



CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO  
"GIOVANNI PUGLIESE"

# SCIENZA GIURIDICA E PRASSI

*Convegno ARISTEC*

Palermo 26-28 novembre 2009

a cura di

LETIZIA VACCA



JOVENE EDITORE  
NAPOLI 2011

FRANCESCO VIOLA

## LE SFIDE DEL DIRITTO CONTEMPORANEO ALLA SCIENZA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. La prima sfida: i diritti umani. – 2. La seconda sfida: il processo di costituzionalizzazione del diritto. – 3. La terza sfida: il caso concreto e il primato della persona. – 4. La quarta sfida: il diritto internazionale e il pluralismo giuridico.

La scienza giuridica è un prodotto storico. Abbiamo tante forme di scienza giuridica a seconda delle epoche storiche e delle forme di diritto. Tra scienza giuridica e diritto v'è una circolarità continua, ma gli sviluppi e i tempi di maturazione non sono gli stessi. Solitamente la scienza giuridica dura più a lungo della prassi giuridica, a cui pure si riferisce, perché la concettualizzazione è più lenta e, al contempo, più resistente ai cambiamenti e più dura a morire. Per questo tra scienza e prassi ci sono momenti drammatici di rottura. Noi stiamo vivendo uno di questi momenti.

L'epoca della codificazione è ormai finita, ma siamo anche al di là di quella che è stata chiamata «l'epoca della decodificazione». 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.

Mi limiterò qui soltanto ad indicare alcune sfide che la prassi del diritto contemporaneo avanza nei confronti della scienza giuridica e lo farò in forma molto problematica, senza la pretesa di presentare soluzioni ma solo di sollevare problemi.

### 1. *La prima sfida: i diritti umani*

La prima di queste sfide 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 patrimonialistico, a render conto dei diritti umani. 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 esaurientemente 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 del diritto. Queste ragioni sono di differente natura e, di conseguenza, anche i poteri sono molteplici. Ma così il mondo dei diritti è difficilmente governabile per la tradizionale *scientia juris*.

I diritti umani 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 (con particolare attenzione per il metodo teleologico e per quello che dà rilievo alle conseguenze). Per Savigny il metodo teleologico doveva essere assolutamente bandito dal diritto. Dall'altra, in ragione del carattere pervasivo che la presenza dei diritti umani esercita 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 negarli alla persona. Ciò significa che 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 oggetto.

Per interpretare e applicare i diritti umani bisogna far ricorso ad un'articolazione complessa di dottrine politiche e morali altamente controverse. 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 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 ed etiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza giuridica. La positivizzazione 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 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 giustizia<sup>1</sup>. 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 e non di rado appartenenti ad ordini giuridici differenti.

## 2. *La seconda sfida: 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.

La chiusura dell'ordinamento giuridico era giustificata dall'esigenza di garantire alcuni parametri stabili e certi di giustizia, quale soprattutto quello dell'uguaglianza, 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 chiusura.

Con la costituzionalizzazione del diritto la pratica dei principi è divenuta da sussidiaria chiaramente prioritaria. I principi costituzionali sono del tutto diversi dai *principia juris* del diritto romano 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 confliggono tra loro.

Come ha ben notato Zagrebelsky, il nesso di congruenza tra valori, principi e regole è costitutiva della validità del diritto: è un assioma che precede il diritto costituzionale posto ed è una sorta di

<sup>1</sup> WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999.

trascendentale costituzionale del diritto. Se poi consideriamo che il significato dei principi costituzionali lo si coglie attraverso processi argomentativi e deliberativi, vuol dire che il principio di ragionevolezza diventa 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 codice.

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 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 il concetto d'interpretazione giuridica alle intenzioni di chi ha prodotto la regola, cioè rifiuta ogni forma di originalismo, e permette di includere nell'attività interpretativa anche l'argomentare<sup>2</sup>. 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 principi co-

<sup>2</sup> Per l'identificazione del diritto con una pratica di tipo argomentativo cfr., da ultimo, ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

stituzionali 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 distinzione con l'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 concreto<sup>3</sup>.

Perde di senso la distinzione corrente tra ciò che una regola significa e ciò che si deve fare o, almeno, le due prospettive si avvicinano grandemente<sup>4</sup>. Sembrerebbe ovvio che una cosa sia chiedersi come un caso vada risolto secondo una regola ed un'altra chiedersi se un agente, tutto considerato, debba decidere una controversia in tal modo o debba seguire nel suo comportamento quest'interpretazione della regola, cioè se questa soluzione sia ragionevole e accettabile. Ma, se è vero che il giudizio di ragionevolezza è interno alla regola stessa e fa parte dell'attività interpretativa, allora esso contribuisce a costruire o a ricostruire il significato di una regola. In quest'ottica non avrebbe senso affermare «questo è il significato della regola, ma non deve essere seguito» a meno di non ritenere che la giustificazione sia esterna alla regola e resti estranea all'attività interpretativa. 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. In più, il carattere provocatorio del caso concreto fa sì che non vi sia un unico significato della regola, in quanto sono le circostanze del-

<sup>3</sup> Ho sviluppato la tesi del carattere deliberativo dell'interpretazione giuridica nel mio *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 11, 2003, n. 20, 33-71.

<sup>4</sup> La confusione tra questi due piani è, ad esempio, da Schauer rimproverata a Dworkin. Cfr. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford U.P., Oxford, 1991, trad. it. di C. Rustici, Bologna, 2000, 323.

l'applicazione del diritto ad evidenziare (o, secondo altri, a produrre) sempre nuovi significati della stessa regola.

A questo punto è ormai superfluo ribadire che, alla luce di queste considerazioni, una definizione dell'interpretazione come ricerca di significati (non importa se preesistenti o attribuiti) appare molto riduttiva e mortificante se essa vuol riferirsi ad un'attività meramente cognitiva in senso descrittivo. Certamente ciò dipende dalla concezione di significato che abbiamo e tuttavia non dobbiamo dimenticare di trovarci nel campo della ragion pratica, cioè del conoscere per agire, dell'interpretare per risolvere casi concreti alla luce delle istanze del sistema normativo e del decidere come si deve giuridicamente agire in circostanze date.

Il fatto è 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 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.

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 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<sup>5</sup>.

In un regime etico-giuridico governato dalla morale dei diritti, qual è quello attuale, il principio del dovere, necessario per la praticabilità di ogni etica e inteso come misura e come ordine, in una parola e in senso generale come «regola», è tutto concentrato nella ragionevolezza. Questa trasforma i valori in principi e questi in re-

<sup>5</sup> OFFE, "Homogeneity" and Constitutional Democracy: Coping With Identity Conflicts Through Group Rights, in *Journal of Political Philosophy*, 6, 1998, 119-124; cfr. anche il mio *Conflitti d'identità e conflitti di valori*, in *Ars interpretandi*, 10, 2005, 61-96.



gole. La ragionevolezza esprime per l'individuo l'esigenza di dare alle proprie azioni, abitudini e pratiche un ordine generale nel rispetto dell'integrità e dell'autenticità e, per le comunità, è l'istanza di armonizzare le aspettative dei consociati in modo da garantire insieme la certezza e la giustizia. Alla fin dei conti tutta l'impresa giuridica si giustifica sulla base della ragionevolezza pratica, cioè della necessità di coordinare le azioni sociali non in qualsiasi modo, ma secondo equità e giustizia.

Di conseguenza, la normatività giuridica è il risultato di un connubio tra la dimensione prescrittiva e quella argomentativa, tra un orientamento al valore e una procedura ragionevole da seguire per realizzarlo nella vita sociale. La costituzionalizzazione dei principi, pertanto, presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica. Questa non è un prodotto già compiuto, ma un'opera da farsi e, come tale, soggetta a criteri di correttezza formali e materiali. Si può dire anche che la costituzione è generativa di diritto (jurisgenerative). Attraverso i principi materiali il diritto comunica con le sue basi sociali ed etiche, cioè con quegli ambiti che dai giuristi formalisti sono stati sempre considerati come extra-giuridici o meta-giuridici, in quanto non appartenenti al concetto di diritto nella sua purezza. Alla formazione della regola da applicarsi al caso concreto concorrono molteplici standards normativi e processi interpretativi e argomentativi.

Uno degli effetti che deriva da questo stato di cose è insieme semplice e sconvolgente. Si produce – come ha acutamente notato Cover – 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. "Precepts must 'have meaning', but they necessarily borrow it from materials created by social activity that is not subject to the strictures of provenance that characterize what we call formal lawmaking. Even when authoritative institutions try to create meaning for the precepts they articulate, they act, in that respect, in an unprivileged fashion»<sup>6</sup>. Il diritto apre le porte alla società, permette che essa faccia sentire la sua voce, ma poi non è più

<sup>6</sup> COVER, *Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 97 1, 1983, 18.

in grado di padroneggiare questa nuova situazione con gli strumenti della cultura giuridica tradizionale.

### 3. *La terza sfida: 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.

Si possono dare diverse spiegazioni di questo passaggio dall'attenzione per la norma generale astratta alla rilevanza che il caso concreto richiede da parte della stessa scienza giuridica. Sta di fatto che si recupera in tal modo la specificità del diritto nei confronti della politica. Se questa guarda alla giustizia delle istituzioni, l'altro deve rispondere alla richiesta di giustizia che proviene dal caso concreto. 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 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 giuridico. 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 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; 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 persona<sup>7</sup>. 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. La regola che si applica al caso concreto deve essere valevole per tutti i casi appartenenti alla stessa categoria<sup>8</sup>. 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 ovviamente si basa. 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. Oggi il problema centrale della scienza giuridica è quello della tipicizzazione 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 decisioni.

<sup>7</sup> Per questo rinvio al mio articolo *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Persona y Derecho*, 2009 (2), n. 61, 53-71.

<sup>8</sup> Ho affrontato questo tema nell'intervento *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, in *Atti del 2° Convegno Nazionale della Società italiana degli studiosi di diritto civile*, Capri 18-20 aprile 2006, t. I, Napoli, 2007, 315-327.

#### 4. *La quarta sfida: 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 alla 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. 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 internazionalistiche 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 internazionale. Il modello di Westfalia sta lasciando il posto al modello cooperativo<sup>9</sup> (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.

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

<sup>9</sup> Cfr. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.

usate, si sente il bisogno di un nuovo linguaggio giuridico universale o di un nuovo modo di intendere il linguaggio del diritto internazionale. 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».

Nel diritto internazionale l'accordo degli interessati assume un ruolo centrale per la prassi interpretativa. Si potrebbe dire che tutto il diritto internazionale non sia altro che un'impresa di coordinazione delle interpretazioni piuttosto che propriamente delle azioni, o meglio di quelle azioni che si sostanziano in interpretazioni. La stessa interpretazione giudiziaria non dovrebbe essere concepita come un rimedio debole all'assenza di un accordo interpretativo, ma come un mezzo per facilitarlo. Se un sistema giuridico non si fonda su un'autorità centrale, allora anche il senso della giurisdizione cambierà. Lo stesso concetto d'imparzialità del giudice non si applicherà allo stesso modo nel diritto interno e in quello internazionale: nel primo è segnato dal principio dell'uguale applicazione della legge, mentre nel secondo è la ricerca dell'interpretazione condivisibile in quanto ragionevole, equa e praticabile.

La differenza di fondo più macroscopica tra il diritto internazionale e il diritto interno consiste 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 dell'interpretazione concertata (e, in collegamento con questa, del problema della traduzione)<sup>10</sup>. 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 cognitivo, che peraltro non tutti sono disposti a concederle. Ma,

<sup>10</sup> Per questo tema rinvio al mio articolo *Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica*, in *Ragion pratica*, 9, 2001, n. 17, 53-71.

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 preventivamente<sup>11</sup>. Ciò non significa che l'interpretazione perda del tutto la sua dimensione cognitiva in quanto si rivolge ad un'intesa che già c'è stata, ma significa sicuramente che è impossibile distinguere in essa il ruolo della conoscenza e quello della volontà. Ovviamente non era necessario scomodare il diritto internazionale per raggiungere questo risultato, ma qui è interessante vedere come si ponga questa problematica nell'ottica dell'auto-interpretazione.

I giudici internazionali sono a prima vista decontestualizzati e possono svolgere il loro ruolo solo nella misura in cui ogni Parte (*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. A questo si riferisce la tradizionale nozione di *jus gentium*. Ma tutto ciò non dà luogo per nulla ad una cultura giuridica compatta. Le norme internazionali sono allo stato disperso. Se proprio si vuole parlare di coerenza 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. Oggi riproporre la *vexata quaestio* del monismo o del dualismo dei

<sup>11</sup> Su questo tema cfr. POSTEMA, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, in *The Journal of Legal Studies*, 11, 1982, 165-203.

sistemi giuridici sarebbe un controsenso<sup>12</sup>. Non c'è da fare una scelta di campo, né da scegliere quale sistema sia fondante e quale derivato, perché la questione è quella del punto di vista, cioè del problema pratico da risolvere. Posti di fronte alla questione pratica, dobbiamo andare alla ricerca delle regole giuridiche che la governano ed è ormai chiaro che queste possono appartenere a plessi normativi differenti. Ed allora l'interpretazione non sarà necessaria soltanto per cogliere i significati delle regole, ma ancor prima per individuare quali regole siano appropriate per il caso in questione e, forse, come possono diventarlo. In tal modo l'interpretazione assume in certo qual modo un ruolo costitutivo e costruttivo del diritto da applicare.

Per chi assuma il modello dello Stato di diritto (così come si è realizzato nei sistemi giuridici nazionali) 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. Come potrà mai essere progredito un diritto le cui fonti non sono ben distinguibili l'una dall'altra né sono gerarchicamente ordinate<sup>13</sup>? Come potrà mai essere accettabile un diritto che non sempre è obbligatorio allo stesso modo e che si arroga la prerogativa di prescindere nella consuetudine dalla lunga durata e dall'identità del contenuto della pratica nell'individuare<sup>14</sup>? Ciononostante non credo che vi siano modelli ideali di diritto. Vi sono solo valori giuridici, esigenze di coordinazione e concrete condizioni di esercizio. Il diritto che c'è dipende dai problemi di coordinazione e di comunicazione

<sup>12</sup> Cfr. STARKE, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, ora in PAULSON and LITSCHIEWSKI PAULSON (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 537-552.

<sup>13</sup> Cfr. KOSKENNIEMI, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, in *European Journal of International Law*, 8, 1997, 4, 566-582. Queste caratteristiche del diritto internazionale offrono facilmente il fianco, fra le altre, alle critiche del movimento dei *Critical Legal Studies*, che ha messo in luce i tentativi fallimentari di giustificarlo nell'ottica liberale. L'autorità internazionale si autogiustifica e le regole internazionali sono altamente indeterminate. Cfr. KENNEDY, *A New Stream of International Law Scholarship*, in *Wisconsin International Law Journal*, 7, 1988. Cfr. anche PURVIS, *Critical Legal Studies in Public International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 32, 1991, 1, 81-127.

<sup>14</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, 273.

che trova. Gli assetti si trasformano dall'interno e si evolvono per aggiustamenti. Ciò non significa che siano impermeabili e che non si contaminino l'un l'altro. 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.

La sovranità degli Stati ha prodotto culture giuridiche nazionali tra loro incomunicanti. L'opera dei teorici del diritto sulla scia di Kelsen ha cercato la riunificazione dell'esperienza giuridica mondiale attraverso la somiglianza nelle strutture formali dei sistemi giuridici, almeno tra quelli più evoluti. Il progresso negli studi di diritto comparato ha messo in luce che questa somiglianza si può estendere per certi versi anche al contenuto normativo.

In effetti i problemi, che i sistemi giuridici nazionali affrontano, sono sicuramente simili e le soluzioni sono differenti modi di rispondere ai problemi pratici. Noi sappiamo che nel campo pratico non esiste un'unica risposta giusta e che la varietà delle soluzioni normative dipende da fattori quali la propensione a sottolineare alcuni valori rispetto ad altri, l'orientamento proveniente da particolari forme culturali di vita comune e, non da ultimo, dalle circostanze. 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 confluiscono nell'Unione Europea, e da ultimo anche forme di competizione che presuppongono giudizi di equivalenza<sup>15</sup>. 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», intendendo con

<sup>15</sup> Cfr., ad es., VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008, 65.



ciò la straordinaria capacità che hanno gli istituti giuridici di convivere, sovrapponendosi, componendosi e persino integrandosi<sup>16</sup>. 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.

Vorrei qui citare solo un esempio, tra tanti altri. Nella sentenza del 2005 relativa al caso *Roper v. Simmons*, riguardante la condanna a morte di un minorenne, la Corte Suprema degli Stati Uniti s'è servita dell'autorevolezza del diritto straniero per interpretare la stessa Costituzione americana. L'acuto commento redatto da Jeremy Waldron ha fornito la più adeguata giustificazione di questa pratica interpretativa che non è certo un caso isolato. Il diritto non è questione di meccanica applicazione di norme già prefissate, ma di soluzione di controversie (*a problem-solving enterprise*). A questo fine è utile far ricorso – come in tutte le altre scienze – alla conoscenza accumulata, alla saggezza giuridica dell'umanità sui diritti e la giustizia, a quella che gli antichi romani hanno chiamato «*ius gentium*». Per coloro che considerano il diritto materia di volontà sovrana, allora non ha alcuna rilevanza ciò che è voluto e comandato in altre parti del mondo. Ma per coloro che vedono il diritto come opera di ragione critica e di scienza, allora ha senso tener conto delle soluzioni che ai problemi giuridici sono stati date in altre parti del mondo<sup>17</sup>.

Ed allora, in conclusione, non resta che chiedersi: un diritto che sia più opera della ragione che della volontà non è forse più conoscibile dalla scienza giuridica? E non richiede forse un mutamento nell'autocomprensione della scienza giuridica che prenda congedo da compiti puramente «dogmatici»?

<sup>16</sup> CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, 2005.

<sup>17</sup> Cfr. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harvard Law Review*, 119, 2005, 129-147.