

ISSN 2283-6527

Estratto

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE, DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO DIRETTA DA ALIS VIGNUDELLI

LO STATO

Mucchi Editore



da sinistra Luca Vespignani, Alijs Vignudelli, Federico Pedrini



RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE, DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

ANNO XI - NUMERO 20 (GENNAIO 2023 - GIUGNO 2023)



Mucchi Editore

COMITATO DI REDAZIONE

FEDERICO PEDRINI
(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)
LUCA VESPIGNANI
(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)
TOMMASO BARBIERI
(Università di Parma)
VALERIA BORTOLOTTI
(Università di Modena e Reggio Emilia)
MATTEO CALDIRONI
(Università di Modena e Reggio Emilia)
ELENA CAPPELLINI
(Università di Modena e Reggio Emilia)
VALENTINA CAVANI
(Università di Modena e Reggio Emilia)
ILARIA DRAGHETTI
(Università di Modena e Reggio Emilia)
SIMONE FRANZONI
(Università di Modena e Reggio Emilia)
LUCA MANDRIOLI
(Università di Modena e Reggio Emilia e Università di Trento)
GIULIA MINA
(Università di Parma)
CLAUDIO RAGUSA
(Università di Palermo)

COLLEGIO DEI GARANTI

ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)
ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. em. Corte Cost. - Italia)
AUGUSTO BARBERA (*Alma Mater*-Università di Bologna, giudice costituzionale - Italia)
SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Pres. em. AIC - Italia)
ENZO CHELI (Università di Firenze, Vice-Pres. em. Corte costituzionale - Italia)
BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia, Accademia Naz. dei Lincei)
LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
ANDREA MANZELLA (Luiss Guido Carli di Roma - Italia)
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Pres. S.i.s.d.i.c. - Italia)
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice EDU - Germania)
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)
BERND RÜTHERS (Rettore em. Universität Konstanz - Germania)
PIERANGELO SCHIERA (Università di Trento - Italia)
FRANCO GAETANO SCOCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. CUN - Italia)
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, Pres. em. VDStRL - Austria)

COMITATO SCIENTIFICO

- GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. em. Ass. Civilisti Italiani - Italia)
MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)
ROBERTO BIN (Università di Ferrara - Italia)
MICHELANGELO BOVERO (Università di Torino - Italia)
SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)
JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)
PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)
AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)
OMAR CHESSA (Università di Sassari - Italia)
FULVIO CORTESE (Università di Trento - Italia)
MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)
HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Pres. em. VStRL - Germania)
GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)
TIMOTHY ENDICOTT (University of Oxford - Regno Unito)
GIAMPIETRO FERRI (Università di Verona - Italia)
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale e giudice EDU - Polonia)
ENRICO GROSSO (Università di Torino - Italia)
RICCARDO GUASTINI (Università di Genova - Italia)
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. em. Corte Cost. - Colombia)
CARLOS-MIGUEL HERRERA (Université de Cergy-Pontoise - Francia)
MARIO JORI (Università degli Studi di Milano)
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)
MASSIMO LUCIANI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei, Pres. em. AIC - Italia)
CLAUDIO LUZZATI (Università di Milano - Italia)
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)
ALESSANDRO MANGIA (Università Cattolica di Milano - Italia)
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. em. Corte Cost. - Ungheria)
GIORGIO PINO (Università degli Studi Roma Tre)
ANNA MARIA POGGI (Università di Torino - Italia)
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)
FRANCESCO RIMOLI (Università Roma Tre - Italia)
VINCENZO ROPPO (Università di Genova - Italia)
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II, Pres. AIC - Italia)
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIOVANNI TARLI BARBIERI (Università di Firenze - Italia)
KENDALL THOMAS (Columbia Law School New York - USA)
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)
GIUSEPPE ZACCARIA (Università di Padova, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
GIANFRANCESCO ZANETTI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)

Con il patrocinio di



Accademia di Scienze Lettere e Arti
di Modena

ABI



Accademia degli Incamminati
Modigliana

Con il contributo di



BPER:
Banca



MF
HOLDING

GENERAL FITTINGS



Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto

Direttore responsabile: Aljs Vignudelli

Direzione scientifica: Prof. Aljs Vignudelli, via Aurelio Saffi, 14 - 40131 - Bologna - presidente@seminarimutiniensi.it

issn 2283-6527 - autorizzazione del Tribunale di Modena 2184 del 13.10.2013

© STEM Mucchi Editore Srl - 2023 (sede: Via Jugoslavia, 14 - 41122 - Modena)

info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it [facebook.com/mucchieditore](https://www.facebook.com/mucchieditore) twitter.com/MucchiEditore [instagram.com/mucchi_editore/](https://www.instagram.com/mucchi_editore/)

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Tipografia STEM Mucchi (MO), stampa Modigrafica (FC). Finito di stampare nel mese di luglio 2023.

Condizioni di abbonamento

Abbonamento annuo (2 numeri, iva inclusa):

Formato cartaceo Italia € 60,00; formato cartaceo Estero € 85,00; numero singolo € 35,00 (più spese di spedizione)

Formato digitale (con login) € 47,00; formato digitale (con ip) € 56,00; numero singolo digitale € 28,00

Cartaceo e digitale Italia (con login) € 71,00; cartaceo e digitale (con ip) € 80,00

Cartaceo e digitale estero (con login) € 96,00; cartaceo e digitale (con ip) € 105,00

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per variazione di indirizzo ed eventuali reclami per il mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione della Rivista, presso la Casa editrice: L'abbonamento decorre dal 1 gennaio e dà diritto a tutti i numeri dell'annata. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento *online* all'indirizzo www.mucchieditore.it). Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, o tramite posta elettronica certificata (info@pec.mucchieditore.it), entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa Rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della Rivista consultare il catalogo *on line*. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, fax o e-mail (seguiti da una raccomandata a/r) entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre 10 giorni successivamente alla data di sottoscrizione.

INDICE

Editoriale

ALJS VIGNUDELLI, *Diario di bordo. Scarrocciando alla cieca nei turbini del post diritto* XI

Saggi

ANTONIO BALDASSARRE, *La crisi attuale della "scienza" del diritto pubblico e costituzionale* 3
MICHELANGELO BOVERO, *Ancora Antigone. Tra libertà e legge*..... 39
AGOSTINO CARRINO, *Joseph de Maistre e la scienza delle costituzioni* 59
OMAR CHessa, *La causa esterna delle costituzioni*..... 81
LUIGI FERRAJOLI, *In difesa del positivismo giuridico* 105
GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Lotta di classe e/o lotta tra nazioni/popoli?* 123

Materiali

AGOSTINO CARRINO, *Julius Evola e la dottrina dello Stato. Sulle antinomie dell'individuo assoluto* 153
JULIUS EVOLA, *Su Schmitt* 177
UBERTO SCARPELLI, *Modelli di giudice* 191
FEDERICO PEDRINI, *Colloquio su Cultura, Diritto e Ragione. Intervista immaginaria al prof. Franco Cordero (A.D. 2023)* 243

Interventi, Note e Discussioni

SERGIO BARTOLE, *Ungheria e Polonia: la progressiva epifania del diritto europeo dalla commissione di Venezia alla Corte europea* 299
ROBERTO BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia* 323
MARIO DOGLIANI, *Il paradosso del diritto penale internazionale* 335
MASSIMO LUCIANI, *Paolo Grossi, la Costituzione e le due legalità* 343
FABIO MERUSI, *Divagazioni e profezie su inflazione, base monetaria e interventi sovrani della Banca Centrale Europea* 357
GIUSEPPE MORBIDELLI, *Alle radici della teorica di Paolo Grossi: l'aequitas canonica* 369
FEDERICO SORRENTINO, *Lo Stato compie dieci anni. Tentativo di un bilancio* 383

Maestri del Novecento

GUIDO ALPA, *Stefano Rodotà: i compiti del giurista nella rifondazione del diritto privato* 391
NATALINO IRTI, *Multa latent in scriptura. Antinomie nell'ermeneutica bettiana* 431

Nel cortile del banano

Recensioni

FULVIO CORTESE, *Come si legge la storia del diritto pubblico*..... 443
CLAUDIO LUZZATI, *L'eversione silenziosa nel nome del popolo sovrano* 455
► ALDO SCHIAVELLO, *Il mistero del diritto*..... 465
LUCA VESPIGNANI, *Bis in idem. Due volumetti di recente pubblicazione affrontano il tema delle riforme* 479

Schede bibliografiche..... 493

In applicazione dell'art. 6 del Regolamento per l'invio e la valutazione scientifica dei contributi, i saggi e gli interventi pubblicati su questo numero non sono stati sottoposti a referaggio in considerazione della particolare autorevolezza degli autori invitati dalla Direzione per celebrare i dieci anni di vita della Rivista.

Il mistero del diritto

di Aldo Schiavello*



Sommario: § 1. – Premessa: i due piani de *Il dramma del giudizio*. § 2. – Il diritto come pratica sociale interpretativa. § 3. – *L’Oresteia*: rovesciando il rapporto tra diritto e morale. § 4. – Diritto e oggettività: *the middle way*. § 5. – Il salvagente dei diritti umani.

ALESSIO LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano, Mimesis, 2023, pp. 202.

Anche gli imputati dovrebbero indossare la toga. [...] Un imputato vestito come i giudici e gli avvocati forse imporrà rispetto agli uni e agli altri che non gli prestano attenzione o gliene prestano quel tanto che è necessario per rafforzare l’opinione che già ne hanno

(DANTE TROISI, *Diario di un giudice*)

§ 1. – Premessa: i due piani de *Il dramma del giudizio*

La prima cosa da chiedersi, al cospetto di un libro, è se valga la pena leggerlo. Di un libro si valutano molti aspetti. Personalmente, ritengo che lo stile sia il biglietto da visita di un autore e della sua opera. Prediligo gli autori che usano al lettore la gentilezza di esprimere le proprie idee con chiarezza e in modo diretto, non affogandole in mezzo a quelle di altri autori o offuscandole attraverso uno stile confuso o inutilmente ampolloso. Ha proprio ragione Karl Popper quando scrive: «La ricerca della verità è possibile soltanto se parliamo chiaramente e semplicemente ed evitiamo tecnicismi e complicazioni non necessari. Dal mio punto di vista, mirare

* Università degli Studi di Palermo.

alla semplicità e alla chiarezza è un dovere morale degli intellettuali: la mancanza di chiarezza è un peccato e la pretenziosità è un delitto»¹.

Herbert Hart, nella prefazione de *Il concetto di diritto* precisa che il suo non è un libro su quello che hanno pensato altri autori ma su ciò che pensa lui². E dovrebbe essere così sempre (con l'ovvia eccezione delle opere dedicate al pensiero di qualche autore). Ciò non significa trascurare la letteratura pregressa o sottarsi al confronto con il pensiero altrui ma avere l'accortezza di distinguere la voce solista – la voce propria dell'autore – dal coro.

Nel caso specifico della letteratura giuridica è peraltro ancora troppo diffusa l'usanza di ostentare la propria conoscenza di una certa questione o di un certo argomento attraverso l'introduzione nel testo di un apparato ciclopico di note che racchiude tutti i contributi che a tale questione o a tale argomento sono stati dedicati. Nella migliore delle ipotesi, l'effetto è quello di distogliere il lettore dagli elementi di originalità dello scritto che questi sta leggendo in quel momento. Nella peggiore, si tratta di un artificio retorico per coprire l'assoluta mancanza di originalità della ricerca che si offre al lettore. Negli ultimi anni, l'usanza di appesantire di note gli scritti è stata fomentata, in Italia e non solo, da un sistema di valutazione della ricerca che premia la quantità più della qualità e che, significativamente, denomina 'prodotti' quelli che un tempo si chiamavano 'saggi' e 'monografie'. Non è questa la sede per approfondire il discorso, ma si tratta tuttavia di un discorso che non può essere rimandato a lungo.

Lo stile, da solo, ovviamente non basta. Ci vogliono le idee, possibilmente nuove e originali. Una volta chiuso un libro, al lettore deve restare la convinzione di avere speso bene il proprio tempo, di avere capito qualcosa di nuovo, di avere acquisito un nuovo angolo visuale dal quale osservare la realtà.

Il dramma del giudizio di Alessio Lo Giudice è senz'altro un libro che merita di essere letto³. È scorrevole, a tratti avvincente, arricchito da riferimenti letterari, tutti opportuni, mai superficiali o scontati. È inoltre un libro in cui è possibile trovare molte idee interessanti e che, perdipiù, ha l'ambizione di rispondere alla domanda cruciale della filosofia del diritto: che cos'è il diritto?

Prima di entrare nel merito, faccio anch'io un riferimento alla letteratura per trasmettere all'eventuale lettore di questa recensione il ritmo di fondo del saggio di Lo Giudice. Mentre ero intento a leggere *Il dramma del giudizio*, più volte mi sono venute in mente, per associazione di idee, le pagine di *Diario di un giudice* di Dante Troisi⁴. Anche questo è, a suo modo, un libro sul giudizio oltre che sul senso della vita. Anzi, è un libro sul senso della vita indagato attraverso l'espletamento del compito di giu-

¹ K.R. POPPER, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico* (1972), Roma, Armando Editore, 2002, 70.

² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; II ed. 1994), Torino, Einaudi, 2002, XXIV.

³ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, Mimesis, 2023, 202.

⁴ D. TROISI, *Diario di un giudice* (1955), Palermo, Sellerio, 2012.

dicare. Troisi è un giudice consapevole di non potersi rifiutare di giudicare e, al tempo stesso, di non avere alcun titolo per giudicare i suoi simili. Sa di essere altrettanto colpevole delle persone sottoposte al suo giudizio e, nonostante questo, di essere chiamato a condannarle o ad assolverle. Questo il senso delle parole di Francesco Carnelutti che hanno ispirato *Lo Giudice*: «Sulla scena, davanti a me, non c'erano che due uomini: chi giudica e chi è giudicato. Due uomini: questo è il problema. Due fratelli: questa è la soluzione»⁵.

Non c'è nulla di epico o di esaltante nel giudicare. Troisi non conosce il sentimento di rivalse sociale di Selah Lively, il giudice descritto nell'*Antologia di Spoon River* e cantato da Fabrizio De André⁶, né l'arrogante sentimento di superiorità di Onofrio Clerici, protagonista del racconto *Impiccagione di un giudice* di Italo Calvino⁷. Il giudizio è un dramma ineluttabile e, in questo, sta il suo mistero, per dirla con Salvatore Satta⁸. Indagare il giudizio – questa la tesi di fondo di *Lo Giudice* – ci consente di capire cosa sia il diritto e in cosa consista l'esperienza giuridica.

Due sono gli angoli visuale da cui guardare a *Il dramma del giudizio*.

Il primo consiste proprio nell'approfondire l'idea secondo cui il giudizio incarna l'aspetto essenziale del diritto. Questa idea è esplicitata da *Lo Giudice* sin dall'inizio: «Il giudizio [...] come chiave di accesso al diritto. Quale categoria ermeneutica della complessa pratica sociale in cui consiste il diritto»⁹. Più avanti, questa tesi è argomentata a partire da alcune considerazioni di Franco Cordero: «si guardi alle categorie formali d'ogni immaginabile discorso giuridico ovvero alle concrete previsioni che rappresentano il contenuto delle norme, alla prescrizione dei comportamenti od alla statuizione degli effetti, la vita del diritto si risolve in un'inesauribile trama di giudizi, del legislatore, dell'interprete, del subditus, degli organi preposti all'applicazione delle norme»¹⁰. L'idea insomma è che il diritto non sarebbe altro che un insieme di decisioni.

Il secondo angolo visuale consiste nell'approfondimento della dimensione drammatica del giudizio. Il giudizio, come il dramma, è espressione di plurime azioni umane conflittuali. Non solo esso presuppone un conflitto tra esseri umani ma è, in sé, conflittuale. Le parti possono essere in conflitto con il giudice e il giudice con le parti (come ben esemplificato dalla figura di Onofrio Clerici). Il giudice può essere in conflitto anche con sé stesso (è il caso di Dante Troisi). Il dramma del giudizio, nel libro di *Lo Giudice*, viene investigato guardando al giudizio in senso proprio, vale a dire al giudizio emesso dal giudice all'esito di un processo.

⁵ F. CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/1949, 165-174, la citazione è a 174.

⁶ Cfr. A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 30-31.

⁷ *Ivi*, 31-37.

⁸ S. SATTA, *Il mistero del processo* (1949), in IDEM, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994, 5-26.

⁹ A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 9.

¹⁰ Citato *ivi*, 90, a cui si rimanda per il riferimento bibliografico.

Per quanto sia ovvio che i due aspetti del discorso di Lo Giudice siano inestricabilmente – direi concettualmente – legati fra loro, pur tuttavia essi sollecitano riflessioni diverse, in parte distinguibili e nei paragrafi che seguono si guarderà a *Il dramma del giudizio* prevalentemente dal primo angolo visuale.

Il motivo per cui è importante distinguere i due aspetti del discorso di Lo Giudice sta anche nel fatto che, per quanto il conflitto sia *effettivamente* un elemento essenziale dell'esperienza giuridica, è discutibile che sia corretto ricondurre *ogni* aspetto della vita del diritto al conflitto. Vi sono dimensioni del diritto, infatti, che non sono configurabili come azioni umane conflittuali. Mi limito a un esempio.

È indubbio che tra i compiti del diritto vi sia quello di risolvere problemi di coordinazione. Questi ultimi sono un tipo particolare di interazione strategica in cui: a) ciascun agente trae un vantaggio maggiore dalla cooperazione che dalla non cooperazione; b) ciascun agente preferisce alcune azioni se, e solo se, anche gli altri agenti preferiscono quelle azioni; c) vi siano almeno due combinazioni di azioni che gli agenti mettono sullo stesso piano come soluzione del problema di coordinazione (vi siano, in altri termini, almeno due "equilibri di coordinazione")¹¹.

La soluzione di un problema di coordinazione richiede che vi sia qualcosa che spinga tutti gli agenti nella direzione indicata da uno soltanto dei possibili equilibri di coordinazione. In altri termini, quel che serve è qualcosa che attribuisca a uno soltanto dei possibili equilibri di coordinazione la salienza (*salience*) necessaria a essere preferito da tutti gli agenti. Il diritto è un modo – non l'unico – per risolvere anche problemi di questo tipo. Banalmente, molte norme che disciplinano, ad esempio, la circolazione stradale svolgono questo compito. Tuttavia, in questi casi, per definizione, non c'è alcun conflitto.

Considerazioni di questa natura portano Hart e altri autori a svalutare il ruolo della forza e anche del conflitto nella loro rappresentazione del diritto: anche una comunità di angeli – di esseri votati all'altruismo e alla benevolenza verso il prossimo – avrebbe bisogno del diritto e ciò induce una certa cautela nel ricondurre tutto il diritto a un insieme di azioni umane conflittuali. Se le cose stanno così, il giudizio incarna un aspetto importante del diritto ma non l'interessa dell'esperienza giuridica.

§ 2. – *Il diritto come pratica sociale interpretativa*

Il giudizio richiede la presenza di un giudice terzo che dirima la controversia, il conflitto. Questa considerazione ci offre una chiave interpretativa della tesi secondo cui il diritto è essenzialmente giudizio. È infatti

¹¹ Cfr., per tutti, S.J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge (MA) - London, Harvard University Press, 2011, 105-108.

una caratteristica delle teorie del diritto contemporanee mettere al centro della riflessione sul diritto la figura del giudice e la pratica interpretativa.

Le "teorie giuridiche di ieri" identificano il diritto: «[...] con un oggetto d'esperienza isolabile e descrivibile»¹²; quindi, di volta in volta il diritto sarà un insieme di norme, o un insieme di fatti, o un insieme di valori, la cui esistenza prescinde completamente sia dall'intervento dell'interprete sia dagli atteggiamenti di coloro i cui comportamenti il diritto si propone di regolare. Ronald Dworkin sostiene che tutte queste teorie escludono in modo ingiustificato la possibilità di un "disaccordo teoretico" sul diritto: esse, in breve, negano che la domanda "che cos'è il diritto?" possa ammettere una pluralità di risposte, proprio perché il diritto è in qualche modo un oggetto descrivibile in modo neutrale. Le teorie giuridiche di ieri, insomma, sembrano afflitte dall'"assillo semantico", secondo cui sarebbe improduttivo discutere di qualsivoglia argomento, nel nostro caso del diritto, in presenza di un disaccordo teoretico circa l'oggetto di cui si parla. Esse, in conclusione, sono accomunate dalla tesi secondo cui il diritto, visto come un oggetto, è un presupposto necessario dell'attività conoscitiva, piuttosto che l'esito, non definitivo, ma perennemente mutevole, di una pratica interpretativa.

Le teorie del diritto contemporanee sono consapevoli della natura interpretativa del diritto. I concetti interpretativi si caratterizzano per a) essere collegati a pratiche sociali, b) esprimere il valore o i valori intorno al quale o ai quali tali pratiche si sono costituite e c) sopportare «[...] differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari»¹³.

Se si concede che il 'diritto' sia un concetto interpretativo, bisogna ammettere che anche la conoscenza del diritto è (nel senso che non può che essere) interpretativa. Ogni definizione del diritto rappresenta un tentativo - consapevole o inconsapevole - di offrire una ricostruzione della prassi giuridica alla luce dei valori soggiacenti. Optare per una concezione del diritto piuttosto che per un'altra non è senza conseguenze, ma incide profondamente sulla dottrina che, a sua volta, inciderà in modo diretto sulla prassi giuridica.

L'idea che il diritto sia giudizio intercetta la "svolta interpretativa" della filosofia del diritto contemporanea. Per dirla con Lo Giudice: «[...] il giudizio rappresenta una chiave di accesso ad una concezione radicalmente umana del diritto che consente di palesare l'insopprimibile carattere relazionale dell'esperienza giuridica. C'è un nesso, infatti, non sempre evidenziato, tra il giudizio e il riconoscimento dell'alterità. L'aspirazione cui dovrebbe corrispondere la decisione giudiziaria, nel suo tentativo di rispondere alla pretesa di giustizia, consiste nel complessivo riconoscimento di essa e nel riconoscimento delle parti tramite essa. Quindi, non solo nel riconoscimento superficiale del giudizio come accettabile ma,

¹² F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 32.

¹³ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi* (2011), Milano, Feltrinelli, 2013, 187.

più in profondità, nel reciproco riconoscimento dei soggetti coinvolti quali soggetti di diritto il cui punto di vista è stato seriamente preso in considerazione dal giudice e da ciascuna parte»¹⁴.

§ 3. – *L'Oresteia: rovesciando il rapporto tra diritto e morale*

Seguendo un'illustre tradizione, Lo Giudice parte dall'*Oresteia* per riflettere sul giudizio come paradigma del diritto. L'idea cruciale è che il diritto serva ad addomesticare la violenza ma non ad eliminarla dal mondo¹⁵. È vero che le Erinni si trasformano, al termine del processo a Oreste, in Eumenidi; la loro acquisita benevolenza non esclude tuttavia che esse siano legittimate a usare la forza nel caso in cui l'ordine istituito dal diritto venga infranto. Si tratta di una lezione molto importante, non sempre tenuta nel debito conto dalle concezioni contemporanee del diritto. Queste ultime, infatti, tendono a sottovalutare i legami tra diritto, coazione e potere. Le teorie del diritto contemporanee, che considerano il diritto una pratica sociale interpretativa (cfr. § 2), corrono il rischio di sottovalutare la dimensione autoritativa, coattiva e a tratti violenta del diritto e di sopravvalutare il ruolo cooperativo, razionale e ragionevole dell'esperienza giuridica. Questa tendenza è peraltro già presente nel positivismo giuridico di Hart. Come rileva Bruno Celano, «Hart [...] non vede il diritto come strumento di, e sistema di, potere: non vede le varietà del potere [...] con le quali il diritto è, tipicamente [...], intrecciato. [...] Così la teoria del diritto viene rescissa dalla teoria politica, e dall'indagine su altre varietà del potere. Come se il diritto non avesse nulla a che fare con il dominio, il conflitto sociale, il controllo (al di là della coercizione, o anche, in generale, dell'uso della forza) sugli individui»¹⁶.

Credo che il modo in cui Lo Giudice declini il rapporto tra diritto e forza sia corretto. Il diritto non elimina la violenza ma la disciplina, l'addomestica e la depotenzia. Questa è anche l'intuizione di John Locke quando individua proprio nell'esigenza di un giudizio imparziale ciò che sospinge gli esseri umani fuori dallo stato di natura¹⁷. E questo è un punto a favore della riconduzione del diritto al giudizio. Se è vero, come si è detto nel primo paragrafo, che c'è una eccedenza del diritto rispetto al giu-

¹⁴ A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 177-178. Si veda anche il cap. 5 de *Il dramma del giudizio* in cui il giudizio giuridico viene ricondotto al giudizio riflettente kantiano (nell'interpretazione di Hannah Arendt). Un aspetto importante di questa proposta è che l'universale non è mai dato sotto forma di regola ma è l'esito di un processo – mai veramente compiuto sino in fondo – che parte sempre da un caso particolare. Anche l'idea che l'interpretazione del diritto è sempre interpretazione *in concreto* è un tratto saliente delle teorie del diritto contemporanee.

¹⁵ Pagine molto intense sono dedicate da Lo Giudice alla distinzione tra *Bia* (pura violenza ferina) e *Kratos* (forza legittima). Cfr. A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 61-68; M. CACCIARI, *La doppia Dike: lettura dell'"Oresteia"*, in *Dioniso*, n. 4/2004, 5-17.

¹⁶ B. CELANO, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law* (2012), in IDEM, *La teoria del diritto di H.L. A. Hart. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino, 2023, 175-200, la citazione è a 199-200.

¹⁷ N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale* (1963), Torino, Giappichelli, 2017.

dizio, è almeno altrettanto vero che è un errore grave e pericoloso immaginare un diritto senza forza. Porre l'accento sulla "mitezza del diritto", sulla "accettazione volontaria del diritto da parte dei consociati", su "un modello fiduciario di diritto" che valorizzi i rapporti orizzontali tra individui piuttosto che quelli, verticali, tra governanti e governati, se, da un lato, rappresenta un encomiabile tentativo di immaginare un mondo e un diritto migliori rispetto a quelli esistenti, dall'altro corre il rischio di trasfigurare la realtà e di celare la forza che sta dietro al diritto. E la forza nascosta è molto più pericolosa e infida rispetto alla forza manifesta. Bene fa, dunque, Lo Giudice a insistere sui legami tra diritto e forza (sia pure essa *Kratos* e non *Bia*).

L'*Oresteia* offre anche spunti importanti per approfondire da una prospettiva diversa da quella usuale i rapporti tra diritto e morale. La relazione tra diritto e morale è stata a lungo ostaggio della contrapposizione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico. Per il giusnaturalismo c'è un nesso concettuale tra morale e diritto (*lex iniusta non est lex*) mentre per il giuspositivismo no (*auctoritas non veritas facit legem*). In entrambi i casi, tuttavia, si attribuisce una sorta di superiorità assiologica, per dir così, alla morale rispetto al diritto: «la questione è [...] se e a quali condizioni si possa o si debba affermare che il diritto (positivo) "incorpora i", o "rinvia ai", principi della moralità politica»¹⁸. Celano, seguendo in modo originale un'intuizione di Joseph Raz¹⁹, imbecca una strada alternativa: «la questione è [...] se, e in che termini, il diritto positivo sia uno strumento che consente di portare a compimento, rendere completo, intero, il diritto naturale/la moralità politica»²⁰.

Il problema non è dunque quello di valutare qual è lo spazio della morale nel diritto ma, al contrario, di valutare qual è lo spazio che il diritto può avere all'interno dell'ambito della morale. In generale, sembrerebbe che il compito del diritto sia quello di "rendere completa", "rafforzare" la moralità (o, da una prospettiva giusnaturalista, il diritto naturale). Il diritto svolge questo compito in molti modi. Innanzitutto, il diritto consente di concretizzare considerazioni morali di carattere generale. Ad esempio, è il diritto a determinare, in modo dettagliato, quali informazioni i medici debbano comunicare ai pazienti affinché il loro consenso a un trattamento medico possa essere considerato libero e volontario. Inoltre, il diritto attribuisce alla morale una forma pubblica e, in questo modo, facilita la sua applicazione e rende l'affidamento a essa più sicuro. Ancora, il diritto facilita il raggiungimento di obiettivi e condizioni che sono moralmente apprezzabili e, in alcuni casi, consente di raggiungere obiettivi e, più in generale, stati di cose che in sua assenza sarebbe impossibile raggiungere. Ad esempio, il diritto facilita la coordinazione delle azioni, risolgen-

¹⁸ B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, diritto naturale, positivismo giuridico. Seconda edizione, ampliata*, Torino, Giappichelli, 2021, 77.

¹⁹ J. RAZ, *Incorporation by Law*, in *Legal Theory*, n. 10/2004, 1-17.

²⁰ B. CELANO, *op. et loc. supra cit.*

do problemi di interazione strategica di varia natura (cfr. § 1). Infine, se la moralità non è soltanto indeterminata ma è anche “infarcita di conflitti” e di “vaste aree di incommensurabilità”, allora il diritto può svolgere un ruolo di primo piano nello sciogliere i conflitti e nell’aggirare le incommensurabilità.

In che modo il diritto persegue quest’ultimo obiettivo? L’idea di Celano è che il diritto positivo *tende* a trasformare ogni questione sostanziale in questione procedurale. Di fronte a una situazione complessa, rispetto alla quale è probabile che non esista un’unica soluzione corretta, il diritto positivo stabilisce chi ha la competenza di dirimerla e attraverso quale procedura e, in questo modo, dissolve o addomestica il conflitto. Celano individua proprio nell’*Oresteia* di Eschilo un caso paradigmatico, quasi un archetipo, del ruolo che il diritto svolge nei confronti della moralità. Come si supera il dilemma morale che contrappone le Furie a Oreste e ad Apollo? Atena propone di affidarsi a una procedura in cui, dopo che le parti in causa hanno esposto le proprie ragioni, i componenti del collegio giudicante votano a favore dell’una o dell’altra parte. Qualora i voti risulteranno in numero pari – cosa che, di fatto, avviene, anche con il contributo del voto di Atena – Oreste sarà comunque assolto. Dopo il verdetto, le Erinni esprimono tutta la loro malevolenza ma, in seguito, si lasciano “persuadere” da Atena, accolgono il verdetto e diventano Eumenidi. E questo grazie al diritto positivo.

Celano non è tipo da conclusioni consolatorie e rassicuranti e non si nasconde le difficoltà. Che sono almeno due. La prima, che egli denomina “paradosso della nomodinamica” è che il diritto positivo *tende* a trasformare ogni problema sostanziale in procedurale ma non ci riesce mai del tutto. Il gioco del diritto non è il gioco della discrezionalità dell’arbitro e sarà sempre possibile criticare una decisione, anche definitiva, perché contraria al diritto sostanziale. La seconda è che il modo in cui il diritto risolverebbe il conflitto morale potrebbe essere, in realtà, un gioco di prestigio (come sostiene il filone giusrealista del positivismo giuridico). Celano lascia aperto questo problema: «C’è, e se si quale può mai essere, l’ingrediente X in grado di trasformare una decisione assunta attraverso questo metodo palesemente imperfetto in qualcosa che può valere come una “soluzione” della difficoltà? [...] Non lo so. Ma questo è, mi pareva, un interrogativo degno di essere posto»²¹.

Questa linea interpretativa non è centrale ne *Il dramma del giudizio* ma è molto feconda per chiunque voglia sostenere che l’essenza del diritto è espressa dal giudizio. Come riconosce anche Celano, si tratta senz’altro di una strada accidentata e non priva di ombre.

Qui forse sta il mistero del diritto, al cospetto del quale, a un certo punto, non resta che rassegnarsi, come è costretto a fare, per il sopraggiungere della morte, l’uomo di campagna che chiede di entrare nella legge²².

²¹ B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., 392-393.

²² F. KAFKA, *Davanti alla legge* (1914), in IDEM, *Tutti i racconti*, Milano, Mondadori, 1970, 224-225.

§ 4. – Diritto e oggettività: the middle way

Il tempo presente è «un tempo vissuto in balia di opposte rappresentazioni»²³. Da un lato, c'è l'aspirazione all'oggettività del diritto riposta nelle potenzialità dell'intelligenza artificiale. Dall'altro, troviamo la convinzione che il diritto sia esperienza e sia dunque in balia della discrezionalità e dell'arbitrio dei soggetti in campo. Una prospettiva di questo secondo genere è espressa ad esempio da Franz Kafka nel racconto *La questione delle leggi*. Kafka immagina un popolo governato da un gruppo di nobili attraverso leggi note soltanto a loro. In questo racconto si adombra la possibilità che le leggi non siano soltanto sconosciute al popolo ma addirittura che esse non esistano o, se esistono, coincidono con le decisioni arbitrarie della nobiltà (“legge è ciò che fa la nobiltà”)²⁴.

Sogno (sempre che un diritto amministrato dalle macchine possa considerarsi tale!) e incubo che si fronteggiano. L'auspicio è che sia possibile trovare una via di mezzo tra gli estremi. Scrive Lo Giudice: «Tra i due modelli [...] v'è però spazio per una concezione radicalmente umana del diritto che si distingue nettamente tanto dall'ideale dell'oggettività quanto dalla presunta inevitabilità del soggettivismo esasperato»²⁵.

L'idea di una via intermedia tra oggettivismo e soggettivismo si scontra però con alcune difficoltà, la principale delle quali è il pluralismo (che, per il costituzionalismo contemporaneo, non è solo un fatto ma anche un valore).

In una comunità interpretativa prevale chi produce l'argomento migliore. In un agone interpretativo-argomentativo, l'unica coazione ammissibile è la coercizione senza coercizione delle buone ragioni²⁶. Una 'ragione' o, meglio, una 'buona ragione', è ciò che permette di affermare che una credenza, un comportamento, un'azione e così via sono giustificati²⁷. Una giustificazione consente di stabilire cosa bisogna credere o come bisogna comportarsi. In altre parole, una giustificazione è un processo argomentativo il cui esito è l'individuazione di una credenza vera e/o accettabile o di una azione corretta e/o giusta. Il termine 'ragione' è tuttavia ambiguo, in quanto ammette almeno un altro significato correlato al primo. Nella sua seconda accezione, 'ragione' è sinonimo di 'motivo' e di 'spiegazione'. In questo caso, le ragioni spiegano perché qualcuno crede

²³ A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 15.

²⁴ F. KAFKA, *La questione delle leggi* (1920), in IDEM, *Tutti i racconti*, cit., 403-405. La possibilità adombrata da Kafka può essere ricondotta al giusrealismo radicale. Cfr. F. POGGI, *La questione delle leggi. Brevi osservazioni a margine di un racconto di Franz Kafka*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2008, 57-65.

²⁵ A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 16.

²⁶ Cfr. B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 9/2009, 229-255.

²⁷ Sulle ragioni intese come un primitivo che può essere sostituito dall'espressione 'ciò che conta in favore di...', cfr. T.M. SCANLON, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Massachusetts and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, 17 ss. e D. PARFIT, *On What Matters. Volume One*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 31 ss.

qualcosa o ha realizzato un determinato comportamento, ma non sono in grado di giustificare né le credenze né i comportamenti.

I due significati di ragione sono tuttavia chiaramente distinguibili solo in apparenza. Ciò che fa sì che la distinzione in questione sia graduale e non netta è la difficoltà di determinare in modo univoco quale sia una buona ragione, una ragione giustificativa, in relazione a una credenza o a una azione. La distinzione *giustificazione/spiegazione* può essere compresa a partire da quella tra *punto di vista interno/punto di vista esterno*. Una ragione è una giustificazione per coloro che la accettano come una buona ragione, una ragione valida, per credere o per fare qualcosa. Una ragione giustifica, dunque, credenze e comportamenti per coloro che adottano, rispetto a essa, una prospettiva interna. Ciò contribuisce a spiegare perché chi tratta il diritto come una ragione per l'azione non possa prescindere da una analisi della prospettiva del partecipante.

A fondamento di una ragione troviamo gli *endoxa*, vale a dire le nostre intuizioni e i nostri giudizi ponderati. Il problema è che «in una società pluralista – diciamo: in una società caratterizzata dal fatto che individui e gruppi diversi abbracciano ideologie, visioni del mondo, concezioni del bene e del giusto diverse ma ragionevoli – un simile fondo di *endoxa* condivisi, relativamente a molte questioni aspramente dibattute, non c'è. [...] Dunque, pare si possa concludere, in una società pluralista, relativamente a molte questioni controverse, non è possibile argomentazione: non ci sono ragioni comuni. E, a maggior ragione, se intendiamo le ragioni “vere e proprie” come considerazioni che riuscirebbero persuasive di fronte a un uditorio universale, e assumiamo che il fatto del pluralismo ragionevole non sia un che di contingente, ma un tratto strutturale di una società libera, su molte questioni di importanza cruciale non sarà possibile, in una società pluralista, argomentazione “genuina”»²⁸.

A questa obiezione si potrebbe replicare che nel diritto contemporaneo esistono degli *endoxa* condivisi: i diritti umani. Questa è la strada percorsa da Lo Giudice ma si tratta di una strada non priva di insidie.

§ 5. – *Il salvagente dei diritti umani*

L'aspirazione a sfuggire all'alternativa tra oggettivismo e soggettivismo e il desiderio di riempire di contenuto l'aspirazione alla giustizia con naturata al giudizio e al diritto spingono dunque Lo Giudice a guardare con fiducia verso i diritti umani: «La pretesa di giustizia [...] negli ordinamenti che si sono consolidati, soprattutto in Occidente, dopo la fine della Seconda guerra mondiale, è saldamente ancorata ai testi costituzionali. La Costituzione è l'espressione normativa di una aspirazione dinamica e condivisa alla giustizia nell'ambito di una comunità e di una cultura etico-

²⁸ B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, cit., 249-250.

sociale specifica»²⁹. E ancora: «Nel caso del giudizio giuridico, del resto, l'idea di giustizia incarnata nella Costituzione consente una guida e un controllo rilevanti per gestire il salto del giudizio»³⁰.

Come si evince anche dai passi citati da *Il dramma del giudizio*, un aspetto cruciale dell'età dei diritti è la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità³¹. Un presupposto della fiducia che caratterizza l'età dei diritti è l'idea che una volta che i diritti umani sono stati riconosciuti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere era trovare un accordo universale su quali diritti dovessero essere riconosciuti. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

La centralità dell'accordo universale sui diritti umani è testimoniata anche dal fatto che la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea evita consapevolmente di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani. Il timore è che la ricerca di una fondazione filosofica per i diritti umani potrebbe condurre a divisioni radicali e, dunque, potrebbe inficiare l'accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti.

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio. Vari argomenti possono essere addotti a sostegno di questa conclusione. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito ad elencare alcuni tra gli argomenti che considero preminenti.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato in quanto vago e generico; di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Decidere di attribuire a una disposizione che esprime un diritto un significato piuttosto che un altro richiede che ci si impegni in un'attività di tipo argomentativo-giustificativa che difficilmente può eludere la questione filosofica del fondamento.

In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Qual è il corretto temperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile. La proliferazione dei diritti contribuisce anche ad esplicitare quella che, seguendo l'analisi recente di Gustavo Zagrebelsky, potremmo chiamare l'ambivalenza dei diritti³². I diritti, mettendo al centro l'individuo e

²⁹ A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 18.

³⁰ *Ivi*, 166.

³¹ Per una analisi approfondita degli argomenti trattati in questo paragrafo mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016.

³² G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 93-97.

la sua superiorità assiologica rispetto al potere, sono strumenti di cambiamento della società. Il potere, al contrario, gradisce lo *status quo*. Rivendicare un diritto significa dunque proporre un cambiamento sociale (si pensi ad esempio a Rosa Parks). L'ambivalenza dei diritti dipende proprio dal tipo di cambiamento che, attraverso di essi, si vuole produrre. Se vengono branditi dagli oppressi, i diritti saranno strumenti di emancipazione e di giustizia; al contrario, se sono rivendicati dagli oppressori si risolvono in pretesti della prepotenza e contribuiranno ad acuire la diseguaglianza sociale. La connotazione emotiva favorevole correlata al linguaggio dei diritti³³ ci fa illudere che essi non possano che essere strumenti di emancipazione; questa è, tuttavia, solo un'illusione e questo primo ventennio del terzo millennio non perde occasioni per rammentarcelo.

In terzo luogo, un altro aspetto al quale non sempre si tributa l'attenzione che merita è che tutelare i diritti – tutti i diritti, sia quelli di libertà sia quelli sociali – costa³⁴. Dworkin sostiene che i diritti siano carte vincenti nelle mani dei cittadini i quali possono servirsene anche contro il benessere collettivo, lo stato e il governo. Questo è vero solo molto parzialmente. L'esercizio di ogni diritto da parte dei cittadini presuppone che lo stato abbia previsto delle politiche di spesa che garantiscano la loro tutela. Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate. La giustificazione di scelte politiche inerenti alla tutela dei diritti (o, meglio, alla tutela di un diritto a discapito di un altro) è, almeno in una certa misura, interna al "linguaggio dei diritti" e, dunque, presuppone un'attività interpretativa volta alla determinazione del contenuto dei diritti, una qualche forma di bilanciamento o temperamento e così via.

In quarto luogo, una questione collegata indirettamente al problema del fondamento filosofico dei diritti riguarda la complessa relazione tra diritti e democrazia. Innanzitutto va presa sul serio la tesi, sostenuta da una minoranza combattiva, che il proliferare delle carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici (ovviamente intendendo 'democrazia' come 'democrazia procedurale' e non come 'democrazia dialogica o deliberativa') perché riducono, al limite anche fino a farlo scomparire, l'ambito delle materie oggetto di una scelta discrezionale da parte della maggioranza. Se a ciò si aggiunge che il disaccordo etico sui diritti è strutturale (così come, più in generale, il disaccordo sulla giustizia, sulla politica e sul diritto)³⁵, allora la convinzione che i diritti delimitino un ambito sottratto alla decisione si presenta come una finzione (pericolosa) nella misura

³³ F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion pratica*, n. 31/2008, 365-373.

³⁴ Cfr. S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, il Mulino, 2000.

³⁵ Cfr. J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), Milano, Giuffrè, 2001; IDEM, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

in cui decisioni prese a maggioranza (o da una "aristocrazia" giurisdizionale) vengono "travestite" da mero riconoscimento di diritti preesistenti.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esista un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo (cfr. § 4). Il pluralismo evoca l'idea di 'incommensurabilità'. Il fatto che vi siano opinioni divergenti sul bene, di per sé, non produce incomunicabilità né, *a fortiori*, un'incomunicabilità assoluta. In molti casi, le diverse posizioni sono tra loro comparabili - ad esempio, sulla base di un linguaggio comune, come potrebbe essere proprio il linguaggio dei diritti - e, talvolta, l'esito di questa comparazione consente di stabilire che una tra le due posizioni è corretta, mentre l'altra è scorretta (ad esempio, perché si tratta di una posizione incoerente o fondata su presupposti di fatto falsi). Tuttavia, una società genuinamente pluralista è, direi concettualmente, una società in cui si danno istanze di divergenze genuine, divergenze cioè non componibili razionalmente. Per dirla con Amy Gutmann, il pluralismo implica che, «[...] su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle considerazioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l'esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti»³⁶.

In conclusione, il linguaggio dei diritti è *la lingua franca* attraverso cui avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre vengano accolte. Parafrasando Jon Elster, si potrebbe considerare l'uso pervasivo del linguaggio dei diritti come un caso emblematico di quella "forza civilizzatrice dell'ipocrisia" che ci porta a travestire i nostri interessi particolari da ragioni universalizzabili. Inoltre, è proprio attraverso il linguaggio dei diritti e il processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici che i giudici e le corti sono stati in grado di espandere il proprio potere politico.

Sarebbe un errore, tuttavia, ritenere che questa conclusione significhi soccombere all'arbitrio. Il riconoscersi parte di una comunità interpretativa, adottare un linguaggio comune, essere disposti ad ascoltare gli altri e riconoscere che, in linea di principio, le idee di tutti meritano di essere prese in considerazione, pur non disconoscendo che il prevalere di un'idea rispetto a un'altra non dipende necessariamente dal fatto che sia migliore, ma anche da una pluralità di altri fattori, tra i quali le abilità retoriche di chi la avanza e, in generale, i rapporti di forza che governano una società, è la migliore opzione a disposizione in un mondo che non è il migliore dei mondi possibili. Questa è la lezione dell'*Oresteia* e il senso profondo dell'idea che il diritto sia essenzialmente giudizio.

³⁶ A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, n. 3/1993, 3-40, la citazione è a 25-26.

Abstract

Alessio Lo Giudice's *Il dramma del giudizio* is certainly a book worth reading. It is fluent, at times compelling, and enriched by literary references. There are two visual angles from which to look at this book. The first is to explore the idea that judgment embodies the essential aspect of law. The second angle of view consists in deepening the dramatic dimension of judgment. Judgment, like drama, is an expression of conflicting human actions. Not only does it presuppose a conflict between human beings, but it is conflictual.

Editoriale

Aljs Vignudelli, *Diario di bordo.
Scarrocciando alla cieca nei turbini del post diritto*

Saggi

ANTONIO BALDASSARRE, *La crisi attuale della "scienza" del diritto pubblico e costituzionale*
MICHELANGELO BOVERO, *Ancora Antigone. Tra libertà e legge*
AGOSTINO CARRINO, *Joseph de Maistre e la scienza delle costituzioni*
OMAR CHESSA, *La causa esterna delle costituzioni*
LUIGI FERRAJOLI, *In difesa del positivismo giuridico*
GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Lotta di classe e/o lotta tra nazioni/popoli?*

Materiali

AGOSTINO CARRINO, *Julius Evola e la dottrina dello Stato.
Sulle antinomie dell'individuo assoluto*
JULIUS EVOLA, *Su Schmitt*
UBERTO SCARPELLI, *Modelli di giudice*
FEDERICO PEDRINI, *Colloquio su Cultura, Diritto e Ragione.
Intervista immaginaria al prof. Franco Cordero (A.D. 2023)*

Interventi, Note e Discussioni

SERGIO BARTOLE, *Ungheria e Polonia: la progressiva epifania del diritto europeo
dalla commissione di Venezia alla Corte europea*
ROBERTO BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*
MARIO DOGLIANI, *Il paradosso del diritto penale internazionale*
MASSIMO LUCIANI, *Paolo Grossi, la Costituzione e le due legalità*
FABIO MERUSI, *Divagazioni e profezie su inflazione, base monetaria
e interventi sovrani della Banca Centrale Europea*
GIUSEPPE MORBIDELLI, *Alle radici della teorica di Paolo Grossi: l'aequitas canonica*
FEDERICO SORRENTINO, *Lo Stato compie dieci anni. Tentativo di un bilancio*

Maestri del Novecento

GUIDO ALPA, *Stefano Rodotà: i compiti del giurista nella rifondazione del diritto privato*
NATALINO IRTI, *Multa latent in scriptura. Antinomie nell'ermeneutica bettiana*

Nel cortile del banano

Recensioni

FULVIO CORTESE, *Come si legge la storia del diritto pubblico*
CLAUDIO LUZZATI, *L'eversione silenziosa nel nome del popolo sovrano*
ALDO SCHIAVELLO, *Il mistero del diritto*
LUCA VESPIGNANI, *Bis in idem. Due volumetti di recente pubblicazione
affrontano il tema delle riforme*

Schede bibliografiche