

MARIO JORI

CONCEZIONI DEL DIRITTO VECCHIE E NUOVE.
IL POSITIVISMO GIURIDICO RIVISITATO SULLO SFONDO DEL
NEOCOSTITUZIONALISMO

SOMMARIO: 1. Idee nuove, vecchie e vecchissime: concezioni del diritto. – 2. Una revisione della teoria giuspositivista del riconoscimento del diritto. – 3. Esistenza e inesistenza del diritto. – 4. Concezioni del diritto e concetto di diritto. – 5. Il vecchio e il nuovo. – 6. Conclusione.

1. *Idee nuove, vecchie e vecchissime: concezioni del diritto*

La mia teoria del diritto rimane legata, lo dico subito, al giuspositivismo critico dei Kelsen, Bobbio, Hart e Scarpelli e queste pagine mirano a porsi in continuità con questi autori e in particolare con alcune paginette di Scarpelli intitolate al positivismo giuridico rivisitato¹. La ragione di questo attaccamento è che questa, nel complesso, mi sembra la direzione teorica più promettente per cercare soluzioni ai principali problemi odierni della teoria del diritto. Non sono invece particolarmente ispirato e intrigato da altre direzioni più recenti della teoria generale, che tutte insieme catturano negli ultimi decenni quasi la intera energia dei teorici del diritto; anche se spesso si tratta di attenzione negativa e critica²; intendo in primo luogo la filosofia post-hartiana in adesione e dissenso a Ronald Dworkin nelle sue successive versioni³. E neppure dalle teorie che si autodefiniscono post-positiviste e che qualche volta da noi sul Continente vengono anche

¹ U. Scarpelli, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989) in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi, Torino 2005, pp. 104-113. Vedi anche il saggio di Scarpelli citato infra a nota 66.

² Il proliferare dei lavori critici e negativi, specialmente negli Stati Uniti, può sembrare strano, se non si considera l'effetto accademico dell'*impact factor*. Se si vuole essere considerati in una disciplina, bisogna occuparsi di certi autori, piacciono o non piacciono.

³ Sulle teorie di Ronald Dworkin ho avuto modo di pensare a lungo. La mia esposizione al pensiero di Dworkin credo sia anteriore a quella di quasi ogni altro filosofo del diritto vivente, dal momento che Dworkin mi fu assegnato come *supervisor* a Oxford nel 1971 il primo anno in cui egli vi ricoprì la *Chair of Jurisprudence* e ancora molti lo scambiavano per l'allora più noto Gerald Dworkin. Nell'anno successivo chiesi un altro *supervisor*, Dworkin era risultato troppo auto-centrico per essermi utile in una tesi di teoria del diritto su un argomento che non era lui stesso; ma ugualmente ebbi modo per due anni di seguire le sue lezioni e la sua partecipazione ai seminari avanzati. Incredibilmente brillante in ambedue i casi.

raccolte sotto l'etichetta di neo-costituzionalismo⁴ o teorie dei diritti e messe insieme più o meno felicemente a quelle anglosassoni di cui sopra.

Sotto l'etichetta alla moda di neo-costituzionalismo talora viene collocata ogni teoria recente che critichi il giuspositivismo, spesso senza definirlo. Una parte di questo è nota anche come *rights conception*. Non sempre del tutto coincidente con le precedenti è la concezione che vede con favore che la ricerca giudiziaria del diritto sia poco vincolata o lo diventi e ritiene che il giudice possa raggiungere la *right answer* con l'uso di strumenti più potenti delle norme, in primo luogo i principi. Una versione della teoria del diritto più vincolata ai testi normativi e quindi più vicina al giuspositivismo è quella etichettata nel mondo anglosassone come *constitutional rule of law* a cui si può assimilare da noi la posizione di Luigi Ferrajoli⁵.

Non vorrei comunque apparire, all'eventuale lettore di queste pagine, un Rip VanWinkle della filosofia del diritto che si risveglia dopo un sonno di cinquant'anni. Il fatto è che le tesi del neo-costituzionalismo non mi paiono nel complesso così nuove e secondo me incontrano obiezioni che si trovano benissimo esposte nella letteratura precedente. Questo ovviamente non mi incentiva a dedicarvi i miei migliori sforzi, per ripetere quelle critiche che si possono leggere in forma estremamente convincente, per esempio, nelle opere degli autori che ho appena menzionato. Con questo non voglio dire di non aver trovato niente di utile nella discussione di questo che ormai è il *mainstream* della teoria del diritto re-

⁴ L'espressione neo-costituzionalismo o neocostituzionalismo viene ascritta a Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli 2001. Pozzolo traccia chiare e condizionali distinzioni e ai miei occhi, nel libro, ha anche il merito di prestare debita attenzione alla concezione del giuspositivismo di Scarpelli.

⁵ Luigi Ferrajoli mi sembra di gran lunga il più significativo dei teorici di questa posizione. Egli sostiene che la propria teoria dei diritti è giuspositivista e per questo è indotto a dividere il (neo)-costituzionalismo in costituzionalismo giuspositivista e neopositivismo principialista: egli si riconosce nel primo, mentre ritiene il secondo una forma di giusnaturalismo, da lui non accettabile. Sono per lo più d'accordo con Ferrajoli, ma penso che ci siano alcuni problemi nel suo giuspositivismo: l'eccessivo desiderio di differenziarsi da Kelsen non è sempre coerente con una presentazione ottimale delle sue posizioni; la sua distinzione tra validità e vigore di cui egli fa gran conto è presente (gli è stato osservato) anche nel paleo-giuspositivismo perché ci sono sempre state norme invalide per contenuto; la sua distinzione tra diritti fondamentali e patrimoniali è incoerente e ideologicamente mira a svalutare e indebolire i diritti patrimoniali, come il diritto di proprietà; la sua teoria della democrazia nasconde il costante potenziale conflitto tra democrazia e diritti. Inoltre Ferrajoli sembra ignorare che l'incertezza della interpretazione rende problematico e variabile il rapporto tra testo costituzionale e elenco finale dei diritti dispiegati in tutte le loro garanzie, e che in realtà tra l'uno e gli altri c'è l'esercizio di molteplici poteri irrimediabilmente creativi, politici e giudiziari (il problema sollevato da Antonin Scalia per intenderci). Per un'eccellente sintetica discussione del giuspositivismo di Ferrajoli e problemi relativi, v. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, in L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, 2ª ed. (online).

cente; piuttosto direi che non trovo utile la sua corrente principale⁶. Mi rendo conto che questo mi confina in una sparuta minoranza, visto che la maggior parte dei teorici del diritto, anche giuspositivisti, hanno passato gli ultimi decenni accettando o rigettando le obiezioni di cui sopra. Questo lavoro ovviamente andava fatto e ha dato risultati, ma non si possono solo difendere i confini, bisogna anche coltivare il proprio campicello. Il lavoro di difesa e critica esterna è stato condotto validamente e anche nei dettagli, in Italia per esempio da studiosi della scuola analitica genovese sia per la parte semiotica sia per quella di teoria del diritto e tra loro soprattutto da Mauro Barberis, Riccardo Guastini e Pierluigi Chiassoni⁷. Tra gli altri lavori che mi sono stati più utili devo menzionare anche quello di Giorgio Pino e Aldo Schiavello. Anna Pintore ha fatto alcune osservazioni imprescindibili sulla teoria dei diritti. Recentissimamente Claudio Luzzati ha ripreso i temi della interpretazione in un lavoro di ampie dimensioni⁸. E naturalmente ci sono altri che menzionerò man mano.

La mia insoddisfazione verso la teoria del diritto più recente, verso la sua corrente di maggioranza che si focalizza sul neo-costituzionalismo, è dovuta a quella che mi pare una sfortunata riduzione della sua bibliografia, alla mancanza di attenzione verso i classici della generazione precedente, da Kelsen a Scarpelli, che si traduce in mancanza di attenzione per i grandi risultati raggiunti. Non si tratta di rimanere fermi alle teorie e tesi del passato, ma di non ignorarle, per non doverle reinventare. Un altro aspetto deplorabile della discussione più recente in filosofia del diritto, specie quella anglosassone, è, secondo me, una deplorabile indifferenza per gli aspetti più generali e più filosofici, i problemi fondazionali. I nostri predecessori, specie anglosassoni, li avevano trattati con cautela, ma non li avevano mai ignorati. Non dovrebbe essere necessario ricordare che molte delle divergenze in teoria del diritto, tra filosofi del diritto e giuristi, dipendono in ultima istanza da divergenze filosofiche generali e metafisiche.

⁶ Soprattutto la discussione anglosassone di *jurisprudence* mi è sembrata sempre meno utile col passare degli anni e sempre meno giustificata nell'ignorare interamente quella continentale e latina; mentre negli anni '60 trovavo imprescindibili molti autori anglosassoni e non solo i maggiori, come Hart, Raz, MacCormick o Finnis (ricordo la sorpresa di un autore australiano quando scopri che in Italia lo conoscevamo benissimo), oggi dopo il passaggio del ciclone dworkiniano trovo fruttuoso riflettere piuttosto su autori dell'area continentale e latina; tra gli autori anglosassoni successivi che mi sono stati più utili mi viene subito in mente Schauer.

⁷ Ci racconta come stanno le cose M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, "Revus", 16. 2011 - *Pravo, morala in vladavina zakona - Law, Morals, and Rule of Law* (online). In alcuni suoi scritti Barberis considera tre principali concezioni del diritto e in altri casi quattro. Molto interessante mi è parso anche il discorso di Barberis sull'evoluzione dei rapporti tra etica e diritto in Id., *Metaetica del costituzionalismo*, "Diritto e questioni pubbliche", 2012. Secondo Barberis nel mondo contemporaneo delle società pluralistiche il diritto è il terreno in cui sono affrontate le questioni della morale non privata, una vera novità storica.

⁸ C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli Torino 2016.

A partire dalla più filosofica di tutte, la nozione di esistenza, perché molto dipende dal senso in cui si intende che il diritto esista. Si tratta certamente di una questione metafisica, nientedimeno. Il giurista potrà rabbrivire, ma si rifletta. Nessun giurista, anche il più “pratico” può fare a meno di un criterio di descrizione del diritto: per sapere quale descrizione sia vera e quale falsa, cosa conta come descrizione vera o falsa del diritto, occorre un criterio di esistenza del diritto. Non è e non è mai stata una questione facile, perché il diritto, qualunque cosa sia, non è un oggetto materiale. Questo rende problematico, filosoficamente problematico anche praticare l’empirismo in diritto, descrivere il diritto come fatto, se con empirismo intendiamo l’approccio delle scienze empiriche moderne. Su questo tornerò, cercando di abbreviare la necessaria analisi metafisica e facendo abbondante uso di metafore; queste dovrebbero servire a contrastare le frequenti altre metafore (come: fonti, creazione, estinzione, produzione del diritto) che troppo spesso sostituiscono la riflessione in materia nella teoria del diritto.

Dobbiamo essere sempre cauti con ciò che nella storia della filosofia si presenta come radicalmente nuovo, come pure con ciò che si presenta come un ritorno integrale all’antico. Lo studio della storia mostra che c’è sempre del vecchio nel nuovo e del nuovo nel vecchio. Questo vale pure in storia della filosofia e nella storia del pensiero. Dovremmo comunque guardare con una certa diffidenza ai giudizi troppo netti che valutano come tutto progresso o regresso fenomeni complessi come il diritto. In questo spirito di elementare cautela storica, e con un pizzico di malignità, noto che il neo-costituzionalismo ha almeno una importante fattezza in comune con il positivismo giuridico e non intendo il giuspositivismo critico o metodologico degli autori menzionati sopra, ovvero quello noto come giuspositivismo inclusivo, che cerca di accomodare diritto e principi, ma proprio con il positivismo giuridico eroico delle origini, della scuola della esegesi. Proprio quel giuspositivismo che nessuno più difende apertamente e che i neocostituzionalisti scelgono spesso come bersaglio delle loro critiche.

Le teorie neo-costituzionaliste sottolineano e valutano positivamente l’aspetto dei diritti del diritto contemporaneo dell’occidente di oggi⁹, con tanta adesione e partecipazione che si esita a chiamare (loro stessi esitano a chiamare) questa corrispondenza un mero rapporto descrittivo. Le fattezze del diritto così sponsorizzate sono fattezze tanto nuove che in parte sono proclamate nei principi ma non

⁹ Le costituzioni rigide e le dichiarazioni vincolanti dei diritti sono un fenomeno della storia contemporanea, la prima è stata introdotta alla fine del Settecento con la Rivoluzione americana e la creazione degli Stati Uniti d’America e indubbiamente una delle principali ragioni del loro successo nel mondo intero è la vittoria di quel paese sia nella Seconda Guerra Mondiale sia nella successiva Guerra Fredda. Insieme alla loro potenza industriale, questo ha contribuito a renderli, al momento, il paese più potente e influente nel mondo. Sul costituzionalismo come fenomeno moderno v. M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 149 ss.

ancora realizzate. L'aspetto incompiuto rafforza la funzione propositiva della impresa teorica. Non intendo sostenere che ci sia qualcosa di eticamente sconsigliabile in questa adesione, non dal punto di vista della mia etica perlomeno, ma si tratta pur sempre di un rapporto adesivo e partecipatorio ad aspetti e istituzioni della vita giuridica e del diritto positivo del momento. Anche l'aspetto propositivo e critico del neo-costituzionalismo si muove all'interno dei valori e dei principi incorporati nel diritto vigente¹⁰. Ripeto che non c'è censura etica in questa mia osservazione, in primo luogo perché i diritti mi piacciono, come posso confessare tranquillamente. Invece la concezione del diritto come teoria dei diritti mi sembra un pasticcio, neppure particolarmente favorevole all'implementazione dei diritti.

Come dirò, ritengo che ogni concezione del diritto alla fin fine abbia una natura partecipatoria e vada giudicata come tale, come ausilio alla pratica giuridica e su questo molti neo-costituzionalisti sono pure d'accordo. Bisogna però accettare tutte le conseguenze di questa ammissione.

La pratica giuridica è primariamente prescrittiva e decisionale, consiste nel fornire soluzioni a questioni d'azione, mediante norme generali che dicono, ovviamente, cosa si deve fare. Specialmente nel campo della applicazione della coazione ai singoli, che oggi avviene principalmente tramite il processo nelle sue forme giudiziarie. È *primariamente* una attività decisionale, il che significa che se non fosse praticata in tal modo non ci sarebbe. È ovvio che il tutto può essere descritto e studiato, *secondariamente* o dall'esterno con i metodi empirici della sociologia e della storia. Qui sta il nucleo di buon senso della teoria della *right answer*. La pratica giuridica è fatta per produrre soluzioni uniche per i casi concreti.

I giuristi hanno dunque bisogno di raggiungere tale risposta unica perché è parte del loro mestiere. La difficoltà è, ed è sempre stata, come giungere a questo risultato intersoggettivamente o obbiettivamente e non arbitrariamente. Una descrizione del diritto che manifesti indifferenza al problema della risposta unica appartiene ad altra disciplina. Una simile risposta distaccata è invece fisiologica nello storico e nel sociologo, ai quali è connaturato invece il distacco dalle esigenze di soluzioni giudiziarie. Sociologo e storico ci devono mostrare come vanno le cose, incluse le diverse opinioni che su di esse hanno i partecipanti, le diverse soluzioni che emergono, non devono scegliere tra di esse. Per usare una metafora è la differenza tra lo studio delle correnti marine (che vanno dove vanno) e lo studio e la pratica dello scavo di canali per la navigazione o l'energia idroelettrica. Il primo è il lavoro compiuto da Niklas Luhmann e il secondo dal giurista.

È stato rimproverato al giuspositivismo di comportare adesione e sostegno anche a diritti con caratteristiche eticamente censurabili. Nel secondo dopoguerra il

¹⁰ Come mette in luce con energia Luigi Ferrajoli a proposito della politica del diritto, v. per esempio, L. Ferrajoli, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, cit.

giuspositivismo in specie è stato accusato di aver ammesso (o richiesto?) l'obbedienza all'orrendo stato nazista¹¹. Il caso del nazismo è certo così mostruoso da rendere difficile ogni distinzione nella condanna. Ma distinguere dobbiamo, perché a dire il vero il giuspositivismo (critico) dice solo che quello nazista era diritto, non che si potesse e ancor meno che si dovesse obbedirlo. Il giuspositivismo pratica la tesi della separazione tra diritto e morale, che implica che il diritto può essere considerato moralmente condannabile. Ciò che rende un diritto esecrabile, come dice lo stesso Radbruch, è il suo contenuto esecrabile e sarà esecrabile specificamente in quanto diritto; per cui non c'è svantaggio etico o intellettuale ad ammettere per simili norme esecrabili la qualifica giuridica. Peraltro il nazismo non è mai stato legalistico e tanto meno codicistico, se non nei momenti in cui gli faceva comodo, ed ha operato spesso scardinando, violando o aggirando le norme di legge del diritto tedesco.

Ma se le cose stanno così, non si dovrebbe rimproverare al giuspositivismo legalistico o codicistico altro che quello di essere stato ai propri tempi esattamente come il neo-costituzionalismo è oggi, sostenitore del diritto nuovo del proprio tempo, delle novità del diritto del proprio tempo, di essere stato conquistato dal cambiamento (giuridico) e di averlo valutato progresso. I contenuti sono diversi ma l'atteggiamento di fondo è lo stesso. Non si può neppure rimproverare alle concezioni che allora glorificavano la codificazione di essersi ingannate, perché la novità era davvero grande, come del resto probabilmente sta avvenendo (per quel che posso vedere) per le costituzioni e i diritti di oggi.

Quanto ho detto può forse spiegare perché molti critici riluttano a collocare il neo-costituzionalismo dentro il giusnaturalismo, la teoria e descrizione del diritto basata sulla nozione di resistenza al diritto positivo ingiusto in nome di un diritto ideale o naturale, alla Radbruch per intenderci¹². Secondo quanto ho detto, il neo-costituzionalismo come concezione del diritto non appartiene al movimento

¹¹ Ovviamente sorge a questo punto il problema di cosa sia censurabile e ci sono in materia molte e vivaci divergenze. È in altre parole il campo delle divergenze etico-politiche. Ragionevolmente, Radbruch ritiene che si debba operare un bilanciamento tra certezza e giustizia e vada respinta solo una legge che abbia caratteristiche del tutto inaccettabili, secondo una equazione nota come formula di Radbruch. Il critico della soluzione di Radbruch è però costretto a notare che tale formula contiene elementi inguaribilmente vaghi e soggettivi; per l'opinione opposta v. R. Alexy, *A Defense of Radbruch's Formula*, in D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Hart Publishing, Oxford 1999, p. 15 ss.

¹² Altri critici del neo-costituzionalismo lo considerano invece una ennesima rinascita del diritto naturale. Per esempio si consideri il titolo e gli interventi (ottimi) della seduta del 6 novembre 2009 del Seminario Internazionale «Norberto Bobbio», tenutasi presso l'Università degli Studi di Torino sul tema *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?*, con interventi di Mario Dogliani, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Pedro Salazar. Sono lieto di citare per la prima volta qualcosa con l'indicazione della sua registrazione (parziale) su YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=po-6lqKAHHI>.

del diritto naturale, ma è di quelle concezioni del diritto che aderiscono al diritto positivo del proprio tempo, lo approvano e lo sostengono, con speciale riferimento alle novità del tempo, che vengono specificamente approvate, talora con l'artificio retorico di esagerare la totale novità.

Tutti si rendono conto che una cosa nuova non è necessariamente buona, ma poi molti si dimenticano di questa elementare distinzione. È accaduto che le principali concezioni del diritto degli ultimi secoli si siano presentate ciascuna come paladina e interprete di una importante innovazione del diritto positivo del proprio tempo e paese e *quindi* buona. Tutte le principali innovazioni del diritto moderno, dalla legislazione monarchica accentrata, al sistema dei concetti, ai codici, alle costituzioni e dichiarazioni di diritti si trovano di volta in volta illuminate in una luce favorevole, messe al centro dell'attenzione benevola ciascuna di una concezione del diritto del proprio tempo¹³. Ci sono ragioni per sospettare che il supporto indiretto o formale prestato al proprio diritto positivo faciliti il successo di una concezione del diritto, la sua rilevanza nel mondo giuridico. Non si tratta di una adesione ai contenuti del singolo diritto positivo, ma della valorizzazione di alcuni suoi aspetti generali. Per esempio eternizzando alcuni aspetti del diritto del proprio tempo, dipingendo gli aspetti negativi come distorsioni e insufficiente applicazione del modello.

Molti oggi sostengono che le concezioni o teorie del diritto non sono scienza, ma la parte teorica e riflessiva di ausilio della pratica giuridica¹⁴. È tanto più cu-

¹³ Che vengono spesso ridotte a tre principali *flavours*, o varianti, giuspositivismo, giusrealismo e giusnaturalismo. Nella sostanza è quella in U. Scarpelli, *Il metodo giuridico* (1971), in *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 192. È necessariamente sommaria e oblitera le infinite differenze e sfumature tra i teorici e le versioni, inevitabili visto che le concezioni del diritto sono costellazioni di fattezze diverse. Mauro Barberis (M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit.) oscilla tra la considerazione del neo-costituzionalismo come una concezione autonoma o come una variante. Nel primo caso le principali concezioni del diritto diventerebbero quattro. La discussione infuria se il neo-costituzionalismo sia o meno una forma di giusnaturalismo; inoltre di fronte all'assalto del neo-costituzionalismo c'è chi considera il giusrealismo come una forma di giuspositivismo.

¹⁴ È la posizione di fondo del giuspositivismo politico di Uberto Scarpelli, che condivido, sul quale più sotto, dopo aver cercato di mostrare perché questo sia il caso. Questa tesi è comunque ben presente nella discussione odierna, in genere ignorando Scarpelli. Si veda per intanto L. Ferrajoli, che indica il problema fin dal titolo in L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013. Per una chiara disanima si veda Pierluigi Chiassoni: P. Chiassoni, *I postulati del modello garantista*, "Diritto e questioni pubbliche", 2014. Chiassoni inizia esaminando il "Modello teorico e progetto politico del costituzionalismo garantista: come intenderli?". Così forte è peraltro l'adesione di Ferrajoli al diritto dei diritti (il diritto dei deboli come egli lo chiama) che spesso nei suoi testi la separazione tra descrizione e adesione si smarrisce. Questa critica è mossa a Ferrajoli da più parti, per esempio nella discussione citata sopra: J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit. Su questo punto anch'io molti anni fa, in M. Jori, *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli 1992. Secondo me le conclusioni di quell'articolo rimangono valide.

rioso che molti esponenti del neo-costituzionalismo o post-positivismo considerino come il principale difetto del giuspositivismo proprio il suo sostegno ideale al diritto positivo del proprio tempo; visto che essi fanno lo stesso, beninteso verso aspetti del diritto un po' diversi in tempi diversi. Ma anche il *Code civil* nel primo Ottocento era una importante novità giuridica.

Questo del resto è accaduto, dicevo, non solo per il proto-giuspositivismo della scuola dell'Esegesi ma di continuo nella storia della cultura giuridica: per l'Imperativismo austiniiano, favorevole il primo alla codificazione in Francia e il secondo alla *Statutory Law* riformista nel Regno Unito vittoriano; è accaduto alla scuola storica, favorevole, guarda caso, alla sistematica elaborata dal diritto dottrinale basato sulla interpretazione del *Corpus Iuris*, nella Germania precodicistica; alla concezione del Diritto libero, favorevole alla rinnovata rilevanza della consuetudine in un momento di diritto codicistico invecchiato. Con queste osservazioni sto cercando di spiegare l'entusiasmo e la rapidità con cui una parte considerevole della teoria del diritto ha accantonato, armi e bagagli, le teorie, gli argomenti e i problemi dei miei maestri. Nel giuspositivismo critico dei Kelsen, Bobbio e Hart e anche nel giuspositivismo politico o normativo di Scarpelli, nel giusrealismo altrettanto critico di Alf Ross, si trovano delle concezioni del diritto certamente meno inclini alla recezione ammirata della attualità giuridica, con qualche elemento di scetticismo verso gli argomenti che provano la necessità razionale delle fattezze salienti del diritto del momento. Nelle versioni del giuspositivismo critico da Kelsen a Hart si sottolineano le alternative, le scelte e discrezionalità degli operatori giuridici; le responsabilità a carico di chi prende parte alla pratica giuridica, delle diverse componenti delle istituzioni, non solo di chi produce le norme ma anche di chi le applica. Si cerca insomma di guardare con distacco a un fenomeno come il diritto positivo, che già dispone di abbastanza poteri, abbastanza persuasione e abbastanza sostenitori. Nel caso di Scarpelli, come vedremo, si toglie la giurisprudenza descrittiva dall'ambito della scienza e la si pone alla insegna di una scomodissima responsabilità etica, all'insegna della libertà come responsabilità personale ultima di chi compie le scelte, anche scelte descrittive.

Il presente comunque è dei diritti, è chiaro. Da parte mia, non ho bisogno di fare nessuno sforzo per guardare con simpatia ai diritti; un po' più di sforzo mi serve per accettare una teoria solo perché avvalora i diritti. Mi viene in mente Jean-Joseph Bugne, sua sarebbe la frase: "Io non conosco il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone", ma pare non l'abbia mai pronunciata: la sua figura ai miei oc-

chi di giuspositivista critico pare stranamente simile a quelle di Ronald Dworkin o di Gustavo Zagrebelsky¹⁵.

Non vorrei dare l'impressione di abbandonarmi interamente a un malanimo fazioso con la tenue scusa che faziosi sono quelli che critico. Neutralità in questo campo non si trova, ma si possono esporre le scelte su cui la nostra non-neutralità si fonda. Questa è la prima ragione per cui non apprezzo le buone intenzioni e attitudini etiche del neo-costituzionalismo: per insufficiente distacco dal diritto positivo. Ma c'è una seconda ragione: riguarda la natura della attività di applicazione dei diritti e dei principi, delle idee morali che secondo i neocostituzionalisti giocano e devono giocare un ruolo centrale, nel loro bilanciamento, come si dice. Questa operazione comporta, secondo una analisi ovvia per il giuspositivismo critico e la semiotica giuridica, un cospicuo grado di discrezionalità giudiziaria o dottrinale, che il neocostituzionalismo presenta in genere in modo troppo univoco e troppo poco problematico. Il bilanciamento o composizione del diritto è frutto di scelte opinabili che non dovrebbero essere presentate come inevitabili.

A ben vedere, anche sotto questo aspetto del misconoscimento delle incertezze, il neo-costituzionalismo è un ritorno al passato, un glorioso passato invero, si tratti del giuspositivismo eroico (ideologico) delle origini, con il suo formalismo interpretativo, o delle varie scuole e concezioni che lo hanno preceduto o gli sono succedute, per segnare e sostenere i cambiamenti nel diritto europeo. Anche in questo caso, ma non a caso, gli opposti si toccano, si toccano nella teoria della *right answer*, quali che siano gli argomenti con cui ci si arriva e quali che siano i nomi con cui viene chiamata. In queste pagine, dovrò tornare spesso su questa osservazione. L'età dei diritti finisce con l'essere l'età di chi amministra i diritti e decide come si devono intendere, comporre e completare, cioè del potere giudiziario¹⁶.

Lo stesso problema affrontato da un angolo leggermente diverso è sollevato dal rapporto tra la formulazione costituzionale dei diritti e la loro implementazione. I più avvertiti dei neocostituzionalisti, come Ferrajoli, invero non mancano di sottolineare la frequente discrasia, o antinomia, tra la declamazione dei princi-

¹⁵ Questo punto dell'adesione acritica al diritto positivo è rilevato benissimo, per quanto riguarda Zagrebelsky, da M. La Torre (lo stesso si potrebbe dire per la massima parte dei neocostituzionalisti): "Il costituzionalismo e il diritto mite risultano pertanto senza un fondamento capace d'andare al di là, e d'essere più saldo, della contingenza e vigenza costituzionale e positiva d'un dato contesto storico e istituzionale. Abbiamo il diritto «mite» perché così ci è dato in sorte dalla storia in virtù della costituzione dello Stato del nostro tempo e del nostro paese", M. La Torre, «Finché la società sarà questa». *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", a XL, 1, 2010, p. 9.

¹⁶ Ancora La Torre, "A meno che non si voglia sanare il tutto, pluralità, dilemmi e controversie, col ricorso alla discrezionalità di una sorta di giudice-re, che è lui, nella sua infinita saggezza, a dar corpo e voce concreta alla inespressa e inespressiva, e non meglio definita «coscienza» della società", M. La Torre, op. ult. cit., p. 11.

pi e la loro insufficiente implementazione. Ma anche Ferrajoli stranamente sembra dare per scontato che il problema sia “solo” quella della implementazione, che per quanto riguarda la interpretazione ci sia una verità da qualche parte, una risposta corretta da scoprire, sulla corretta implementazione dei principi, che ci fornirebbe un elenco completo dei diritti ben bilanciati tra loro, anche se questo autore non formula questa tesi con la sicumera di un Dworkin o con la affannosa minuzia di un Alexy.

Nelle pagine seguenti non riuscirò ad affrontare a fondo neppure questo tema: ma va comunque menzionato. Su questo punto diventano improvvisamente scomode le molte cose che il post-positivismo dice a favore del diritto vivente e consuetudinario. Dobbiamo forse interpretare le parole vaghe dei testi costituzionali e delle dichiarazioni dei diritti alla luce delle loro implementazioni? E mancate implementazioni? Un simile approccio ovviamente potrebbe costituire un drammatico depotenziamento dei testi costituzionali, assai più radicale che non interpretare *tutte* le norme costituzionali come meramente programmatiche¹⁷. Tuttavia la concisione dei testi costituzionali e l'uso in essi di termini vaghi e essenzialmente contestati¹⁸ fa sì che le costituzioni abbiano un senso normativo nella misura in cui possiamo attribuire alle loro parole un significato almeno relativamente determinato, in modi non interamente soggettivi. Nel compiere questa operazione dobbiamo ricordare quanto è stato detto a critica del formalismo interpretativo della scuola dell'Esegesi, concludendo che non c'è possibilità di esentare i testi costituzionali dai limiti generali del linguaggio. Non possiamo accettare una miracolosa teoria semantica della *right answer* che guarda caso porterebbe esattamente, per diritti e principi, all'interpretazione preferita dall'autore di turno.

Le teorie o metodi argomentativi su come ottenere la risposta corretta (il bilanciamento) sono diversi e incompatibili tra loro non meno di quelli che il giuspositivismo della scuola dell'Esegesi applicava ai codici e che vengono oggi collettivamente criticati sotto il nome di formalismo giuridico. Ebbene, quello praticato sulle carte dei diritti e sulle costituzioni potrebbe esser chiamato il neo-formalismo giuridico.

Dal problema della implementazione e bilanciamento emerge un'altra non piccola omissione ideologica del neo-costituzionalismo, che riguarda il futuro del diritto. Possiamo chiederci quanto possiamo essere fiduciosi delle “magnifiche

¹⁷ Una classica discussione sul tema delle norme programmatiche nella Costituzione italiana si trova in A. Pizzorusso, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in “Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi”, Milano 1952.

¹⁸ Il termine è stato introdotto da W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, “Proceedings of the Aristotelian Society”, Vol.56, (1956), pp. 167-198. Qui uso il concetto come usato da Rawls, Hart e Dworkin.

sorti e progressive”¹⁹, riguardo al rafforzamento o anche alla sopravvivenza dell’età dei diritti, giuridicamente e costituzionalmente riconosciuti. Si tratta in altre parole della domanda: dove va il mondo? Secondo me è una domanda a cui non siamo mai capaci di rispondere e questo vale anche per il diritto, ma in molti neo-costituzionalisti è in qualche modo implicita l’idea che il cammino dei diritti nei diritti positivi sia prevedibile e inarrestabile.

Ora, come accennavo, se guardiamo al mondo e non solo ai paesi occidentali industrializzati, troviamo una realtà in cui l’impero del diritto e dei diritti, per ora, risulta assai più ridotto e precario di quanto appaia in alcune dichiarazioni e carte dei diritti, a parole accettate da (quasi) tutti. L’imperialismo culturale occidentale in questo sembra molto fragile, alle parole sulla carta non segue l’implementazione. Ahimè se guardiamo alle costituzioni materiali²⁰ e non solo ai testi costituzionali, l’impressione di trovarsi dell’era dei diritti si attenua grandemente.

Per tutte le concezioni del diritto basate sui diritti, intravediamo insomma una circolarità evidente: un mondo di incerti e violatissimi diritti viene descritto alla luce di una concezione che trae la sua conferma apparentemente dalla osservazione del mondo stesso. Vi trova conferma perché si considerano solo i dati che incoraggiano la conclusione.

A conclusione di questo paragrafo esplorativo: in queste pagine contrappongo concezioni del diritto potenti e ricche di conclusioni normative a concezioni del diritto di minoranza, ricche soprattutto di dubbi, come è il giuspositivismo critico o metodologico. Se una maggioranza dei teorici aderisce alle teorie potenti e considera i giuspositivisti critici come vecchi arnesi ricchi soprattutto di impedimenti, ecco qui un giuspositivista che vede nel neo-costituzionalismo alcune vecchie e vecchissime illusioni.

2. Una revisione della teoria giuspositivista del riconoscimento del diritto

Prendendo dunque le mosse non dal *mainstream* attuale, ma da Kelsen, Hart (e sul Continente non posso omettere almeno Bobbio e Scarpelli) ma anche da

¹⁹ G. Leopardi, *La ginestra, o fiore del deserto*, XXXIV, *I canti*, Firenze 1831. Online: Leopardi.it.

²⁰ L’espressione deriva da un noto libro di Costantino Mortati (C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940) da me qui intesa come l’insieme istituzionale politico e consuetudinario che accompagna e circonda la creazione e applicazione (o disapplicazione) di un testo costituzionale. Anche in questo caso non si tratta di una questione di mero fatto, ma di fatti qualificati da norme, di applicazione della costituzione. La costituzione materiale è pur sempre composta da norme, con maggiore attenzione a norme consuetudinarie. Per una panoramica sintetica delle fortune del concetto di veda M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, “Historia Constitucional”, n. 12, 2011, <http://www.historiaconstitucional.com>, pp. 21-30.

alcuni avversari del giuspositivismo di allora come Alf Ross e Karl Olivecrona, vorrei ora offrire una revisione di un aspetto del giuspositivismo critico, detto anche metodologico, che lo rende secondo me più adatto a trattare anche le concezioni del diritto come parte del mondo giuridico. Una definizione di giuspositivismo da cui possiamo partire è data da un suo avversario, C. S. Nino, secondo cui “*a legal system in force in a certain society can be identified only by taking into account empirical facts, just as the judicial recognition of its standards, disregarding any consideration about its moral value or justice*”²¹.

Nino, secondo me ha ragione nell’attribuire questa tesi a gran parte del giuspositivismo. In molti giuspositivisti che il “diritto possa essere identificato solo tenendo conto di fatti empirici” si traduce nella esistenza del diritto come effettività. Nelle pagine che seguo sosterrò che proprio questo uso del criterio di effettività nel giuspositivismo è un errore che va corretto, che la tesi della effettività va modificata nel senso intuito dal positivismo giuridico di Uberto Scarpelli; certo non per sostituirla con un qualche criterio etico o con un sovrastante elenco di diritti²². Il senso del mio recente lavoro, e di queste pagine, è di mostrare che il giuspositivismo può e deve abbandonare il criterio di effettività usato dal giuspositivismo critico per individuare il diritto vigente.

Secondo me la strada per superare il principio di effettività non è comunque quella dell’etica; le ragioni per cui la giustizia non funziona come fonte del diritto è ben nota da secoli. Le parole magniloquenti, come integrità o i termini ugualmente magniloquenti che designano i diritti fondamentali di libertà e uguaglianza albergano enormi vaghezze estensionali e intensionali e infinite eccezioni. Sembrano unanimemente condivisibili, ma richiedono faticose e controverse precisazioni legislative o faticose e controverse precisazioni giurisprudenziali, con la apposizione di elenchi di condotte permesse, vietate e obbligatorie, di diritti e dove-

²¹ C.S. Nino, *Dworkin and Legal Positivism*, in *Mind* 1980, p. 520. Dworkin con la solita devastante efficacia polemica ha affermato che i giuspositivisti suoi avversari sosterrebbero una “*plain facts theory*” della validità del diritto. Quella di Dworkin sembra una critica alla teoria che la validità delle norme dipenda da eventi fattuali che possono essere *pianamente* descritti, senza ricorso a giudizi di valore. A me sembra che la teoria hartiana della norma di riconoscimento non sia una “*plain fact theory*” almeno nel senso che i fatti di cui si parla non sono affatto “*plain*”, ma complesse interazioni tra norme (significati) comportamenti e credenze. Il loro problema non è che sono “*plain*” ma che non lo sono. Comunque è importante notare che Dworkin sostiene, a quanto riesco a capire, che la *plain fact theory* sia insufficiente, non che vada scartata: il super-principio della uguale dignità e rispetto su cui dovrebbe basarsi il giudice di impostazione dworkiniana sembrerebbe non gli consenta di individuare quale sia il diritto vigente (in effetti è grandioso ma molto vago), ma solo di interpretarlo correttamente in base a principi una volta che è già stato individuato.

²² A questo punto è utile la lettura di G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, “Analisi e diritto”, 1998, pp. 203 ss.

ri, delle relative eccezioni²³. Insomma è proprio per rimediare alle incertezze che nasce l'esercizio normativo che è il diritto, perché l'etica, anche dove c'è un'etica unica o dominante, non è abbastanza determinata per risolvere i conflitti e le divergenze e dobbiamo ricorrere alle faticose, oscillanti e arbitrarie precisazioni del diritto, di cui finora nessuna società ha potuto fare a meno²⁴. Ancor meno ci basta l'etica in società pluralistiche come la nostra, in cui convivono diversi sistemi etici o visioni del mondo.

Il principio di effettività, dal canto suo, è stato posto dai Kelsen e dagli Hart (e da Ross, realista normativista) a fondamento di tutto il pensiero giuridico e principio di individuazione del diritto in ciascuna situazione sociale concreta; esso ha il compito di rendere conto di due fondamentali aspetti dell'approccio comune al diritto: che il diritto è qualcosa che si trova oggettivamente presente in ciascuna società e che questa realtà sociale non comporta necessariamente una valutazione eticamente positiva, per via della famosa distinzione tra diritto e morale. È stato notato infinite volte che dopo aver svolto questo compito necessario, nel giuspositivismo il principio di effettività viene messo da parte a favore della validità delle norme che è determinata da altre norme²⁵.

Sfortunatamente questa soluzione non regge. Dovrebbe metterci in sospetto la circostanza che nessun giurista compia indagini preventive sulla effettività di un diritto prima di studiarlo, né si riferisce a simili indagini pregresse; del resto queste indagini non potrebbero passare inosservate, perché richiederebbe notevol-

²³ Non sembrerebbe d'accordo G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005. Silvestri è stato Presidente della Corte Costituzionale italiana, confido che in questo ruolo avrà saputo distinguere tra valori-che-piaccono-a-me e valori-che-si-trovano-nel-testo-Costituzionale-da-applicare-nelle-sentenze-della-Corte.

²⁴ Personalmente sono di posizioni libertarie estreme e liberiste moderate e trovo la sostanza delle idee politiche di R. Dworkin a me piuttosto congeniale. Ma di fronte alla sua teoria del diritto senza freni mi trovo mio malgrado a provare qualche fremito di simpatia per il *judicial restraint* sostenuto dal defunto giudice della Corte suprema USA Antonin Scalia, *The rule of Law as a Law of Rules*, "University of Chicago Law Review" 56, 1989, p. 1175 ss., Id., *Originalism: The Lesser Evil*, "University of Cincinnati Law Review", 57, 1989, pp. 849 ss. Peraltro l'originalismo sarà pure un male minore, come dice Scalia nel titolo, ma come metodo rimane pur sempre illusorio, perché non esiste nessuna interpretazione originaria che possa essere accertata.

²⁵ Per esempio da A. Ross, *Review to H.L.A. Hart, The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, "The Yale Law Journal", 1962, pp. 1185-1190. Nello scambio di argomenti tra Ross (giusrealista) e Hart (giuspositivista) Hart osserva che sono gli ordinamenti (*legal systems*) che esistono o meno socialmente, mentre le norme singole esistono o meno in quanto ne fanno parte, ma quello che conta è l'approccio normativo (punto di vista interno) a tale diritto. Ross osserva che in tal caso anche per Hart il principio di validità è inutile, e alla fine conta l'effettività; quindi non ci sarebbe una decisiva differenza tra giuspositivismo critico e giusrealismo normativista. Credo che nello scambio Hart dica la cosa più importante, l'approccio normativo verso un ordinamento effettivo non è la mera descrizione di uno stato di fatto. Inoltre io sostengo nel seguito che il criterio di effettività *non* è usato dai giuristi per individuare né gli ordinamenti né le norme.

simi sforzi concettuali nel definire cosa conta come effettività di un intero ordinamento giuridico e di singole norme; e altri studi onerosissimi per la rilevazione empirica di un simile fatto. Quello che troviamo in materia di effettività sono alcuni studi di sociologi e storici del diritto che riguardano qualche singola norma giuridica o minuscola parte di un ordinamento. Tuttavia, è palese che il diritto abbia bisogno di un qualche criterio che svolga una funzione del genere: dobbiamo descrivere il diritto vigente, non quello inventato e non può essere sufficiente l'autoriferimento dei testi normativi, perché ogni insieme di testi può riconoscere sé stesso. Il diritto vigente deve poter essere distinto da quello immaginario, estinto e straniero.

Questo vuol dire che la teoria del diritto ha bisogno di qualcosa che svolga il ruolo della teoria hartiana della norma di riconoscimento, a sua volta una variazione della teoria kelseniana della norma fondamentale. Qualcosa che giustifichi dall'esterno la scelta delle fonti del diritto. Il piccolo cambiamento di prospettiva che vorrei introdurre nel giuspositivismo è ispirato dal lavoro di Uberto Scarpelli, il quale ha sostenuto che la descrizione giurisprudenziale non è e non può diventare una scienza empirica²⁶ neppure se basata sul un criterio sociologico di effettività, ma è partecipazione a una pratica sociale, che è finalizzata a guidare comportamenti. Le scelte relative, anche quella giuspositivistica, sono dunque scelte politiche alternative. Non è detto che chi parla di un diritto lo accetti sul piano etico, ma lo considererà il diritto in vigore e questo ha un senso solo in funzione dell'attività giuridica²⁷. Anche le teorie del diritto sono compromesse da questa partecipazione e funzionali ad essa.

Essendo la teoria del diritto e la giurisprudenza descrittiva parte di, e funzionale a, una attività con finalità primarie di tipo pratico, attinenti alla guida delle azioni, credo che lo stesso valga per la teoria del diritto e la giurisprudenza accademica.

Forse solo la descrizione di un diritto fatta da uno straniero remoto nel tempo e nello spazio (il proverbiale marziano) potrebbe sperare di essere "neutrale" nel senso di indifferente alle tensioni alternative ed esigenze della pratica.

²⁶ L'argomento si trova in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), Milano 1997, ad esempio a pp. 86-87. Scarpelli sostiene la incompatibilità della descrizione del diritto con una scienza empirica, che la giurisprudenza descrittiva giuspositivistica non può essere una normale descrizione empirica di fatti anche se fondata sulla effettività perché è circoscritta alla descrizione di un insieme di norme in base alle esigenze del diritto come pratica normativa.

²⁷ In tal caso la nostra partecipazione e relativa responsabilità sta nell'attrarre l'attenzione proprio su quell'insieme di norme piuttosto che un altro: la ragione per cui ce ne occupiamo è che sono o sono generalmente considerate le norme giuridiche in quella società. Scarpelli peraltro spese qualche riga per chiedersi se occuparsi di un diritto interamente inventato sia un esercizio futile, al di là della creazione di modelli di diritto o di diritti modello.

Luigi Ferrajoli²⁸ da parte sua traccia una netta distinzione tra concetti teorici e concetti positivi nel pensiero giuridico. I secondi sarebbero veri o falsi a seconda che riproducano correttamente o meno le fattezze dei diritti positivi; i primi sono costrutti utili o inutili a costruire teorie generali di tali diritti. Non credo che una simile distinzione tra teorie e affermazioni empiriche sia valida neppure per le scienze empiriche. Tanto meno per la teoria e scienza del diritto. Non per ragioni di costruttivismo; personalmente accetto un costruttivismo moderato e anche Scarpelli era costruttivista tanto per la descrizione del diritto quanto per le scienze naturali. Ma tra “scienza giuridica” e scienze naturali ci sono differenze radicali e non serve dichiarare che anche le scienze empiriche della natura sono risultato di un pensiero costruttivo. Dunque la risposta giusta secondo me non è quella di Ferrajoli e neppure quella di Vittorio Villa, il maggiore sostenitore del costruttivismo nella teoria del diritto odierna²⁹, ma quella di Scarpelli, che considera la scienza giuridica come ausiliaria alla applicazione di un diritto positivo. Solo questa funzione particolare spiega e giustifica i limiti normativi che permeano la descrizione del diritto. Scarpelli parla di pre-delimitazione del materiale normativo considerato e la ritiene incompatibile con una disciplina di descrizione empirica di fatti, dove i fatti dovrebbero invece essere inclusi o esclusi dalla descrizione solo in base alla rilevanza esplicativa, non in base a norme sulle fonti.

Anche la teoria del diritto deve esser letta secondo questo registro. Questo spiega e giustifica le differenze strutturali della teoria e della scienza giuridica rispetto alle scienze naturali empiriche. Segnatamente spiega come mai le scienze empiriche raggiungano una concordia e unanimità tra i loro praticanti che le “scienze” giuridiche non riescono a raggiungere. È un fallimento? No, è una differenza strutturale inevitabile: la strada per la obbiettività nel nostro campo non sta in una impossibile e illusoria neutralità, ma nella natura dichiarata e pubblica delle scelte, almeno quelle fondamentali, nella assunzione quindi di aperta responsabilità etica e politica verso di esse.

Questo è il nocciolo dell’idea scarpelliana, che ogni aspetto del diritto va letto in termini ultimativamente politico-prescrittivi o normativi e non cognitivi, che anche la conoscenza o descrizione del diritto è funzionale a una attività prescrittiva e questa idea coinvolge non solo la giurisprudenza descrittiva, ma anche la teoria del diritto. Anche gli argomenti anti-positivistici degli ultimi decenni hanno evidenziato la funzione partecipatoria della teoria del diritto, ma come si vede il giuspositivismo c’era già arrivato per conto suo. Il punto è espresso per esempio in un’opera intermedia di Dworkin, in cui l’autore sostiene che la propria è una

²⁸ Per una chiara sintesi delle tesi di Ferrajoli rinvio a L. Ferrajoli, *Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, in L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit.

²⁹ V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999.

normative theory del diritto e assimila il discorso giuridico alla interpretazione artistica o letteraria³⁰.

Come al solito il sasso di Dworkin contro le teorie avverse è gettato magistralmente, ma come al solito la soluzione da lui avanzata è poco convincente. Molti hanno notato che Dworkin propone di produrre una unica risposta corretta usando un metodo altamente soggettivo, usando criteri “interpretativi” che Dworkin legge all’interno della Costituzione americana, che altri naturalmente potranno leggere in modo diverso, che di fatto leggono in modo diverso. Questo rende la unica risposta corretta un vero e proprio miracolo. A meno che non risulti un gioco di parole, per cui qualunque risposta trovata con le procedure indicate sia alla fine etichettata come corretta.

Le riflessioni di Scarpelli su questo tema prendono la strada, piuttosto esoterica, della sua teoria della pluralità delle norme fondamentali. Questa idea si deve considerare sullo sfondo delle riflessioni sulla natura del diritto come impresa prescrittiva; non vuol dire che non esista *un* diritto, che il diritto sia una mera apparenza in realtà frantumata in una serie di imprese individuali o di gruppo, come avviene invece per l’etica. Scarpelli non è uno scettico. Egli fa riferimento invece alle varianti presenti implicitamente o esplicitamente nelle divergenze degli operatori giuridici, si tratta di differenze parziali che si presentano come differenze di opinione sulle grandi questioni giuridiche, pensiamo ad esempio a diverse teorie della interpretazione, diverse “teorie” del contratto, della sovranità del reato. Abbiamo da una parte un Dworkin che sostiene che esiste sempre la risposta corretta a simili questioni, anche se non sappiamo come e perché; dall’altra uno Scarpelli, il quale ci dice che molte divergenze teoriche e interpretative sono frutto della scelta di premesse e concezioni in parte diverse, che il diritto non può risolvere, perché il diritto è il risultato di tali scelte. Scarpelli ci presenta una figura di giurista ideale diverso dal giudice onnisciente di Dworkin, un giurista illuminista che si preoccupa di distinguere e rendere pubblico, quanto più è possibile, tra quello che il diritto dice e quello che egli ritiene di potergli far dire.

³⁰ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, pp. 149-162. Mentre sono d’accordo con l’aspetto partecipativo, l’identificazione con l’interpretazione letteraria mi sembra problematica. Nel caso dell’arte, il problema della certezza non si pone o comunque è secondario. Interpretiamo come vogliamo, gli autori che vogliamo, se non ci piace Kipling passiamo a Joyce e ne leggiamo con profitto differenti interpretazioni. Se non ci piace una particolare interpretazione di Joyce, passiamo a un’altra. Alla fine troviamo il critico che ci dice quello che sentiamo sia importante per noi. Siamo anche agilmente indifferenti alla presenza di risultati eterogenei, differenti interpretazioni, anzi spesso ne traiamo profitto, pensiamo che non solo non si elidano ma si arricchiscano a vicenda. Il *lecteur énergique* è il solo che importi a Paul Valéry, non c’è nessuna *right answer* (*Tel quel*, Paris Gallimard 1944). Questa indifferenza è impensabile in diritto dove sono in gioco interessi, valori vitali e coazione. Grandiosamente Dworkin non spiega come possiamo usare una pratica notoriamente soggettiva per risolvere questioni vitali.

Si deve notare che Dworkin e i neo-costituzionalisti incorrono comunque nello stesso inconveniente in cui incorrono Kelsen e Hart. Per sottoporre il diritto vigente al vaglio dell'attività interpretativa miracolosa del giudice Hercules, simile alla interpretazione di un'opera letteraria, questo diritto deve essere già stato individuato come diritto vigente. Come? Non si trova una risposta precisa in Dworkin, ma neppure in Ferrajoli o Alexy e tanto meno in Zagrebelsky, a meno che non si tratti di una variante del principio di effettività. Per rincarare la dose, osservo che anche i giusnaturalisti possono confrontare il diritto naturale con il diritto positivo solo se hanno un criterio non morale per individuare il diritto positivo *vigente*.

Il diritto positivo è "là fuori", tutti evidentemente lo sappiamo, una non meglio precisata presenza. Tutti hanno bisogno di un modo per individuare il diritto in vigore nel proprio paese e nel proprio tempo, una operazione che deve precedere le controversie tra i teorici. Qualcosa che renda conto della sensazione comune, e comune a giuristi e a non giuristi, che il diritto di ciascun paese "ci sia", sia sotto gli occhi di tutti e sia quello che esiste nelle normali occorrenze della vita. Per questo chiamiamo ciascun diritto in vigore al momento con il nome del suo paese, diritto italiano, diritto canadese o diritto spagnolo. Le parole usate per indicarlo sono tutte metafore che parlano di forza. Come una sorta di oggetto materiale che viva e agisca in un luogo, un bestione enorme ma invisibile; il che però non è. Le difficoltà del pensiero giuridico sono segnate, su questo punto, dal proliferare delle metafore, quella di fonte, creazione del diritto, estinzione e produzione e così via, tutte espressioni che suggeriscono che il diritto sia un oggetto materiale³¹. Ora, la nozione di oggetto materiale è anch'essa di senso comune e precisamente è il risultato delle procedure di "verifica" innate alla nostra specie scimmiesca: guardare e toccare³². Gli oggetti materiali sono ciò che si può vedere e toccare. L'oggetto materiale non è influenzato dalle opinioni e descrizioni che abbiamo su esso, è l'oggetto delle nostre condivise capacità percettive. Il nostro mondo, o realtà, è popolato da oggetti materiali percepiti vedendo e toccando. I criteri sperimentali della scienza empirica possono essere considerati una estensione di questa "metodo di verifica" primario e originale, tramite perfezionamenti che non sono affatto di senso comune.

³¹ La filosofia analitica ha insinuato che la esistenza del diritto sia linguistica. Non lo credo, il diritto non è né una lingua né un discorso, anche se ovviamente ci sono elementi linguistici nel diritto. Comunque se anche esistesse come un fenomeno linguistico, questo non ci porterebbe che guai, perché non abbiamo idee chiare neppure sulla esistenza dei fenomeni linguistici, come è reso evidente dal solito diluvio di metafore, prima di tutto quella secondo cui il linguaggio esiste "nella nostra testa".

³² A giudicare da come si comportano i bambini piccoli, e le scimmie, che si mettono tutto in bocca, forse la procedura di base comprende anche l'assaggiare.

3. *Esistenza e inesistenza del diritto*

Ho cercato di mostrare che questo punto importante nella teoria giuspositivista critica, il criterio di esistenza o inesistenza del diritto ha bisogno di una revisione. Ciò significa che bisogna compiere qualche sforzo per rivederne la metafisica, il senso in cui il diritto esiste, o non esiste. Non da ultimo perché si tratta di un problema tratteggiato che le teorie neo-costituzionaliste hanno ereditato pari pari dal giuspositivismo e questo dal giusnaturalismo.

A questa tesi ho dedicato un libretto qualche tempo fa³³, anche in quella sede limitandomi a una trattazione breve. Ho cercato di rafforzare i miei argomenti iniziando con una storiella e abbondando nelle metafore. Spero che una metafora ben assestata possa aiutare il lettore a prendere in considerazione una tesi che potrà parere stravagante. Riproduco qui la storiella con cui iniziavo il libro.

“Quando ero studente all’Università di Pavia, più di quarant’anni fa, alla stazione di quella città c’era un matto che faceva partire i treni: quel signore aspettava che il capostazione fischiasse, subito si sbracciava e il treno partiva”. Questa è la storiella. Tutti sui marciapiedi della stazione capivano subito che non avevano a che fare con un capostazione perché non aveva la divisa e da come era trattato dagli altri ferrovieri e tutti capivano immediatamente che il signore era matto. Incidentalmente la storiella è vera, c’è stato davvero in quel periodo alla stazione di Pavia un matto che faceva partire i treni. Cosa c’entra questa storiella con il diritto vigente? C’entra perché il signore “matto” di Pavia credeva che il diritto vigente fosse diverso da quello che era, e precisamente credeva che contenesse una norma che lo aveva nominato capostazione. È un errore modesto, ma secondo il senso comune inescusabile: è in questo modo appunto che viene inflitta la qualifica di matto, che non è certo una valutazione psichiatrica, ma appartiene al senso comune.

Possiamo sbagliarci sulle norme giuridiche vigenti senza parere matti al pubblico, ma le cose cambiano se consideriamo vigente, senza alcuna giustificazione, proprio una norma che ci attribuisce una posizione di autorità. Soprattutto sono imperdonabili in materia le deviazioni solitarie³⁴. Le follie riguardanti il diritto conoscono versioni assai meno modeste della mania di grandezza, e nelle barzellette sono considerate una forma di follia archetipale, con il matto che crede di essere Napoleone. In questo ultimo caso ci si costruisce senza giustificazione non già una modestissima variante del diritto vigente, ma un intero ordinamento giu-

³³ M. Jori, *Il diritto inesistente: saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS Pisa, 2010; c’è una traduzione in castigliano: Id., *Del Derecho inexistente. El sentido común en la teoría del Derecho*, Palestra Temis, Lima Bogotá, 2014.

³⁴ Le deviazioni condivise non sono considerate follia, ce lo dice il tragico caso del caporale boemo che si nominò comandante in capo.

ridico di cui il folle si mette a capo. La storiella è un po' brutale e politicamente scorretta, ma il punto rilevante è che tutti la capiscono immediatamente, bastano pochissime parole. Da una parte mostra che capire quale sia il diritto vigente è un aspetto *centrale* del senso comune e chi mostra di non capirlo è considerato folle (a meno che non sia un filosofo del diritto). Dall'altra mostra che tutti sanno *immediatamente* quale sia il diritto vigente e quale non lo sia.

Questa storiella mette in evidenza l'aspetto chiave del diritto come partecipazione a una pratica sociale e comporta la tesi che la norma fondamentale o di riconoscimento, o l'elenco delle fonti del diritto, non sono e non possono essere il punto di partenza e il cardine concettuale dell'approccio al diritto. Come si individua il diritto vigente nel tempo attuale in ciascuna società? Non tramite una norma di riconoscimento hartiana, una nozione del tutto al di fuori del senso comune. In questo posso sembrare d'accordo con alcune critiche "neo-costituzionaliste" o post-hartiane al positivismo giuridico, ma non mi muovo affatto in direzione di una versione o dell'altra del neo-costituzionalismo. Probabilmente nessuno, sui marciapiedi della stazione di Pavia, sapeva qual era la norma di riconoscimento del diritto italiano e neppure sapeva che cosa è una norma di riconoscimento; ma ancor meno sapeva cosa voglia dire applicare il principio della uguale dignità e rispetto o del diritto forte o diritto dei deboli (in quest'ultimo caso forse il povero finto capostazione si sarebbe visto riconoscere la sua modesta pretesa – non chiedeva neppure uno stipendio!).

L'argomento che emerge è il seguente: se non sappiamo già che il diritto italiano è quello derivabile da una certa Costituzione non possiamo ovviamente individuarlo mediante tale Costituzione. Perché invece non in base all'editto di Rotari? Tanto meno possiamo mettere in gioco uno o più principi interpretativi della Costituzione, se già non sappiamo quale sia il testo da cui partire. Insomma il diritto vigente deve essere stato già individuato perché si possano mettere in moto gli strumenti concettuali noti come "le fonti del diritto" riassunti nella norma di riconoscimento. Le fonti sono diritto che individua il diritto; oltre a presupporre che sappiamo già dove guardare, si tratta di uno sguardo che è possibile solo al pensiero *tecnico* giuridico (moderno). Ma come fa la persona ordinaria a individuare il diritto vigente? Come fa a parlare di cose giuridiche in modo sensato e coordinato con gli altri, cioè senza sconfinare nella follia? Perché anche il pensiero comune sa qual è il diritto vigente, sia pure con imprecisione, sa distinguerlo dal diritto palesemente inesistente? Lo sa senza sapere nulla di teoria delle fonti, senza sapere quasi nulla anche del resto del diritto e tanto meno delle norme di riconoscimento. Deve saperlo o la società non sarebbe quella che è.

Per questa operazione i profani non possono neppure rivolgersi ai tecnici, perché i giuristi non hanno neppure essi mezzi intellettuali (tecnici) per individuare il diritto vigente. Solo se sanno già quale sia il diritto a cui guardare, i tecnici

del diritto sono in grado di determinare nei dettagli il diritto vigente, in primo luogo mediante un elenco di fonti che rimanda a norme che rimandano a norme, insomma che dicono loro quali sono le norme valide in un diritto in vigore. Come si è visto, devono sapere quale sia la Costituzione da prendere in considerazione per poterne usare le norme per riconoscere le altre norme giuridiche valide. Non possono ricavare questa informazione dal diritto, che per ipotesi non hanno ancora individuato e di certo non la trovano studiando la effettività delle norme, che non studiano affatto e il cui accertamento non è parte della loro competenza. Essi sono, per usare una metafora, come i vermi nella mela: il verme sa tutto della mela, ne conosce ogni parte e nella mela si muove con perfetta disinvoltura, ma non sa arrivarci, ci è nato dentro.

Bisogna quindi esplicitare a questo punto una distinzione concettuale che secondo me è implicita nel modo di operare del pensiero giuridico: tra la *individuazione* del diritto vigente o in vigore e la *determinazione* dei suoi confini (il lettore abbia la pazienza di ricordare che questi termini sono usati in un significato ridefinito *ad hoc*). La seconda operazione opera nel diritto moderno tramite una teoria o dottrina delle fonti, che determina in modo relativamente preciso quali sono le altre norme giuridiche valide. La teoria delle fonti necessariamente presuppone un criterio di individuazione esterno del diritto, senza il quale ci ridurremmo alla auto-individuazione³⁵ che ogni insieme di fonti normative compie, esplicitamente o implicitamente.

Tutto questo significa che, a differenza delle scienze empiriche, la giurisprudenza non è dotata di fondazioni autonome rispetto al senso comune; e questo

³⁵ Norme e ordinamenti, nei casi normali, contengono implicitamente una richiesta di osservanza, un implicito “Fai quello che dico!”, che è parte del normale significato di ogni prescrizione e precisamente un suo aspetto pragmatico implicito: eventuali clausole sospensive normalmente devono essere esplicitate. Bisogna notare che questa richiesta di osservanza non è la stessa cosa di una pretesa di giustizia. È stato sostenuto che una norma che dica di essere ingiusta è un controsenso e la questione ha molto e inutilmente occupato uno spazio considerevole nella discussione recente di teoria del diritto. Non è vero che sia un controsenso: si incontra di frequente, per esempio un comando sostenuto da minacce e accompagnato dalla affermazione implicita o esplicita “E anche se è ingiusto fallo lo stesso, oppure te ne pentirai!”. Quanto alla richiesta di osservanza, nel diritto è comune il caso di norme inattive perché non valide o non ancora valide; quindi prive della richiesta di osservanza, esse esistono come un significato normativo, ma non sono ancora “attivate”, come un progetto di legge, ovvero sono state “disattivate” come una legge abrogata. Il problema è la terminologia para-elettrica della attivazione che è naturalmente una metafora ed avrebbe bisogno di essere trattata con cautela. Uno dei punti meno felici della dottrina pura kelseniana è di aver definito la validità come esistenza specifica delle norme, e di esser poi caduta in una trappola ontologica, come se ci fosse un solo tipo di esistenza, il che ha impedito di trovare una soluzione adeguata per la “esistenza” delle norme invalide e di quelle non in vigore. È un punto della dottrina pura di Kelsen su cui Ferrajoli ha avanzato giustamente dure critiche. Si veda per una felice sintesi, in discussione con Moreso, L. Ferrajoli, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, cit. par. 5.

non avviene perché la giurisprudenza non si sia abbastanza sviluppata come scienza, ma perché il rapporto con il senso comune è intrinseco alla pratica giuridica e alla conoscenza giuridica come la pratichiamo da giuristi: il diritto in vigore è tale perché lo consideriamo tale. C'è una differenza tra una simile partecipazione a una pratica collettiva e una affermazione sociologica sulla effettività. Per avere un qualche valore quest'ultima andrebbe fatta in termini statistici, cioè precisata quantitativamente e qualitativamente e verificata empiricamente. Come vedremo, ciò che rende possibile il giudizio approssimativo del senso comune sul diritto vigente non è una miracolosa capacità di accesso a complicati dati sociologici, ma è il fatto che non ci sia in circolazione un diritto rivale. In caso contrario, abbiamo guerra civile o anarchia, la pratica giuridica entra in crisi e il senso comune non riesce più a individuare il diritto vigente.

Il punto è che il diritto non è qualcosa che conosciamo ma qualcosa che facciamo, qualcosa a cui prendiamo parte. Metaforicamente, quando ci occupiamo di diritto, anche per descriverlo, non è come contemplare un blocco di marmo, ma come cantare in un coro. Certo per cantare dobbiamo anche avere una conoscenza obbiettiva di cosa si sta cantando (lo spartito), altrimenti il coro si dissolve in una cacofonia. Il maestro del coro può, in modo perfettamente sensato, rimproverare al corista di non seguire lo spartito, nonché le sue direzioni. La necessaria conoscenza non è e non può essere illusoria, altrimenti non ci sarebbe coro. In un coro però c'è una certa tolleranza delle varianti individuali, anzi le varianti individuali sono necessarie perché si abbia un coro, altrimenti avremmo una voce solista emessa in perfetto unisono da diverse fonti (è possibile solo con mezzi elettronici!), quindi un'altra musica. La metafora del coro rappresenta bene il diritto anche in questo, perché anch'esso è una pratica collettiva che ha senso in quanto la gente che vi prende parte è diversa: sono ovviamente le varianti individuali e le congruenze collettive che fanno del diritto quello che è, come un coro in cui confluiscono le diverse voci.

La metafora del coro a questo punto diventa pericolosa. Non voglio infatti dare l'impressione di ritenere che il diritto sia una attività basata sull'armonia. Anche l'affermazione che un diritto esiste o è in vigore in quanto accettato dai consociati, mi sembra riposi sulla vaghezza del termine "accettazione": individuare il diritto vigente non richiede certamente l'accettazione delle norme in nessun senso normale di accettazione, tanto meno in senso etico. Il criminale per esempio, individua il diritto in modo del tutto consono al senso comune, con l'intento di violarlo (in parte) e di evitarne le sanzioni. Un truffatore che finge di essere capostazione individua il diritto come tutti gli altri, ma dice cose diverse. Un diritto rimane il diritto vigente nella opinione collettiva e *quindi* nella realtà anche se ha un grado bassissimo di gradimento e accettazione morale e una incerta effettività, almeno finché non interviene un potenziale diritto rivale.

Una visione irenica del diritto è stata caldeggiata da alcune varianti del neo-costituzionalismo, impegnate a sottolineare l'aspetto etico del diritto o del godimento universale di alcuni diritti. In tal caso si considera come punto centrale del diritto un qualche punto di congruenza (si esita a chiamarlo un fine), una sorta di valore, per esempio la integrità (= uguale dignità e rispetto) proposta da Dworkin come valore dei valori, proprio e intrinseco di ogni diritto o almeno di quello statunitense attuale³⁶. Alternativamente tale valore è la protezione dei deboli sponsorizzata da Ferrajoli. O il diritto mite, secondo la poetica espressione di Zagrebelsky. Non cercherò di dimostrare quanto è stato più volte mostrato, abbiamo in tutti questi casi il problema che affligge tutti i valori ultimi e auto-evidenti, essi sono plausibili nella misura in cui sono vaghi. Anche se questi valori non fossero irrimediabilmente vaghi e non fossero mera copertura di varianti e opinioni diverse, non sarebbero di fatto un aspetto universale della pratica giuridica, per il semplice motivo che la storia e la geografia conoscono troppi esempi di diritti che non rispettano per niente tali valori. Se ancora non siamo convinti, dopo aver riletto Kelsen e Bobbio, possiamo considerare la teoria del diritto naturale minimo di Hart, la quale ci ricorda che i caratteri davvero costanti del diritto si trovano in caratteristiche appunto minime dipendenti da caratteristiche ovvie della natura umana. Concludere diversamente è un *definitional stop*.

Ritengo che il senso comune veda il diritto con occhio disincantato, come l'organizzazione della coazione collettiva, l'esatto opposto dell'armonia. Dunque senza far riferimento a valori. Troviamo diritto non dove ci sono potenziali conflitti di interessi e di valori e per questo dobbiamo ricorrere alla coazione e alle sanzioni, attuali o potenziali. Per questo ricorriamo ai mezzi giuridici, organizzati tramite linguaggio principalmente normativo; una parte di questo linguaggio (per esempio leggi, regolamenti e contratti scritti) irrigidito in formulazioni linguistiche canoniche, in disposizioni normative con il testo "congelato" in forma fissa, la cui interpretazione è affidata in ultima analisi ad autorità. In altre parti il diritto è meno irrigidito, formato da norme prive di formulazione canonica, come le consuetudini e i precedenti, la cui interpretazione è comunque anch'essa in ultima analisi affidata a persone selezionate, ad autorità, ai giudici.

³⁶ La teoria dworkiniana del diritto come integrità ritiene invero che in qualche modo ci sia una armonia tra tutti gli elementi in "apparente" contrasto di un diritto, siano valori, interessi diritti o principi ed è questa armonia che attribuisce al giudice erculeo dworkiniano le sue capacità sovrumane di arrivare alla corretta risposta, alla *right answer*. Si vedano in proposito le prime pagine del libro del tardo Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000. Di contro si trovano autori come Duncan Kennedy, il quale sostiene che non esiste nel diritto nordamericano (tanto meno negli altri) alcun nucleo di valori comuni e non contestati: D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di David Trubek e Alvaro Santos, Cambridge 2006.

Riprendendo la storia del matto alla stazione, che intendo spremere di ogni sua possibile utilità, chiediamoci dunque se possiamo dire che la gente sui marciapiedi della stazione di Pavia conoscesse il diritto, perlomeno quello rilevante. Non penso. Non credo infatti che la gente comune conosca molte norme giuridiche; da una parte non conosce il testo canonico da cui si ricava la norma dall'altra è poco familiare con i problemi della interpretazione testuale di un simile testo. Qualcuno conosce più o meno i testi delle norme che lo riguardano più direttamente, ma mancando la visione di insieme, la comprensione è molto parziale. Neppure i capistazione conoscono a puntino le norme del diritto amministrativo, penale ecc. che riguardano i capistazione. Se hanno problemi devono andare dall'avvocato, cioè dall'esperto ed è quello che fanno le associazioni sindacali dei ferrovieri, hanno dei legali specializzati nella materia.

D'altra parte considero sbagliata la tesi che il diritto sia qualcosa che riguarda solo i giuristi o i giudici. Quello che sostengo è che la gente sa individuare il diritto vigente e che la modalità con cui il senso comune compie questa operazione è la stessa per tutti, giuristi e non giuristi.

Sto dunque introducendo nella teoria giuspositivista dell'ordinamento giuridico la differenza tra *individuazione* del diritto vigente, che è una capacità del senso comune; e la *determinazione* del diritto vigente e dei suoi confini, che è una capacità degli esperti di diritto, dei giuristi.

Questa distinzione a mio avviso ci permetterà anche di dare una sistemazione più soddisfacente alla questione dei rapporti tra gli esperti e il pubblico generico, nonché una visione più vicina alla realtà del modo in cui tutti individuano il diritto vigente senza bisogno di conoscenze giuridiche e senza bisogno di conoscenze filosofiche. Tutti sanno quale è il diritto vigente, qual è il diritto vigente italiano e spagnolo; ma i giuristi in più determinano il diritto usando altre norme giuridiche, le cosiddette fonti, riassunte da Hart nella norma di riconoscimento.

Nonostante le critiche che Dworkin e alcuni neo-costituzionalisti rivolgono al giuspositivismo per la *plain fact theory*, essi incontrano come si è visto lo stesso problema, perché un atteggiamento interpretativo deve sapere cosa prendere in considerazione. Le norme non possono individuare sé stesse senza essere già state individuate. Entriamo in aula il primo anno degli studi di giurisprudenza e il bidello ci dice quale è il codice civile o il manuale di diritto costituzionale che dobbiamo acquistare e studiare³⁷. Molti futuri giuristi non andranno mai oltre questo

³⁷ Un'altra notazione autobiografica. Questa è stata in assoluto la prima osservazione di filosofia del diritto che ho sentito nella mia vita, e mi fu fatta nella prima lezione di Teoria generale del diritto dal mio primo docente di questa materia, Amedeo Conte, quando nel 1965 frequentai il suo corso il primo anno di Giurisprudenza (Filosofia del diritto era al secondo anno). Mi fece un'enorme impressione tanto che me la ricordo ancora, ma Conte non ci spiegò mai cosa fare per andare oltre alle raccomandazioni del bidello.

“criterio” per individuare il diritto, per l’ottima ragione che non ne hanno bisogno. Usano il senso comune, che è sufficiente in una situazione sociale e giuridica normale e non patologica³⁸, cioè dove di diritto in circolazione ce n’è uno solo, non c’è anarchia o una guerra civile in atto. Quando il neo-costituzionalista sostiene che il diritto sia descrivibile tenendo presenti i principi morali (incorporati nel diritto), per esempio citando il caso *Riggs v. Palmer*³⁹, dà per scontato che si sappia già quale è il diritto vigente negli Stati Uniti d’America, quali siano i giudici e quali i matti alla stazione.

Non è contraddittorio sostenere che il senso comune sappia qual è il diritto vigente e nello stesso tempo che non lo conosca, o non lo conosca bene: è una cosa che avviene spesso anche fuori dal diritto sia con oggetti materiali che immateriali. Il senso comune procede sfruttando una sorta di conoscenza periferica o per indizi esterni piuttosto che un procedimento intellettuale che opera con e su definizioni e concetti. Tutto questo richiede una revisione a Hart considerando Scarpelli e Bobbio, ma certo non nel senso di aggiungere alla norma di riconoscimento componenti normative morali endo-giuridiche ancora più raffinate. Il diritto vigente viene riconosciuto come si riconosce nel senso comune una locomotiva (rimaniamo vicini alle stazioni), per le sue caratteristiche “esterne” pur non sapendo molto di come è fatta dentro⁴⁰. Tutti riconoscono una locomotiva a prima vista, ma solo alcuni ingegneri sanno come è veramente fatta *dentro*. Per parlare di locomotive, per interagire con locomotive, per esempio per partecipare alla pratica di “prendere il treno” o di “perdere il treno” non occorre avere conoscenze specialistiche sul funzionamento e i meccanismi delle locomotive, basta la capacità di riconoscere con normale pressappochismo forme e funzioni. Ugualmente per il diritto non occorre sapere nulla delle fonti e delle norme di riconoscimento e dei tipi di invalidità. La individuazione del diritto vigente da parte del senso comune potrebbe essere chiamata una quasi-percezione per la immediatezza e unanimità con cui funziona. Purché sia chiaro che non è la percezione di un oggetto separato, il diritto, ma solo degli indizi del diritto in vigore. La pratica

³⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit. p.116 dove si parla di “pathology and embryology of legal systems”.

³⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, pp. 23-45 e *passim*; ancora in Id. *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987, pp. 15-20 e *passim*. Non mancano giuristi che sostengono che Dworkin abbia sbagliato la lettura del caso, C. Silver, *Elmer’s Case: A Legal Positivist Replies to Dworkin*, “Law and Philosophy”, 6, 1987, pp. 381-99

⁴⁰ Questo fenomeno semiotico potrebbe esser messo sotto l’etichetta di *esternalismo semantico* (Putnam), che procede attraverso campioni paradigmatici piuttosto che concetti; si può parlare anche di competenza referenziale. Vedi D. Marconi, *La competenza lessicale*, Laterza Roma 1999. Ci sono degli accenni in proposito riguardanti il diritto in un recente articolo di D. Canale, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, “Rivista di filosofia del diritto”, numero speciale 2015, p. 108 ss.

giuridica è parte così centrale della vita di una società che chi devia senza giustificazioni su questo punto viene considerato il prototipo del folle, nelle barzellette colui che crede di essere Napoleone.

Il diritto vigente, a mio avviso, viene individuato per indizi congruenti, quelli che tutti incontrano per la strada e alla stazione; il diritto è quello che fanno osservare le persone pubblicamente in autorità. Oggidì l'autorità è rappresentata esternamente prima di tutto dalle uniformi, una notevole innovazione moderna. Chiunque abbia visto la polizia in azione durante una manifestazione sa come le autorità in borghese sono individuate dalla loro interazione con gli uomini in uniforme, se occorre il commissario mette la fascia, il poliziotto in borghese esibisce il distintivo e così via. Alla estremità della catena palese e visibile non c'è una norma giuridica ma c'è la gestione della coazione nella sua forma più immediata, il manganello. È il manganello del *bobby* inglese portato apertamente e senza opposizione; lo strumento del potere civile verso i cittadini; qui è dove il senso comune guarda per trovare il diritto, che è appunto l'organizzazione della sanzione. Non c'è valutazione, positiva o negativa, in questa mia analisi⁴¹. Neppure presuppongo la tesi, talora attribuita a Hart, che il diritto per essere vigente deve essere accettato da una parte sufficiente della popolazione o almeno dai soli funzionari. Io sostengo solo che ci deve essere una generale convergenza dei segni esterni indicando un unico diritto come il diritto in vigore, un atteggiamento che non implica la accettazione politica del diritto stesso o la sua approvazione morale. Il rivoluzionario avrà lo stesso atteggiamento degli altri, se non vuole essere un rivoluzionario folle; e verso questo diritto vigente identificato allo stesso modo degli altri eserciterà la propria disapprovazione e i propri sforzi per abbatterlo.

Può essere utile un'altra metafora circa le modalità di esistenza del diritto, utile anch'essa a contrastare le molte metafore che lo trattano come un oggetto materiale. Il diritto dunque esiste come un cesto di vimini, che è composto dall'intrecciarsi di singoli vimini, ciascuna fibra è la metafora di una credenza individuale. Ciascuna credenza individuale da sola è fragile e flessibile, ma l'intreccio è molto solido e relativamente stabile. Di fatto, normalmente, il diritto è una delle cose più solide che incontriamo nella nostra vita, e definisce in grande misura e delimita chi siamo e cosa possiamo fare. Tuttavia è pur sempre una costruzione di opinioni e la storia mostra che quando queste cambiano a sufficienza, l'intreccio si sbriciola e può sparire senza lasciare traccia.

La distinzione tra individuazione e determinazione del diritto spiega la differenza tra il modo tacito e approssimativo di individuazione da parte del senso

⁴¹ Il giuspositivismo critico sottolinea la centralità della sanzione nella pratica giuridica ma ritiene di poter evitare sia la posizione conformista di Trasimaco, per cui la giustizia è la volontà del più forte, sia la posizione giusnaturalista di Platone. Vorrei inoltre evitare il trucco definitorio, ugualmente classico, di distinguere tra forza e violenza.

comune e la estrema concettualizzazione, gli argomenti complicati che assume la pratica giuridica quando si fa tecnica di determinazione dei confini del diritto e viene praticata dai giuristi di professione. Da una parte la percezione del manganello e dell'uomo in uniforme ritto all'angolo della strada, dall'altra questioni come il riconoscimento di un diritto costituzionale in una sentenza della Corte costituzionale, la giurisprudenza di una Corte di Cassazione sulla competenza di un giudice, o una questione di giurisdizione riguardo a un *copyright* internazionale. In tal modo è possibile rendere conto del fatto che la individuazione del diritto in vigore funziona senza attribuire al senso comune capacità straordinarie che non possiede e che io certamente non credo che possenga.

Ci sono due conseguenze da questo. La prima è che il senso comune è in grado di individuare il diritto vigente solamente quando di diritto in circolazione ce ne è uno solo. La seconda cosa è che il pensiero giuridico non dispone in realtà di nessun criterio *tecnico* per individuare il diritto vigente e non usa affatto il criterio di effettività.

Quanto al primo, possiamo trovare qualche spunto nelle parole che Hart dedica allo stato patologico di un ordinamento giuridico. Lo stato patologico tipico di cui parla Hart è quello di una società in stato di anarchia o guerra civile, per cui diciamo che non c'è più nessun diritto o ce ne è più di uno. Hart ne parla in termini di effettività (*efficacy*, *effectiveness* usati come equivalenti). La tesi dell'effettività va bene solo se accettiamo che in questo caso la parola indichi una approssimativa impressione di senso comune, non se attribuiamo al termine un senso sociologico di accertamento di fatti con metodo empirico e possibilmente quantitativo. Quello che succede nello stato patologico è che la gente non ha sufficienti indizi per individuare il diritto vigente dai suoi segni abituali, perché questi puntano in più di una direzione o in nessuna. In queste situazioni nessuno sa più quale è il diritto nel modo in cui lo si sa in una società "normale". Dobbiamo allora ricorrere ad altri criteri, per esempio dobbiamo ricorrere a criteri morali o politici, di interesse, prudenza o tutti insieme. Dobbiamo scegliere, come per esempio hanno dovuto fare i nostri padri durante i rivolgimenti dopo la seconda guerra mondiale. Questa rilevazione mi sembra più realistica di qualunque idea di accettazione morale del diritto vigente in termini di credenze⁴².

⁴² Nel commentare queste mie tesi c'è chi mi ha rimproverato una insufficiente attenzione alle complessità del concetto di credenza (V. Villa, *Credenze di sfondo, senso comune ed esistenza del diritto. A proposito di un recente libro di Mario Jori*, in *Su il diritto inesistente di Mario Jori*, in "Diritto e questioni pubbliche", 2011). L'osservazione è giusta, nel senso che non mi sono preoccupato delle complessità empiriche e filosofiche né del concetto di credenza né di quello di effettività delle norme. Il concetto di credenza è un necessario componente della nozione di effettività di una norma visto che la effettività di una norma è questione di credenze. Questo mi sembra un argomento a favore della mia analisi, visto che fortunatamente non è necessario sapere cosa pensa veramente la gente perché la mia tesi regga e considero questo un punto a suo favore. Infatti parliamo di conti-

Il diritto può essere vigente anche in presenza di una diffusa disapprovazione morale verso di esso e anche di diffusa illegalità e criminalità. La situazione rimane tale, anche se il diritto vigente è poco accettato e poco osservato; finché non interviene apertamente un diritto rivale. Potremmo aggiungere una voce all'elenco hartiano di aspetti "naturali" del diritto: quello di essere considerato diritto in una società: il diritto ha come caratteristica necessaria di essere comunemente considerato tale.

Il secondo punto che costituisce, secondo me, un importante elemento a favore di questo approccio rispetto a quello tradizionale (ancora una volta sia esso giuspositivistico o neo-costituzionalista) è che gli stessi giuristi o i giudici non hanno un criterio di individuazione del diritto vigente oltre a quello appena descritto del senso comune. Come si è visto essi dispongono di norme giuridiche che individuano le altre norme, ma per usarle devono già averle individuate come tali. In caso di guerra civile anche il giurista più versato negli studi costituzionalisti rimane senza argomenti: è inutile in simili circostanze discettare sui punti fini di una costituzione, il problema è a quale costituzione fare riferimento. Quando non esiste più un diritto che sia vigente per il senso comune, il punto non è cosa stabiliscono i criteri costituzionali, ma quali criteri costituzionali adottare. Nella situazione patologica hartiana, i giuristi saranno del tutto incapaci di fornire argomenti a favore della Monarchia e della Repubblica che si stanno combattendo nelle strade. Dovranno decidere in base a quale ordinamento decidere e solo in base a tale presupposto potranno dare risposte tecniche.

La ragione ultima per cui il diritto, a differenza delle scienze empiriche, si basa ultimativamente in tal modo sul senso comune non è che il senso comune disponga in questo campo di una qualche misteriosa sapienza, ma che il diritto è una pratica collettiva, per cui il diritto vigente è quello che tutti pensano che sia. E il nucleo di questa pratica comune è ovviamente un complesso di credenze individuali e collettive. Il diritto vigente è quello che la gente crede che sia.

Come si è detto, il diritto in quasi ogni società è una pratica mista, caratterizzata dalla convergenza delle azioni e credenze di un pubblico generico di destinatari del diritto e di un gruppo di tecnici o clerici (i giuristi).

Ecco perché neppure i giuristi compiono ricerche tecniche per individuare qual è il diritto vigente. Ecco perché non hanno criteri tecnici per individuarlo. Ecco perché la gente comune sa qual è il diritto vigente e nello stesso tempo non sa quasi niente del suo contenuto e comunque può non accettarlo. Il diritto peraltro non è l'unica pratica sociale che funziona in questo modo, con una interazione essenziale tra pubblico laico ed esperti. La più antica e tipica di tali altre prati-

nuo di diritto vigente senza avere la minima idea delle credenze che effettivamente vi stanno dietro, presumibilmente molto varie.

che sociali è la religione, la religione istituzionalizzata dei templi e dei preti. Anche qui, solo i teologi conoscono veramente i punti fini della propria teologia, gli altri si rivolgono a loro quando ne hanno bisogno, inclusi i preti quando non sono essi stessi teologi. Anche con la religione talora ci meravigliamo di come possa il “fedele” laico appartenere a una chiesa senza sapere pressoché nulla dei suoi dogmi e spesso senza neanche osservare molto fedelmente i suoi precetti. Questo è particolarmente vero quando c’è una religione sola in circolazione.

Sostengo dunque che il senso comune giunge ad individuare il diritto vigente con una operazione che ha caratteri unanimi e immediati analoghi alla percezione di un oggetto materiale. È vero quindi che non è una questione semantica, intendendo con questo di definizione e di concetti (di diritto). Del resto la individuazione del diritto non è questione di concetti neppure nella teoria di Hart, nel senso che la sua norma di riconoscimento non è il concetto di diritto.

Mi si conceda tuttavia di riprendere ancora una volta l’esempio del matto alla stazione, che ha ancora una cosa da dirci, mostrandoci un altro aspetto necessario della pratica giuridica normale del senso comune. Perché essa, con tutta la sua immediatezza, funziona in modo sottile e complicato. Oltre alla individuazione del diritto in vigore comprende tacitamente un altro aspetto che chiamo *identificazione* del diritto o identificazione dell’area del diritto nella società.

Per capire la distinzione tra individuazione e identificazione del diritto è necessario tenere presente una articolazione inconsapevole ma necessaria all’interno della operazione di senso comune compiuta dagli spettatori sui marciapiedi della stazione di Pavia. Ho detto che il giudizio di follia è legato ad una individuazione del diritto vigente da parte del falso capostazione, che viene immediatamente ritenuta imperdonabilmente errata dal pubblico, il quale come conseguenza esclude il finto capostazione dal novero delle persone “sensate”. Tutti pensano che il signore di Pavia non sia capostazione e non faccia partire i treni; un momento di riflessione ci mostra che per giungere a tale giudizio il senso comune deve però risolvere *due* questioni distinte. Se andiamo in ordine logico, la prima è la *identificazione* di che cosa sia il diritto e solo la seconda è la *individuazione* di che cosa è il diritto vigente. Intendo dire che la prima è la identificazione generale di cosa conti come diritto, quale sia l’area del giuridico, ciò di cui parliamo e cosa intendiamo quando usiamo i sostantivi, aggettivi e verbi della famiglia semantica del giuridico (e sinonimi in altre lingue); per seconda viene la individuazione di cosa sia il diritto vigente qui e ora, cioè nella società considerata.

È importante notare che il possesso di una nozione di diritto in generale, di solito non consapevole, non è una raffinatezza filosofica e nemmeno uno strumento professionale dei giuristi, non è qualcosa di cui il senso comune possa fare a meno; non è uno strumento concettuale che serva solo al filosofo o allo studioso di diritto antico o di diritto comparato che avrà a che fare con molti diritti vigenti

diversi. Nella storiella, è palese che il signore di Pavia, per essere considerato matto, deve sbagliare clamorosamente la sua risposta alla domanda su cos'è il diritto vigente italiano in quel momento; ma deve anche aver risposto correttamente alla domanda su che cos'è il diritto in generale, deve comprendere allo stesso modo degli altri cosa è il diritto *tout court*. Su questo punto la nozione di diritto del matto deve essere la stessa del senso comune; in altre parole egli deve avere una idea "normale" di quale è il diritto in generale, deve identificare correttamente, come area della propria follia, quel tipo di norme che appartengono alla pratica sociale considerata da tutti giuridica, che vi appartengono secondo l'opinione comune. È questo che gli permette di proporsi come capostazione, sia pure follemente. Non è difficile capire come vanno le cose: il folle affetto da (piccola) mania di grandezza, attribuendosi follemente un potere regolato dal diritto, cerca di dirottare il meccanismo sociale del diritto; deve dividerne a sufficienza i confini di senso comune per poter abusare del meccanismo condiviso, per comunicare il messaggio idiosincratico che gli sta a cuore e che agli occhi degli altri costituisce la sua follia: "Ehi guardate tutti come sono importante, sono io il capostazione qui!".

La scenetta alla stazione sarebbe dunque non solo incomprensibile ma impossibile, non potrebbe essere agita, se il folle non facesse due cose insieme: non capisse allo stesso modo degli altri che cosa è il diritto in generale e non avesse una idea clamorosamente diversa dagli altri su che cosa è il diritto vigente lì e in quel momento (nel suo caso la divergenza riguarda un pezzo minuscolo del diritto vigente). E, cosa non meno importante, se i non-folli invece non facessero correttamente e concordemente tra loro entrambe queste operazioni. Dunque il folle di Pavia non si mette interamente al di fuori del senso comune giuridico, se lo facesse il suo comportamento diventerebbe un indecifrabile delirio, ma ne abusa ponendosi per così dire a cavallo del confine ed è questo che viene letto dagli altri come follia.

Nel senso comune le pratiche concettuali non sempre seguono l'ordine logico a cui siamo abituati dalla analisi logica e semantica. Secondo l'ordine tradizionale dell'analisi concettuale per genere e differenza, prima si affronta il problema di cosa sia il diritto in generale e poi di cosa sia quella sua particolare istanza che è il diritto vigente qui ed ora. Come spesso accade, nel senso comune si procede invece dal familiare al meno familiare; chiedersi che cosa sia il diritto in generale è un passo che rimane implicito e che si fa esplicitamente solo quando gli elementi familiari sono messi in forse, quando ci si trova di fronte al diritto non familiare, per esempio si va all'estero o si studia diritto comparato. Per tutti questi casi straordinari, intendo straordinari per il senso comune, c'è qualcosa che permette al senso comune di identificare il diritto, pressappoco, l'area della coazione organizzata, se vogliamo, l'area del manganello. La brutalità e semplicità di queste de-

terminazione non devono sembrarci un difetto, ce lo ha insegnato Kelsen, perché permettono di comprendere ogni tipo di diritto e non solo quelli che apprezziamo, inoltre permettono di mettere le valutazioni del diritto vigente al proprio posto, cioè *dopo* che lo si è individuato.

Il senso comune dunque possiede nei suoi recessi una nozione implicita (un concetto se vogliamo) di diritto-non-necessariamente-vigente di cui il concetto di diritto vigente è una specificazione. Questo concetto di diritto coincide con i comuni criteri di identificazione dell'area giuridica. La stessa nozione è utilizzata dal senso comune per la comparazione, una operazione divenuta assai frequente nel mondo odierno, visto che avviene ogniqualvolta si sentono notizie giuridiche su un altro paese o si va all'estero e si ha a che fare con il diritto locale. Quanto alla comparazione storica tra diritti, mi sembra sia più rara e con la storia del diritto siamo più di frequente nell'area del pensiero elaborato. È evidente che gli storici, nei loro studi, hanno bisogno di un concetto di diritto ampio e comprensivo, per non trovarsi con strumenti inutilizzabili verso intere culture il cui "diritto" non risponda a una visione ristretta. Il diritto dei Longobardi non possedeva una dichiarazione dei diritti dell'uomo o la separazione dei poteri, e nel diritto imperiale cinese classico c'è la distinzione tra diritto punitivo e riti⁴³, per noi strana, ma nessuno storico penserà per questo di escludere dall'area giuridica l'una o l'altra esperienza. Anche gli storici usano, senza dirlo, la vaghissima nozione di diritto del senso comune, da cui prendono le mosse per dirci che il diritto è più vario di quello che circola nel mondo contemporaneo.

Dunque nel senso comune il concetto di specie, cioè di diritto vigente, è primario; il concetto di genere, di diritto *tout-court* è secondario e viene in superficie solo nei casi (marginali) in cui il senso comune si deve occupare di diritti immaginari, stranieri, passati, futuri.

Ho dunque analizzato il passo fondamentale della pratica giuridica qui delineata come convergenza di attività di senso comune e tecnica. Una attività istantanea e non riflessiva, che si rivela complicata solo sotto il microscopio dell'analisi.

Se ho ragione, alla base della pratica giuridica non c'è nessuna rilevazione e calcolo della effettività socio-psicologica delle relative norme o ordinamenti, c'è solo una pratica sentita come comune. Il tutto si appoggia su indizi variabili e approssimativi, la sensazione che ci sia un diritto è una sensazione partecipatoria, a cui ciascuno porta il suo contributo o il suo rifiuto più o meno netto e sentito ma, individualmente, non decisivo. La "esistenza" delle credenze sociali di questo tipo ha un andamento variabile e complesso. Quando la convergenza della pratica vien

⁴³ Una buona introduzione in R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Roma 1999.

meno in modo sufficientemente grave per un numero sufficiente dei partecipanti, abbiamo dei cambiamenti, non è più quello il diritto in vigore in quella società.

Il diritto è una pratica collaborativa, tale strutturalmente non accidentalmente, come accade invece per esempio alla morale, che può essere individuale o sociale. Mi si permetta un gioco di parole: non esiste un *diritto privato* mentre può esistere una morale privata. Abbiamo una area di comportamenti considerati normalmente giuridici, quella della coazione organizzata. In quest'area si incontra di solito un solo diritto. Ma all'interno della pratica, che tutti identificano e individuano nello stesso modo, solo i tecnici sono in grado di muoversi dopo averne determinato i confini con ben maggiore precisione. Dalla interazione di clerici e profani nascono le caratteristiche del diritto e quando questa interazione si spezza il diritto è in crisi e con lui la società⁴⁴.

Questa analisi non comporta nessuna elevazione del senso comune a portatore di verità assolute o percettore di realtà obbiettive, sia pure sociali. E a nessun unanimità e a nessuna giustificazione del diritto o dei diritti. Ci dice che il diritto è parte del nucleo centrale del senso comune, ma lo sapevamo già, non ci sono società senza diritto. Se non esiste nessuna società senza coazione organizzata, probabilmente non esiste nessuna mente umana senza un posto per la nozione di diritto. Diciamo che un uomo che non capisca cosa sia il diritto non capirà cosa sia di sua proprietà e cosa non lo sia, non capirà la nozione di autorità, e così via. Sarebbe una persona molto più disturbata del matto alla stazione di Pavia.

Non è ovviamente l'unica pratica sociale di questo tipo, possiamo ad esempio considerare la pratica sociale del saluto, anche se enormemente più semplice di quella giuridica. Il saluto che esiste o è in vigore in ogni società o gruppo sociale è quello che la gente pensa che sia: se non fosse così non potrebbero salutarsi. Non ha senso chiedersi se il saluto è veramente quello che la gente crede che sia: *salutare* vuol dire *salutarsi* l'un l'altro in base a regole condivise su cosa conta come saluto; e ciò richiede capire quello che si fa e quello che fanno gli altri e reagire in accordo. Senza questo "unanimità" non (ci) si può salutare, si fanno solo gesti incomprensibili. Non esiste neppure un saluto privato, così come non ci si può

⁴⁴ Per questo non mi sembra perspicuo Alexy quando sostiene che l'argomentazione giuridica è solo un caso speciale dell'argomentazione morale (la *Sonderfallthese*). R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 170 ss. Certo, ambedue, morale e diritto appartengono ovviamente al campo della pratica, del linguaggio e argomenti che guidano le azioni e in questo si assomigliano, esprimendo alla fine pur sempre prescrizioni e scelte d'azione. Fin qui Alexy ha ragione. Ma linguaggio e argomentazione giuridica sono profondamente segnati dalle differenze dall'etica, dalla presenza sullo sfondo della coazione e dalla esigenza della sua amministrazione con ragionevole certezza. Solo alcune morali sociali e istituzionali hanno caratteristiche analoghe al diritto, e ci danno immediatamente l'impressione di avere caratteristiche para-giuridiche. I limiti della posizione di Alexy sono mostrati da M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., § 86.

salutare da soli. È dubbio che esistano società dove non esiste il saluto, dove non ci si sa salutare. Si noti che nella nostra società il saluto è una pratica relativamente semplice, per quanto con molte più sfumature e varianti di quanto appaia a prima vista: non abbiamo bisogno di un gruppo di esperti che ci aiutino a interpretare i punti fini del saluto. Ma conosciamo società più cerimoniose in cui i membri hanno bisogno di imparare a salutare come si deve, per esempio a seconda del rango o del sesso e della situazione e in cui per questo c'è pure un maestro di saluto, la professione di esperto di saluto, che insegna agli allievi una conoscenza complessa delle regole e delle circostanze.

Il momento che Hart descrive come il riconoscimento del diritto vigente si è rivelato all'analisi ravvicinata composto di ben tre momenti: *individuazione* del diritto vigente, *identificazione* dell'area giuridica (concetto di diritto); inoltre operazioni tecniche di *determinazione* dei confini del diritto; nel diritto moderno queste comportano una teoria delle fonti e una norma di riconoscimento e sono evidentemente al di fuori del senso comune. Con la determinazione del diritto cambiano gli utenti e le regole pragmatiche del discorso giuridico, passiamo dal senso comune a un discorso tecnico, un uso che è appreso a scuola⁴⁵.

I confini dei singoli diritti vigenti possono essere più o meno determinati in base alle loro stesse regole; in molti diritti premoderni le fonti del diritto sono formulate in norme consuetudinarie dal contenuto poco determinato in diversi aspetti. Nel diritto moderno in genere si hanno regole giuridiche di riconoscimento costituzionalizzate. I giuristi non hanno una teoria scientifica e una tecnica autonoma per la individuazione del diritto vigente. Pertanto la giurisprudenza va in crisi nelle stesse circostanze in cui va in crisi il senso comune: quando in una società ci sono in circolazione più candidati-diritto⁴⁶. Per convincerne possiamo

⁴⁵ Su questo mi permetto di rinviare al mio *Pragmatica giuridica*, Stem Mucchi Editore, Modena 2016.

⁴⁶ La questione in qualche modo sorse in Italia quando si passò dalla monarchia alla repubblica dopo la seconda guerra mondiale. La questione della legittimità del "Referendum sulla forma istituzionale dello stato" del 1946 fu oggetto di una decisione della Corte di Cassazione. Naturalmente, invano il lettore vi cercherebbe la menzione di un qualunque criterio suscettibile di individuare quale fosse/dovesse essere il diritto vigente. La Corte invece pretende di affrontare e risolvere la questione come se avesse a che fare con un solo diritto (quello monarchico), sul terreno della interpretazione del Decreto Legislativo Luogotenenziale che istituì il referendum e dei risultati del referendum alla luce di tale interpretazione, quindi sulla base del diritto del Regno appena (presuntivamente) defunto. Si veda Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 134 del 20-6-1946. La Corte rispose positivamente alla diversa questione della *legalità* chiedendosi se il referendum fosse stato legale con riferimento al diritto monarchico fino a quel momento vigente. È come se avesse risposto: "Voi monarchici non potete lagnarvi in base al vostro stesso diritto anche se non c'è più". Dunque la Corte non solo evita di porsi la questione di quale regime sia giuridicamente preferibile, a cui non avrebbe potuto rispondere, ma dopo aver scelto la strada della legalità monarchica evita ovviamente la questione che sarebbe stata fondamentale nel diritto monarchico, se era legale per un monarca del Regno d'Italia indire un Referendum volto ad abolire il Regno. Probabilmente non lo

guardare alla immensa casistica delle rivoluzioni, rivolte, ribellioni secessioni invasioni e conquiste della storia.

Ho sintetizzato questo argomento con la metafora del verme della mela; il giurista sa muoversi perfettamente all'interno della sua mela, il *suo* diritto; ma non sa arrivarci; per esercitare la sua conoscenza deve esserci già.

4. *Concezioni del diritto e concetto di diritto*

Ho sostenuto nel paragrafo precedente che il primo approccio al diritto è la sua individuazione come diritto vigente, che essa avviene, sia per i profani sia per i tecnici del diritto, tramite un senso comune innocente di teorie e ideologie. Ma non accade sempre che i giuristi, una volta individuato il diritto vigente mediante i modi approssimativi del senso comune, si abbandonino interamente ai criteri interni che essi rinvencono nella realtà giuridica, si affidino "*perinde ac cadaver*" alle fonti del diritto vigente che si trovano davanti, almeno nella misura in cui queste sono determinate o determinabili. È un valore, che il giurista debba essere quanto possibile *passivo* di fronte al disposto delle norme trovate dal senso comune e in particolare delle norme sulle fonti. Il senso comune rende possibile al giurista di essere passivo nei confronti dei criteri giuridici, almeno nella misura in cui è possibile essere passivi di fronte a norme alquanto indeterminate. Molti giuristi sentono che essere passivi vuol dire essere oggettivi. Quest'ultima parola scivola già irresistibilmente verso l'ideale etico-politico della *fedeltà* al diritto, specialmente alla legge e oggi alla Costituzione. C'è beninteso una discrezionalità ineliminabile, dove bisogna per forza compiere scelte ulteriori, scelte interpretative,

era, la consuetudine costituzionale generale del sistema monarchico voleva che un re potesse abdicare, ma non diseredare il proprio successore e abolire il Regno. A tutti coloro che non facevano parte della Corte di Cassazione, la questione della corretta interpretazione del Decreto legislativo in realtà interessava ancor meno di quella dei limiti monarchici dei poteri costituzionali dei Re, visto che una maggioranza dei cittadini aveva appena votato di abolire l'ordinamento monarchico. Quello che accade è che la Corte *presuppone* che il referendum sia la fonte di un ordinamento nuovo, ma procede a interpretare il decreto istitutivo per un suo aspetto secondario, rivestendo così l'argomento democratico e rivoluzionario del referendum di una natura pseudo-giuridica e di una pseudo-continuità nella legittimità monarchica, che era l'oggetto tradizionale della competenza della Cassazione. Vorrei ricordare un caso analogo, quando il 3 marzo 1986 con l'*Australia Acts* l'Australia interrompe, con legislazione concorde tra U.K. e Australia, il riconoscimento della competenza di organi giuridici superiori nel Regno unito, divenendo così uno stato del tutto indipendente, sia pure con la stessa Regina del Regno Unito. La leggenda dice che vennero appositamente commessi errori nella procedura (lato australiano), perché non si potesse dire che la indipendenza era stata concessa dal Regno Unito. Strada apparentemente opposta di quella seguita della Corte di Cassazione italiana, ma in realtà sono entrambi tentativi di presentare questioni extra-giuridiche come questioni endo-giuridiche.

perché non si può essere fedeli al diritto dove questo non ci dice cosa fare, o meglio in questi casi la fedeltà richiede che si eserciti la discrezionalità.

L'ideale della passività o fedeltà verso i criteri determinativi interni a un diritto viene indicata dai giuristi pensanti con frasi apparentemente neutre del tipo "accostamento al diritto da giurista positivo", "studio del diritto positivo", dove la comparsa dell'aggettivo *positivo* è in realtà la rivendicazione di una chiusura polemica, sostiene senza dirlo che sia possibile e forse anche facile accostarsi al diritto in modo "obbiettivo" e "scientifico" e "solo giuridico", senza ingombrarsi di problemi filosofici, di teorie, premesse cognitive e prescrittive e di concetti troppo generali. Teorie e concetti filosofici, un mare di problemi dibattuti per secoli, vengono espunti con un uso apparentemente pedissequo e passivo delle sole parole e dei concetti che il giurista trova nei testi normativi, producendo una teoria generale depurata della terminologia filosofica e dei problemi metafisici. I presupposti filosofici rimangono in realtà operanti, ma non discussi. Sia il giuspositivismo critico sia il realismo giuridico hanno sostenuto a lungo che questo approccio omissivo alla teoria generale è una ideologia che permette al giurista e al giudice di operare scelte filosofiche che influenzano il suo operato, senza dichiararle e giustificarle.

Quando Herbert Hart scrisse il suo famoso manuale di filosofia del diritto, lo intitolò *Il concetto di diritto*. Desiderava riappropriarsi del concetto di senso comune, secondo l'approccio della filosofia analitica del linguaggio ordinario, pensando di poterne trarre importanti lezioni per la teoria giuridica. Come avvenne. Dal canto mio ho cercato nel mio piccolo di seguire questa linea. Il concetto di diritto non è solo necessariamente presente nel senso comune per identificare l'area del giuridico, ma viene usato da pensatori, filosofi e giuristi per insinuare nel diritto idee e valori. Si compie questo esercizio inserendo degli aspetti preferiti nella definizione del concetto di diritto. Più che di migliorarne la descrizione, si tratta di avvalorare un aspetto o svalutarne qualche altro.

Supponiamo ad esempio che qualcuno produca un concetto di diritto "arricchito" da una riserva monarchica. A dire il vero è stato fatto per secoli, per esempio sostenendo la somiglianza tra l'ordinamento dello stato e quello della famiglia, la famiglia patriarcale beninteso. Ecco si rafforza senza bisogno di dimostrarla l'idea che la gestione dello stato e del diritto è possibile solo con una organizzazione monarchica, che è "naturale" che a capo dello stato ci sia un monarca, ereditario e magari anche assoluto. Se poi inversamente la concezione monarchica e maschile della famiglia aveva bisogno di dimostrazioni, si citava l'esempio dello stato. È una coppia che ha dominato il mondo della dottrina dello stato per secoli, una scelta concettuale che rafforza l'idea monarchica, rendendola per così dire vera per definizione.

È il momento di vedere quale influenza abbiano sulla pratica giuridica professionale e sulla giurisprudenza simili concetti arricchiti⁴⁷ di diritto che circolano nella nostra cultura giuridica, diversi da quello informale ma necessario e fondante del senso comune. Ovvero di chiedersi con quali meccanismi concettuali i pregiudizi dei giuristi possono influenzare la loro visione del diritto e quindi la descrizione che ne danno e quindi il diritto stesso.

Ebbene, il concetto di diritto è il luogo non solo degli aspetti comuni, che ci devono essere perché costituiscono il sottofondo della reciproca comprensione, ma anche degli aspetti idiosincratici delle concezioni del diritto, dei dissensi, delle aspirazioni etiche, conoscitive politiche e di interesse più o meno divergenti. Tali concezioni servono a influire sul diritto oltre che descriverlo⁴⁸. Potremmo dire che lo descrivono con effetti ricostruttivi. È *metagiurisprudenza prescrittiva* perché mira a influenzare la cultura giuridica e il diritto⁴⁹. Praticata peraltro solo da una piccolissima minoranza di giuristi e filosofi, perché pochissimi sono quelli che coltivano concezioni del diritto complessive e ancor più rari quelli che cerca-

⁴⁷ Si ottiene un simile effetto anche togliendo. Si considerino le concezioni del diritto dei diritti, che eliminano la coazione dalla definizione del diritto. Non perché si pensi veramente che possa esistere diritto senza coazione, ma credendo così di diminuire la centralità della sanzione/coazione nel diritto. Eppure Marx ha spiegato bene che quando non avessimo più da gestire la coazione, non avremmo più il diritto come lo conosciamo. Non avremmo più neppure l'uomo, come lo conosciamo, ma qualcosa di profondamente diverso.

⁴⁸ Ad un punto mediano della sua lunga polemica contro il giuspositivismo (in *Law's Empire* cit., p. 33-35) Dworkin attribuisce agli avversari giuspositivisti oltre alla *plain fact view*, anche la *semantic view*; se capisco bene perché non è chiarissimo, questa concezione sosterebbe che il pensiero giuridico si fonda sull'utilizzo di un concetto, forse proprio il concetto di diritto. Per quanto mi riguarda, ritengo che un concetto si possa certamente estrarre dalla pratica sociale (metodologia descrittiva) e questo ho cercato di fare nelle pagine sopra. Un concetto può essere anche usato come cardine di una proposta metodologica *prescrittiva*. I giuspositivisti critici certamente propongono un concetto di diritto; ma la critica di Dworkin alla *semantic theory* mi pare si rivolti contro di lui. È proprio Dworkin che usa una concezione fortemente idiosincratica e caratterizzata del diritto, quindi metodologicamente prescrittiva, un concetto di diritto fortemente idiosincratico, nel tentativo di influenzare la pratica, incoraggiando una giurisprudenza che dovrebbe essere o diventare energicamente interpretativa ad ispirarsi al principio della uguale dignità e rispetto nonché della integrità. Dworkin ha avuto un moderato successo nell'influenzare i teorici del diritto, uno scarso successo nel convincerli e non sono in grado di dire quanto abbia influenzato la giurisprudenza anche solo nel suo paese; l'impressione è che tale influenza sia stata scarsa.

⁴⁹ Bisognerebbe ricordare le distinzioni di N. Bobbio, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1968, pp. 475-486. La metagiurisprudenza può essere descrittiva o prescrittiva a seconda che descriva come procede la giurisprudenza o prescriva come dovrebbe fare. Quanto al contenuto della prescrizione si può prescrivere alla giurisprudenza di descrivere oppure di prescrivere (per esempio Kelsen prescrive alla giurisprudenza di descrivere). Ovvero si può descrivere il fatto che la giurisprudenza prescriva o il fatto che descriva. Infine ci sono ovviamente i discorsi misti, che sono alla fin fine quelli che ci interessano di più. Per esempio quando si dice che il modello esistente di giurisprudenza va bene così com'è; ovvero che non va bene e va modificato.

no di esplicitarle. Bisogna osservare che la maggioranza dei giuristi ne fa a meno e campa alla giornata. Anche nelle sedi più elaborate, dai lavori scientifici dei giuristi accademici alle sentenze delle supreme corti, le concezioni del diritto e le teorie di ampia portata si usano raramente, talora come ornamenti del discorso, talora *à la carte*, a seconda che vengano utili nell'argomento sottomano, anzi talora se ne trovano diverse, incompatibili, nella stessa pagina.

È utile applicare del concetto di diritto una distinzione analitica ben nota, quella tra concetto e concezione⁵⁰ che si aggiunge a quella già menzionata di *essentially contested concept*. È stata introdotta dalla filosofia analitica per ristabilire il senso della discussione filosofica. Ai primordi della filosofia analitica (si pensi al neopositivismo) l'approccio alla varietà dei concetti e delle definizioni era piuttosto paradossale. L'analisi consisteva nel congelare i concetti con definizioni e rendere chiara e tener ferma una definizione nel corso della discussione ed ogni cambiamento nei concetti era rappresentato, per così dire, dal modello del fotogramma, come una successione di stati diversi, definizioni diverse, da mettere a confronto in successione.

Nel caso delle scienze naturali le definizioni vengono confrontate in base alla loro utilità nel costruire teorie e il discorso progredisce; nel caso della filosofia non è chiarissimo cosa si può fare delle divergenze concettuali, perché non è chiaro al paleo-analista come si valuti il discorso filosofico. La conclusione della prima filosofia analitica fu spavalda: la discussione filosofica non ha senso perché è un equivoco sulle definizioni, ci si metta d'accordo sulle definizioni con una opportuna ridefinizione o definizione stipulativa e la filosofia svanirà. Quella filosofia analitica evidentemente non era molto tenera verso la storia della filosofia e la filosofia stessa⁵¹.

Il fatto è che le questioni di definizione non sono solo questione di chiarezza. Le definizioni sono pezzi di teorie e spesso nelle definizioni sono contenuti anche presupposti di fatto; le definizioni sono una parte della nostra visione delle cose. Una definizione di diritto è un pezzo essenziale della nostra idea di cosa sia e debba essere questo aspetto della società. Una filosofia analitica più matura ha

⁵⁰ La distinzione tra concetto e concezione di diritto è centrale nell'analisi di Vittorio Villa, in *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, cit. e Id., *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle concezioni teoriche del giuspositivismo*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino, 1991.

⁵¹ Il giurista Glanville Williams applicò la tesi della inutilità delle discussioni ai concetti alla filosofia del diritto, in quello che fu probabilmente il primo saggio analitico di filosofia del diritto. Glanville Williams, da neopositivista non era molto ben visto nella Oxford di Hart, il quale gli dedica solo una stentata noterella in *The Concept of Law*. Molto più popolare fu G. Williams tra i filosofi del diritto analitici italiani, come Scarpelli. Infatti il saggio di Williams apre la raccolta dei filosofi del diritto analitici curata da Scarpelli: G. Williams, *La controversia a proposito della parola «diritto»* (1945), in U. Scarpelli, a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano 1976, p. 43 ss.

ammesso che una discussione filosofica sui concetti può legittimamente avvenire in termini analitici. Questo spesso avviene perché i contestanti condividono un concetto, per esempio il concetto di giustizia come uguaglianza, e divergono su alcuni suoi parametri, per esempio i diversi criteri di uguaglianza. Il concetto dunque è il minimo comun denominatore e le concezioni riguardano i punti in discussione.

Quello che non tutti condividono, pur continuando ad intendersi a sufficienza, quello che può essere idiosincratico, sono le diverse concezioni dello stesso concetto di diritto. Si consideri, come esempio, la concezione marxiana e marxista del diritto per cui esso è determinato interamente da qualcosa chiamata lotta di classe. Come possono i marxisti discutere con coloro che non credono che questa proposizione sia abbastanza definita e nella misura in cui lo è non sia universalmente vera? Tuttavia il marxismo applica la propria concezione del diritto come sovrastruttura dei rapporti economici di produzione a un'area di fenomeni sociali che corrisponde al concetto comune di diritto e inoltre fa riferimento esplicitamente alla coazione organizzata. La teoria della lotta di classe mira a spiegare come si organizza la sanzione (la repressione) in una società. Così Kelsen può condividere la tesi di Marx fin dove questi parla del diritto come organizzazione della repressione e contestare il resto (concezione) di Marx sulla funzione sociale del diritto.

A questo punto, provo la tentazione indecorosa di confrontare le teorie del diritto, che propongono concezioni complessive e idiosincratice del diritto, alla follia del matto alla stazione di Pavia. Non sarei il primo a farlo, visto che spesso i giuristi cedono alla tentazione di considerare i filosofi del diritto come un po' matti.

Del resto mettere in ridicolo i problemi filosofici fondamentali è una strategia comune in ogni istituzione, la strategia più frequente ed efficace essendo invece il silenzio. Nel nostro caso entrambe si basano sulla illusione che la pratica e la teoria della giurisprudenza possano evitare i problemi filosofici. Peraltro anche il giurista meno paziente verso le complicazioni filosofiche non pensa veramente che il teorico del diritto sia matto nello stesso senso di colui che crede di essere Napoleone. I filosofi (e tutti siamo filosofi *part-time*) hanno il compito di analizzare l'ovvio; quindi chiediamoci che differenza c'è tra chi, in un mondo pieno di orrori, dichiara improvvisamente che il diritto è pervaso dal valore dell'uguale dignità e rispetto e chi pensa improvvisamente di essere capostazione a Pavia. Aiuta a dare fiducia, ma non può essere conclusivo, il fatto che il teorico sia anche giurista, cioè che conosca il diritto vigente di cui tratta. Il possesso di conoscenze tecnico-giuridiche aiuta a sostenere l'apparenza che si sappia di cosa si parla; ma non può essere sufficiente, dopotutto mentre da un lato è vero che non tutti i teo-

rici del diritto conoscono bene il proprio diritto, dall'altro lato non tutti i giuristi positivi sono sani di mente⁵².

Come ho detto, è intrinseco alla dialettica tra concetto e concezione che le diverse concezioni "non vadano fuori tema" cioè non vadano al di là di variazioni sul tema e che rientrino nell'ambito del concetto comune, ma questo è un requisito così minimale che di solito viene dato per scontato. Quando si parla di teoria *del diritto* ci si aspetta che non si parli di astronomia. Si è visto che anche il folle malato di mania di grandezza può appropriarsi di una posizione giuridica solo se ha una corretta nozione di cosa conti come diritto. Ugualmente le variazioni del teorico devono rientrare in qualche modo tra le idee giuridiche diffuse e plausibili e devono essere presentate in collegamento con caratteristiche considerate indubbiamente parte del diritto, insomma deve dare una interpretazione o una lettura credibile di quanto avviene nella sua cultura nell'area della coazione organizzata, oppure le sue osservazioni non verranno considerate rilevanti⁵³. Alcuni pensatori sono più convincenti di altri nel coniugare il solito con l'insolito; questo, per esempio, è una parte considerevole del genio di R. Dworkin.

Il senso comune ha una modalità semplice di controllo della follia, che secondo me non va sottovalutata neppure in questi casi. Guarda infatti con diffidenza alle tesi (giuridiche) che comportano un diretto *self-aggrandisement* di chi le propone. Un qualunque solitario pseudo-Napoleone o pseudo-principessa-Anastasia incontra assai rapidamente il giudizio di follia, a meno che non paia invece un truffatore. Consapevole che il diritto è una impresa sociale, la gente si aspetta che la grandezza e la titolarità di poteri giuridici vengano sostenuti da *altri*, è per questo che il re dei tempi storici girava circondato da flabelliferi o littori. È una richiesta del tutto sensata e legittima vista la natura sociale e collettiva dell'impresa giuridica.

Qualcosa di analogo a questo sentimento non è privo di effetti anche nell'area teorica. Qui non si tratta di credersi imperatore, non si tratta di follia, ma si tratta di sostenere che al diritto appartengano necessariamente caratteristiche non del tutto ovvie, che al proponente sembrano importanti o essenziali. La discussione teorica è alquanto più accogliente verso il *self-aggrandisement* che non il senso comune. Proviamo a dirlo nel modo più brutale, capovolgendo la cosa: una con-

⁵² Un caso famoso di paranoia con delirio di grandezza fu quello di un alto magistrato, Daniel Paul Schreber, Presidente della Corte di Appello di Dresda. Il quale ha descritto egli stesso il proprio delirio in un libro pubblicato nel 1903, *Memorie di un malato di nervi*. Il caso è famoso perché fu studiato da Freud come prototipico caso di paranoia. Il Presidente Schreber, a quanto si capisce, si attribuiva poteri e capacità non giuridiche ma "mistiche", quindi la sua follia non aveva a che fare con il diritto. È possibile pertanto che le sue sentenze fossero giuridicamente corrette. Lo scritto di Freud si trova in italiano in S. Freud, *Casi clinici*, 6: *Il presidente Schreber* (1910), Bollati Boringhieri, Torino, 1975.

⁵³ Qualcuno dirà: "Hai visto l'ultimo articolo di Jori? Poveretto, è diventato proprio strano".

cezione che sottolinea un aspetto del diritto piuttosto che un altro ha spesso come risultato la tutela degli interessi, degli obbiettivi o dei valori di chi la propone, beninteso indirettamente e in linea generale. Questo viene notato spesso ed è al centro del concetto di *ideologia*, la tutela di valori o interessi sotto la apparenza di descrizione e conoscenza o di definizioni. La differenza tra ideologia e follia con usurpazione peraltro non sta solo nella natura indiretta e generale della ideologia, non ci accontentiamo del fatto che Savigny sostenesse che la elaborazione del sistema deve essere affidata alla giurisprudenza dottrinale, di cui Savigny era guarda caso un illustre membro, piuttosto che sostenere che lui stesso, Friedrich Carl von Savigny, era il vero Kaiser. Come si è detto, una concezione propone una visione non solo coerente ma in qualche modo credibile in base alle opinioni correnti del diritto e almeno in questo senso debolmente razionale. Quella di Savigny era indubbiamente una concezione del diritto che incarnava mirabilmente un modo di vedere il diritto del suo tempo e del suo paese.

Una concezione del diritto dunque, per quanto idiosincratica non è la appropriazione folle di una carica pubblica. Ma non bisogna dimenticare che le tre o quattro principali concezioni contemporanee del diritto hanno tutte una implicazione anche prescrittiva: si sottolinea un aspetto del diritto, del legislatore, della giurisprudenza o dello studio del diritto o delle costituzioni, ma si chiede anche che questo aspetto sia potenziato, che ad esso sia data più importanza nella pratica giuridica, nella politica e nella teoria del diritto. Si auspica che si rafforzino i poteri di alcuni operatori del diritto piuttosto che di altri.

5. *Il vecchio e il nuovo*

Riprendendo ora alcune osservazioni fatte nel primo paragrafo, se ordiniamo le concezioni del diritto in base al loro rapporto con il diritto vigente, possiamo trovare tra loro un evidente tratto comune. Le più diffuse e influenti concezioni, pur differenziandosi ed essendo in disaccordo su molte cose, si assomigliano per l'entusiasmo che dimostrano nel rilevare le novità del diritto del loro tempo. È evidente che ciascuna, nel suo tempo e ambiente giuridico, si è trovata di fronte a innovazioni importanti del diritto e non si può non vedere che queste novità al di là dei tentativi di distacco "scientifico" sono anche vivamente approvate, sono viste come progresso.

Ho più volte preso ad esempio di questo entusiasmo il giuspositivismo degli inizi, la Scuola dell'Esegesi coeva alla introduzione del Codice civile francese. Qui il teorico si trovava di fronte alla novità del Codice, un diritto civile che si presentava completo, sistematico, coerente e in effetti incarnava queste qualità in

grado radicalmente superiore al passato; ed ecco una concezione del diritto⁵⁴ che sottolinea e sponsorizza queste caratteristiche, il Codice. Altrove, abbiamo una teoria fatta a misura di un forte diritto parlamentare, con un parlamento dai poteri giuridicamente illimitati, in cui il diritto legislativo è l'elemento innovatore di un diritto giurisprudenziale raffinato; ecco l'imperativismo di John Austin. O si pensi alla concezione del diritto della scuola storica, cui si è accennato or ora menzionando Savigny, guarda caso così singolarmente adatta a rispecchiare e valorizzare il diritto e la cultura giuridica dominante nella Germania del suo tempo. Ed ora è arrivato il neo-costituzionalismo che isola ed eternizza con un *definitional stop*⁵⁵ il diritto delle costituzioni rigide e delle dichiarazioni dei diritti dell'Occidente, sviluppato negli ultimi due secoli a partire dal grande esperimento costituzionale della Rivoluzione americana⁵⁶ e diffuso dappertutto a partire dalla seconda guerra mondiale.

Il diritto è una pratica in cui si tenta di controllare le azioni sociali attraverso norme e coazione organizzata. Il senso della pratica giuridica, il senso minimale, è questo. Secondo Scarpelli questo fa sì che la giurisprudenza e la teoria debbano rassegnarsi ad avere una inevitabile portata normativa, non scientifica. Quanto ho detto delle concezioni del diritto sembra confermarlo. La teoria del diritto non è per questo condannata alla ideologia, a fingere di descrivere mentre in realtà cerca di prescrivere. Può evitare l'ideologia, secondo Scarpelli, solo dichiarando le scelte normative e politiche che le proprie concezioni e teorie comunque hanno. Cioè verso quali scelte si cerca di influenzare la pratica giuridica. Solo andando caparbiamente ad analizzare i propri concetti per enuclearne le parti che implicano valutazioni. Il modello teorico di Scarpelli è ispirato in questo al modello parlamentare, dove la legislazione è basata su scelte di valore (scelte faziose se vogliamo) compiute pubblicamente e attribuite alla responsabilità politica della parte che le propone.

Tutto questo accade perché, come ho detto, il diritto è un fenomeno diverso da un oggetto materiale, con una esistenza diversa da quella degli oggetti materiali, indifferenti a quello che pensiamo di essi. Il diritto è composto da comportamenti umani mossi da credenze, e queste non si vedono e non si toccano; le cre-

⁵⁴ Sul tema ho utilmente consultato: P. Chiassoni, *Scuola dell'esegesi. Progetto di voce per un "Vademecum" giuridico*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2, 2003, pp. 335 ss.

⁵⁵ L'espressione è di H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (1968), OUP 2^a ed. 2008, p. 5 che lo chiama un "*abuse of definition*". È ovvio che per Hart non tutte le definizioni teoriche sono abusi, solo quelle che servono a celare scelte di valore.

⁵⁶ Secondo S.E. Finer, *A Theory of Government*, O.U.P., Oxford 1997, vol. III, p. 1501 ss. la Rivoluzione americana inventò non solo il governo costituzionale, ma anche "inventò l'invenzione" del governo e dello Stato, cioè l'idea che una forma di stato possa e debba essere progettata, discussa e stabilita nei dettagli istituzionali, come un meccanismo. Un'idea illuminista e rivoluzionaria che venne ripresa e diffusa dalla Rivoluzione Francese e che da allora ci sembra ovvia.

denze sono influenzate da altre credenze, significati, linguaggio, dalle descrizioni e teorie su di esse e specialmente su cosa è importante in esse. Di questo va tenuto conto se non vogliamo proporre delle finzioni.

Con questo non ho sostenuto che il mondo del diritto sia un mondo di folli o semi-folli, che usano i concetti con totale disinvoltura per ottenere qualche vantaggio di posizione. Ci sono tuttavia delle somiglianze curiose, che non mancano di scandalizzare gli estranei e vanno attentamente considerate. Per esempio gli avvocati in tribunale dicono cose faziose, sia pure a vantaggio di altri e non a vantaggio immediato di sé stessi. E la fanno franca quando sposano la tesi opposta col cliente successivo. Se il metodo giuridico, l'argomentazione che accompagna le azioni giuridiche, non è una illusione, è vero tuttavia che le sue premesse non sono molto rigide e definite, quindi è relativamente facile far scivolare qualche premessa interpretativa *ad hoc* in una argomentazione giuridica, per assicurarsi una conclusione gradita. In certe circostanze lo fanno tutti, tutti se lo aspettano, questo a quanto pare rende la pratica accettabile.

In termini sufficientemente generali, questa pratica prende la apparenza della teoria. Si parla ad esempio di teorie della interpretazione giuridica, quando si tratta in realtà della scelta di un possibile argomento interpretativo, all'improvviso preferito tra tutti i possibili, per assicurare la conclusione preferita presentata come l'unica possibile, la *right answer*. Questo tipicamente è il *modus operandi* di Robert Alexy, il quale ci presenta nei suoi libri lunghi elenchi di argomenti giuridicamente opinabili come fossero dimostrazioni, aggiungendo appunto di volta in volta premesse *ad hoc*. Puntualmente e minuziosamente il giusrealismo, da almeno cinquant'anni, nega la cogenza di simili argomenti interpretativi (molti giusrealisti peraltro proseguono nella direzione dello scetticismo completo, dove non li seguono).

Peraltro sono rari i giuristi con una concezione del diritto elaborata, alla Savigny, alla Hart, alla Alexy o alla Dworkin. La maggior parte aggiunge argomenti *à la carte* quando servono nei singoli casi. I limiti di questo modo di procedere sono due: che è sotto mentite spoglie, quindi ideologico; e che il metodo è più incerto dei risultati sostanziali che dovrebbero essere basati su di esso, quindi inutile⁵⁷.

A questo punto, direi che il neo-costituzionalismo, soffre del limite di fondazione di ogni concezione del diritto che pretende di essere il concetto. Il suo

⁵⁷ Una tesi analoga alla distinzione tra concetto e concezione a proposito del giuspositivismo è adombrata da J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. by M. Cohen, Duckworth, London, 1984, trad. it. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., p. 260 ss. La distinzione di Coleman è fatta per rispondere alle obiezioni di Dworkin alla sua nozione di positivismo giuridico, ma osservo che in sostanza il suo *negative positivism* è composto da elementi minimali che qualcuno vorrebbe integrare con l'aggiunta di una più ricca e controversa panoplia di caratteristiche (dunque si tratta di una concezione) nel *positive positivism*.

aspetto ideologico è di mettere in ombra alcune delle implicazioni meno attraenti e certamente meno nuove dei diritti costituzionalizzati⁵⁸. Questa è ideologia, la cosa è stata già più volte rilevata. Nella sostanza è pur sempre connessa al trionfalismo, che appare oggi così evidente per altre concezioni del diritto trionfalistiche del passato. Questa somiglianza tra le concezioni vecchie e nuove è perfettamente rilevata, per quanto riguarda la interpretazione, da Claudio Luzzati: “il freddo teorico del diritto, d’altra parte, potrebbe cinicamente osservare che in realtà non è cambiato niente. Per i giuristi che si fanno suggestionare dalla metafora della bilancia, la ponderazione è un procedimento infallibile, né più né meno di come appariva il sillogismo nei sogni dei positivisti ottocenteschi [...]. L’acida conclusione potrebbe essere la seguente: proprio come avveniva ieri col sillogismo, anche oggi con la ponderazione si cerca di spargere una fitta cortina fumogena per proteggere le operazioni della classe giudiziaria e degli addetti ai lavori dalle critiche”⁵⁹. Ogni aspetto del diritto che oggi sembra magnifico e progressivo domani mostrerà i suoi limiti e i suoi inconvenienti; la concezione che lo magnifica verrà accusata di aver nascosto il modo in cui i poteri del momento ne avranno usato e abusato, sembrerà superata e vecchia. Esattamente come accade oggi per i codici e la scuola dell’*esegesi* o per l’ideale monarchico dietro l’accentramento di Luigi XIV o per l’illuminismo pre-codificatore di Maria Teresa; o per l’imperativismo parlamentare del secolo d’oro della Gran Bretagna. Gli storici del futuro dovranno scrivere libri per convincere i posteri che le costituzioni e le dichiarazioni dei diritti fatte ai nostri tempi furono un grande progresso. Eppure non solo i meriti ma anche i limiti etico-politici del costituzionalismo sono già ben evidenti a chi non vuole farsi ciecamente partigiano del presente. L’enuncia con la forza necessaria, ma anche con equanimità, Anna Pintore: “[il neo- costituzionalista] in realtà tratta come inevitabile, unanime e irreversibile solo un prodotto contingente, una tra le possibili declinazioni del contratto [sociale], di solito frutto di un com-

⁵⁸ R. Dworkin in *Law’s Empire* sostiene la co-estensionalità del diritto come da lui concepito con il diritto dei giuspositivisti. Come ho detto, non capisco bene quale sia il criterio o il modo in cui tale co-estensione verrebbe ottenuta. Egli imputa dunque ai giuspositivisti non un errore di delimitazione del diritto ma una insufficienza di comprensione o interpretazione di questa area comune. Non fosse che sugli *obiter dicta* di Dworkin non si può fare alcun affidamento, questa osservazione sarebbe compatibile con la mia tesi della compresenza di concezioni diverse nella stessa area giuridica approssimativamente identificata dal senso comune.

⁵⁹ C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, cit., nel Cap. IV intitolato “Dalla catena alla bilancia” (cioè dalla catena del ragionamento sillogistico alla bilancia del bilanciamento dei principi), p. 322. Luzzati nota anche le differenze tra paleo-giuspositivismo e neo-costituzionalismi di oggi nella possibile maggiore apertura e provvisorietà delle conclusioni ottenute con il metodo della ponderazione dei principi rispetto alla dogmatica sistematica *d’antan*. Salvo poi notare che tale maggiore apertura è peraltro assente in alcuni autori come Dworkin e Ferrajoli (Luzzati, op. cit., pp. 323-4); indipendentemente dal modo specifico in cui ciascuno ritiene che il diritto possa e debba giungere alle conclusioni corrette (le loro).

promesso più o meno stabile o fragile, e comunque legato a una storia particolare (anche se si tratta di una storia che ha la pretesa di imporre universalmente la propria razionale superiorità).⁶⁰ Pintore sta dicendo una parola a favore del principio democratico, che con tutti i suoi inconvenienti ha anche il vantaggio di non essere legato a una specifica dottrina dei diritti, che varia per ogni teorico che la propone.

Qual è il rapporto tra le idee qui esposte e le concezioni del diritto parti di una ormai secolare discussione?

L'analisi di metagiurisprudenza descrittiva sviluppata in queste pagine pretende di mettersi per un momento al di sopra di tutte queste concezioni del diritto. Per fare teoria del diritto bisogna per un istante pretenderlo; pur sapendo che qualunque soluzione proposta entrerà nel novero delle idee normative che vanno valutate anche per il loro possibile effetto normativo sul diritto. Per questo devo menzionare una osservazione che mi muove Juan Ruiz Manero, commentando il mio libro del 2010⁶¹. Credo che in effetti Manero individui la più grave e generale difficoltà non solo della mia posizione ma di ogni tentativo di giuspositivismo metodologico.

“Si tengo razón en mis intuiciones, y estas dan cuenta, efectivamente, de creencias compartidas en la comunidad jurídica, tales creencias son incompatibles con la opción de Mario [Jori] por una propuesta de metodología jurídica como la “hecha por Hans Kelsen con su acostumbrada claridad, y continuada por los Bobbio, los Hart y los Scarpelli, que impone a la ‘ciencia jurídica’ detectar u declarar la indeterminación, y a la jurisprudencia manifestar el ejercicio de su propia discrecionalidad ineliminable” (p. 120). Optar por esta propuesta implica considerar que nuestras comunidades jurídicas están equivocadas en un punto central de su manera de entender su propia práctica, y esto, a su vez, es incompatible con entender, como entiende Mario en un pasaje que ya he citado, que la práctica de nuestras comunidades jurídicas “en su conjunto hace lo que dice hacer y lo hace en el modo en que piensa que lo hace” (p. 15). Pues las discusiones que en nuestras comunidades se generan en torno a las decisiones judiciales parecen suponer, a mi modo de ver y por decirlo con Robert Alexy, la aceptación de la idea de la “única respuesta correcta” como idea regulativa”.

Manero dunque obietta che, secondo la mia ricostruzione, la giurisprudenza funziona solo perché ideologicamente essa tiene celata la natura discrezionale

⁶⁰ A. Pintore, *I diritti insaziabili*, “Teoria politica”, 2, 2000. L'autrice difende (con misura) il principio democratico, come un principio che nelle costituzioni moderne dovrebbe equilibrare i diritti (concessi da un costituente storico e interpretati dai giudici).

⁶¹ J. R. Manero, *Aclarar lo que, una vez aclarado, resulta obvio. Sobre Del diritto inesistente de Mario Jori*, “Diritto e questioni pubbliche”, 2011. Si veda anche la prefazione della edizione in castigliano del libro.

delle proprie operazioni e quindi nasconde il proprio potere. *Arcana imperi* si sarebbe detto nel Seicento. Ogni tentativo di andare oltre sarebbe per il giurista un passo verso la distruzione della pratica giuridica.

Confesso che questa critica mi mette alquanto a disagio. Mi consolo osservando che questo problema non riguarda solo il mio libretto. La principale debolezza messa in luce dall'argomento di Manero, secondo me, è intrinseca a questo tipo di lavori analitici. Posso citare, a questo riguardo, un notissimo scritto di Herbert Hart, *The Nightmare and the Noble Dream*⁶². L'incubo di cui parla Hart in questo saggio è appunto il sospetto che i giuristi riescano a svolgere la loro funzione nella società solo in quanto fingono di fare quello che non fanno e fanno quello che non si deve sapere che fanno. In breve, solo perché imbrogliano. Il nobile sogno di cui parla il titolo naturalmente è quello di Ronald Dworkin, che esista una unica corretta risposta a tutte le questioni giuridiche. Ma cosa fare se si deve concludere che una parte considerevole del diritto, che si finge o sogna di ritrovare già formato e fissato in norme generali, risulta inventato dai giudici e giuristi al momento della applicazione? Se i giudici si inventano le risposte in sede di applicazione, se il metodo giuridico non è affatto solo una cinghia di trasmissione, tramite le parole della legge, delle decisioni di un potere politico legittimo perché democratico, allora le decisioni sono in parte il prodotto di un potere nascosto, nascosto in piena luce, che non può essere considerato legittimo in quanto nascosto e soprattutto perché non è legittimato dal principio democratico. Giudici e in minor misura i giuristi rientrerebbero allora fin troppo bene nella categoria dei piccoli tiranni di cui parla Montesquieu⁶³. A ovviare questo pericolo aspirano tutte le risposte della *right answer*. L'inconveniente della risposta dworkiniana, come pure di quella di Alexy, è che non sappiamo cosa farcene di una risposta giusta che, a quanto pare, nessuno riesce a dimostrare e forse neppure a formulare.

Sull'altro versante abbiamo le teorie interamente scettiche, al modo del giusrealismo scettico, che incarnano senza esitazioni il *Nightmare* dei giuristi, per cui il pensiero giuridico è una forma di superstizione il cui funzionamento sociale dipende dalle illusioni o dal cinismo dei partecipanti. Il giusrealismo ci ha mostrato quanta incertezza rimanga nella interpretazione e applicazione delle regole anche più dettagliate, figuriamoci per la interpretazione/applicazione di principi espressi in testi altisonanti e sommari come le costituzioni nella parte delle di-

⁶² L'articolo venne originariamente pubblicato nella *Georgia Law Review* del 1977. È considerato giustamente così significativo da essere ripreso nel titolo della bella biografia di H.L.A. Hart: N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart, The Nightmare and the Noble Dream*, OUP, Oxford 2004.

⁶³ Il signor di Montesquieu, *Spirito delle Leggi*, lib. VIII, cap. II §34: "Ei si forma de' piccoli tiranni che hanno tutt'i vizi d'un solo. In breve ora diventa insoffribile tutto ciò che vi resta di libertà, s'alza un solo tiranno ..." (1748), Dalla Tipografia del Monitore delle due Sicilie, Napoli 1819.

chiarazioni dei diritti. Il problema dei metodi “nuovi” dei neo-costituzionalisti è che sono in realtà nella forma vecchissima delle interpretazioni di dichiarazioni apodittiche e di principio; una attività più vecchia ed enormemente più incerta della interpretazione di testi sistematicamente ordinati di regole di condotta. Il loro grado di metodicità è scarso, nel senso che il metodo è più controverso delle soluzioni che aspira a raggiungere.

Un mio vecchio articolo *Il giurista selvaggio*⁶⁴ è ispirato alla discussione che rivoluzionò l'antropologia culturale post-vittoriana. Il pensiero selvaggio per l'antropologo post-vittoriano può essere internamente coerente ai suoi propri principi e in questo senso razionale e suscettibile di dimostrare conclusioni *justa sua principia*. Può essere anche socialmente utile, ma coerenza interna e utilità non rendono accettabili i suoi principi per l'antropologo occidentale, il quale se ne serve solo per comprendere e prevedere come si comporteranno i selvaggi. Dobbiamo concludere alla fine che il giurista è come lo stregone e il teorico del diritto scettico è come l'antropologo? Le credenze giuridiche sarebbero infondate, ma funzionerebbero svolgendo una funzione sociale, operando sulle illusioni dei giuristi selvaggi e dei cittadini selvaggi che vi credono. Uno stregone presenta le proprie pratiche magiche come efficaci, ma esse sono efficaci solo sulla psiche e le emozioni dei selvaggi che vi credono; il tutto funziona nella misura in cui non si sa che non funzionano nel modo in cui pretendono di funzionare.

Inutilmente alcuni neo-stregoni cercherebbero di ristabilire il prestigio delle superstizioni (e istituzioni) smascherate, dichiarando che si tratta di danze della pioggia interpretative basate sul valore dell'integrità della vita selvaggia. È solo un altro modo per dire che decidono a piacer loro. La diffusione delle spiegazioni corrette porterebbe con sé inevitabilmente la rovina delle pratiche “selvagge” descritte. Naturalmente ciò richiederebbe che teorie analitiche e le società selvagge venissero effettivamente a contatto. L'antropologo post-vittoriano poteva essere pressoché certo che gli Ashanti da lui descritti non avrebbero letto i suoi grossi volumi scritti in inglese e pubblicati a Londra, sicché lo stregone Ashanti poteva continuare tranquillamente ad esercitare la sua professione in Ghana. Forse il teorico del diritto può essere ugualmente certo che nessun serio operatore giuridico si curerà delle sue teorie e concezioni, favorevoli o sfavorevoli che siano alle pratiche giuridiche. Si tratterebbe però di una risposta piuttosto paradossale alla osservazione di Manero e agli incubi di Hart.

Secondo me, una diversa linea di risposta viene suggerita dagli atteggiamenti di due classici del giuspositivismo critico, Hart e Scarpelli. Entrambi credevano (come del resto Kelsen) nel ruolo parzialmente creativo della giurisprudenza e

⁶⁴ M. Jori, *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*, “Sociologia del Diritto”, 1, 1974, p. 85 ss.

della interpretazione, ma non per questo pensavano che il mondo giuridico dovesse rinunciare alla sua tradizionale funzione di descrizione del diritto in funzione della sua applicazione, né che essa potesse aver luogo solamente al riparo della superstizione e dell'inganno. È particolarmente significativo a questo proposito, ed è stato sempre per me una costante materia di riflessione, il saggio di Scarpelli in cui egli si dichiara giuspositivista pentito. Lo propongo come esempio di esplicitazione dei fondamenti e dei limiti delle proprie scelte. In esso Scarpelli, di fronte alla insufficienza (contingente) del legislatore italiano, dichiarava di essere giunto a porre le proprie speranze nell'operato della Corte costituzionale, che si presentava ai suoi occhi come un organo creativo, giudiziario-politico. Questo vuol dire, secondo Scarpelli, che la Corte opera come una aristocrazia, una aristocrazia del merito (o di servizio) a integrazione e correzione della democrazia degli eletti, condividendo attraverso le sentenze di costituzionalità una parte del potere politico, legislativo e costituzionale. È una proposta di giurisprudenza prescrittiva, evidentemente sofferta e presa soppesando i costi e gli inconvenienti in termini di democrazia, come tale presentata consapevolmente come una proposta illuministica di ingegneria costituzionale, sia pure assecondando una tendenza che Scarpelli vedeva già in atto. Chi ha vissuto la storia successiva della Corte costituzionale italiana, che Scarpelli non ha potuto vedere, può oggi dire che questo è puntualmente avvenuto. Scarpelli propone un atteggiamento esplicito e dichiarato al livello appropriato, cioè dichiaratamente politico, piuttosto che al livello immaginario e onirico a cui lo collocano un Dworkin e in genere i vari esponenti della tesi della risposta giusta in materia di diritti. La Corte tuttavia presenta le proprie scelte sempre come le uniche possibili e con questo sembra temere quello che teme Manero. Le scelte sono inevitabili, la differenza tra le due posizioni è riconoscere o nascondere la realtà delle scelte. In parte Scarpelli si muove parallelamente a Hart e d'accordo con la teoria hartiana della interpretazione delle aree grigie; ambedue gli autori naturalmente ispirati da Kelsen⁶⁵. Ma una parte è tipica del solo Scarpelli, il riconoscere che la interpretazione discrezionale in materia costituzionale produce un potere politico in senso pieno, attinente alle scelte generali di una società, un potere che quando non è democratico può essere, nel migliore dei casi, solo aristocratico, cioè di un organo che non è formato dal meccanismo della democrazia rappresentativa e dal voto popolare. La presenza di

⁶⁵ In polemica verso il positivismo giuridico molti autori continuano a rimproverare a Kelsen un suo presunto formalismo interpretativo, laddove Kelsen sostiene che ogni interpretazione è parzialmente creativa e quindi ha un elemento discrezionale. Come ho accennato sopra, una volta tanto Dworkin rende giustizia agli avversari, definendo il giuspositivismo come la teoria della discrezionalità interpretativa, che per lui invece, come abbiamo visto, non esiste o non dovrebbe esistere, perché la *right answer* è resa possibile dalla applicazione dei principi e da un atteggiamento correttamente interpretativo.

una aristocrazia del merito⁶⁶ o di servizio naturalmente è soluzione tutt'altro che nuova nel mondo e nella storia, anzi vecchia, vecchissima, perlomeno altrettanto di quella ereditaria. Pregi e difetti ne sono ben noti e la originalità di Scarpelli sta nel riconoscere apertamente la realtà di tale potere giudiziario per quello che è, non mascherando una soluzione molto vecchia per una novità.

Guardando dunque la storia della recente discussione sul giuspositivismo e sulle altre concezioni del diritto alla luce della storia, mi pare che il neo-costituzionalismo vi appaia in una luce diversa da come si vorrebbe presentare: come un'istanza della tendenza a considerare nel modo più favorevole le grandi novità del diritto positivo del proprio tempo. Oggi le concezioni della Scuola dell'esegesi vengono menzionate come esempio di errori e orrori giuridici, dal formalismo interpretativo al sistema, dalla completezza alla coerenza. Dobbiamo ricordare però le grandi novità portate dalla prima codificazione, che sono l'altra faccia delle stesse cose, appunto quanto a certezza, ordine, completezza, coerenza⁶⁷. Certo la storia del diritto non era finita, la perfezione non era raggiunta; certezza, completezza, coerenza non erano raggiunti se non come aspirazione, se non nel giustificato entusiasmo per la novità da parte della concezione del diritto paleo-giuspositivista. Quello che era giustificato considerare un progresso non era giustificato considerare perfezione. E certamente, certissimamente la semiotica ci dice che i testi normativi in linguaggio ordinario hanno sempre varie possibilità di interpretazione e quindi che il formalismo interpretativo è falso, posto che qualcuno l'abbia davvero mai sostenuto nella sua forma estrema. Quei teorici elevavano l'esistente, sistematico ma certo non perfetto, all'ideale del diritto.

Ebbene il neo-costituzionalismo oggi è sulla stessa linea quanto all'atteggiamento di fondo, anche se i contenuti sono diversi. Di fronte alle costituzioni rigide dell'occidente democratico e alle dichiarazioni dei diritti si implica che sono perfezione giuridica valida per tutti i tempi e luoghi. Si decide persino che le costituzioni attuali e il loro elenco dei diritti non sono più modificabili, so-

⁶⁶ Osservo che in tutte le aristocrazie del merito, il merito è riconosciuto per selezione da parte di un potere politico: spesso, un tempo, erano pregressi meriti militari. Si tratta quindi di una aristocrazia di servizio. L'esempio storico più importante di una simile aristocrazia è senz'altro quello cinese, dove i dirigenti della amministrazione/giudici erano selezionati con concorsi pubblici letterari (noi occidentali li chiamiamo *mandarini*). Scarpelli nell'articolo non affronta il problema. U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987) in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi, Torino 2005, pp. 96-103: vedi anche U. Scarpelli, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989), citato all'inizio di questo saggio.

⁶⁷ Se accettiamo l'immagine data da Bobbio dell'evoluzione del diritto europeo moderno, in N. Bobbio, *Il Positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Torino 1996, l'accentramento assolutista e il relativo rafforzamento del legalismo sono stati la prima necessaria fase storica che ha portato, dopo la Rivoluzione francese, all'abolizione della monarchia assoluta e alla separazione dei poteri, quindi all'affermazione del principio di stretta legalità, di cui la codificazione segnò un passo ulteriore.

no la “fine della storia”. Di nuovo. Si implica che si tratta di un problema di mancata attuazione, che si risolveranno nella pienezza dei tempi e che verranno smentiti i timori che ogni risultato positivo abbia un suo costo e i suoi intrinseci limiti. In particolare ci si affretta a nascondere la ovvia verità che la maggior tutela di certi diritti ha come costo i corrispettivi doveri e i limiti posti ad altri diritti e che il conflitto tra essi e la creatività giudiziaria rispetto alla loro interpretazione e bilanciamento abbia come costo l’incremento di un potere non democratico e, finora, mascherato da non potere.

Anche a me piacciono i diritti e le costituzioni rigide, lo confesso, ma non al punto da illudermi che non si tratti del prodotto di scelte contingenti, che il tutto sia senza costi e non richieda dolorose scelte. Tanto meno penso che piacciono a tutti come piacciono a me, anzi mi sembra evidente il contrario. Il punto di partenza, non molto volentieri ricordato negli altri paesi occidentali, è il fatto storico che le Costituzioni rigide sono state inventate negli Stati Uniti d’America, i quali al momento sono il paese più potente e con maggiore influenza del mondo. Metà dei sostenitori occidentali dei diritti non ama affatto il particolare *mix* di diritti che prevale negli U.S.A. in questo momento, anzi qualche sostenitore delle concezioni dei diritti sembra amarlo meno di ideologie e posizioni politiche che non hanno nessun posto per diritti, stato di diritto, divisione dei poteri e democrazia. Inoltre, metà degli stessi cittadini degli U.S.A., a quanto risulta dai sondaggi e dalle elezioni, dissente in modo radicale dalle idee in proposito dell’altra metà. Soprattutto, una parte assai grande del mondo, dobbiamo ammetterlo purtroppo, non è governata democraticamente; una parte assai grande rifiuta con ardore principi di uguaglianza come quello tra uomo e donna; uno dei paesi più popolosi ha una società ostinatamente divisa in caste; molti credono fermissimamente che la libertà di religione sia una cosa orribile, meritevole della pena capitale, naturalmente quando è esercitata a danno della propria religione; l’indipendenza del giudiziario alla fine è limitata ai soli paesi occidentali. Sono cose incompatibili con qualunque interpretazione della Dichiarazione dei diritti che vengono subito in mente: in tutti questi casi il rispetto dei principi della Dichiarazione universale dei diritti, se c’è, è solo a parole e spesso non c’è neppure questo. Da parte mia, desidero certo un futuro in cui tutto il mondo sia (almeno) come la Danimarca⁶⁸: cerco però di non scambiare i miei desideri per descrizioni o previsioni.

Mi pare dunque che possa essere utile guardare alla teoria del diritto anche dal punto di vista di concezioni del diritto che tentano di staccarsi maggiormente dall’adorazione del contingente e del positivo. Sono le posizioni dei Kelsen, Bob-

⁶⁸ Il World Happiness Report 2015 mette la Danimarca al primo posto (http://world-happiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1_web.pdf). Si potrebbe notare che tutti i parametri su cui si basa il rapporto sono scelte politiche.

bio, Ross, Hart e degli Scarpelli⁶⁹. Non ci vuole molto per rendersi conto del perché approcci di questo genere non siano popolari tra i giuristi; essi disseminano di impacci la strada verso conclusioni forti, producono ostacoli, distinzioni, necessità di accordarsi su ogni definizione; rendono difficile e forse impossibile fondare i propri argomenti altrimenti che, ultimativamente, su scelte. Si ottengono dubbi invece che risposte, ciò genera frustrazione.

Questo non accade di certo al neo-costituzionalismo sul continente e al *dworkinismo* negli Stati Uniti. Si capisce l'attrattiva di simili soluzioni "gagliarde" rispetto al giuspositivismo critico, una filosofia che per sponsorizzare un più incisivo intervento di una corte costituzionale è costretta a farlo (con Scarpelli) ammettendo che si tratta di una aristocrazia di servizio, con un costo di democrazia. Si salva la coscienza di chi crede che le scelte politiche debbano essere pubbliche ed esplicite, ma si rende la proposta assai meno attraente e persuasiva perché ne sono resi pubblici i costi.

Ho notato più volte in queste pagine che Dworkin definisce il giuspositivismo come la teoria della discrezionalità. Con riferimento al giuspositivismo critico, l'autore statunitense coglie nel segno, poiché le scelte interpretative del giurista giuspositivista alla Hart non sono nascoste sotto una definizione idiosincratca del diritto, come sono invece quelle di Dworkin. Ciò che può rendere davvero le teorie del diritto indifferenti verso la pratica giuridica non è la loro presunta scientificità, che non c'è, ma la loro mancanza di influenza. Lo studio del diritto del passato lontano ha talora questa caratteristica, salvo naturalmente quando la storia del diritto è usata per influenzare i giuristi del presente.

6. Conclusione

Riassumendo. Il senso comune ci dice dunque in quale area della realtà sociale dobbiamo guardare per trovare il diritto e gli indizi che troviamo in abbondanza in questa zona, quella della sanzione organizzata, permettono anche al laico di individuare il diritto vigente pur senza conoscerne granché. Questa evidenza sostituisce la testimonianza di occhi e tatto, che valgono per gli oggetti materiali, ma non valgono per le credenze che costituiscono la esistenza del diritto. Nella area

⁶⁹ Con le parole di Luigi Ferrajoli: "Ricordo che negli anni Sessanta e Settanta la battaglia principale che conducemmo all'interno della magistratura italiana fu appunto diretta contro l'ideologia del "giudice bocca della legge", che occultava le inevitabili scelte etico-politiche operate dall'interprete (tanto più conformiste e conservatrici quanto più negate e inconsapevoli) ... Quella connessione viene invece da costoro [da Alexy a Atienza] presentata come "connessione concettuale": la giustizia o comunque una qualche pretesa di giustizia" e un qualche minimo etico, vengono con essa presentati come connotati del diritto e dei concetti giuridici, come condizioni necessarie della giuridicità dei fenomeni indagati ..." L. Ferrajoli, op. ult., cit., p. 6.

giuridica si trova un apparato di poliziotti, giudici, esperti di diritto, comandi (testi), scritture, uniformi, cartelli stradali, carceri, aule di tribunali. Sono tutti indizi visibili delle opinioni che costituiscono la esistenza di un diritto vigente. Il diritto che in questo modo troviamo in tutte le società è però una realtà complessa, la cui descrizione dettagliata va al di là del senso comune, al modo in cui una locomotiva è piena di macchinari complessi conosciuti solo dagli esperti. Le persone non esperte tuttavia sanno cosa sono le locomotive, sono perfettamente in grado di individuare e interagire con le locomotive, quando prendono il treno.

Nella nostra società i giuristi trovano norme di riconoscimento, ordinamenti giuridici, fonti del diritto che auto-identificano e auto-circoscrivono quel diritto con maggior precisione. Le trovano naturalmente se ci sono là dove tutti guardano, nel diritto vigente. Mentre tutti sanno cosa è il diritto vigente del loro paese e sanno cosa palesemente non lo è, non tutti sanno quali siano le fonti del diritto e non sanno quale sia la loro gerarchia e come funziona la legislazione, come è limitata dalla Costituzione e così via. Lo strumento delle “fonti” è maneggiabile solo dai giuristi.

Questo procedimento in due fasi di individuazione/determinazione del diritto spiega alcuni apparenti paradossi su cui si tormenta da tempo la teoria del diritto, non solo quella giuspositivistica della norma fondamentale e della norma di riconoscimento.

Il giurista, come tutti, fa riferimento al senso comune, mediante il quale individua il diritto vigente, un insieme che ai suoi occhi professionali si auto-precisa con proprie autodeterminazioni, divenendo qualcosa che il giuspositivismo chiama, con parecchio ottimismo, un ordinamento giuridico.

Dunque nel settore della vita sociale in tal modo identificato dal senso comune come diritto vigente, il giurista troverà di solito nelle nostre società delle fonti coordinate, un ordinamento, qualcosa che indubbiamente in parte esiste *in rebus* e in parte è il prodotto della nostra visione costruttiva⁷⁰; troverà una norma di riconoscimento (è la tesi di Hart). Questi concetti e parole chiariscono l'operare del senso comune in materia giuridica, ma già appartengono alla teoria del diritto o alla dogmatica giuridica. La teoria duale qui proposta della individuazione

⁷⁰ Che il sistema/ordinamento e la completezza fossero *in rebus* o opera della giurisprudenza fu una questione che molto occupò Giovanni Tarello e che gli sembrò un aspetto decisivo per la critica al giuspositivismo. Si veda per esempio il suo intervento in *Il diritto come ordinamento*, in *Atti del X Congresso nazionale di filosofia del diritto*, Bari, 3-5 ottobre 1974, Giuffrè, Milano, 1975). Molte delle osservazioni di Tarello possono essere rivolte pari pari a critica delle costruzioni del neo-costituzionalismo. Tarello riteneva che questo dimostrasse che la giurisprudenza “descrittiva” non era empirica e non era descrittiva ma ideologica e in qualche senso (era un filosofo acuto) aveva ragione. Cerco di dimostrare che tuttavia non è questo il punto, che la descrizione di credenze non può essere come la descrizione di oggetti materiali e comprende necessariamente scelte e ricostruzioni, ma può essere ugualmente obbiettiva.

/determinazione del diritto, permette di spiegare la apparente contraddizione per cui il diritto è individuato immediatamente dal senso comune, ma nello stesso tempo può essere determinato e descritto solo con strumenti tecnico-giuridici di cui si viene in possesso con faticoso studio. In estrema sintesi il mio argomento è che per poter usare le norme giuridiche che determinano il (resto di) un diritto è necessario avere già individuato quel diritto.

Il punto, affrontato in questo saggio va considerato un tentativo di perfezionare la teoria giuspositivista della norma di riconoscimento, da sempre un punto debole del giuspositivismo critico. Ho anche rilevato la presenza di solito tacita di un concetto di diritto nel cuore delle operazioni di senso comune. Varianti di questo concetto-base emergono alla luce del sole come concezioni più o meno idiosincratiche nella cultura giuridica e servono a operazioni ideologiche e culturali assai elaborate di una minoranza di giuristi e filosofi. Sono l'oggetto di discussioni come quella a favore o contro il giuspositivismo o il neo-costituzionalismo.

Il problema rimane ostinatamente invisibile al neo-costituzionalismo e in genere ai giuristi e giudici impegnati nelle operazioni giuridiche. Il motivo per cui ciò può accadere è che essi sanno già (come tutti noi) quale sia il diritto vigente, perché ci operano dentro e non hanno bisogno di scoprirlo. Sono come un verme nella mela, che nella mela si muove con grande competenza e conoscenza e che non ha bisogno di guide per raggiungerla perché ci vive dentro; per il verme la mela è il mondo, proprio come il "suo" diritto vigente è il mondo professionale dell'operatore giuridico. E come per tutti gli altri il diritto vigente è parte del mondo sociale che hanno intorno.

