

Concezioni del diritto vecchie e nuove

Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo

Mario Jori

1. Idee nuove, vecchie e vecchissime.

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. Questa nel complesso mi sembra la direzione teorica su cui vale la pena di compiere sforzi per cercare soluzioni dei problemi della teoria del diritto e naturalmente per eliminare gli errori e le incongruenze, che naturalmente non mancano mai (gli errori “giusti” sono molto istruttivi). Non sono invece abbastanza 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 critica; intendo in primo luogo la filosofia post-hartiana in adesione e dissenso a Ronald Dworkin nelle sue successive versioni². E neppure dalle teorie che si autodefiniscono post-positiviste e che qualche volta da noi sul Continente vengono anche raccolte sotto l’etichetta di neo-costituzionalismo³ o di teorie dei diritti e messe insieme più o meno felicemente a quelle anglosassoni di cui sopra; con grande disappunto di alcuni dei loro supposti esponenti, che invece desidererebbero differenziarsene⁴. Non vorrei comunque apparire, all’eventuale lettore di

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.

² Ho avuto modo di pensarci a lungo. La mia esposizione al pensiero di Ronald 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 vi ricoprì la *Chair of Jurisprudence* e ancora la gente lo scambiava con Gerald Dworkin. Nell’anno successivo chiesi un altro *supervisor*, Dworkin era risultato troppo auto-centrico per seguire una tesi di teoria del diritto su un argomento che non fosse 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.

³ L’espressione neo-costituzionalismo o neocostituzionalismo viene ascrivita a Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli 2001. Nel libro Pozzolo traccia chiare e condivisibili distinzioni e ai miei occhi, nel libro, ha anche il merito di prestare debita attenzione alla concezione del giuspositivismo di Scarpelli. Sotto l’etichetta alla moda del neo-costituzionalismo talora viene messo ogni cosa recente che critichi il giuspositivismo, spesso senza definirlo. Una parte di ciò è nota anche come *rights conception*, una parte non necessariamente coincidente con la precedente è una concezione meno vincolata nella ricerca giudiziaria della *right answer* giuridica, e che quindi ritiene di poterla ottenere, disponendo i suoi adepti dell’uso di potenti principi, tra cui anche il potentissimo principio di integrità; mentre una versione più giuspositivista e vincolata della teoria dei diritti può essere forse etichettata nel mondo anglosassone come *constitutional rule of law* ed è più da vicina alle teorie di Luigi Ferrajoli.

⁴ Tra i quali dissidenti di gran lunga il più significativo, secondo me, è Luigi Ferrajoli. Questi ritiene a ragione che la propria teoria dei diritti sia 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. A mio parere ci sono alcuni punti generali problematici nel giuspositivismo di Ferrajoli: l’eccessivo desiderio di differenziarsi da Kelsen non è coerente con una presentazione ottimale delle sue posizioni; la distinzione tra validità e vigore (gli è stato osservato) è presente anche nel paleo-giuspositivismo perché ci sono sempre state norme invalide per contenuto; la sua distinzione tra diritti fondamentali e patrimoniali è incoerente e ideologica (mira a svalutare i diritti patrimoniali, in primo luogo il diritto di proprietà); la sua teoria della democrazia nasconde il costante conflitto tra democrazia e diritti individuali; soprattutto Ferrajoli ignora che la questione 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

queste pagine, un Rip VanWinkle della filosofia del diritto che si risveglia qui dopo un sonno di cinquant'anni. E' che le posizioni teoriche del neo-costituzionalismo non mi paiono nel complesso plausibili al punto di dedicarvi i miei migliori sforzi, come sarebbe necessario anche per criticarle seriamente, cioè dall'interno. Neanche, come dirò, mi paiono così nuove. Non voglio dire con questo che non abbia trovato niente di utile nella discussione di questo che ormai è il *mainstream* della teoria del diritto; piuttosto non ho trovato utile abbandonarmi alla corrente principale⁵. 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 importanti, 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 critici della scuola genovese sia per la parte semiotica sia per quella di teoria del diritto e tra loro soprattutto da Mauro Barberis, Riccardo Guastini e Pierluigi Chiassoni⁶. Tra gli altri lavori che mi sono stati più utili devo menzionare quello di Giorgio Pino. 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 dimensioni, le cui conclusioni condivido⁷. E naturalmente anche da altri che menzionerò man mano.

Dobbiamo essere sempre cauti con ciò che nella storia si presenta come radicalmente nuovo, come pure con ciò che si presenta come un ritorno integrale all'antico. Anche la più frettolosa contemplazione della storia mostra che c'è sempre del vecchio nel nuovo e del nuovo nel vecchio. Anche in filosofia e nella storia del pensiero. E nessuna filosofia della storia dovrebbe indurci a concludere che semplici classificazioni e valutazioni binarie catturino la molteplicità dei fattori, dei valori e degli interessi, dei miglioramenti e dei costi. In questo spirito di elementare cautela storica, con un po' di malignità, vorrei notare subito 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, e neppure con quello noto come giuspositivismo inclusivo che cerca di accomodare diritto e principi, ma proprio il positivismo giuridico eroico delle origini.

Proprio quel giuspositivismo che nessuno più difende apertamente, ma che i neocostituzionalisti scelgono come bersaglio delle loro critiche e che per questo si direbbe indispensabile per esporre unitariamente le loro teorie. Sospetto che sia proprio la profonda somiglianza, che ora dirò, a rendere la polemica così aspra e così importante nella auto-identificazione del neocostituzionalismo.

sollevato da Antonin Scalia per intenderci). Per un'eccellente 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, 2° ed. (online). Ho discusso il pensiero di Ferrajoli in vari interventi nel corso degli anni.

⁵ Soprattutto la discussione anglosassone mi è sembrata sempre meno utile nei recenti decenni di quella continentale e latina; tra gli autori anglosassoni dopo Hart che mi sono stati indispensabili mi vengono immediatamente in mente Raz, MacCormick e Schauer.

⁶ 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). Barberis considera in alcuni suoi scritti tre principali concezioni del diritto e in altri casi quattro. Molto interessante di Barberis mi è parso anche il discorso sull'evoluzione dei rapporti tra etica e diritto in Id., *Metaetica del costituzionalismo*, "Diritto e questioni pubbliche", 2012, dove avanza l'idea che nel mondo moderno delle società pluralistiche il diritto è il terreno in cui sono affrontate le questioni della morale non privata, una novità storica. Una idea che mi pare plausibile purché non pretenda anche di giustificare e soprattutto non pretenda di proiettarsi sul futuro, che non riusciamo mai a prevedere se non per caso, il fallimento di Marx dovrebbe costituire in proposito una lezione definitiva. Peccato solo che la discussione anglosassone continui a ignorare totalmente quella del Continente, in qualunque lingua sia scritta.

⁷ C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli Torino 2016.

Le teorie neo-costituzionaliste infatti sottolineano e anche sostengono sul piano della valutazione le fattezze⁸ del diritto contemporaneo dell'occidente di oggi, 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 che vengono così sottolineate e insieme sponsorizzate sono fattezze nuove, in parte proclamate nei principi e non ancora pienamente realizzate. Non intendo sostenere che, dal punto di vista della mia etica, ci sia niente di eticamente sconveniente in questa adesione, ma si tratta pur sempre certamente di un rapporto adesivo e partecipatorio ad aspetti e istituzioni della vita giuridica e del diritto positivo in vigore al momento. Anche l'aspetto propositivo e critico del neo-costituzionalismo consapevolmente si muove all'interno dei valori e dei principi incorporati nel diritto vigente⁹. Non c'è nessuna censura particolare in questa osservazione, in primo luogo perché (lo posso confessare tranquillamente) i diritti mi piacciono. Ma anche perché, come dirò, ritengo che ogni concezione del diritto alla fin fine abbia una natura partecipatoria e vada valutata come un elemento di partecipazione alla pratica giuridica (e su questo molti neo-costituzionalisti sono pure d'accordo). Ciò che in genere solleva la nostra riprovazione, e certamente la mia, è l'adesione a un diritto che possegga caratteristiche eticamente censurabili¹⁰. Ma se le cose stanno così, allora non si dovrebbe rimproverare al giuspositivismo legalistico o codicistico altro che quello di essere stato ai suoi tempi, esattamente come il neo-costituzionalistico oggi, innamorato del diritto nuovo del suo tempo, delle rivoluzionarie novità del diritto del suo tempo, di essere stato conquistato dal progresso. Non si può neppure rimproverare, alle concezioni che allora glorificavano la codificazione, di essersi ingannate, perché la novità era davvero grande e rivoluzionaria, come del resto avviene (a mio modesto avviso) per le costituzioni di oggi.

Quanto appena detto può forse spiegare perché molti critici riluttano a collocare il neo-costituzionalismo dentro il giusnaturalismo, quello della resistenza al diritto positivo ingiusto, alla Radbruch per intenderci; come fanno alcuni dei critici del neo-costituzionalismo che parlano di una ennesima rinascita del diritto naturale¹¹. Dunque il neo-costituzionalismo come concezione del diritto non appartiene al movimento del diritto naturale, o perlomeno a quel diritto naturale che compie una critica verso certi diritti positivi con relativo rifiuto ed esortazione alla resistenza; ma appartiene piuttosto alle 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 ci si dimentica facilmente di questa semplice distinzione, della cui

⁸ Le costituzioni rigide e le dichiarazioni vincolanti dei diritti sono un fenomeno moderno, 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 tale paese sia nella Seconda Guerra Mondiale sia nella successiva Guerra Fredda, che, insieme alla loro potenza industriale, ha contribuito a renderli il paese più potente e influente nel mondo al momento. 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.

⁹ 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.

¹⁰ Molto ragionevolmente, Radbruch ritiene che si debba operare un bilanciamento tra certezza e giustizia e vada respinta solo una legge che abbia caratteristiche 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.

¹¹ 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 in vita mia qualcosa con l'indicazione della sua registrazione (parziale) su YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=po-6lqKAHHI>.

fondamentale importanza la storia anche recente ci ha dato dolorosissime conferme. E' comunque accaduto, tutti lo sanno ma poco lo si ricorda, 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 tutte le principali innovazioni del diritto moderno, dalla legislazione accentrata, al sistema dei concetti, ai codici, alle costituzioni e dichiarazioni di diritti si trovano favorevolmente riflesse, messe al centro dell'attenzione favorevole ciascuna di una concezione del diritto del suo tempo. Si può pensare che questa supporto al diritto positivo sia una condizione del successo e della diffusione di una concezione del diritto, insomma della sua rilevanza presso il mondo giuridico. Forse è una caratteristica richiesta alle concezioni del diritto per avere davvero corso, quella di riflettere in una luce favorevole e quindi appoggiare con entusiasmo ed eternizzare gli aspetti giuridici del proprio tempo e aiutare la loro diffusione; naturalmente questo riesce particolarmente bene per le innovazioni davvero grandi, e qualche forma di storicismo o evoluzionismo potrebbe considerare questo un argomento valido. Forse è vero che le concezioni o teorie del diritto non sono parte di una scienza, ma sono la parte teorica e riflessiva di ausilio della pratica giuridica¹². E' strano tuttavia che molti esponenti del neo-costituzionalismo o post-positivismo considerino proprio questo sostegno ideale al diritto positivo del proprio tempo il principale difetto del giuspositivismo, se è vero che essi fanno lo stesso, beninteso verso un diritto un po' diverso in tempi diversi. Ma anche il *Code civil* del 1804 fu una decisiva novità giuridica.

Questo del resto non è accaduto solo per il giuspositivismo della scuola dell'Esegesi ma per l'Imperativismo austriaco (favorevoli il primo alla codificazione in Francia e il secondo alla *Statutory Law* riformista nel Regno Unito), è accaduto alla scuola storica (favorevole, guarda caso, alla sistematica elaborata dal diritto dottrinale basato sulla interpretazione del Corpus Iuris, nella Germania pre-codice), alla concezione del Diritto libero (favorevole alla rilevanza della consuetudine in un momento di diritto codicistico invecchiato) e accade oggi per il neo-costituzionalismo nell'età delle costituzioni rigide e delle Carte dei diritti. Con questa osservazione sto cercando anche di spiegare l'entusiasmo e la rapidità con cui una parte considerevole della teoria del diritto ha accantonato le teorie e gli argomenti dei miei maestri. Nel giuspositivismo critico dei Kelsen, Bobbio e Hart e anche nel giuspositivismo politico o normativo di Scarpelli si trovano delle concezioni del diritto certamente meno inclini alla recezione ammirata dell'attualità giuridica, immunizzate verso gli argomenti che provano la necessità razionale delle fattezze esistenti nel diritto del momento. Da Kelsen a Hart si pongono alternative, scelte e discrezionalità; responsabilità a carico di chi partecipa alla pratica giuridica, dei diversi gruppi e componenti delle istituzioni, si trova lo sforzo continuo di guardare con un certo distacco divisionista a un fenomeno come il diritto positivo, che già dispone di abbastanza poteri, abbastanza persuasione e abbastanza sostenitori. Nel caso di Scarpelli, si toglie la giurisprudenza dall'ambito della scienza e si pone tutto alla insegna di una scomodissima responsabilità etica personale all'insegna della libertà come responsabilità ultima di chi compie le scelte.

¹² E' la posizione di fondo del giuspositivismo politico (detto anche normativo) di Uberto Scarpelli, che condivido, sul quale più sotto. Questa tesi che la teoria del diritto e le concezioni del diritto siano una parte della pratica giuridica e non di una scienza neutrale è abbastanza diffusa nella discussione odierna (in genere ignorando Scarpelli). Per una chiara disanima si veda Pierluigi Chiassoni a proposito della teoria di Luigi Ferrajoli (questi traccia la differenza 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); 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) 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. Mi diffondevo sul punto anch'io in M. Jori, *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli 1992 (è intervenuto un quarto di secolo, ma non mi pare di aver ricevuto risposte da Ferrajoli).

Il presente dunque è dei diritti, è chiaro. Non ho bisogno di fare nessuno sforzo per guardare con simpatia ai diritti; un po' più di sforzo mi serve per accettare a una teoria solo perché avvalora i diritti. Per questo la figura di Jean-Joseph Bugnet (sua sarebbe la frase: "Io non conosco il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone", ma pare non l'abbia mai pronunciata), ai miei occhi di giuspositivista critico pare stranamente simile a quelle di Ronald Dworkin o di Gustavo Zagrebelsky¹³.

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. Quella che ho enunciato è probabilmente una ragione per cui le buone intenzioni e attitudini del neo-costituzionalismo non sono apprezzate da una minoranza di giuspositivisti critici, come me: per insufficiente distacco dal diritto positivo. Ma c'è un'altra 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. Del loro bilanciamento, come si dice. Questa operazione comporta, all'occhio critico, un grado di attivismo giudiziario e dottrinale, ma oggi massimamente giudiziario e minimamente dottrinale, che il neocostituzionalismo presenta in genere in modo troppo poco problematico e troppo poco conflittuale. Ai miei occhi tutto questo è invece altamente conflittuale, è frutto di scelte opinabili che non dovrebbero essere nascoste, i testi normativi spesso non sono sufficientemente determinati e quelli costituzionali meno degli altri, e molta parte della loro interpretazione è un problema di politica del diritto cioè di allocazione di potere, si tratta di spostare un grado considerevole di potere giuridico da una modalità a un'altra di produzione del diritto, dal legislatore ad altri organi, principalmente giudiziari¹⁴.

A ben vedere, peraltro, anche sotto questo aspetto del misconoscimento delle incertezze, il neo-costituzionalismo dal punto di vista della teoria del diritto è un ritorno al passato, un glorioso passato invero, si tratti del giuspositivismo eroico (ideologico) delle origini, con il suo il formalismo interpretativo, o delle varie scuole e concezioni che si sono succedute, come ho accennato, 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*, quale siano gli argomenti con cui ci si arriva e quali siano i nomi con cui viene chiamata. In queste pagine, tornerò spesso su questa osservazione.

C'è una questione di potere, non di scienza, in questa omissione che a me pare un errore ideologico: non si vuole dire che l'età dei diritti in quanto tale finisce con l'essere l'età di chi amministra i diritti e decide come si devono intendere, comporre e completare, cioè del potere giudiziario.

Lo stesso problema affrontato da un angolo leggermente diverso è sollevato dal rapporto tra la formulazione costituzionale dei diritti e la loro implementazione, anche laddove essi sono riconosciuti. I più avvertiti dei neocostituzionalisti, come Ferrajoli, invero non mancano di sottolineare la discrasia, o antinomia, tra la declamazione dei principi e la loro implementazione, qui e adesso. Ma anche Ferrajoli stranamente sembra dare per

¹³ Questo punto dell'adesione al diritto positivo è rilevato benissimo, per quanto riguarda Zagrebelsky, da M. La Torre (ma l'osservazione riguarda la massima parte dei neo-costituzionalisti): "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.

¹⁴ 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.

scontato che il problema sia solo quella della implementazione, che per quanto riguarda la interpretazione ci sia una verità da qualche parte, una risposta obbiettiva da scoprire, sulla corretta implementazione dei principi, che ci fornirebbe un elenco completo dei diritti ben bilanciati tra loro, anche se non formula questa tesi con la sicumera di un Dworkin o con la affannosa minuzia di un Alexy.

In queste pagine non intendo affrontare seriamente neppure questo tema: ma va comunque menzionato. Dobbiamo forse interpretare le parole vaghe dei testi costituzionali e delle dichiarazioni dei diritti alla luce delle loro 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 programmatiche¹⁵. Tuttavia la concisione dei testi costituzionali e l'uso in essi di termini essenzialmente contestati¹⁶ fa sì 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. Dobbiamo in questa operazione ricordare tutto 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, o dobbiamo invece accettare una miracolosa teoria della *right answer* che guarda caso coinciderebbe esattamente con l'interpretazione preferita data dei diritti e dei principi dall'autore di turno? Le teorie o metodi argomentativi su come ottenere la risposta corretta sono diverse e incompatibili tra loro non meno di quelle che il giuspositivismo della scuola dell'Esegesi applicava ai codici e che vanno oggi collettivamente sotto il nome di formalismo giuridico. Le risposte, ciascuna corretta beninteso, riproducono le divergenze tra diverse concezioni etico-politiche ugualmente compatibili con i testi costituzionali e lo sono anche perché i testi sono stati formulati da persone che avevano tali diverse opinioni.

Anche questo problema ci riporta evidentemente alla questione dei poteri di chi amministra i diritti.

Dal problema della implementazione e bilanciamento emerge un'altra non piccola reticenza ideologica del neo-costituzionalismo, che riguarda il futuro del diritto. Su questo punto tornerò, ma per l'istante ci dobbiamo chiedere quanto possiamo essere fiduciosi delle "magnifiche sorti e progressive"¹⁷, riguardo alla sopravvivenza dell'età dei diritti giuridicamente riconosciuti. Si tratta in altre parole della domanda: dove va il mondo? Secondo me è una domanda a cui è impossibile rispondere, ma qualche neo-costituzionalista sembra talora ritenere che il cammino dei diritti nei diritti positivi sia prevedibile e inarrestabile.

Ora, se guardiamo alla mondo e non solo ai paesi occidentali industrializzati, troviamo una realtà in cui l'impero del diritto e dei diritti, per ora, risulta ahimè assai più ridotto che nelle dichiarazioni della carte dei diritti, a parole accettate da (quasi) tutti. L'imperialismo culturale occidentale in questo mondo sembra molto fragile. Ahimè in questi casi se guardiamo alle costituzioni materiali¹⁸ e non solo ai testi costituzionali l'impressione di trovarsi dell'era dei diritti si attenua grandemente.

¹⁵ 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.

¹⁶ W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, "Proceedings of the Aristotelian Society", Vol.56, (1956), pp. 167-198.

¹⁷ G. Leopardi, *La ginestra, o fiore del deserto*, XXXIV, *I canti*, Firenze 1831. Online: Leopardi.it.

¹⁸ Una espressione derivante da un notissimo libro di Costantino Mortati (C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940) da me qui intesa come l'insieme istituzionale e politico e consuetudinario che accompagna e circonda la creazione e applicazione (o disapplicazione) di un testo costituzionale. 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.

A conclusione di questo paragrafo: in queste pagine contrappongo concezioni del diritto potenti e ricche di conclusioni normative a concezioni del diritto critiche, ricche soprattutto di dubbi e di critiche alle dette conclusioni, come è il giuspositivismo critico o metodologico. Se una maggioranza dei teorici aderisce alle teorie potenti della interpretazione costituzionale e considera i giuspositivisti critici dei vecchi arnesi ricchi soprattutto di impedimenti, noi giuspositivisti critici abbiamo ragioni per vedere nel neo-costituzionalismo vecchie e vecchissime illusioni, sempre pronte a ripresentarsi.

2. Tornando a noi: una revisione della teoria giuspositivista del riconoscimento

Prendendo dunque le mosse non dal *mainstream* attuale, ma da Kelsen, Hart (e sul Continente non posso omettere quantomeno Bobbio e Scarpelli) la definizione di giuspositivismo da cui possiamo partire è data da un suo avversario, da 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”¹⁹. In tal senso però dovrei dire che le mie teorie non sono giuspositiviste. Nino, beninteso ha ragione nell’attribuire questa tesi a gran parte del giuspositivismo critico di cui parlo: 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; ma certo non per sostituirla con un qualche criterio valutativo o un sovrastante elenco di diritti²⁰. Il senso di un mio recente lavoro, e di queste pagine, è di mostrare che il giuspositivismo può e deve abbandonare il criterio di effettività come usato dal giuspositivismo critico (detto anche talora metodologico) per individuare il diritto in vigore.

Nel paragrafo precedente ho già espresso il dubbio che il riferimento a valori supremi possa svolgere una funzione di criterio di riconoscimento del diritto positivo. Secondo me la strada per superare il principio di effettività non è certo quella dell’etica; le ragioni per cui la giustizia non funziona come fonte del diritto è ben nota e ampiamente discussa e qui mi limito a ripeterla brevemente. Infatti non si può fare a meno di notare che le parole magniloquenti, come integrità o i termini ugualmente magniloquenti che designano i diritti fondamentali di libertà e uguaglianza alberghino enormi vaghezze estensionali e intensionali e infinite eccezioni. Sembrano unanimemente condivisibili, ma richiedono faticosa e controversa precisazione legislativa o faticosa e controversa precisazione giurisprudenziale con la apposizione di elenchi di condotte permesse, vietate e obbligatorie, di diritti e doveri, delle relative eccezioni, che è troppo facile relegare alla casistica²¹. Tutti esercizi di potere discrezionale quando non sono fissate in condotte relativamente determinate e rese obbligatorie da norme. Peraltro se i principi

¹⁹ 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 sosterebbero una “*plain facts theory*” della validità del diritto. Quella di Dworkin sembrerebbe 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) e comportamenti. 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: infatti il super-principio della uguale dignità e rispetto su cui dovrebbe basarsi il giudice di impostazione dworkiniana non gli consente di individuare il diritto vigente in autonomia, ma solo di interpretarlo correttamente in base a principi e per questo deve averlo già individuato. Pertanto anche il giudice erculeo dworkiniano soffre dei limiti di conoscenza del verme nella mela di cui parlerò qui sotto, sa tutto del diritto in cui si trova ma non sa come arrivarvi.

²⁰ 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.

²¹ 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 avrà saputo distinguere tra valori-che-piacciono-a-me e valori- che-si-trovano-nel-testo-Costituzionale-da-applicare-nelle-sentenze-della-Corte.

hanno bisogno di norme di condotta per essere precisati, anche le norme di condotta hanno bisogno dei principi per essere inquadrati. Insomma è proprio per rimediare a questa incertezza che nasce quel faticoso e complesso 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 meno²². Ancor meno ci basta l'etica in società pluralistiche come la nostra, in cui convivono diversi sistemi etici o visioni del mondo. Per proprio decreto Dworkin rifiuta alla discrezionalità un ruolo legittimo nella amministrazione del diritto; ma essa nel diritto rimane ugualmente presente, magari nascosta, una conseguenza del modo in cui funziona il linguaggio ordinario e la mente degli uomini. Dworkin ha comunque centrato il bersaglio quando sostiene che il giuspositivismo è la teoria della discrezionalità del diritto (la sua teoria pretende di cancellare tale discrezionalità con risposte corrette ottenute con un metodo interpretativo direttamente basato sulla contemplazione di certi valori).

Il principio di effettività, dal canto suo, è stato posto dai Kelsen e dagli Hart 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 della nozione comune di 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). E' stato notato infinite volte che dopo aver svolto questo compito necessario, nel giuspositivismo il principio di effettività viene scartato a favore della validità delle norme²³, o per dirla in altri termini l'ordinamento deve essere effettivo ma le singole norme non occorre che lo siano.

Ma sfortunatamente questa soluzione non regge²⁴. Dovrebbe subito metterci in sospetto la circostanza che nessun giurista compie 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 notevolissimi sforzi concettuali nel definire cosa conta come effettività di un intero ordinamento giuridico e di singole norme; e ancora maggiori sforzi la sua rilevazione empirica. Quello che troviamo in materia di effettività sono gli studi dei sociologi del diritto che riguardano qualche singola norma giuridica o minuscola parte di un ordinamento. Per

²² 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 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, ma come metodo rimane pur sempre illusorio, perché non esiste nessuna interpretazione originaria che possa essere accertata.

²³ 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 (i *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 il principio di validità è inutile, e alla fine conta l'effettività anche per i giuspositivisti; quindi non ci sarebbe una decisiva differenza tra giuspositivismo critico e giusrealismo. Credo che nello scambio Hart dica la cosa più importante, l'approccio normativo verso un ordinamento effettivo non è la descrizione di uno stato di fatto. Inoltre io sostengo che il criterio di effettività non è usato dai giuristi per individuare né gli ordinamenti né le norme. Un approccio seriamente empirico alla effettività dovrebbe comunque confrontare la effettività dall'alto (quanto sono effettive le norme ufficiali nel determinare il diritto), con la effettività dal basso che richiederebbe di mettere insieme le fonti partendo dalle singole pratiche normative effettive.

²⁴ Fortunatamente non ho bisogno di dimostrarlo qui. Il disancoramento della descrizione del diritto dalla scienza empirica, la dimostrazione che la giurisprudenza descrittiva giuspositivistica non può essere una normale scientifica descrizione empirica di fatti fondata sulla effettività perché, circoscritta alla descrizione di un insieme di norme dalle esigenze del diritto come pratica normativa, è di U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), Milano 1997, ad esempio a pp. 86-87. Mia è invece l'idea di fondare il tutto sul senso comune, un'idea che viene oltre che dalla tesi di Scarpelli del diritto come un'attività normativa nel campo della pratica, da vari accenni rinvenibili in Hart, se lo si legge giusto.

questo nessun teorico o praticante di un certo diritto positivo scopre mai che il diritto di cui tutti si occupano non è in realtà il diritto di cui ci si dovrebbe occupare perché degli studi empirici dimostrano che non è (abbastanza) effettivo. Tuttavia, è ovvio, nel diritto abbiamo bisogno di un qualche criterio che svolga una funzione del genere: il diritto vigente deve poter essere distinto da quello immaginario, estinto, straniero. Questo vuol dire modificare la teoria hartiana della norma di riconoscimento (a sua volta una variazione della teoria kelseniana della norma fondamentale) e rivedere il ruolo delle fonti del diritto. Il piccolo cambiamento di prospettiva che vorrei introdurre nel giuspositivismo è reso possibile dal lavoro di Uberto Scarpelli, il quale ha sostenuto che il diritto non è un fatto esterno che contempliamo basandoci su un criterio sociologico di effettività, ma una pratica sociale fatta per prendervi parte, che ha un senso in quanto è fatta per guidare il comportamento, anche se chi ne parla non lo accetta²⁵. E anche le teorie del diritto alla fine sono compromesse da e funzionali a questa partecipazione. E' come occuparsi di musica e descrivere degli spartiti e la loro esecuzione. Ce ne occupiamo perché viene suonata, non possiamo ignorare questo fatto basilare, perché solo questo dà senso all'intera faccenda. Nel diritto, questo spiega perché sia essenziale (prescrittivamente) la divisione tra diritto e morale, la possibilità di fare un passo indietro ogni momento e distaccarci moralmente dal diritto positivo di un certo tempo. Non abbiamo davvero bisogno di teorie che nascondano e incorporino una scelta a favore del diritto rendendola concettualmente inevitabile, è comunque già abbastanza difficile guardare con distacco alle regole che sono il tessuto della nostra esistenza.

Questa è in breve l'idea scarpelliana, che ogni aspetto del diritto va letto in termini ultimativamente politico prescrittivi o normativi e non cognitivi, che anche la conoscenza nel diritto è funzionale alla guida delle azioni e questa idea, va sottolineato, coinvolge non solo la cd. scienza del diritto, la giurisprudenza cognitiva, ma anche la teoria del diritto. E da questo punto di vista, gli argomenti anti-positivisticici 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); gli stessi argomenti di Dworkin fino a un certo punto suggeriscono questa interpretazione. E' un punto espresso per esempio nell'opera intermedia di Dworkin, *A Matter of Principle* in cui l'autore sostiene che tutte le *normative theories* come la sua assimilano il discorso giuridico alla interpretazione artistica o letteraria²⁶.

Come al solito il sasso di Dworkin contro le teorie avversarie è gettato magistralmente, ma la soluzione da lui avanzata è poco convincente. Molti hanno notato che Dworkin propone di produrre una unica risposta corretta usando un metodo altamente creativo e soggettivo, usando criteri "interpretativi" che Dworkin legge all'interno della Costituzione americana, e che altri naturalmente leggono in modo assai diverso. Questo rende la risposta corretta un miracolo, se con questo si intende una risposta unica (ci vuole davvero un giudice Hercules), o va intesa come un gioco di parole, per cui qualunque risposta trovata con le procedure indicate alla fine è corretta.

²⁵ In tal caso la nostra partecipazione e relativa responsabilità sta nell'attirare l'attenzione proprio su quell'insieme di norme piuttosto che un altro: la ragione per cui ce ne occupiamo è che sono o sono state accettate da altri. 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.

²⁶ 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 evidentemente non si pone o comunque è secondario. Interpretiamo quello che vogliamo, se non ci piace Kipling passiamo a Joyce e lo interpretiamo da noi o ne leggiamo delle differenti interpretazioni. Se non ci piace una particolare interpretazione di Joyce, passiamo a un'altra. Alla fine, tutti ne abbiamo fatto l'esperienza, troviamo il critico che ci dice quello che sentiamo sia "vero" o importante in quell'autore. Siamo anche agilmente indifferenti alla presenza di risultati eterogenei, differenti interpretazioni, anzi ne siamo contenti, pensiamo che non solo non si elidano ma si arricchiscano a vicenda. E' il *lecteur energique*, il solo di cui importi a Paul Valery (*Tel quel*, Paris Gallimard 1944). Questa indifferenza è impensabile in diritto dove sono in gioco interessi e valori vitali. Grandiosamente Dworkin non spiega come una procedura notoriamente soggettiva e che ammette risultati variabili possa andar bene per risolvere questioni vitali.

Una concezione del diritto altamente normativa, sulla base di principi impliciti e generalissimi e di varia interpretazione non sarà forse del tutto arbitraria, ma sarà quanto meno pur sempre un approccio assai selettivo aperto a preferire alcuni aspetti di ciascun diritto piuttosto che altri.

L'obiezione che voglio sottolineare non è però questa, che pure non mi sembra superabile. Voglio piuttosto osservare che Dworkin e i neo-costituzionalisti incorrono esattamente nello stesso inconveniente in cui incorrono Kelsen e Hart. Ci sarà pure una interpretazione artistica e corretta da parte di un giudice erculeo, ma come si individua in prima battuta il materiale da sottoporre a tale trattamento? per sottoporre il diritto in vigore all'attività interpretativa miracolosa del giudice Hercules, questo diritto deve essere già stato individuato come diritto vigente. Come? Non trovo una risposta in Dworkin, ma neppure in Ferrajoli o Alexy e tanto meno in Zagrebelsky. E a dire il vero, anche i giusnaturalisti, per confrontare il diritto naturale con il diritto positivo devono avere un criterio non morale per individuare quest'ultimo. Dunque posso pensare che una qualche teoria della effettività, una non meglio precisata effettività, valga anche in tutti questi casi e il problema che mi accingo ad affrontare sia comune quantomeno al giuspositivismo e al neo-costituzionalismo e probabilmente anche al giusnaturalismo.

Tutti hanno bisogno di un modo per identificare il diritto in vigore nel proprio paese e luogo, una operazione che deve precedere le controversie tra i teorici. Qualcosa che renda conto della sensazione comune, comune a giuristi e a non giuristi, che il diritto di ciascun paese, quello che chiamiamo diritto italiano, diritto canadese o diritto spagnolo, "ci sia", sia sotto gli occhi di tutti e sia uno solo. Come una sorta di enorme bestione, nessuno può fare a meno di avvertirne l'esistenza nella normali occorrenze della vita. Ma è evidentemente un bestione invisibile perché il diritto non è un oggetto materiale. Chiamerò questo il paradosso del rinoceronte invisibile.

Cercherò di mostrare che questo punto importante nella teoria giuspositivista critica ha bisogno di una revisione, che vale la pena di spendere energie per rivederlo, non da ultimo dunque perché si tratta di un punto che le teorie neo-costituzionaliste hanno ereditato pari pari.

A questa posizione ho dedicato un libretto qualche tempo fa²⁷, peraltro anche in quella sede limitandomi a una trattazione breve e con poche note. Anche per questo ho cercato di rafforzare i miei argomenti iniziando con una storiella e abbondando nelle metafore. Spero questo aiuti 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. Tutti vedevano che non era un capostazione perché non aveva la divisa come tutti gli altri ferrovieri 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? 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 nominava capostazione. E' un errore modesto, ma secondo il senso comune inescusabile: certo 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

²⁷ 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.

solitarie²⁸. Le follie riguardanti il diritto conoscono versioni assai meno modeste di mania di grandezza, e sono considerate la forma di follia archetipale nelle barzellette, 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 giuridico 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. Da una parte mostra che capire quale sia il diritto vigente è *centrale* al 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 un aspetto misconosciuto 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 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 l'accordo non va molto in là. 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!).

In punto è il seguente: se non sappiamo già che il diritto italiano è quello derivabile da una certa Costituzione non possiamo ovviamente identificarlo mediante tale Costituzione. Perché non in base all'editto di Rotari? Tanto meno possiamo mettere in funzione 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 il 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? 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.

Per questa operazione i profani non possono neppure rivolgersi ai tecnici, perché vediamo che questi, i giuristi, non hanno neppure essi mezzi intellettuali speciali (tecnici) per individuare il diritto vigente. Solo se sanno già quale sia il diritto a cui guardare, i tecnici del diritto sono in grado 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 considerare per poterne usare le norme per riconoscere le altre norme giuridiche valide. Se non possono ricavare questa informazione nel diritto²⁹ e non la trovano studiando la effettività delle norme, che non studiano affatto e il cui

²⁸ Le deviazioni condivise non sono considerate follia, ce lo dice il tragico caso del caporale boemo che si nominò comandante supremo.

²⁹ Norme e ordinamenti, nei casi normali, contengono implicitamente una richiesta di osservanza un implicito "Fallo!", che è parte del normale significato normativo 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

accertamento non è parte della loro competenza. Essi sono, per usare un'altra metafora, come i vermi nella mela: il verme sa tutto della mela, ne conosce ogni parte, nella mela si muove con perfetta disinvoltura. ma non sa arrivarci, ci è nato dentro.

Bisogna quindi introdurre a questo punto una distinzione concettuale: tra la *individuazione* del diritto vigente o in vigore e la *determinazione* dei suoi confini. La seconda operazione nel diritto moderno opera tramite teoria delle fonti che determina in modo relativamente determinato quali sono le altre norme giuridiche valide, ma presuppone che il diritto vigente e quindi le fonti siano già stato individuate. La teoria delle fonti necessariamente presuppone un criterio di individuazione esterno di diritto, senza il quale ci ridurremmo alla auto-individuazione che ogni insieme di fonti normative compie, esplicitamente o implicitamente, senza che questo permetta di individuare un diritto piuttosto che un altro.

Tutto questo significa che a differenza delle scienze empiriche la giurisprudenza non è dotata di fondazioni autonome rispetto al senso comune; e questo 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: il diritto in vigore è tale perché lo consideriamo tale. Si noti la differenza tra la partecipazione a una pratica collettiva e una affermazione sociologica. Quest'ultima per avere un qualche valore 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 speciale capacità di accesso a complessi 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 profonda 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; perché il coro abbia luogo deve aversi una conoscenza sufficientemente concorde e comune di quello che stiamo cantando. In un coro c'è una certa tolleranza delle varianti individuali, e le varianti individuali sono necessarie perché si abbia un coro, perché altrimenti avremmo una voce solista, quindi un'altra musica. Questa metafora rappresenta bene il diritto, 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.

una pretesa di giustizia: è stato sostenuto che una norma che dice di essere ingiusta è un controsenso, ma non è vero: ha perfettamente senso e 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!". Nel diritto ovviamente è comune il caso di norme inattive perché non valide o non ancora valide; esse sono un significato normativo, ma non sono ancora "attivate", come un progetto di legge, o sono state "disattivate" come una legge abrogata o una sentenza cassata o una norma morale non più seguita. La pretesa di osservanza è parte dell'aspetto pragmatico del significato normativo, per cui anche nel diritto dobbiamo considerare un significato normativo che dice sempre tacitamente "Fallo!", ma accompagnato e neutralizzato da integrazioni pragmatiche che dicono in vari modi "Aspetta! Non ancora! Non più". 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 gli ha impedito di trovare una soluzione adeguata per la "esistenza" delle norme invalide o non in vigore. E' 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.

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 o sul raggiungimento dell'armonia. Anche l'affermazione che un diritto esiste o è in vigore in quanto accettato dai consociati, qualche volta imputata a Hart, 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. 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 racconta cose diverse. Un diritto rimane il diritto vigente nella opinione collettiva anche con un grado bassissimo di gradimento e accettazione, almeno finché non interviene un 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 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 attuale³⁰. Alternativamente tale valore è la protezione dei deboli sponsorizzata da Ferrajoli. O il diritto mite, secondo la efficace espressione di Zagrebelsky. Non starò a sforzarmi di dimostrare quanto è stato già più volte mostrato, abbiamo in tutti questi casi il solito 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 diritto che non rispetta tali valori. Anche qui le dimostrazioni abbondano, da ultimo la teoria del diritto naturale minimo di Hart, il quale ci ricorda che i caratteri costanti nel diritto si trovano in caratteristiche appunto minime. Concludere diversamente è un *definitional stop*.

Certamente l'analisi di come funziona il senso comune di fronte alla pratica sociale a cui attribuiamo il nome diritto (e sinonimi) riguarda l'organizzazione della coazione collettiva e come tale non dipende dal rispetto di precisi valori. Dunque ritengo che il diritto sia una pratica sociale che ha al suo centro l'esatto opposto dell'armonia. Abbiamo bisogno di diritto non dove ci troviamo d'accordo, ma dove abbiamo potenziali conflitti di interessi e di valori. I mezzi giuridici sono da sempre predisposti per i casi in cui il conflitto non si risolve da sé 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 parte meno irrigidito in norme prive di formulazione canonica, come le consuetudini, e il precedente, la cui interpretazione è comunque anch'essa in ultima analisi affidata a persone selezionate, ad autorità. Per tutto questo le società

³⁰ 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 (per non parlare degli 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.

sopportano il considerevole costo della gestione collettiva della coazione e della sanzione nei casi dei potenziali conflitti. Conflitti seri, conflitti potenzialmente vitali.

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. Non penso 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 rigori della interpretazione testuale. Qualcuno conosce più o meno le 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 degli avvocati specializzati nella materia.

D'altra parte considero sbagliata la tesi che il diritto è qualcosa che riguarda solo i giuristi o i giudici. Quello che sostengo è che la gente sa identificare il diritto vigente e che la modalità con cui il senso comune compie questa operazione è la stessa per 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 identificano il diritto vigente senza bisogno di conoscenze giuridiche e senza bisogno di conoscenze filosofiche. Di questo sotto, per ora mi limito ad osservare che tutti sanno quale è il diritto vigente, qual è il diritto italiano e spagnolo; ma i giuristi in più determinano il diritto usando (nel mondo contemporaneo) altre norme giuridiche, le cosiddette fonti, riassunte da Hart nella norma di riconoscimento. Nel Regno Unito, Hart usa l'espressione "Queen in Parliament"³¹, a cui Hart fa riferimento come formulazione sintetica della norma di riconoscimento britannica³² è una espressione tecnica del diritto costituzionale britannico, certamente non la risposta dell'uomo sull'omnibus di Clapham.

Nonostante le critiche che alcuni neo-costituzionalisti rivolgono al giuspositivismo per la *plain fact theory*, essi incontrano a ben vedere lo stesso problema, danno per scontato che si parta sapendo già quale sia il diritto vigente in una società, senza spiegare come ciò può avvenire. Da una parte il diritto non è un oggetto materiale sia pure gigantesco (il paradosso del rinoceronte invisibile) che tutti vedano nello stesso modo con gli stessi sensi, dall'altra 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 studiare³³. Molti futuri giuristi non andranno mai oltre questo "criterio" per individuare il diritto, per l'ottima ragione che non ne hanno bisogno. Usano il senso comune, che è sufficiente in una situazione

³¹ Per Hart, si veda ad esempio H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, At the Clarendon Press Oxford, 1961, pp. 100-101.

³² Per esempio H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit, p. 99. L'espressione colpisce sempre gli stranieri, anche perché pittorescamente cambia genere a seconda del monarca diventando se occorre "King in Parliament"; possiamo così capire leggendo un vecchio libro di diritto inglese se è stato scritto ai tempi di un sovrano maschio o femmina.

³³ 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 il primo anno di Giurisprudenza nel 1965 frequentai il suo corso (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.

sociale e giuridica normale e non patologica (nel senso di Hart³⁴), 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), citando il caso *Riggs v. Palmer*³⁵, 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 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, 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 vicino alle stazioni), per le sue caratteristiche "esterne" pur non sapendo molto di come è fatta dentro³⁶. Tutti riconoscono una locomotiva a prima vista, ma solo gli 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" e anche alla pratica 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 del senso comune potrebbe essere assimilata a una quasi-percezione per la immediatezza e unanimità con cui funziona. La pratica 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 la 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. E' 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 analisi³⁷. Certamente non presuppone la tesi che è stata talora attribuita a Hart che il diritto deve essere

³⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit. p.116 dove si parla di "pathology and embryology of legal systems".

³⁵ 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 ha sbagliato l'interpretazione del caso, C. Silver, *Elmer's Case: A Legal Positivist Replies to Dworkin*, "Law and Philosophy", 6, 1987, pp. 381-99

³⁶ 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.

³⁷ 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.

accettato da una parte sufficiente della popolazione o almeno dai soli funzionari. Qui si sostiene che ci deve essere una generale convergenza sui segni esterni di un unico diritto considerandolo 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.

Questo modo di vedere viene incoraggiato se si considera il diritto come una pratica normativa, che le sue strutture di pensiero non sono finalizzate alla conoscenza bensì alla guida dell'azione, finalizzate alla prescrizione di modelli di azione e nell'ambito che si differenzia dalla morale. Possiamo anche dire che costituisce una parte speciale della morale, focalizzata sulla gestione della coazione organizzata³⁸.

E' un criterio troppo rozzo per rendere conto della estrema concettualizzazione, degli argomenti fini e complicati che assume, come sappiamo, la pratica giuridica quando si fa tecnica e viene praticata dai giuristi di professione? Come è possibile connettere la percezione del manganello e dell'uomo in uniforme all'angolo della strada a questioni come l'elenco dei diritti di una Costituzione, alla giurisprudenza di una Corte di Cassazione, agli intrichi di questione di competenza di un giudice, a una questione di *copyright* e via discorrendo? Come è possibile che la individuazione del diritto in vigore funzioni senza attribuire al senso comune capacità straordinarie che non possiede e che io certamente non credo che possenga?

Ci sono due punti a cui la tradizionale teoria del diritto giuspositivista non ha prestato sufficiente attenzione. E così pure quella neo-costituzionalista, del tutto allineata sotto questo aspetto alla teoria giuspositivista tradizionale, nel lasciare nell'ombra il momento della identificazione del diritto. La prima è che il senso comune è in grado di identificare 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 in cui una società è 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), ma vale qui quanto detto sopra sulla effettività. La tesi dell'effettività va bene solo se accettiamo che in questo caso la parola indichi una approssimativa impressione del senso comune, non certamente se attribuiamo al termine un senso sociologico di accertamento di fatti con metodo empirico e possibilmente quantitativo. Nessuno, in specie nessun giurista, compie rilevazioni empiriche su questi fatti, e se ho ragione non abbiamo più bisogno di immaginarci tali inesistenti ricerche empiriche sulla effettività di interi ordinamenti giuridici, che nessuno conduce ed è in grado di condurre³⁹. Quello che succede nello stato

³⁸ I rapporti tra diritto e morale, dal punto di vista del giuspositivismo critico naturalmente non contraddicono il principio della distinzione tra diritto e morale. Molto più convincente della invasione del diritto da parte della morale generica sponsorizzata dai neo-costituzionalisti è questa immagine del rapporto storico tra morale e diritto di M. Barberis, *Metaetica del costituzionalismo*, "Diritto e questioni pubbliche", 2012, con il diritto: "vengono deliberatamente prodotti poi, rimedi e metodi di composizione delle controversie distinti, più rigorosi e più efficaci, di quelli impiegati nel resto della vita sociale.", p. 143.

³⁹ Ricerche empiriche limitate sulla effettività delle norme vengono condotte dai sociologi del diritto su norme specifiche e su campioni modesti di popolazione e portano naturalmente a risultati quantitativi e statistici sfumati e estremamente articolati molti diversi dalla risposta netta richiesta dalla domanda sulla esistenza di un intero diritto. Sono comunque ricerche molto onerose per l'aspetto empirico e sul piano concettuale richiedono una faticosa ridefinizione quantitativa della nozione di effettività. 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). La

patologico è che la gente non ha sufficienti indizi univoci per identificare il diritto vigente dai suoi segni abituali, perché questi puntano in più di una direzione o in nessuna. Non si tratta certamente di un calcolo di effettività sociologica e quantificabile, ma di impressioni comuni e di effetto soglia. In questi casi “patologici” nessuno sa più cosa 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 hanno dovuto fare i nostri padri durante i rivolgimenti prima e durante la seconda guerra mondiale, come in Europa ci si è dimenticato negli ultimi settanta anni di pace. Questa rilevazione mi sembra più realistica di qualunque idea di accettazione morale del diritto vigente in termini di credenze. Il diritto deve essere considerato e visto come diritto vigente, cosa compatibile con la diffusa disapprovazione morale e anche con la diffusa illegalità e/o criminalità. La situazione rimane tale, anche con il diritto vigente poco accettato e poco osservato, finché non interviene un diritto rivale che si presenta come tale. Potremmo anche aggiungere una voce all’elenco hartiano di aspetti “naturalisti” del diritto: è quello di essere considerato tale in una società, il diritto ha come caratteristica necessaria di dover essere comunemente considerato tale. Ripeto che questa concezione è assai più realistica che quella che presuppone un calcolo di effettività che non sappiamo come sia quantificata e che nessuno si prende la briga di accertare empiricamente.

Il secondo punto che costituisce, secondo me, un importante elemento a favore di questo approccio rispetto 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. Insomma operano come il verme nella mela. Così in caso di guerra civile anche il giurista più versato in studi costituzionali rimane senza argomenti: è inutile in simili circostanze discettare sui punti fini di una costituzione, il problema è a quale costituzione fare riferimento, ovvero a quale radicalmente diversa interpretazione del testo costituzionale fare riferimento. Quando non esiste più un diritto per il senso comune, il punto non è cosa stabiliscono i criteri costituzionali, ma quali criteri costituzionali adottare, e non potendo scegliere i criteri in base a sé stessi, rimangono solo criteri extra-giuridici specialmente etici, politici e di interesse personale e collettivo.

La ragione profonda per cui il diritto, a differenza delle scienze empiriche moderne, si basa ultimamente in tal modo sul senso comune non è che il senso comune disponga in questo campo di una qualche misteriosa saggezza ineffabile, ma che il diritto è una pratica collettiva, per cui il diritto vigente è quello che tutti pensano che sia. Inoltre 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

osservazione è corretta, 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 si regge e considero questo un punto a suo favore, in quanto in realtà parliamo di continuo di diritto vigente senza avere la minima idea delle credenze che effettivamente vi stanno dietro, peraltro enormemente varie e variabili.

tipica di tali altre pratiche 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 in una società.

Secondo la mia analisi dunque il senso comune giunge ad individuare il diritto vigente con una operazione che ha caratteri unanimi analoghi alla percezione di un oggetto materiale. Ho sottolineato la sua immediatezza, indipendenza da conoscenze specialistiche del contenuto del diritto e il suo legame con gli indizi della presenza del diritto nella società, legati alle manifestazioni esteriori della coazione organizzata. E’ vero quindi che non è una questione di definizione e di concetti (di diritto). Del resto la individuazione del diritto non è questioni 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 in proposito, mostrandoci un altro aspetto necessario della pratica giuridica normale del senso comune. Perché essa, con tutta la sua immediatezza, funziona in modo complesso, sostanzialmente in due fasi. Oltre alla individuazione del diritto in vigore comprende necessariamente 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 errata e imperdonabilmente tale dal pubblico, il quale come conseguenza esclude il finto capostazione dal novero delle persone “sensate”. Tutti pensano che il signore di Pavia non è capostazione e non fa partire i treni; un momento di riflessione ci mostra che per giungere a tale giudizio il senso comune deve però risolvere implicitamente *due* questioni distinte. Se andiamo in ordine logico e non empirico la prima è la *identificazione* di che cosa è il diritto e la seconda la *individuazione* di che cosa è un 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), mentre la seconda è la individuazione di cosa sia il diritto vigente, cioè attivo nella società considerata. E’ importante notare che il possesso di una nozione di diritto in generale, di solito non consapevole, non risulta affatto una raffinatezza filosofica e nemmeno uno strumento professionale dei soli giuristi, non è qualcosa di cui il senso comune possa fare a meno, evitando di generalizzare; non è uno strumento concettuale che serva solo al filosofo o allo studioso di diritto antico o di diritto comparato che hanno a che fare con molti diritti 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 cosa è il diritto in generale e a che cosa serve, 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. E’

questo che gli permette di proporsi come capostazione, sia pure follemente. Se ci pensiamo un istante, non è difficile capire perché: il folle affetto da 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 del tutto 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 (in questo 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.

E' importante notare che nel senso comune le pratiche concettuali, per quello che possiamo capire e generalizzare, non seguono l'ordine logico a cui siamo abituati. Secondo l'ordine tradizionale per genere e differenza, prima ci sarebbe da definire e sapere cosa sia il diritto in generale e poi 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 e immediato al generale e astratto; chiedersi che cosa sia il diritto in generale è un passo che rimane implicito e che si fa esplicitamente solo quando viene sentito come necessario, cioè quando gli elementi familiari siano messi in forse, quando ci si trova di fronte al non familiare, per esempio si va all'estero o si studia diritto comparato; come si è detto il matto alla stazione invece non solleva problema quanto al concetto di diritto, il matto diverge solo sul contenuto del diritto vigente. Per tutti questi casi straordinari, intendo straordinari per il senso comune, c'è qualcosa che svolge le funzioni del concetto che permette al senso comune di identificare come diritto l'area della coazione organizzata, se vogliamo, l'area del manganello. La brutalità e semplicità di queste determinazioni 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 loro posto, cioè *dopo* che lo si è individuato.

Il senso comune dunque possiede da qualche parte una nozione implicita (un concetto se vogliamo) di diritto-non-necessariamente-vigente di cui il concetto di diritto vigente è una sottospecie. Questo concetto di diritto coincide con i criteri di identificazione dell'area giuridica. La stessa nozione è utilizzata dal senso comune per la comparazione, una operazione divenuta assai più frequente nel mondo odierno, visto che avviene ogniqualvolta si leggono 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, ho l'impressione che essa sia più rara e comunque con la storia del diritto siamo già nell'area del pensiero giuridico e dei concetti elaborati. E' 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 pregiudiziale. 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 riti⁴⁰, per noi strana, ma nessuno storico penserà per questo di escludere dall'area giuridica l'una o l'altra

⁴⁰ Una buona introduzione in R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Roma 1999.

esperienza. Anche gli storici usano, senza dirlo, la vaghissima nozione di senso comune, da cui prendono le mosse per dirci che il diritto è più vario di quello che risulta nel mondo contemporaneo.

Sostengo dunque che 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 (rari) in cui il senso comune si deve occupare di diritti immaginari, stranieri, passati. Ma tutti agiscono normalmente e continuamente con riferimento alla nozione ordinaria di diritto vigente.

Dunque, la prassi giuridica qui delineata come prassi convergente di attività di senso comune e tecnica viene descritta, con una descrizione strutturale e normativa, ma pur sempre descrizione. Non viene necessariamente approvata. Questa descrizione è infatti compatibile con la disapprovazione di uno o di tutti i diritti così descritti (sulle concezioni del diritto e la loro non-neutralità si veda più oltre).

La teoria giuspositivista critica sostiene che il fondamento di tutta la pratica giuridica è la effettività e che il concetto di diritto incorpora il principio di effettività. Anche Kelsen e Hart. Si appoggiano sull'evidenza del senso comune, qualche grado di esistenza sociale il diritto deve pur averlo, per distinguersi dai diritti immaginari immaginati e preteriti e dai diritti dei folli. Questi teorici partono da una idea di senso comune, troppo ovvia per poter essere negata, che il diritto ha a che fare con l'accettazione sociale, con la sua influenza piuttosto che la sua totale assenza nella testa collettiva degli uomini. Questo è indiscutibile, deve esserci un modo per distinguere il diritto vigente da quello che non lo è. Ma alla base della pratica giuridica non c'è nessun calcolo della effettività delle relative norme, c'è solo una pratica sentita come comune. Il tutto si appoggia su indizi variabili e approssimativi con un grosso margine di approssimazione, 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 deciso ma, individualmente, non decisivo. La "esistenza" delle credenze sociali ha un andamento variabile e complesso. Quando la convergenza della pratica vien meno in modo sufficientemente grave per un numero sufficiente dei partecipanti, il diritto collassa in quella società.

Di fatto, come si è detto, nella pratica giuridica nessun principio di effettività sociale viene usato, tanto che chi lo propone non si preoccupa neppure di precisarne i parametri sociologici. Del principio di effettività parlano i teorici, ma non lo si trova nelle operazioni giuridiche, non lo si trova nel senso comune e certamente non lo si ritrova praticato dalla giurisprudenza. Certamente è sbagliato identificare la effettività con la consuetudine, che è un'altra cosa. D'altra parte se il principio di individuazione del diritto fosse un principio scientifico/tecnico praticato dalla giurisprudenza, il senso comune non saprebbe usarlo e non potrebbe sapere quale sia il diritto vigente. Il riferimento alla effettività normativa suona dunque plausibile solo finché viene lasciato indeterminato e inspiegato, cioè finché, senza rendersene conto si presta abusivamente la natura di un giudizio empirico sui fatti sociali a un giudizio partecipatorio di senso comune.

Questo nucleo di senso comune secondo me è la ragione per cui appaiono plausibili le teorie della effettività, come quelle di Kelsen o di Hart. Dobbiamo ovviamente poter distinguere il diritto vigente da quello immaginario e non possiamo pensare di fondare la esistenza del diritto sulla sua giustizia solamente, senza confondere diritto e morale. Dunque: individuando il diritto non stiamo facendo una rilevazione di quello che avviene ma partecipando a una pratica sociale condivisa che vediamo tutto intorno a noi.

Come si è detto, Hart parla di accettazione del diritto e la ritiene necessaria solo per la minoranza di *officials* (funzionari + giudici) che amministrano il diritto. Deve rendere conto del fatto che non si può, realisticamente,

esigere molto dal pubblico in generale. Forse perché io vivo in un paese assai meno ligio alla legge di quello in cui viveva Hart, ritengo evidente che il giudizio che qualcosa è diritto vigente sia compatibile con un ampio rigetto o indifferenza verso le singole norme giuridiche e anche verso il diritto nel suo complesso, che verrà considerato il diritto in quella società, per quanto screditato o ineffettivo; fino alla prossima rivoluzione. Indifferenza e illegalità che mi pare possibile e frequente si estenda anche ai funzionari: si considerino gli indici di corruzione in molti paesi del mondo, tra cui, purtroppo, il mio. Quando ci mettiamo su questa strada realistica, ci accorgiamo che il senso comune si accontenta di assai poco, che ci siano delle autorità in giro che fanno riferimento allo stesso diritto e ancora una volta che non ci siano in circolazione rivali, cioè che non siamo in una situazione di guerra civile.

Come abbiamo visto, la esistenza della pratica risulta al senso comune di profani e giuristi dalla presenza di una ampia gamma di indizi esterni, superficiali e variabili, spie della esistenza di norme coattive verso cui convergono: in prima fila sono figure di autorità non contestata, uniformi, apparati esterni di forza. Se questi indizi non convergono verso una sola area giuridica, la società è nei guai, il diritto si frantuma in diversi diritti, abbiamo o avremo presto una situazione hartiana patologica.

Il diritto dunque non è un oggetto materiale. Dobbiamo ripeterci con una certa frequenza questa ovvietà per evitare l'attrazione delle metafore che portano a immaginare un oggetto materiale ogni volta che parliamo di qualcosa. Dobbiamo ripeterci che non stiamo trattando con un enorme rinoceronte invisibile. Tutte i discorsi e le teorie che comprendono l'affermazione che un diritto esiste o non esiste devono fare riferimento necessariamente a una realtà assai sfumata complessa, variabile. Su questo il giusrealismo ha speso molte utili parole, criticando la metafisica dei giuristi con il che si voleva dire le loro ipostatizzazioni e ontologie ingenu⁴¹.

Il diritto è una pratica collaborativa, tale strutturalmente non accidentalmente, come accade invece alla morale, che può essere individuale o sociale: Non esiste un *diritto privato*. Abbiamo una area di comportamenti considerati normalmente giuridici, quello della coazione normativa organizzata. In quest'area di incontra di solito un solo diritto o ordinamento giuridico. Ma all'interno della pratica, che tutti identificano (concetto) e individuano (diritto vigente) solo i tecnici sono in grado di muoversi dopo averne determinato i confini e quindi le fattezze. 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 società⁴².

Desidero sottolineare ancora una volta che questa analisi non comporta nessuna elevazione del senso comune a portatore di verità assolute o percettore di realtà obbiettiva, sia pure sociali. E nessun unanimità. Quando si tratta di comportamenti collettivi come il diritto il senso comune fa parte della cosa stessa. Il diritto è quello che la gente pensa che sia perché il diritto è qualcosa che si fa insieme. Per comprendere meglio, possiamo considerare la pratica sociale del saluto, una pratica assai più semplice di quella giuridica e priva delle sue implicazioni etico-politiche. Il saluto che esiste o è in vigore in ogni società o gruppo sociale è quello che la gente pensa che sia: se

⁴¹ Al tema della superstizione del pensiero giuridico è dedicato un mio vecchio saggio M. Jori, *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*, "Sociologia del Diritto", 1, 1974, p. 85 ss.

⁴² 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. In un certo senso è vero, 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 il linguaggio e la argomentazione giuridica sono profondamente segnate dalle differenze, dalla presenza sullo sfondo della coazione e dalla esigenze 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 giuridiche. I limiti della posizione di Alexy sono mostrati da M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., § 86.

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 “unanimismo” non si può salutare, si fanno solo gesti incomprensibili. Non esiste un saluto privato, così come non si può salutare se stessi. In seguito, anche per il saluto possono intervenire analisi concettuali e analisi di psicologia comportamentale che si chiedono quale gamma di movimenti della mano ed espressioni del volto e parole viene interpretato come saluto e quale “fuoriesce” dai limiti di questa pratica in una certa società. 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, per esempio a seconda del rango o del sesso e della situazione e in cui per questo c'è pure un maestro di saluto, una professione di esperto di saluto, che insegni agli allievi una conoscenza complessa delle regole e delle circostanze, probabilmente parte di una più generale conoscenza di etichetta, possibilmente anche corredata di manuali di saluto con interi capitoli di regole su come si salutano i vari tipi di persone nelle varie situazioni.

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 richiedono 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 scuola nella sua semantica e sintassi⁴³.

I confini dei diritti possono essere più o meno determinati; in molti diritti premoderni le fonti del diritto sono formulate in norme consuetudinarie dal contenuto poco determinato in diversi aspetti e in particolare erano di nota vaghezza e ambiguità i punti fini delle norme sulla successione monarchica⁴⁴. Nel diritto moderno in genere si hanno regole giuridiche di riconoscimento costituzionalizzate. Comunque stiano le cose, la presenza di norme sulle fonti costituzionalizzate non impedisce che la norma di riconoscimento funzioni per determinare i confini del diritto solo dopo che il diritto vigente è già stato individuato. Questa tesi formulata nelle pagine precedenti implica che la individuazione del diritto vigente è la prima operazione della pratica giuridica. La operazione secondaria è la identificazione del giuridico, che si prende carico, per il senso comune, dei diritti-non-vigenti. Finché “tutto va bene” il sistema funziona. Come si è visto, nelle circostanze normali il pubblico capisce più o meno cosa è il diritto vigente e cosa certamente non lo è, pur senza sapere molto del diritto stesso. Per avere ulteriori informazioni (*determinazione*) devono rivolgersi a un giurista di professione il quale farà riferimento ai criteri interni al diritto così identificato/individuato. Ne consegue che i giuristi moderni non hanno una teoria scientifica e una tecnica autonoma per la individuazione del diritto vigente. Non descrivono una pratica sociale, vi prendono parte. A

⁴³ Su questo mi permetto di rinviare al mio *Pragmatica giuridica*, Stem Mucchi Editore, Modena 2016.

⁴⁴ Per caso sto rileggendo le memorie di Saint-Simon, e leggo che una generazione dopo il fatto il buon duca ancora si infuria per l'atto incostituzionale compiuto del Presidente del Parlamento di Parigi, suprema magistratura di Francia sotto l'*Ancien Régime*, che aveva legittimato i figli duplicemente adulterini di Luigi XIV e della Marchesa di Montespan, entrambi sposati ad altri, registrandoli come figli del (solo!) re e quindi rendendoli membri della casa reale e inseriti dell'ordine costituzionale di successione. Se c'era una norma costituzionale certa e insanabile nel diritto dell'*Ancien Régime* era proprio quella che riguardava la (non) successione adulterina. Eppure Saint-Simon sapeva bene di arrabbiarsi invano, avendo i suddetti bastardi sposato membri legittimi della famiglia reale ed essendo quindi la questione della loro appartenenza alla famiglia reale non più districabile nei loro discendenti.

riprova, come ho osservato, 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-diritto⁴⁵.

Ho sostenuto che, a differenza dalle scienze empiriche, la giurisprudenza è di fatto praticata in modo non autonomo nelle sue fondazioni rispetto al senso comune e il rapporto con esso è essenziale alla pratica giuridica e alla conoscenza giuridica come la pratichiamo. Come pratica strutturalmente integrata di senso comune e sapere tecnico, per il diritto entrambe le parti sono necessarie: il senso comune per individuare il diritto vigente e identificare l'area giuridica e il pensiero giuridico per determinare con precisione i confini del diritto vigente.

Non vorrei che tutto questo sembrasse lambiccato e superfluo, o nel migliore dei casi utile solo nei rari casi in cui si incontra un malato di mente con manie giuridiche: in realtà nessuno può fare a meno di accorgersi che le cose sono complesse ogniqualvolta scoppia una crisi di legittimità, la situazione ben descritta da Hart, in termini volutamente generici, come situazione patologica, e soprattutto nei casi più drammatici di una società in guerra civile o durante un colpo di stato, una secessione o una invasione.

Con un qualche stupore abbiamo dovuto concludere che il pensiero tecnico giuridico moderno, la giurisprudenza, sia essa degli studiosi o dei giudici, non ha *nessun* criterio da proporci per compiere la individuazione del diritto vigente, per rispondere alla domanda di quale sia il diritto italiano, spagnolo inglese e così via. La giurisprudenza odierna si occupa con competenza tecnica di ogni aspetto anche il più minuto di un diritto, eccetto di cosa fa di un diritto il diritto vigente: quale esso sia lo presuppone, non lo dimostra. Ne consegue che se un paese ha la disgrazia di essere conteso tra due diversi diritti, i giuristi di quel paese saranno in grado di dirci tutto su entrambi i putativi diritti rivali salvo quello che ci serve maggiormente. Inoltre la giurisprudenza, tramite la storia del diritto, conoscerà benissimo anche i diritti del passato e suoi studiosi di diritto comparato descriveranno con perfetta competenza i diritti alieni; studiosi dei vari rami dei diritti si saranno occupati minutamente persino del diritto futuro proponendo e discutendo progetti di costituzione, leggi e codici possibili, esaminando stati utopici ed esaminando leggi modello. Ma questo formidabile apparato di dottrina non disporrà di nessun criterio per *individuare* quale sia il diritto vigente nel proprio e nell'altrui paese e quindi il punto di partenza, per scegliere tra due o più diritti che si pongono come rivali, come accade in una rivoluzione, in una guerra civile, in una

⁴⁵ 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 il diritto vigente. La Corte invece affronta e risolve la questione sul terreno della interpretazione del Decreto Legislativo Luogotenenziale che istituiva 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 insomma risponde positivamente alla diversa questione della *legalità* chiedendosi se il referendum sia stato legale con riferimento al diritto monarchico fino a quel momento vigente. Dunque la Corte non solo evita di porsi la questione della legittimità, (non avrebbe saputo che cosa rispondere), ma dopo aver scelto la strada della legalità monarchica evita 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 era, la consuetudine costituzionale generale dell'ordine 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 dei poteri costituzionali del 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 pseudo-continuità nella legittimità monarchica, che era l'oggetto tradizionale della competenza della Cassazione. Vorrei ricordare che invece quando il 3 marzo 1986 con l'*Australia Acts* l'Australia interruppe, 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 (britannica), perché non si potesse dire che la indipendenza era stata concessa dal Regno Unito. La strada opposta di quella seguita della Corte di Cassazione italiana. Entrambi tentativi del tutto futili di trattare questioni extra-giuridiche come questioni endo-giuridiche.

secessione, nella occupazione parziale o totale di un paese da parte di un altro, in una situazione di anarchia. 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.

3. Il ruolo della teoria nel diritto

L'immagine che ho presentato fin qui, del processo di individuazione, identificazione e determinazione del diritto è divenuta già anche troppo complessa, ma ancora incompleta per un aspetto che è certamente invisibile dal punto di vista della gente sui marciapiedi della stazione di Pavia, ma di grande importanza per noi teorici del diritto e di un qualche rilievo per i giuristi. Intendo il ruolo della teoria del diritto in questo gioco. Assumo che le cose stiano come ho sostenuto nei paragrafi precedenti: il giurista, come tutti gli altri, ricorre alla nozione vaga del senso comune per individuare il diritto vigente; se la situazione sociale è normale ci saranno in circolazione indizi sufficienti accessibili a chiunque per individuare un solo diritto e in questo diritto i giuristi potranno dal canto loro determinare un insieme di fonti del diritto e uno solo; nel mondo moderno il giurista trova di solito un complesso abbastanza coordinato di fonti, incorporate in norme giuridiche formulate in un testo canonico e poste tramite una procedura e autorità e determinate da una fonte delle fonti; questo gli permetterà di ricostruire i confini del diritto come un ordinamento giuridico in base ai criteri interni del diritto stesso, la norma di riconoscimento e le affermazioni interne hartiane, con ben maggior precisione e coerenza del senso comune; determinando o descrivendo così il diritto e operando in base ad esso con quella (relativa) precisione che oggi ci si aspetta dai professionisti del diritto.

Ma è una grossa semplificazione pretendere che l'approccio al diritto avvenga, sia per i profani sia per i tecnici del diritto, esclusivamente tramite un senso comune interamente innocente di teorie e ideologie; soprattutto che i giuristi, una volta identificata l'area del diritto e individuato il diritto vigente mediante i modi approssimativi del senso comune, si abbandonino interamente ai criteri interni che essi rinvergono 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. Si tratta di una semplificazione opportuna, purché si sia consapevoli che è una semplificazione, utile alla comprensione delle strutture fondamentali e minimali della pratica giuridica.

Questa concezione peraltro corrisponde a una ideologia diffusa e influente tra i giuristi stessi, che talora viene anch'essa chiamata giuspositivismo, usando il termine in modo diverso da quello che si applica alle teorie del giuspositivismo critico di Kelsen o Hart o Scarpelli. Ma siccome anche il termine giuspositivismo suona a molti giuristi troppo filosofico e teorico, più spesso viene indicata con frasi del tipo "accostamento al diritto da giurista positivo", "studio del diritto positivo" che presuppone che sia possibile e quindi doveroso accostarsi al diritto in modo "obbiettivo" e "scientifico", il che in questo caso vorrebbe dire con animo sgombro da inutili teorie e concetti troppo generali. Teorie e concetti vengono ammessi con parsimonia, in misura che varia molto a secondo dei gusti e attitudini di chi parla, si va da un uso apparentemente pedissequo delle parole e dei concetti che il giurista trova nei testi normativi, a una teoria generale che sia però più o meno depurata dei suoi presupposti filosofici: questi ovviamente ci sono, ma non vengono esplicitati e discussi come tali. Sia il giuspositivismo critico sia il realismo giuridico, hanno messo in luce come questa sia una ideologia che permette al giurista con capacità teoriche di operare scelte al riparo della apparenza della mera descrizione del diritto positivo.

Essendo la teoria del diritto e la giurisprudenza descrittiva parte di, e funzionale a, una attività pratica, credo che lo stesso si debba dire per la teoria del diritto e la scienza del diritto. Ciò non toglie che ci siano dei fatti in questa attività che possono essere descritti in modo vero o falso. Analogamente lo spartito del coro di cui si è parlato sopra non è primariamente un'attività cognitiva, ma uno strumento per cantare nel coro. Ciononostante proprio per questo è bene sapere se è copia fedele o meno di quello originale dell'autore, anche se il suo scopo è la esecuzione di un pezzo musicale. Solo una riproduzione fatta da uno straniero remoto nel tempo e nello spazio (il proverbiale marziano) può essere "neutrale" nel senso di indifferente alla pratica, ma anche costui per rendere conto di quello che gli interpreti hanno fatto dovrà rifarsi alle pratiche interpretative che hanno avuto luogo nel luogo e tempo a cui si riferisce e queste pratiche sono o erano finalizzate alla pratica. Anche la riproduzione delle cose come stanno comporta sempre una nostra interpretazione più o meno energica.

Luigi Ferrajoli⁴⁶ 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 sono sicuro di quanto una simile distinzione tra teorie e affermazioni empiriche sia valida per le scienze empiriche, ma sono certo che non vale per la teoria e scienza del diritto. Non tanto per ragioni di costruttivismo; personalmente sono di un costruttivismo moderato, e questo secondo me vale tanto per la descrizione del diritto che per le scienze naturali. Ma in questo caso bisogna trovare ragioni di differenza piuttosto che di somiglianza tra "scienza giuridica" e scienze naturali e questo risultato non si può ottenere dichiarando che anche le scienze empiriche della natura sono risultato di un pensiero costruttivo. Dunque la risposta giusta secondo me non è quella di Vittorio Villa, l'alfiere del costruttivismo nella teoria del diritto odierna,⁴⁷ ma quella di Scarpelli, che considera la scienza giuridica come ausiliaria alla applicazione di un diritto positivo, visto che solo questa funzione particolare spiega e giustifica i limiti normativi che permeano la descrizione del diritto, quella che Scarpelli chiama la pre-delimitazione del materiale normativo considerato, incompatibile con una disciplina descrittiva di fatti. Di conseguenza ritengo che anche la teoria del diritto debba esser letta secondo questo registro. Questo spiega e giustifica le differenze strutturali della teoria e della scienza giuridica rispetto alle scienze empiriche. Segnatamente come le scienze empiriche tendano alla concordia e alla unanimità tra i loro praticanti in una misura in cui le "scienze" giuridiche non riescono. E' un fallimento? No, è una differenza strutturale inevitabile: la strada per la obbiettività in questo 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.

E' giunto quindi il momento di vedere meglio quale influenza abbiano sulla pratica giuridica professionale e sulla giurisprudenza i concetti di diritto che circolano in una cultura giuridica, diversi da quello informale ma necessario e fondante del senso comune. O per dirla più brevemente, di chiedersi con quali meccanismi concettuali i pregiudizi dei giuristi possono influenzare la loro visione del diritto e quindi la descrizione che ne danno (con relative raccomandazioni). Se non ce lo chiedessimo noi, ce lo ricorderebbe Dworkin, il quale ha messo al centro della sua concezione la tesi che ogni giurisprudenza comporta un atteggiamento interpretativo-creativo. Dworkin aggiunge però che di questi atteggiamenti ce ne è uno solo corretto, il suo, che produce l'unica risposta corretta.

⁴⁶ 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 teoria del derecho en el paradigma constitucional*, cit.

⁴⁷ V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999.

Almeno per il diritto USA, a quanto pare. Molti hanno osservato che le due tesi dworkiniane, concezione interpretativa e teoria della giusta risposta, conducono in direzioni opposte.

Il concetto di diritto è il luogo tipico delle concezioni idiosincratiche del diritto. Sosterrò che tali concezioni servono a influire sul diritto oltre che a descriverlo⁴⁸. Potremmo dire che lo descrivono con effetti ricostruttivi. E' dunque *metagiurisprudenza prescrittiva* praticata peraltro solo da una piccola minoranza di giuristi che coltivano concezioni del diritto complessive; bisogna osservare realisticamente che la maggioranza dei giuristi ne fa a meno e campa alla giornata, anche nelle sentenze delle supreme corti concezioni del diritto e teorie si usano al più *à la carte*, a seconda che vengono utili nell'argomento sottomano, anzi talora se ne trovano diverse, incompatibili, nella stessa pagina.

Nel fare le considerazioni che seguono non faccio altro che applicare al caso del diritto (del concetto di diritto) una distinzione analitica ben nota, quella tra concetto e concezione. Mi limito a ricordarla⁴⁹: si tratta di una piccola grande scoperta della filosofia analitica, che ristabilisce il senso della discussione filosofica, temperando quella che sarebbe altrimenti la rigidità della teoria analitica delle definizioni. Ricordo che ai primordi della filosofia analitica l'approccio alla varietà dei concetti e delle definizioni è piuttosto paradossale, come per esempio nell'approccio neopositivistico. Poiché l'analisi consiste nel congelare i concetti con definizioni e rendere chiara e tener ferma tale definizione nel corso della discussione, ogni cambiamento nei concetti è rappresentato, per così dire, dal modello del fotogramma, come una successione di stati diversi, definizioni diverse, che vengono messe a confronto in successione. In questa prospettiva ci si è chiesto che senso abbia la discussione tra filosofi con idee diverse sui vari concetti: se le definizioni sono diverse, ciascuno parla di cose diverse e (quasi tutta) la discussione filosofica risulterebbe essere una malintesa polemica sulla scelta della migliore definizione. La conclusione della prima filosofia analitica di conseguenza 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. Questa filosofia analitica non è in prima battuta particolarmente adatta a trattare storia della filosofia e la filosofia stessa. La differenza tra concetto e concezione è la risposta della filosofia analitica del fatto che le controversie definitorie sui concetti fondamentali non sono mere questioni di convenzione e di scelta di una definizione chiara. Glanville Williams⁵⁰ applicò la tesi della inutilità delle discussioni sui concetti alla filosofia del diritto, in quello che fu probabilmente il primo saggio analitico di filosofia del diritto. Il fatto è che le questioni di definizione non sono solo questione di essere chiari ed espliciti. Le definizioni sono pezzi di teorie e spesso nelle

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, insieme alla *plain fact view*, anche la *semantic view*; chi la sostiene riterrebbe (se capisco bene) che il pensiero giuridico si fondi sull'utilizzo di un concetto, appunto il concetto di diritto. Per quanto mi riguarda, ritengo che un concetto si possa certamente estrarre dalla pratica sociale e questo ho cercato di fare nelle pagine sopra. I giuspositivisti critici certamente propongono un concetto di diritto; ma la critica di Dworkin alla *semantic theory* mi pare si rivolti contro di lui. E' proprio Dworkin che usa una concezione fortemente idiosincratica e caratterizzata del diritto, cioè un concetto di diritto fortemente idiosincratico, nel tentativo di influenzare la pratica, incoraggiando una giurisprudenza energicamente interpretativa ad ispirarsi al principio della uguale dignità e rispetto nonché della integrità. E' certo che Dworkin abbia avuto un grande successo nell'influenzare i teorici del diritto, non sono però in grado di dire quanto abbia influenzato la giurisprudenza anche solo nel suo paese, l'impressione è che tale influenza sia stata scarsa.

⁴⁹ La distinzione tra concetto e concezione di diritto è importante anche nell'analisi del concetto di diritto di Vittorio Villa, v. V. Villa, *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.

⁵⁰ 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.

definizioni sono contenute 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 (o debba essere) questo aspetto della società. Una filosofia analitica più matura ha ammesso che una discussione filosofica sui concetti può legittimamente avvenire in termini analitici e questo può avvenire nella misura in cui 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.

Rimane la necessità analitica di dare definizioni di ciò su cui si discute, di sapere in che senso si usano le parole con cui si discute, concetto e concezioni, e su ciò su cui non si discute perché si è d'accordo. Il filosofo analitico non deve omettere neppure la parte che è considerata ovvia, la scoperta di quanto è nascosto nell'ovvio spesso risulta importantissimo.

Questa divagazione su concetti e concezioni per dire che una teoria e un concetto di diritto che non si occupasse di quello che il senso comune considera diritto, l'area della coazione organizzata, sembrerebbe una ben curiosa teoria *del diritto* e sarebbe una concezione del diritto a cui si potrebbe rimproverare di parlare d'altro. Ciò detto, si può beninteso "scoprire" che dietro alla sanzione organizzata c'è qualcosa d'altro di cui il senso comune non tiene conto, per esempio, la lotta di classe o la giustizia divina o lo spirito del popolo. E' ovvio inoltre che espressioni come "sanzione organizzata" o "organizzazione della coazione" non sono affatto parole del linguaggio ordinario, ma termini analitici e filosofici nei quali si insinuano posizioni teoriche. Sono espressioni con le quali si vuole indicare fenomeni tramite i quali, si è sostenuto sopra, il senso comune identifica l'area del diritto.

Quello che non tutti condividono, pur continuando ad intendersi, quello che può essere idiosincratico, sono le diverse concezioni dello stesso concetto di diritto. Si consideri la concezione marxista del diritto per cui esso è determinato interamente da qualcosa chiamato lotta di classe. Come possono i marxisti discutere con coloro che non credono che esistano classi e una lotta di classe? Tuttavia il marxismo applica la sua concezione del diritto (come sovrastruttura dei rapporti economici di produzione) a un'area di fenomeni sociali che corrisponde al concetto comune di diritto e 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, secondo il marxismo, cioè come funziona il diritto e la repressione coattiva in ogni società storica. Società di classe e diritto si estingueranno insieme, finora una delle meno riuscite previsioni di Marx: così Kelsen può condividere la tesi di Marx fin dove questi parla del diritto come la organizzazione della repressione e procedere a contestare il resto delle idee (concezione) di Marx sulla funzione sociale del diritto. Ovvero un Croce riconduce e riduce il diritto alla sfera dell'economia, peraltro ridefinita in modo da comprenderlo⁵¹. Ugualmente il giusnaturalista collega il diritto alla giustizia, di solito considerata obiettivamente tale, ma lo fa nel quadro di un discorso che sottopone il potere coattivo al confronto con i suddetti criteri di giustizia; un caso tipico di condivisione del concetto minimo e di applicazione di una concezione idiosincratica, marginalmente differente. Si guarda quindi alla stessa area di esperienza sociale a cui guarda il senso comune, la sanzione organizzata, ma modificando i contorni e la coloratura per così dire di tale esperienza comune.

⁵¹ Sul tema si può leggere il recente: P. Silvestri, *Economia, Diritto e Politica nella filosofia di Croce. Tra finzioni, istituzioni e libertà*, Torino Giappichelli, 2012.

A questo punto, provo la tentazione indecorosa ma irresistibile di confrontare le teorie del diritto, che propongono concezioni complessive e idiosincratiche del diritto, alla follia del matto alla stazione di Pavia. Non sono peraltro il primo a farlo, visto che spesso i giuristi cedono a questa tentazione, di considerare i filosofi del diritto come (un po') folli: è parte di una strategia difensiva dei giuristi "positivi" di fronte ai problemi che il filosofo ha il cattivo gusto di sollevare per chi "studia il diritto così come è": l'aggiunta dell'inutile aggettivo 'positivo' in Italia vuol dire appunto questo, un giurista che considera titolo di merito non occuparsi dei problemi filosofici sollevati dal proprio mestiere. Del resto mettere in ridicolo chi solleva problemi filosofici fondamentali è una strategia comune in ogni istituzione, la strategia più frequente essendo invece il silenzio. Nel nostro caso entrambe si basano sulla illusione che la pratica e la teoria della giurisprudenza non sollevino problemi filosofici, che l'approccio del giurista non sollevi difficoltà filosofiche e non implichi posizioni filosofiche, consapevoli o meno. 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. Come filosofi abbiamo l'obbligo di esplicitare l'ovvio, e quindi chiediamoci che differenza c'è tra chi 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 è conclusivo, il fatto che il teorico sia anche giurista, cioè sappia di cosa parla, che conosca il diritto vigente di cui parla. Tuttavia 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 teorici 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 parlino d'altro" cioè propongano variazioni che rientrano nell'ambito del concetto, ma questo è un requisito così minimale che di solito viene dato per scontato. Quando si parla di teoria *del diritto* questo requisito è semplicemente contenuto nelle parole "del diritto". Come si è visto, anche il folle malato di mania di grandezza per potersi appropriare di una posizione giuridica deve avere 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 nell'area della coazione organizzata, o non verranno considerate rilevanti al problema giuridico. Questa capacità di coniugare in modo convincente il solito con l'insolito è parte del genio di un Dworkin; il modo in cui funzionano alcuni dei suoi principali argomenti.

Secondo me, il senso comune ha una sua modalità semplice di controllo della follia, che non va sottovalutata. Guarda infatti con diffidenza alle tesi giuridiche che comportano un diretto *self-aggrandisement* di chi le propone. Anche per questo il caso del finto-capostazione di Pavia suscitava immediata diffidenza negli spettatori (il poveretto inoltre non aveva l'uniforme), anche se la modestia delle sue pretese di converso provocava una certa simpatia; un qualunque solitario pseudo Napoleone o pseudo principessa Anastasia incontra assai facilmente il giudizio di follia, a meno che naturalmente non paia invece un truffatore. Consapevole che il diritto è una impresa

¹ Uno dei più famosi malati di paranoia con delirio di grandezza fu un alto magistrato, Daniel Paul Schreber, Presidente della Corte di Appello di Dresda. Il quale ha descritto egli stesso il suo delirio in un libro pubblicato nel 1903, *Memorie di un malato di nervi*. Il caso è famoso perché fu studiato da Freud come tipico 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. E' possibile quindi 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.

sociale, la gente si aspetta che la grandezza e la titolarità di poteri giuridici vengano sostenuti da *altri*. 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 meno 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, una concezione 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 è il 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 indubbiamente 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. Una concezione del diritto, dunque, non è la appropriazione folle di una carica pubblica. Non ho potuto richiedere tuttavia che una concezione del diritto debba essere vera: non credo che l'ambizioso aggettivo 'vero' si possa applicare al contrasto tra concezioni del diritto alternative. Piuttosto bisogna notare che le tre (o quattro) più diffuse 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, si chiede anche che questo aspetto sia rafforzato, di esso sia maggiormente tenuto da conto nella pratica giuridica nella politica e nella teoria del diritto. Si rafforzano i poteri di alcuni operatori del diritto piuttosto che altri.

Riprendendo alcune osservazioni fatte nel primo paragrafo, se ordiniamo le concezioni del diritto in base al loro rapporto di sostegno con il diritto positivo del loro tempo, con le novità del diritto positivo del loro tempo, possiamo ora rintracciare certe somiglianze profonde.

Ci sono alcune concezioni che, pur differenziandosi per tutto il resto, si assomigliano per l'entusiasmo che dimostrano verso le novità del diritto del loro tempo. Non è difficile capire perché, ciascuna nel suo tempo si è trovata di fronte a innovazioni imponenti del diritto.

Si consideri il giuspositivismo degli inizi, la Scuola dell'Esegesi coeva alla introduzione del Codice civile francese. Qui il teorico si trovava di fronte alla meravigliosa 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 diritto⁵³ che sottolinea queste caratteristiche, di un diritto non solo legislativo ma codicistico. Altrove, abbiamo una teoria fatta a misura di un forte diritto parlamentare, con un parlamento dai poteri giuridicamente illimitati, unito al diritto giurisprudenziale; ecco l'imperativismo di John Austin. O si pensi alla concezione del diritto della scuola storica, cui si è accennato menzionando il suo alfiere Savigny, guarda caso così singolarmente adatta a rispecchiare e valorizzare il diritto e la cultura giuridica dominante nel relativo paese e tempo. Ed ora arriva il neo-costituzionalismo nel suo tentativo di isolare con un *definitional stop*⁵⁴ il diritto delle costituzioni rigide e delle dichiarazioni dei diritti dell'Occidente, sviluppato negli ultimi due secoli a partire dal

⁵³ Si può utilmente consultare: 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.

⁵⁴ L'espressione è di H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (1968), OUP 2° ed. 2008, p. 5 che lo chiama un "abuse of definition". E' ovvio che per Hart non tutte le definizioni teoriche sono abusi, solo quelle che servono a celare scelte di valore.

grande esperimento costituzionali della Rivoluzione americana⁵⁵ e diffuso dappertutto dalla seconda guerra mondiale.

Il diritto è una pratica in cui si cerca di controllare le azioni sociali attraverso norme e coazione organizzata. Il senso complessivo 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. La teoria del diritto non è per questo, si badi, condannata alla ideologia, al fingere di descrivere mentre in realtà cerca di prescrivere. Può evitare l'ideologia, secondo Scarpelli, solo dichiarando per le proprie concezioni e teorie il senso normativo che comunque hanno. Cioè ammettendo che le proprie idee influenzano la pratica giuridica e ci interessano per questa ragione. Le concezioni del diritto devono riconoscere che il loro interesse non è solo di dire come stanno le cose nel mondo giuridico ma anche per l'inevitabile influenza che hanno su di esso. E' la concezione politica del positivismo giuridico, ma vale per ogni concezione del diritto, altrimenti rischia di assomigliare a dei musicisti che sostenessero che la (loro) musica non serve per essere suonata.

Non voglio dare l'impressione di pensare che il mondo del diritto sia un mondo di semi-folli che usano i concetti con totale disinvoltura per ottenere qualche vantaggio di posizione, e, proprio come accade agli avvocati in tribunale, la fanno franca quando dicono assurdità per altri e non a vantaggio immediato di sé stessi. E' vero che il metodo giuridico, se vogliamo chiamare così l'argomentazione giuridica, non parte da un elenco di premesse molto rigide e definite e quindi è relativamente facile far scivolare qualche premessa interpretativa *ad hoc* in una argomentazione giuridica e in un diritto, per assicurare una conclusione. Questo metodo del resto è usato costantemente nelle sentenze e nelle comparse. Quando si presenta in forma generalizzata acquista una apparenza di teoria. E' il *modus operandi* di Alexy. Questa è del resto l'osservazione che il giusrealismo fa a critica degli argomenti interpretativi da almeno cinquant'anni. E a ragione. Ma sono abbastanza rari i pratici e teorici con una concezione del diritto pienamente elaborata, alla Savigny, alla Hart, alla Alexy o alla Dworkin. La maggior parte aggiungono argomenti *à la carte* come vengono e come servono nelle singole cause. I limiti di questo modo di procedere sono due: che è sotto mentite spoglie, quindi ideologico; e che il metodo è più controverso dei risultati sostanziali che dovrebbero essere basati su di esso, quindi inutile. Partendo dalla individuazione/identificazione di senso comune del diritto vigente, determinato dai suoi criteri interni il giurista pensante aggiunge dunque uno o più criteri interpretativi al concetto di diritto minimale e banale, in sostanza quello del senso comune che tutti in fondo condividiamo come punto di partenza⁵⁶.

A questo punto, si potrebbe anche dire che il neo-costituzionalismo, non solo soffre del limite di fondazione di ogni concezione del diritto, ma mette inoltre troppo in ombra (ideologicamente) alcune delle implicazioni meno attraenti e certamente meno nuove del diritto costituzionalizzato⁵⁷. La questione è stata già più volte rilevata; nella

⁵⁵ 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 potesse e dovesse essere progettata, discussa e stabilita nei dettagli istituzionali, come un meccanismo. Un'idea illuminista rivoluzionaria che venne ripresa e diffusa dalla Rivoluzione Francese e che da allora ci sembra del tutto normale.

⁵⁶ 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, ma osservo che in sostanza il *negative positivism* è composto da elementi minimali che possono essere integrati da una più ricca e controversa panoplia di caratteristiche (dunque si tratta di una concezione) nel *positive positivism*.

⁵⁷ A dire il vero R. Dworkin in *Law's Empire*, tra le altre sue affermazioni tra loro non sempre compatibili, ammette anche la sostanziale co-estensionalità del diritto come da lui concepito con il diritto dei giuspositivisti. Non capisco bene quale sia

sostanza è sempre la stessa, che appare così evidente per altre concezioni del diritto trionfistiche del passato. Questa somiglianza tra le concezioni vecchie e nuove è ben 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.”⁵⁸ Ogni aspetto del diritto che oggi sembra magnifico e progressivo domani mostrerà i suoi limiti e i suoi inconvenienti da “cortina fumogena” di fronte al modo in cui l’umanità i poteri esistenti ne avranno usato e abusato e sembrerà superata e vecchia. Esattamente come accade oggi per i codici e la scuola dell’esegesi o l’accentramento legislativo e l’imperativismo, gli storici del futuro dovranno scrivere libri per convincerci che le costituzioni e le dichiarazioni dei diritti ai loro tempi furono un grande progresso. Eppure i limiti etico-politici del costituzionalismo sono già ben evidenti a chi non vuole farsi partigiano del presente; li 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 compromesso 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).”⁵⁹ Pintore sta dicendo una parola a favore del principio democratico, che con tutti i suoi limiti ha anche il vantaggio di non essere legato a una dottrina dei diritti che varia per ogni teorico che la propone.

Qual è dunque secondo le idee qui esposte la natura della discussione tra concezioni del diritto? Tra quelle che sono per lo più considerate le principali concezioni del diritto: il positivismo giuridico il giusnaturalismo e il realismo giuridico⁶⁰. A cui oggi possiamo aggiungere, come si è visto, il neo-costituzionalismo.

La analisi di metagiurisprudenza descrittiva sviluppata in queste pagine pretende di mettersi per un momento al di sopra di tutte queste concezioni del diritto, giusnaturalismo, giuspositivismo e giusrealismo. Pretende di mettersi al di sopra perché per fare teoria del diritto bisogna cessare di pretenderlo; si sa che qualunque soluzione proposta entrerà necessariamente nel novero delle idee normative che vanno valutate per l’effetto normativo sul diritto.

il criterio o il modo in cui tale co-estensione viene ottenuta. Egli imputa comunque ai giuspositivisti una insufficienza di comprensione o interpretazione di questa area comune; non fosse che sugli *obiter dicta* di Dworkin non si può fare molto affidamento, questa osservazione sarebbe compatibile con la compresenza di concezioni diverse nella stessa area giuridica approssimativamente identificata dal senso comune.

⁵⁸ 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. Personalmente mi riconosco nel freddo e nell’acido teorico; Luzzati in modo forse più equanime 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).

⁵⁹ A. Pintore, *I diritti insaziabili*, “Teoria politica”, 2, 2000. L’autrice pronuncia queste parole nella sua difesa del principio democratico, come un principio che nelle costituzioni moderne dovrebbe equilibrare i diritti (concessi da un costituente storico e interpretati dai giudici).

⁶⁰ La tripartizione dei principali *flavours*, o varianti, è nella sostanza quella di Scarpelli come esposta in U. Scarpelli, *Il metodo giuridico* (1971), in *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 192. E’ necessariamente sommaria e oblitera le infinite differenze e sfumature tra i teorici, 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.

Vorrei concludere queste considerazioni discutendo questo punto col commentare una osservazione che mi muove Juan Ruiz Manero, a sua volta commentando il mio libro del 2010⁶¹. Credo che in effetti Manero comunque individui la più grave e generale difficoltà della mia posizione e 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 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.”

La obiezione di Manero è che, secondo la mia ricostruzione, la giurisprudenza funziona solo perché ideologicamente tiene celata la natura discrezionale delle proprie operazioni e quindi nasconde il proprio potere. *Arcana imperi* si sarebbe detto nel Seicento.

Il problema non riguarda solo il modesto libretto di Mario Jori, le cui pretese sono così ben trafitte da Manero. Questo è anche, a ben vedere, l'argomento di uno dei più acuti scritti 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. Il nobile sogno naturalmente è quello di R. Dworkin. Inventandosi o creando i giuristi e i giudici al momento della applicazione una parte considerevole del diritto che invece fingono (o sognano) di ritrovare già formato in norme generali. Infatti se i giuristi si inventano le risposte in sede di applicazione, se il metodo giuridico *non* è una cinghia di trasmissione delle decisioni di un potere politico considerato alle origini legittimo perché democratico e trasmesso poi tramite la legge, allora i giuristi esercitano un potere nascosto, nascosto in piena luce, che non può essere considerato legittimo proprio in quanto nascosto e in particolare che non è legittimato dal principio democratico. Giudici e giuristi rientrerebbero allora fin troppo bene nella categoria dei piccoli tiranni di cui parla Montesquieu⁶³. A ovviare questo pericolo mirano tutte le risposte della *right answer*, per esempio la versione di Dworkin. L'inconveniente della risposta dworkiniana è che non sappiamo che 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

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.

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.

interpretazione e applicazione delle regole anche più dettagliate, figuriamoci per la interpretazione/applicazione di principi espressi in testi altisonanti e sommari. Il problema dei metodi “nuovi” dei neo-costituzionalisti è che sono in realtà più vecchi della interpretazione di testi sistematici di regole di condotta e che il loro grado di metodicità è scarso, nel senso che il metodo è più controverso delle soluzioni che aspira a raggiungere.

Ho ricordato sopra un mio vecchio articolo *Il giurista selvaggio*⁶⁴, che fu ispirato alla discussione che rivoluzionò l'antropologia culturale post-vittoriana. Il pensiero selvaggio per l'antropologia post-vittoriana 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 lo rendono accettabile? Dobbiamo concludere alla fine che il giurista è come lo stregone e il teorico del diritto scettico è come l'antropologo vittoriano? Le credenze giuridiche sarebbero infondate, cioè false, ma funzionerebbero svolgendo una funzione sociale utile, operando sulle illusioni dei giuristi selvaggi e dei cittadini selvaggi che vi credono? Come 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. Se le cose stanno così saremmo costretti a dire che la conoscenza del modo in cui opera in realtà il giudice erculeo di Dworkin minerebbe le operazioni giuridiche se fosse diffusa. La diffusione delle spiegazioni corrette porterebbe con sé inevitabilmente la rovina delle pratiche “selvage” descritte. Naturalmente ciò richiederebbe che teorie analitiche “vittoriane” e le società selvagge vengano effettivamente a contatto. L'antropologo vittoriano poteva essere pressoché certo che gli Ashanti da lui descritti non avrebbero letto i suoi tomi scritti in inglese e pubblicati a Londra, e lo stregone Ashanti poteva continuare tranquillamente ad esercitare la sua professione. Forse il teorico del diritto può essere ugualmente certo che nessun serio operatore giuridico si curerà mai delle sue teorie e concezioni, favorevoli o sfavorevoli che siano alle pratiche giuridiche, ma si tratterebbe 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 della interpretazione, ma non per questo pensavano che il mondo giuridico dovesse rinunciare alla sua tradizionale funzione, né che essa potesse aver luogo solo al riparo della superstizione e dell'inganno. E' particolarmente significativo a questo proposito, ed è stato sempre per me una costante materia di riflessione, il saggio di Scarpelli, già menzionato sopra, in cui egli si dichiara giuspositivista pentito. Lo propongo come alternativa alla prosopopea di molti teorici (forse per questo non ha avuto successo), come esempio di sufficiente esplicitazione dei fondamenti e dei limiti delle proprie scelte. In esso Scarpelli, di fronte alla insufficienza del legislatore italiano, dichiarava di essere giunto a preferire una Corte costituzionale che si presentasse come un organo creativo, giudiziario-politico, e quindi che operasse come una aristocrazia di giudici, un aristocrazia del merito e una integrazione e correzione alla democrazia degli eletti, che condividesse attraverso la interpretazione dei testi costituzionali una parte del potere politico, legislativo e costituzionale. E' una proposta consapevole di giurisprudenza prescrittiva, e come tale presentata illuministicamente come una proposta di ingegneria costituzionale, sia pure assecondando una tendenza che Scarpelli vedeva già in atto. Scarpelli riconosce appieno il

⁶⁴ M. Jori, *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*, cit.

problema posto dalla presenza di una interpretazione creativa e politica, e propone un rimedio al livello appropriato cioè 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. Il primo e indispensabile elemento di tale rimedio istituzionale è di riconoscere la realtà delle scelte piuttosto che nasconderla. Fino qui 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 la seconda parte è tipica del solo Scarpelli, di riconoscere che quando la interpretazione è discrezionale abbiamo a che fare con un elemento di potere politico nell'applicazione del diritto, di un potere che non essendo democratico può essere (al meglio) aristocratico, il governo dei migliori, cioè di un organo che non è formato col meccanismo della democrazia rappresentativa e del voto popolare; questa Corte costituzionale diventa una aristocrazia del merito⁶⁶. La presenza di una aristocrazia del merito o di servizio naturalmente è soluzione tutt'altro che nuova nel mondo e nella storia, perlomeno altrettanto frequente di quella ereditaria; la originalità di Scarpelli sta nel riconoscere apertamente questa realtà del potere giudiziario per quello che è, di non mascherare una soluzione molto vecchia per una novità assoluta.

Vedendo dunque la storia della recente discussione sul giuspositivismo e sulle altre concezioni del diritto alla luce della storia, il neo-costituzionalismo appare in una luce diversa: la tendenza a considerare nel modo più favorevole, tanto favorevole da essere ideologico, 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, si va dal formalismo interpretativo al sistema, alla completezza, alla coerenza. Dobbiamo anche ricordare però le grandi novità portate dalla prima codificazione, che sono l'altra faccia della stessa cosa, appunto quanto a certezza, ordine, completezza, coerenza⁶⁷. Certo la storia del diritto non era finita, la perfezione non era raggiunta, ma ecco che, nel giustificato entusiasmo per la novità, i giuristi e teorici decisero di assolutizzare i cambiamenti nella concezione del diritto paleo-giuspositivista. Naturalmente 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 pura. Consideriamo, qualche tempo dopo, dall'altra parte del Reno, nella Germania ancora senza codice civile, il trattamento analogo fatto dalla Scuola storica al diritto dottrinale di origine romanistica: un diritto diverso, ma un atteggiamento simile. Anche qui abbiamo teorici che elevano l'esistente, sistematico ma certo non perfetto, all'ideale del diritto, se non per tutti i tempi almeno per il proprio tempo e paese. Ebbene il neo-costituzionalismo oggi è sulla stessa linea quanto all'atteggiamento, anche se i contenuti sono diversi. Di fronte al costituzionalismo rigido dell'occidente democratico e alle dichiarazioni dei diritti si decide che sono perfezione giuridica valida per tutti i tempi e luoghi. Si decide persino che le costituzioni

⁶⁵ Un aspetto peculiare della polemica verso il positivismo giuridico è che molti autori continuano ostinatamente a rimproverare a Kelsen un presunto formalismo interpretativo, laddove Kelsen sostiene che ogni interpretazione è parzialmente creativa. 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 non esiste/non deve esistere, perché la *right answer* è resa possibile dalla applicazione dei principi e dall'atteggiamento correttamente interpretativo.

⁶⁶ Osservo che come in tutte le aristocrazie del merito, il merito è, come dire, interpretato dalla scelta da parte del potere politico. 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; Id., *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989), cit.

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'accenramento assolutista e il relativo rafforzamento del legalismo sono stati la prima necessaria fase storica che ha portato, dopo la Rivoluzione francese, con l'abolizione della monarchia assoluta e la separazione dei poteri all'affermazione del principio di stretta legalità, di cui la codificazione segnò un passo importante.

attuali e il loro elenco dei diritti non sono più modificabili, sono la “fine della storia”. Di nuovo. Si desidera che funzionino in modo da realizzarsi interamente nella pienezza dei tempi e che possano essere smentiti i timori che in realtà ogni risultato positivo abbia un suo costo e i suoi intrinseci limiti. In particolare che la maggior tutela di certi diritti abbia come costo inevitabile i relativi doveri e 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 che non si palesa come tale.

Anche a me piacciono i diritti e le costituzioni rigide, lo confesso, ma non al punto da illudermi che non siano il prodotto di scelte contingenti, che siano senza costi e non richiedano dolorose scelte. Tanto meno penso che piacciono a tutti, anzi mi sembra evidente il contrario. Il punto di partenza, non molto volentieri sottolineato in Europa, è il fatto che gli Stati Uniti d’America 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 USA in questo momento, anzi talora sembrano amarlo meno di ideologie e posizioni politiche che non hanno nessun posto per i diritti e lo stato di diritto e la democrazia. Inoltre, metà dei cittadini degli USA, a quanto risulta dai sondaggi, dissente in modo radicale dalle idee in proposito dell’altra metà. Al di fuori degli USA, lo avevo accennato all’inizio, una parte assai grande del mondo non è governata democraticamente; una parte assai grande rifiuta con ardore il principio della uguaglianza tra uomo e donna; uno dei più popolosi paesi del mondo ha una società ostinatamente divisa in caste; molti credono fermissimamente che la libertà di religione sia una cosa orribile, naturalmente quando viene esercitata a danno della propria religione; l’indipendenza del giudiziario alla fine è limitata ai soli paesi occidentali. Tanto per dire le cose incompatibili con qualunque interpretazione della Dichiarazione dei diritti che vengono subito in mente: in tutti questi casi il rispetto dei principi della Dichiarazione dei diritti, se c’è, è solo a parole. Da parte mia, desidero certo un futuro in cui tutto il mondo sarà (almeno) come la Danimarca⁶⁸: i miei desideri però non valgono come previsioni.

Mi pare dunque che possa essere utile guardare la teoria del diritto anche dal seguente punto di vista (un atteggiamento interpretativo, se si vuole): ci sono concezioni del diritto che tentano di staccarsi maggiormente dall’adorazione del contingente e del positivo, i cui sostenitori resistono al bisogno di disporre di argomenti potenti e conclusioni forti. E’ la posizione dei Kelsen, Bobbio e Hart e degli Scarpelli⁶⁹. Non ci vuole molto per rendersi conto del perché un approccio di questo tipo non sia popolare; dissemina di impacci la strada verso conclusioni forti, produce ostacoli, distinzioni, necessità di accordarsi su ogni definizione; rende difficile e forse impossibile fondare i propri argomenti altrimenti che, ultimativamente, su scelte. Questo genera frustrazione, se si vogliono risposte piuttosto che dubbi.

Questo non accade di certo al neo-costituzionalismo sul continente e al dworkinismo negli Stati Uniti. Si capisce l’attrattiva di una alternativa al giuspositivismo critico, una filosofia che se vuole sponsorizzare un maggior intervento delle corti costituzionali è costretta a farlo (con Scarpelli) ammettendo che si tratta di una aristocrazia

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

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.

del merito con un costo di democrazia. Questo salva la coscienza di chi crede che le scelte politiche debbano essere pubbliche ed esplicite, ma rende la proposta assai meno efficace perché ne presenta gli inconvenienti. I conti tornano, se è vero che questo è il giuspositivismo secondo la definizione di Dworkin, come teoria della discrezionalità, che vuol dire che le scelte di valore del giurista che interpreta non sono incorporate e nascoste sotto una definizione idiosincratca del diritto. Evidentemente una preferenza etico-politica a favore delle scelte pubbliche e palesi. Ciò che rende davvero le teorie del diritto neutrali verso la pratica giuridica non è quindi la loro presunta neutralità, che non c'è; ma la loro mancanza di influenza. Così lo studio del diritto del passato remoto ha questa caratteristica, beninteso verso il diritto del passato, perché spesso la storia del diritto è usata per insegnare qualcosa ai giuristi del presente. Ci sono molte possibilità per una teoria di mancare di influenza verso il presente. Così Dworkin non è certamente neutrale, ma Jori può cullarsi nella certezza di essere ininfluenza e quindi neutrale.

Quale lezione si può trarre dalla proposta di Scarpelli di un giuspositivismo politico, coniugata con le esperienze della storia recente e meno recente? Che gran parte della accettabilità di queste formule dei diritti, in quanto parziale limitazione al principio democratico, dipendono dai criteri con cui sono selezionati i componenti degli organi e dalle regole che li garantiscono. Nel caso dei giudici, i problemi da esaminare sono molti, riguardano modalità di formazione e scelta dei giudici, fino alla durata della carica coniugati con gli infiniti aspetti della procedura. Le modalità della scelta e dell'operare di una aristocrazia, ci piaccia o no. Un punto essenziale, ovviamente, è la garanzia di indipendenza, secondo me condizione indispensabile perché si possa anche solo prendere in considerazione una soluzione del genere. Ma c'è chi propone la soluzione opposta del giudice eletto e revocabile. Abbiamo di fronte il grande modello della Corte suprema degli Stati Uniti, che dovrebbe essere considerato attentamente. Senza dimenticare che il trapianto di soluzioni straniere altre società non avrà necessariamente gli stessi effetti. Su tutto questo si dovrebbe dunque discutere con la massima attenzione. Su tutto questo si dovrebbe discutere come soluzioni di ingegneria costituzionale e scelte politiche di attribuzione di potere. Cosa che non avviene al riparo delle teorie della *right answer*.

4. Conclusione

Il senso comune ci dice in quale area della realtà sociale dobbiamo guardare per trovare il diritto e gli indizi che troviamo in abbondanza in questa zona ci permettono di individuare il diritto vigente pur senza conoscerlo o senza conoscerlo molto bene. Nella area giuridica si trova un apparato di poliziotti, giudici, esperti di diritto, comandi (testi), scritture, uniformi, cartelli stradali, carceri, aule di tribunali, poliziotti. Sono tutti indizi visibili della 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 del tutto al di là del senso comune, al modo in cui una locomotiva è piena di macchinari complessi conosciuti solo dagli esperti. I quali però 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-circo-scrivono quel diritto con maggior precisione. Le trovano naturalmente se ci sono là dove tutti guardano, nel diritto vigente. Lo strumento delle "fonti" è maneggiabile solo dai giuristi. Mentre tutti sanno cosa palesemente è il diritto vigente (italiano) e sanno cosa palesemente non lo è, non tutti sanno quali siano le fonti del diritto e non sanno quale è la loro eventuale gerarchia e come funziona la legislazione, come è limitata dalla Costituzione e cosa deve succedere quando una norma diviene desueta e così via.

Questo procedimento in due fasi di individuazione/determinazione del diritto spiega alcuni apparenti paradossi su cui la teoria del diritto non solo giuspositivista si tormenta: prima di tutto quanto che si dice sulla effettività.

Il giurista, come tutti, fa riferimento al senso comune, mediante il quale trova il diritto vigente, un insieme che ai suoi occhi professionali si auto-precisa con proprie autodeterminazioni, divenendo qualcosa che il giuspositivismo chiama, con qualche ottimismo, un ordinamento giuridico, perché se ne vedono gli elementi di coesione interna risalenti a una norma unica di riconoscimento, un insieme di fonti più o meno coordinate che tracciano i confini dell'insieme di cui fanno parte in modo più preciso e dettagliato di quanto il senso comune non veda. Per andare oltre il senso comune, che per definizione appartiene a tutti, il giurista deve studiare parti considerevoli del diritto vigente che gli altri si limitano per lo più a guardare dall'esterno e a pezzi e bocconi. Il senso comune dice al giurista italiano che il diritto italiano vigente va ricercato in direzione di certe norme, che quindi esso non è di certo il diritto longobardo e neppure i deliri del pazzo, perché il diritto, lo si sa senza doverlo dire espressamente, appartiene ai fenomeni sociali collettivi in atto, è quello che tutti trattano come tale. Inoltre sempre il senso comune dà per scontato che al centro dell'area della giuridicità stia la coazione organizzata con i suoi apparati normativi e coattivi, è questo alla fine il polo su cui alla fin fine si orienta la bussola dopo aver oscillato: niente di nuovo, come si vede è la tesi di Kelsen, ed è questa confusa nozione che chiamo identificazione dell'area giuridica, una operazione sempre di senso comune, che sta alquanto sullo sfondo nelle operazioni giuridiche di ogni giorno, rispetto a quella primaria della individuazione del diritto in vigore.

Dunque nel settore della vita sociale, in tal modo identificato approssimativamente dal senso comune, il giurista troverà di solito un ordinamento, qualcosa che indubbiamente in parte esiste *in rebus* e in parte è il prodotto della nostra visione costruttiva⁷⁰; troverà norme che indicano modalità di produzione e criteri di validità tra loro coordinati, cioè una norma di riconoscimento (è la tesi di Hart). Questi concetti e parole chiariscono l'operare del senso comune, ma già appartengono alla teoria del diritto o alla dogmatica giuridica, non al senso comune stesso, che opera senza analizzare e senza spiegare. Vorrei dire una ultima volta che questa divaricazione costituisce un elemento di conferma della teoria duale qui proposta della individuazione del diritto, la quale permette di spiegare la apparente contraddizione: il diritto è individuato benissimo dal senso comune, ma il diritto nello stesso tempo può essere determinato e descritto solo con strumenti tecnico-giuridici di cui si viene in possesso con faticoso studio.

Tale problema, affrontato in questo saggio, non è stato preso in considerazione né da Kelsen e né da Hart, se non per accenni, e va considerato un tentativo di completare la teoria giuspositivista della norma di riconoscimento in un suo punto debole: per poter usare le norme giuridiche che determinano il (resto di) un diritto è necessario avere già identificato quel diritto. Questa omissione di Hart, a mio parere, è comunque infinitamente più istruttiva di quanto detto nella discussione post-hartiana.

Il problema rimane ostinatamente invisibile nel neo-costituzionalismo. Il motivo per cui può rimanere invisibile ai giuristi è che essi sanno già 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

⁷⁰ Che il sistema 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 alla critica al giuspositivismo (si veda per esempio, *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 a critica delle costruzioni del neo-costituzionalismo.

non ha bisogno di guide per raggiungerla perché c'è già dentro; per il verme la mela è il mondo, proprio come il “suo” diritto vigente è il mondo professionale del giurista.