

IL PARADISO
DEI DIRITTI:
PREVEDIBILITÀ
DELLA DECISIONE
GIURIDICA
E NORMATIVITÀ
SU “NORME, GIUDICI, STATO
COSTITUZIONALE. FRAMMENTI
DI UN MODELLO GIURIDICO”

VALERIA **GIORDANO**



Il paradiso dei diritti: prevedibilità della decisione giuridica e normatività.
Su *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*

Rights' Heaven: Predictability of Legal Decisions and Normativity.
On *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*

VALERIA GIORDANO

Università degli Studi di Salerno.
E-mail: vgiordano@unisa.it

ABSTRACT

Il saggio affronta le profonde trasformazioni attraversate dalle democrazie contemporanee, attraverso la chiave di lettura offerta dal volume di Ansuategui, volta a decodificare la complessità sociale emergente e a delineare i confini di un universo giuridico “sfocato” e non più riducibile ad un sistema di deleghe ed autorizzazioni. Mettere sotto la lente il diritto contemporaneo significa pertanto cogliere gli aspetti più enigmatici della costruzione normativa, ricostruendo i frammenti di un universo giuridico caratterizzato da una geometria variabile, nella continuità e nell’interruzione fra nazionale e globale e nel quale si registra un’inedita espansione dei luoghi della decisione giuridica, sempre più spesso demandata alle corti, in una progressiva istituzionalizzazione dei conflitti. Tali aspetti pongono molteplici interrogativi al giurista contemporaneo, che appare sempre più disorientato dinanzi a sfide cruciali per la teoria generale che coinvolgono gli aspetti più salienti e complessi del *decision making* giuridico. All’interno di esso si registra infatti uno squilibrio crescente fra controllo e bilanciamento di poteri secondo il modello tradizionale del *check and balance*, che rende più problematica la prevedibilità di una regolazione giuridica basata sulla specificità del caso e che radicalizza quella tendenza implicita nello Stato costituzionale di concentrazione del politico nella dimensione giudiziaria.

The essay deals with the profound transformations of contemporary democracies, through the reading key offered by Ansuategui’s volume. The aim is to decode the emerging social complexity, delineating the boundaries of a “fuzzy” legal universe that can no longer be reduced to a pure delegation and authorization system. Therefore, to put contemporary law under the magnifying glass means to grasp the most enigmatic aspects of normative construction. This implies an attempt to reassemble the fragments of a variable geometry legal universe, taking into account both its continuity and interruption between the national and global dimensions. This legal universe is characterized by an unprecedented expansion of the legal decision-making places, since the decision itself is increasingly entrusted to the courts, in a progressive institutionalization of conflicts. These aspects pose multiple questions to a contemporary jurist who appears more and more disoriented and faced with crucial challenges. Moreover, these challenges also represent general theory critical issues, because they involve the most salient and complex aspects of legal decision-making: as a matter of facts, we can see a growing disequilibrium within the traditional decision-making check and balance system; undoubtedly, this disequilibrium undermines the predictability of a legal regulation which is based on case-specificity and radicalizes the constitutional state tendency to overlap political and juridical dimensions.

KEYWORDS

normatività, principi, democrazia, positivismo, diritto giurisprudenziale

normativity, principles, democracy, positivism, judge-made law

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XXIII, 2023 / 1 (giugno) | pp. 149-158

© 2023, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

ISSN 1825-0173

Tutti i diritti sono riservati.

Il paradiso dei diritti: prevedibilità della decisione giuridica e normatività

Su *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*

VALERIA GIORDANO

1. *Crisi della forma democratica e della reductio ad unum dell'universo giuridico* – 2. *Il ragionamento morale nella pratica dei diritti* – 3. *La funzione morale del diritto. Approccio definizionale o derivativo?*

1. *Crisi della forma democratica e della reductio ad unum dell'universo giuridico*

Il bel libro di Javier Ansuátegui costituisce senza ombra di dubbio un importante invito a ripensare criticamente le trasformazioni richieste dal costituzionalismo contemporaneo, attraverso una lente teorica che non deformi la complessità emergente, ma che, invece, provi a decodificarla realisticamente. È proprio tale complessità del sociale, che non consente più quella *reductio ad unum* dell'universo liberal democratico e che scalfisce l'immagine monolitica ed autoreferenziale proiettata dalla modernità politico-giuridica, a porre molteplici interrogativi sul concetto stesso di diritto, risignificandolo in chiave contraddittoria e rendendo problematica una sua nitida messa a fuoco. In tal senso, il diritto contemporaneo è un diritto sfocato, come avverte l'autore, in quanto non più prodotto di una razionalità formale, disegnabile *more geometrico*, ma costruito sociale irriducibile ad un sistema di deleghe e autorizzazioni, avente in sé una valenza sempre più connotabile in chiave dialogico-argomentativa.

Il *file rouge* che accompagna questo volume che con passione si snoda lungo i sentieri che delimitano i confini e i limiti del diritto è, dunque, la necessità di rielaborare categorie giuridiche oggi in tensione dinanzi alla crisi delle concezioni formalistiche, senza incorrere nel rischio di uno slittamento verso forme di giusnaturalismo e rinunciando all'adozione di un *moral point of view* forte e trascendentalmente fondato. Un *moral point of view* che celerebbe inevitabilmente il lato oscuro dei diritti¹, la tensione costante fra lo slancio universalistico e la pressione dei particolarismi collegabile con lo statuto retorico dei diritti umani: lo scarto irriducibile fra la dimensione universale e simbolica cui i diritti sembrano sospinti e la loro esplicazione contestuale ed effettiva nello scenario globale.

Indubbiamente, con lo Stato costituzionale si registra la positivizzazione di un catalogo di diritti, prevalentemente elaborati dal giusnaturalismo razionalistico settecentesco, che costituisce il formante dei nostri sistemi normativi, interrogando la scienza giuridica sull'adeguatezza delle sue categorie tradizionali alla luce di una problematizzazione dei rapporti fra diritto e morale e della rivalutazione di una razionalità immanente nella Costituzione, della quale ridisegnare di volta in volta i contorni.

Si realizza così, come rileva Bobbio² un rovesciamento radicale di prospettiva, affermatosi nella rappresentazione del potere politico, caratteristico dello Stato moderno, che viene sempre più diffusamente guardato dal punto di vista dei diritti dei cittadini, non più sudditi, e che testimonia sul piano teorico la loro dimensione storica, che li lega a circostanze determinate, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri. Lotte per i diritti che ori-

* ANSUÁTEGUI F.J., *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un discorso giuridico*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Giappichelli, 2020.

¹ COSTA 2014.

² BOBBIO 1990, XI.

ginano in un tessuto sociale in mutamento e che comportano un allargamento del catalogo originario ben oltre il perimetro immaginato dai costituenti e una loro moltiplicazione lungo le tappe che segnalano il passaggio dall’“uomo astratto” all’“uomo concreto”, attraverso un processo di progressiva specificazione e differenziazione degli interessi emergenti. Se infatti, la lotta per i diritti riflette inevitabilmente sul piano storico l’esclusione di taluni soggetti dalla qualifica di uguali rendendo finalmente visibile il lemma delle differenze, è proprio nell’istanza di riconoscimento che si affianca alle richieste di differenziazione e specificazione delle esigenze di alcuni gruppi che il discorso sui diritti svela la sua portata emancipatoria, attraverso una stabilizzazione che se pur progressiva non dimentica mai la dimensione progettuale da cui trae origine.

E in tal senso, nel volume, l’analisi degli aspetti più autenticamente legati alla pratica dei diritti, come per es. quelli chiamati in gioco dall’interpretazione costituzionale e dall’argomentazione giuridica, si affianca ai profili di complessità che originano dalla loro dimensione progettuale, con uno sguardo attento, anche se non disincantato, sulle frontiere aperte dal discorso cosmopolitico, da intendersi quale futuro del costituzionalismo contemporaneo, oggi più che mai attraversato da asimmetrie e da divaricazioni fra dimensioni assiologico-normative e livelli empirici concreti. Un terreno segnato da dinamiche di variabilità e incertezza che non consentono – come Ansuategui rileva lucidamente – di accedere al “paradiso dei diritti”, posto il progressivo processo di sconfinamento e policentrismo dei poteri globali che proietta tutto il carico di contraddizioni all’interno di una spazialità sganciata dalla dimensione territoriale e che restituisce il peso degli squilibri della logica globale.

Mettere sotto la lente il diritto contemporaneo significa, pertanto, cogliere gli aspetti più enigmatici della costruzione normativa, ricostruendo i frammenti di un universo giuridico caratterizzato da una geometria variabile, nella continuità e nell’interruzione fra nazionale e globale e nel quale si registra un’inedita espansione dei luoghi della decisione giuridica, sempre più spesso demandata alle corti, in una progressiva istituzionalizzazione dei conflitti.

Non è un caso, infatti, che le sfide più rilevanti per la teoria generale, chiamata oggi ad una risintonizzazione del rapporto diritto/morale/politica a partire dalla rivalutazione della razionalità implicita nelle costituzioni, riguardino gli ingranaggi più opachi del *decision making giuridico*. All’interno di esso si registra, infatti, uno squilibrio crescente fra controllo e bilanciamento di poteri secondo il modello tradizionale del *check and balance*, che rende indubbiamente più problematica la prevedibilità di una regolazione giuridica basata sulla specificità del caso e che radicalizza quella tendenza implicita nello Stato costituzionale di concentrazione del politico nella dimensione giudiziaria.

La crisi della politica costituzionale democratica, che l’autore, del resto, coglie nell’asimmetria fra localismo statale e globalismo finanziario, si accompagna ad una cesura con la società e ad una massiccia riduzione delle forme di partecipazione dei cittadini alle istituzioni politiche; tale cesura ha comportato un affievolimento della garanzia dei diritti fondamentali derivante dalla perdita – nella prospettiva politica statale – di forza normativa delle Costituzioni, che tendono ad emanciparsi sul piano delle corti sovranazionali. Dal canto suo, il circuito giurisdizionale ha contribuito in maniera significativa alla costruzione di regole e standards giuridici globali risultando assolutamente determinante per l’evoluzione stessa del diritto transnazionale, agendo sul crinale opaco intercorrente fra pubblico e privato. Un crinale distintivo della progettualità moderna, ancorata come è noto a quella grande dicotomia di cui parlava Bobbio³ in relazione alla natura degli interessi protetti e al carattere asimmetrico o orizzontale dei poteri coinvolti e che oggi in uno scenario popolato da attori molteplici e diversificati, tendente a rilanciare la vocazione giudiziaria e privatistico-contrattuale del diritto, risulta scalfito.

³ BOBBIO 1985.

Si affermano, infatti, modelli di autoregolazione giuridica sempre più vicini alle modalità angloamericane del *judge-made law*, che svolgono all'interno delle democrazie globali una funzione di istituzionalizzazione del conflitto, in una prospettiva di crescente proceduralizzazione dei sistemi giuridici. Esito che svela le metamorfosi delle forme democratiche e la tendenza progressiva a leggere il diritto a vocazione globale quale ragionamento giuridico.

2. Il ragionamento morale nella pratica dei diritti

Uno degli aspetti maggiormente rilevanti nell'analisi dei processi di costituzionalizzazione delle democrazie attuali è costituito dal rilancio di una razionalità immanente nelle istituzioni democratiche, nelle quali trasporre la dicotomia natura/artificio, cifra della tradizionale dialettica giusnaturalismo/giuspositivismo, in nome di una pratica dei diritti tendente sempre di più all'universalizzazione. Tale itinerario capovolge, pertanto, l'idea kelseniana che il ragionamento giuridico sia lo schermo logico dentro il quale nascondere la volontà etico-politica dell'interprete, dando nuova linfa vitale al tema della giustificazione giuridica. Tematica che, inevitabilmente, investe le problematiche della certezza e della prevedibilità della vita giuridica dinanzi al carattere controverso dei principi e alla necessità di arginare il disaccordo in campo morale.

Anche il positivismo giuridico è, pertanto, costretto a misurarsi con la valenza dialogico-argomentativa dei diritti e con il ruolo sempre più espansivo che il ragionamento morale ha assunto nelle pratiche giuridiche, registrando ammorbidimenti e revisioni parziali del suo modello, che tengano conto di una connessione fra diritto e morale di tipo contingente.

Certamente, la prospettiva dell'autore confuta la connessione fra il diritto e la morale critica, collocandosi lungo i sentieri tratteggiati dal positivismo inclusivo: tale scelta consente di interpretare il ricorso ai principi e ai valori morali come completamente interno alle operazioni di identificazione del diritto valido, richiedendo una declinazione in chiave debole di quella cassetta degli attrezzi utilizzata dal giurista giuspositivista, prima fra tutte la reinterpretazione del concetto di *convention*, cuore di ogni gioco normativo. L'eredità della filosofia analitica linguistica che fonda la vincolatività dei giochi linguistici in una serie di attitudini critico riflessive connesse al *seguire una regola* si snoda, infatti, nella *Social Rule Theory* di Hart nel convenzionalismo, che spiega la dipendenza del diritto dai comportamenti sociali e, al tempo stesso, la sua normatività, il suo offrire ragioni per agire. In tal senso, la natura prassista del diritto, nel suo richiamo all'attitudine critico-riflessiva dei partecipanti al sistema, mostra i mille volti di un uso del diritto sempre in bilico fra riconoscimento e consenso: consentendo di rappresentare la convenzione stessa come uno strumento di controllo/orientamento ma anche di esclusione/inclusione della normatività giuridica.

In tale prospettiva, allora, da un lato, si potrebbe sostenere che l'identificazione dei criteri di riconoscimento nelle democrazie contemporanee sia sottoposta a delle opzioni ideologico-politiche e che la selezione sia giocata su un filtro valoriale che, dandole una nuova linfa etico-giustificativa, scardina la radice costitutiva dell'effettività⁴. Un'effettività, d'altro canto, non controllata, non progettata, ma invece essa stessa generativa di un surplus di conflitto tale da rischiare seriamente di convertire la pratica sociale del diritto in una convenzione meramente apparente, pena la trasfigurazione della normatività giuridica in chiave etico-fondativa e la rinuncia a quella dicotomia descrizione/prescrizione strutturante la metodologia giuspositivistica.

Certo la natura ambigua dell'accettazione hartiana sembra prestarsi a letture non univoche della normatività, l'istanza formalistica e la circolarità in cui è avvolto l'approccio convenziona-

⁴ La chiave di accesso alla trasformazione della convenzione sociale di Hart nei termini di un'attività cooperativa condivisa è data da COLEMAN 2001, e poi da SHAPIRO 2002. Si tratta di un'immagine importata da un'intuizione filosofico-morale di BRATMAN 1992.

listico sembrano, infatti, riflettere l'imprescindibilità di una pratica sociale in qualche modo omogenea in cui l'incertezza del diritto preme ai margini, ma non è completamente dentro il conflitto che genera dal pluralismo morale.

In tal senso, infatti, i processi di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico mettono in campo quella che è stata definita la capacità inventiva⁵ del giudice nella costruzione di strade argomentative che offrono soluzioni agli hard cases e al tempo stesso sollevano questioni di giustizia che rispolverano l'antico dilemma relativo alla fondabilità oggettiva dei valori. Domande che il volume affronta in maniera stringente e che dischiudono scenari teorici molto diversificati nella risposta alla questione della collisione fra valori. Esse, infatti, ripercorrono quei sentieri che tradizionalmente si dispiegano intorno alla riflessione su diritto e morale: relazione sempre spinosa che ci interroga sulla funzione esercitata dal diritto nel suo legame con un ideale regolativo da portare a compimento e dunque sulle forme complesse che assume oggi la normatività giuridica rispetto alla indisponibilità di un'etica condivisa, rispetto a quella carica di conflitto che emerge dal carattere ad *excludendum* dei diritti.

3. *La funzione morale del diritto. Approccio definizionale o derivativo?*

Sentieri che ci riportano a quei criteri distintivi fra diritto e morale storicamente creati dal giusnaturalismo che, se per quest'ultimo risultavano fondanti una loro connessione, vengono invece reinterpretati in chiave di separazione dal giuspositivismo.

In particolar modo, si potrebbe ricordare la tesi classica della separazione concettuale tra diritto e morale che individua il carattere sociale od obbiettivo del diritto come contrapposto a quello individuale o subiettivo della morale⁶. Si tratta di una tesi che traccia i «caratteri differenziali» della morale e del diritto essenzialmente in una loro diversa funzione: l'esperienza morale è cosa che riguarda essenzialmente l'individuo, l'esperienza giuridica è legata alla nozione della comunità. L'idea espressa in questa tesi non si differenzia nella sostanza da quella modellata sulla distinzione tra *forum externum* e *forum internum*, elaborata dal giusnaturalismo moderno, e utilizzata anche da Hobbes⁷, come del resto un altro modo di presentare questo argomento, è la stessa contrapposizione diritto-morale fondata sul carattere coercitivo dei precetti giuridici, sottolineata da Kelsen⁸ e prima ancora di lui da Austin⁹. Un differente modo di difendere la separazione concettuale fra diritto e morale è la distinzione kelseniana tra sistemi statici e sistemi dinamici¹⁰ in base alla natura del fondamento della loro validità. Distinzione, che, come è noto, rinvia per la validità dei sistemi dinamici all'istituzione di una fattispecie produttiva di norme, presupponendo, invece, per quelli statici, l'uso di una ragione capace di statuire norme, inferendole dal contenuto della norma fondamentale, e dunque, pertanto, l'uso di una ragion pratica assunta come autoevidente.

Un ulteriore modo di distinguere concettualmente il diritto dalla morale è, invece, quello proposto da Hart¹¹. Si tratta in sostanza di una riformulazione delle tesi utilitaristiche di Bentham ed Austin, e teso, dunque, a sottolineare la necessità di una distinzione tra diritto come è e il diritto come dovrebbe essere. Bentham insisté su questa distinzione caratterizzando la morale con riferimento ai principi utilitaristici, Austin¹² la rimarcò considerando il diritto come il co-

⁵ GROSSI 2017.

⁶ Cfr. PASSERIN D'ENTREVES 1954.

⁷ HOBBS 1992.

⁸ KELSEN 1966, 35-73.

⁹ AUSTIN 1995.

¹⁰ KELSEN 1952, 407.

¹¹ HART 1958.

¹² AUSTIN 1995, 81-101.

mando del sovrano distinto dalla moralità positiva, ma entrambi ebbero cura di sottolineare la conseguenza di due semplici fatti: dal mero fatto che una norma violava dei valori morali, non poteva trarsi la conseguenza, che essa perciò non fosse una norma giuridica; dal mero fatto che una norma fosse moralmente apprezzabile, non si poteva trarre all'inverso la conseguenza che essa fosse una norma giuridica. Hart sulla loro scia argomentò la tesi della separazione attraverso la distinzione tra la conoscenza delle norme giuridiche e il rinvenimento di regole morali: mentre nel caso delle norme giuridiche ci troveremmo dinanzi ad un compito descrittivo, nel secondo caso invece prevarrebbe l'elemento prescrittivo. Corollario di questo argomento è l'idea che il diritto quale oggetto di conoscenza possa essere avalutativamente descritto là dove invece la morale, puramente soggettiva, non sia descrivibile empiricamente.

In contrapposizione alle tesi giuspositivistiche della separazione fra diritto e morale, le teorie del neocostituzionalismo come quelle di Alexy¹³, Dworkin¹⁴, Nino¹⁵, sostengono la tesi della connessione che ha avuto, anche storicamente, varie e differenti formulazioni. In tali teorie, pur con notevoli differenze nella sua declinazione, la relazione diritto-morale assume i tratti di un legame "definizione", secondo la demarcazione tracciata da Joseph Raz¹⁶.

Secondo tale autore, infatti, la connessione diritto-morale può essere affermata attraverso un argomento definizionale e attraverso un argomento derivativo. L'argomento definizionale sostiene che il diritto deve necessariamente essere definito attraverso il riferimento a certe proprietà morali. Secondo quest'argomento, è allora impossibile per definizione, identificare il diritto senza il riferimento a caratteristiche morali. Si può affermare per esempio che «il diritto valido se è valido è sempre giusto» o anche che «è valido solo il diritto giusto» creando così una connessione definizionale tra l'ambito del giuridico e quello della giustizia. L'approccio "derivativo" ammette che l'identificazione del diritto avvenga attraverso il riferimento a proprietà non-morali, ma sostiene che il diritto pur identificabile indipendentemente dalla morale, abbia in quanto diritto, un valore morale. Si può considerare, per esempio, che la semplice esistenza del diritto sia essa stessa un valore morale, oppure si può assumere che qualsiasi diritto esistente, per il fatto stesso di esistere, non possa non avere norme di un certo contenuto e che questo contenuto abbia valore morale. Nel primo senso si può sostenere che il diritto conservando l'ordine sociale esistente abbia già solo per questa funzione un valore morale almeno *prima facie*¹⁷, nel secondo senso si potrebbe ritenere che in ogni sistema giuridico non possano non esserci norme che proteggono in qualche modo la vita dagli attacchi reciproci, e che questa norma abbia di per sé un qualche valore morale¹⁸.

Questa distinzione tra i due approcci è abbastanza rilevante in quanto può servire a chiarire come non sempre la connessione necessaria fra diritto e morale implichi l'adesione all'idea della conoscibilità oggettiva dei principi morali (oggettivismo etico): gli argomenti derivativi possono tranquillamente farne a meno.

Adottando la distinzione elaborata da Raz, sarebbe allora forse possibile qualificare la connessione fra diritto e morale elaborata da Ansuategui come di natura derivativa, dal momento che essa assume la possibilità che il diritto incorpori valori negativi, pur riconoscendo al diritto una funzione essenzialmente morale.

Da questo punto di vista, si può sicuramente essere d'accordo con l'autore sull'impossibile neutralità del diritto, ma anche sulla sua funzione di mediazione e razionalizzazione di opzioni valoriali spesso in antitesi dinanzi alla poderosa presenza di rivendicazioni e pretese di una società dif-

¹³ ALEXY 1997, ALEXY 1998.

¹⁴ DWORKIN 1982, DWORKIN 1989.

¹⁵ NINO 1996, NINO 1999.

¹⁶ RAZ 1999, 162-170.

¹⁷ È l'argomento di Lord Devlin discusso da HART 1991, 18; cfr. DEVLIN 1965.

¹⁸ È di questo tipo l'argomento hartiano sul contenuto minimo del diritto naturale, per quanto Hart non lo intenda come una prova di una connessione necessaria fra diritto e morale: HART 2002, 225-233.

ferenziata e frammentata. Rispetto ad essa, il diritto manifesta un equilibrio etico-politico sempre più precario, in cui spesso salta la possibilità di discriminare fra valori positivi e valori negativi perché ad impedire la configurabilità di uno spazio pubblico unitario è il carattere sempre più eterogeneo del tessuto sociale. Infatti, è proprio l'esplosione del molteplice a mostrare, in una lotta continua per il riconoscimento giuridico di interessi plurimi e diversificati, di differenti culture ed identità, una conflittualità sempre in azione, rispetto alla quale lo strumento giuridico mostra tutta la difficoltà ad assorbirne il carattere polemogeno, presentandosi come esso stesso vulnerabile.

Per evitare allora di dissolvere la marcia egalaritaria in un ideale vuoto, occorrerebbe allora, nel senso indicato da Ansuategui una strategia dei minimi, un minimo morale comune e condiviso capace di abbracciare la dimensione transculturale di questi valori, in un'ottica di solidarietà e riconoscimento di autonomia e dignità di ciascun individuo, imboccando una strada di ridefinizione garantista che accorci la forbice fra la loro vocazione universale e le divaricazioni empiriche che emergono nelle pratiche sociali.

Si tratterebbe di una sfida complessa volta a ricomporre il rapporto fra etica pubblica e decisione politica¹⁹, che provi a colmare lo scarto fra l'ambigua contingenza degli strumenti idonei alla sua realizzazione e la radicalità e l'assolutezza del progetto, presentato come uno sviluppo naturale della prassi internazionalistica.

In tal senso, occorrerebbe appellarsi ad una ragion pratica strutturante la nostra forma di vita pubblica, capace di trattenere al suo interno il pluralismo degli interessi, dei valori, delle identità delle società multietniche, inevitabilmente generativo di conflitti sociali, ma che proprio nell'ambivalenza di una fondazione universale rischierebbe di nascondere le tensioni fra concezioni morali non conciliabili, fra etiche irriducibili, portando con sé il peso di uno scollamento con la frammentazione e con il particolarismo che caratterizza la pratica dei diritti. Una sfida da assolvere allora rivolgendo lo sguardo alla costruzione di una cultura dei diritti *bottom up*, aperta al riconoscimento delle differenze identitarie e del pluralismo etico, continuamente rinegoziabile, quale strumento di argine contro l'ineffettività dei diritti, contro quei pericoli di una carente implementazione.

Un consenso, dunque, non calato dall'alto, o delegato esclusivamente alle corti internazionali, ma una mediazione dal basso che ridefinisca il lessico dei diritti guardandoli realisticamente come il rovescio di poteri e mutandone la trazione dialettica su un terreno che includa particolarismi e differenze e che restituisca la loro matrice culturale e identitaria.

Se, infatti il discorso dei diritti si *costruisce* con tutto il carico di ambivalenze e di contraddizioni, all'interno di una spazialità fittizia, fra attori giuridici plurimi e diversificati, in un percorso irregolare di pieni e di vuoti giuridici, di lotte, rivendicazioni e sconfitte, la strada da intraprendere oggi si rivela lunga e tortuosa: vale, però, sempre la pena di percorrerla, rinnovando la matrice partecipativa e democratica di una tecnica di convivenza sociale posta al servizio degli uomini.

¹⁹ Per l'incompatibilità di tale relazione ZOLO 1992.

Riferimenti bibliografici

- ALEX Y R. 1997. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi.
- ALEX Y R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè.
- ANSUÁTEGUI F.J. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un discorso giuridico*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Giappichelli.
- AUSTIN J. 1995. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, il Mulino.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO N. 1985. *Pubblico/privato*, in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, 3 ss.
- BRATMAN M.E. 1992. *Shared Cooperative Activity*, in «Philosophical Review», 101, 2, 1992, 327 ss.
- CELANO B. 2003. *La regola di riconoscimento è una convenzione?* in «Ragion pratica», 21, 2, 2003, 347 ss.
- COLEMAN J. 1988. *Negative and Positive Positivism*, in ID., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, 3 ss.
- COLEMAN J. (ed.) 2001. *Hart's Postscript. Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- COLEMAN J. 2001. *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press.
- COSTA, P. 2014. *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (eds.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Universidad Carlos III de Madrid, 27 ss.
- DARDOT P., LAVAL C. 2019. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, nuova ed., DeriveApprodi.
- DEVLIN P. 1965. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press.
- DWORKIN R. 1982. *I diritti presi sul serio*, il Mulino.
- DWORKIN R. 1989. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore.
- GIORDANO V. 2004. *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi.
- GROSSI P. 2017. *L'invenzione del diritto*, Laterza.
- HART H.L.A. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 4, 1958, 593 ss.
- HART H. L.A. 1991. *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore*, Einaudi.
- HOBBS H. 1992. *Leviatano*, 2^a ed., Laterza.
- KELSEN H. 1952. *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in Appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 397 ss.
- KELSEN H. 1966. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi.
- MARMOR A. 2001. *Legal Conventionalism*, in COLEMAN J. (ed.), *Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 192 ss.
- MORESO J.J. 2001. *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in CHIASSONI P. (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, 37 ss.
- NINO C.S. 1996. *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli.

- NINO C.S, 1999, *Il diritto come morale applicata*, Giuffrè.
- PASSERIN D'ENTRÈVES A. 1954. *La dottrina del diritto naturale*, Giuffrè.
- PERRY S. 2001. *Hart's Methodological Positivism*, in COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript, Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 310 ss.
- PINTORE A. 2001. *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 179 ss.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press.
- RAZ J. 1999. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press.
- SEBOK A.J. 1998. *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press.
- SHAPIRO S. 2001. *On Hart's Way out*, in COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript, Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 148 ss.
- SHAPIRO S. 2002. *Law, Plans, and Practical Reasons*, in «Legal Theory», 8, 4, 2002, 387.
- WALUCHOW W.J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press.
- WALUCHOW W.J. 2000. *Authority and the Practical Difference Thesis. A Defence of Inclusive Legal Positivism*, in «Legal Theory», 6, 1, 2000, 45 ss.
- ZOLO D. 1992. *Principio democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli.