

ISSN: 0211-4526

PERSONA Y DERECHO

SEPARATA

2018** / 79
(JULIO-DICIEMBRE)

FRANCESCO VIOLA IL FUTURO DEL DIRITTO

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad
de Navarra

PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2018** / NÚMERO 79 (JULIO-DICIEMBRE)

EL FUTURO DEL DERECHO

Isabel TRUJILLO Presentación [Presentation]	7
Francesco VIOLA Il futuro del diritto [The Future of Law]	9-36
Jesús BALLESTEROS El futuro del derecho: la lucha contra la ideología tecnológica [The Future of Law as a Struggle Against Technological Idolatry]	37-50
Mauro BARBERIS Il diritto futuro e la sua de-positivizzazione [The Future's Law and Its De-positivization]	51-69
Alfonso GARCÍA FIGUEROA El convencionalismo jurídico o la irrelevancia del juspositivismo [Legal Conventionalism or the Irrelevance of Legal Positivism]	71-114
Josep Joan MORESO Imágenes del Derecho [Images of Law]	115-131
Giuseppe ZACCARIA Universalità e particolarismo dei diritti fondamentali [Universalism and Particularism in Fundamental Rights]	133-152
Elena PARIOTTI Human Rights as Basic Rights: A Path to Universality? [Derechos humanos como derechos básicos. ¿Un camino hacia la universalidad?]	153-177

Isabel TRUJILLO

La ética profesional y la autonomía de lo jurídico en el derecho del futuro

179-199

[Professional ethics and the autonomy of Law in the future of Law]

Manuel ATIENZA

Un comentario al texto de Francesco Viola // *futuro del diritto*: acuerdos y desacuerdos

201-217

[A Commentary to Francesco Viola's «The Future of Law»: Agreements and Disagreements]

RECENSIONES

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *La recepción de la doctrina aristotélica de lo justo natural y lo justo legal, en los comentaristas medievales de la Ética a Nicómaco* / [Carlos I. Massini-Correas] / 221 // **AA.VV.**, *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* / [Carlos I. Massini-Correas] / 227 // **GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos**, *Garantismo penal europeo* / [Daniel González Uriel] / 233 // **LAISE, Luciano**, *El poder de los conceptos: concepciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista* / [Julio Pohl] / 242 // **HERMIDA DEL LLANO, Cristina**, *La mutilación genital femenina. El declive de los mitos de legitimación* / [María Aránzazu Novales Alquézar] / 250 // **ASÍS, Rafael**, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos* / [Marianna McMillan] / 259 // **ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana/ BONET PÉREZ, Jordi**, *El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites* / [Olivia Serrano Núñez] / 267 // **CONTRERAS, Sebastián**, *El primer principio de la razón práctica. Tomás de Aquino y las nuevas teorías de la ley natural* / [Camila Herrera Pardo] / 273 // **ROBLES, Gegrorio**, *Cinco Estudios de Teoría Comunicacional del Derecho* / [Adolfo J. Sánchez Hidalgo] / 281 //

Normas para envío de originales

291

Il futuro del diritto*

The Future of Law

Francesco VIOLA

Università di Palermo (Italia)
francesco.viola@unipa.it

RECIBIDO: 14/08/2017 / ACEPTADO: 07/09/2018

Riassunto: L'obiettivo di questo scritto è solo quello di esaminare alcune *res novae* del diritto contemporaneo al fine d'intravedere le loro potenzialità e di individuare i pregiudizi di cui dovrebbe liberarsi la teoria giuridica. L'attenzione è rivolta ai diritti umani, al processo di costituzionalizzazione del diritto, al primato della persona umana e del caso concreto, al processo d'internazionalizzazione del diritto, al pluralismo giuridico e all'evoluzione del concetto di sistema giuridico. Ciò che accomuna tutte queste *res novae* è senza dubbio il rilievo centrale che assume la ragione pratica nella teoria del diritto.

Parole chiave: diritto contemporaneo; teoria del diritto; diritti umani; pluralismo giuridico; ragione pratica e diritto.

Abstract: The aim of this article is just to examine some *res novae* in contemporary law in order to test their potentialities and to identify bias from which the legal theory must be set free. The attention concerns human rights, the process of constitutionalization and internationalization of law, the primacy of human person and, therefore, of adjudication, legal pluralism and the evolution of the concept of legal system. What keeps together all these *res novae* is the relevance of practical reason in the field of legal theory.

Keywords: contemporary law; legal theory; human rights; legal pluralism, law and practical reason.

Chiedersi quale sia il futuro del diritto non è lo stesso che interrogarsi sul diritto del futuro. Questa seconda questione è ben più impegnativa, perché richiede previsioni sugli assetti politici e sociali del mondo futuro, cosa dipendente da variabili altamente contingenti. Il futuro del diritto, invece, può giovare degli insegnamenti della storia del diritto, che presenta alcune significative costanti e la rilevanza di una tradizione mai del tutto cancellata. Le numerose *res novae*, che si presentano come istanze emergenti all'interno del mondo giuridico, attendono di essere adeguatamente metabolizzate dalla cultura giuridica contemporanea. C'è da chiedersi se essa saprà preservare l'identità del diritto, ancora una volta seriamente insidiata e minacciata. Fino a che punto l'elasticità del diritto saprà adattarsi a circostanze nuove senza andare in frantumi?

* *Lectio Magistralis di Commiato* (Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, 26 novembre 2012).

L'obiettivo di questo scritto è solo quello d'indicare solo alcune di queste *res novae* già presenti nel mondo giuridico, anche se non hanno ancora dispiegato tutte le loro potenzialità, al fine d'intravedere di quali pregiudizi dovrebbe liberarsi una teoria giuridica del futuro¹. Mi limiterò qui a fare una rassegna molto incompleta di alcune di queste istanze emergenti che bussano alla porta della scienza giuridica. Lo farò in forma molto problematica, senza la pretesa di presentare soluzioni ma solo di sollevare problemi.

Nel 1908, un secolo fa, il giurista Jean Cruet, in un libro sulla vita del diritto positivo e sulla impotenza della legge, ha scritto: «Il diritto non domina la società, ma l'esprime»². Si trattava evidentemente delle prime avvisaglie dell'antiformalismo in opposizione al formalismo della dogmatica ottocentesca, che pretendeva appunto di dominare la società, avvolgendola nelle fitte maglie della rete dei concetti giuridici.

Oggi non solo l'epoca della codificazione è ormai finita, ma siamo anche al di là di quella che è stata chiamata «l'età della decodificazione»³. Questa era ancora legata, anche se dialetticamente, al diritto codificato. Ma ora siamo di fronte ad un'epoca nuova, che conserva solo deboli tracce del passato. Siamo nell'epoca della costituzionalizzazione e dell'internazionalizzazione del diritto e sappiamo che la dogmatica giuridica ottocentesca con le sue pregevoli categorie astratte fatica a venirne a capo.

I DIRITTI UMANI

La prima *res nova* riguarda il massiccio ingresso negli ordinamenti giuridici contemporanei dei diritti umani. Si tratta di un mondo di valori e di istanze che prima stazionavano nel pregiuridico o nel metagiuridico e che ora pretendono una piena e completa giuridicità con effetti dirompenti.

Non si tratta solo di ricordare quanto inadeguata sia la teoria tradizionale del diritto soggettivo, proprio per il suo originario carattere patrimonialisti-

¹ Un primo abbozzo di questa problematica si trova in VIOLA, F., *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi (Atti del Convegno Aristec, Palermo, 26-28 novembre 2009)*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 75-90. Mi scuso per l'abbondanza delle autocitazioni, che intendono soltanto mostrare quanto io sia consapevole della complessità dei temi qui in modo approssimativo accennati.

² «Le droit ne domine pas la société, il l'exprime» (CRUET, J., *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris, 1908, p. 336).

³ IRTI, N., *L'età della decodificazione*, III ed., Giuffrè, Milano 1989.

co⁴. Ma soprattutto di notare che i diritti umani implicano l'abbandono di due caratteristiche tipiche del diritto soggettivo, quella che un diritto implichi necessariamente una relazione fra due persone e che richieda una necessaria correlazione fra diritto e dovere.

La difficoltà di classificare esaustivamente i diritti umani è data dal fatto che la forma di potere ad ognuno di essi attribuita è derivata dal tipo di ragioni che abbiamo per attribuire o riconoscere diritti, poiché il potere relativo deve essere in grado di soddisfare le finalità per cui è attribuito⁵. Queste finalità riguardano tutte le esigenze fondamentali della vita umana nella varietà delle sue espressioni e, quindi, le ragioni sono di differente natura e, di conseguenza, anche i poteri sono molteplici. Ma così il mondo dei diritti è difficilmente governabile con le categorie della tradizionale *scientia juris*.

I diritti umani, che sono diritto positivo a tutti gli effetti sin dal momento in cui si presentano in testi di *soft law*, interessano l'interpretazione giuridica sotto due profili, tra loro connessi ma distinguibili. Da una parte, come oggetto dell'interpretazione giuridica, i diritti umani richiedono metodi appositi che non sono usuali o non sono ammessi nella tradizione propria del diritto codificato e della dogmatica giuridica (con particolare attenzione per il metodo teleologico e per quello che dà rilievo alle conseguenze)⁶. Per Savigny – com'è noto – il metodo teleologico doveva essere assolutamente bandito dal diritto per il suo elevato tasso di discrezionalità. Dall'altra, in ragione del loro carattere pervasivo nei confronti di tutta quanta l'esperienza giuridica, l'approccio interpretativo dei diritti umani si comunica a tutto il diritto positivo e contribuisce a rimodellarne il concetto generale.

La distinzione tipicamente anglosassone tra *moral rights* e *legal rights* ha implicazioni giuridiche che non devono essere trascurate. Essa ci dice che la tutela giuridica ha la sua giustificazione ultima o il suo fondamento non già nella volontà del sovrano, ma nello statuto morale del soggetto. Il fatto che gli individui e i gruppi abbiano a disposizione certe forme di tutela non è il fondamento dei loro diritti, ma semmai il segno del riconoscimento che i beni in questione sono di tale importanza che sarebbe un torto grave negarli alla persona. Non *ubi remedium ibi ius*, ma *ubi ius ibi remedium*. Ciò significa che

⁴ Cfr. VIOLA, F., «I diritti umani sono naturali?», in BOTTURI, F.; MORDACCI, R. (a cura di), *Natura in etica, Annuario di Etica*, 6/2009, Vita e Pensiero, Milano 2009, pp. 69-92.

⁵ VIOLA, F., «Diritti umani», voce in *Enciclopedia filosofica*, vol. 3, Bompiani, Milano, 2006, pp. 2931-2938.

⁶ Cfr. MENGONI, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Giuffrè, Milano 1996.

sono chiamate in causa fonti del diritto extra-giuridiche per giustificare e interpretare le fonti giuridiche «ufficiali» e che la stessa scienza giuridica deve guardare alle une e alle altre per comprendere il suo oggetto⁷.

Per interpretare e applicare i diritti umani bisogna far ricorso non solo ad un'articolazione complessa di dottrine politiche e morali altamente controverse, ma anche a giudizi empirici, a volte anch'essi controversi, provenienti dalla medicina e dalla scienza. Oggi i medici e gli scienziati acquistano un protagonismo giuridico, attivo e passivo, sconosciuto nel passato. Di conseguenza, l'opera di concretizzazione dei diritti, la loro implementazione e operatività nei contesti nazionali e internazionali, si risolve necessariamente in un dibattito sulle ragioni della più diversa natura che rendono fondamentali certi diritti, poiché solo in tal modo si potrà precisare a chi essi debbano essere effettivamente riconosciuti, a quali condizioni, quando e come possano essere esercitati e tutelati.

Questo dibattito si svolge oggi in tutti i fori pubblici, non solo nelle assemblee legislative, ma anche nelle camere di consiglio giudiziarie e nei consessi dei giuristi. In questo senso si può affermare che le argomentazioni politiche, etiche e scientifiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza giuridica, con il rischio elevato di fraintendere produzioni economiche o tecnologiche come se fossero produzioni giuridiche⁸.

La positività dei diritti non è un dato originario sufficiente a giustificarli, ma semmai un punto di arrivo dell'argomentazione che li giustifica e che l'interpretazione è chiamata a ripercorrere e a ricostruire. In questo senso l'attività interpretativa assume un ruolo nuovo, quello volto a comprendere e riordinare argomenti piuttosto che semplicemente quello di cogliere significati di testi giuridici. La distinzione tra interpretare e argomentare si assottiglia sempre di più. La prescrizione giuridica dipende sempre di più dalla solidità delle ragioni (relative a fatti o a valori) su cui poggia e sempre meno dalla forza imperativa dell'autorità. Ma queste ragioni non sono incontrovertibili. Si tratta, infatti, del campo aperto della ragion pratica, luogo di opinioni contrastanti e di dibattiti infiniti.

Se il diritto positivo va assumendo questa configurazione, anche la scienza giuridica si trasforma. Pur ammettendo che il suo obiettivo primario resti

⁷ Cfr. TRUJILLO, I.; VIOLA, F., *What Human Rights are not (or not only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science Publisher, New York, 2014.

⁸ TEUBNER, G., «The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism», *Cardozo Law Review*, 13 (1991-2), p. 1459.

l'apprensione del contenuto delle norme giuridiche, ora esso implica di introiettare tutta la problematicità che queste portano in sé. La scienza giuridica stessa diventa – come nota Waldron – la sede di dibattiti sulle ragioni collegate alle norme, così come lo sono le assemblee legislative e le corti di giustizia⁹. La differenza, certo non trascurabile, sta nel fatto che queste ultime sono istituzioni e, pertanto, legate a vincoli formali e procedurali. La scienza giuridica è certamente vincolata dai criteri di validità normativa, ma questi richiedono a loro volta elaborazioni complesse da parte dei giuristi a causa delle intersezioni tra fonti normative non più rigorosamente strutturate in modo gerarchico, non di rado appartenenti ad ordini giuridici differenti e persino ad ordini non propriamente giuridici.

IL PROCESSO DI COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO

Queste semplici, per non dire banali, osservazioni ci aiutano a gettare uno sguardo su quella che possiamo senza dubbio definire una profonda trasformazione del diritto e della scienza giuridica. Ciò che vien meno è l'autoreferenzialità del diritto positivo.

La chiusura dell'ordinamento giuridico era giustificata dall'esigenza di garantire alcuni parametri stabili e certi di giustizia, quale soprattutto quello dell'uguaglianza formale, ma l'impossibilità di giustificare una decisione ricorrendo a parametri esterni all'ordine giuridico stesso ha costituito un ostacolo rilevante per lo sviluppo del diritto secondo giustizia. Ora che gli argini del giuridico si sono rotti in più punti, accanto a seri problemi di incertezza, si aprono opportunità nuove di giustizia che la scienza giuridica è chiamata a controllare e ad armonizzare. Come ha notato Gambaro, l'ideale di un ordinamento giuridico chiuso in se stesso ha impedito il perseguimento di quella giustizia che pure aveva giustificato questa chiusura¹⁰.

Ora, la grande novità è rappresentata dalla legge costituzionale, di cui la scienza giuridica deve ancora pienamente assimilare lo specifico statuto normativo. Da una parte si tratta di una legge creata dall'uomo, cioè artificiale.

⁹ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford UP, Oxford, 1999.

¹⁰ GAMBARO, A., «Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale», in DERRIDA, J.; VATTIMO, G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 63-77.

Non si tratta certo di diritto naturale. Tuttavia questa legge è artificiale in un senso diverso dalle leggi ordinarie così come sono state pensate nella modernità e, in particolare, nell'epoca della codificazione. Bisogna rendersi conto che c'è un artificio che è indipendente dalla natura e c'è un artificio che è uno sviluppo della natura o, meglio, una sua possibile declinazione. Ciò che è disumano non è propriamente una forma di vita umana. In questo senso la cultura è insieme artificiale e naturale, perché è una delle forme possibili di manifestazione della natura umana che si coglie solo nella prassi o nelle forme di vita. Ora, la legge costituzionale è propriamente artificiale in questo secondo senso, cioè è un prodotto culturale, come d'altronde ha ben messo in luce Häberle¹¹. Essa intende urbanizzare i valori fondamentali dell'umano, rendendoli capaci di dar forma alla convivenza civile di un determinato popolo. Ciò non vuol dire che la legge costituzionale abbia un carattere relativistico, perché le culture, nonostante le loro profonde differenze, comunicano tra loro proprio per il fatto di essere tutte, in qualche modo, interpretazioni della comune umanità. D'altronde è sotto gli occhi di tutti fino a che punto sia all'opera una progressiva convergenza, almeno formale, fra tutte le costituzioni del nostro tempo.

Se è così, allora è errato considerare la legge costituzionale semplicemente come l'aggiunta di un gradino superiore alla tradizionale gerarchia delle fonti del diritto e nulla di più. Non si tratta di aggiungere una voce in più alla lista normativa, perché il rapporto fra legge ordinaria e legge costituzionale ha un carattere analogico. La legge costituzionale è una norma fondamentale della convivenza civile e non già direttamente un insieme di precetti che regolano la condotta dei consociati. La legge costituzionale trova la sua collocazione tra il diritto naturale e il diritto puramente artificiale della legge ordinaria. A differenza del primo può essere ingiusta e, quindi, soggetta a critica etico-politica. Ma, a differenza della seconda non si manifesta propriamente mediante regole di comportamento, ma mediante principi di azione, cioè orientamenti volti a realizzare valori che danno forma alla convivenza civile. A mio giudizio non v'è alcun dubbio sulla differenza normativa strutturale fra regole e principi¹². I principi non indicano cosa fare, ma che bisogna rispettare determinati valori in tutto ciò che s'intende fare. Come ha notato Dworkin, alle regole si obbedisce, ma ai principi si aderisce.

¹¹ HÄBERLE, P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* [1996], trad. it., Carocci, Roma, 2001.

¹² Per la varietà di sensi di «principio giuridico» rinvio a VIOLA, F., «Principio giuridico», voce in *Enciclopedia filosofica*, vol. 9, Bompiani, Milano, 2006, pp. 8955-8956.

Con la costituzionalizzazione del diritto la pratica dei principi è divenuta da sussidiaria chiaramente prioritaria. I principi costituzionali sono del tutto diversi dai *principia iuris* del diritto romano, dalle *regulae iuris* del diritto comune e dai principi generali del diritto della dogmatica giuridica e sono la traduzione giuridica di valori fondamentali. Il loro compito è quello di urbanizzare i valori. I valori presi in se stessi sono tiranni e, secondo il politeismo weberiano, confliggono tra loro come gli dei greci.

Come ha ben notato Zagrebelsky, il nesso di congruenza tra valori, principi e regole è costitutiva della stessa validità del diritto: è un assioma che precede il diritto costituzionale posto ed è una sorta di trascendentale costituzionale del diritto¹³. Se poi consideriamo che il significato dei principi costituzionali si coglie attraverso processi argomentativi e deliberativi, si capisce perché il principio di ragionevolezza diventi centrale per la pratica dei principi. Il metodo giuridico fondamentale della scienza giuridica del futuro è quello della ragionevolezza, non quello della deduttività o della razionalità. La stessa ragionevolezza è un valore, come d'altronde lo era la razionalità nella concezione illuministica del codice¹⁴.

La costituzionalizzazione dei principi, pertanto, presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica. Tutto il contrario della codificazione che vede la regola come già confezionata prima della sua applicazione. Pertanto i giudici e i giuristi, e con loro la scienza giuridica, sono chiamati a contribuire alla formazione della regola, mentre il modello napoleonico di giurista è come la nottola di Minerva che si leva in volo a giochi fatti.

Possiamo dire che i principi costituzionali s'interpretano argomentando, cioè mostrando sulla base della ragionevolezza che essi discendono dall'aver posto certi valori a fondamento del sistema costituzionale. Qui l'argomentazione è circolare: dalla positivizzazione di certi principi si evince la presenza costituzionale di certi valori fondamentali e da questi si evince il contenuto di senso dei principi e il modo in cui devono essere intesi e praticati.

L'interpretazione della Costituzione richiede una concezione ermeneutica. Questa non lega necessariamente – come non di rado si crede – il concetto d'interpretazione giuridica alle intenzioni di chi ha prodotto la regola, cioè

¹³ ZAGREBELSKY, G., «Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)», *Quaderni Fiorentini*, 31 (2002), t. II, p. 877.

¹⁴ Cfr. VIOLA, F., «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», *Persona y Derecho*, 46 (2002, I), pp. 35-71.

rifiuta ogni forma di originalismo, e permette di includere nell'attività interpretativa anche l'argomentare¹⁵. In questo senso anche l'attività propria della Corte costituzionale, quando specifica il senso delle disposizioni costituzionali (e non solo come debbono essere interpretate le leggi ordinarie), rientra a tutti gli effetti nella pratica dell'interpretazione giuridica.

Poiché il testo costituzionale è un atto di positivizzazione, c'è indubbiamente un'intenzione retrostante, ma essa si limita a recepire certi valori, a porli alla base della vita associata, ma non è padrone di essi, non li domina, anzi è da essi dominata. I princìpi costituzionali non sono prodotti dalla volontà umana, ma il segno di un'adesione di essa ai valori retrostanti.

In conclusione, l'interpretazione costituzionale diventa un'attività complessa, che ingloba in sé anche l'argomentazione e il ragionamento giuridico, e si presenta nel suo insieme come un'attività deliberativa e non già meramente applicativa, sicché la sua distinzione dall'attività deliberativa (o politica) del legislatore non è quella tra due generi diversi, ma tra due specie diverse della stessa attività. Siamo liberi se usare o meno determinate ragioni normative, ma non siamo liberi di dare ad esse il contenuto che vogliamo. Per questo l'interpretazione giuridica parte dall'uso autoritativo, ma poi ha un carattere deliberativo che costruisce la regola per il caso concreto¹⁶.

Il fatto è che la costituzionalizzazione del diritto, facendo dipendere la validità delle norme da giudizi di conformità costituzionale, che sono a tutti gli effetti «giudizi di valore», ha ufficialmente reso la giustificazione una parte essenziale della regola, cosa che d'altronde è sempre stato implicito. In più, il carattere provocatorio del caso concreto fa sì che non vi sia un unico significato della regola, in quanto sono le circostanze dell'applicazione del diritto ad evidenziare (o, secondo altri, a produrre) sempre nuovi significati della stessa regola.

Al contempo ormai tutti si rendono conto che è in atto un mutamento nel costituzionalismo contemporaneo. Esso era nato e s'era sviluppato in senso statocentrico, essendo governato dall'idea di specifiche istituzioni che occupano il centro della vita politica ed economica e che sono rette da valori e

¹⁵ Per l'identificazione del diritto con una pratica di tipo argomentativo cfr., da ultimo, ATIENZA, M., *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006 e, soprattutto, l'eccellente trattato dello stesso, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

¹⁶ Ho sviluppato la tesi del carattere deliberativo dell'interpretazione giuridica nel mio «La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo», *Ragion pratica*, 11 (2003), n. 20, pp. 33-71 e da ultimo nel mio, «Una teoria deliberativa della giurisdizione?», *Ars interpretandi*, 7 (2018), pp. 13-28.

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.

La costituzione va assumendo ora via via una priorità nei confronti dello Stato stesso: «non sono i diritti a dover presupporre lo Stato, ma è quest'ultimo a dover presupporre i primi, che per loro conto sono fondati sulla Costituzione»¹⁷. In più lo Stato vede progressivamente diminuita la sua sovranità, sia per l'espansione di poteri esterni di carattere internazionale e transnazionale, sia per l'accresciuto riconoscimento di poteri substatali e locali, delle minoranze e dei gruppi identitari¹⁸. Questa è una delle ragioni per cui Rawls preferisce parlare di «diritto dei popoli» piuttosto che di «diritto degli Stati»¹⁹. Entrambi questi rilevanti limiti al potere dello Stato ricevono legittimazione dalla stessa costituzione, che ora diventa il maggiore ostacolo alla possibilità di formulare un programma unitario di vita comune²⁰. Non c'è più una comunità politica basata su valori prepolitici condivisi, siano essi quelli della solidarietà o dell'individualismo liberale. Ma ora il fondamento di quella comunanza, che è necessaria in ogni vera e propria società politica, risiede nella stessa costituzione, che però a sua volta è fonte di conflitto.

Questa forma di costituzionalismo è più adatta 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 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 valori²¹. Le identità personali e collettive entrano in competizione e in conflitto con i valori e spesso si confondono con essi.

¹⁷ FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 155.

¹⁸ Cfr. VIOLA, F. (a cura di), «Lo Stato contemporaneo e la sua crisi», *Ars Interpretandi*, 16 (2011), pp. 7-233.

¹⁹ Cfr. RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

²⁰ Cfr. VIOLA, F., «The Rule of Law in Legal Pluralism», in GIZBERT-STUDNICKI, T.; STELMACH, J. (a cura di), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity (23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland)*, Oficyna, Warszawa, 2007, pp. 105-131.

²¹ OFFE, C., «“Homogeneity” and Constitutional Democracy: Coping With Identity Conflicts Through Group Rights», *Journal of Political Philosophy*, 6 (1998), pp. 119-124; cfr. anche il mio «Conflitti d'identità e conflitti di valori», *Ars interpretandi*, 10 (2005), pp. 61-96.

In tal modo la costituzione esprime e avvalorata il conflitto latente in una società pluralistica e multiculturale, ma al contempo pretende di essere un modo per governarlo correttamente.

Uno dei tanti effetti, che derivano da questo stato di cose, è insieme semplice e sconvolgente. Si produce – come ha acutamente notato Cover²² – una frattura profonda tra l'organizzazione sociale del diritto quale potere e la struttura del diritto come significato. Il significato e il potere non corrispondono più. Il carattere indeterminato e, non di rado, incontrollato del significato esercita un'influenza destabilizzante sul potere. I precetti ricevono i loro significati dalla vita sociale e così sfuggono al controllo delle istituzioni, che non sempre riescono a conservare il loro statuto privilegiato. Il diritto apre le porte alla società, permette che essa faccia sentire la sua voce, ma poi non è più in grado di padroneggiare questa nuova situazione con gli strumenti della cultura giuridica tradizionale.

IL CASO CONCRETO E IL PRIMATO DELLA PERSONA

Un altro profilo da segnalare, anch'esso legato alla costituzionalizzazione del diritto e ai diritti, riguarda il ritorno della rilevanza del fatto e del caso concreto. Alla luce del caso concreto fatto e diritto non possono più essere radicalmente separati.

Si possono dare diverse spiegazioni di questo passaggio dall'attenzione per la norma generale e astratta alla rilevanza che il caso concreto richiede da parte della stessa scienza giuridica. La teoria e la pratica giuridica devono essere nuovamente riconciliate.

Sta di fatto che si recupera in tal modo la specificità del diritto nei confronti della politica. Se questa guarda alla giustizia delle istituzioni o della società in generale, l'altro deve rispondere alla richiesta di giustizia che proviene dal caso concreto²³. Il diritto non mira direttamente ad una società giusta, ma al giusto in concreto, all'azione giusta, alla relazione giusta. Dal fatto sorge la domanda della giustizia giuridica e la risposta si trova nel processo di formazione della regola che si applica al caso concreto e che è al contempo adatta

²² COVER, R.M., «Nomos and Narrative», *Harvard Law Review*, 97 (1983, 1), p. 18.

²³ Cfr. VIOLA, F., «La lotta del diritto contro i mali della società», in *Seconda Navigazione. Annuario di filosofia*, Leonardo Mondadori, Milano, 1999, pp. 197-217.

a quel caso nella sua particolarità significativa e valevole per tutti gli altri casi simili.

Se vogliamo cercare le ragioni più profonde di questa svolta rispetto alla dogmatica del codice, dobbiamo – io credo – ancora una volta cercarle nel principio personalistico, che si trova alla base delle costituzioni contemporanee e che ha dato vita al pluralismo giuridico²⁴. Le persone sono per definizione incomparabili e richiedono l'eguaglianza nella diversità. Ma è estremamente difficile trattare in modo eguale persone diverse. I casi concreti sono diventati normativi, perché le persone singole sono diventate normative per il diritto positivo. In fondo dietro la domanda di giustizia che si leva dal caso concreto sta il rispetto che dobbiamo alla dignità delle persone coinvolte nella particolare situazione giuridica.

La costituzionalizzazione della dignità della persona umana, che Stefano Rodotà ha messo bene in luce²⁵, presenta aspetti estremamente problematici e potenzialmente contraddittori: da una parte, vi sono comportamenti che sono in sé una violazione della dignità della persona, sono cioè mali assoluti (come la schiavitù o la tortura); dall'altra, anche la stessa coscienza della persona è costituzionalizzata nel senso che le richieste di riconoscimento d'identità e di libertà di scelta attraverso l'attribuzione di diritti appartengono, almeno *prima facie*, al rispetto della dignità della persona²⁶. La prima prospettiva può essere ricondotta in qualche modo nell'ambito della tradizione della legge naturale e dei valori fondamentali della persona. La seconda prospettiva, cioè quella del rispetto della coscienza delle persone, può contrastare con la prima e mettere la persona in conflitto con l'*ethos* della comunità e con gli stessi principi di una moralità critica.

Il primato del caso mette in crisi il concetto tradizionale di *legalità*. Questa si basa sull'esigenza della *generalizzazione*, cioè della costruzione di categorie entro cui sussumere i casi singoli. Tuttavia non bisogna confondere il caso concreto con la situazione giuridica. Il «caso concreto», a differenza della «situazione o del caso particolare», porta in sé un'esigenza di oggettivazione, di spersonalizzazione e di generalizzazione che lo mette in relazione con la regola. La regola che si applica al caso concreto deve essere valevole per

²⁴ Cfr. VIOLA, F., «Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica», in PANSINI, G. (a cura di), *Studi in memoria di Italo Mancini*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 621-641.

²⁵ RODOTÀ, S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

²⁶ Per questo rinvio al mio articolo «L'obiezione di coscienza come diritto», *Persona y Derecho*, 61 (2009, II), pp. 53-71.

tutti i casi appartenenti alla stessa categoria²⁷. Ma proprio la generalizzazione è diventata uno scoglio difficile da superare nel regime del pluralismo. Questo è restio ad accettare la generalità, poiché avanza l'esigenza della giustizia del caso particolare, cioè della particolarità. L'enfatizzazione del particolare mette l'accento più sulla dissomiglianza che sulla somiglianza o similitudine. In queste condizioni il lavoro della scienza giuridica diviene quasi drammatico, perché le sue categorie, al fine di essere utili sul piano operativo, debbono perdere generalità per avvicinarsi il più possibile al caso concreto.

Questo è un punto molto delicato che è necessario affrontare a viso aperto, perché senza la generalità la legalità si dissolve. E tuttavia la generalità è in pericolo proprio per l'evoluzione del concetto di eguaglianza su cui originariamente si basava. È stato più volte notato che, nello sviluppo storico di questo concetto, s'è prodotta una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza, la cui importanza – a differenza di Alexy – giudico come prevalente e comprensiva rispetto al principio di proporzionalità. Oggi il problema centrale della scienza giuridica è quello della tipizzazione dei giudizi di ragionevolezza, cioè quello di conferire a tali giudizi una portata che va al di là del caso concreto, permettendo la prevedibilità delle decisioni²⁸.

IL DIRITTO INTERNAZIONALE E IL PLURALISMO GIURIDICO

Un'ultima fonte di novità per la scienza e l'interpretazione giuridica proviene dal diritto internazionale. Anche qui il rinnovamento è dovuto in buona parte dalla problematica dei diritti umani. Questa ha permesso una limitazione della sovranità esterna e interna degli Stati, ma anche, al contempo, un accrescimento del loro potere d'ingerenza. La problematica attuale della crisi dello Stato mette in luce proprio quest'ambigua situazione che vede una paradossale coesistenza tra indebolimento e rafforzamento dello Stato. Il di-

²⁷ Ho affrontato questo tema nell'intervento «La legalità del caso», in *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali. (Atti del 2° Convegno Nazionale della Società italiana degli studiosi di diritto civile, Capri 18-20 aprile 2006)*, t. I, Esi, Napoli, 2007, pp. 315-327.

²⁸ Alcune indicazioni in questa direzione si possono trovare in VIOLA, F., «Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro», *Ars interpretandi*, 7 (2002), pp. 109-129.

ritto internazionale attuale limita la sovranità degli Stati, ma al contempo ha bisogno sempre più bisogno di essi per sviluppare pienamente la sua efficacia.

Alcune brevi indicazioni confermano questo nuovo stato di cose: il superamento del principio di reciprocità (uno Stato non può addurre a giustificazione delle proprie violazioni dei diritti la violazione compiuta da altri Stati); il principio di responsabilità internazionale nei confronti del rispetto dei diritti umani; la contrazione della giurisdizione domestica (che non protegge più gli Stati da uno scrutinio e da una supervisione internazionale); la priorità dei doveri dei governi nei confronti dei diritti degli individui (i governi devono render conto di come trattano il loro stesso popolo).

Se poi pensiamo al mutamento prodotto, all'interno della dottrina delle fonti del diritto internazionale, dal riconoscimento di principi di *ius cogens* legati ai diritti umani, cioè di norme perentorie ed inderogabili, che in certo qual modo permettono una configurazione gerarchica delle fonti internazionali stesse, allora appare più evidente che vanno prendendo forma interessi, valori e beni comuni costitutivi e propri della Comunità internazionale e che intorno ad essi si va organizzando un nuovo modo d'intendere il diritto internazionale²⁹. Il modello di Westfalia sta lasciando il posto al modello cooperativo³⁰ (che è volontario) e, più di recente, alla presa di coscienza di una sempre più accentuata interdipendenza degli Stati e delle comunità nazionali (che è involontaria), e non solo per quanto riguarda la protezione dei diritti umani, ma anche i settori dell'economia, della scienza e della tecnica e dell'ecologia. Oggi ci troviamo nel momento del passaggio dall'interdipendenza alla compenetrazione, perché la prima ancora presuppone un residuo di separazione e di autonomia e, quindi, resta ancora in qualche modo legata al sistema interstatale, mentre la seconda non solo indica nuove forme di relazione fra gli Stati in seguito alla creazione di una miriade di organizzazioni e di nuove istituzioni, ma in più decreta la fine dell'autonomia della loro vita economica e politica. Paradossalmente, la nuova sovranità deve ormai essere intesa come la capacità di entrare in relazione con il resto del mondo e come l'abilità politica di essere attore nel disordine mondiale³¹.

²⁹ Cfr. VIOLA, F., «Derecho de gentes antiguo y contemporáneo», *Persona y Derecho*, 51 (2004, II), pp. 165-189.

³⁰ Cfr. FRIEDMANN, W., *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London, 1964.

³¹ CHAYES, A.; CHAYES, A.H., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard UP, Cambridge, Mass., 1995, p. 26.

Il diritto internazionale contemporaneo si va intessendo, al di là e al di sopra degli Stati, intorno a questo nucleo di comunanza, che però è di controversa interpretazione ed è, peraltro, soggetto a svariate forme di sfruttamento e di manipolazione. Dopo lo smascheramento del particolarismo delle categorie giuridiche finora usate, si sente il bisogno di un nuovo linguaggio giuridico universale o di un nuovo modo di intendere il linguaggio del diritto internazionale che prefigura un cosmopolitismo giuridico. Si va alla ricerca di nuove figure di giurista internazionale e di nuove configurazioni teoriche del diritto internazionale fino alla *Postmodern International Law*. La sovranità si trasforma da normativa in effettiva, cioè appartenente a chi è in grado di esercitare un'influenza nell'arena internazionale. Potremmo chiamarla una «sovranità lobbistica».

La tradizionale differenza di fondo tra il diritto internazionale e il diritto interno consiste – com'è noto – nella mancanza nel primo di ogni possibile riferimento ad una comune base culturale, sia nel senso di cultura in generale, sia nel senso di una comune cultura giuridica. Gli Stati sono portatori non solo di differenti e contrapposti interessi nazionali, ma – cosa ancor più rilevante – di culture spesso incommunicabili. Questa è una delle ragioni dell'importanza nel diritto internazionale dell'interpretazione concertata (e, in collegamento con questa, del problema della traduzione)³².

Nel diritto interno si presume esistente un linguaggio comune e, quindi, la preesistenza di significati condivisi; l'accordo sull'uso del linguaggio è già operante e, conseguentemente, l'attività interpretativa può pretendere di avere un carattere in certo qual modo cognitivo, che peraltro non tutti sono disposti a concederle. Ma, quando manca un contesto stabile di vita comune, allora bisogna anche concordare gli strumenti linguistici che servono per accordarsi. Questo non sempre è possibile farlo preventivamente³³.

I giudici internazionali sono a prima vista decontestualizzati e possono svolgere il loro ruolo solo nella misura in cui ogni Parte contraente (*each contracting Party*) li coinvolga nel conflitto e nel tentativo di comprensione. Non bisogna, però, dimenticare che il diritto internazionale è qualcosa che già è operante, ci sono pratiche consolidate, principi accettati, modi corretti di comportamento. Ma tutto ciò non dà luogo per nulla ad una cultura giuridica vera e propria. Le norme internazionali sono allo stato disperso. Se proprio si vuole parlare di co-

³² Per questo tema rinvio al mio articolo «Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica», *Ragion pratica*, 9 (2001), n. 17, pp. 53-71.

³³ Su questo tema cfr. POSTEMA, G.J., «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *The Journal of Legal Studies*, 11 (1982), pp. 165-203.

erenza del sistema, bisogna abbandonare la speranza di una coerenza generale e mirare piuttosto ad una coerenza settoriale da ricostruire volta per volta.

Il diritto internazionale si presenta a tutti gli effetti come il tentativo di costruire un sistema giuridico sulla base dell'autoregolamentazione, poiché questa si attua propriamente non già quando le regole sono prodotte da coloro a cui esse si applicano (come avviene nella democrazia), ma quando le regole sono interpretate e applicate da coloro a cui esse si rivolgono.

Infine, c'è da notare che di fatto le differenze tra il diritto internazionale e quello interno tendono oggi a diminuire. Da una parte, la costituzionalizzazione del diritto e la crisi della sovranità statale stanno destrutturando la compattezza tradizionale del sistema giuridico nazionale e, dall'altra, nel diritto internazionale il ruolo dell'autorità e delle norme imperative tende a rafforzarsi.

Per chi assuma il modello dello Stato di diritto (così come si è realizzato nei sistemi giuridici nazionali evoluti) a paradigma fondamentale della giuridicità il diritto internazionale continua ad apparire come un diritto primitivo, accettabile solo nei limiti in cui mostri in qualche modo di muoversi verso forme giuridiche più progredite. Tuttavia l'assetto complesso ed instabile del diritto internazionale è di estrema importanza come laboratorio giuridico del pluralismo, che – come si sa – non conosce la barriera delle frontiere. Ed allora c'è da chiedersi se non sia più primitivo un diritto come quello interno che non è ancora ben attrezzato ad affrontare la differenza e il dialogo fra diverse culture.

Quando si parla di «pluralismo giuridico», bisogna subito precisare in che senso se ne intenda parlare, altrimenti non è altro che uno slogan. Ci si può, infatti, riferire alla pluralità di tipi di prescrizioni giuridiche, quelle tradizionali che hanno una fattispecie ed una sanzione (come le regole), quelle che non hanno fattispecie (come i principi costituzionali) e quelle che non hanno sanzione (come il *soft law*); oppure ci si può riferire ai problemi di risoluzione dei conflitti normativi fra ordinamenti giuridici differenti; oppure ai casi di coesistenza di ordinamenti giuridici concorrenti. Ma la vera e propria novità consiste nell'autonomizzazione di questo concetto. Il pluralismo giuridico è oggi una proprietà dei contesti sociali e non già dei sistemi giuridici. Esso designa il fatto che all'interno di uno stesso ambito sociale o di una stessa problematica giuridica sono operative norme giuridiche di differente provenienza, alcune prodotte dall'interno e altre da ambiti sociali esterni³⁴.

³⁴ GRIFFITH, J., «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 24 (1986), p. 38.

Pertanto, non è «pluralismo giuridico» riconoscere l'esistenza all'interno dello stesso sistema giuridico di differenti meccanismi normativi applicabili alla stessa situazione, 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'altro³⁵, 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 geografico³⁶, perché 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.

In conclusione, il pluralismo giuridico è significativo quando 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. Le rispettive competenze in linea di principio non sono esclusive e danno luogo a sovrapposizioni normative senza distinguibili gerarchie delle fonti del diritto e degli ordinamenti coinvolti.

Al contempo cresce la consapevolezza che i sistemi giuridici nazionali affrontano spesso problemi simili e che le soluzioni sono differenti modi di rispondere agli stessi problemi pratici. Noi sappiamo che nel campo pratico non esiste un'unica risposta giusta e che la varietà delle soluzioni normative dipende da fattori diversi, quali la propensione culturale a sottolineare alcuni valori rispetto ad altri, l'orientamento proveniente da particolari forme di vita comune e, non da ultimo, dalle circostanze storiche. La lunga esperienza accumulata nella pratica giuridica non è più un tesoro geloso che ogni sistema giuridico conserva per sé, ma confluisce in una sorta di serbatoio del pensiero giuridico da cui tutti possono attingere.

Non mi riferisco qui soltanto all'esperienza, del tutto particolare, del diritto comunitario europeo, in cui incontriamo forme complesse di ravvicinamento, armonizzazione e uniformizzazione degli ordinamenti giuridici che

³⁵ È la nuova definizione di VANDERLINDEN, J., «Return to Legal Pluralism», *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. Cf. CHIBA, M., «Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World», *Ratio Juris*, 11 (1998, 3), pp. 238-240.

³⁶ Si riferisce a sistemi giuridici, networks e ordini «co-existing in the same geographical space». TWINING, W., *Globalisation and Legal Theory*, Butterworth, London, 2000, p. 83.

confluiscono nell'Unione Europea, e da ultimo anche forme di competizione o concorrenza di ordinamenti che presuppongono giudizi di equivalenza³⁷. Ho presente più in generale la circolazione degli istituti giuridici da un ordinamento giuridico ad un altro e la loro diffusione a livello globale. Di recente Sabino Cassese ha parlato a questo proposito di «universalità del diritto positivo», intendendo con ciò la straordinaria capacità che hanno gli istituti giuridici di convivere, sovrapponendosi, componendosi e persino integrandosi³⁸. Ciò significa che un ordinamento giuridico non è una tela senza cuciture (*a seamless web*), ma una composizione di parti differenti, che possono disarticolarsi e ricomporsi in vario modo. Queste parti possono valere ed essere significative anche in ambiti diversi da quelli in cui hanno avuto origine. Il diritto internazionale dovrà fare i conti con questo processo d'internazionalizzazione del diritto domestico.

SPAZIO GIURIDICO VS. SISTEMA GIURIDICO

Questa grossolana rassegna delle novità del diritto contemporaneo, per quanto approssimativa ed incompleta, permette già di mettere a fuoco alcune istanze emergenti, che dovranno essere prese in considerazione da una teoria comprensiva, ancora di là da venire in ragione della rilevante complessità dei fenomeni da governare e della loro elevata mobilità. Questa teoria non potrà che essere prescrittiva, in quanto dovrà fornire una giustificazione normativa della delimitazione della provincia del diritto.

Il diritto è una regolamentazione autoritativa dei rapporti sociali, che deve essere attenta alla loro diversa natura e deve essere efficace, altrimenti verrebbe meno la giustificazione morale della sua stessa esistenza. Poiché le relazioni sociali cambiano profondamente nel tempo e nello spazio, è ovvio che cambi anche il modo di governarle sul piano giuridico, sicché forme del passato diventano obsolete o inadeguate. È da stolti pensare di avere messo a punto un perfetto modello giuridico valido per tutte le epoche e per tutti i rapporti giuridici. Si tratterebbe di una forma mostruosa di giuspositivismo

³⁷ Cfr., per il suo carattere pionieristico, ZOPPINI, A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004; e anche VIOLA, F., *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

³⁸ CASSESE, S., *Universalità del diritto*, Ed. Scientifica, Napoli, 2005.

giusnaturalistico. Ogni modello giuridico deve essere giudicato sulla base della sua capacità di affrontare i problemi che sorgono in determinati contesti sociali, nel rispetto delle garanzie necessarie. La sua validità assiologica ha un carattere contestuale. In quest'ottica si presenta come più o meno adeguato, come più o meno efficace ed anche come più o meno giusto.

Il diritto del futuro, che sta muovendo già i suoi primi passi, si presenta come la coesistenza di regimi giuridici molto differenti fra loro, ma comunicanti e porosi. Non è raro il caso che l'uno si serva delle risorse dell'altro per portare a termine l'impresa giuridica. Se ci mettiamo dal punto di vista di una materia da regolare, cioè di un ambito specifico d'interrelazioni sociali, non è neppure raro che sia necessario chiamare in causa produzioni normative provenienti da regimi giuridici differenti, con il conseguente compito di metterle in ordine senza criteri già stabiliti in anticipo. Il diritto contemporaneo non è un ordine già realizzato e concluso, ma un ordine da farsi e da rifarsi incessantemente. Per questo non solo l'approccio pragmatico è inevitabile, ma anche è decisivo il punto di vista da cui si considera il materiale giuridico. L'ordine giuridico è orientato al caso da risolvere. Tuttavia non qualsiasi ordine è accettabile per il diritto ed allora la questione centrale è quella dei criteri da seguire per distinguere non solo le forme giuridicamente accettabili da quelle che non lo sono, ma anche le buone pratiche giuridiche da quelle che non lo sono.

Da quanto s'è appena detto, si può desumere che questi criteri di giuridicità debbano trarsi da molteplici fattori: il carattere autoritativo delle fonti normative, che però non coincide sempre con l'essere fonti ufficiali, poiché vi sono fonti non ufficiali molto autorevoli; il carattere mobile ed elastico delle gerarchie fra le fonti; l'adeguatezza delle procedure ai contenuti e alle finalità della regolamentazione normativa in oggetto; il rispetto dei principi del *rule of law*; la partecipazione dei destinatari delle norme giuridiche alla loro formazione ed implementazione; il rispetto del principio di ragionevolezza, di proporzionalità, di idoneità e delle modalità specifiche dell'argomentazione giuridica; l'efficacia della regolamentazione e il grado elevato della sua osservanza. Essendo una pratica sociale, il diritto s'identifica sulla base del suo uso piuttosto che sulla base di criteri meramente formali.

Recentemente Hathaway e Shapiro, ridiscutendo l'annosa questione della giuridicità del diritto internazionale e soprattutto la ben nota obiezione della carenza di un apparato coercitivo interno che amministri l'uso della forza pubblica, hanno sostenuto che non è questo un criterio adeguato per l'individuazione del diritto e che non bisogna generalizzare il modello stata-

listico di diritto³⁹. Esso stesso appartiene ad un genere più vasto la cui finalità è quella di assicurare la stabilità della cooperazione e dell'interazione sociale. Quest'obiettivo è perseguito dal diritto in generale attraverso un'esclusione dai benefici della cooperazione sociale di coloro che violano le regole giuridiche (*outcasting*). Il diritto difende se stesso, facendo venir meno i benefici per cui è istituito, cioè in primo luogo i vantaggi della cooperazione. Tuttavia ciò non richiede necessariamente l'uso della costrizione fisica, che è soltanto una delle opzioni possibili e spesso soltanto l'*extrema ratio* della catena di sanzioni. Vi sono altre modalità sanzionatorie a volte ancor più efficaci dell'uso della forza pubblica e che toccano anche valori sociali quali l'affidabilità, la fiducia, la credibilità, il prestigio dei partners della cooperazione infranta, arrecando gravi nocimenti d'immagine che spingono all'osservanza. La rassegna della varietà dei modi in cui queste sanzioni non violente si dispiega nell'arena internazionale è impressionante. Sarebbe riduzionistico negare per ciò stesso la giuridicità dei regimi che fanno ricorso a queste modalità di deterrenza.

A questo bisogna aggiungere – ed è questo l'aspetto a nostro parere più interessante – che una caratteristica del diritto internazionale è quella di dislocare l'applicazione delle sanzioni all'esterno, cioè negli stessi Stati, sicché l'*outcasting* è esternalizzato. Un regime giuridico che non è autosufficiente, ma deve far ricorso ad organi e ad istituzioni appartenenti ad altri regimi giuridici, induce ad un profondo ripensamento del concetto stesso di «sistema giuridico», così com'esso s'è configurato sulla base del principio di validità normativa e della dottrina della norma fondamentale.

Il difetto principale del concetto moderno di sistema giuridico, in cui il razionalismo illuministico si sposa con l'accentramento napoleonico, è quello di non avere più un carattere operativo, aggravando la scissione tra teoria e pratica giuridica. L'identificazione delle norme appartenenti ad un sistema è operativa quando è il presupposto necessario per risolvere i casi con le sole risorse normative interne al sistema normativo stesso, che si assume come «completo». Ma, quando queste risorse appartengono ad ordini normativi differenti, allora diventa più importante la nozione di «spazio giuridico», cioè della delimitazione dell'ambito normativo da cui di volta in volta si deve attin-

³⁹ HATHAWAY, O.A.; SHAPIRO, S.J., «Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law», *The Yale Law Journal*, 121 (2011, 2), pp. 252-349 (Yale Law School, Public Law Working Paper n. 240).

gere la regolamentazione da applicare. Questo spazio giuridico è il risultato della interconnessione di ordini giuridici differenti. Di conseguenza ciò che tradizionalmente consideravamo come un sistema o un ordinamento giuridico viene derubricato a quella di «luogo» di realizzazione o di concretizzazione di un diritto che è stato individuato altrove.

Questa destrutturazione del diritto si può constatare anche all'interno stesso dell'ordinamento giuridico statale. Il primato della costituzione sullo Stato apre la strada alla tesi pluralistica degli ordini giuridici ufficiali e al problema del loro mutuo riconoscimento e della loro interconnessione instabile e complessa in riferimento ai casi concreti.

Per l'individuazione e la determinazione della regola giuridica da applicare al caso concreto, occorre tener conto di un doppio livello di «punto di vista interno»: quello proprio dello «spazio giuridico», cioè della delimitazione della pluralità degli ordini giuridici interessati e dell'individuazione delle loro interconnessioni, e quello proprio dell'ordine giuridico particolare, cioè del «luogo» in cui il diritto si concretizza e si applica al caso concreto. La perimetrazione dello spazio giuridico non è compiuta una volta per tutte⁴⁰, ma dipende dalla natura delle questioni in gioco, dai soggetti coinvolti, dagli effetti dei comportamenti e delle decisioni (*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*). Le istituzioni interne agli ordini giuridici appartenenti ad uno spazio giuridico comune, e in primo luogo quelle giudiziarie, sono al contempo competenti ad amministrare le interrelazioni fra gli ordini giuridici coinvolti o la rilevanza che le regole prodotte altrove (*lex alius loci*) hanno per l'ordine giuridico interno. La nozione di «spazio giuridico» diventa più importante e decisiva di quella consueta di «sistema giuridico».

Se, ad esempio, consideriamo che – come s'è già accennato – in alcuni casi il cittadino dell'Unione europea ha la possibilità di scegliere di assoggettare alcuni rapporti giuridici alle regole dell'ordinamento nazionale che ritiene a sé più favorevoli, possiamo facilmente renderci conto che in tal modo viene meno la capacità di un ordinamento giuridico di dettare regole esclusive, cosa tradizionalmente ritenuta essenziale al suo concetto.

A questo proposito Natalino Irti ha osservato che il diritto europeo è uno «spazio senza frontiere interne», ma non è un luogo. Il diritto, al fine di essere accertato, applicato ed eseguito, ha bisogno di scendere dallo spazio ai luoghi,

⁴⁰ Ciò non esclude che vi possano essere casi di consolidazione dello spazio giuridico o di una sua istituzionalizzazione mediante trattati internazionali, come è proprio dell'Unione Europea.

di prendere posizione sulla terra. «Qui si dà un'*alternativa*: o che gli autori dello scambio scelgano il luogo dell'atto economico, e così preferiscano uno ad altro tra i diritti possibili (i quali si offrirebbero come in competizione); o che il diritto, attraversando i territori mediante accordi inter-statali, inseguia e raggiunga l'atto economico, fissandolo in un dato luogo. *O l'economia sceglie il luogo del diritto; o il diritto determina il luogo dell'economia*»⁴¹.

Non resta allora che condividere quest'osservazione rassegnata di Gustavo Zagrebelsky: «il diritto come ordinamento non è più un dato, come era nell'Ottocento, ma, semmai, potremmo dire è diventato un problema, un gravissimo problema»⁴².

L'abbandono di una concezione statica dell'ordinamento giuridico a favore di una concezione dinamica, per cui l'ordinamento è inteso al modo di Ehrlich, cioè come l'*ordinarsi* di volta in volta del diritto in riferimento ai casi concreti, richiederà d'individuare tutto il materiale giuridico che serve per regolare una situazione o un rapporto⁴³ e ritrovare il suo principio d'unità, che non potrà sempre essere fondato puramente e semplicemente sulla sovranità dello Stato, ma dovrà tener conto delle interdipendenze, delle equivalenze e delle priorità. Questa configurazione dell'ordinamento sarà, dunque, un'opera congiunta dei legislatori, dei giudici e dei giuristi, mentre quella del passato era dominata dal ruolo prioritario del legislatore⁴⁴ ovvero della politica. Dobbiamo, infine, notare che gli stessi soggetti privati partecipano ora in una qualche misura, con le loro scelte e le loro iniziative, alla costruzione degli ordinamenti che attingono a questo *corpus* giuridico e che ne assicurano la funzionalità. Il privato acquista un ruolo attivo nell'edificazione dell'ordinamento che nel passato era appannaggio esclusivo della sfera pubblica.

⁴¹ IRTI, N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 83. Irti ritiene che sia la seconda la strada percorsa. Si tratta di fissare un luogo per i fenomeni globali che non hanno luoghi propri, si tratta di scegliere luoghi artificiali.

⁴² ZAGREBELSKY, G., «I diritti fondamentali oggi», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 22 (1992, 1), p. 192.

⁴³ Questa – mi sembra – è il modo più realistico d'intendere il «*tota lege perspecta*».

⁴⁴ Tuttavia Maria Rosaria Ferrarese nota giustamente che «al cuore dell'idea della concorrenza fra ordinamenti vi è il riferimento privilegiato al legislatore come motore di essa», mentre nell'epoca della globalizzazione si tende a superare gli stessi confini fra le istituzioni giuridiche, soprattutto il confine tra diritto legislativo e giudiziario. Cfr. FERRARESE, M. R., «Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa», in ZOPPINI, A. (a cura di), cit., pp. 130 e 138.

IL DIRITTO POSITIVO COME CORPUS IURIS

L'obsolescenza del concetto di sistema giuridico, proprio della scienza giuridica nell'epoca della codificazione, aiuta a riattualizzare un aspetto significativo della tradizione giuridica occidentale, un aspetto che è stato smarrito a causa della progressiva politicizzazione del diritto. L'intendere il diritto positivo come un *corpus iuris*, relativamente indipendente dalle strutture politiche e dotato di una certa compattezza e capacità evolutiva attraverso i secoli e le generazioni, è un'idea proveniente – come ha ben notato Berman⁴⁵ – dai canonisti europei del dodicesimo e tredicesimo secolo e dai romanisti che insegnarono il diritto giustiniano nelle università europee.

Questo *corpus* non è organico ma tenuto insieme dalla pratica giuridica ed è fatto di norme e di dottrine, di principi e di concetti. La sua configurazione è strettamente legata al nascere della scienza giuridica e del ceto dei giuristi. In altre parole, il diritto comprende non solo i comandi e le decisioni dell'autorità politica, ma anche le dottrine e i concetti elaborati dai giuristi, le interpretazioni e le decisioni dei giudici. Ciò significa che il diritto come pratica sociale possiede al suo interno i criteri per la propria sistemazione e per la propria valutazione.

Non bisogna confondere quest'idea con quella kelseniana dell'unità di un sistema normativo discendente da una norma fondamentale, che è una visione riduzionistica generata da esigenze di razionalizzazione portate weberianamente al loro estremo. In epoca medioevale il diritto come *corpus* era il risultato dell'integrazione di sistemi giuridici differenti. Tale integrazione fu favorita dalla dottrina della gerarchia delle fonti del diritto e dai criteri dottrinali per la soluzione dei conflitti fra norme appartenenti o non a regimi giuridici differenti. Tuttavia oggi essa ovviamente non può più essere intesa nello stesso modo.

Se, ad esempio, consideriamo la *Concordanza dei canoni discordanti* del monaco Graziano (1140), il problema era quello di risolvere il conflitto fra ordinamenti giuridici di diversa origine: tra il diritto proveniente dalla società (consuetudine), quello proveniente dal superiore politico (legge scritta), quello della ragione (diritto naturale) e quello proveniente dalla rivelazione divina (diritto divino). Ma ora questo *corpus iuris* è composto da principi comuni di

⁴⁵ BERMAN, H. J., *Diritto e rivoluzione* [1983], trad. it. di VIANELLO, E., Il Mulino, Bologna 1998, p. 26.

civiltà giuridica, quali i diritti umani e i principi del *rule of law* e del costituzionalismo, ma anche dalla comunicazione interculturale di forme giuridiche di vita che hanno dato buona prova di sé consolidandosi in istituti giuridici, e soprattutto da pratiche interpretative e argomentative, che hanno una relativa indipendenza dai luoghi in cui si attuano e possono comunicarsi in altre parti del mondo. Non si tratta di un corpo di principi e di orientamenti giuridici uniforme o sistematico, ma di un serbatoio di forme giuridiche di vita comune che hanno retto la prova della storia e sono in qualche modo universalizzabili e intercambiabili, cioè non prigioniere nelle *enclaves* culturali. La ragionevolezza, che è giustificazione dell'efficacia, rende in qualche modo universale lo stesso diritto positivo.

In questa luce possiamo anche leggere altri fenomeni giuridici contemporanei, questa volta non legati al diritto europeo, che però hanno in comune con quello della «concorrenza degli ordinamenti» lo stesso orientamento di fondo.

Penso, primo fra tutti, al processo in atto di mondializzazione della funzione giudiziaria, di cui non bisogna però sottovalutare i rischi⁴⁶. La moltiplicazione dei rapporti fra le giurisdizioni nazionali e l'attivismo giudiziale oggi diffuso non debbono essere intese come l'emergere di una «global community of courts»⁴⁷ o come il segno di un nuovo ordine mondiale⁴⁸. Al contrario sono rivelative di una situazione di disordine e dell'esigenza ancora insoddisfatta di un pluralismo ordinato⁴⁹. Più in profondità si tratta di far fronte ad un nuovo modo d'intendere i rapporti fra i sistemi giuridici e lo stesso diritto positivo in generale.

Se intendiamo il diritto positivo come una pratica di regole e principi consolidata e diffusa all'interno di un gruppo sociale, potremmo pensare che essa valga solo per esso e non già al di fuori di esso⁵⁰. Ma possiamo constatare che settori di questa pratica, regole giuridiche, metodi interpretativi e argomentativi e concetti giuridici sono comunicabili da un gruppo sociale all'altro. Se un modo giuridico di fare le cose offre buona prova di sé per la sua efficacia

⁴⁶ Cfr. ALLARD, J.; GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, BURKE-WHITE, W.W., «A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement», *Michigan Journal of International Law*, 24 (2002), pp. 1-101.

⁴⁸ Cfr. SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton UP, Princeton, N.J., 2005.

⁴⁹ DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, p. 19.

⁵⁰ Cfr. VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

o per il rispetto di significativi valori, allora entra a far parte di un patrimonio giuridico a cui tutti i popoli e tutti gli ordini giuridici possono attingere. La ragion pratica nella sua applicazione al diritto ci presenta, nella sua lunga storia, una grande varietà di pratiche giuridiche concernenti lo stesso oggetto e differenti fra loro per il modo di risolvere il conflitto di valori e per le tecniche usate. Tra di esse quelle dei sistemi giuridici più sviluppati hanno un particolare valore e una particolare capacità di trascendere gli ambiti territoriali o culturali in cui sono sorte e in cui sono giunte a maturazione.

Bisogna ritenere che questa sporgenza di una pratica giuridica al di là dell'ordinamento giuridico in cui è nata sia anche merito dell'applicazione del tradizionale *rule of law*, che ha reso affidabili le procedure giuridiche. Questo patrimonio giuridico consolidato, costituito da pluralistiche forme giuridiche di vita comune, è l'effetto della secolare applicazione del *rule of law* nei sistemi giuridici nazionali evoluti. Si spiega così anche la circolazione del diritto, il trapianto o la trasmigrazione di principi e istituti giuridici da un ordine giuridico all'altro, nonché il progressivo avvicinamento tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*.

Il *rule of law* stesso è una buona pratica del diritto piuttosto che una lista di requisiti formali o un ideale politico, sicché dovrebbe essere ritenuto come un aspetto essenziale dello stesso concetto di diritto se questo è inteso come un modo di produrre e di usare quelle regole sociali che consideriamo giuridiche⁵¹. Certamente resta il problema del modo in cui la costituzionalizzazione e l'internazionalizzazione del diritto inducono ad una riformulazione del *rule of law*, affinché questo assolva meglio la sua funzione di metaregola sull'uso delle regole giuridiche⁵², poiché si tratta di una concezione normativa della pratica giuridica che riguarda sia le effettive condizioni di praticabilità delle regole, sia la presenza di istituzioni apposite di carattere politico e giurisdizionale.

Appare sempre più evidente che il diritto positivo non è fatto solo di norme, ma anche, allo stesso titolo, di dottrine, di principi, di concetti e di istituzioni. Ciò significa che la scienza giuridica non può essere concepita come scienza pura di norme, semmai lo è veramente stata, e che l'educazione del giurista deve farsi attenta tra l'altro al ragionamento morale, ai valori e alle tecniche della democrazia, alle dinamiche del mutamento e dell'integrazio-

⁵¹ Cfr. WALDRON, J., «The Concept and the Rule of Law», *Georgia law Review*, 43 (2008, 1), pp. 1-61 e VIOLA, F., «Il Rule of Law e il concetto di diritto», *Ragion pratica*, 16 (2008), n. 30, pp. 151-168.

⁵² VIOLA, F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 5.

ne sociale, del pluralismo e del multiculturalismo, alle politiche pubbliche, ai problemi del *welfare* e all'evoluzione dell'economia.

Un altro esempio emblematico è rappresentato dai casi sempre più frequenti in cui il diritto straniero è usato dalle corti nazionali per interpretare il diritto domestico e colmare le sue lacune. Nell'ottica di una concezione chiusa del sistema giuridico per cui esso deve vivere delle risorse che trova in se stesso, un argomento tratto dal diritto straniero ha ben poco senso e non permette quella predittività delle conseguenze giuridiche che era ritenuta un elemento essenziale della certezza del diritto. Esso può essere accettato solo a condizione che si abbandoni una concezione del diritto come insieme di norme dettate dalle autorità costituite per considerarlo come in effetti è, cioè un insieme di pratiche interpretative e argomentative per risolvere problemi della vita comune. Poiché tali problemi sono in qualche modo ricorrenti in tutte le società e sono risolti in modo diversificato ma comunicabile, specie tra le società che hanno raggiunto un grado consimile di civilizzazione, allora è sensato apprendere dall'esperienza degli altri popoli.

Se il diritto fosse soltanto una questione di volontà legislativa, allora non si vede cosa mai potrebbero insegnarci i comandi giuridici propri degli altri popoli e le norme proprie dei sistemi giuridici stranieri. Ma, se il diritto è essenzialmente una *problem-solving enterprise*, cioè è materia di ragion pratica⁵³, allora ha senso osservare come gli altri hanno affrontato gli stessi problemi e indagare quali relazioni razionali vi siano fra il caso che dobbiamo risolvere e il modo in cui casi simili sono stati risolti in altre parti del mondo⁵⁴. Questo è compito della giurisdizione e della dottrina giuridica. La comunanza di norme giuridiche e di istituti giuridici è resa possibile dalla comunanza nel ragionamento giuridico e nella ragion pratica.

Se il diritto deve essere trattato come un'attività guidata dalla ragion pratica⁵⁵, allora si deve abbandonare una concezione mentalistica della regola a vantaggio di una sua visione prammatica e, in più, l'attenzione per la norma statuita, privilegiata dalla teoria della validità, non deve oscurare l'importanza

⁵³ «Law is an argumentative discipline». MACCORMICK, N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford UP, Oxford, 2005, p. 14.

⁵⁴ Anche se non concordo con Waldron nel considerare questo come un esempio di *ius gentium*, seguo le sue conclusioni. Cfr. WALDRON, J., «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, 119 (2005), pp. 146-7.

⁵⁵ Cfr. VIOLA, F. «Il diritto come arte della convivenza civile», *Rivista di Filosofia del diritto*, 4 (2015, 1), pp. 57-74.

della norma statuyente, cioè della regola nel suo formarsi, che porta alla ribalta del diritto la rilevanza del suo contenuto e della sua ragionevolezza. Il processo di positivizzazione è ben più significativo della positività del diritto, che ne è il risultato transeunte, e il diritto giurisprudenziale più vitale della statica concezione legicentrica del diritto.

Ed infine debbo aggiungere che, se il diritto è un'attività, è questione di grado. Non v'è un'alternativa netta tra diritto e non diritto, ma tra l'uno e l'altro vi sono gradi di maggiore o minore intensità della giuridicità presente nella vita sociale. Le garanzie giuridiche nei confronti dell'esercizio arbitrario del potere possono essere più o meno sviluppate, più o meno vincolanti, più o meno efficaci. Vi sono casi principali e casi secondari di ordine giuridico, a volte solo deboli tracce di istanze giuridiche che stentano ad affermarsi, come oggi è palese in ambito internazionale e transnazionale.

Ed allora non resta che chiedersi: un diritto che sia più opera della ragione che della volontà non è forse più conoscibile dalla scienza giuridica? E ciò non richiede forse un mutamento nell'autocompressione che la stessa scienza giuridica ha del suo ruolo nella formazione del diritto?

REFERENCIAS

- ALLARD J.; GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005.
- ATIENZA, M., *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- BERMAN, H. J., *Diritto e rivoluzione* (1983), trad. it. di VIANELLO, E., Il Mulino, Bologna 1998.
- BURKE-WHITE, W.W., «A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement», *Michigan Journal of International Law*, 24 (2002), pp. 1-101.
- CASSESE, S., *Universalità del diritto*, Ed. Scientifica, Napoli, 2005.
- CHAYES, A.; CHAYES, A.H., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard UP, Cambridge Mass., 1995.
- CHIBA, M., «Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World», *Ratio Juris*, 11 (3, 1998), pp. 228-245.
- COVER, R.M., «Nomos and Narrative», *Harvard Law Review*, 97 (1, 1983), pp. 4-68.
- CRUET, J., *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris, 1908.
- DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004.
- FERRARESE, M. R., «Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa», in ZOPPINI, A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 123-148.

- FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- FRIEDMANN, W., *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London, 1964.
- GAMBARO, A., «Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale», in DERRIDA, J.; VATTIMO, G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 63-77.
- GRIFFITH, J., «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 24 (1986), pp. 1-55.
- HÄBERLE, P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* [1996], trad. it., Carocci, Roma, 2001.
- HATHAWAY, O.A.; SHAPIRO, S.J., «Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law», in *The Yale Law Journal*, 121 (2011, 2), pp. 252-349 (Yale Law School, Public Law Working Paper n. 240).
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, III ed., Giuffrè, Milano 1989.
- *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- MACCORMICK, N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford UP, Oxford, 2005.
- MENGGONI, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996.
- OFFE, C., «“Homogeneity” and Constitutional Democracy: Coping With Identity Conflicts Through Group Rights», *Journal of Political Philosophy*, 6 (1998), pp. 113-141.
- POSTEMA, G.J., «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *The Journal of Legal Studies*, 11 (1982), pp.165-203.
- RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- RODOTÀ, S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Scientifica, 2007.
- SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton UP, Princeton, N.J., 2005.
- TEUBNER, G., «The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism», *Cardozo Law Review*, 13 (1991-2), pp. 1443-1462.
- TRUJILLO, I.; VIOLA, F., *What Human Rights are not (or not only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science Publisher, New York, 2014.
- TWINING, W., *Globalisation and Legal Theory*, London, Butterworth, 2000.
- VANDERLINDEN, J., «Return to Legal Pluralism», *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 28 (1989), pp. 149-157.
- VIOLA, F. (a cura di), «Lo Stato contemporaneo e la sua crisi», *Ars interpretandi*, 16 (2011), pp. 7-233.
- VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.
- «La lotta del diritto contro i mali della società», in *Seconda Navigazione. Annuario di filosofia*, Leonardo Mondadori, Milano, 1999, pp. 197-217.
- «Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica», in PANSINI, G. (a cura di), *Studi in memoria di Italo Mancini*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 621-641.
- «Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica», *Ragion pratica*, 9 (2001), n. 17, pp. 53-71.

- «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», *Persona y Derecho*, 46 (2002, I), pp. 35-71.
- «Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro», *Ars interpretandi*, 7 (2002), pp. 109-129.
- «La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo», *Ragion pratica*, 11 (2003), n. 20, pp. 33-71.
- «Derecho de gentes antiguo y contemporáneo», *Persona y Derecho*, 51 (2004, II), pp. 165-189.
- «Conflitti d'identità e conflitti di valori», *Ars interpretandi*, 10 (2005), pp. 61-96.
- «Diritti umani», voce in *Enciclopedia filosofica*, vol. 3, Bompiani, Milano, 2006, pp. 2931-2938.
- «Principio giuridico», voce in *Enciclopedia filosofica*, vol. 9, Bompiani, Milano, 2006, pp. 8955-8956.
- «La legalità del caso», in *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali. (Atti del 2° Convegno Nazionale della Società italiana degli studiosi di diritto civile, Capri 18-20 aprile 2006)*, t. I, Esi, Napoli, 2007, pp. 315-327.
- «The Rule of Law in Legal Pluralism», in GIZBERT-STUDNICKI, T.; STELMACH, J. (a cura di), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity (23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland)*, Oficyna, Warszawa, 2007, pp. 105-131.
- «Il Rule of Law e il concetto di diritto», *Ragion pratica*, 16 (2008), n. 30, pp. 151-168.
- *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Scientifica, Napoli, 2008.
- «I diritti umani sono naturali?», in BOTTURI, F.; MORDACCI, R. (a cura di), *Natura in etica, Annuario di Etica*, 6/2009, Vita e Pensiero, Milano 2009, pp. 69-92.
- «L'obiezione di coscienza come diritto», *Persona y Derecho*, 61 (2009, II), pp. 53-71.
- *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi (Atti del Convegno Aristec, Palermo, 26-28 novembre 2009)*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 75-90.
- *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011.
- «Il diritto come arte della convivenza civile», *Rivista di Filosofia del diritto*, 4 (2015, 1), pp. 57-74.
- «Una teoria deliberativa della giurisdizione?», *Ars interpretandi*, 7 (2018), pp. 13-28.
- WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford UP, Oxford, 1999.
- «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, 119 (2005), pp. 129-147.
- «The Concept and the Rule of Law», *Georgia law Review*, 43 (2008, 1), pp. 1-61
- ZAGREBELSKY, G., «I diritti fondamentali oggi», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 22 (1992, 1), pp. 187-205.
- «Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)», *Quaderni Fiorentini*, 31 (2002), t. II, pp. 865-897.
- ZOPPINI, A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004.