

La nostalgia dell'ordine

Claudio Luzzati

Università degli Studi di Milano

Abstract: Longing for the Ideal of Legal Order.

All the avatars of the idea of legal order have proved to be both delusive and transient like Hobbes's mortal god. From this point of view, there is no difference between old positivism and the theories of the followers of natural law. Nowadays the law scholar is no longer a scientist who studies a pre-existing object. Conversely lawyers keep rebuilding, maybe on the sand, through their arguments. Likewise, value weighting is impossible, as values are indeed a matter of choice.

Keywords: Legal Order, Rule, Principle, Moral Cognitivism, Non-Cognitivism.

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Schizocronia. – 3. Opinioni, non meri fatti. – 4. Ordine dato e ordine costruito. – 5. Hobbes considerato, si perdoni l'espressione enfatica, come il "Galileo dello Stato moderno". – 6. Il frutto tardivo del giuspositivismo. – 7. Verso la medioevalizzazione della giurisprudenza? – 8. Tentando di concludere.

1. Considerazioni preliminari

Nel diritto l'idea di "ordine" ha avuto parecchie incarnazioni e tutte si sono dimostrate caduche, incapaci di resistere indefinitamente: lo stato moderno, il codice, la struttura delle fonti, un metodo esatto, irrefutabile, meccanico (ieri il sillogismo, oggi la ponderazione), il modello razionale – irraggiungibile sì, ma dotato di una funzione regolativa – del "buon legislatore"¹, e, col processo di "costituzionalizzazione", la ragionevolezza ex art. 3 della nostra Carta, che si ricollega ad una qualche forma di coerenza fra i principi.

Va da sé che trattare esaurientemente tutti questi argomenti sarebbe pretendere troppo. Anche perché con il termine "ordine" si sono di volta in volta designati fenomeni diversi. Questo è evidente.

¹ Cfr. N. Bobbio, "Le bon législateur", in AA.VV., *Le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale: Bruxelles, 30 août-3 septembre 1971*, Bruylant, Bruxelles 1971, pp. 243-248. V. anche G. H. von Wright, "Norms, Truth, and Logic", in G.H. von Wright, *Practical Reason*, Blackwell, Oxford, 1983, pp. 130-209 e C.S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, pp. 85-101.

Assumendo una prospettiva a largo spettro, e di estrema sintesi, che sorvoli su numerosi fatti noti, a me importa tener fermi tre presupposti fondamentali:

1) la circostanza che le idee di ordine dipendono da miti sociali e da opinioni storicamente variabili che, nonostante si ripromettano di durare in eterno, prima o poi crollano, rivelandosi futili, vuote e sorprendentemente illusorie;

2) la circostanza che quasi sempre le nozioni di “ordine” hanno una valenza non solo descrittiva, ma anche prescrittiva, indicando dei valori cui si aderisce; del resto, l’idea sacralizzata dell’ordine giuridico ha origini teologiche, così come i termini “dottrina” e “dogmatica”, parenti stretti della visione normativa dell’ordine sistematico, sono utilizzati sia in campo teologico sia nella teoria del diritto²;

3) la circostanza che, nonostante la relatività storica di cui si diceva sopra, l’ordine, comunque concepito, in genere è visto – secondo me erroneamente – come qualcosa di necessario, di cui non si può fare a meno, se no il diritto (almeno il diritto come lo conosciamo noi) cesserebbe d’esistere.

Procederò nel modo seguente: cercherò dapprima di far vedere che storia e teoria del diritto vanno a braccetto (§ 2) e che spesso le grandi narrazioni sono più importanti dei fatti (§ 3). In ogni caso, ci si è chiesti se l’ordine sia una sorta di dato da constatare oppure sia qualcosa da costruire e da imporre (§ 4). Il nodo decisivo probabilmente emerge dall’idea di stato moderno di Hobbes, la quale realizzò l’incontro fra il convenzionalismo e il vecchio imperativismo, oggi del tutto superato, ma, si badi, storicamente cruciale (§ 5). In un simile quadro, già segnato dal razionalismo barocco, il positivismo giuridico farà un ingresso tardivo, ricollegandosi alle istanze sostenute dall’illuminismo giuridico e dal giusnaturalismo moderno, entrambi animati da un tenace spirito rivoluzionario (§ 6). Oggi il culmine del *civil law*, la codificazione, ha ormai perso molto del suo mordente razionalistico e abbiamo nel contempo l’impressione che, col riconoscimento della creatività giurisprudenziale e/o con l’attribuzione di un valore oggettivo ai principi, si stia verificando una sorta di “medioevalizzazione” del diritto, un ritorno al passato (§ 7). In realtà, chi scrive non reputa che si debba rinunciare al giuspositivismo annunciando al mondo una crescente depositivizzazione del diritto; ciò di cui bisognerà fare a meno è invece l’ideale di un ordine prefissato, concettualmente necessario, e tale rinuncia comporta una rilettura aggiornata del positivismo giuridico (§ 8).

Naturalmente il mio lavoro ha una portata soltanto programmatica, intende semplicemente proporre, in termini ancora grezzi e generali, un rinnovamento degli schemi utilizzati dai teorici.

2. Schizocronia

² M.G. Losano, *Sistema e struttura del diritto*, vol. I. *Dalle origini alla scuola storica*, Giuffrè, Milano, 2002.

Per il teorico del diritto è importante dialogare con lo storico, perché solo lo storico ha una particolare sensibilità che gli permette di cogliere i numerosi *anacronismi* di cui sono incrostate le nostre credenze; si tratta di residui fossili del passato, fossili in quanto inconsapevoli. Essi dominano la pubblica discussione e, quando siano sapientemente utilizzati per convincere, la indirizzano da una parte o dall'altra. Quando si parla in modo giornalistico o divulgativo di certezza del diritto, di sovranità e di divisione dei poteri nei dibattiti televisivi, si utilizzano sovente categorie superate. Per esempio, non mi sorprenderebbe se si scoprisse che la c.d. "casalinga di Voghera" ritenesse che il giudice debba essere la "bocca della legge" e che, nei casi in cui non lo fosse effettivamente, fosse convinta di trovarsi di fronte ad un cattivo giudice, capace di contrabbandare come diritto la propria personale ideologia politica. Fatto sta che spesso e volentieri affrontiamo i problemi attuali con le categorie del passato. Consultiamo parecchi orologi e tutti segnano ore diverse. Chiamo *schizocronia* questo fenomeno, per cui l'opinione pubblica meno avvertita, ma non soltanto questa, impiega schemi teorici la cui scarsa validità è stata riconosciuta o avrebbe dovuto esserlo. Del resto, come vedremo tra poco, siamo tutti affetti in una qualche misura da scotomi cognitivi. Anche chi pensa di essere smaliziato vive in una dimensione mitica. E un mito può essere scacciato solo da un altro mito, men che mai da una visione neutrale. Cominciamo a capire che un mito è un mito quando questo sta tramontando e sta per essere rimpiazzato da nuovi idoli. La nostra capacità di un pensiero logico basato sui fatti è limitata e comporta sempre lo sforzo di andare controcorrente.

In una situazione così impervia è auspicabile una collaborazione del teorico con lo storico. Infatti, lo storico del diritto è professionalmente attento alla complessità dei problemi, essendo addestrato a seguire i fili delle vicende giuridiche e politiche e a districarli. In questo lavoro, oltre a svolgere una funzione ricognitiva, lo storico, che è, come è stato detto, un comparatista verticale, svolge anche un'insostituibile funzione civile. In tempi come questi di feroci particolarismi, in cui tutti rivendicano la propria identità, è l'unico a non perdere la bussola: è in grado di spiegarci come le nostre radici siano in realtà mobili, spurie, plurali e frutto di scelte, o siano addirittura immaginarie, dato che spesso scaturiscono dalle interessate idealizzazioni dei posteri.

D'altra parte, la teoria generale del diritto è segnata da una dimensione storica implicita o esplicita. Si pensi al giovane Bobbio, ventiduenne, che scrive a Gioele Solari di non voler disgiungere gli studi filosofici dalla storia (1931)³. Ma occorre andare al di là dello storicismo idealistico, che è una filosofia discutibile. Né è lecito ignorare che la conoscenza del diritto e della storia del diritto è uno strumento insostituibile per comprendere la storia *tout court*.

Ad ogni buon conto, va segnalato che la scelta dei teorici del passato è stata quella di mantenere la cennata dimensione storica sottotraccia, considerando il contesto e l'evoluzione come dati da cui astrarre. È risaputa la posizione di Scarpelli

³ M.G. Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci, Roma, 2018, pp. 73-74.

per il quale

[c]’è una correlazione molto stretta fra un metodo ed il contesto naturale e sociale ove le operazioni costitutive del metodo sono materialmente e culturalmente possibili e danno un certo risultato: ogni discorso sopra un metodo è anche un discorso sul contesto di questo metodo. Del contesto può tacersi, lasciando impliciti i riferimenti ad esso, solo se sia un noto e comune presupposto e venga trattato come una invariante⁴.

Ormai l’idea di un ordine concettuale generalizzabile, valido per tutti i casi di diritto oggettivo, è stata archiviata, perché è stato riconosciuto dagli studiosi che non tiene più.

Oggi, essendo entrata in crisi l’idea kelseniana che la teoria del diritto debba essere *generale*⁵, si ha l’impressione che le relazioni tra teoria e contesto siano più complesse e intense del previsto. Il rischio è che si finisca con lo spacciare per teoria generale la filosofia dei diritti evoluti, per non dire quella del *civil law* o del *common law*. Visto che lo studio teorico deve essere integrato con altre conoscenze, le situazioni che il teorico è autorizzato a dare per scontate sono sempre meno.

È peraltro chiaro che neppure questo scritto riesce a sollevarsi completamente dall’esperienza italiana.

3. Opinioni, non meri fatti

La storia non è una collezione di nudi fatti. Contrariamente a quel che sosteneva Croce, la storia si fa con i “se”. È la riapertura del senso della possibilità; non è la pretesa di scoprire una macchina mossa da una logica necessitante e fatalistica.

Diceva il filosofo Giulio Preti: “L’oggetto della scienza storica non è il *nostro* passato, ma *un altro presente*”⁶. E *Un altro presente* è il titolo di una raccolta di saggi (1999) dello storico della scienza Paolo Rossi⁷. Si coltiva in tal modo un atteggiamento di restaurazione del possibile: lo studioso deve dar conto delle aspettative degli attori storici, invece di nutrirsi del “senno di poi”. Anche il filosofo, per parte sua, solleva continuamente domande che mettono in questione il senso comune, le cose che si ritengono ovvie, assodate. Il pungolo della domanda “e se le cose stessero altrimenti?” fa parte integrante del suo bagaglio; del resto,

⁴ U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, rist. in Id., *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 179 ss.

⁵ Anche Scarpelli ritiene che non possa esservi una dottrina universale del metodo. Mi sia permesso richiamare C. Luzzati, “Dalle regole ai principi, dalla semantica alla pragmatica”, in P. Borsellino, S. Salardi e M. Saporiti (a cura di), *L’eredità di Scarpelli*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 71-83, in part. p. 73.

⁶ G. Preti, *Saggi filosofici*, La Nuova Italia, II, Firenze, 1976, p. 287.

⁷ P. Rossi, *Un altro presente: saggi sulla storia della filosofia*, Il Mulino, Bologna, 1999. V. anche Id., *Un breve viaggio e altre storie. Le guerre, gli uomini, la memoria*, Cortina, Milano, 2012.

l'immaginazione attiva di mondi possibili è un suo tipico strumento. Il filosofo monta e rimonta "la realtà" in molti modi diversi. Il suo ideale potrebbe essere il cacciavite, la sua lettura preferita potrebbe essere il romanzo *Contro-passato prossimo* di Guido Morselli. Il filosofo, insomma, è ben lungi dal disdegnare lo spaesamento retrospettivo degli storici che seguono le tesi di Rossi.

Lo storico, come il filosofo non può non condividere la convinzione di Epitteto, del suo *Εγχειρίδιον, Manuale*, § 5 secondo cui *ταράσσει τοὺς ἀνθρώπους οὐ τὰ πράγματα, ἀλλὰ τὰ περὶ τῶν πραγμάτων δόγματα*, ossia: "A turbare gli uomini non sono tanto i fatti, quanto le opinioni sui fatti"⁸. Questo motto è stato ripreso da Montaigne, *Essais*, libro I, cap. XIV ed è stato adottato come epigrafe dal *Tristram Shandy* di Sterne. Quasi mai gli uomini sono in grado di dare una valutazione obiettiva dei propri interessi. Le costruzioni mitologiche influenzano l'apprezzamento dei fatti. Non possiamo perciò prescindere dalle narrazioni solenni e dai miti. Solo oggi ci accorgiamo quanto siano fallaci slogan come "La Repubblica nata dalla Resistenza". Basta leggere Fenoglio per accorgersi che c'erano anche i partigiani badogliani che facevano il tifo per la monarchia. Anche la narrazione dei "Padri Pellegrini" è una costruzione immaginaria che ha la funzione di giustificare una certa dottrina della costituzione USA. Né è possibile prescindere dalla suddivisione in epoche che impone sui fatti pesanti stereotipi: quante cose per esempio si sono dette sull'"oscurantismo" medievale. O si consideri la trasformazione della nozione di *subjectum*, che da argomento di cui si parla diviene la persona che agisce. E in fondo anche termini come "rivoluzione" si sono arricchiti di nuovi significati.

In un suo recente e coltissimo lavoro Carlo Ginzburg ci mostra⁹ – senza citare sul punto Epitteto¹⁰ – come Nicolò Machiavelli nel suo capolavoro, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, cap. 25 del libro primo, fosse sulla medesima lunghezza d'onda di chi valorizza le opinioni, allorché scriveva:

Colui che desidera o che vuole riformare uno stato d'una città, a volere che sia accetto, e poterlo con soddisfazione di ciascuno mantenere, è necessitato a ritenere l'ombra almanco de' modi antichi, acciò che a' popoli non paia avere mutato ordine, ancorché, in fatto, gli ordini nuovi fussero al tutto alieni dai passati; perché lo universale degli uomini si pascono così di quel che pare come di quello che è: anzi, molte volte si muovono più per le cose che paiono che per quelle che sono¹¹.

Ginzburg coglie la parte più ovvia per noi giuristi, accostumati alla giurisprudenza pretoria. Ne fa, con un balzo spregiudicato e ardimentoso, una fonte

⁸ Per una trad. leggermente diversa del passo v. Epitteto, *Tutte le opere*, Bompiani, Milano, 2017, p. 979.

⁹ C. Ginzburg, *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*, Adelphi, Milano, 2018, p. 220.

¹⁰ Epitteto viene menzionato a p. 175 a proposito di Pascal e delle sue *Provinciali*.

¹¹ N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, in C. Vivanti (a cura di), Einaudi, Torino, 1983, p. 108.

a contrario dell'affermazione di Tancredi, il personaggio de *Il Gattopardo* di Giuseppe Tomasi di Lampedusa che proclama: “Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi”¹².

La parte più interessante e originale del brano di Machiavelli è invece quella dell'autoinganno che, anticipando gli studi sulle ideologie, spiega la nostra capacità diagnostica impedita¹³. Persino una dottrina, come quella comunista, che si autoproclamava “scientifica”, non riuscì mai ad uscire da quegli stereotipi e dalle drammatizzazioni che Marx avrebbe bollato come “socialismo volgare”.

Il passo del fiorentino si applica bene, recuperando l'intuizione di Epitteto, all'idea di ordine.

Di più, esso ci rende consapevoli che lo slogan corrente “Fatti, non parole”, caro agli arruffapopolo e ai pubblicitari, va corretto. Le asserzioni fattuali sono importanti quando consentono un controllo sui discorsi, un controllo questo che, andando oltre ogni pretesa evidenza, costa parecchio sforzo e non dà risultati definitivi, irrevocabili. Tuttavia, gli storici e i filosofi sono professionalmente tenuti ad indagare anche le opinioni, giuste o errate che siano, forse meglio se errate, perché i fatti non si raccontano da soli: vengono sempre interpretati. D'altronde, è raro che le persone, anche le più avvertite, si lascino guidare esclusivamente da un'esatta percezione dei propri interessi.

4. Ordine dato e ordine costruito

Nel mondo medievale, come spiega Alessandro Passerin d'Entrèves¹⁴, l'accento cade sul diritto naturale e non, come avverrà nell'età moderna, sui diritti dell'uomo. Il giusnaturalismo dei diritti era ancora di là da venire. Il punto di partenza non è l'autonomia dell'individuo, ma è il cosmo.

Non di diritti soggettivi si parlava, bensì di diritto, al singolare, e di norme.

Vi era l'idea che esistesse un modello obiettivo di giustizia, in un mondo bene ordinato di cui il diritto naturale fosse l'espressione. “Il colpo di genio degli scrittori medievali fu”, secondo l'autore, d'aver afferrato l'importanza “di un sistema

¹² C. Ginzburg, *op. cit.*, p. 221, dove sostiene che “il rapporto rovesciato tra le parole di Machiavelli è evidente. Se vogliamo che tutto cambi, bisogna che qualcosa rimanga come è (*Discorsi*); Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi (*Il Gattopardo*). Il fine è opposto: rivoluzione nel primo caso, conservazione nel secondo. Il mezzo è simile: cambiamento [...]”. Per il vero, Ginzburg è attento a distinguere tra l'autore e il personaggio del romanzo, ma la sua tesi, per quanto elegante, non mi convince, dacché la complessità dei rapporti tra cambiamento e conservazione del diritto è stata messa in luce dal pensiero giuridico di ogni tempo. Non c'era bisogno di scomodare, solo tra tanti, proprio Machiavelli.

¹³ Apprezzabile è però la conclusione di C. Ginzburg, *op. cit.*, p. 227: “La storia umana non è la realtà: su questo, al di là di tutte le divergenze possibili, non si può non dar ragione a Lampedusa”.

¹⁴ A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, III ed., Comunità, Milano, 1980, pp. 56 ss.

naturale dell'etica, distinto sebbene non separato dall'etica cristiana o rivelata"¹⁵.

L'uomo del resto, lo sappiamo, era stato concepito da Aristotele come un "animale sociale".

Si è per secoli battuto il chiodo sull'idea di un'armonia finalistica insita nelle cose stesse.

Rievocando quella tradizione, ancor oggi Paolo Grossi intitola un suo libro *L'invenzione del diritto*, usando il termine 'invenzione' sulla scorta dell'*inventio* dei latini (come l'invenzione del tesoro *ex art. 932 cc.*): che è il ritrovare qualcosa *che c'è già*, e non quindi una totale innovazione creatrice¹⁶.

Si riteneva che la giurisprudenza fosse un'arte in grado di svelare il diritto (si ponga mente all'*ars boni et aequi* di Celso), che essa rappresentasse una riposta sapienza. A tale visione, che ancora in parte sopravvive, si oppose la tesi illuministica per cui la legge era l'unica fonte qualificatrice.

Chi continua ad ispirarsi agli ideali sapienziali finisce coll'identificare il positivismo, ottocentesco e non, con l'imperativismo. Ritiene, come Grossi, che lo stato legislativo sia una forma d'assolutismo e di violenza che trasforma il diritto in un "apparecchio ortopedico del potere politico"¹⁷.

All'irrompere dell'umanesimo, la situazione esposta da Passerin d'Entrèves si rovescia. Quello è il momento saliente. L'ordine non è più *dato*, ma va *costruito*. Le norme non sono semplicemente *trovate*, ma sono *emanate* dagli organi competenti. E in un mondo come quello moderno, dominato dalla rinascita del soggetto, dall'artificialità e dalla contingenza, la volontà umana assume un ruolo nuovo e fondamentale. L'autonomia individuale assume un'inedita centralità.

Come spiega Italo Birocchi,

[q]uell'ordine che era sentito intrinsecamente presente nel sistema del diritto comune [...], nell'età moderna diventava l'obiettivo di una ricerca, e l'oggetto di una ricostruzione, di fronte al proliferare delle fonti [...]. L'ordine ora se lo dava l'uomo e la dottrina giuridica se lo poneva come questione da risolvere¹⁸.

Tale visione fa rientrare l'evoluzione dei fenomeni politici e giuridici nelle categorie utilizzate dagli storici generalisti. Vedremo tra poco (v. *infra* § 6) che non è affatto vero che ci si sia accorti solo nell'Ottocento, con la codificazione napoleonica e con la scuola storica, che il diritto è opera umana.

Il raggiungimento di una simile consapevolezza precede il positivismo ottocentesco e comporta un lungo cammino, uno dei passaggi obbligati del quale è la scoperta dell'autonomia della politica dalla religione che rischia di diventare un

¹⁵ *Ivi*, p. 57.

¹⁶ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017. È inutile nascondersi che l'A. gioca con sottile ironia sull'ambiguità del titolo.

¹⁷ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari 2003, XV ed., 2010, p. 32.

¹⁸ I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, p. XII.

instrumentum regni come evidenziò Machiavelli (ma già Polibio, *Storie*, VI, 56 aveva detto cose significative sul tema). Né si devono scordare l'analisi critico-filologica delle Sacre Scritture, la Riforma protestante e la c.d. "secolarizzazione" nei molteplici sensi di tale espressione.

Esempio di questi umori è Montaigne, che nei suoi *Essais* scrive che le glosse aumentano i dubbi e l'ignoranza e che le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. Chi obbedisce alle leggi perché ritiene che siano giuste, non obbedisce loro giustamente¹⁹.

5. Hobbes considerato, si perdoni l'espressione enfatica, come il "Galileo dello Stato moderno"

Dicevamo dell'importanza delle opinioni. Sono di certo cruciali le filosofie che ispirano gli assetti istituzionali. D'altra parte, sovente anche le filosofie più inclini alla riflessione critica si condensano in miti, per esempio, quello che agita l'icona, fatta per incutere terrore, del possente Leviatano²⁰.

Ci sono ragioni per classificare Thomas Hobbes fra i cultori di un'antropologia negativa. Tale formula, tuttavia, è ambigua, così come la distinzione fra pessimismo e ottimismo, su cui si basa, risulta quanto mai sospetta²¹.

Del resto, non mi pare fuori luogo rammentare che persino uno scrittore fortemente "ottimista", anche se aveva investigato gli abissi della *Kabbalah*²², come Pico della Mirandola, immagina che Dio, all'atto della creazione, dica all'uomo, visto nella sua centralità ontologica: "*Poteris in inferiora quae sunt bruta degenerare; poteris in superiora quae sunt divina ex tui animi sententia regenerari*"²³.

Forse sarebbe meglio parlare, nel caso di Hobbes, d'un realismo antropologico privo d'illusioni.

O forse, la vera novità di Hobbes è che fa emergere quelle filosofie conflittualistiche che, passando per Marx, giungono fino ai giorni nostri.

¹⁹ M. de Montaigne, *Essais* (1580), *Saggi*, ed. bilingue a cura di F. Garavini e A. Tournon, Bompiani, Milano 2012, libro III, cap. 13 "Dell'esperienza", pp. 1980 ss., in part. pp. 1987 e 1997.

²⁰ C. Ginzburg, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Adelphi, Milano, 2015, pp. 51 ss. In una letteratura sconfinata, vorrei ricordare D. Zolo, *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Feltrinelli, Milano, 2011.

²¹ Anche uno scrittore reazionario e antilluminista come C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, in G. Miglio e di P. Schiera (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1972, p. 143, trova opportuno avvertire che "[l]a distinzione è del tutto sommaria e non va presa in senso specificamente morale o etico" (*Die Unterscheidung ist ganz summarisch und nicht in einem speziell moralischen oder ethischen Sinne zu nehmen*).

²² C. Wirszubski, *Pico della Mirandola's Encounter with Jewish Mysticism*, The Israel Academy of Sciences and Humanities, Jerusalem, 1989.

²³ Pico della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate* (1496), § 5, 23.

Tutti sono in grado di citare il poliptoto²⁴ hobbesiano *homo homini lupus*; non tutti, però, hanno presente che nell'Epistola dedicatoria del *De Cive* esso viene preceduto e introdotto dal motto erasmiano *homo homini deus*²⁵. Infatti:

Nel primo caso si giunge ad assomigliare a Dio per la giustizia e la carità, le virtù della pace. Nel secondo, a causa della protervia dei malvagi, anche i buoni devono ricorrere, se vogliono difendersi, alla forza e all'inganno, le virtù della guerra; cioè, alla ferocia delle belve. E sebbene gli uomini si rimproverino a vicenda per questa ferocia, perché per costume innato considerano le proprie azioni, negli altri, come se fossero riflesse in uno specchio, scambiando la sinistra per la destra, e la destra per la sinistra; tuttavia non può essere un vizio quello che è un diritto naturale, derivato dalla necessità della propria conservazione²⁶.

Attraverso il suaccennato accostamento, Hobbes si rifà ad una ricca tradizione umanistica, che prende forma negli *Adagia* di Erasmo da Rotterdam e in Francis Bacon²⁷. Ma è soprattutto con Hobbes, teorico delle passioni, che il motto *homo homini lupus*, espresso da Plauto nell'*Asinaria*, assume un valore generale²⁸.

Bisogna peraltro avvertire che l'emersione del conflitto, prima ancora che una "scoperta", è una conseguenza immediata del crollo, in seguito ai progressi scientifici, del paradigma aristotelico dominante sino al XVII secolo. L'uomo cessa di essere un "animale sociale" nel momento stesso in cui si dissolve l'ordine oggettivo finalistico. Il *meccanicismo* ha ormai soppiantato le metafore organicistiche. La natura, lungi dal rappresentare una fonte d'ordine, "dissocia"²⁹.

²⁴ R. Tosi, "*Homo homini lupus*: da Plauto a Erasmo a Hobbes", in *Eikasmos*, 19 (2008), pp. 387-395.

²⁵ V. però U. Pagallo, "Bacon, Hobbes and the *homo homini deus* formula", in *Hobbes Studies*, 11 (1998), pp. 61-69.

²⁶ *De Cive* (1642). Qui si riporta per semplicità la traduzione di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 1979, p. 64. Chi voglia accedere al testo originale consulti l'ed. critica a cura di H. Warrender, Clarendon, Oxford 1983, p. 73.

²⁷ Erasmo da Rotterdam, *Adagi*, di E. Lelli (a cura di), testo latino a fronte, Bompiani, Milano 2017, I, pp. 69-70. I passi pertinenti dell'*Instauratio magna* di Francis Bacon sono segnalati da R. Tosi, *op. cit.*, p. 394. Per uno studio puntuale delle fonti v. F. Tricaud, "'*Homo homini Deus*' - '*Homo homini lupus*': Recherche des sources des deux Formules de Hobbes", in Aa.Vv., *Hobbes-Forschungen*, Berlin 1969, pp. 61-70.

²⁸ Il passo di Plauto, *Asinaria*, 495, suona: "*Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit*" e si limita ad esprimere diffidenza verso gli sconosciuti in campo mercantile. Si osservi inoltre come C. Schmitt, *Der Nomos der Erde* (1950), trad. it. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, pp. 95-96, approfitti della questione filologica per polemizzare contro l'usuale presentazione dello stato di natura come una mera ipotesi. Sull'umanesimo di Hobbes, cfr. L. Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis*, I ed. 1936, ried. University of Chicago Press, Chicago-London, 1952. Strauss però non è felice quando cerca di contrapporre l'umanesimo del traduttore di Tucidide al materialismo nutrito di geometria che pure ispirò lo stesso autore.

²⁹ *Leviatano*, trad. it. di G. Micheli, Nuova Italia, Firenze, 1976, cap. XIII, pp. 120-21: "Può sembrare strano a chi non abbia bene ponderato queste cose che la natura abbia così dissociato (*that*

Ogni ordine è artificiale: dev'essere instaurato attraverso l'opera umana. E questo vale tanto per l'ordine politico, com'è noto, quanto, non lo si dimentichi, per l'ordine epistemico-conoscitivo.

La posizione di Hobbes è netta: da un lato, nel *De Corpore* esclude la teologia dalla genuina conoscenza³⁰, pur dedicando metà del *Leviatano* al problema dei rapporti fra l'esegesi biblica e il potere politico, e, dall'altro lato identifica la razionalità col calcolo.

Molte sono state le discussioni sulle tesi hobbesiane e non è il caso di addentrarci in tali temi in questa sede. Quel che a me pare incontestabile è che l'appena citata razionalità calcolistica spinge Hobbes verso il nominalismo. Per riprendere un passo del *Leviatano*, non c'è "nel mondo niente di universale se non i nomi; infatti le cose nominate sono tutte individuali e singolari"³¹.

Il superamento delle concezioni medievali e della disputa sugli universali è chiaro. Ed è impossibile non mettere in relazione questa posizione epistemologica convenzionalistica con la tesi portante della filosofia politica di Hobbes, secondo la quale *Auctoritas non veritas facit legem*³², e con la sua teorizzazione dell'imperativismo.

Non a caso Bobbio fa di lui un positivista (ideologico) *avant la lettre*³³. E questo approccio radicale non è conciliabile con un'apertura alla trascendenza³⁴. Se proprio volessimo, nell'ambito di un assolutismo politico, divinizzare lo stato, non dovremmo mai dimenticare che quello hobbesiano è un dio *mortale*, che noi stessi ci siamo costruiti.

D'altronde, nel quadro della mia esposizione sintetica (e assai carente, è ovvio) vorrei evidenziare tre aspetti dell'accostamento di Hobbes:

a) per Hobbes la creazione della *Civitas (Commonwealth)* è una sorta di riduzione all'assurdo dei moti egoistici delle passioni; l'uomo è *etiam fame futura famelicus*, ma l'individualismo e il calcolo autointeressato lo recuperano alla razionalità; in ciò siamo pienamente nell'ottica dell'umanesimo;

b) sussiste un parallelismo fra le tesi politologiche di Hobbes e il principio di

Nature should thus dissociate) gli uomini e li abbia resi atti ad aggredirsi e distruggersi l'un l'altro [...]"

³⁰ *De Corpore*, I, 8. Comunque la situazione è più complessa, come mostra A. Pacchi, *Introduzione a T. Hobbes, Scritti teologici*, Angeli, Milano 1988. V. anche Id., *Scritti hobbesiani (1978-1990)*, Angeli, Milano, 1998.

³¹ *Leviatano*, cit., cap. IV, p. 32.

³² T. Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, che si trova anche nella raccolta di testi di Hobbes e di Leibniz pubblicati e introdotti da T. Ascarelli per i tipi di Giuffrè, Milano, 1960. È la discussione con Coke, nella quale Hobbes s'opponne ad ogni visione sapienziale del diritto.

³³ N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli, 1965.

³⁴ La formula è di C. Schmitt, *Le categorie*, op. cit., pp. 150 ss., n. 53. Molte discussioni ha sollevato H. Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation*, Clarendon, Oxford 1957, trad. it. *Il pensiero politico di Hobbes*, Laterza, Roma-Bari, 1974, che rivaluta gli aspetti "teologici" della concezione hobbesiana.

conservazione del moto scoperto da Galileo³⁵;

c) va infine notato lo stile di Hobbes, ricco di corpose metafore – a partire da quella dello stato concepito in termini meccanicistici, come un gigantesco automa: questa retorica è parte del tessuto teorico legalistico hobbesiano; essa mette in evidenza il fatto che l'ordine giuridico e politico è una costruzione arbitraria nei contenuti, anche se non è arbitrario – dal punto di vista del diritto naturale – che un ordine debba esservi, pena l'anarchia e la guerra civile.

Pensatori come Hayek hanno criticato il costruzionismo hobbesiano in nome della mano invisibile e dell'ordine spontaneo³⁶. Sul piano teorico si può discutere. Forse l'ipotesi – tale era – del contratto sociale è meno soddisfacente rispetto all'idea di una progressiva evoluzione, cara agli scozzesi³⁷, ma, in ogni caso, da un punto di vista storico, serviva a sottolineare la netta rottura con la concezione aristotelica, di un ordine da trovare nelle cose stesse.

6. Il frutto tardivo del giuspositivismo

Dunque, la categoria dell'artificialità fa il suo ingresso trionfale già nell'età barocca.

L'introduzione al *Leviatano*, sotto tale profilo, è impressionante: si parla della vita come movimento meccanico e degli esseri animati come *automi* a orologeria; il cuore è una molla, i nervi sono altrettanti fili, le giunture sono rotelle. Sempre mediante l'arte, quella umana stavolta, che imita l'arte divina, viene altresì creato il Leviatano. In esso la *sovranità* è un'*anima* artificiale, i *magistrati* le *giunture* artificiali, la *ricompensa* e la *punizione* sono i *nervi*; e via dicendo...

Non vado oltre, né cito il testo esatto, perché questo parallelismo tra la dimensione organica, riletta meccanicamente e materialisticamente, e la *polis*, in cui l'artificialità è elevata all'ennesima potenza ed è fonte di terrore per i nemici e di rassicurazione per gli altri, è notissima, non solo agli studiosi.

E fin da principio Hobbes spiazza le pretese politico-teologiche affermando che “la materia e l'artefice” di tale costruzione è l'*uomo*³⁸. Dio viene chiamato in causa attraverso l'idea di imitazione, ma poi, non appena la coscienza religiosa s'è tranquillizzata, la divinità è confinata dietro alle quinte. La narrazione prosegue focalizzandosi sulla controparte mortale dell'Altissimo e sugli esseri umani che muovono lo stato e ne sono mossi.

³⁵ F. Brandt, *Thomas Hobbes' Mechanical Conception of Nature*, Levin & Munkgaard-Hachette, Copenhagen-London 1928 e T.A. Spragens, *The Politics of Motion. The World of Thomas Hobbes*, The University Press of Kentucky, 1973.

³⁶ F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Saggiatore, Milano, 1986.

³⁷ V.T. Magri, *Contratto e convenzione. Razionalità, obbligo e imparzialità in Hobbes e Hume*, Feltrinelli, Milano, 1994.

³⁸ *Leviatano*, cit. pp. 5-6. In ingl. “First, the Matter thereof, and the Artificer; both which is Man”. È una sorta di *verum ipsum factum*.

Non abbiamo perciò bisogno di aspettare lo storicismo e il romanticismo per trovare la creatività teorizzata come valore (sebbene nell'Ottocento la prospettiva è differente, presentandosi come un culto della genialità e dell'originalità spirituale, a livello tanto individuale quanto collettivo).

Risparmio al lettore i soliti discorsi sulla scuola dell'esegesi e sulla scuola storica, le cui differenze mostrano che fin dall'inizio il positivismo era un coacervo di concezioni del diritto, che proponevano distinte visioni dell'ordine giuridico: gli uni come *codice*, gli altri come *costruzione* concettualistica della dottrina guidata dal *metodo* "corretto". Vorrei però aggiungere che c'è una continuità più spiccata fra il giusnaturalismo moderno e il positivismo ottocentesco di quanta ve ne sia tra il giusnaturalismo premoderno, antico e medievale, e il giusnaturalismo moderno. D'altronde, com'è stato osservato da Paolo Grossi,

Se la Pandettistica, in tutte le sue fasi di svolgimento, può essere correttamente colta, come comunemente si fa, quale movimento antigiusnaturalistico per il suo rifiuto della metafisica dello stato di natura e della fondazione mitica del contratto sociale, ciò nonostante si deve rilevare che essa cede sempre di più – a cominciare dal Savigny sistematore – a un giusnaturalismo latente almeno dal punto di vista dell'approccio metodologico al diritto e del compito della scienza giuridica [...]³⁹.

Sopravvive così, sia pure in forme diverse, l'ideale razionalistico di *sistema* mutuato dai teologi.

Come si è accennato, non è questa la sede per una ricostruzione di fenomeni così complessi. Però vorrei notare un fatto curioso. Jeremy Bentham è stato uno dei padri, non l'unico, di due idee coeve dell'ordine giuridico: la *codificazione* e la *teoria generale del diritto*. Ebbene queste due idee hanno avuto un destino diverso.

La prima idea ha avuto uno sviluppo grandioso quale modello di razionalità per poi sprofondare in una crisi irrimediabile. Com'è stato sostenuto da Irti, in un libro non del tutto condivisibile da un punto di vista storico, ma che è diventato ben presto una sorta di manifesto, siamo pervenuti nell'età della *decodificazione*. Non perché i codici non si facciano più, ma perché è caduta la passata aspirazione ad una palingenesi codicistica. I codici somigliano ormai al consolidamento del diritto esistente. D'altra parte assistiamo ad uno svuotamento del codice e a un processo generale di frammentazione. Il principale imputato, secondo Irti, sono le leggi speciali⁴⁰. A chi scrive piacerebbe ricordare anche un altro fattore: il processo di "costituzionalizzazione" del diritto. I principi della costituzione, lungi dall'essere un possibile rimedio alla decodificazione, ne sono una concausa; essi esprimono una forma alternativa di razionalità, fondata sul giudizio di bilanciamento, piuttosto che su un procedimento che pretenda di trarre il particolare dal generale. Gli studiosi della generazione antecedente alla mia sono stati quanto mai impressionati dal

³⁹ P. Grossi, *La cultura del civilista italiano*, Giuffrè, 2002, p. 17.

⁴⁰ N. Irti, *L'età della decodificazione*, I ed., Giuffrè, Milano 1979.

tramonto del vecchio ordine. Scarpelli espresse un cocente rimpianto per la perdita della razionalità sistematica del codice, che per lui rappresentava lo smarrimento dei sani valori borghesi. Era questa una storia di decadenza degna del Thomas Mann dei *Buddenbrook*⁴¹ o del mondo di ieri rievocato da Stefan Zweig.

La seconda idea è quella della teoria generale del diritto. L'analisi dei principali concetti giuridici si è dimostrata una pratica feconda, che viene in aiuto anche ai giuristi positivi, offrendo loro utili strumenti di riflessione. Almeno in apparenza, la teoria generale del diritto è una disciplina solida e organizzata, che ha saputo sopravvivere alla disfatta del positivismo ottocentesco e del codice, nonché al naufragio della convinzione illusoria che vi possa essere un'interpretazione puramente dichiarativa. Kelsen reagiva al mondo caotico – da lui stesso riconosciuto come caotico e irrazionale – dell'interpretazione decisoria, consegnandola alla politica. A tale mondo contrapponeva l'ordine rappresentato da una struttura gerarchica (lo *Stufenbau*, la c.d. costruzione a gradi), tenuta assieme dal presupposto “logico” della norma fondamentale. Oggi questa via basata sull'estrapolazione degli elementi strutturali non può più esser percorsa. Le scelte politiche non sono neutralizzabili. Le strade aperte a questo punto sono due:

- 1) o rispondere alla frammentazione delle fonti supponendo che vi siano valori oggettivi (così fa il neocostituzionalismo in molte sue versioni)
- 2) oppure ripensare, come faremo noi, da positivisti e da filosofi analitici, l'ordine giuridico e la sua pretesa necessità.

7. Verso la medioevalizzazione della giurisprudenza?

Roberto Vacca ebbe a scrivere un *best seller* intitolato *Il medioevo prossimo venturo*, dove si immaginava un regresso tecnologico della nostra civiltà⁴². Qualcosa di simile, un ritorno al passato, regresso o recupero dei valori autentici a torto obliati, non spetta a me deciderlo, è forse accaduta anche nel mondo giuridico.

Il positivismo ottocentesco si era presentato come un tentativo su larga scala di razionalizzare le fonti del diritto, unificandole e semplificandole; di tale tentativo si è dichiarato – e non da ora – il fallimento. Nel contempo lo stato nazionale e territoriale viene ridimensionato dalla globalizzazione, e, a sua volta, la centralità del codice, con la sua coerenza, viene sostituita dalla capacità di penetrazione nel tessuto giuridico delle costituzioni lunghe, che contengono i principi più disparati, dando luogo ad antinomie talora anche evidenti. Il vecchio imperativismo era già stato rifiutato dalle visioni più aperte del positivismo (Hart ha fatto scuola) e si parla

⁴¹ U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia* 78, n. 1 (1987), pp. 3-15, in part. p. 7, dove fra l'altro afferma: “L'uomo moderno, afferma un personaggio di Thomas Mann, ha perso il senso d'appartenenza a ordini della totalità: il codice è stato forse l'estremo, certo fra i più alti tentativi di restituire un ordine della totalità al mondo umano”.

⁴² R. Vacca, *Il medioevo prossimo venturo. La degradazione dei grandi sistemi*, I ed., Mondadori, Milano, 1971.

in modo crescente di “disordine delle fonti”. Il metodo dei giuristi si mischia irrimediabilmente con la politica e con impegni non sempre consapevoli. Coll’arretramento delle ideologie universalistiche e l’emersione, al loro posto, di una miriade infinita di appartenenze identitarie, si ha come la sensazione di vivere nel particolarismo più spinto. Viene in mente il pluralismo medievale, in cui ciascuno, seconda la propria condizione, aveva il suo diritto. D’altronde le corti, a livello nazionale e internazionale, molte volte non riescono a dialogare. Le tradizioni giuridiche si mescolano confusamente e la figura del giurista non ha più lo statuto chiaramente definito che aveva in passato.

Siamo dunque approdati ad una negazione dell’ordine?

Prima di trarre conclusioni affrettate, o di lanciarmi in un’intemerata sulla nequizia dei tempi moderni, vorrei premettere che, sebbene si parli correntemente di “sistema” delle fonti, le fonti *sono sempre state* in competizione fra loro e perciò stesso conflittuali, le une contro le altre. In certi momenti (con la scuola storica) prevale la dottrina; in altri, prevalgono la legge e il codice; adesso, nella stasi dei parlamenti, si cerca, sull’esempio del *common law* anglosassone, d’imporre il diritto dei giudici. Non cediamo quindi ad un’accattivante visione irenica delle fonti.

Ad ogni modo, il terreno in cui opera il giurista è molto complicato. Per fronteggiare le non poche antinomie che sorgono tra i principi della costituzione, nell’impossibilità di utilizzare in modo sistematico i vecchi criteri gerarchico, cronologico e di specialità, gli interpreti si sono foggiate una nuova tecnica dall’indubbia efficacia: il *giudizio di bilanciamento*.

Quest’ultimo compie una scelta discrezionale riguardo a quale dei principi confliggenti considerati rilevanti si debba applicare nel caso preso in esame.

A differenza dei tre criteri classici per risolvere le antinomie, la ponderazione dei principi non comporta l’eliminazione dei principi soccombenti.

Tali principi vengono semplicemente disapplicati *nel caso in questione*. Essi non sono dichiarati invalidi, inefficaci o comunque espulsi dal sistema. Restano “nel sistema”, pronti ad essere applicati in un altro caso⁴³.

Che cosa significa questo? Che le antinomie sono disinnescate a livello “locale”, allontanandole, ma non vengono del tutto eliminate. Laddove la logica non ci aiuta, interviene la scelta. Si può fare ciò che si desidera. L’interprete ha mano libera. Si predica il diritto flessibile, o *soft law*, che altro non è se non la negazione dell’ordine, se non altro di quello legislativo, nella speranza, se si è garantisti, di trovare un ordine più profondo, ma tutto da specificare, fra le pieghe delle leggi⁴⁴.

Le implicazioni per nulla esaltanti di una simile pratica, sono dunque

⁴³ Cfr. p. es. R. Guastini, *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, p. 139.

⁴⁴ Cfr. per tutti G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992 e Id., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.

mascherate da un' *ideologia cognitivista* in etica⁴⁵. Molti autori neocostituzionalisti ritengono che i principi si possano veramente pesare e che sia possibile costruire gerarchie assiologiche. Non siamo lontani dal giusnaturalismo, solo che i giusnaturalisti di ieri e dell'altro ieri pensavano che le questioni di giustizia fossero suscettibili di una sistemazione generale, universalistica, e non caso per caso. Sia quel che sia, in questo momento il crinale fra il positivismo e le concezioni antipositivistiche passa attraverso le assunzioni metaetiche, da un'alternativa tra cognitivismo e noncognitivismo valoriale.

Del resto, anche le certezze liberali riguardo ai diritti fondamentali si sono ormai oscurate⁴⁶. La guerra in Ucraina lo dimostra ampiamente, perché l'aggressore non fa più nemmeno la fatica di dare una qualche giustificazione plausibile dei propri atti. Tutto si svolge allo scoperto, senza imbarazzi. O è sensato dire che si scatena una guerra sanguinosa per denazificare un paese che non è nazista e per liberarlo dai gay?

8. Tentando di concludere

Nella nostra carrellata storica sulle idee di ordine ci siamo resi conto come la tesi che la giuridicità comporti un *ordine necessario* precostituito è debole in tutte le sue numerose versioni.

Tale critica vale tanto verso il giusnaturalismo, quanto verso il vecchio positivismo metodologico, che riteneva che si dovesse conoscere il diritto così com'è e non come deve essere.

Al massimo troviamo una varietà di *ordini possibili* di tipo parziale e in forte divenire.

A questo punto sorge una domanda cruciale.

L'ordinamento giuridico è davvero pensabile come un insieme di norme – una volta avrebbero detto di comandi – chiuso e autosufficiente rispetto agli altri valori, etici o del costume sociale?

O ancora, le norme si possono contare come tante palline colorate dentro un vaso trasparente o, forse, come i fili di un tessuto, d'un ordito, ben connessi fra loro?

⁴⁵ Non credo che tra i neocostituzionalisti vada annoverato Luigi Ferrajoli e non solo perché egli ritiene poco perspicua, anzi errata, tale denominazione in generale. Le ragioni sono tre: 1) perché Ferrajoli respinge la ponderazione fra principi, 2) perché è uno dei più convinti propugnatori della riserva di codice in materia penale e, infine, 3) perché nell'impianto analitico del suo pensiero, il noncognitivismo in campo etico gioca un ruolo fondamentale, conducendolo al rifiuto delle tesi sostanzialiste. Cfr. p. es. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; Id., *Principia iuris*, vol. II, *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 388-91 e Id., "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", in *Giurisprudenza costituzionale*, 55 (2010), n.3, pp. 2771-2816.

⁴⁶ A. Pintore, "Note intorno all'attuazione dei diritti", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 13/06/2016, pp. 1-22, www.statoechiese.it.

A entrambe le questioni viene da rispondere di no.

Quando parliamo di norme e di ordinamenti normativi non stiamo parlando di dati constatabili in modo neutrale dalla scienza giuridica. Se estraiamo dalle disposizioni, dalle stringhe di parole che compaiono nel linguaggio delle fonti, certi significati e non altri, ciò dipende dagli argomenti addotti, dagli impegni e dai metodi interpretativi condivisi dagli esegeti. In qualche senso gli argomenti sono la cosa che viene prima: applicando un argomento piuttosto di un altro ricaveremo norme diverse dai medesimi enunciati. D'altronde, le norme diventano ragioni per agire o per omettere d'agire.

Corrispettivamente, non abbiamo un *ordo ordinatus*, in sé concluso. Ci si presentano invece ordini parziali che vengono di continuo decostruiti e ricostruiti attraverso la discussione⁴⁷. Del pari, non vi è un'unica norma fondamentale, ma vi sono molte ragioni diverse, anche opposte, per accettare i risultati provvisori di una simile discussione ininterrotta e le pratiche effettive (quando le si accetta).

Siamo passati forse dall'*ordito* del sistema giuridico alla *trama* del racconto persuasivo? Talvolta è quel che sembra⁴⁸. Dicevamo pocanzi (v. *supra* § 7) che, col prevalere della disputa sulla catena dei comandi del potere politico, si ha l'impressione di essere sprofondata nel disordine. Tale impressione però non è del tutto corretta. In realtà, la scelta tra ordine e disordine dipende (anche) dai giuristi.

Si deve considerare il profilo pragmatico-operativo. L'ordinamento è sempre una costruzione degli interpreti. I loro atteggiamenti collettivi non si possono ignorare.

Bisogna per esempio vedere se di fronte ad una formulazione generale ed astratta i giudici siano disposti a fare delle eccezioni, in nome di una pretesa *ratio*, per sistemare i casi recalcitranti, oppure preferiscano tenere ferma la regola in nome dell'adagio ulpiano (D. 40,9,12,1), *dura lex, sed lex*? In un caso si ricorre a tecniche di chiusura, esclusive, principalmente ai formalismi, che sono impermeabili alle pretese ragioni retrostanti⁴⁹; nell'altro caso, al contrario, si ricorre a tecniche di tipo inclusivo, che immettono nuovi valori nel sistema: si pensi al bilanciamento e al ricorso ai principi.

Dunque non abbiamo un sistema precostituito che sia aperto o chiuso, *bensi sono i giuristi che lo aprono o lo chiudono*. Le chiavi per aprire o chiudere l'ordinamento sono gli argomenti esclusivi e quelli inclusivi. Lo stesso rapporto gerarchico fra le norme può essere letto come un divieto di bilanciare le norme inferiori con quelle superiori.

Al teorico toccherà mettere in luce gli impegni dei diversi operatori, valutandone in un modo relativamente obiettivo la coerenza e la compatibilità e facendo emergere i criteri di controllo interno ed esterno.

⁴⁷ V. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁴⁸ Lo suggerisce R. Dworkin, *A Matter of Principle* (1985), trad. it. *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990, pp. 179-205, con la sua celebre metafora della *chain-novel*.

⁴⁹ F. Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon, Oxford 1991, trad. it. *Le regole del gioco*, Il Mulino, Bologna, 2000 e J. Raz, *Practical Reason and Norms*, I ed., Hutchinson, London, 1975.

Questa per il positivista ammodernato può suonare una magra consolazione. Resta però il rifiuto del cognitivismo in etica, che, a mio avviso, non è poco. Un atteggiamento laico e noncognitivistico, infatti, impedisce che le istituzioni sposino una dottrina sostanziale e ne facciano il fondamento obbligatorio del diritto. Ma qui siamo passati a parlare di garantismo e di pluralismo e il discorso sarebbe lungo⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. in senso contrario M. La Torre, “*Nec tecum nec sine te*. Ovvero la “stranezza” del giuspositivismo”, in *Politeia*, 37 (2021), n. 143, pp. 132-43, in part. p. 133: “L’argomento principale per difendere il positivismo ruota ancora una volta sull’idea di un ragionamento giuridico non ancorabile all’oggettività. Ma, se fosse così, il positivismo rinunciarebbe al suo *atout*, alla sua briscola “prenditutto”, rispetto alle altre teorie del diritto, in particolare rispetto al giusnaturalismo. Infatti, la *raison d’être* del positivista è stata, quanto meno nel passato, quella di garantire al giurista pratico la possibilità di un giudizio oggettivo, e di garantire la certezza del diritto, rimproverandosi invece al giusnaturalismo di rinviare alla soggettività ed alla discrezionalità del discorso morale. Ora, se si rinuncia alla tesi del ragionamento giuridico come in via di principio guidato da un’unica risposta corretta, dunque non discrezionale, perché dovremmo preferire il positivismo al giusnaturalismo?”. V. anche Id., *Il diritto contro sé stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, Firenze 2020. Su questi argomenti mi limito a pochi rilievi: non c’è la “soluzione giusta”, né per i positivisti né per gli oppositori del positivismo. D’altronde, si può in qualche misura studiare il fenomeno giuridico, dando conto delle pratiche effettive. Le quali ultime poi sono valutabili sul piano di una metagiurisprudenza prescrittiva con scelte di campo di cui siamo noi stessi responsabili. L’oggettivismo in etica va respinto, e con esso il giusnaturalismo in ogni sua forma, perché non riconosce tali scelte e, al di là delle buone intenzioni, apre la strada al sostanzialismo dottrinario.