBOLEZZA DELLA VOLONTÀ E INCERTEZZA DELLA RAGIONE

Le istituzioni giuridiche e politiche sono strettamente legate alle modalità di comportamento della natura umana, sia nel senso che spesso sono configurate alla loro luce, sia nel senso che producono a loro volta nuove condizioni di esercizio delle relazioni sociali. Dalla riflessione sull'assetto e sul funzionamento delle istituzioni si possono trarre considerazioni rilevanti sul modo d'essere e di agire degli uomini nella vita associata. Com'è ben noto, Hart si è riferito a questo proposito ad un «contenuto minimo del diritto naturale», ma in realtà si tratta del ben più ampio rapporto fra natura e cultura. Quest'ultima è rivolta a padroneggiare le risorse e le pulsioni naturali, ma non riesce mai a raggiungere il suo obiettivo in modo da addomesticare una volta per tutte la natura umana. Nuove istituzioni pensate per regolare radicati orientamenti d'azione aprono la via a nuove opportunità e a nuove minacce per la convivenza sociale, attivando una circolarità infinita tra natura e cultura che percorre tutta la storia umana¹.

Il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale di diritto può essere spiegato anche da questo punto di vista.

Lo stato di diritto non deve essere inteso soltanto come la sottomissione dell'esercizio del potere statale alle regole giuridiche, il che sarebbe un circolo vizioso, essendo queste a loro volta prodotte dallo stato, ma più adeguatamente come un'istituzione governata dalla «forma della legge», cioè da una metaregola riguardante il modo d'intendere e di praticare le regole giuridiche o – se vogliamo – da un insieme di prescrizioni sulla forma e l'uso del diritto positivo. Questa metaregola sfugge al potere dello stato, che pure ha il monopolio delle regole giuridiche².

¹ Per questo tema rinvio al mio *Come la natura diventa norma*, in «Diritto pubblico», 17, 2011, n. 1, pp. 147-167.

² Cfr. F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011.

La storia dolorosa dei totalitarismi del Novecento ha dimostrato che questa concezione dello stato di diritto non è stata in grado di evitare pesanti violazioni della dignità umana. S'è dovuto correggere il modello dello stato di diritto con l'aggiunta dell'attenzione ai contenuti delle regole giuridiche. Com'è noto, lo stato costituzionale di diritto è il risultato di questa operazione istituzionale volta a rimediare ad alcuni gravi inconvenienti prodotti dalla natura umana. Tuttavia ciò inevitabilmente chiama in causa la dimensione politica della democrazia e in tal modo il modello giuridico rinuncia alla sua purezza per coniugarsi con il modello etico-politico a riprova del carattere misto e composito delle istituzioni umane. Ma, in ragione della complessità della natura umana e della continua mutevolezza delle sue condizioni culturali, questa coniugazione fra diritto e politica può assumere forme diversificate e mettere in pericolo conquiste rilevanti di civiltà giuridica, come ad esempio il principio di legalità, o forme consolidate di vita associata, come quelle delle comunità politiche nazionali.

Qui m'impegno soltanto a mostrare in che modo la considerazione di alcune caratteristiche della natura umana influenzano il rapporto fra il costituzionalismo e la democrazia.

Avverto che mi riferirò in senso generico al «costituzionalismo» come ad un modo d'interpretare una costituzione, di praticarla e di applicarla, e, del pari genericamente, alla «democrazia» come ad un modo di prendere decisioni politiche in cui siano coinvolti tutti coloro che sono ad esse significativamente interessati. In quest'ottica credo che si possano evidenziare due modelli di relazione fra costituzionalismo e democrazia.

Alla luce del primo modello la costituzione è ritenuta contenere tra l'altro anche un insieme di principi e di norme giuridiche che hanno già una loro compiutezza e determinazione, sì da essere direttamente giustiziabili. Alla luce del secondo i principi costituzionali sono altamente indeterminati e da essi debbono trarsi regole generali in relazione a problematiche specifiche e da queste, a loro volta, regole particolari da applicare ai casi concreti³.

³ Cfr., per maggiori chiarimenti, il mio *La democrazia deliberativa*

1. *La debolezza della volontà*

Nel primo modello il difetto principale che si vuole affrontare è quello della debolezza della volontà, che – com'è noto – Elster ha metaforicamente rappresentato facendo ricorso alla vicenda di Ulisse e le sirene⁴. Per evitare che la debolezza della volontà umana induca ad abbandonare nei casi concreti e nei momenti difficili quei principi che pure erano stati proclamati a mente lucida e calma e in una posizione di imparzialità, allora un popolo s'impegna preventivamente (*pre-commitment*) a sottrarli una volta per tutte alla deliberazione democratica. S'istituisce così un meccanismo di tipo causale simile alle corde con cui Ulisse s'è fatto legare all'albero della nave per non seguire il canto delle sirene. Per evitare la debolezza della volontà si rinuncia del tutto, in settori circoscritti, all'autonomia della scelta. I diritti costituzionali sono visti come un limite esterno della democrazia, come una questione già preventivamente decisa, cioè chiusa una volta per tutte.

Questa raffigurazione ideale dei rapporti tra costituzione e democrazia è nella sostanza irrealistica e troppo rigida. Il principale ostacolo è dettato dalla natura di un testo costituzionale che – a differenza o ancor più di un codice – non può che essere formulato in modo vago soprattutto nella parte riguardante i principi fondamentali, perché solo così potrà ottenere quel vasto consenso di cui ha bisogno. Ciò significa che si è dovuto tener conto di un'altra caratteristica della natura umana, cioè quella dell'incertezza della ragione che conduce alla molteplicità delle opinioni e delle credenze. Ma sembrerebbe che per rafforzare adeguatamente la volontà abbiamo bisogno di non tener conto dell'incertezza della ragione e viceversa. Ed è proprio così.

Assumiamo ora che venga percepito come assolutamente prioritario por mano al rimedio della debolezza della volontà,

tra costituzionalismo e multiculturalismo, in «Ragion pratica», 11, 2003, n. 20, pp. 33-71.

⁴ Cfr. J. Elster, *Ulysses and Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984; trad. it. *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, Il Mulino, 2005.

come di fatto è avvenuto dopo l'Olocausto e in presenza di un ampio consenso su ciò che è ingiusto. Questo è, infatti, il senso del primo modello. Ma, allora, una sua versione più realistica dovrà concedere che in casi eccezionali o, comunque, *difficili* sia possibile un'applicazione flessibile dei dettami costituzionali per sopperire all'incertezza della ragione. Tuttavia, se si lasciasse al popolo, cioè alla democrazia, la competenza e il compito di decidere quali siano questi casi eccezionali o difficili e quando effettivamente ricorrano, il difetto della debolezza della volontà, che in quest'ottica è quello principale, non potrebbe più essere neutralizzato o efficacemente contrastato. Allora bisognerà affidarsi ad un gruppo di saggi imparziali a cui riconoscere la competenza della decisione. In tal modo la democrazia è limitata sia dai vincoli costituzionali formali sia dal potere giudiziario, che però è concepito come un organo cognitivo e non volitivo, altrimenti in tali casi il governo degli uomini prevarrebbe sul governo della legge.

Bisogna notare che in questa versione flessibile del primo modello si prefigura già la crisi del meccanismo di tipo causale con l'introduzione di elementi deliberativi⁵. Non bastano più le corde di Ulisse, ma sono anche necessarie, almeno in alcuni casi, le decisioni argomentate di funzionari a ciò preposti. Potremmo ipotizzare che Ulisse avesse incaricato il suo nocchiere Palinuro di allentare o sciogliere in alcune determinate circostanze le corde che lo legano. Ma più adatto è l'esempio, formulato da Waldron, di chi, ben conoscendo la propria propensione per l'alcolismo, affidi ogni sabato sera ad un amico le chiavi della sua auto, raccomandandogli di non restituirgliela in caso di ubriachezza. L'amico dovrà giudicare quando questa situazione effettivamente si verifichi. Ben sappiamo, però, quanto molteplici possano essere i casi dubbi o i casi-limite. In tal modo le limitazioni della democrazia si accrescono, al pre-impegno del popolo si aggiunge il governo dei giudici. L'attività de-

⁵ È bene precisare che considero i processi deliberativi qualitativamente differenti da quelli puramente meccanicistici. Non ci può essere autentica deliberazione se non c'è libertà di scelta e responsabilità per la scelta fatta.

liberativa non significa ancora autonomia della scelta se non è compiuta in prima persona. Al vantaggio della maggiore flessibilità fa da contraltare l'impossibilità di controllare democraticamente gli esiti di questa strategia di governo delle azioni umane.

In tal modo il primo modello perde la sua compattezza e la sua infallibilità meccanica ed è costretto a compromessi. Il governo delle leggi deve lasciare un certo spazio, che ci si auspica sia il minimo possibile, al governo degli uomini.

2. *L'incertezza della ragione*

Ammettiamo ora che questi casi eccezionali crescano sempre di più per il progressivo venir meno del consenso sulle interpretazioni consolidate dei valori fondamentali. Fa capolino il pluralismo in cui l'incertezza della ragione diviene un fattore destabilizzante della coordinazione sociale e, quindi, la questione prioritaria. Dal modo d'intendere questa tipica condizione umana dipende anche la specifica pratica del secondo modello dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia. Anche qui sono ipotizzabili due versioni, una moderata e una estrema.

La versione moderata del secondo modello considera i due difetti di egual peso e, pertanto, intende far fronte ad entrambi in egual misura. Ma quest'impresa regge finché si ammette che la pluralità delle interpretazioni della costituzione s'inscrive pur sempre all'interno di un quadro generale che ancora riscuote un elevato consenso. Questa è, infatti, la differenza fra pluralità e pluralismo. I valori costituzionali sono ancora considerati come dotati di una loro identità riconoscibile, ma, in ragione dell'indeterminatezza dei principi, non possono di per sé guidare alcun comportamento umano se non sono precisati attraverso un processo di concretizzazione e di particolarizzazione in cui la scelta è ristretta all'interno delle interpretazioni cognitive legittime, com'è proprio della ragion pratica. Questo processo non è un meccanismo automatico e non è neppure una pura e semplice deduzione logica, perché le soluzioni possibili e legittime sono molteplici e dipendono anche dalla

varietà delle circostanze. Per questo si configura un caso tipico d'incertezza della ragione.

Mentre la debolezza della volontà è sicuramente un difetto, l'incertezza della ragione ha sicuramente aspetti positivi, perché nel campo pratico le soluzioni giuste o corrette possono essere molteplici. Proprio per questo la coordinazione della vita comune è un'impresa complessa e problematica e spesso richiede sacrifici bisognosi di un'adeguata giustificazione.

L'incertezza della ragione può essere affrontata a sua volta in due modi: o mediante un indiscutibile *diktat* dell'autorità politica o mediante una decisione che sia esito di un processo deliberativo. Solo quest'ultima via è quella più adeguata ad un regime autenticamente democratico. Infatti, per quanto differenti possano essere le versioni possibili della democrazia, tutte devono contenere qualche elemento deliberativo che sia in grado di mostrare la congruenza della decisione presa rispetto ai principi e ai diritti fondamentali della costituzione.

Poiché siamo nel campo della ragion pratica, le particolarizzazioni e le concretizzazioni dei diritti fondamentali sono – come s'è detto – spesso non obbligate o a senso unico, ma possono essere molteplici e tutte legittime. E allora il ruolo del principio di maggioranza è quello di scegliere quella decisione che i più reputano come la più congrua. Questo non assicura affatto che lo sia ed è per questo che nel campo pratico le scelte non sono mai definitive una volta per tutte, ma solo temporanee. Non si tratta di arrivare ad una soluzione giusta una volta per tutte. Essa vale in relazione a contesti dati, a determinate circostanze ed ha sempre un carattere provvisorio, anche perché è sempre aperta alla correzione e all'autocorrezione. Le stesse istituzioni democratiche sono *self-correcting institutions*⁶. In questo senso la deliberazione ha un carattere «infinito», com'è proprio della ricerca della verità. «In democratic politics all destinations are temporary. No citizen can ever claim to have persuaded his fellow once and for all»⁷.

⁶ R. Forst, *The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy*, in «Ratio Juris», 14, 2001, n. 4, p. 374.

⁷ M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983, p. 310.

Naturalmente vi possono essere anche decisioni illegittime, cioè decisioni che non sono uno sviluppo congruo dei principi costituzionali. Pertanto, questa versione del secondo modello richiede che vi sia un sindacato di costituzionalità, che si pone come limite esterno della democrazia. Esso è richiesto dalla natura seminale dei principi costituzionali e dal rischio che la debolezza della volontà intralci il corretto uso della ragion pratica.

Se vogliamo trovare una metafora anche per questa versione del secondo modello, possiamo pensare ad un'orchestra a cui sia affidato il compito di improvvisare una sinfonia, attenendosi ad alcuni accordi musicali già prefissati. I risultati potranno essere molteplici, ma i critici musicali saranno in linea di massima capaci di distinguere quei casi in cui s'è rispettato il canovaccio prefissato da quelli che lo violano sotto qualche aspetto.

Infine, si presenta oggi una versione estrema del secondo modello di costituzionalismo, quella emergente dalla diffusione del pluralismo a tutto spiano. In questo caso, che non è affatto un'ipotesi di scuola, i principi costituzionali assumono una vaghezza estrema fino al punto da essere mero *flatus vocis*. Non sono più vere e proprie «ragioni» per quanto seminali, ma mere espressioni retoriche non più in grado di controllare le loro concretizzazioni storiche. Qualsiasi concezione della vita umana, o quella che Rawls ha chiamato «dottrina comprensiva», si appella alla costituzione e offre una propria lettura di essa senza che si possa propriamente distinguere tra interpretazioni corrette o meno. In più, si profila la convinzione che la costituzione non contenga propriamente un abbozzo di vita sociale e una visione generale delle relazioni umane socialmente significative, ma soltanto un insieme di garanzie per la realizzazione di progetti di vita individuali o di gruppo con l'unico limite dell'eguale libertà altrui.

Il processo in atto di costituzionalizzazione della coscienza delle persone sembra confermare che questo trend è all'opera⁸. E qui evidente che di debolezza della volontà

⁸ Cfr., ad esempio, S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

non si potrà più parlare, perché essa presuppone un giudizio certo sul bene e sul male o un impegno preventivo da rispettare. L'incertezza della ragione è diventata un macroscopico inconveniente politico ben difficile da governare.

In queste condizioni resta senza dubbio ancora in piedi la soluzione volontaristica, cioè quella di una volontà sovrana di tipo hobbesiano che metta drasticamente fine a questa frammentazione della vita sociale. Ma si tratterebbe di un modo per reprimere il pluralismo, che è per definizione nemico del volontarismo. Non resta che la via della ragionevolezza, che però può essere intesa secondo vari gradi d'intensità, cioè dal compromesso frutto di negoziazione fino ad un'intesa minima intorno al bene comune. In quest'ultimo caso la ragionevolezza appartiene alla ragione pubblica e agli sforzi socio-politici tesi ad affrontare gli inconvenienti dell'incertezza della ragione⁹.

In questa versione estrema del secondo modello la democrazia acquista una grande rilevanza come metodo procedurale per la soluzione dei conflitti. I limiti costituzionali si assottigliano sempre più e quelli consistenti nel sindacato di costituzionalità si concentrano prevalentemente nel principio di non discriminazione, che però richiede spesso valutazioni non puramente formali con il risultato di riproporre il ruolo etico-politico della giustizia costituzionale. Questa viene condotta ad esercitare compiti che difficilmente possono essere considerati puramente cognitivi. Si prefigura così il governo dei giudici che non è in linea di principio compatibile con il *rule of law*.

In tali condizioni sembrerebbe che questo modo d'intendere il costituzionalismo nasconda in realtà una vanificazione della costituzione per quanto riguarda la parte relativa ai principi e ai diritti fondamentali. Ma non è così. Innanzi tutto v'è da notare che, se la democrazia acquista il ruolo centrale della decisione politica, ciò è possibile sulla base di un fondamento costituzionale. Inoltre, anche la stessa democrazia presuppone diritti fondamentali e, primo fra tutti, il diritto di partecipare alla deliberazione democratica

⁹ Cfr. il mio *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in «Persona y Derecho», 46, 2002, n. 1, pp. 35-71.

in posizioni di eguaglianza. Vi sono anche altri diritti che indirettamente sono richiesti dalla democrazia in quanto condizioni necessarie per la sua legittimità, quali ad esempio la libertà di espressione e quella di associazione. Ma, per il resto, ci si basa sul principio che sono le persone stesse a dover stabilire di volta in volta quali diritti sostanziali esse abbiano. Se i diritti politici sono quelli principali, allora la legislazione assume un ruolo centrale¹⁰.

Anche questa versione del secondo modello si basa ovviamente sui processi di deliberazione democratica. Il loro oggetto ora è ben più ampio, perché non si tratta più di individuare i mezzi più adatti per realizzare principi fondamentali già presupposti, ma bisogna prima stabilire su quali principi sostanziali e valori etico-politici è possibile raggiungere un accordo e un'intesa, anche se provvisoria. In tal modo la deliberazione democratica è caricata di un compito immane, che pone rilevanti problemi sia alla nozione generale di una pratica deliberativa, sia al ruolo proprio della legislazione.

Ogni vera e propria deliberazione, in quanto ragionamento pratico, è volta a decidere cosa fare o come agire riguardo a problemi concreti e specifici. Pertanto, essa sempre presuppone i principi da applicare. Ma in questo contesto – come abbiamo detto – è presente un disaccordo riguardo agli stessi principi e, di conseguenza, il processo deliberativo dovrà al contempo stabilire i valori direttivi e la loro applicazione concreta. Ora, a parte la questione di fondo se si possa propriamente deliberare sui fini ultimi, che qui non è il caso di trattare, resta il fatto che la vita politica ordinaria è sovraccaricata di compiti che possono facilmente condurla ad una paralisi decisionale. Infatti, è più praticabile il raggiungimento di un ampio consenso su principi generali presi isolatamente dalle loro possibili applicazioni piuttosto che sugli uni e sulle altre congiuntamente considerati. In tal caso appaiono evidenti i sacrifici richiesti alle visioni generali della vita buona e questi impediranno il raggiungimento dell'accordo e dell'intesa sui valori fondamentali.

¹⁰ Cfr. J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; trad. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, a cura di A. Pintore, Milano, Giuffrè, 2001.

Infine, la legislazione ordinaria assume un ruolo costituzionale del tutto simile ad un potere costituente sempre in atto, cioè nella sostanza incapace di conferire certezza e stabilità alle relazioni sociali significative. Le questioni riguardanti le forme generali di vita non possono essere affidate a maggioranze contingenti e transeunti, né queste sono adatte a svolgere il ruolo di un potere costituente.

Se vogliamo, in conclusione, trovare una metafora adatta per questa versione estrema del secondo modello, dovremmo ipotizzare il caso di un'orchestra a cui si affidi il compito di suonare una sinfonia senza spartiti o canovacci musicali prestabiliti. Sarà inevitabile un conflitto sulla prevalenza degli uni o degli altri strumenti musicali, conflitto che il direttore d'orchestra non dovrà risolvere d'autorità. In queste condizioni sarà mai possibile l'esecuzione di un pezzo musicale sensato? Cioè, fuor di metafora, sarà mai possibile una comunità politica degna di questo nome? E senza una comunità politica è ancora possibile la democrazia e lo stato?

3. *Il pluralismo dei valori e il pluralismo giuridico*

Com'è facile notare, lo stato costituzionale di diritto, che pure intende tener nel debito conto i due fattori antropologici principali della destabilizzazione socio-politica, ne enfatizza la portata minacciosa a causa della stessa pratica del costituzionalismo, con l'aggiunta aggravante dei processi di internazionalizzazione del diritto e della globalizzazione dei mercati. La sua formula intende ribadire la centralità dello stato, ma di fatto non solo va mutando il ruolo istituzionale di questo, ma anche il suo rapporto con le altre istituzioni sociali interne ed esterne. Conseguentemente, anche la teoria costituzionale soffre dello stesso disorientamento e attraversa una vera e propria crisi d'identità metodologica, lacerata dal conflitto tra la prospettiva storica, quella interpretativa e quella critica¹¹.

Il costituzionalismo della seconda metà del Novecento era nato e s'era sviluppato in senso statocentrico, essendo

¹¹ Cfr. N.W. Barber, *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

governato dall'idea di specifiche istituzioni che occupano il centro della vita politica ed economica e che sono rette da valori e principi fondamentali condivisi e praticati dalla comunità politica. La costituzione s'è offerta come un programma di vita comunitaria e, quindi, come base dell'unità dell'ordinamento giuridico nazionale. Ma questa forma di costituzionalismo s'è rivelata inadatta ad affrontare le sfide del pluralismo provenienti dall'esterno e dall'interno. Non si tratta solo di tener conto della schiera sempre più numerosa di immigrati, esiliati e rifugiati, ma anche del disaccordo crescente fra i cittadini sul modo d'interpretare e praticare i valori costituzionali. Lo stato costituzionale deve ora prendere le distanze dalla nazione per affrontare tre tipi di conflitto: quello di interessi riguardanti il controllo e la distribuzione delle risorse, quello delle identità culturali e quello relativo ai valori.

Con la priorità della costituzione sullo stato, con la conseguente crisi della centralità di quest'ultimo e con l'espansione dell'universalismo dei diritti si enfatizza un'interpretazione meramente individualistica della costituzione, che è senza dubbio il luogo principale della garanzia dei diritti individuali, ma viene sottodimensionato l'aspetto istituzionale della costituzione, che a sua volta non si riduce a quello statale. Un sistema giuridico non è costituito solo da individui e non solo da istituzioni giudiziarie, legislative e amministrative, ma anche da corpi intermedi, da rapporti istituzionali di carattere etico-sociale ed economico, com'è particolarmente evidente nella Costituzione italiana. Queste istituzioni sono prese in considerazione non solo per garantire i diritti liberali di coloro che le animano, ma anche al fine di disegnare gli scopi fondamentali e i valori direttivi della comunità politica, che a loro volta permettono la tutela dei diritti sociali. Di conseguenza, da questo punto di vista, solo la preservazione dell'identità istituzionale consente il rispetto della dignità umana tutta intera.

Mentre i diritti individuali possono essere proclamati in modo decontestualizzato, anche se poi richiedono un processo di contestualizzazione nella fase della loro implementazione, le istituzioni sociali ed economiche, e ancor più quelle propriamente giuridiche, richiedono fin dall'inizio un

approccio narrativo. Da questo punto di vista le rivendicazioni particolaristiche degli individui o dei gruppi debbono armonizzarsi con l'accumulazione storico-culturale della vita associata, che definisce il senso proprio delle istituzioni concrete¹².

I valori ed i principi non riguardano solo i diritti individuali e il loro equo bilanciamento, ma anche le istituzioni sociali, economiche e politiche. Conseguentemente, l'esigenza della ragionevolezza comprende gli uni e le altre. Insomma, per preservare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali bisogna anche difendere quello delle istituzioni fondamentali della società, che a loro volta non si riducono a quelle propriamente politiche¹³.

Questo assetto generale è ora posto seriamente in discussione dall'irrompere del pluralismo in generale e di quello giuridico in particolare. Infatti, il pluralismo, prima ancora di articolarsi diversamente nei settori particolari, è una situazione culturale epocale. È la vita umana di ogni persona che si fa in certo qual modo pluralista. L'io stesso è pluralistico quando segue concezioni e orientamenti differenti nei vari settori della vita pratica, rinunciando a visioni unitarie e compatte o a piani di vita coerenti.

Il pluralismo non è soltanto la coesistenza di concezioni e forme di vita differenti e contrastanti, ma anche la loro compresenza «in uno stesso ambiente di vita», che tuttavia può essere tanto vasto da abbracciare il mondo intero a causa dei processi di globalizzazione e di internazionalizzazione. Insomma, il pluralismo è sempre in qualche modo «interno» e, proprio per questo, è difficilmente trattabile. Le forme di vita particolari sono proiettate al di fuori delle loro nicchie originarie e s'incontrano con la diversità con cui debbono fare i conti, cioè che non possono ignorare come avveniva spesso

¹² Per un'interpretazione istituzionale della costituzione, da non confondere con il neoinstituzionalismo di MacCormick e Weinberg, cfr. le utili considerazioni di T. Cole, *Scalia and the Institutional Approach to Law*, in «University of Toledo Law Review», 34, 2002-2003, pp. 559-574.

¹³ In questo senso la questione della democrazia riguarda la società tutt'intera e non solo la sfera strettamente politica. Cfr. *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, a cura di M. Cartabia e A. Simoncini, Bologna, Il Mulino, 2009.

nel passato. In più, all'interno delle unità culturali compatte si producono frammentazioni, al consenso si accompagna il dissenso, l'uniformità diviene multiformità, la comunità politica si scompone in articolazioni particolaristiche che a volte impropriamente possono essere racchiuse entro il concetto in certo qual modo ancora unitario di «società civile».

Solitamente si presta attenzione prevalentemente al pluralismo dei valori o dei contenuti ideali, ma non bisogna sottovalutare l'importanza del pluralismo che interessa le stesse strutture della vita pratica. Questo a sua volta non riguarda soltanto la maggiore comunicazione e porosità tra gli ambiti che la modernità aveva separato, quali l'etica, il diritto, la politica e l'economia, ma anche il pluralismo interno ad ognuno di essi. Il pluralismo giuridico si colloca proprio su questo piano.

Affinché si possa parlare in senso proprio di «pluralismo giuridico», occorre che ogni ordine giuridico (non solo quello statale) non si ponga come esclusivo e dal punto di vista interno¹⁴ riconosca come legittima la pretesa di giuridicità degli altri ordini in competizione con la propria senza propriamente incorporarli in sé¹⁵. Occorre che le fonti giuridiche in gioco siano considerate tutte legittime, che riguardino lo stesso oggetto o la stessa situazione sociale, che confliggano sotto qualche rispetto e che non siano presenti chiare e consolidate gerarchie normative.

Il pluralismo giuridico è una proprietà dei contesti sociali e non già dei sistemi giuridici. Esso designa il fatto che all'interno di uno stesso ambito sociale sono operative norme giuridiche di differente provenienza, alcune prodotte al suo interno e altre da ambiti sociali esterni¹⁶.

¹⁴ Per questo alcuni preferiscono parlare di *legal polycentricity*. Cfr. *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, a cura di H. Petersen e H. Zahle, Aldershot, Dartmouth, 1995, p. 8.

¹⁵ Questo è il senso minimo essenziale di «pluralismo giuridico». Cfr. F. Ost e M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Fusl, 2002, pp. 185-187.

¹⁶ J. Griffith, *What is Legal Pluralism?*, in «Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law», 24, 1986, p. 38 e S.F. Moore, *Law and Social Change: The Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in *Law as Processes: An Anthropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978, pp. 54-81.

Pertanto, in senso stretto non è «pluralismo giuridico» riconoscere l'esistenza all'interno dello stesso sistema giuridico di differenti meccanismi normativi applicabili alla stessa situazione¹⁷, perché questa è una pluralità *nell'*ordinamento o non già *degli* ordinamenti. Non è neppure sufficiente il criterio «esistenziale» che si appella alle persone soggette nella stessa situazione a ordini giuridici indipendenti l'uno dall'altro¹⁸, perché la sfida del pluralismo consiste proprio nel concepire questi ordini giuridici insieme come collegati e concorrenti. Ed infine, non è neppure soddisfacente far ricorso al criterio geografico¹⁹, perché – come abbiamo visto – non tutti gli ordini giuridici interessati hanno una dimensione territoriale, a meno che esso non s'intenda come uno «spazio vitale» o un ambito di estensione delle relazioni sociali entro cui s'incontrano e si scontrano differenti sfere normative. Questo spazio si materializza necessariamente nei luoghi in cui il diritto è accertato, applicato ed eseguito, ma l'ambito di validità normativa è lo spazio giuridico e non i luoghi materiali, così d'altronde già Kelsen intendeva la validità territoriale dell'ordinamento giuridico statale.

Dunque, il pluralismo giuridico designa una situazione normativa in cui differenti ordini giuridici concorrono e competono nella regolazione dello stesso corso di azione o di insiemi di azioni aventi lo stesso oggetto. Gli ordini giuridici interessati non sono né totalmente indipendenti l'uno dall'altro, né totalmente subordinati l'uno all'altro. Le rispettive competenze in linea di principio non sono

¹⁷ Questa tesi, per altri versi criticata da Griffith, è stata sostenuta da J. Vanderlinden, *Le pluralisme juridique: essai de synthèse*, in *Le pluralisme juridique*, a cura di J. Gilissen, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1971, p. 19.

¹⁸ È la nuova definizione di J. Vanderlinden, *Return to Legal Pluralism*, in «Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law», 28, 1989, p. 151. Tuttavia il criterio della *actor's perspective* è molto importante per fronteggiare il pluralismo giuridico. Cfr. M. Chiba, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, in «Ratio juris», 11, 1998, n. 3, pp. 238-240.

¹⁹ Si riferisce a sistemi giuridici, *networks* e ordini «co-existing in the same geographical space» W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, London, Butterworth, 2000, p. 83.

esclusive e danno luogo a sovrapposizioni normative senza distinguibili gerarchie delle fonti del diritto²⁰.

In questo panorama confuso le regole giuridiche irrompono da ogni parte e in ogni tempo, perseguono direzioni contrapposte e si mescolano fra loro in modo sempre più complesso. I giuristi e i giudici sono radicati dai loro punti di riferimento usuali e dai loro tradizionali contesti normativi. Il sapere giuridico deve così far fronte a sfide del tutto nuove²¹.

Il risultato è quello di un enorme accrescimento dell'incertezza della ragione giuridica che lo stato costituzionale di diritto non riesce più a padroneggiare adeguatamente e che i processi democratici stentano a controllare. Sarebbe, quindi, che queste istituzioni di centrale importanza debbano essere riconsiderate alla luce dell'evoluzione del diritto contemporaneo e del regime del pluralismo senza che si perdano le loro acquisizioni di civiltà giuridica e politica. Riuscirà lo stato costituzionale di diritto a risolvere o, almeno, a controllare i conflitti che in parte ha causato?

I saggi che sono raccolti in questo volume sono rivolti a rintracciare questa problematica di carattere generale in settori giuridici particolari e al loro interno in temi spesso molto circoscritti. Essi sono il prodotto di una ricerca più ampia promossa dall'Università di Palermo e dedicata alla «Crisi dello stato e della legalità e nuove forme di diritto e di sapere giuridico».

Tenendo presente la frammentazione del diritto contemporaneo e al contempo l'esigenza di un rinnovato dialogo fra i tradizionali rami del diritto, è sembrato opportuno coinvolgere nell'indagine studiosi di competenze differenti nella convinzione che la varietà degli approcci conduca ad una più adeguata esplorazione degli orientamenti presenti con mutuo giovamento. Gli ambiti giuridici qui messi sotto osservazione sono quelli della filosofia e teoria del diritto,

²⁰ Per il pluralismo giuridico presente nell'Unione europea cfr. il mio *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

²¹ Cfr. F. Viola, *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi* (Convegno Aristec, 26-28 novembre 2009), Napoli, Jovene, 2011, pp. 75-90.

della storia del diritto, del diritto costituzionale, del diritto comparato, del diritto amministrativo, del diritto internazionale, del diritto penale e del diritto tributario. Per ognuno di essi si offrono saggi esplorativi certamente ben lunghi dall'essere esaustivi. Ovviamente il diritto interno considerato è stato prevalentemente quello italiano.

La ricerca complessiva è stata articolata in due fasi. Dapprima s'è affrontato il tema generale della crisi dello stato, che – come si sa – è un interrogativo ricorrente dagli inizi del Novecento fino ai giorni nostri. Lo stato moderno, che è una grande costruzione artificiale per la convivenza umana, si trova sempre in crisi, in quanto deve sempre fronteggiare il dinamismo sociale, politico ed economico, dovendo dimostrare in ogni momento di essere sempre indispensabile all'ordine della vita associata senza mortificarne le aspirazioni al rinnovamento e alla giustizia.

I risultati di questa prima fase della ricerca, già pubblicati²², pur nella diversità delle prospettive, hanno evidenziato come minimo denominatore comune che lo stato non è certamente in declino, anzi in alcuni settori aumenta il suo potere regolativo con la conseguente limitazione degli spazi di libertà e di accrescimento della discrezionalità interpretativa. In ogni caso il processo di trasformazione e di adattamento, e a volte di disorientamento e squilibrio, riconferma la vitalità dello stato e il suo ruolo essenziale nel panorama delle istituzioni giuridico-politiche contemporanee.

La seconda fase della ricerca, i cui risultati sono qui raccolti, si è concentrata sulla forma di stato segnata dal costituzionalismo contemporaneo al fine di comprenderne alcune difficoltà interne soprattutto alla luce della sempre più complessa interazione con ordini giuridici più ampi, quali quello del diritto comunitario europeo e quello del diritto internazionale.

Dopo questa introduzione, la parte storica è volta ad evidenziare le radici pluralistiche dello stato costituzionale, nato come reazione all'omologazione della società attraverso una legislazione cieca nei confronti delle diversità e un'unità

²² *Lo stato contemporaneo e la sua crisi*, in «Ars interpretandi», 16, 2011, p. 233.

politica rigidamente accentrata. Con ciò lo stato costituzionale non solo riprende ad intessere una storia interrotta che risale al pluralismo ordinamentale di Santi Romano e dell'istituzionalismo giuridico, ma soprattutto si apre a nuovi orizzonti che danno rilevanza giuridica ai valori della persona e della democrazia.

Gli altri saggi sono suddivisi in due parti: la prima riguarda le interazioni fra diritto costituzionale interno e diritto europeo, con particolare riferimento al rispetto del principio di legalità, e la seconda gli intrecci fra il diritto statale e quell'ordine giuridico globale che è in realtà un'aspirazione a governare il disordine attuale generato dal pluralismo giuridico.

L'organizzazione stessa dell'indagine presuppone la convinzione dell'impossibilità di elaborare a tutt'oggi una concezione generale sull'evoluzione dello stato costituzionale di diritto. Principi generali, come quello della legalità e della certezza del diritto, non solo devono fronteggiare insidie provenienti da ogni parte, ma anche vengono declinati diversamente a seconda dei rami del diritto. Tuttavia si può rintracciare un minimo comun denominatore nella frizione tra l'istanza formale e quella sostanziale, poiché non bisogna dimenticare che lo stato costituzionale di diritto è prima di tutto e vuole continuare ad essere uno stato di diritto. D'altronde la tensione fra la forma e il contenuto giuridico è tutt'interna alla ricerca della giustizia.

Infine, per quanto riguarda le relazioni fra lo stato costituzionale di diritto e gli ordini giuridici sovranazionali e internazionali, è stata messa in luce la loro intricata complessità. Da una parte, vi sono aspetti di vera e propria negoziazione, che sono minacciosi per la tutela dei diritti fondamentali e che indeboliscono le conquiste del costituzionalismo, mentre, dall'altra, vi sono processi di mutuo apprendimento che aiutano ad evidenziare quali aspetti della dignità umana possono essere tutelati meglio in una dimensione globale e quali, invece, abbisognano necessariamente della protezione statale.

