

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,
Fausto Giunta, Mario Jori, Michele Taruffo

Mario Jori

Del diritto inesistente

Saggio di metagiurisprudenza descrittiva



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Questo volume è stato pubblicato con il contributo
dell'Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche Ecclesiasticistiche,
Filosofico-sociologiche e Penalistiche "Cesare Beccaria"*

© Copyright 2010

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884672812-8

“Comment peut-on faire ce que l’on ne comprend pas?”

MURIEL BARBERY, *L'élégance du Hérisson*

INDICE

1. L'approccio del senso comune al diritto	11
2. Diritto e diritto vigente nel senso comune	21
3. Gli indizi del diritto vigente	32
4. L'approccio tecnico al diritto: concetto e norma di riconoscimento	41
5. Individuazione e determinazione del diritto	61
6. Concezioni dei giuristi e principali varianti giurisprudenziali	75
7. La discussione anglosassone sul giuspositivismo e i giudici	90
8. Varianti giurisprudenziali	110
9. Meta-analisi e conclusioni	129

1. *L'approccio del senso comune al diritto*

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.

Secondo me il raccontino delle righe precedenti appartiene interamente al linguaggio ordinario e alla dimensione del senso comune, a quel genere di cose che sono immediatamente comprensibili per chiunque capisca la lingua in cui sono formulate. Prima di cercar di spiegare cosa la storiella racconta, qual è la sua struttura profonda, osservo che la spiegazione è tutt'altro che semplice; si capisce facilmente, ma non è facile spiegare perché.

La cosa non deve sorprendere, è una caratteristica normale del senso comune, della conversazione ordinaria e della lingua usata a questo livello discorsivo. Che la storiella sia subito comprensibile suggerisce comunque che essa svolga bene la sua funzione comunicativa all'interno del discorso ordinario e della conversazione quotidiana, per questo è decisivo che tutti ritengano di capirla e inoltre che la capiscano davvero, nel senso che quando si trovano ad interagire in base a tale comprensione ("Sai che oggi alla stazione c'era un matto che faceva partire i treni!"; "Quello non è un vero capostazione - è un povero matto!") le reazioni risultino convergenti e congruenti. Si potrebbe anche distinguere tra comprensione da parte degli osservatori partecipanti e comprensione esterna del mero resocontista: è certo che, in pratiche sociali come questa, linguaggio, azioni, comportamenti, senso e significato, implicazioni dell'uso e della comprensione del linguaggio e partecipazione a un evento e sua descrizione/comprendimento, svolgono funzioni strettamente connesse e talora difficili da distinguere, la cui analisi ha sollevato problemi filosofici considerevoli. Ma non la ritengo necessaria a quello che mi propongo di dire in queste pagine.

In breve, dunque, assumo che il test base di comprensibilità nell'ambito del senso comune abbia successo quando possiamo affermare che la gente pensa di capirlo, che lo capisce e che si capisce. In altre parole dove convergono comprensione soggettiva e comunicazione intersoggettiva, comprensione esterna e interna, sappiamo di trovarci di fronte a un caso chiaro di felice funzionamento del senso comune e del discorso ordinario. Se è vero che la scenetta del matto è perfettamente comprensibile, bisogna anche aggiungere che la nostra immediata e unanime comprensione della scena è indipendente dalla nostra *approvazione* cognitiva o morale, perché il senso comune non può essere considerato

l'ultima parola in questioni cognitive e morali¹; ritengo che nel nostro caso manchino entrambe, visto che un simile uso del termine 'matto' è considerato dalla psichiatria odierna come scientificamente improponibile e dal canto mio riterrei moralmente discutibile applicare realmente una simile etichetta a una persona malata.

Per tutte queste sue caratteristiche ritengo che la storiella del matto alla stazione sia un buon punto di partenza per affrontare ancora una volta il problema di come viene individuato il diritto, cioè i problemi tra loro connessi del concetto di diritto, dell'esistenza del diritto, del fondamento del metodo giuridico e dei confini della pratica giuridica. A ben vedere infatti, la nozione di diritto ordinaria e di senso comune è proprio al centro del caso. Non è solo questione di comprensione; è che la scena non potrebbe proprio avere luogo se il senso comune non sapesse in qualche modo come individuare e identificare il diritto.

Non sembri strano o irriverente che si accostino in modo così stretto diritto e follia, è un accostamento antico quanto la storia dell'uomo. Infatti le relazioni sociali e le istituzioni sociali e giuridiche sono notoriamente impalpabili, perché fondate su opinioni o credenze, pur essendo allo stesso tempo estremamente reali, nel senso che sono tra le cose più importanti e permanenti che gli esseri umani possono incontrare. Per questo da sempre il possedere una qualità o uno *status* giuridici e il credere follemente di possederli sono separati da un confine decisivo ma sorprendentemente sottile. Questo paradosso è ben noto fin agli antichi; alcuni dei più antichi testi scritti che ci sono pervenuti contengono considerazioni, spesso estremamente poetiche, sulla natura invisibile ed evanescente della dignità sociale e delle relative qualifiche giuridiche². Molti degli ammennicoli tradizionali del potere, come le cerimonie e la pompa regale, hanno l'evidente scopo di far dimenticare questa invisibilità e precarietà: tutti del resto conosciamo il classico racconto di Andersen, *Il vestito nuovo*

¹ Gramsci parla del buon senso come una forma più alta di senso comune, il senso comune essendo solo il senso della maggioranza e il buon senso invece qualcosa di più, riferendo la distinzione ai *Promessi Sposi* (A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, a cura di V. Gerratana, Einaudi, Torino, Q11, p. 1483). Credo che nessuna delle mie tesi nelle pagine seguenti sia fondata su una simile distinzione tra senso comune valido e invalido, tra quello che pensano tutti e saggezza popolare; tuttavia quando parlo di senso comune intendo qualcosa di più rilevante di un accidentale evento sociale che potrebbe aver luogo o meno; il concetto di diritto di senso comune è qualcosa, giusto o sbagliato che sia, che fa parte della struttura del linguaggio ordinario e delle pratiche sociali, dalla cui considerazione e ricostruzione pertanto non può prescindere la descrizione di una pratica sociale basata su tale linguaggio. Sosterrò che anche i concetti o le concezioni idiosincratiche di diritto (di cui *infra*) devono prendere le mosse dalla nozione di senso comune per non sconfinare nella follia.

² Un matto alla stazione compare anche nel romanzo autobiografico di THOMAS MANN, *Altezza Reale* (1909), di cui leggo la trad. italiana in *Novelle e Racconti*, Mondadori, Milano, 1960, p. 931. Il fratello del protagonista, granduca regnante di un immaginario staterello tedesco della Germania ottocentesca, paragona con amarezza il proprio ruolo di rappresentanza con quello di un "Amedeo matto" che alla stazione "fa partire i treni". Nel racconto, tuttavia, la metafora viene usata non per illustrare il problema della (ir)realtà dei poteri giuridici, bensì dei rapporti tra vita quotidiana e bella forma, la vita di parata del granduca essendo assimilata alla funzione sublimatrice dell'artista e dell'arte.

dell'imperatore³. Alla fine vi si sono rassegnati, in parte, anche i detentori del potere. Napoleone, come si sa, si qualificò Imperatore dei Francesi (*Empereur des Français*)⁴ e non di Francia, riconoscendo con questo che la sovranità è tutta nella mente degli uomini⁵. E "l'impero del diritto", o meglio l'impero di *ciascun* diritto vigente, invisibile e reale, non si esercita mai su tutti i membri di una società e su tutti in modo uguale. Per di più la storia, con infinita fantasia, ci racconta innumerevoli vicende di governi in esilio e governi rivoluzionari, governi spodestati o ridotti a una frazione del loro territorio, con le relative rivendicazioni e ritorni e rivincite che possono durare secoli e riguardare intere regioni⁶. Talora questi casi, come vedremo, mettono in crisi la nozione di diritto del senso comune, nonché quella dei giuristi, ma rimane la solida e comune certezza che un diritto che non sia mai stato riconosciuto da nessuno dei suoi presunti soggetti è il diritto di un folle, che crede di essere Napoleone⁷. Il diritto nel senso comune è dunque insieme una partecipazione a una pratica e un fatto, una partecipazione che richiede il fatto che la pratica sia, in qualche senso, condivisa.

Possiamo procedere a spiegare questa ovvietà in termini più elaborati: possiamo osservare che l'apparato materiale di uomini, carte o tavolette di argilla, armi, edifici, prigioni vale solo in quanto è animato dalla adesione generalizzata degli uomini di quel gruppo sociale. Quando viene meno tale adesione, come inevitabilmente prima o poi accade (con molti stadi intermedi), restano solo testi e parole che non trovano più riscontro nelle credenze e nelle azioni, restano le rovine di un diritto simili alle fondamenta di un edificio sepolto dissotterrato dagli archeologi. Ovvero accade che le parole e gli istituti di un diritto vengano

³ Il Papiro Leiden (344 recto), noto anche come Papiro Ipuwer, contiene la copia di un poema dell'egizio Regno medio, *Le Ammonizioni di Ipuwer*, in cui essendo l'ordine giuridico e morale ignorato, tutto l'Egitto è sovvertito, i poveri sono ricchi e i ricchi poveri, i servi non servono e il fiume scorre sangue. Il giurista moderno può trarre profitto da questo testo in traduzione inglese a:

<http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/texts/ipuwer.htm>. Ormai ugualmente un classico sul tema è il romanzo di MARK TWAIN, *The Prince & the Pauper*.

⁴ Dalla Costituzione del 1804:

Article 1. Le gouvernement de la République est confié à un empereur, qui prend le titre d'Empereur des Français. La justice se rend, au nom de l'empereur, par les officiers qu'il institue.

Article 2. Napoléon Bonaparte, premier consul actuel de la République, est empereur des Français.

Article 3. La dignité impériale est héréditaire dans la descendance directe, naturelle et légitime de Napoléon Bonaparte, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, et à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance.

⁵ Ad ogni buon conto, come tutti sanno, fin dalla istituzione del consolato Bonaparte reclamò la gloria e l'onore di "essere la Francia" e in seguito non rinunciò alla cerimonia di consacrazione imperiale, nonché a portare il titolo per grazia di Dio.

⁶ Come sempre la storia della Cina imperiale offre le vicende più istruttive; si veda il caso della dinastia Sung o Song (Sung Settentrionali e Sung meridionali). Si può consultare B.E. MCKNIGHT, *Law and Order in Sung China*, Cambridge, Cambridge U.P., 1992.

⁷ Questo non vale naturalmente per il diritto immaginato dai rivoluzionari, i quali non pretendono che il diritto da loro auspicato sia già il diritto, ma desiderano che lo diventi e proprio perché sanno che non è già il diritto vigente combattono perché lo diventi.

incorporati in un altro, come quando una rivoluzione ha successo, il diritto fino allora vigente in qualche modo cambia padrone e suoi elementi vengono sussunti sotto altre norme e autorità.

Una corrente nella cultura giuridica moderna ha preso le mosse da questa natura evanescente del diritto per sostenere che esso è illusione e magia e che fuori dalle effettive decisioni ed effettivi rapporti di potere ci sono solo illusorie credenze, per cui non esisterebbero realmente i rapporti giuridici, le norme giuridiche, gli obblighi e i diritti giuridici, i poteri e le qualificazioni giuridiche⁸. Questa è una osservazione insieme ovvia e sbagliata. Il giusrealismo, il nome generico sotto il quale possiamo raggruppare molte delle critiche di questo tipo, non pensa davvero che il pensiero giuridico moderno creda nella magia e nella esistenza di forze occulte nelle relazioni giuridiche. I giusrealisti temono piuttosto che il pensiero giuridico venga intrappolato dalle sue metafore, da una descrizione della realtà giuridica che fa tuttora, per comodità espressiva e tradizione, riferimento metaforico o figurato a forze inesistenti usando le stesse forme linguistiche che si usano per rapporti e cose materiali, e che questo finisca per nascondere i reali rapporti di potere e le reali forze sociali che determinano le decisioni giuridiche. Per questo i giusrealisti sostengono che la pratica giuridica non vada spiegata e descritta tramite le nozioni normative mediante le quali è comunemente agita. La loro è la classica accusa di ideologia e falsa coscienza rivolta a una istituzione, alle forme di pensiero e idee “interne” di una pratica sociale, cioè al modo in cui i partecipanti la vedono e la agiscono⁹. Una tale critica rivendica il merito di aver attuato una rivoluzione copernicana in senso empiristico e scientifico nel metodo giuridico e attribuisce alla giurisprudenza una funzione analoga a quella che un astronomo post-kepleriano attribuisce alla visione tolemaica dei cieli, apparentemente ovvia¹⁰, fino a un certo punto pragmaticamente utile per descrivere e prevedere le vicende celesti, ma irrimediabilmente falsa e alla fine un impedimento a una effettiva comprensione dei fenomeni celesti.

⁸ Questa tesi è espressa nella sua forma classica da KARL OLIVECRONA, *Law as Fact*, OUP, London, 1939.

⁹ Le visioni giusrealistiche ed ermeneutiche del diritto acquistano spesso un elemento prescrittivo quando diventano argomento contro la (eccessiva) importanza della legislazione e del diritto. Qualche idea giusrealistica è stata ripresa da R. Dworkin, con la sua abituale efficacia retorica, in alcuni momenti del suo tentativo di trovare valori che stiano a fondamento delle decisioni giuridiche. R. Dworkin peraltro non si riconosce nel giusrealismo, direi a ragione. Si veda specialmente il R. Dworkin di *Law's Empire*, Belknap of Harvard U.P., Cambr. (Mass.), 1986 e FREEDOM'S LAW, *The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard U.P., Cambr. (Mass.), 1996.

¹⁰ La astronomia tolemaica è famosa per le sue ipotesi *ad hoc*, introdotte per spiegare le irregolarità nei movimenti (apparenti) dei pianeti; specialmente i famosi *epicicli*, le classiche ipotesi *ad hoc* introdotte per render conto delle conseguenze del fatto, respinto dalla ipotesi tolemaica, che i pianeti non si muovono affatto intorno alla terra in cerchio né tanto meno in cerchio intorno a un centro che a sua volta si muova in cerchio, ma intorno al sole in orbite ellittiche, come spiegò per primo Keplero ipotizzando orbite solari ellittiche e come Newton spiegò con la “semplice” formuletta della gravitazione universale.

Questa critica giusrealista¹¹ ha il merito di mettere in chiaro i limiti delle giustificazioni giuridiche, nel mostrare che molte operazioni giuridiche non hanno affatto i caratteri che pretendono di avere; nel criticare la cultura giuridica per la mancata distinzione tra parole e significati e per le teorie arcaiche della interpretazione che spesso intrattiene; per aver sottolineato che i concetti giuridici di solito non corrispondono a entità materiali a cui sono spesso assimilati da un linguaggio che dimentica di essere metaforico e infine per aver mostrato che molti argomenti giuridici non sono conclusivi come pretendono di essere. È chiaro comunque che la descrizione di ogni pratica sociale non può ignorare le credenze e i modi di pensare dei partecipanti alla pratica senza cadere nel paradossale. Ogni pratica sociale esiste o non esiste come tale, e continua ad esistere come tale anche se basata su credenze fallaci, che non per questo sono meno reali in quanto fattori sociali. La religione esiste anche se Dio non c'è. In tal caso sarebbero le pretese della religione ad essere messe in dubbio, non la esistenza o influenza sociale delle sue credenze. Quanto meno prima di mettere in dubbio le credenze di una simile ipotetica religione sarà necessario conoscerle e quindi descriverle in tutta la loro articolazione. Per quanto riguarda il diritto non c'è dubbio che sia utile studiare le idee e i fattori sociali anche nascosti che influenzano o determinano le pratiche giuridiche nella storia e nelle diverse situazioni sociali; ma un'altra cosa è pretendere di descrivere il diritto come una illusione o ideologia, che esisterebbe e sopravviverebbe solo perché i suoi utenti non capiscono come veramente stiano le cose e le cui credenze sarebbero essenzialmente la mascheratura di altri fattori sociali più importanti; per cui i concetti e i modi di pensare e operare del diritto sarebbero da spiegare come superstizioni infondate e incoerenti.

Alcune delle pretese dei giuristi possono non essere fondate, alcune delle loro operazioni illusorie, ma in queste pagine cercherò invece di portare qualche piccolo argomento alla tesi opposta che, nelle situazioni sociali normali, il pensiero giuridico è parte di una pratica che nel complesso fa quello che dice di fare e lo fa nel modo in cui pensa di farlo. Non bisogna dimenticare che il giurista non è un sociologo o uno storico ma un operatore impegnato come ausiliario di una attività normativa. Seguendo la fondamentale intuizione di U. Scarpelli, che la teoria del diritto deve accostare il diritto da un punto di vista interno, non semplicemente come qualcosa che descrive, ma qualcosa a cui partecipa, descriverò l'apparato concettuale del diritto come un apparato semiotico fatto prevalentemente di regole coattive che mirano a indirizzare normativamente alcune azioni sociali, così assicurando, tramite l'incontro di credenze e azioni, lo svolgimento della pratica sociale del diritto. Il diritto come meccanismo normativo esiste nella misura in cui riesce a dirigere o controllare i comportamenti e la

¹¹ Come dirò più sotto, una visione giusrealistica del diritto, in forma moderata e sotto altri nomi è frequente tra i teorici del diritto che provengono dagli studi di diritto positivo. Ciò significa, come spiegherò, che questi teorici usano un concetto di diritto idiosincratico con addizionali elementi di effettività.

teoria del diritto contribuisce a questo compito.

In queste pagine esamino l'ipotesi non ovvia che il meccanismo concettuale che permette alla pratica giuridica di individuare il diritto vigente appartenga al senso comune; per questo dovrò esaminare il problema di come operino in questo il senso comune e gli utenti del linguaggio ordinario, come nella scenetta del matto alla stazione; con quale apparato linguistico e mentale riescano ad individuare con successo e fulmineamente il diritto, pur non sapendone in realtà pressoché niente; come riescono evidentemente a fare, altrimenti le relative pratiche sociali difficilmente potrebbero esistere¹². Si noti, come insegna la storiella del matto, che trovare le regole e i concetti sottostanti a una pratica non coincide con la sua giustificazione e tanto meno con la sua approvazione morale; è un passo necessario e non sufficiente sulla strada di questa sua eventuale giustificazione.

Con questo in mente, proviamo ad analizzare più a fondo la scena del matto alla stazione. Chi racconta che c'è un signore matto che fa partire i treni intende ovviamente che egli non fa *veramente* partire i treni. I treni partono, ma in qualche senso essenziale non è lui che li fa partire, altrimenti non sarebbe (considerato) folle. Questa implicazione va tuttavia qualificata. Il giudizio di follia, a ben vedere, non si focalizza sulla effettiva incapacità del comportamento del folle di *causare* mai la partenza di un treno, neppure sul fatto che esso sia o non sia una *condizione* della partenza del treno¹³; quello che si vuole dire è che costui non ha davvero il *potere* che crede di avere, il potere di far partire i treni; che egli non è la persona investita della relativa autorità (giuridica), perché non è il capostazione competente; anche se in qualche modo *crede* di esserlo. Il matto alla stazione, poi, a differenza di qualcuno che semplicemente si sbaglia, è caratterizzato dalla *imperdonabilità* sociale dell'errore; che può riguardare anche solo una singola credenza, nel qual caso si dice con bonaria brutalità che una persona è *fissata*. Di solito viene qualificato come *un matto* la persona che cade sistemati-

¹² Qualcosa del genere è forse adombrato nella notissima frase di Hart sul significato dei discorsi giuridici: "the use of these sentences silently assumes ... the existence of a legal system, [but does not] state that it exists", H.L.A. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, ora in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 1983, p. 27. Mario Ricciardi mi suggerisce giustamente che questa è la nozione strawsoniana di presupposizione, e mi ricorda in proposito una osservazione di Strawson che esprime una presupposizione ed è riferita proprio al diritto, rasentando il nostro tema (ha senso interrogarsi se una determinata disposizione sia legale, ma non se il diritto vigente sia legale) in P.F. STRAWSON, *An Introduction to Logical Theory*, London, Methuen; New York, Wiley, 1952, p. 257.

¹³ Queste considerazioni sono probabilmente da considerare supposizioni di sfondo più o meno affidabili, più che una parafrasi del significato centrale della frase: la causazione degli effetti sociali comunque è una questione complicata e discussa. Peraltro il fatto che qualche macchinista si sia sbagliato e lo abbia preso per vero non è incompatibile con l'affermazione "È matto", per quanto la *scoperta* di un errore del genere avrebbe probabilmente causato la rapida rimozione del folle dalla stazione. Del tutto indipendenti da questo mio discorso sono i tragici casi di mania di grandezza condivisa dalla maggioranza di un popolo (si pensi alla paranoia di un Hitler): in questi casi di "follia collettiva" certamente usciamo dall'area della follia di senso comune che è, per definizione, solitaria e socialmente riconosciuta come tale.

camente in errori imperdonabili di questo tipo, per cui la sua intera personalità viene coinvolta nel giudizio di follia agli occhi del pubblico. In certi casi, come questo, anche il singolo “errore” appare all’osservatore ordinario di natura sufficientemente grave da porre in dubbio la capacità del soggetto di discernere a proposito di ampie categorie di questioni di senso comune; specificamente perché riguarda qualcosa su cui non ci si aspetta di incontrare errore alcuno.

Il matto secondo il giudizio collettivo è dunque di volta in volta individuato dalla natura solitaria delle sue credenze, dalla loro frequenza¹⁴, dalla loro imperdonabilità, dalla idiosincrasia (“anormalità”) delle ragioni addotte per sostenerle e dalla impermeabilità del soggetto alle confutazioni normalmente sufficienti per la gente normale. Aiutano ad essere considerati stereotipicamente matti, credo, anche una certa aggressività e sommarietà nel rendere pubbliche tali credenze eccentriche, specialmente nel manifestarle senza preambolo in condizioni di interazione pubblica tra sconosciuti, dove le convenzioni vorrebbero al contrario che venissero manifestate solo opinioni inoffensive e banali, accettate da tutti, le classiche osservazioni sul tempo: per questo il matto è percepito come “uno che parla da solo” quando è in presenza di estranei. Si noti peraltro che non ho detto niente degli indizi esterni attraverso cui la folla individuava il matto di Pavia e lo distingueva dai ferrovieri veri. Questi indizi evidentemente da qualche parte ci devono essere e hanno qualcosa da insegnarci anche loro¹⁵, per cui vi tornerò sopra, ma per ora ci interessa la struttura concettuale delle credenze su cui si basa il giudizio di follia.

Il folle, intendo il folle nella versione pubblica che abbiamo appena incontrato, con questa sua credenza e atteggiamento si mette al di fuori del consenso minimale che caratterizza la interazione pubblica tra sconosciuti, e la nozione di follia, pur se respinta dalla psichiatria, ha un ruolo essenziale per definire questa interazione nel senso comune, perché ne disegna al negativo il confine. Nell’esempio si tratta, a ben vedere, di un problema di giudizio sui poteri o le autorità giuridiche; questa terminologia non è di linguaggio ordinario e non si troverà quindi normalmente sulla bocca dei partecipanti, ma è certamente il punto focale del nostro caso; significa, in breve, che il pubblico è sicuro che il diritto non sia quello che il matto pensa che sia. La scenetta del matto di Pavia è quindi una istanza linguistica e comportamentale nell’ambito del senso

¹⁴ Se lo fa raramente si dice: “si comporta da matto”, il che implica che non lo si considera veramente “un matto”.

¹⁵ Mi interessa per il momento la comprensione da parte del pubblico di cosa sta accadendo, le strutture concettuali e linguistiche (in senso lato) che questa comprensione sottende. Vanno distinti secondo me i vari *indizi* attraverso cui il pubblico si accorge che l’uomo non è un vero capostazione, come, tanto per menzionare la prima cosa che viene in mente, la mancanza di una divisa (uniforme). Il fatto che il comportamento del folle fosse tollerato alla stazione di Pavia ci dice che l’impersonificazione non era troppo realistica. Se lo fosse stata, avrebbe probabilmente creato dei pericolosissimi equivoci e il folle sarebbe stato rimosso. Più sotto dirò qualcosa di più sugli indizi tramite cui il profano individua il diritto servendomi delle metafore dei ciechi e l’elefante e della locomotiva; sosterrò che la individuazione avviene attraverso caratteri frammentari e periferici.

comune e linguaggio ordinario, che possiamo rendere in termini un poco più elaborati dicendo che si basa su un immediato giudizio convergente o collettivo di individuazione del diritto e una conoscenza di senso comune sulla esistenza/inesistenza di una parte di un diritto¹⁶.

Il *punctum dolens* del giudizio dato dal folle, in questo contesto, riguarda dunque proprio la esistenza o inesistenza di una parte di un diritto, cioè della serie di norme e atti giuridici che dovrebbero contenere la sua nomina a capostazione. La follia del signore di Pavia, me lo ricordo bene, suscitava negli spettatori prevalentemente un sentimento di simpatia; non solo perché era una follia mite ma, sospetto, anche perché il pubblico si sentiva in qualche modo intenerito dalla modestia delle pretese del poveretto, il quale mostrava di aspirare nella vita semplicemente di essere preso per un capostazione. Ma ci possono essere follie meno modeste: non per niente il matto archetipale, quello delle barzellette, crede di essere Napoleone. In tal caso, nell'immaginario collettivo si incontra non una follia di circoscritto ambito giuridico, ma una figura di folle che si inventa un intero diritto, se lo costruisce a propria misura allo scopo di collocarvi in posizione di autorità suprema. Come diremmo in termini che non appartengono al senso comune, incontriamo in tali casi un giudizio del tutto idiosincratico sulla esistenza di un intero ordinamento giuridico, incontriamo una istanza di quella entità curiosa che è sì un diritto, ma un diritto immaginario o inesistente.

A dire il vero, non so se tra gli sventurati affetti da paranoia nella forma del delirio di grandezza esistano ancor oggi persone che credono di essere Napoleone I o Teddy Roosevelt allo scavo del Canale di Panama¹⁷; il signore che faceva partire i treni a Pavia però l'ho incontrato davvero¹⁸. Per il mio argomento è sufficiente rilevare che uno dei prototipi della follia secondo il senso comune è l'aver una opinione radicalmente sbagliata su cosa sia il diritto¹⁹. Ai fini dell'ar-

¹⁶ Il metodo principe di dimostrazione o analisi di tale significato ordinario è quello della parafrasi sottoposta al controllo della nostra sensibilità di parlanti generici. Questo metodo richiede che immaginiamo ciò che la frase può voler dire e che controlliamo, nella nostra testa "collettiva", se il senso resta lo stesso o se ci pare che voglia dire un'altra cosa.

¹⁷ Alludo a Theodore Brewster, personaggio del film di Franz Capra, *Arsenic and Old Lace* (1944), uno dei film più divertenti che siano mai stati girati, in cui la follia omicida è l'ingrediente principale della comicità. Interpreto queste follie come casi in cui la allucinazione (credere di essere un'altra persona) è un sintomo secondario funzionale alla appropriazione indebita di potere, motivata da mania di grandezza. Nel caso del matto di Pavia non c'è appropriazione di identità, solo di qualifica e potere giuridico.

¹⁸ È una mera curiosità, senza alcuna rilevanza per le mie considerazioni ulteriori, che uno dei più famosi malati di paranoia con delirio di grandezza sia stato un giurista, 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*, commentato da Freud come tipico caso di paranoia. Il Presidente Schreber peraltro si attribuiva poteri o capacità non giuridiche. Lo scritto di Freud si trova in italiano in S. FREUD, *Casi clinici*, 6: *Il presidente Schreber*, Bollati Boringhieri, Torino, 1975 (1a ed.: 1910). Freud sottolinea il tipico bisogno di pubblicità del malato di questo tipo, una caratteristica comune anche al caso da me riportato.

¹⁹ L'altra credenza che "fa matto" nell'immaginario popolare e nelle barzellette sui matti è connes-

gomento poco importa che esista tuttora la variante napoleonica della *dementia paranoides*; ci importa piuttosto che la gente rida delle barzellette sul finto Napoleone, perché ciò significa che le capisce; e il fatto che le capisca ci dice che la gente dispone di un meccanismo concettuale che la informa immediatamente e senza alcuna incertezza che il diritto vigente *non* è quello che colloca uno pseudo Napoleone al vertice del potere giuridico.

Che il signore di Pavia fosse considerato matto dai frequentatori della stazione dimostra dunque che il senso comune capisce perfettamente che i suoi comandi non sono ordini giuridici; possono essere entità semantiche o gesti perfettamente comprensibili e identici a quelli emessi da un vero capostazione, ma essi non esistono come norme giuridiche agli occhi degli spettatori. A partire da questo punto, però, le cose tendono a non suonare più tanto semplici: un indizio del fatto che stiamo per uscire dall'ambito del senso comune. Così, quanto agli effetti giuridici che possono avere atti del genere, a questo punto notoriamente potrebbe iniziare la discussione sulle "situazioni di fatto" nel diritto, che comprendono i casi di totale e irrimediabile inesistenza; sono casi che di solito non consideriamo "folli" e che possono avere crescenti effetti giuridici e vanno delle autorità di fatto fino alle consuetudini. In poche frasi siamo passati, senza soluzione di continuità, dalla bonaria brutale certezza di "quello è matto!"²⁰, ad asserzioni complesse con implicazioni di teoria del diritto e ai problematici rapporti tra diritto e realtà, che non appartengono più al senso e al lessico comune, perché il senso comune non è certamente in grado di sbrogliarsela con esse; sono cose di cui si occupano i giuristi (di questo *infra*) e un sintomo di questa fuoriuscita dal senso comune è che, perdendo le certezze, si perde anche la voglia di ridere, non si fanno barzellette sui diritti costituzionali impliciti o sulle consuetudini contrattuali e neppure su quale sia il diritto attualmente vigente in Ossezia²¹.

sa con l'allucinazione sensoria, credere di vedere cose che non ci sono per il senso comune. Credere di essere Napoleone e vedere omini verdi sbarcati dai dischi volanti hanno in comune di essere entrambe credenze che violano gli assunti del senso comune, di due imprese collettive alla base della convivenza quotidiana: da una parte quella impresa normativa collettiva che è la credenza comune in regole coattive di convivenza, dall'altra la credenza in una realtà quotidiana fatta in un certo modo. Due assunti che non sono peraltro tanto facilmente dimostrabili.

²⁰ Matto, pazzo, folle ... Oggi i termini di questa zona semantica, come 'matto' o 'pazzo', sono coperti dall'interdetto del politicamente scorretto e nessuno che non appartenga alla estrema destra si farà cogliere a usarli in pubblico. E come tutte le "brutte parole" l'interdetto crea la consueta galassia di eufemismi. Si noti comunque che la parola, specie se usata alla seconda persona "Tu sei matto!" vuol dire invece che la persona *non* è considerata matta, qualunque cosa si intenda con questo, ma che si comporta sotto alcuni aspetti *quasi* come se lo fosse. In questi ultimi casi è compreso l'invito: "Non fare il matto!", un appello colloquiale alla presupposta sanità mentale del soggetto, considerata sempre come una cosa che una persona ha o non ha.

²¹ Si potrebbe anche riflettere sul fatto che gli Stati molto piccoli, e il loro relativo diritto, sembrano un po' comici, come molte volte rappresentato nell'opera e nel cinema, un segno probabilmente del fatto che il senso comune considera "strane" e quindi ridicole queste situazioni marginali rispetto alla nozione di diritto del senso comune. Vorrei ricordare, a questo proposito, almeno il granducato di Gran Fenwick nel film di Jack Arnold, *The Mouse that Roared* (1959), uscito in Italia con il titolo *Il ruggito del topo*.

Poiché sto cercando di descrivere una pratica sociale consistente nella individuazione del diritto da parte del senso comune, l'analisi deve ricostruire adeguatamente la risposta sociale come risposta intersoggettiva. In qualche modo, il senso comune non può sbagliare in questo genere di cose; perché qui i pregiudizi condivisi e comuni *sono* la realtà di cui si parla; il diritto necessariamente è, in definitiva, quello che tutti pensano che sia. Detto in altro modo, il diritto non potrebbe esserci se la vasta maggioranza della gente non lo considerasse tale, perché il diritto è appunto costituito da ciò che tutti pensano che sia. Allo stesso modo il saluto in una certa società è quello che tutti pensano che sia, non già per qualche oscura ragione metafisica o per un assunto normativo unanimistico, ma perché il saluto, come il diritto, è una impresa collaborativa che esiste e funziona nella misura in cui (quasi) tutti sono d'accordo su che cosa esso sia e sono per questo in grado di riconoscerlo come tale, sono in grado, come si dice, di scambiarsi un saluto o salutarsi. Come vedremo, nell'ambito della pratica può accadere che il senso comune non sappia che pesci pigliare, ma in questi casi non perché si sbaglia, ma perché la situazione non è normale: allora la pratica in questione entra in crisi.

Un saluto privato è una contraddizione in termini, così come lo è un diritto privato (mi si perdoni l'atroce gioco di parole). Ciò comporta ovviamente essere d'accordo anche su ciò che il saluto *non* è, per scambiarsi saluti è necessario essere in grado di circoscrivere immediatamente e velocemente l'area dei comportamenti che costituiscono saluto dai comportamenti sociali simili, è necessario instaurare un rapporto di opposizione tra ciò che è una istanza della pratica (il saluto) e ciò che più vi assomiglia ma non lo è. Questo sistema di opposizioni è necessario a stabilire confini, è una caratteristica comune e fondamentale a tutti i comportamenti dotati di senso o significato, messa in luce dalla semiotica moderna. Tutte le pratiche sociali sono caratterizzate da sistemi di opposizioni e dalla conseguente possibilità dell'errore, perché ci sono e devono essere modi giusti e modi sbagliati di fare quella cosa. Dunque, a differenza che tra gli Inuit, nella nostra società lo strofinarsi i nasi *non* è un saluto, mentre lo è stringersi la mano o sorridersi facendo certi cenni con la testa. La ragione per cui il saluto presso gli Inuit è una cosa e presso di noi è un'altra è che nelle società in questione viene considerato tale. In questo senso, dunque, il matto alla stazione è *veramente* matto. Come il saluto, anzi molto di più, ciò non vuol dire che la pratica giuridica che tutti capiscono al volo, anzi *fatta in modo da essere capita al volo*, non sia estremamente complessa, dai margini incerti e difficile da analizzare e descrivere²².

Il diritto è qualcosa che c'è, e c'è perché tutti facciamo qualcosa, un fare

²² Anche una pratica "semplice" contiene quasi sempre inavvertite sottigliezze: si pensi al sottile (e consapevole) abuso dell'istituto del saluto da parte del mendicante che saluta intendendo invece sollecitare l'elemosina. I partecipanti sono in grado di avvertire differenze sottilissime tra situazioni per il resto assai simili per quanto riguarda l'osservanza delle regole relative, ma difficilmente saprebbero esplicitarle.

qualcosa di cui le nostre opinioni e credenze fanno parte integrante: lo stesso vale per molti istituti sociali. Anche nel diritto come pratica sociale di senso comune e comunicata nel linguaggio ordinario è importante che ci siano limiti o confini compresi da tutti tra ciò che è diritto e ciò che non lo è. I confini del diritto sono i confini della pratica giuridica, di quello che il senso comune nella nostra lingua indica di solito parlando di “legge” e “legale” e se non ci fosse su di essi un accordo di fondo la pratica non avrebbe senso alcuno e non potrebbe sussistere. Perché il diritto esista ci deve essere una nozione di senso comune di diritto; e questa nozione risulta più chiaramente in un caso estremo, come quello del matto alla stazione, allo stesso modo di una *silhouette* che si staglia contro uno sfondo luminoso.

2. *Diritto e diritto vigente nel senso comune*

Per approfondire l'analisi è ora necessario ricorrere a dei concetti che non appartengono al senso comune e al linguaggio ordinario o se vi appartengono sono stati da tempo irrimediabilmente influenzati dalle teorie che si sono intesuse intorno ad essi. Il processo di analisi è analogo alla magnificazione; essa rivela i particolari invisibili ma rischia di rendere poco comprensibile l'oggetto magnificato.

Dobbiamo a questo punto rilevare una intrinseca complessità nei giudizi degli attori della scena del pazzo alla stazione, avvertita ma non esplicitata dal senso comune. Contrariamente a quanto ci possiamo attendere, si tratta a ben vedere di un giudizio strutturato la cui semiotica ha una “sintassi” o logica interna e opera su diversi livelli.

Queste complessità in qualche modo sono riprese anche dalla teoria del diritto. Alcune di esse sono visibili, per esempio, in alcuni punti della teoria giuridica di Herbert Hart. E precisamente nelle tesi che il diritto è oggetto della accettazione effettiva o del punto di vista interno assunto (almeno) da parte dei funzionari; nella distinzione tra norma di riconoscimento e concetto di diritto; infine nella caratterizzazione hartiana di una situazione sociale patologica in cui non esiste un diritto generalmente accettato. A mio avviso queste osservazioni nella teoria di Hart offrono importanti spunti e certamente hanno ispirato le ulteriori distinzioni che farò in queste pagine. Hart non ha tratto da esse alcune delle implicazioni che cercherò di suggerire, impedito forse da una attenzione filosofica tutta volta a valorizzare il linguaggio comune, che lo ha indotto a non vedere quella che secondo me è la distinzione tra le due fasi che vanno distinte e che chiamerò della individuazione del diritto vigente (senso comune) e di determinazione del diritto vigente (discorso tecnico), la seconda delle quali non appartiene affatto al senso e al linguaggio comune come cercherò di mostrare nelle pagine che seguono.

Ma per capire la distinzione tra individuazione e determinazione del diritto

è necessario tenere presenti le complessità 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 dal pubblico. Il signore di Pavia *non* è capostazione e *non* fa partire i treni²³; un momento di riflessione ci mostra che per giungere a tale giudizio il senso comune deve però risolvere implicitamente *due* questioni concettuali distinte. La prima è la identificazione di che cosa è *il* diritto e la seconda la individuazione di che cosa è *un* diritto. Intendo dire che la prima è la *identificazione* generale di cosa sia il diritto, quale sia l'area del giuridico, ciò di cui parliamo quando usiamo i sostantivi, aggettivi e verbi della famiglia semantica del giuridico e sinonimi in altre lingue²⁴, mentre la seconda è la *individuazione* di cosa sia il diritto attivo nella società considerata, quale sia il *diritto vigente*²⁵. È importante notare che il possesso di una nozione di diritto in generale non risulta affatto un lusso intellettuale o una raffinatezza filosofica e nemmeno uno strumento professionale dei soli giuristi di cui il senso comune possa fare a meno, evitando di generalizzare; e 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. Infatti è palese che il signore di Pavia, per essere considerato come matto, deve sbagliare clamorosamente la sua risposta alla seconda 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 capire allo stesso modo degli altri cosa è il diritto *tout court*. Su questo punto la nozione del matto deve essere la stessa del senso comune; in altre parole egli deve avere una idea

²³ Inutile dire che il falso capostazione non è considerato dal senso comune come uno che *finge* di essere capostazione; nel qual caso non sarebbe visto come pazzo ma come un truffatore. Il truffatore, a differenza del matto, individua in modo perfettamente normale il diritto e anche i fatti rilevanti, ma cerca di ingannare gli altri su alcuni di tali fatti. Potremmo anche pensare a un altro tipo di paranoico che immagini di avere il potere di tipo non giuridico di far partire i treni, per esempio un potere telecinetico nella sua qualità di Grande Marziano. In tal caso non si immaginerebbe di essere un capostazione ma un alieno, il potere che si attribuirebbe follemente non sarebbe giuridico e il suo delirio non riguarderebbe il diritto. Un'altra variante di follia sarebbe quella di una persona che abbia una visione perfettamente normale del diritto, ma si immagini follemente di aver fatto e superato concorsi e tirocinio. In questo caso avremmo una allucinazione sui fatti e non una follia giuridica. Ma questo non si dà nel nostro caso, perché l'esempio è mio e me lo gestisco io.

²⁴ Perlomeno nella nostra società: mi si abituoni per il momento il compito di occuparmi del diritto universale, cioè se ci siano caratteristiche costanti di ogni diritto.

²⁵ Nel discorso di senso comune non si aggiunge normalmente l'aggettivo 'vigente', che infatti suona irrimediabilmente culto. Si dice 'diritto', intendendo 'diritto *vigente*'. Anche i giuristi non sentono di solito il bisogno di aggiungere l'aggettivo 'vigente' per indicare il diritto vigente qui ed ora. Parlano semmai di diritto o diritto italiano (inglese, cinese). Questa omissione è assai significativa perché è una spia del fatto che i giuristi non possiedono un criterio tecnico di individuazione del diritto, come dirò *infra*, bensì si servono di quello di senso comune. Ugualmente non si incontra di solito, nel discorso comune sul diritto, il sostantivo 'vigore' o l'espressione 'in vigore', che nel discorso tecnico giuridico si usano generalmente per qualificare le singole norme del diritto vigente. I giuristi si pongono normalmente il problema *tecnico* se una norma sia "in vigore" (la teoria del diritto usa piuttosto l'aggettivo "valida", ma spesso i giuristi considerano il vigore altro dalla validità).

di cosa è il diritto in generale, deve identificare correttamente, come area della propria follia, quel tipo di norme che appartengono davvero alla pratica sociale considerata da tutti giuridica, cioè vi appartengono secondo l'opinione comune.

Non è difficile capire perché: il folle affetto da mania di grandezza, attribuendosi follemente un potere regolato dal diritto²⁶, vorrebbe modificare e dirottare il meccanismo sociale del diritto; deve dividerne a sufficienza i confini di senso comune per poter appunto 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 altri²⁷ su che cosa è il diritto vigente lì e allora (in questo caso la divergenza riguarda un pezzo minuscolo del diritto vigente). E, cosa più importante, se i non-folli invece non facessero correttamente e concordemente tra loro entrambe queste operazioni. Peraltro il folle di Pavia non si mette interamente al di fuori del senso comune giuridico, nel qual caso il suo comportamento diventerebbe un indecifrabile delirio, ma ne abusa ponendosi per così dire a cavallo del suo confine.

A questo punto va sottolineato un fatto assai peculiare: la maggior parte se non tutti i partecipanti alla scenetta, folli o meno, non sapranno niente o quasi niente dei dettagli del diritto rilevante alla situazione, nel nostro caso per esempio il diritto amministrativo e le altre norme di legge rilevanti, i regolamenti e gli atti amministrativi che regolano la carriera dei ferrovieri e la nomina e i compiti dei capistazione. Pertanto la scena del matto alla stazione dimostra che le due questioni necessarie a individuare e identificare il diritto possono essere affrontate e risolte, da matti e sani di mente, interamente tramite conoscenze di senso comune e in termini di linguaggio ordinario. E lo sono con sufficiente facilità da poter compiere il tutto sulla piattaforma di una stazione mentre si prende il treno. Nessuna specifica conoscenza tecnico-giuridica è richiesta; nessun biso-

²⁶ Poiché come dirò la identificazione dell'area del diritto nel senso comune fa riferimento in qualche modo vago alla sanzione organizzata, il matto in qualche modo confuso deve pensare che i suoi ordini si inseriscano in un sistema di sanzione organizzata. Se non lo pensasse non sarebbe un matto ma un rivoluzionario o il rappresentante di un potere in esilio. Ci possono essere anche persone afflitte da mania di grandezza che rivendicano poteri non giuridici. È evidente che il problema con costoro riguarda il rapporto tra i loro "poteri" e i poteri giuridici che eventualmente rivendicano. È relativamente frequente, ad esempio, la persona che pensa di essere investito di un potere soprannaturale e religioso, recentemente mi sono giunte e-mail di una persona che si dichiarava vero rappresentante di Cristo in terra. Finché il delirio non è tale da rendere queste rivendicazioni troppo confuse, siamo però in grado di capire quando una persona rivendica follemente un potere giuridico o rivendica follemente un potere di altro tipo.

²⁷ In realtà la questione se il paranoico "creda" nella sua follia non ammette una risposta semplice, e porta a riscrivere la nozione di "credere", per esempio nella direzione della psicologia del profondo. Così pure le distinzioni tra credenza sui fatti e sulla loro interpretazione di cui ho parlato nella nota precedente non ha di solito una soluzione netta.

gno di saper usare e capire concetti e termini del diritto amministrativo; nessuna capacità di risolvere difficili problemi filosofici teorici o giuridici. Un paradosso questo, il sapere cosa è diritto senza sapere niente del diritto, che va in qualche modo spiegato. Non è una caratteristica del solo diritto beninteso, ma, come vedremo, costituisce una caratteristica distintiva e importante del diritto rispetto ad altre pratiche sociali per altri versi analoghe ma più semplici, come il saluto.

Nel senso comune, c'è dunque in qualche modo la capacità concettuale di distinguere immediatamente il diritto da ciò che palesemente diritto non è; inoltre il diritto *tout court* viene altrettanto automaticamente e implicitamente distinto dal diritto vigente, il che vuol dire il diritto vigente dal diritto passato, dal diritto del futuro, dal diritto immaginario, dal diritto utopico, insomma dal diritto che non è vigente; due operazioni che in queste pagine, come detto, chiamerò identificazione del diritto in generale e individuazione del diritto vigente, beninteso ridefinendo questi termini. Mentre non ci stupisce troppo che tutti sappiano distinguere il diritto da regole sociali molto diverse, per esempio dalle regole su come cucinare piatti appetitosi (identificazione dell'area giuridica), può sembrare più sorprendente che tutti ugualmente dispongano di una modalità concettuale per distinguere il diritto vigente qui ed ora da quello antico o di altri paesi (individuazione del diritto vigente). Eppure la doppia distinzione è intrinseca al senso comune, sia pure in modo implicito, come ho cercato di mostrare riproponendo il classico esempio della follia. Ma non sono ancora molto chiare le modalità in cui ciò può avvenire e i criteri su cui si fonda.

Non c'è dubbio che questo problema di analisi del senso comune ci metta di fronte a uno dei più classici e travagliati problemi della filosofia giuridica e politica; appunto cosa faccia di un diritto il diritto vigente in un tempo e luogo, per esempio il diritto italiano (vigente). Muovendo dal dramma individuale del folle alle grandi tragedie o commedie collettive, molte vicende di rilievo della storia si basano sulla risposta data alla duplice domanda implicita nel caso del matto alla stazione. Infatti molti problemi di legittimità sono di questo tipo, si pensi al diritto dei rivoluzionari o dei governi in esilio²⁸. Tutti hanno questa doppia caratteristica strutturale, questa sintassi o struttura o logica interna alla loro semantica, una convergenza sulla nozione di diritto in generale e una divergenza circa la nozione di diritto vigente qui e ora.

È noto quello che accade in questi casi: il diritto è impresa collettiva che serve a regolare in qualche modo i conflitti più acuti e vitali, mediante un corpo di regole. Quando il conflitto diventa così acuto da travolgere l'impalcatura stessa di soluzione dei conflitti, cioè il diritto stesso, se una parte sufficiente di una società decide che non vale più la pena di sottomettersi a quel corpo di regole, si passa dal conflitto *nel* diritto al conflitto *sul* diritto, dalla lite in tribunale alla guerra civile. Possiamo dire, in termini che non sono di senso comune, che un

²⁸ Si noti che gli aggettivi "rivoluzionario" e "spodestato" non spiegano nulla e non è chiaro che cosa descrivano, ma bene o male si capiscono. La mia tesi è che si capiscono in quel quadro di senso comune implicito che sto cercando di analizzare.

determinato diritto perde la sua effettività o una parte sufficientemente importante di essa.

Il caso limite del matto alla stazione ci mostra che il senso comune collega indubbiamente l'esistenza del diritto all'esistenza di una pratica condivisa, a un qualche tipo di *accettazione* collettiva²⁹; per questo si è tentati di descrivere questa parte della pratica sociale del diritto parlando (come ho appena fatto) di riconoscimento della effettività; si è tentati di porre qualcosa chiamata effettività come la caratteristica che distinguerebbe il diritto vigente da tutto ciò che, pur essendo diritto in generale, non ha questa importante qualità di essere il *nostro* diritto, quello che esiste adesso e qui; ma è invece diritto passato o futuro o diritto straniero, cioè vigente altrove oppure è diritto immaginario cioè mai accolto in alcuna società, ma solo nella testa di singoli. Effettività indica in questo caso un qualche tipo di esistenza sociale, qualcosa che ha effetto sui comportamenti e/o sulle credenze collettive delle persone³⁰. In realtà se menziono la effettività a questo punto della mia analisi è solo per esplicitare una cosa estremamente ovvia, ma dalle implicazioni importanti: la effettività non può essere una caratteristica definitoria del diritto *tout court*, cioè della identificazione del giuridico, perché non può caratterizzare anche i diritti non vigenti, specialmente quelli che non lo sono mai stati; detto in altro modo non tutto quello che è diritto è effettivo. L'esempio del matto alla stazione e la nostra esperienza quotidiana dimostrano però chiaramente che il senso comune contiene, anche se implicitamente, una netta distinzione tra il diritto vigente e tutto il resto del diritto, per esempio diritto inventato, passato o straniero; la distinzione è semplice, unanime e viene naturale almeno nei casi chiari, come quello del pazzo, in cui un diritto è decisamente inventato; è ugualmente semplice e facilmente riconosciuta quando un diritto è interamente estinto o decisamente straniero. In altri casi il discrimine e il confine non sono più così tranquillamente tracciati.

²⁹ Derivo la distinzione tra effettività di un ordinamento giuridico e la sua accettazione da U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, p. 78 ss. Scarpelli chiarisce il punto metodologicamente fondamentale che la prima, la effettività, è una qualifica caratteristica di un punto di vista descrittivo ed esterno e la seconda di un punto di vista interno a una pratica.

³⁰ In questo senso Hart attribuisce alle norme giuridiche una esistenza sociale basata su una concordanza di accettazione da parte dei loro destinatari. Ma si trova poi costretto dalla variabilità degli atteggiamenti sociali verso il diritto, nonché dalla innegabile ignoranza generale verso la maggior parte delle regole giuridiche, ad accontentarsi della sola accettazione/riconoscimento dell'ordinamento giuridico da parte dei tecnici o funzionari; una accettazione da parte degli *officials* che svolgono la funzione di individuare il diritto vigente; questo punto è ottimamente riassunto da M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences* (1996), Kluwer, Dordrecht, 1998, p. 148. Secondo me tale atteggiamento ha base e fondamento nel senso comune e come tale è condiviso anche dai tecnici; nel pensiero tecnico viene appunto tecnicizzato in qualcosa che permette di determinare più nettamente i confini del diritto vigente individuato come tale dal senso comune. A mio parere, la pratica giuridica moderna è il prodotto della convergenza di tale aspetto tecnico e di un aspetto non tecnico che confluiscono ma non devono essere confusi. La teoria hartiana unifica invece indebitamente l'aspetto comune e quello tecnico della pratica giuridica: affermare che la norma di riconoscimento è effettiva vuol dire confondere il ruolo del senso comune e del linguaggio ordinario nella pratica giuridica (individuare il diritto) e il ruolo del pensiero tecnico (determinare i confini del diritto).

Mi attardo sulla nozione di effettività perché è quella che viene più spesso usata per esorcizzare il problema della individuazione del diritto vigente. Ora è vero, come appena detto, che qualcosa del genere dell'effettività viene usata dal senso comune quando individua il diritto vigente, ma la informe "effettività" del senso comune non è quella di cui parlano le teorie della esistenza sociale del diritto³¹. Questo è un caso in cui usare il linguaggio ordinario al di là del suo *breaking point* dà luogo a paradossi e cattiva teoria. Secondo me è evidente che se dovessimo produrre un vero giudizio di effettività fattuale e sociologica di un diritto come condizione della sua esistenza, non sarebbe semplice e tanto meno intuitivo: come può dunque essere alla base di un giudizio immediato di senso comune? A mio parere la spiegazione è che il senso comune non usa affatto una nozione di effettività, nel senso che non ricorre a parametri definiti, tanto meno sociologici o fondati su rilevazioni empiriche. Dunque, nel giudizio di senso comune su quale sia il diritto vigente qui-ora, il giudizio di base non è il frutto di un riferimento ad alcun tipo di effettività che abbia una precisa definizione, una riconoscibile determinazione di parametri fattuali, né tanto meno un accertamento empirico della loro sussistenza e ancor meno una conoscenza in qualunque senso scientifica. Di simili accertamenti del resto non troviamo alcuna traccia nella interazione quotidiana. Né l'individuazione di senso comune del diritto né il giudizio di follia è preceduto da una analisi sociologica di effettività delle norme immaginate dal matto. Qualunque cosa sia il diritto vigente per il senso comune è qualcosa che si dà per scontato, non che si misura o si accerta³².

Se ho ragione nel sostenere che è il senso comune a fondare e a permettere l'individuazione del diritto vigente, compiendo il giudizio di esistenza di un diritto prima come *un* diritto e poi come *il* diritto vigente, allora si capisce come

³¹ Si noti per inciso che nell'esempio del signore di Pavia i comandi del matto alla stazione erano anche in qualche modo effettivi. Il signore infatti era matto ma non stupido e in qualche modo sapeva bene, come la proverbiale mosca cocchiera, che doveva aspettare che il vero capostazione desse il segnale di partenza, per poter "far partire" il treno. Si è discusso moltissimo su questo aspetto della normatività ed è certo possibile sostenere che in questo caso non abbiamo una vera effettività, qualunque cosa effettività voglia dire di preciso.

³² Questi problemi suscitano molti paradossi nella metafisica del diritto, soprattutto quando ci si invischia in questioni ontologiche che sono sempre molto difficili da risolvere per i fenomeni sociali basati sulle opinioni collettive, la cui realtà, per così dire, è inventata, cioè frutto della convergenza delle credenze dei singoli. Ci dovremmo chiedere se e in che senso un diritto non effettivo è un diritto inesistente? Per il diritto immaginato dal pazzo questa conclusione probabilmente ci va abbastanza bene; ma per un diritto del passato studiato dallo storico del diritto la cosa non suona più altrettanto plausibile, per cui in questi casi la opposizione esistente/inesistente diventa problematica (domanda: il diritto longobardo è un diritto inesistente? Risposta: in un certo senso sì, in un altro no).

Tra gli studiosi di diritto c'è anche una certa tendenza a costruire una categoria che comprende tutto il diritto che sia o sia stato vigente in qualche tempo e spazio. Questa non è affatto, ritengo, una categoria del senso comune, ma è una definizione utile per gli studi di diritto *positivo* in senso ampio, comprendenti le discipline di diritto vigente, la storia del diritto e il diritto comparato (vedi *infra*, n. 72). Si pensi a uno studioso di diritto cinese che nel produrre una storia del diritto deve decidere se nella zona di cultura cinese classica i "riti" o "rituali" confuciani sono parte della morale sociale, del diritto o della religione.

mai le varie “*social fact theses*”³³, le teorie che sostengono che il diritto è un fatto sociale individuato con riferimento a fatti sociali, sono tutte contemporaneamente ovvie e sbagliate. Sono ovvie perché il senso comune davvero considera diritto vigente solo qualcosa che goda di una certa accettazione o effettività sociale, e sono sbagliate perché questa posizione non fa riferimento a nessun preciso parametro fattuale e tanto meno a rilievi sociologici.

Come vedremo, il momento per l’uso di (più) precisi parametri non è quello del senso comune e del concetto di diritto vigente; ma quello distinto della norma di riconoscimento e della determinazione dei confini del diritto vigente. Con la norma di riconoscimento usciamo dall’ambito del senso comune e entriamo nel discorso tecnico³⁴ giuridico della giurisprudenza. Peraltro sosterrò che neppure l’approccio tecnico giuridico, la giurisprudenza, fanno uso del concetto di effettività.

Mi sembra dunque che la pratica sociale del diritto consideri fondamentale che il diritto esista nella società e, se vogliamo, questo può essere descritto molto approssimativamente in termini di effettività sociale di ciò di cui si parla, purché sia chiaro che è una effettività sostenuta dal senso comune e non dalla sociologia o dalla storia o dalla comparatistica. Come vedremo, il senso comune funziona con la importante condizione che in una determinata situazione sociale ci sia un solo candidato possibile a tale qualifica.

Poiché qui la pratica coincide con la cosa stessa, appare difficile trascurare questa conclusione dicendo che la gente non capisce ciò che succede. È impossibile ignorare il senso comune applicato al diritto, come invece si finisce con il dover fare in altre discipline; e tipicamente nelle scienze empiriche moderne, in cui non si tiene necessariamente conto di cosa pensi il senso comune delle realtà oggetto di spiegazione e descrizione scientifica: come esempio si pensi alla astronomia, che ha potuto fare progressi solo quando ha deciso di ignorare il senso comune cosmologico, per cui “evidentemente” la terra è piatta e immobile e il sole le gira intorno³⁵.

A mio parere la parola diritto e il relativo concetto nella lingua ordinaria esprimono la emersione verbale di una pratica che riesce ad individuare con successo il diritto vigente proprio perché questo concetto *non* esprime precisi

³³ MATTHEW N. SMITH, *The Authority of Law, Social Practices, and Respect: Some Tensions between the Social Facts Thesis and the Separability Thesis* (relazione presentata al *Ratio Juris Seminar, Inclusive Legal Positivism and Beyond: The Perspective Of Jules Coleman*, Bologna 12-13 May 2008). Dirò nel prossimo paragrafo che uno dei problemi di queste teorie è appunto che non distinguono tra approccio di senso comune e discorso tecnico giuridico.

³⁴ In queste pagine qualifico costantemente il discorso della giurisprudenza come un discorso tecnico. Sul tema vedi *infra* e n. 93.

³⁵ Come ho accennato per le scienze sociali empiriche la faccenda è più complessa perché devono tenere conto di quei fatti che sono le credenze degli agenti circa le proprie azioni e pratiche; che il senso comune ritenga che la terra è piatta è faccenda che riguarda la storia e la sociologia, mentre la cosmologia e la astronomia empirica possono andare per la loro strada ignorando interamente le opinioni del volgo. Invece la storia della religione o della politica non possono ignorare le relative credenze.

parametri; la imprecisione permette il suo uso a) in situazioni variabili; b) da persone non dotate di conoscenze specifiche. Sappiamo che questo modo di procedere è caratteristico per il senso comune nella lingua ordinaria e funziona benissimo per tutti gli oggetti della quotidianità. I gatti sono gatti e i cani sono cani e non occorrono conoscenze biologiche zoologiche per dirlo, e neppure una grande esperienza di cani e gatti. Il nostro problema è che il diritto invece è parte della esperienza quotidiana, ma non sembra appartenere a questo genere di cose “facili” da individuare. Certamente non è un oggetto materiale e nessuno incontra mai un diritto vigente per la strada³⁶. La ragione fondamentale per cui la identificazione/individuazione di senso comune funziona sufficientemente bene nel caso del diritto, secondo me, è che in tutte le società “normali” c’è un solo diritto e quindi i criteri estremamente approssimativi e incerti del senso comune sono sufficienti per puntare la nostra attenzione verso l’unico candidato possibile per la nostra selezione e per capire quello che generalmente serve, ad esempio che il diritto del matto non è diritto vigente, che il nostro paese non è (più) una monarchia; che il presidente del consiglio è al momento la tale persona e non il tal altro. La nozione di diritto, come quella di re a cui è storicamente connessa, ha una decisa connotazione di esclusività/unicità e questo rende più facili le affermazioni di senso comune su di esso (a riprova di questa tesi c’è il fatto che quando i candidati sono più di uno il senso comune non riesce più a individuare il diritto). Come vedremo, anche nelle situazioni facili, per considerazioni più precise sul diritto bisogna passare ai criteri tecnici di determinazione e delimitazione del diritto vigente che l’abituale concetto avrà già identificato e il senso comune avrà già individuato approssimativamente. Sostengo dunque che un qualche tipo di genericissima accettazione sociale è tutto ciò che distingue l’area sociale del diritto vigente come concepita dal senso comune nelle situazioni normali.

Questa è la prima tesi di questo scritto.

A questo punto è divenuto evidente che non ho ancora detto nulla sull’altro concetto, che è necessario al senso comune per la identificazione del diritto. Quello di diritto *tout court*. Mi si passi la licenza di trattare il genere dopo la specie. Infatti nell’uso comune la nozione di diritto in generale è per così dire secondaria rispetto a quella di diritto vigente.

Ho cercato infatti di mostrare che non si può capire l’episodio del matto di Pavia se non si ammette che il nostro senso comune e il relativo uso dei termini giuridici nel linguaggio ordinario non solo siano in grado di individuare il diritto vigente, il diritto qui e ora, ma anche distinguano automaticamente e implicitamente tra la identificazione del diritto *tout court* e la individuazione di un diritto

³⁶ Questa tesi ovvia ma troppo spesso trascurata mi deriva anch’essa da Scarpelli, che ci propone un punto di vista costruttivista: il diritto è un concetto che viene forgiato ai fini del suo uso, per esempio il suo uso teorico. Si veda ad esempio U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., p. 30 ss. A sua volta Scarpelli ovviamente è influenzato da Kelsen, per esempio di veda H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, cap. 27.

vigente. Quest'ultimo di solito individuato senza usare qualificazioni semplicemente parlando di diritto o legge; più raramente, in una modalità già più culta usata anche dai giuristi con il nome geografico: diritto italiano, francese, turco o neozelandese, sottintendendo "di adesso". E tutti sono capaci di compiere tale doppia operazione con la naturalezza e la velocità con cui opera il senso comune in simili situazioni. Qualcuno, osservando la natura fulminea di identificazioni come quella del matto alla stazione, sarebbe forse tentato di parlare in questo caso di *conoscenza diretta*. Qualunque cosa sia la conoscenza diretta, è difficile mantenere questa opinione, una volta messa in chiaro la natura complessa e piuttosto complicata di questa conoscenza. Ciò beninteso non avviene solo per il diritto; questa struttura di ragionamento è all'opera per altre o forse tutte le istituzioni sociali interculturali³⁷. Come si è visto, la frase: "Gli eschimesi non si salutano come noi stringendosi la mano ma strofinando i nasi" nasconde la stessa duplice struttura profonda di giudizio. Essa è comprensibile perché, pronunciando quella frase, distinguiamo implicitamente tra la identificazione dell'istituto generale del saluto e la individuazione delle regole specifiche del saluto in una società. Nello stesso modo, il diritto *tout court* anche per il senso comune implicitamente comprende il diritto futuro o proposto, quello passato ed estinto ed il diritto immaginario dei folli oltre a quello vigente³⁸. Qualunque sia la nostra conclusione sul ruolo della effettività nell'individuare il diritto vigente, è ovvio pertanto che la effettività o accettazione delle norme o la loro esistenza sociale *non* possono essere criteri di identificazione del diritto *tout court* nel senso comune. Dobbiamo ritenere che il senso comune attribuisca al diritto una esistenza non connessa con la sua effettività sociale e neppure con la sua passata effettività, se vogliamo spiegare alcuni discorsi comunissimi sul diritto, tra essi i discorsi, normalissimi, sul diritto immaginato, immaginario, futuro o estinto. In altre parole il senso comune non può fare a meno di distinguere il diritto vigente dai diritti non vigenti, anche se non usa questi termini, che servono ad analizzare a posteriori quello che si fa senza sapere come lo si fa.

Questa la seconda tesi di questo scritto.

Mi pare ovvio allora che la definizione o individuazione del diritto-non-necessariamente-vigente deve basarsi su caratteristiche diverse dalla (generica) effettività-agli-occhi-degli-utenti, caratteristiche che devono essere evidentemente presenti anche nel caso estremo del diritto del matto, altrimenti le sue credenze eccentriche non risulterebbero riguardare un punto di diritto, forse

³⁷ E, naturalmente, la parte che riguarda il rapporto genere e specie e *type/token* ha una importanza fondamentale per il pensiero umano su ogni argomento. Molte istituzioni sociali ovviamente si basano sulla fondamentale capacità umana di collegare e distinguere genere e specie.

³⁸ Ciononostante è palese che nella persona comune l'attenzione per gli "altri" diritti non vigenti sarà di solito alquanto secondaria, ovviamente nella misura in cui tali diritti non pretendono di influire sul comportamento dei soggetti in questione. Anche per questo mi occupo di questo concetto dopo essermi occupato di quello di diritto in vigore invertendo la successione abituale di genere a specie. È curioso peraltro quanto spesso la teoria del diritto si dimentichi di questa fondamentale ovvietà, che il diritto interessa in quanto è uno strumento che mira a guidare il comportamento.

egli non sembrerebbe neppure matto, o comunque di un tipo di follia diversa. Come sempre si tratta di caratteristiche presenti in forma implicita e confusa, che troviamo però puntualmente, precisate e ripulite, nelle definizioni filosofiche di diritto non-necessariamente-vigente. La principale tra esse mi sembra essere il riferimento alla coattività organizzata e alla gestione coattiva del potere attraverso norme³⁹. Penso che nessuno si stupirà che questo tradizionale elemento di molte definizioni filosofiche del diritto venga presentato qui come un fattore attraverso cui il senso comune identifica l'area giuridica, distingue il diritto-in-generale-e-non-necessariamente-vigente da altri fenomeni e istituzioni sociali più o meno contigui e somiglianti. Del resto la mia ambizione a questo punto non è di formulare una definizione originale di diritto, ma di distinguere la identificazione del diritto dalla individuazione del diritto vigente⁴⁰.

Beninteso c'è una ineliminabile disinvoltura estensionale in questi tentativi di chiarificazione. Nei tentativi di parafrasare la nozione di diritto di senso comune si tende di solito a ritenere soddisfacente il risultato quando viene identificata, più o meno, la stessa estensione di fenomeni ritenuti comunemente giuridici⁴¹. In questo spirito si dice spesso che il diritto in generale è il campo della coazione organizzata da norme o regole; anche se nessuno di questi termini e concetti è di senso comune, si ritiene che questa definizione riproduca la normale distinzione tra diritto, morale e altre regole sociali. Una definizione diversa e in termini ancora più esoterici è stata proposta da Herbert Hart. Come è noto egli definisce il diritto come un insieme di norme primarie e secondarie, norme che attribuiscono obblighi e norme che attribuiscono poteri, prima di tutto il potere di produrre norme giuridiche. Hart critica le definizioni del diritto centrate sulla sanzione, come quella che ho proposto sopra, sostenendo che esse appiattiscono eccessivamente il fenomeno giuridico sull'aspetto coattivo e danno una importanza troppo scarsa all'uso attivo del diritto come strumento per dare forma alle proprie attività (l'uso delle norme secondarie). La sua definizione individua come giuridici quegli ordinamenti normativi che non solo pongono obblighi e permessi "di primo grado" ma contengono anche i criteri per individuare, creare, applicare sanzionare le proprie norme primarie (gli ordinamenti che mancano di alcuni di questi tipi di norme sono etichettati da Hart come ordinamenti

³⁹ Per tutti si veda U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1955, p. 91 ss. E da ultimo ID., *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano, 1983, p. 322 ss.

⁴⁰ Definizioni di diritto di questo tipo sono state proposte, per esempio, da Kelsen e da Bobbio; entrambi definiscono il diritto come l'organizzazione della coazione, sanzione organizzata da regole.

⁴¹ La coestensionalità è del resto il rapporto abituale tra la descrizione scientifica e quella di senso comune ed è indispensabile per mettere in comunicazione i due discorsi. Il medico mi spiega perché ho male al braccio, ma nessuno di questi due termini fa parte della terminologia medica. In effetti la cosa ha più della spiegazione che della parafrasi cioè più che descrivermi con un'altra terminologia il mio male al braccio, me lo spiega: un medico che non si comporti in questo modo non è un medico, è un veterinario per esseri umani.

giuridici primitivi)⁴².

Nessuno, comunque, sostiene seriamente che queste definizioni siano presenti alla mente dell'uomo qualunque; si tratta di definizioni elaborate che usano parole e concetti non di uso comune, dotate di una lunga storia filosofica⁴³; ma a mio parere tutte convergono quantomeno estensionalmente con la sensibilità ordinaria, identificando la presenza del diritto dove ci sono norme che pongono obblighi fatti osservare coattivamente e norme di struttura che stabiliscono i mezzi per la gestione delle altre norme; tra queste ultime risaltano le norme o principi per produrre e riconoscere tutte le altre norme di quell'ordinamento. La definizione di Hart, come tutte le altre, aspira dunque a identificare pressappoco la stessa area di fenomeni sociali del linguaggio ordinario. Secondo Hart la norma di riconoscimento e la nozione di fonte del diritto sono un aspetto importante in questa ricostruzione; criticherò più oltre parzialmente questa tesi nella misura in cui Hart non distingue tra senso comune e discorso tecnico dei giuristi: sosterrò che la nozione di norma di riconoscimento appartiene esclusivamente alla giurisprudenza. L'altro problema di questa definizione, se vogliamo considerarla coestensiva a quella del senso comune, è che non contiene un riferimento diretto alla coazione e quindi, sembrerebbe, non riferita al solo diritto, ma applicabile a tutti i complessi di norme sociali che contengano meccanismi metanormativi, cioè un sistema di fonti.

Ci possiamo chiedere, a questo punto, se anche la presenza di elementi di percepita giustizia sia un carattere necessario della nozione di diritto nel senso comune. Cioè se il senso comune sia giusnaturalista. Dipende da cosa intendiamo con giusnaturalismo. Se intendiamo una concezione oggettivistica della giustizia, tendo a ritenere che essa sia in effetti parte del senso comune, il quale però poi non riesce a giungere a una unica conclusione su che cosa costituisca tale giustizia. Ci possiamo invece porre la diversa domanda se il senso comune sia disposto a considerare diritto solo qualcosa che abbia un certo grado di giustizia e quindi sia portato ad escludere dal diritto quelle sue parti che la maggioranza ritiene ingiuste. Senza pregiudizio alcuno per le ragioni del giusnaturalismo, ritengo che il senso comune in qualche modo capovolga la abituale risposta giusnaturalistica su questo punto. Credo insomma che la giustizia sia presente nel pensiero ordinario piuttosto come *carattere negativo* del diritto, cioè come elemento che il senso comune ritiene che *purtroppo* spesso manchi dal diritto

⁴² Noto incidentalmente che mentre questa definizione mi sembra insufficiente e insoddisfacente allo scopo di identificare il diritto distinguendolo da fenomeni affini, essa completa la teoria della norma di riconoscimento nel mettere a fuoco una caratteristica assai importante del diritto: "la varietà delle norme [giuridiche] e le loro relazioni" (F. SCHAUER, *(Re)taking Hart, Review of A LIFE OF H.L.A. HART: THE NIGHTMARE AND THE NOBLE DREAM*. By Nicola Lacey. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 878).

⁴³ Quello della contaminazione filosofica è un problema generale per la filosofia analitica del linguaggio ordinario di cui Hart è stato uno dei più illustri rappresentanti in campo giuridico. Il punto è ben illustrato da Nicos Stavropoulos nel suo ottimo saggio su Hart e il senso comune: N. STAVROPOULOS, *Hart's Semantics*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, OUP, Oxford, 2001, pp. 59-98.

senza che questo cessi per questo di essere tale secondo il senso comune. La frase “Bisogna obbedire lo stesso” detta con rassegnazione⁴⁴ verso l’ingiustizia giuridica è presente nella storia di ogni tempo e paese. A mio parere il senso comune vede la giustizia del diritto come una aspirazione che il diritto sempre manifesta ma spesso non realizza; nel conto dobbiamo però mettere anche una deriva del senso comune, non sempre coerente, verso il conformismo etico, per cui viene considerato giusto che il diritto ingiusto sia ugualmente obbedito: “Se tutti facessimo quello che riteniamo giusto dove andremmo a finire!”⁴⁵. Per la giustizia direi che è dunque l’opposto che per l’effettività. Ciò posto, si può vedere una simmetria nel modo in cui i due concetti sono trattati nella pratica giuridica. La effettività è una componente del diritto per il senso comune, ma finché rimaniamo nell’ambito del senso e del linguaggio comune non è il caso di trattarla come un concetto determinato e tanto meno come un criterio sociologico; la giustizia è una componente altrettanto importante del diritto per il senso comune, ma in senso negativo, poiché il diritto vigente è visto dal senso comune come spesso ingiusto; ma ugualmente questa sensazione non va presa come una precisa teoria della giustizia, che si possa considerare incorporata nel senso comune. Il senso comune può rammaricarsi della frequente ingiustizia del diritto ma non ha una precisa e costante idea della giustizia, così come presuppone che il diritto sia quello accettato da tutti senza avere nessuna nozione precisa della sua esistenza sociale.

3. *Gli indizi del diritto vigente*

Come impresa collettiva il diritto richiede che il pubblico capisca cosa è diritto vigente a livello di comportamento quotidiano; per questo richiede che la gente normale posseda un concetto di diritto, sia pure in forma implicita e approssimativa: per la normale conduzione della pratica giuridica servono sia un concetto di diritto in generale sia uno di diritto vigente qui-ed-ora cioè gli strumenti concettuali per identificare l’area del giuridico e al suo interno per individuare il diritto in vigore. La vicenda del matto alla stazione vuole appunto mostrare che il pubblico capisce più o meno che cosa sia il diritto e il diritto vigente e si comporta di conseguenza. Lo sanno, stranamente, senza sapere granché del diritto stesso. Per avere notizie più precise e dettagliate del diritto

⁴⁴ Ritengo che non sia facile capire quando la rassegnazione sfumi nella accettazione rassegnata, cioè quanto si possa considerare di senso comune la tesi anti-giusnaturalistica per eccellenza che il diritto sia sempre almeno un poco giusto per il solo fatto di essere il diritto vigente. Questo è sostanzialmente conformismo etico, in altre parole ci si chiede se sia di senso comune una versione moderata del conformismo etico, da Bobbio classificato come giuspositivismo ideologico, per cui un diritto è giusto perché è vigente.

⁴⁵ Più sotto tornerò sul giusnaturalismo considerandolo una definizione o meglio una concezione del diritto che può operare a livello di pensiero tecnico dei giuristi come una visione idiosincratica del diritto.

(vigente) tutti sanno invece che devono rivolgersi a un giurista di professione, nella nostra cultura a un avvocato, a un giudice o a un funzionario. La partecipazione alla pratica da parte del pubblico dei profani è necessaria altrimenti il diritto non esisterebbe in una società, ma tale informazione non richiede una conoscenza dei dettagli, solo una conoscenza sommaria. Nel caso del matto alla stazione probabilmente quasi nessuno dei presenti, a parte forse qualche ferroviere, sapeva quali sono le modalità con cui si diventa capostazione (a Pavia) e quali sono i compiti e i poteri di un capostazione. Del resto nessuno tra i non giuristi sa esattamente neppure cosa è un contratto di compravendita o come si conducono le votazioni in Parlamento. Sanno però in qualche modo che c'è un Parlamento dove si votano le leggi e sanno più o meno cosa voglia dire comprare o vendere qualcosa perché lo fanno di continuo (solo i giuristi usano il termine *tecnico* compravendita).

Ora è venuto il momento di dire qualcosa sul modo in cui i non giuristi di fatto individuano l'esistenza del diritto (vigente). Cercando di spremere la storia del pazzo alla stazione di ogni sua stilla di utilità, ricordo bene che quel signore non indossava una uniforme da ferroviere/capostazione. Questo particolare non è secondario. Se avesse tentato di indossarla, o di indossare qualcosa anche solo somigliante alla uniforme di un ferroviere, certamente il suo comportamento non sarebbe più stato considerato una innocua follia, ma una pericolosa impersonificazione atta a trarre in inganno e il folle sarebbe stato rapidamente rimosso dalla stazione. La presenza di insegne, uniformi e distintivi non è mai menzionata dalla teoria del diritto, ma è caratteristica del modo in cui il senso comune individua quell'elemento basilare e antichissimo del diritto che sono le (persone dotate di) autorità. Ed è, tipicamente, un elemento esterno o periferico, anzi l'elemento periferico per eccellenza. È proprio questo a cui servono le uniformi, per individuare le persone a cui il diritto affida certi poteri⁴⁶. Nessuno del pubblico generico sa con precisione chi ha titolo di portarne una o meno, certamente i dettagli delle uniformi sfuggono ai profani, ma tutti fanno conto che ci sia qualcuno in giro che sa entrambe le cose. La uniforme moderna pertanto, con le sue varianti di colori, mostrine, i suoi gradi e nastrini, etc. è nella nostra cultura la materializzazione (sartoriale) del fatto che la identificazione del diritto è data dalla convergenza tra momento tecnico e di senso comune che si supportano a vicenda. Altri indizi esterni e periferici si cumulano o si aggiungono serialmente nello stesso modo, ad esempio i distintivi e le tessere di identificazione⁴⁷. Su

⁴⁶ Intendo qui uniforme nel senso più lato. Le uniformi come vestito completo di colore e taglio appunto uniforme sono un fenomeno relativamente moderno, anche perché sono costose. Prima dell'età della produzione di massa, si indossavano segni distintivi, talora sulla nuda pelle. Gli ufficiali hanno iniziato a portare riconoscibili uniformi prima dei soldati semplici. La più antica categoria giuridicamente distinta dal portare "uniformi" è stata forse quella dei sacerdoti. Questo genere di considerazioni va spesso con il nome di segni del potere.

⁴⁷ Un altro elemento che in modo assai significativo è trattato nello stesso modo "periferico" dalla coscienza comune sono le banconote. Le banconote sono il "segno" più comune della presenza del denaro, al punto che vengono spesso identificate con esso, e quasi tutti considerano il denaro molto

questo tema tornerò nel prossimo paragrafo, ma per l'istante osservo che alcuni dei *puzzles* ricorrenti nella teoria del diritto derivano dall'ignorare aspetti ovvi dell'esperienza, come questo, spesso relegati per l'occasione in una "sociologia" di cui non si può tenere conto, e questo può rendere inspiegabili alcuni aspetti di una pratica: da questo ad esempio derivano alcuni scetticismi sulla pratica di seguire una norma, che vengono dall'ignorare il fatto non ignorabile che la gente si parla e ricorda quello che gli viene detto, cioè impara in molte e variabili esperienze successive e agisce sulla base di quello che sa già e non solo per una presenza "folgorante" della singola stringa linguistica.

Voglio dire in questo caso che i profani individuano il diritto secondo modalità frammentarie contemporanee o successive, episodiche e periferiche, ben rappresentate dal noto apologo dei ciechi e dell'elefante. L'utente di senso comune tende infatti a trattare il concetto di diritto come i sei proverbiali ciechi considerano l'elefante: ciascuno ritiene che l'elefante sia quella parte dell'enorme animale che è arrivato a toccare⁴⁸: il senso comune di ciascuno tende a fissarsi sugli aspetti del fenomeno giuridico con cui è a contatto o è più familiare. La similitudine dei ciechi e l'elefante è utile a esorcizzare la metafora più abituale per cui la individuazione del diritto è considerata una indicazione ovvero una non meglio precisata forma di conoscenza diretta immediata, come se il diritto in vigore fosse un oggetto materiale che si può indicare perché ce lo abbiamo davanti agli occhi. Gli indizi della presenza del diritto saranno di volta in volta la sollecitazione verbale o scritta o iconica ad osservare regole giuridiche di

importante. Peraltro i tecnici delle banconote lamentano che il pubblico non osservi quasi per niente le banconote che ha sottomano e si faccia ingannare da contraffazioni spudorate, che dovrebbero essere evidenti anche a un non tecnico; nonostante l'incompetenza e l'ignoranza del pubblico però la pratica del denaro cartaceo funziona. In teoria del diritto l'accostamento tra denaro e diritto è fatto da K. OLIVECRONA, *The Problem of the Monetary Unit*, Macmillan, New York, 1957. Da giusrealista moderato Olivecrona considera sia il concetto di denaro sia quelli giuridici "hollow", privi di reale riferimento a qualcosa di esistente, ma capaci di influire sulla psiche degli uomini; per questo sostiene la utilità del loro uso. Dunque secondo Olivecrona il diritto è una utile cosa inesistente.

⁴⁸ JOHN GODFREY SAXE, *Blind men and the elephant*: "It was six men of Indostan / To learning much inclined, / Who went to see the Elephant / (Though all of them were blind), / That each by observation / Might satisfy his mind / The First approached the Elephant, / And happening to fall / Against his broad and sturdy side, / At once began to bawl: / "God bless me! but the Elephant / Is very like a wall!" / The Second, feeling of the tusk, / Cried, "Ho! what have we here / So very round and smooth and sharp? / To me 'tis mighty clear / This wonder of an Elephant / Is very like a spear!" / The Third approached the animal, / And happening to take / The squirming trunk within his hands, / Thus boldly up and spake: / "I see," quoth he, "the Elephant / Is very like a snake!" / The Fourth reached out an eager hand, / And felt about the knee. / "What most this wondrous beast is like / Is mighty plain," quoth he; / "'Tis clear enough the Elephant / Is very like a tree!" / The Fifth, who chanced to touch the ear, / Said: "E'en the blindest man / Can tell what this resembles most; / Deny the fact who can / This marvel of an Elephant / Is very like a fan!" / The Sixth no sooner had begun / About the beast to grope, / Than, seizing on the swinging tail / That fell within his scope, / "I see," quoth he, "the Elephant / Is very like a rope!" / And so these men of Indostan / Disputed loud and long, / Each in his own opinion / Exceeding stiff and strong, / Though each was partly in the right, / And all were in the wrong!"

Il riferimento al test dell'elefante è frequente nel mondo giuridico anglosassone; nel Nord America è spesso noto anche come il test dell'anatra. Ho trasformato sotto il test dell'anatra nel test del treno.

comune incidenza sui comportamenti, o la presenza di poliziotti, la minaccia di sanzioni, regole sulla proprietà privata “pattugliate” dagli interessati e dalle autorità, la fornitura di servizi o la bolletta delle tasse. Che questi indizi convergano a circoscrivere il perimetro di un “oggetto” unitario piuttosto che indicare ciascuno un elemento di un insieme diverso è indice che la situazione è normale piuttosto che di disordine o guerra civile⁴⁹. Come i ciechi, anche i profani hanno bisogno di qualcuno che li aiuti a “rimettere insieme l’elefante”. Costoro beninteso sono i giuristi.

Tornerò più avanti su questa distinzione tripartita tra indizi del diritto vigente, concetto di diritto e norma di riconoscimento anche per spiegare alcune discussioni recenti sulla natura di regola o norma della norma di riconoscimento. Non devono essere confuse tre cose distinte e specificamente la norma di riconoscimento da una parte, usata dai tecnici del diritto per determinare il diritto e dall’altra il concetto di diritto che viene usato per identificare l’area del giuridico e gli indizi del diritto usati da tutti, tecnici e non, in una operazione di senso comune per individuare il diritto vigente⁵⁰.

Per l’istante, siccome il punto è delicato e si tratta di contrastare una impressione radicata, cioè che il diritto si possa mostrare o indicare, quasi che sia un oggetto materiale, siccome in questo campo dominano le metafore che vengono purtroppo prese come rappresentazioni della realtà, mi permetto di proporre un’altra metafora sperando che sia terapeutica: i profani identificano il diritto come una persona comune riconosce un treno, di cui conosce per così dire il perimetro esterno, quanto basta non solo per distinguere un treno da altri tipi di cose, ma anche per partecipare in modo soddisfacente alle pratiche sociali collegate, come quella di “prendere il treno”, “darsi appuntamento in treno” o “perdere il treno”, tutte cose che non si potrebbe fare se non si sapessero distinguere i treni dalle altre cose. Anche nel caso del treno la pratica sociale dell’uso dei treni ha poi certamente una dimensione tecnica, retta da regole e dotata di un linguaggio che non appartengono al senso comune, regole e pratica di ferrovieri, ingegneri e meccanici i quali conoscono il treno, lo stesso treno del senso comune, in modo diverso e secondo le sue regole interne e fanno da tramite tra le pratiche tecniche rilevanti e quella comune, cioè in buona sostanza

⁴⁹ Se ho ragione su questo punto, ciò comporta anche che il senso comune non è normativista. Una lunga serie di teorici del diritto si è opposto con diversi argomenti alla riduzione del diritto a norme. Invece di ricordare a questo proposito qualche enigmatica affermazione di R. Dworkin, preferisco ricordare le teorie di Santi Romano. Si potrebbe dire infatti, precisando ciò che preciso non è, che il senso comune segue un approccio istituzionalistico; vede istituzioni e non ragiona in prima battuta secondo norme. Ma bisogna aggiungere che (a differenza di Santi Romano) nell’identificare il diritto il senso comune bada agli aspetti esterni delle istituzioni, come quelli che ho delineato sopra. Il normativismo è piuttosto un punto di vista naturale nei giuristi, ma non opera al momento della identificazione del diritto bensì della sua determinazione, per esempio in base a una teoria delle fonti e alla norma di riconoscimento.

⁵⁰ Per un esempio di questo punto si veda in F. SCHAUER, *The Limited Domain of the Law*, *Virginia Law Review*, 2004, dove si richiama la abbondante discussione (che a me sembra tutto sommato fuori strada) se la *rule of recognition* di Hart sia una regola o piuttosto una collezione di pratiche sociali.

fanno andare i treni. Molte pratiche sociali peraltro non sono così complesse da richiedere una classe di praticanti professionali, con conoscenze speciali. Non tutte le pratiche sociali pertanto si basano sulla divisione del lavoro linguistico, come quella del diritto. Per esempio la pratica del saluto nella nostra società non è così complessa e questa certamente è la ragione per cui non esistono oggi, che io sappia, “maestri di saluto”⁵¹. Sui treni confluiscono diverse scienze e tecnologie e complesse organizzazioni e regolamentazioni (anche giuridiche). Ma come tutte le pratiche basate sul senso comune, anche questa funziona benissimo senza che i partecipanti ordinari sappiano niente degli aspetti tecnici, almeno finché la situazione è normale e non ci sono in giro troppi casi difficili, nuovi o intermedi, situazioni in cui possiamo confidare che se vediamo qualcosa che sembra un treno, fa un rumore di treno e che si comporta come un treno, allora è un treno⁵².

Lo stesso per il diritto. La conoscenza comune del diritto in vigore nel proprio tempo e paese (qui ed ora) si basa dunque su un accostamento prevalentemente periferico e frammentario, sufficiente e soddisfacente in situazioni normali e rispetto allo scopo intrinseco dell’istituto, che è la pratica collaborativa del diritto da parte dei non-tecnici⁵³. Se vediamo qualcosa che da vari indizi abituali

⁵¹ La pratica della religione certamente lo è, per questo ci sono i preti. Un gioco può diventare anch’esso una pratica con adepti interni e di professione. La ben nota teoria hartiana del punto di vista interno tiene conto della presenza di questi professionisti. Essa può essere intesa in senso minimale, come l’atteggiamento di chiunque che comporta un qualche tipo di accettazione delle norme di cui si tratta. Ma si fraintende il senso della analisi hartiana se lo si riduce alla descrizione di un atteggiamento individuale; il punto di vista interno assume il suo pieno senso solo in presenza di una pratica abbastanza complessa da richiedere una classe di professionisti che interagiscono con non professionisti e un linguaggio descrittivo speciale depersonalizzato, che facciamo del punto di vista interno un linguaggio articolato e un sistema di giudizi normativi.

⁵² È in realtà molto lungo l’elenco delle realtà sociali che sono strutturate in questo modo complicato, identificate in modo soddisfacente dal senso comune tramite una moltitudine di indizi concreti tipici che funzionano benissimo nelle situazioni normali e vanno in crisi nelle situazioni marginali e/o di cambiamento. Un esempio è la discussione di cosa sia il teatro: lo menziono perché i confini del “teatro” sono oggetti di vivacissime e interessanti discussioni in storia del teatro; anche in questo caso la questione è complicata dalla presenza di componenti valutative e normative (cosa deve essere il teatro).

⁵³ Questa tesi è quanto di più vicino si trovi in queste pagine al c.d. convenzionalismo, che però è tesi comunque assai diversa, se dobbiamo intenderla come “l’accettazione di una regola sociale da parte degli altri come una ragione non solo necessaria ma anche sufficiente per porre in essere il comportamento prescritto dalla regola” (A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, cap. IV, Edizioni ETS, Pisa, 2010, testo in via di pubblicazione). La differenza radicale è che pur pensando che il diritto ha senso solo come pratica sociale e collettiva, le mie affermazioni sono descrittive, di metodologia descrittiva, del modo in cui le persone *individuano* il diritto vigente nella corrente pratica giuridica. Inoltre individuarlo non vuol dire accettarlo, vuol dire considerarlo come il diritto vigente, eventualmente anche per disobbedirlo o combatterlo. Hart non ha secondo me accolto nessuna “rivoluzione convenzionalistica” nel suo *Postscript*, quando afferma la ovvia verità che le norme sociali hanno una componente convenzionalistica e descrive i vari motivi e ragioni per cui la gente accetta il diritto, tra cui il conformismo (in proposito ancora Schiavello, *ivi*). Quelle di Hart, male interpretate come tesi sulla giustificazione del diritto, sono a mio parere da intendere come anch’esse descrittive, dei vari motivi e ragioni per cui la gente accetta il diritto o accetta di obbedire al diritto. Secondo me Hart sta esaminando, non chiarissimamente, lo stesso punto che ho cercato di esaminare io

sembra giuridico e si comporta come diritto, allora è il diritto vigente qui ed ora.

Questa è la terza tesi di questo scritto.

Questo approccio è del resto tipico del modo di operare del senso comune. Così, in un discorso di senso comune, non sappiamo descrivere minutamente la follia o il diritto, non sappiamo neppure definire con precisione l'una e l'altro, ma possiamo parlare dell'una e dell'altro; in tal senso sappiamo benissimo cosa sono e cosa *non* sono, beninteso secondo i parametri del senso comune e del linguaggio ordinario. Non abbiamo certamente bisogno di studiare diritto o psichiatria, cosa di cui la maggior parte delle persone sa poco o nulla. L'uso della parola e del concetto fa parte di una impresa collettiva che funziona proprio perché non ha confini precisi e non ne ha bisogno; inoltre ignora i nostri eventuali giudizi etici rilevanti. Diritto e follia esistono come nozioni del senso comune alla base di pratiche importanti, ma nulla di quanto ho detto va inteso nel senso che non possiamo andare oltre e arrivare a conclusioni in base a un approccio diverso, per esempio a un metodo scientifico, anche a conclusioni che sovvertono il senso comune. E nulla impedisce che possiamo disapprovare in tutto o in parte la pratica. Molti equivoci possono essere evitati se ci assumiamo l'onere preventivo di chiarire i criteri discorsivi descrittivi o normativi diversi entro i quali le ovvietà del senso comune possono essere messe da parte. Questi possono essere per esempio i parametri di una teoria psichiatrica in cui non c'è separazione netta tra salute e infermità mentale; o i parametri di una teoria del diritto in cui quello che viene comunemente considerato diritto risulta non esistere in base ai parametri e criteri o metafisica di quella teoria.

Le parole e concetti di senso comune hanno come caratteristica intrinseca di essere comprensibili a tutti i parlanti normali della lingua e usabili da tutti nelle situazioni normali⁵⁴. Di essere lo strumento base di comunicazione, di essere appresi (più o meno) insieme con la lingua materna e di essere quindi co-essenziali alla formazione della nostra mente e personalità. Per questo ci sembrano "naturali", non perché siano davvero dettati dalla natura, ma perché, per la loro funzione pragmatica, sono connaturati alla *nostra* natura come formata dalla nostra storia e dalla nostra cultura e influenzata profondamente dalla struttura semiotica della nostra lingua. Sono le parole e i concetti che servono da mezzo basilare di comunicazione e per formare i nostri pensieri e quindi devono essere comprensibili a tutti, perché se non fossero tali non svolgerebbero la loro funzione. C'è una pressione sociale decisiva a che la lingua si mantenga comprensibile a

parlando di individuazione del diritto e quindi lungi dal proporre (sia pure come descrizione dei fatti) una teoria conformista della accettazione, sostiene che la pratica giuridica abbia senso solo se applicata a insiemi di norme considerati come socialmente condivisi.

⁵⁴ È naturalmente una semplificazione. La linguistica e la glottodidattica ci dicono che le cose sono molto più complicate; esiste un patrimonio minimo di parole e relativi concetti, più o meno bene appresi, che costituiscono la competenza linguistica minima. Il resto è variabile. Si possono distinguere diversi livelli di parlante-tipo che possiedono vocabolari e capacità linguistiche diverse. Nella storia c'è la distinzione fondamentale tra parlante alfabetizzato e non, tra letterato e non. A mio avviso ai fini della mia analisi questo tipo di distinzioni può essere ignorato.

tutti. Essa è appresa sulle ginocchia della madre, non imparata a scuola. Nel caso poi di concetti che indicano pratiche collettive generalizzate *society-wide*, come il diritto, essi sono doppiamente comuni. Sono comuni perché sono nella lingua ordinaria e quindi fanno parte del dizionario e della enciclopedia della lingua naturale e lo sono anche perché fanno parte costitutiva della pratica in questione, perché questa comunanza di comprensione e di lessico è necessaria perché la pratica esista. I partecipanti a una azione giuridica in genere devono capire più o meno cosa fanno, e devono capirsi, altrimenti il diritto non esisterebbe, proprio come in una società deve essere capito il concetto di salute e le modalità del salute devono essere individuate come tali, altrimenti l'istituto del salute non potrebbe esistere come pratica sociale⁵⁵.

Per “dimostrare” questa semantica complessa sono ricorso largamente alle mie intuizioni linguistiche, un metodo indubbiamente soggettivo, particolarmente in un campo percorso da tante elucubrazioni filosofiche e controversie etiche. Per comunicare queste intuizioni ho dovuto fare ampio ricorso alle similitudini e alle metafore. Ma per *analizzare* adeguatamente questa semantica complessa dobbiamo introdurre non solo tecniche analitiche e definitorie sufficientemente elastiche e caritatevoli, adatte al loro oggetto, ma soprattutto prendere in considerazione anche la terza dimensione della semiotica, e tenere conto del fatto che la semantica dei concetti e quindi la loro analisi acquista un valore diverso a seconda delle caratteristiche di funzionamento dei linguaggi in cui sono inseriti, degli scopi o usi generali incorporati nella loro struttura. Ciò significa che la semantica di un linguaggio ha bisogno di essere vista alla luce di un ulteriore complesso di regole, cioè della pragmatica *complessiva* del linguaggio in questione, una dimensione semiotica che si rifà al suo scopo o funzione per gli utenti tipici⁵⁶, con l'intesa che non si tratta degli scopi soggettivi e contingenti di chi lo produce di volta in volta, non degli scopi degli agenti nelle singole situazioni linguistiche, ma dello scopo che è incorporato nella struttura di un tipo di discorso, ciò per cui è fatto e che lo rende quello che è. Un linguaggio in particolare può essere analizzato anche considerandolo come uno strumento. Pragmatica è il nome sotto cui viene di solito collocato questo tipo di regole. Possiamo anche dire che qui ci interessa un sottogruppo speciale di regole pragmatiche che riguardano la funzione di un linguaggio nel suo complesso, quelle regole che spiegano perché in un linguaggio si ricorre a una certa semantica e sintassi. Vorrei chiamare questa parte delle regole di un linguaggio *alta pragmatica* per distinguerla dalla pragmatica delle situazioni particolari e delle singole istanze

⁵⁵ Notoriamente alcune pratiche non hanno bisogno di essere praticate da tutti per esistere in una società. Possono anche essere di una minoranza, capite o non capite dagli altri. Una religione può essere esoterica, uno sport praticato da una piccolissima minoranza. Ci chiediamo, ma non qui, se una pratica settoriale ha bisogno di una pratica-ombrello per essere almeno tollerata in uno spazio sociale: si veda come certe pratiche marginali cercano l'ombrello della religione a scopo di protezione.

⁵⁶ L'idea di considerare essenziale la dimensione pragmatica nell'analisi linguistica mi giunge anch'essa attraverso le teorie di U. SCARPELLI formulate in *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, cit.

di linguaggio, perché è quella che comprende i fondamenti pragmatici di un intero linguaggio, quello a cui il linguaggio serve. Le regole relative, come tali, saranno ovviamente molto generiche. Tuttavia la loro esistenza ha dei riscontri; se prendiamo in considerazione anche questa dimensione della semiotica, molte stranezze e apparenti aporie risultano risolte come il frutto di delimitazioni e differenze comprensibili al livello pragmatico. Naturalmente siamo avvertiti che considerare una pratica sociale di enorme complessità come un unico strumento è impresa a rischio di arbitrarietà e vaghezza.

Lo si è detto più volte, le operazioni e i concetti di senso comune, come il concetto di diritto appena abbozzato, sono per loro natura fortemente indeterminati, con margini incerti nella loro intensione ed estensione. Non è una circostanza accidentale o un inconveniente, ma una conseguenza della loro pragmatica, essi funzionano proprio perché sono (piuttosto) indeterminati. Sono mantenuti tali da una pressione sociale, nel senso che altrimenti non potrebbero sopravvivere, come strumento di comunicazione basilare, ai conflitti, alle variazioni, alle novità, alle incertezze, in altre parole alle tensioni della storia e della società. Se non fossero abbastanza indeterminati ed elastici, i conflitti si ripercuoterebbero direttamente sul linguaggio stesso che diventerebbe oggetto primario di controversia invece che servire a formulare le eventuali controversie⁵⁷. La elasticità e vaghezza del senso comune sono l'accorgimento principale con cui il linguaggio ordinario e i suoi concetti si mantengono, fino a un certo punto, fuori dalla mischia e mantengono la possibilità di comunicare tra persone con opinioni diverse. Il fatto che tutti li capiscono non vuol dire ovviamente che siano semplici. Per questo l'analisi del linguaggio ordinario ha un aspetto dissolutorio e forte analogia con l'esame anatomico degli organismi: per compierla dobbiamo distruggere ciò che esaminiamo. Il meccanismo linguistico di senso comune una volta sottoposto ad analisi cessa di essere ovvio.

Il senso comune dunque riesce a individuare e identificare il diritto in modo sufficiente ai suoi scopi. A ben vedere la cosa *deve* funzionare, perché non potremmo sopravvivere in una società i cui membri non capissero quali sono le regole collettive coattive della società a cui appartengono e quali invece non lo sono, per esempio perché inventate da un folle. Il diritto è un oggetto di senso comune così basilare che è assai facile dimenticarsi che non è un oggetto visibile o percepibile, bensì il risultato di complesse scelte mentali e concettuali. Quando Herbert Hart parla del contenuto minimo del diritto naturale, intendendo quegli elementi che di fatto sono necessariamente presenti in ogni diritto perché altrimenti la società non sopravviverebbe, omette dall'elenco la cosa più ovvia e più importante che pure è chiaramente implicita nella sua teoria: infatti il più es-

⁵⁷ Con tutto ciò molto spesso le controversie più accanite e importanti finiscono con il coinvolgere alcune parti, concetti e parole del linguaggio ordinario. Ma rimangono questioni su singoli punti; non ci troviamo di fronte a posizioni contrastanti da prendere o rifiutare in blocco. Anche il diritto, possiamo dire, è uno strumento per la risoluzione dei conflitti acuti in una società, che può funzionare finché rimane esso stesso sufficientemente al di fuori dei conflitti.

senziale degli elementi che devono essere presenti in ogni società che contenga un diritto è la presenza nel senso comune della società in questione del concetto di diritto vigente-qui-adesso e dei mezzi linguistici per esprimerlo, cioè della capacità di individuare il diritto (questa capacità come si è visto comprende anche la capacità di identificare il diritto in generale, sia pure in forma irriflessa)⁵⁸. Una società senza la nozione di diritto vigente, intendo proprio quella di cui ho parlato nelle pagine precedenti, sarebbe una società dove tutti sarebbero come il folle capostazione di Pavia, e quindi dove non potrebbero essere distinti, sul piano giuridico almeno, capistazione o poliziotti, giudici o proprietari, debitori e creditori, dove non si potrebbero comprendere e quindi vivere le correlate nozioni di autorità e legalità, non si potrebbe vivere nessuna relazione giuridica come esperienza collettiva e condivisa⁵⁹.

Il senso comune sul diritto funziona a patto che le situazioni siano (abbastanza) normali e che le esigenze del discorso siano normali rispetto alla pragmatica del discorso quotidiano. Non dobbiamo aspettarci che ci dia necessariamente risposte universali, per situazioni strane diverse o in situazioni patologiche. In questi casi “difficili” la reazione fisiologica del senso e linguaggio comuni non è di approfondimento, studio o perfezionamento della nozione comune, ma di perplessità del tipo di: “Non capisco più niente! Ma chi comanda in questo paese?”⁶⁰.

Così il senso comune indirizza il nostro sguardo verso quello che il linguaggio ordinario, con opportuna anzi necessaria imprecisione, individua come il diritto vigente, quali che siano le espressioni usate. Come avviene a un non-ingegnere a cui il senso comune dice che l’oggetto che ha davanti è una locomotiva, ma non dice quasi nulla del modo in cui funziona. Forse locomotiva è solo il nome volgare di quanto nella specifica realtà è una automotrice. La nozione tecnica di automotrice però non è *migliore* di quella ordinaria e vaga di locomotiva, ma svolge una funzione diversa in un linguaggio con fini diversi, cioè con una diversa struttura pragmatica.

Il senso comune ci consente di individuare l’area dove c’è il diritto vigente e lì ci abbandona. Ci fornisce una nozione periferica e frammentaria del diritto

⁵⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, (1961) *with a Postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz*, Clarendon Press, Oxford, 2° ed., reprint 1998, cap. IX, § 2. Mario Ricciardi mi fa notare, giustamente, che l’elemento necessario alla esistenza della pratica giuridica della presenza sociale di un concetto di diritto si distingue dagli altri contenuti minimi hartiani perché non è una questione di contenuto dei diritti, come negli altri casi di “contenuto minimo del diritto naturale”.

⁵⁹ Questo ovviamente non vuol dire che il diritto sia o debba essere dotato di autorità *giustificata*, che di solito in teoria del diritto viene chiamata legittimità. O che il diritto esiste solo se accettato. Vuol dire solo che tutti devono capire cosa sia. Comprensione necessaria anche per osteggiare un determinato diritto o un suo aspetto.

⁶⁰ Considero fondamentali le considerazioni di U. Scarpelli sull’atteggiamento interno nei confronti di un diritto non effettivo, che egli considera come un gioco che facilmente può divenire futile. Altrettanto fondamentale è la concezione politica del giuspositivismo di Scarpelli che disancora il positivismo giuridico come atteggiamento dalla scienza e quindi anche dalla effettività. Si veda U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., pp. 86-87.

e non va oltre. Ho cercato di usare il caso limite e evidente del folle alla stazione come strumento per chiarire questo aspetto centrale nella pratica di senso comune del diritto; come si è visto esso richiede anche che si distingua, più o meno, il diritto da quello che non lo è, cioè che si identifichi l'area del diritto in generale. Il profano deve avere un senso elementare del diritto vigente. Ma si limita a percepirne per così dire i contorni esterni e una immagine frammentaria. La pratica funziona bene purché di diritto vigente, nell'area che il senso comune assegna al diritto, ce ne sia uno solo. Il resto del lavoro nella pratica sociale del diritto richiede un pensiero e un linguaggio diverso, tecnico, che non è ordinario e comune, ma appreso e specialistico e per descrivere questo parlerò di determinazione del diritto. Questa operazione di determinazione ha funzioni pragmatiche diverse. Appartiene al diritto dei giuristi. Un diritto vigente che insieme è diverso ma deve essere lo stesso di quello dei profani. Del resto questo movimento concettuale in due modalità, comune e tecnica, non è di certo esclusivo del diritto, ma è caratteristico di molte pratiche sociali che sviluppano un certo grado di complessità; l'elemento più visibile di queste pratiche sociali è la presenza di un personale tecnico e professionale dotato di conoscenze specializzate e di un linguaggio specialistico. È una caratteristica di tutte le discipline scientifiche, ma anche e da tempi ancor più remote di altre pratiche come le religioni. Per questo come termine generale per indicare tale personale tecnico si usa spesso parlare di *clerici*. I clerici del diritto ovviamente sono i giuristi⁶¹.

4. *L'approccio tecnico al diritto: concetto e norma di riconoscimento*

Ci dobbiamo ora chiedere come il diritto venga identificato e individuato non più dai profani nella interazione quotidiana, ma nella pratica giuridica dei giuristi professionisti, dei tecnici; e quali sono le relazioni tra il senso comune riguardante il diritto, beninteso delle persone non folli le quali capiscono qual è il diritto vigente, e la conoscenza tecnica del diritto da parte di coloro che sanno cosa dice il diritto. Perché, come ho detto più volte, sapere che cosa dice il diritto e capire qual è il diritto sono due cose diverse.

Nozioni di diritto più precise, formulate in termini più espliciti e determinati sono state frequentemente proposte come miglioramenti tecnici rispetto a quella confusissima e vaghissima del senso comune, in particolare come strumenti per una migliore descrizione e conoscenza del fenomeno giuridico.

Anche per il diritto, si intende, si può voler passare dalla conoscenza e descrizione secondo il linguaggio ordinario a una descrizione tecnica⁶², coltivata

⁶¹ Questo accostamento è fatto, per esempio, da D. MELLINKOFF, *The Language of the Law* Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1987, p. 553, proprio nel riconoscere al discorso/linguaggio giuridico la natura di discorso o linguaggio tecnico.

⁶² C'è una lunga e accesa discussione sulla natura tecnica o meno del linguaggio giuridico, che nella sua forma moderna risale almeno a Bentham. Per prima cosa va notato che spesso non è chiaro il senso

normalmente da persone che hanno appreso il linguaggio e il metodo di una disciplina, che “hanno studiato” come tuttora si dice nella conversazione comune. Questa dimensione tecnica spesso, dal punto di vista del senso comune, si chiama scienza e approccio scientifico, ma in un senso di scienza che non precisa un metodo determinato e piuttosto rileva le differenze pragmatiche dal senso comune, appunto. In questo caso non si tratterà solo dei giuristi di professione, ma delle altre discipline o scienze che trattano di fenomeni giuridici, come la sociologia e la storia⁶³. Con tutte le differenze di metodo che ci sono tra loro, queste discipline hanno in comune certamente il fatto di usare un linguaggio che possiamo definire in senso largo scientifico, cioè formulato in forme consolidate, percepite come “difficili” e “colte”, con un lessico tecnico e che richiede un apprendimento/insegnamento specifico e istituzionalizzato. Richiedono quindi dei cultori professionisti di quella disciplina; scienziati si diventa, non si nasce. Il linguaggio della scienza, quale che sia, si fabbrica e si apprende, muta e progredisce. È uno strumento fabbricato⁶⁴.

in cui questa espressione viene usata e non sempre è certo se la discussione sia descrittiva o prescrittiva del metodo dei giuristi. Il tema tocca quello della educazione giuridica e della natura specifica del pensiero giuridico. R. Dworkin ha seminato devastazione e panico anche in questa discussione, proponendo a un certo punto un approccio alla interpretazione giuridica come impresa letteraria collettiva, simile a un romanzo a più mani. Dal punto di vista di R. Dworkin questa nozione ha il vantaggio di prendere a modello un campo in cui la distinzione tra descrizione e prescrizione metodologica e il mantenimento di significati originari non pare vitale. Ogni reinterpretazione di un'opera letteraria può essere “creativa” e far dire a un testo qualcosa di originale senza per questo sollevare inconvenienti drammatici. L'importante è che sia in qualche modo connessa con il testo e dica qualcosa in qualche modo interessante. Gli esempi di ciò, mi pare, sono infiniti e coincidono con la storia se non della letteratura perlomeno della critica letteraria. Per caso ne ho sott'occhio un esempio perfetto. Nel suo saggio *Gli scudi degli eroi. Saggio sulla scena centrale dei Sette contro Tebe*, P. Vidal-Naquet (in J.-P. VERNANT, P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia due* (1986), trad. it. Torino Einaudi, Torino, 1991, p. 106) si interroga sul senso degli emblemi degli scudi degli eroi della tragedia di Eschilo e critica una precedente illustre interpretazione. Si tratta di interpretare segni iconici: “Se ho citato così Wilamowitz non è per il piacere di mostrare che il più grande filologo dei suoi tempi ha proposto uno schema di interpretazione che nessuno dei nostri contemporanei accetterebbe probabilmente di prendere sul serio, ma è proprio per dimostrare che l'interpretazione ha una storia, che lascia dietro di sé tanto delle acquisizioni durevoli quanto delle problematiche dimenticate. Anche noi facciamo parte di questa storia ...”. Vidal-Naquet non prende un atteggiamento scettico nei confronti di ogni conclusione nel suo campo e ipotizza un progresso della conoscenza, ma ha un atteggiamento piuttosto rilassato nei confronti delle opinioni divergenti e incompatibili. Personalmente mi trovo in sintonia con questo approccio, per quanto riguarda la critica letteraria e nel caso specifico ho trovato la interpretazione criticata altrettanto interessante ed istruttiva (per me) di quella proposta nel saggio. Possiamo essere altrettanto irenici e storicizzanti quando si tratta di interpretazioni giuridiche atte a risolvere conflitti di immediato e vitale interesse? Di fronte alla interpretazione di una legge possiamo accontentarci di: “Affascinante. Molto originale!”. Ci troviamo di fronte all'ennesimo esercizio di alta acrobazia teorica di R. Dworkin che sostiene contemporaneamente l'esistenza di una soluzione ottimale per le questioni giuridiche e la similitudine con un ambiente, quello della critica letteraria, in cui i criteri oggettivi per trovare tali soluzioni sono ancor meno convincenti che nel pensiero giuridico.

⁶³ Per semplificare, esagero la distinzione, la tratto come se fosse netta e come se l'uso di linguaggio e termini tecnici fosse riservata al professionista. Non è così, ovviamente. Vedi discussione alla nota seguente.

⁶⁴ Che ci siano questi scopi e che questi determinino sintassi e semantica del linguaggio tecnico,

Quando passiamo dalla operazione di senso comune di individuazione del diritto all'uso di termini, concetti e definizioni elaborate, qualcosa di molto importante cambia, precisamente cambia il quadro pragmatico, intendo la pragmatica dell'intera operazione linguistica e della pratica intera. Intendo dire che una pratica sociale che ha al suo interno una scienza e una casta di professionisti è linguisticamente diversa e qualitativamente più complessa di una pratica che non la possiede. Se mi diletta a coniare frasi ad effetto, potrei dire che passiamo dalla pratica *sociale* di capire cosa è il diritto alla pratica *professionale* di sapere cosa è nel diritto.

Il diritto, come è evidente, è una di quelle pratiche sociali complesse cui accennavo sopra, che sono officiate da chierici. Cioè che non sono semplicemente agite dai partecipanti alla pratica, ma in più gestite da un gruppo di persone con conoscenze speciali che padroneggiano un linguaggio tecnico specifico e che

secondo me è la caratteristica definitoria del discorso tecnico. Contro la natura tecnica del linguaggio giuridico si può leggere utilmente: M.J. MORRISON, *Excursions into the Nature of Legal Language*, Cleveland State Law Review, 1989, pp. 271-336. La tesi della Morrison che si tratti di linguaggio ordinario viene argomentata sulla base delle prescrizioni della Costituzione statunitense e può sembrare quindi irrilevante in altre situazioni giuridiche. Comunque potrebbe apparire opposta alla mia. In effetti non mi pare che il contrasto sia netto: io mi tengo alla tesi moderata e prescrittiva formulata da U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, voce del *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, p. 996, che il linguaggio giuridico è sul piano sintattico e semantico una variante moderatamente tecnica del linguaggio ordinario e inoltre che ciò sia bene. Penso che debba essere tale, visto che i destinatari ultimi delle norme giuridiche sono le persone comuni e un diritto incomprensibile sarebbe un diritto kafkiano (un argomento caro alla Morrison). In queste pagine sostengo però anche che in un certo senso solo i giuristi comprendono il diritto e che per spiegare la apparente contraddizione bisogna appunto accedere alla dimensione pragmatica dell'analisi: essa spiega l'uso "strano" che si fa in giurisprudenza della sintassi e semantica ordinaria, usata in un linguaggio tecnico il cui scopo è permettere (ai tecnici) di argomentare e produrre decisioni tollerabilmente certe in giudizio. Parlando di linguaggio come l'insieme lingua/discorsi, sul problema di cosa sia un linguaggio tecnico, Morrison cita opportunamente le idee di Caton esposte in C. CATON (ed.), *Philosophy and Ordinary Language*, Un. of Illinois Press, Urbana, 1963, v, viii. Si noti che l'antologia di Caton ebbe l'onore di una recensione contemporanea all'uscita da parte di U. SCARPELLI, *Nuovi libri: Philosophy and Ordinary Language (ed. Caton)*, Urbana, 1963, in *Rivista di filosofia*, 1964, p. 111 ss. Morrison fa molte fini osservazioni sulla funzione di punta delle Corti nell'interpretare, ma anche modificare, la nostra comune sensibilità linguistica e per dimostrare che il linguaggio giuridico non è linguaggio tecnico, considerando la tecnicità come incompatibile con il principio benthamiano per cui il diritto deve essere comprensibile ai suoi destinatari. Morrison si rifà infatti al precetto costituzionale americano del "*due process*" e critica Hart perché sosterebbe che il linguaggio giuridico è tecnico, nel senso di "*expert only*". Secondo me, è palese che solo i giuristi padroneggiano il linguaggio/discorso giuridico, ma sono d'accordo con Morrison che ci sono potenti interessi sociali e valori politici che mantengono il discorso giuridico in un qualche grado di comprensibilità per i destinatari finali. Essa potrà essere maggiore per profani molto interessati in particolari attività, per esempio certe parti del diritto commerciale a chi è impegnato in attività commerciali; la comprensione parziale e dei singoli termini, come avviene per ogni disciplina, potrà estendersi a circoli sempre più estesi di profani facendosi di solito sempre più approssimativa. Certamente è opportuno che qualunque norma di comportamento sia espressa, se possibile, in termini comprensibili: si pensi alla absurdità di un (improbabile) limite di velocità su strada espresso con una complicata equazione che incorporasse vari fattori rilevanti come la visibilità e il clima, ma che solo un matematico potrebbe calcolare. Tuttavia alla fin fine anche le norme di comportamento più banali, come le norme del codice della strada, sono comprensibili ai non giuristi solo in modo molto parziale.

fanno funzionare le articolazioni interne di quella pratica, curandone anche i rapporti con i profani. Sopra ho fatto l'esempio del saluto: è una pratica che non ha sacerdoti; almeno nella nostra società, che io sappia, non ci sono specialisti del saluto. Per salutare ciascuno si arrangia, e se ha dei dubbi per risolverli non gli resta che rivolgersi agli amici: "Ma quello lì mi ha salutato o no?" "Vorrei sapere perché non mi saluta!". A dire il vero, e questo ci è utile per meglio capire cosa succede nel diritto, in società più cerimoniose e rigidamente stratificate della nostra ci sono maestri di buone maniere e di etichetta che conoscono anche i punti fini della pratica del saluto e si occupano anche di insegnare come salutare a seconda delle circostanze e delle persone, per esempio a che grado preciso bisogna inchinarsi a seconda del grado relativo delle persone⁶⁵. Si tratta pur sempre di uno stadio di complessità inferiore a quello di una pratica come quella giuridica che invece dipende totalmente da specialisti per essere adeguatamente gestita. Si consideri ora la pratica sociale di un gioco o uno sport di massa. Esso può nascere come una pratica semplice, cioè informalmente praticata da gruppi di persone; ma raggiunta una certa permanenza, diffusione e importanza acquisterà quasi sempre dei clerici e un aspetto interno, una classe di professionisti che lo gestiscono in base a conoscenze tecniche apprese, non solo giocatori "tesserati" che lo giocano, ma persone che lo regolano lo controllano lo mantengono, in altre parole lo conoscono dall'interno⁶⁶. Molti fenomeni possono nascere spontanei e sviluppano poi dei clerici, in primo luogo ciò avviene come è noto per le religioni che hanno sufficiente successo e permanenza. Le religioni sono infatti il caso paradigmatico di una pratica sociale che viene officiata da chierici, i sacerdoti appunto. Anche il diritto ha la stessa natura. Il

⁶⁵ Nel caso dell'ipotetico "maestro di saluto" (o di etichetta) ci sarebbe un fattore da considerare, le barriere di classe. Le modalità di comportamento in questi campi e simili sono infatti anche un criterio selettivo di categoria sociale, per cui ci si aspetta che una persona le assorba dall'ambiente senza che le debbano essere formalmente insegnate. Per questo l'insegnante di etichetta è considerato sempre un po' ridicolo e dovervi ricorrere un po' volgare, se non disperato. In effetti alcune di queste pratiche non si possono realmente insegnare, perché cambiano in continuazione, per cui o ci si vive in mezzo o si è fuori, come illustrato splendidamente dalla discussione sulle forme linguistiche "u e non-u" (*upper class* ovvero non *upper class*) nell'inglese identificate nell'articolo di Alan S.C. Ross del 1954 e soprattutto nella deliziosa antologia curata da Nancy Mitford (ed.), *Noblesse oblige*, H. Hamilton, London, 1956 (il libro contiene anche l'originale articolo del professor Ross). Talora impossibile, spesso la mediazione dei clerici è disapprovata per diverse ragioni: nella nostra società considerazioni di questo tipo non si applicano alla mediazione operata dai professionisti del diritto, o si applicano solo se l'attività è criminosa; ma nella Cina imperiale chi esercitava la intermediazione giuridica (*songsbi*) era non solo disprezzato ma anche severamente punito: offrire e ricevere consulenza legale era un grave crimine (M. MACAULEY, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, SUP, Stanford, 1998).

⁶⁶ Lo sport diventa una sport professionale. Molti ne fanno una professione (un'altra tendenza irresistibile), cioè vivranno di esso come mestiere in differenti capacità: dirigenti, allenatori, arbitri, agenti, proprietari di squadre, medici sportivi e così via. Ciò ha reso naturalmente contraddittorio e disperato l'ideale olimpico dello sport dilettantesco, che è poi lo sport *tout court*, visto che la parola inglese significa(va) divertimento. Oggi al contrario uno sport acquista definitivamente uno *status* professionale quando diviene "sport olimpico".

diritto estremamente primitivo può essere affidato alla memoria degli anziani della tribù; ma nelle società più ampie ha bisogno di giuristi, che nei diversi ruoli sono i soli a conoscere veramente ciascun diritto⁶⁷.

La loro presenza scioglie l'apparente paradosso per cui tutti capiscono (devono capire) cosa è il diritto in generale e qual è il diritto vigente, pur sapendo pochissimo dell'una e dell'altra cosa. La soluzione è appunto la presenza di una categoria di tecnici e intermediari. Questo accade in tutte le pratiche che richiedono complesse conoscenze specializzate (tecniche).

Negli ultimi due secoli, il fenomeno della presenza dei clerici è divenuto massimamente cospicuo per le scienze naturali, che comportano conoscenze esoteriche e il cui metodo e contenuto ha acquisito un inusitato grado di autonomia dal senso comune. Solo gli adepti, gli scienziati, sanno leggere il linguaggio delle scienze della natura. Gli adepti di queste discipline possono avere problemi di divulgazione, cioè di farsi capire dagli altri, ma sono autonomi dal senso comune nel modo che ora cercherò di spiegare.

Come esempio, consideriamo per un momento i problemi di un veterinario di piccoli animali. È importante che egli conosca le specie di animali che cura, iniziando dai loro nomi scientifici e concludendo con tutta la conoscenza e la teoria che stanno dietro tali nomi, riguardanti la loro anatomia e fisiologia e patologie. Mentre di solito è utile che il depositario di questa conoscenza tecnica sia in grado di interagire con i suoi clienti (umani), le sue classificazioni e idee non devono certo adeguarsi alle loro. Il veterinario non è solo un tecnico che cura gli animali, è anche un intermediario che permette a persone senza speciali conoscenze specifiche di partecipare alla pratica di "curare gli animali". Ora, se i clienti portano a visitare regolarmente degli opossum sostenendo che sono gatti, il veterinario dovrà spiegare, per il bene degli animali e per il successo finale della sua pratica, che essi sono realmente membri di una specie diversa e come tali vanno trattati. Se vuole conservare i clienti (umani), sarà bene che lo faccia con diplomazia, tuttavia è evidente che questo non tocca la sua scienza e la sua tecnica curativa. Alcuni scienziati operano chiusi in laboratorio o al riparo di apposite istituzioni e nella loro professione non hanno bisogno di trattare con i profani; altri invece, come il nostro veterinario, sono in continuo contatto con il pubblico ed è necessario che conoscano i termini ordinari per comunicare con i profani e se occorre istruirli (i delfini non sono pesci, Venere è un pianeta non una stella e l'omeopatia ha solo un effetto psicosomatico).

Le scienze della natura oggi non hanno bisogno del senso comune per individuare e delimitare il proprio oggetto e la propria disciplina. In questo senso si tratta di discipline ormai divenute interamente autonome. Esse vengono individuate e delimitate dalle esigenze teoriche interne della scienza e pratiche della

⁶⁷ Anche questa affermazione avrebbe bisogno di lunghe qualificazioni. Se diciamo che i giuristi sono coloro che conoscono professionalmente il diritto, allora i giuristi non sono solo i laureati in giurisprudenza, per quanto una laurea possa aiutare nella bisogna, ma chiunque a qualunque titolo sviluppi una conoscenza approfondita di una parte del diritto.

relativa tecnologia, e i profani che si avventurano su questo terreno possono scoprire novità concettuali che sovvertono le più radicate nozioni del senso comune legate a quel campo. Ci possono essere naturalmente conflitti anche vivaci tra il senso comune e le scienze⁶⁸.

Se è vero che un po' di tatto non guasta mai, la mia tesi è che nel caso del giurista il suo rapporto con il senso comune non è solo una questione di diplomazia o di efficace divulgazione al pubblico delle proprie conoscenze specialistiche. A differenza delle scienze empiriche, la giurisprudenza non è autonoma nelle sue fondazioni rispetto al senso comune e il rapporto con esso è essenziale alla pratica giuridica e alla conoscenza giuridica come la pratichiamo.

A prima vista sembrerebbe che una netta separazione abbia luogo anche per il discorso dei giurista: la giurisprudenza si presenta infatti come “discorso scientifico”, indipendente dal senso comune, se non altro perché i suoi discorsi sono largamente esoterici e incomprensibili ai profani. E come in ogni altra scienza, di certo il linguaggio e il metodo giuridico non si apprendono sulle ginocchia della madre nei primi anni di vita, ma a scuola con uno studio specifico. Gli avvocati, per primi, sanno bene quante difficoltà si possono incontrare a spiegare ai clienti la loro situazione giuridica. Sembrerebbe dunque che la situazione del rapporto tra diritto e senso comune e relativi linguaggi sia la stessa delle altre scienze empiriche. La identificazione del diritto, potrebbero pensare i giuristi, è fatta dal diritto stesso, in termini e modi compresi appieno solo dai tecnici.

Se le cose stessero così, dovremmo rilevare lo stesso itinerario di “progresso” per la giurisprudenza che è avvenuto, diciamo, per l'astronomia. Da una parte ci sarebbero i concetti o meglio le nozioni e intuizioni giuridiche del senso comune, sufficienti appena a capire chi “fa il matto” alla stazione, a comprendere il senso della pratica giuridica ed agire in essa nelle situazioni elementari della vita giuridica; dall'altra avremmo la pratica giuridica officiata da coloro che davvero sanno quello che fanno, i tecnici del diritto; allo stesso modo in cui solo gli ingegneri e i ferrovieri sanno davvero quello che fanno i treni e i veterinari soli sanno bene come vanno curati i cani. I tecnici del diritto svolgerebbero non solo il compito prioritario della determinazione dei confini del diritto, con criteri meno approssimativi e più espliciti del senso comune, ma anche il compito di identificare e individuare il diritto in base alle esigenze autonome (“scientifiche”) delle proprie teorie e della propria scienza⁶⁹.

La esistenza nella cultura e nella società occidentale di un pensiero giuridico autonomo da circa un paio di millenni segnala indubbiamente una consolidata

⁶⁸ È interessante scoprire nel linguaggio comune i relitti di vecchie teorie scartate dalle scienze, per esempio dalla medicina moderna, che sopravvivono in espressioni come “nervoso” (la teoria dei nervi) o “di umore nero” o “bilioso” (la teoria degli umori), oppure “gioviare” (di carattere amabile e sereno) che viene dalla astrologia. Ma si tratta appunto di curiosità storiche che non hanno influenza sul metodo delle scienze.

⁶⁹ Per qualche considerazione ulteriore sui rapporti tra la presenza di una classe di professionisti e il punto di vista interno hartiano, vedi anche *infra* n. 136.

autonomia rispetto al senso comune, perlomeno nel senso di una specializzazione della cultura giuridica e del linguaggio giuridico e dell'armamentario concettuale dei giuristi. In tempi relativamente recenti tale autonomia è rafforzata dalla *giuridicizzazione* delle stesse fonti del diritto, il fatto che il diritto determini esplicitamente che cosa sia diritto. Una volta completato questo processo, la giurisprudenza può ritenere di essere in grado di rivendicare la propria completa autosufficienza⁷⁰.

In queste pagine ho sostenuto che questa rivendicazione è giustificata per quanto riguarda la capacità di determinare i confini del diritto in base a fonti giuridiche, ma non lo è in quanto la giurisprudenza non identifica il diritto e non individua il diritto vigente e quindi non individua tali fonti in base a criteri tecnici propri, di qualunque tipo. Solo se facesse parte della giurisprudenza un criterio per individuare un insieme di fonti piuttosto che un altro, diciamo le fonti del diritto italiano piuttosto che del diritto longobardo, il cultore di ogni branca del diritto troverebbe nel pensiero tecnico-giuridico, nella scienza giurisprudenziale, tutto quello che ha bisogno di sapere per fare il suo lavoro, cos'è il diritto, qual è il diritto vigente, qual è la norma giuridica rilevante per il caso concreto in questione. È importante notare che, anche in questo caso, una ipotetica giurisprudenza scientifica nel senso di interamente autonoma quanto alla individuazione del diritto (vigente) non deriverebbe i suoi criteri di individuazione dal diritto vigente stesso, ma da qualche ipotetico criterio scientifico della giurisprudenza. È evidente infatti che il diritto può operare mediante le proprie norme solo dopo che è stato individuato come tale. Solo in tal caso ci si può servire, per esempio, di un elenco di fonti per individuare le altre norme giuridiche. In questo caso il criterio sarebbe extragiuridico ma tecnico, cioè appartarrebbe alla cultura giuridica e alla giurisprudenza. Ciò significa che una giurisprudenza autonoma dalle conclusioni (e dai limiti) del buon senso non andrebbe affatto, come qualche volta sembrano presupporre i giuristi, nella direzione di una to-

⁷⁰ Nelle pagine del sociologo del diritto Niklas Luhmann si trovano trattati temi e tesi a prima vista simili rispetto ad alcuni di quelli trattati in queste pagine, specialmente il tema della autonomia del diritto. Si veda in N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, (trad. di R. De Giorgi, M. Silbernagl, a cura di R. De Giorgi), Il Mulino, Bologna, 1990. Anche, ID., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, (trad. e intr. di A. Febbrajo), Il Mulino, Bologna, 1978. Mi trovo purtroppo a non poter far grande uso delle tesi luhmaniane per chiarire i punti considerati in queste pagine. Gli argomenti di questo autore non sono utilizzabili nella mia indagine, perché Luhmann in genere non osserva le precauzioni elementari che ritengo necessarie, ad esempio non sembra preoccuparsi della differenza tra prescrizione e descrizione metodologica, dei problemi della conferma empirica delle tesi teoriche, e spesso anche non occuparsi della definizione dei concetti che usa o di cui riferisce. In parole povere, quando leggo Luhmann non capisco bene di cosa parli. Mi sembrerebbe monotono, inutile e anche presuntuoso riportare qui le idee del sociologo germanico sulla autonomia del diritto da altri fenomeni sociali per concludere ogni volta che le sue tesi non sono formulate secondo la (mia) metodologia analitica. Ciò che in questi casi andrebbe discussa è la differenza nelle premesse filosofiche generali non nelle singole tesi e conclusioni. Per uno studio sulla epistemologia luhmaniana in italiano disponiamo degli scritti di R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, De Donato, Bari, 1979 e A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1975.

tale dipendenza dal diritto vigente, ma di maggiore ingerenza di idee culturali e scientifiche e filosofiche.

Per chi ritenga che la scientificità richieda piena autonomia concettuale e di metodo del discorso scientifico da considerazioni estranee, anche da considerazioni di senso comune, allora bisogna concludere che la giurisprudenza attualmente non è una scienza e raggiungerebbe uno *status* scientifico, perlomeno nella identificazione del proprio oggetto, solo quando venisse basata su una identificazione tecnica del diritto. È incerto quanto questa tesi sia più o meno implicitamente presente nella cultura giuridica contemporanea, che spesso viene chiamata giuspositivistica (specialmente dai suoi critici). Lo ripeto, non va confusa l'idea che il diritto vigente identifichi se stesso (una impossibilità logica) con l'idea assai diversa che la giurisprudenza abbia propri criteri tecnici per individuare il diritto vigente ed eventualmente anche per identificare il diritto in generale⁷¹.

A me sembra certo che i giuristi non operino in questo modo e, per lo più, neppure considerino i problemi di identificazione e individuazione del diritto: li ritengono filosofici e quindi poco "positivi"⁷² e a loro estranei. Pertanto considero la tesi della autonomia della giurisprudenza dal buon senso quando alla individuazione del diritto vigente non una descrizione del modo in cui opera-

⁷¹ La prima tesi ha influenzato le frasi più estreme del positivismo giuridico della scuola dell'esegesi. Trovo utile al riguardo, per i riferimenti nelle note: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Tra diritto comune e codice: la Facoltà di giurisprudenza della Sapienza nel periodo napoleonico*, Annali di Storia delle Università italiane, Vol. 4, 2000. Dal mio punto di vista l'inconveniente del giuspositivismo della scuola dell'esegesi non è l'eventuale disvalore del sottomettersi (con entusiasmo) al diritto dell'Impero napoleonico, insegnando il solo Codice Napoleone piuttosto che il "vecchio" diritto civile; ma il fatto che per compiere questa scelta bisogna, ovviamente, aver *già* identificato il Code Napoléon come diritto in base a un criterio diverso dal codice stesso.

⁷² In queste pagine ho distinto tra diritto vigente e diritto in generale. Non ho invece quasi mai usato l'espressione diritto *positivo* se non nelle citazioni di autori che la usano, come Hart o Kelsen. Lo stesso vale per l'espressione norma positiva per ribadire che si tratta di una norma giuridica nell'ambito di uno specifico diritto. Senza dunque la rivendicazione piuttosto polemica, e poco fondata, di autonomia menzionata nel testo, per cui chi parla di diritto positivo e di giurista positivo dichiara di voler studiare e applicare il diritto senza alcuna considerazione o concetto non ricavati dal diritto stesso. Questa rivendicazione tipica del giurista moderno, al di là delle bellicose affermazioni di cui alla nota precedente, è come si è visto estremamente problematica, si tratta di decidere che cosa voglia dire, che cosa sia endo-giuridico e che cosa non lo sia, un problema che, a mio parere, non può essere risolto altro che ricorrendo a considerazioni extra-giuridiche del genere di quelle fatte in queste pagine. Neppure positivo può essere ridotto a "posto" a significare le norme che sono poste da una autorità giuridica, che è la posizione che R. Dworkin imputa a torto a tutto il positivismo giuridico, quando rimprovera a Hart e hartiani la teoria del *pedigree* come esclusiva fonte del diritto.

L'espressione 'diritto positivo' per indicare gli studi di diritto vigente è dunque pleonastica; ma si potrebbe forse ridefinire l'espressione in modo vicino agli usi e più utile ai miei argomenti in modo che il diritto positivo comprenda ogni diritto che sia e sia stato vigente, includendo dunque nello studio del diritto positivo gli argomenti trattati dagli storici del diritto che sono invece esclusi dallo studio dei diritti vigenti. Potremmo anche aggiungerci, secondo gli usi attuali dei giuristi anche il diritto futuro, nel senso dei progetti di legislazione. Ma il rischio di equivoci mi sembra alto, soprattutto perché non è affatto ovvio che gli storici del diritto studino davvero il diritto con il metodo normativo dei giuristi piuttosto che con il metodo empirico degli storici.

no i giuristi, ma una tesi di metodologia prescrittiva, una proposta di riforma della giurisprudenza attuale. Tuttavia, la tesi impossibile che il diritto vigente sia individuato dal diritto stesso è opinione ben presente nella giurisprudenza odierna, spesso confusa con la tesi (in realtà diversa) che la giurisprudenza ha e debba avere criteri tecnici per riconoscere (determinare) il diritto, o con la tesi ancora diversa che il giurista abbia in qualche modo l'obbligo di descrivere il diritto servendosi esclusivamente di concetti e strumenti giuridico-positivi nel senso di ricavati dalle parole e dai concetti del diritto stesso. Non è dunque affatto chiaro cosa voglia dire tutto questo, ma è ritenuta di solito cosa buona rispetto ad approcci basati su criteri non ricavati dal diritto vigente, ma filosofici o etici o sociologici o comunque appartenenti ad altre discipline ed approcci; i giuristi di solito sono meno ostili agli insegnamenti della storia del diritto e del diritto comparato. Per farla breve, si assume che il diritto è un oggetto che trova in se stesso il modo di tracciare i propri confini e che dalla contemplazione di questo oggetto, la giurisprudenza sia in grado di ricavare anche gli strumenti concettuali per identificarlo, individuarlo e determinarlo; insomma gli strumenti concettuali sufficienti a descriverlo.

Queste sarebbero le condizioni che fanno della giurisprudenza una scienza, quella che sul continente europeo viene appunto chiamata scienza giuridica. Il suo cultore sarebbe quindi uno scienziato, adepto della conoscenza endogiuridica e come tale al riparo dalle responsabilità etiche e politiche presenti inevitabilmente nella scelta di aderire a un determinato diritto: questa scelta sarebbe contenuta nell'oggetto stesso e rimarrebbe dunque una scelta puramente descrittiva e passiva, senza responsabilità politiche o morali. Insomma il giurista, come tecnico⁷³, puro intermediario, si limiterebbe a comunicare agli utenti le scelte contenute nel diritto, senza esercitare per questo alcuna responsabilità, un po' come un medico comunica ai suoi pazienti di che male devono morire. L'idea o ideale di un linguaggio/discorso giuridico così fondato potrebbe anche sembrare funzionale alla visione di un diritto prodotto da una autorità giuridica incarnata in un potere politicamente legittimo, storicamente il legislatore moderno, delle cui decisioni il giurista si pone, in questa prospettiva, prima come il resocontista imparziale e poi come l'applicatore impassibile, nella burocrazia amministrativa e nei tribunali⁷⁴.

Questo argomento, o piuttosto la tacita assunzione di autonomia su cui si basa, è fallace; per questo nelle pagine precedenti l'ho chiamato una tesi impos-

⁷³ Noto che in questo caso nell'uso dell'aggettivo 'tecnico' viene in primo piano l'altra metà del suo significato; dal significato di "non ordinario" si passa a sottolineare l'aspetto strumentale; è il significato tradizionale della espressione norma tecnica, intesa in prima approssimazione come norma che indica il modo di raggiungere determinati fini (se vuoi ottenere questo risultato devi fare così). Sul significato di tecnico come strumentale si veda *infra*, n. 93. Sul concetto di norma o regola tecnica e il suo posto nel diritto si veda G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Edizioni ETS, Pisa, 2008.

⁷⁴ Una descrizione sociale che veda una pratica interamente in base alla visione che essa ha di se stessa rischia di produrre una visione ideologica (ideologia come falsa coscienza), cioè una visione distorta o censurata dai bisogni di auto-justificazione.

sibile: infatti mentre un ordinamento normativo può indubbiamente contenere criteri di auto-identificazione e non c'è dubbio che un complesso coordinato di fonti del diritto possa determinare il resto di un diritto vigente, invece per poter usare tali criteri endogiuridici, come fanno tutti i giorni i giuristi, dobbiamo aver *già* deciso di usare un sistema di fonti piuttosto che un altro; come abbiamo visto, dobbiamo prima eliminare dalla nostra considerazione gli infiniti possibili candidati al *nomen iuris* in base a un qualche criterio di giuridicità in generale e dobbiamo aver ridotto i candidati diritti possibili a uno solo, a cui attribuiamo il titolo onorifico di diritto vigente, cioè da considerare qui ed ora. Così quando il giurista ricorre a una Costituzione o Legge Fondamentale o Corpo Sovrano per individuare i criteri di validità giuridica, vuol dire che ha già risolto il problema di come individuare il diritto vigente, in base ad altre ragioni o criteri che non possono essere interni al diritto stesso a pena di circolo vizioso nel ragionamento.

I giuristi, a dire il vero, usano con molta parsimonia la espressione 'diritto vigente' preferendo usare il nome proprio di turno, per esempio: 'diritto italiano'. Con questo intendono 'diritto italiano vigente adesso', in tal modo sistemando in un colpo solo la storia e la geografia. È evidentemente un nome e non un criterio, nel senso che non contiene i propri criteri di individuazione. Come per tutti i nomi, la sua applicazione è infatti il risultato di un processo di individuazione già avvenuto. Individuiamo il gatto in casa come Fuffi appunto come un individuo noto in base agli elementi descrittivi, gli indizi, che lo identificano, il colore del pelo, le dimensioni la forma, oltre al fatto di incontrarlo nella nostra casa, concludiamo senza pensarci che possiamo applicargli il suo nome e diciamo "Ecco Fuffi". Questo nella vita quotidiana è più che sufficiente per risolvere i nostri problemi felini, salvo che non intervengano circostanze inusuali, come la comparsa in casa di due o più gatti sufficientemente simili a Fuffi. Così diciamo che "questo" è il diritto italiano vigente, ma ciò presuppone i criteri di identificazione, non li sostituisce. Inoltre nel caso del diritto italiano, non essendo esso un oggetto materiale a differenza del gatto Fuffi, non possiamo indicarlo col dito altrettanto facilmente, dobbiamo indicarne una parte per il tutto e aggiungere il criterio di appartenenza che fa di quella parte una parte del tutto.

L'impiego dei criteri del diritto vigente, delle fonti che determinano in modo relativamente determinato quali sono le altre norme giuridiche valide, presuppone dunque che il diritto vigente sia già stato individuato, per esempio che si sia già deciso di guardare alla Costituzione della Repubblica italiana e non allo Statuto Albertino o al *Corpus Iuris*. I criteri endo-giuridici moderni, una volta fissati, permettono di solito di sapere quali sono le disposizioni giuridiche (e attraverso le disposizioni i significati cioè le norme) con una notevole precisione e coerenza, maggiori o minori a seconda del diritto in questione. Li chiamo criteri di determinazione cioè di validità *in* un diritto; non sono né criteri di identificazione del diritto in generale, né criteri di individuazione del diritto vigente qui e adesso, cioè del singolo diritto. Insomma, per poter usare i crite-

ri giuridici nella determinazione del diritto vigente dobbiamo avere già deciso quali usare, cioè dobbiamo già sapere quale sia il diritto vigente. Altrimenti, ci troviamo intrappolati in un circolo vizioso, in cui tutti i candidati diritti considerati non possono far altro che indicare implicitamente o esplicitamente ciascuno sé stesso. Ciascun candidato-diritto in realtà fa sempre ciò che fa il capostazione pazzo. Ciò che fa il pretendente monarca di ogni regime spodestato. Ma perché dovremmo prestare loro ascolto?

Una volta che usciamo dall'ambito del senso comune, sono possibili molte risposte alla domanda del perché si debba considerare un diritto piuttosto che un altro come diritto vigente. La cosa che mi interessa in queste pagine non è rispondere a questa domanda, ma la caratteristica curiosa della giurisprudenza contemporanea, che sembra non avere nessuna risposta per questa fondamentale questione e pare non sentirne affatto la mancanza. Sono rare le opere giuridiche o le sentenze⁷⁵ che si occupano di che cosa sia il diritto vigente e di quali siano i criteri che fanno di un diritto il diritto vigente. Invece si parte dal diritto vigente, si dà per scontato che ci si occupi del diritto vigente (individuazione) come se fosse un oggetto materiale che ci troviamo davanti, una sorta di Monte Bianco invisibile della cui esistenza e unicità nessuno può dubitare, una cosa tanto più difficile da studiare quanto più facile da individuare; e in qualche modo si assume che questo atteggiamento sia il solo degno dello studioso di diritto, il solo che sia scientifico neutrale e fattuale. C'è chi chiama questa omissione positivismo giuridico; sul giuspositivismo tornerò, per l'istante dico che preferisco chiamarlo atteggiamento del giurista positivo perché indubbiamente è comune alla maggioranza dei giuristi, mentre non mi pare che sia particolarmente diffuso tra i teorici del diritto che si qualificano come giuspositivisti.

In realtà il diritto vigente che "ci troviamo davanti" non è davvero davanti a noi, né da nessuna altra parte, perché non è un oggetto materiale. La autoevi-

⁷⁵ La questione emerge nei tribunali soprattutto quando avviene un cambiamento di regime, sia esso avvenuto secondo le regole del diritto precedente o contro (rivoluzione o colpo di stato). Si veda come esempio la questione della dichiarazione unilaterale di indipendenza della Rhodesia "bianca" discussa in termini consapevolmente kelseniani in F.M. BROOKFIELD, *The Courts, Kelsen, and the Rhodesian Revolution*, *University of Toronto Law Journal*, 1969, p. 326 ss. Si è discusso a lungo anche se un passaggio compiuto con modalità legali, cioè secondo le regole del vecchio ordinamento, vuol dire che non vi è rivoluzione e che il nuovo ordinamento rimane dipendente dal vecchio. Non è così ovviamente: il fondamento del nuovo sarà quello che il nuovo riconosce. La differenza è che in caso di passaggio nelle forme legali, il nuovo ordinamento è riconosciuto anche dal vecchio, in altre parole il vecchio si auto-estingue e il nuovo diritto è vigente anche agli occhi del vecchio. Nel caso del referendum istituzionale italiano del 1946, per esempio, la legalità *monarchica* del referendum istituzionale italiano è sostenibile, perché il referendum istituzionale venne indetto dalla autorità monarchica del momento: ci sono comunque dei dubbi sempre dal punto di vista monarchico, poiché nella tradizione monarchica si ammette che un re possa abdicare, ma non che abbia il potere di spogliare del titolo il suo erede, cioè di abolire la monarchia. Nel qual caso il passaggio dal Regno alla Repubblica in Italia sarebbe stato illegittimo dal punto di vista monarchico e una Rivoluzione giuridica operata dall'alto. È cosa diversa che Umberto II abbia denunciato presunte illegalità compiute nel Referendum istituzionale, ritenendolo per questo invalido e si considerasse in seguito come sovrano non abdicatario. È ovvio che questo non tocca la legittimità della Repubblica agli occhi della Repubblica.

denza o naturalità degli oggetti materiali, quale che sia, non può quindi servire a risolvere il problema del modo in cui il pensiero tecnico giuridico identifica il diritto vigente e neppure, come vedremo, del modo in cui identifica i suoi confini. Non vorrei che questo sembrasse un problema lambiccato e superfluo, che emerge solo nei rari casi in cui incontriamo un malato di mente: in realtà nessuno può fare a meno di accorgersi di quanto le cose siano poco “naturali” quando scoppia una crisi di legittimità, soprattutto nei casi più drammatici di una società in guerra civile o durante un colpo di stato, una secessione o una invasione⁷⁶. Abbiamo appreso dal caso del pazzo alla stazione che questo genere di problema comporta sempre una duplice questione: cosa è il diritto in generale e qual è il diritto vigente in ciascuna situazione. La prima domanda viene ignorata e la risposta alla seconda data per ovvia, ma le situazioni di crisi sociale ci mostrano che è il senso comune a rispondervi e che vi riesce solo finché c'è una unica risposta ovvia, cioè quando per il senso comune il possibile diritto-qui-ed-ora è ovviamente uno solo. Basta che riceva una risposta incerta, per esempio che nell'area del diritto-in-generale ci siano due candidati possibili e ci troviamo in una situazione in cui il senso comune non riesce a decidere e la stessa giurisprudenza si trova di fronte al problema, che non è neppure essa in grado di risolvere, di scegliere quale dei due insiemi di criteri endogiuridici (lista di fonti del diritto) sia da prendere in considerazione.

Con un qualche stupore ci rendiamo conto infatti 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. La giurisprudenza odierna si occupa con competenza di ogni aspetto anche il più minuto di un diritto, eccetto di cosa fa di un diritto il diritto vigente; ne consegue che se un paese ha la disgrazia di essere conteso tra due diversi ordinamenti giuridici, i giuristi di quel paese saranno in grado di dirci tutto su entrambi i putativi diritti rivali; inoltre la giurisprudenza, tramite la storia del diritto, conoscerà benissimo anche i diritti preteriti e suoi studiosi di diritto comparato avranno studiato con perfetta competenza i diritti alieni; studiosi dei vari rami dei diritti si saranno occupati minutamente persino del diritto futuro proponendo e discutendo i progetti di costituzione, leggi e codici possibili. Ma questo formidabile apparato di dottrina non disporrà di nessun criterio per *individuare* quale sia il diritto vigente e quindi per scegliere tra due o più diritti che si pongono come rivali, come accade ad esempio in una rivoluzione, in una guerra civile, in una secessione, nella occupazione parziale o totale di un paese da parte di un altro, in una situazione di anarchia. Questo argomento può essere rappresentato con

⁷⁶ Casi che rientrano nella descrizione di Herbert Hart di una società patologica. Troviamo una convincente analisi della differenza tra un cambiamento *nel* diritto e cambiamento *di* diritto nella nozione kelseniana di rivoluzione giuridica. Quando il cambiamento avviene in modi non previsti e ammessi dal diritto esistente abbiamo una rivoluzione giuridica. Naturalmente questo sottintende una teoria dell'esistenza del diritto come effettività, il nuovo diritto deve essere complessivamente effettivo, altrimenti avremmo semplicemente un atto illecito e la continuazione del vecchio diritto.

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.

È necessario a questo punto ricordare le considerazioni sulla effettività fatte nelle pagine precedenti riguardo al senso comune. Dopo aver scartato la possibilità che una nozione riconoscibile di effettività del diritto sia incorporata nel concetto ordinario di diritto, dobbiamo chiederci adesso se essa fondi l'approccio tecnico della giurisprudenza, nel senso che la giurisprudenza individua come diritto di cui occuparsi quel diritto che è effettivo nella situazione sociale considerata. È un'idea molto diffusa in teoria del diritto e si incontra in una forma o nell'altra anche presso i giuristi che si occupano di simili questioni. Con essa si cerca probabilmente di attribuire una dignità scientifica alla giurisprudenza, facendone una scienza che si occupa di fatti sociali, sia pure con un metodo peculiare. Bisogna ammettere che appare molto più plausibile che sia la giurisprudenza a far uso di un principio di effettività piuttosto che il senso comune. Anche coloro che distinguono nettamente la descrizione giurisprudenziale dalle scienze empiriche, come Kelsen per esempio, trovano necessario collegarla in qualche modo alla realtà effettuale, alla società esistente, per spiegare la distinzione tra il diritto vigente e quelli defunti ed immaginari; ed ecco la tesi che per i giuristi il diritto vigente sia quello effettivo, si suppone, in un qualche senso sociologico o storico⁷⁷. Alcuni teorici del diritto sostengono dunque che

⁷⁷ Uno dei punti secondo me meno perspicui della teoria giuridica di Kelsen è la parte sul ruolo del diritto internazionale nel pensiero giuridico e del principio di effettività nel diritto internazionale. Nella versione classica della sua teoria (contenuta nella prima edizione della *Dottrina pura*: H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), Einaudi, Torino, 1952, specialmente § 50.g) Kelsen sostiene che la scelta tra sovraordinazione del diritto internazionale a quelli nazionali o viceversa può essere solo una scelta politica compiuta dal giurista ed è nello stesso tempo assicurata da una norma consuetudinaria del diritto internazionale, il principio di effettività, che prescrive il riconoscimento dei diritti nazionali effettivi. Tramite essa il diritto internazionale riconosce/delega i diritti nazionali (effettivi) trasformando gli stati stessi in organi del diritto internazionale. La situazione a prima vista sembra simile in modo imbarazzante a quella del matto alla stazione, il quale fa "effettivamente" partire i treni quando il vero capostazione dà il segnale: la superiorità del diritto internazionale per Kelsen consisterebbe, da vera mosca cocchiera, nel prescrivere ai diritti nazionali di fare quello che vogliono dopo che l'hanno già fatto. Ma non è così. Se veramente esiste, una simile norma del diritto internazionale non è affatto futile in quanto obbligherebbe tutti gli Stati a riconoscere i sistemi giuridici (in qualche senso) effettivi e a disconoscere tutti quelli non più effettivi. Il problema è altro. Lasciando da parte il problema non indifferente se una norma in questi termini esista o sia mai esistita e se la attuale presenza dell'O.N.U. abbia radicalmente mutato o meno le relative norme del diritto internazionale sul riconoscimento degli Stati, tutta questa parte della teoria kelseniana del diritto internazionale mi sembra fondata sulla mancata distinzione tra scelte concettuali e norme giuridiche: la effettività che pareva un criterio concettuale per identificare il diritto vigente diviene una norma del diritto internazionale e a sua volta una fonte dei diritti nazionali, mentre quella che sembrava una questione di diritto positivo (supremazia di diritto statale o del diritto internazionale) diviene una scelta culturale. Dal punto di vista della teoria elaborata in queste pagine, Kelsen confonde il momento della individuazione del diritto, cosa conta come diritto vigente, con il momento della sua determinazione, quali sono le sue fonti. Kelsen non sembra considerare che quando un diritto statale viene all'attenzione del diritto internazionale per esservi riconosciuto, esso deve essere già stato accettato come tale dai suoi destinatari. Nessuna delle due scelte può essere totalmente a discrezione della cultura giuridica, per le ragioni pragmatiche che

il diritto vigente è quello effettivo in una società, presentando questa non come una spiegazione della nozione di senso comune, ma come una esigenza dell'approccio e del metodo della giurisprudenza scientifica, di una giurisprudenza che su questa base, come ogni scienza, descriverebbe la realtà e quindi potrebbe fare a meno del senso comune.

Non c'è nulla di impossibile o contraddittorio in una giurisprudenza fondata davvero su un requisito di effettività⁷⁸. Tuttavia non c'è traccia di ricerche sulla effettività neppure come premessa delle descrizioni *tecniche* della giurisprudenza; non ce n'è traccia nella storia del diritto né negli studi di diritto: nessun giurista teorico o operatore del diritto sembra ritenere necessario o utile premettere ai propri studi o operazioni di diritto vigente alcuno studio o rilevazione sociologica o storica a proposito di questo presunto fatto fondativo del pensiero giuridico; e tanto meno ritiene utile riferirsi agli studi e ricerche di qualche altra disciplina in proposito, al contrario molti argomenti giuridici sono accompagnati, come si è detto, da una tacita ma decisa rivendicazione di autonomia⁷⁹. Non ci si rende forse conto di quanto sarebbe sconvolgente per le abitudini della giurisprudenza una vera e propria applicazione di una qualunque versione del principio di effettività alle fonti. Non si tratta infatti solo di vedere se il diritto le cui fonti consideriamo date sia o non sia effettivo, come se si trattasse di un grosso elefante, che c'è o non c'è. È quanto in verità sembra pensare lo stesso Hart, ma per far questo dobbiamo avere già individuato il diritto come entità unitaria in modo da poterlo sottoporre appunto al vaglio come unità: le difficoltà di questa posizione sono subito evidenziate se consideriamo invece la classica alternativa, la proposta giusrealista, di applicare il criterio di effettività ad ogni singola norma per vedere quanto essa è effettiva: ciò comporterebbe scomporre e ricomporre l'ordinamento giuridico sulla base dell'effettività eliminandone le singole norme non effettive ed aggiungendovi quelle effettive (non è chiaro cosa fare di tutti i casi intermedi). Il riferimento alla effettività normativa suona dunque plausibile solo finché viene lasciato indeterminato e inspiegato, cioè finché, senza rendersene conto, si mantengono intatte le sue caratteristiche di senso

ho indicato sopra nel testo, visto che esse valgono per il diritto internazionale come per i diritti statali. Tuttavia dirò sotto che una concezione idiosincratica del diritto può influenzare la cultura giuridica e alla fine anche il diritto ed esprimere diverse concezioni del ruolo del diritto internazionale: le scelte "politiche" di cui parla Kelsen a proposito della supremazia tra diritto internazionale e diritti statali possono plausibilmente essere fatte rientrare sotto questa voce. V. *infra* n. 142.

⁷⁸ In teoria del diritto c'è chi richiede la effettività degli ordinamenti giuridici in loro complesso e chi richiede la effettività di ogni singola norma o disposizione giuridica che valga la pena di prendere in considerazione. Alla prima posizione appartengono i giuspositivisti come Hart e Kelsen e Scarpelli. Alla seconda posizione appartengono giusrealisti come Olivecrona e A. Ross. Accennerò a queste posizioni parlando delle concezioni idiosincriche del diritto.

⁷⁹ Mi sembrano significative in proposito le considerazioni fatte da E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 379; Diciotti in questo punto sta considerando la interpretazione delle singole norme giuridiche (incluse quelle costituzionali), ma quello che dice vale ottimamente a descrivere l'atteggiamento dei giuristi quando individuano il diritto e le fonti del diritto.

comune e gli si presta la apparenza di un giudizio empirico sui fatti sociali; in tal modo esso sembra soddisfare allo stesso tempo l'intuizione di senso comune e il bisogno di un approccio scientifico al diritto vigente, visto che entrambi confluiscono nella esigenza che il diritto sia un fatto sociale collettivo. In realtà non solo il parametro della effettività non fa parte del senso comune che sta alla base della comune interazione giuridica, ma esso non è neppure usato dal pensiero tecnico della giurisprudenza come mezzo di individuazione dell'oggetto delle descrizioni tecniche del giurista. Il senso comune, come si è visto sopra, si basa sul presupposto che il diritto sia quello che tutti ritengono tale, e questo non comporta alcuna nozione e tanto meno accertamento di effettività, ma piuttosto la situazione normale che ci sia in circolazione un solo diritto⁸⁰.

Sostengo dunque che il discorso tecnico giurisprudenziale non è una scienza empirica di fatti sociali. Il pensiero tecnico indubbiamente va al di là del senso comune nel determinare i confini del diritto; ma questo non sostituisce la individuazione del diritto mediante il senso comune, bensì si basa su di essa. Della determinazione del diritto mediante le fonti parlerò nel prossimo paragrafo.

La teoria di Hart, la nota teoria della norma di riconoscimento, porta anche su questo punto alcuni utili elementi di chiarimento, sia pure con alcune lacune. Ancora una volta rinvio per qualche ulteriore considerazione al prossimo paragrafo; per l'istante mi limito a notare che la norma di riconoscimento di un diritto vigente ha una funzione bifronte nella teoria hartiana. Da una parte è ovviamente una norma giuridica, anzi una metanorma che serve a identificare le altre norme dell'ordinamento giuridico; possiamo considerarla come l'insieme delle fonti del diritto, ed esprime quindi il criterio di validità o appartenenza ad un ordinamento. Dall'altra, secondo Hart, deve essere effettiva, perché questo assicura l'ancoraggio della giurisprudenza nella pratica sociale del diritto. Secondo Hart, essendo il diritto una pratica sociale che consiste nella accettazione e uso delle norme sulle fonti da parte almeno dei funzionari, la norma di riconoscimento di ciascun diritto vigente è, tra le infinite possibili norme di riconoscimento, quella che viene di fatto usata almeno dai funzionari, e quindi riconosce un diritto che è effettivo almeno in questa misura, cioè nella testa dei funzionari⁸¹.

⁸⁰ Alcuni giuristi fanno riferimento specifico alla effettività e richiedono che il diritto (e gli altri giuristi) si occupino anche di norme prodotte da varie fonti consuetudinarie. Come si vedrà sotto, una attenzione selettiva per certi tipi di effettività è frequente nelle concezioni idiosincratiche di diritto che propongono di allargare il novero delle fonti del diritto, includendovi elementi consuetudinari e di diritto informale. Queste concezioni idiosincratiche presuppongono la identificazione del diritto di senso comune e vanno però considerate come il tentativo di modificarne i confini, cioè la lista delle fonti.

⁸¹ Le tesi hartiane sulla norma di riconoscimento sono formulate nel capitolo VI § 1 di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. Hart sostiene che la norma di riconoscimento solitamente non è dichiarata (*stated*) o espressa (*expressly formulated*). Vuol dire in realtà la cosa molto diversa che non è espresamente contenuta in una disposizione normativa giuridica ufficiale o canonica. Una tesi discutibile se intesa come tesi di teoria generale. A mio parere, essa si deve in parte alla natura non scritta delle norme sulle fonti nella costituzione britannica, ma ancor più al fatto che Hart non sempre traccia chiaramente la distinzione tra concetto di diritto e norma di riconoscimento.

Il problema a questo punto non è quello che sembra tormentare da sempre i giusnaturalisti e da ultimo anche R. Dworkin, che la norma di riconoscimento venga scelta in base al fatto bruto e brutale della effettività, cioè in base a un carattere moralmente discutibile, spesso identificata con la legge del più forte e che prescinde dalla bontà del diritto, dalla presenza dei valori o principi che dovrebbe incorporare per soddisfare esigenze etiche. A questo tipo di separazione, la separazione di principio tra etica e diritto, i giuristi sono ben abituati e mi pare vi siano rassegnati tutti i partecipanti alla pratica giuridica, pronti a riconoscere che il diritto non sempre è come dovrebbe essere. Le difficoltà sorgono quando, come Hart, cerchiamo di precisare di quale effettività si tratti.

Ho già detto che ritengo questa difficoltà insuperabile e che la giurisprudenza *non* si basi su alcun principio di effettività; peraltro ritengo anche che la teoria di Hart ci indichi la giusta direzione, purché la effettività di cui parla non venga presa troppo sul serio, ma piuttosto come un modo per dire che un diritto vigente deve essere per tutti, clerici e profani, un diritto che abbia un qualche grado di presenza sociale. Ma deve essere altresì chiaro che giuristi, giudici e gente comune partecipanti alla pratica giuridica non mostrano alcuna propensione ad accertare davvero il fatto fantasticamente complesso sul piano concettuale e empirico della effettività sociale di un diritto e di una norma di riconoscimento; né vengono mai scoperti a praticare quello che dovrebbe essere l'atto preliminare di ogni discorso giuridico, la misurazione della effettività complessiva o media della singole norme da essa riconosciute⁸².

Nella teoria di Hart peraltro si trova una indicazione utile per uscire dai patistici in cui ci pone la teoria dell'effettività presa troppo sul serio, la chiara affermazione di Hart che tale norma è una norma positiva. È una tesi importante, che si mette sulla giusta strada rispetto allo statuto ambiguo della norma fondamentale kelseniana, presentata invece come un principio di ragione⁸³. Con questa affermazione Hart pone le basi per una distinzione tra la norma di riconoscimento e il concetto di diritto da cui ha preso le mosse in parte l'analisi di queste pagine. Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, la norma di riconoscimento, la lista delle fonti, è in grado di determinare i confini del diritto, può determinare quali norme sono valide e in certi diritti può farlo con notevole precisione, ma per compiere questo lavoro deve essere stata essa stessa già individuata come "quella buona", da prendere come la base del diritto vigente. Il tentativo da parte di Hart di tenere conto delle fattezze del concetto di diritto

⁸² Affermano di essere di opinione diversa i teorici del diritto giusrealisti, che mirano a una trasformazione della giurisprudenza in una scienza empirica che descriva un diritto sociologicamente effettivo. Si tratta secondo me di un concetto di diritto idiosincratico (vedi *infra*) e non di senso comune. Anche la norma di riconoscimento in questa concezione diviene meramente induttiva, a rispecchiare le pratiche effettive. Il problema principale di questa teoria è il suo *coté* normativo, perché l'elenco delle fonti è usato nella pratica giuridica per decidere, non solo dalla scienza per descrivere (in proposito *infra*, par. 8).

⁸³ La versione classica di questa teoria nella Dottrina pura si trova nei *Lineamenti*, cit. Per una teoria più completa si veda la seconda edizione H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1966, spec. capitolo V 34.d.

del senso comune, da cui viene il titolo del suo famoso libro, è opportuno ma insufficiente: egli non dice nulla esplicitamente sulla distinzione tra il concetto di diritto e la norma di riconoscimento, che pure è implicita nella sua teoria; non distingue chiaramente tra identificazione dell'area giuridica e individuazione del singolo diritto vigente; e infine e soprattutto non riconosce la radicale differenza pragmatica tra i due discorsi a cui questi concetti ed operazioni appartengono: uno il discorso di senso comune nel cui ambito e nei cui termini avviene la identificazione/individuazione del diritto vigente e l'altro il discorso tecnico-giuridico che chiamerò di determinazione dei confini del diritto. Tornerò su questo punto più oltre anche commentando la nozione di giudice come pretesa nozione identificativa del diritto (il diritto è quello che fanno i giudici).

Sembra dunque che dobbiamo fondare la pratica e il pensiero giuridico su qualcosa di assai meno preciso e assai meno "scientifico" della effettività in qualunque senso determinato; se è vero che il senso comune considera come diritto vigente quello che è ritenuto tale dall'opinione collettiva e usato come tale nella pratica giuridica, questo comporta un qualche tipo di convergenza sociale dai margini assai sfumati e dal contenuto vago, piuttosto che una effettività empiricamente accertata e dai confini concettualmente ed empiricamente netti⁸⁴. Hart dice che tale fatto è l'accettazione, ebbene vediamo ora che questa accettazione può essere molto meno di una accettazione etica: è il fatto che tutti considerano un certo diritto come il diritto vigente, non necessariamente quello giusto; anzi questa posizione si può accompagnare con una viva disapprovazione, è del tutto normale e niente affatto "folle" trattare un diritto ritenuto ingiusto come diritto vigente a cui ribellarsi. Il diritto è, fumosamente, quello che la maggior parte dei membri di una società accettano come tale e ritengono tale e pertanto sulla cui base agiscono quando agiscono giuridicamente; se è anche un fatto empirico lo è come conseguenza di questo atteggiamento.

La giurisprudenza in qualche modo sa che il suo compito non è affatto di guidarci nella scelta tra alternative di diritto, ma di operare all'interno di un

⁸⁴ Hart dice molto chiaramente (contro i giusrealisti) che il diritto non deve essere composto solo da norme effettive, né chiede che sia ricomposto sommando solo le singole norme effettive ed eliminando tutte le singole norme desuete. Richiede una effettività complessiva (Hart usa il termine "efficacy"). Hart sostiene che un diritto è socialmente effettivo nel suo complesso e che le singole norme valide hanno una sorta di effettività vicaria o indiretta, siano esse singolarmente effettive o meno (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 100). **La norma non effettiva smette di essere una norma di quell'ordinamento giuridico solo se le fonti prevedono una "rule of obsolescence" cioè la desuetudine abrogativa.** Sono osservazioni condivisibili, ma vi si ignora il fatto che nessun giurista sembra curarsi di accertare quali norme sono effettive e tanto meno di operare un calcolo complessivo di effettività a livello di ordinamento complessivo. Non è neppure molto chiaro il perché il pensiero giuridico debba rispettare precisamente questi requisiti: secondo Hart nel caso di inefficacia di un ordinamento intero manca "the normal context or background" per applicare le norme dell'ordinamento e sarebbe "pointless" usarle. Tutto quanto ho detto in queste pagine è un tentativo di spiegare questo *normal background* e questa inutilità in modo un po' meno sommario, di rispondere alla domanda sul perché non riscrivere l'intero diritto (come vogliono i giusrealisti) tenendo conto solo di ciò che è effettivo. La risposta, sostengo, sta nella necessità di soddisfare il senso comune dei partecipanti al diritto, non in una nozione sociologica.

diritto dato, una volta che lo abbiamo scelto in base a criteri estranei al diritto e alla giurisprudenza.

Per questo ritengo che Hart sia, nella sostanza, sulla strada giusta quando sostiene che la norma di riconoscimento è una norma positiva che esiste come fatto sociale, come una pratica condivisa (anche) dai professionisti del diritto: ma in queste pagine ho sostenuto anche, a critica di Hart, che il criterio di identificazione del diritto non è la effettività sociale o storica della norma di riconoscimento, se con questo intendiamo il risultato di un accertamento della sua esistenza da parte dei giuristi e/o della gente comune. Tale accertamento semplicemente non ha mai luogo e quando avvenisse darebbe risultati probabilmente inaspettati e poco consoni alle abitudini concettuali della giurisprudenza: i giuristi dovrebbero accertare quali norme sulle fonti sono abbastanza effettive presso il pubblico e presso i tecnici del diritto e presso gli organi dello stato e i centri di potere; sia direttamente, nella testa di chi le usa per produrre diritto, sia tramite la effettività delle norme prodotte da tali fonti⁸⁵.

Va notato che una seria considerazione della effettività di quelle metanorme che sono le fonti, come norme che determinano quali sono le altre norme giuridiche, complica ulteriormente il già complesso calcolo della effettività complessiva di un enorme insieme di norme come è qualunque diritto, in quanto ci imporrebbe di confrontare tra loro i risultati che si ottengono procedendo, per così dire, sia dall'alto sia dal basso; perché la effettività di una metanorma sulle fonti è non solo diretta, in quanto viene impiegata più o meno effettivamente a produrre norme giuridiche, ma anche indiretta in quanto le norme prodotte e quelle prodotte da queste e così via sono a loro volta effettive o ineffettive. Occorrerebbe un algoritmo complesso per calcolare una effettività del genere.

Poiché il risultato sarebbe quantitativo (ciascuna norma sarà in genere più o meno effettiva) si dovrebbe formulare una soglia di effettività sotto la quale la norma non viene considerata ovvero elaborare un criterio di ponderazione⁸⁶

⁸⁵ Trattandosi di un accertamento di fatto non ci sarebbe comunque circolo vizioso, solo i consueti problemi che hanno luogo quando una comunità monitorizza le proprie opinioni e il risultato di tali operazioni, se reso noto nel corso dell'azione, è suscettibile di modificare il comportamento monitorizzato. Insomma un problema analogo a quello della rilevazione e comunicazione delle opzioni di voto (*opinion polls* ed *exit polls*) durante le elezioni.

⁸⁶ Per un simile calcolo della effettività si potrebbe applicare un algoritmo pesato; tanto per intenderci simile a quello usato nelle ricerche di Google per ponderare la rilevanza delle pagine ritrovate sul *web* mediante la ricerca di parole; le pagine più rilevanti vengono esposte per prime nella lista delle pagine mostrate ad ogni ricerca e l'algoritmo di ricerca produce automaticamente i risultati utili che tutti conoscono perché considera anche le connessioni, cioè i documenti collegati a ciascuna pagina dai *link* ipertestuali e il peso di ogni ramificazione dipende dal numero complessivo dei *link* derivati; in definitiva ogni pagina "pesa" non solo per l'apparizione della parola in essa ma per le citazioni che riceve da altre pagine in cui la parola ricorre e queste a loro volta ... Nel nostro caso si tratterebbe di rilevare la effettività complessiva (o media?) di ogni filone normativo allo scopo di valutare la effettività complessiva dell'ordinamento: il valore di effettività di ogni metanorma dipenderebbe oltre che dalla sua effettività diretta anche dalla somma della effettività dei rami normativi che ne dipendono. Menziono queste elucubrazioni (peraltro non ignote alla sociologia del diritto) solo perché sia evidente che esse in realtà non vengono mai fatte dai giuristi quando individuano il diritto.

o entrambi e in applicazione del risultato di tale ipotetico calcolo, si dovrebbe “ritagliare” l’ordinamento giuridico ri-componendolo poi dal basso sulla base dei risultati, ampliandolo o restringendolo sulla base dell’accertamento a posteriori della maggiore o minore effettività delle fonti. Non lo fanno mai, e, sia detto incidentalmente sul piano della metodologia prescrittiva, la complessità e opinabilità di questi calcoli fornisce una ragione per non farlo.

Quello che fanno, che viene considerato da alcuni teorici assai poco realisticamente come un calcolo di effettività, è smettere di considerare vigente un intero ordinamento quando viene “sostituito” da un altro in seguito a un rivolgimento giuridico radicale, quando avviene un mutamento illegale delle fonti che i teorici chiamano una rivoluzione giuridica. Nello stesso modo essi ignorano gli ordinamenti normativi che non hanno mai avuto nessuna rilevanza nella società come nel caso limite del matto di Pavia. Pertanto sostengo che la effettività sociale del diritto, lungi dal costituire un separato criterio di individuazione (tecnico) del diritto vigente a disposizione dei giuristi, è la *conseguenza* di qualcosa d’altro, del fatto che la giurisprudenza individua anch’essa il diritto vigente in base al senso comune e in modo atecnico, del fatto che l’intera pratica giuridica cerca il diritto vigente nelle opinioni diffuse e in questo modo realizza il fondamentale risultato di confluire nella *stessa* pratica dei profani.

A mio avviso dunque i giuristi moderni, contrariamente alle apparenze, *non* hanno una teoria scientifica e una tecnica autonoma per la individuazione del diritto, che permettano loro di identificare autonomamente prima il diritto in generale e poi individuare il diritto vigente. Semplicemente si servono per questo, come tutti gli altri, delle intuizioni opportunamente vaghe del senso comune, basate non sull’accertamento di una effettività, ma sulla condivisione di una pratica sociale.

Questa è la quarta tesi di questo saggio.

Questo modo di pensare e di agire funziona bene nelle situazioni sociali normali. Anche da parte dei clerici del diritto si assume dunque che il diritto sia quella cosa che viene comunemente considerata come tale: anche i giuristi tastano (a tentoni) i pezzi dell’elefante. La società moderna si aspetta poi dalla giurisprudenza notevole precisione, ma tale precisione non dipende dalla applicazione di un qualche criterio scientifico per individuare il diritto vigente, bensì dalle caratteristiche contingenti di alcuni diritti che instaurano un momento ulteriore che ho chiamato della determinazione del diritto: in tali società il senso comune si trova davanti dei diritti (vigenti) che per scelta politica si sono dati molta pena di determinare con relativa precisione i propri confini, producendo delle fonti del diritto relativamente esplicite, precise e coordinate.

In altre parole, il pensiero giuridico tecnico non è autonomo dal senso comune a livello della operazione di individuazione/identificazione del diritto e anch’esso si basa sul vaghissimo concetto ordinario di diritto e su un altrettanto vago criterio pure di senso comune a proposito della esistenza e inesistenza (individuazione) di ciascun diritto vigente; la relativa precisione con cui oggi certi

diritti sono in grado di tracciare i propri confini non deve mettere fuori strada, essa non deriva dall'uso di un concetto scientifico o tecnico di diritto, ma da una scelta politica contingente a favore di una maggior certezza incorporata nelle norme di certi diritti. Una significativa prova di questa tesi è che il metodo giuridico della giurisprudenza odierna, nonostante tutti i suoi mezzi tecnici, entra in crisi nelle stesse circostanze in cui va in crisi il senso comune, cioè quando bisogna scegliere tra più candidati di diritto vigente nelle condizioni patologiche in cui esiste in una società più di un candidato putativo. L'uso delle fonti (norma di riconoscimento) è possibile solo in una seconda fase, che presuppone logicamente che si sia già individuato nella società appunto il diritto vigente. Per questa ragione ho dovuto spezzare la nozione hartiana di "riconoscimento" del diritto in ben tre operazioni: identificazione dell'area della giuridicità, individuazione del diritto vigente e determinazione dei confini del diritto.

Come ho detto, il senso comune è in grado di fare il suo lavoro quando un diritto ce l'ha davanti; in senso metaforico naturalmente, cioè nei casi semplici perché normali, quando è ovvio a tutti, eccetto che ai folli, che c'è un solo diritto vigente, che tutti individuiamo come tale (individuare il diritto vigente non vuol dire necessariamente apprezzarlo e accettarlo). Ci sono invece situazioni in cui il concetto di diritto del senso comune (come si è visto un complesso piuttosto confuso di indizi e criteri) non ci porta ad individuare un unico "oggetto" cui possa essere dato questo nome e questo ruolo; in queste situazioni non si rinviene un diritto considerato diritto vigente da tutti, anche sui marciapiedi di una stazione. Ci troviamo di fronte a una situazione incerta o addirittura a più diritti rivali nell'area identificata come giuridica di quella società, non semplicemente al caso in cui il diritto vigente possa essere poco effettivo o poco apprezzato: allora è lo stesso meccanismo concettuale di individuazione ad andare in crisi e con essa la intera pratica giuridica. Esso va in crisi non solo per il profano e per il senso comune, ma anche per il pensiero tecnico che su di esso in effetti poggia. A differenza che nel caso del diritto del pazzo o del diritto palesemente defunto o del diritto di un'altra parte del mondo, in questi casi il senso comune non ha una risposta e non ha criteri di scelta. E *quindi* non li hanno neppure i tecnici del diritto. A riprova appunto del fatto che i tecnici non dispongono in tutti questi casi di altri e più perfezionati criteri di identificazione rispetto al senso comune. Tutte le norme sulle fonti di questo mondo non riusciranno mai a farci optare per uno o per l'altro diritto: per usarle dobbiamo avere già scelto. Coloro che hanno la sventura di vivere in simili tempi e luoghi "interessanti" sono abbandonati sia dal senso comune sia dalla tecnica giuridica e sono costretti a scegliere con altri criteri⁸⁷.

⁸⁷ Tradizionalmente tali scelte appartengono all'etica politica; compierle comporta attribuire a una persona, famiglia, clan, classe o categoria di persone, provvisoriamente o stabilmente, il diritto e il potere di governare gli altri. La forma classica di questa idea si trova nella nozione cinese di "mandato del cielo", che giustificava la permanenza o invece la sostituzione anche violenta di una dinastia imperiale. La forma di governo imperiale si dava per scontata, inalterabile, ma nella Cina imperiale un cambio di

5. Individuazione e determinazione del diritto

Dovrebbe essere ora più chiaro perché la individuazione del diritto vigente non è un problema su cui i giuristi spendono molte energie. Se ci mettessimo sul terreno della metodologia prescrittiva, il tentativo di analisi descrittiva compiuto nelle pagine precedenti offrirebbe vari argomenti per giustificare tale omissione. Invece sul terreno della descrizione del metodo giuridico come viene oggi attualmente praticato si può dire che il compito non spetta ai giuristi. Talora si trova, è vero, all'inizio di un manuale di una materia giuridica qualche considerazione generale sul diritto, ma è palese che si tratta di argomenti messi lì più che altro per mostrare che l'autore trascura questi temi per scelta e non per ignoranza.

Ciò che accade nelle situazioni normali è che anche i giuristi usano il senso comune per identificare approssimativamente ciascun diritto vigente; questo una volta individuato si auto-delimita più o meno nettamente nella misura in cui contiene delle fonti del diritto, che stabiliscono la appartenenza o meno della singola norma al singolo diritto. Anche parlare di appartenenza beninteso è una metafora presa dal mondo materiale, in cui una parte appartiene al tutto con cui ha legami materiali di vario tipo. Ma il diritto non è un oggetto materiale: come ho detto non è una sorta di Monte Bianco invisibile che possa essere indicato col dito, ma non è neppure una sorta di rinoceronte invisibile, una entità che ha dei confini naturali nella sua epidermide corazzata. In questo caso, appartenenza di una norma a un diritto è una metafora per una astrazione abbastanza complicata, secondo cui chi accetta di operare mediante quel diritto (ordinamento giuridico) deve logicamente accettare di operare anche mediante la singola norma che "appartiene" a quel diritto, a pena di essere incoerente, perché accettare un insieme di norme *vuol dire* accettare tutte e ciascuna di queste norme.

Chiamerò *determinazione* del diritto questo processo di delimitazione dei confini del diritto operata dalla giurisprudenza; essa oggi è compiuto prevalentemente utilizzando le fonti del diritto, cioè norme giuridiche che dicono quali sono le norme giuridiche e normalmente, essendo l'ordinamento dinamico, contengono anche regole per produrne di nuove.

Se rivolgiamo per un momento l'attenzione ad alcuni dei casi più noti di mutamenti giuridici radicali nella storia moderna, come le due grandi rivoluzioni della fine del Settecento, o quelli a noi più prossimi prodotti in Europa dalle guerre mondiali del Novecento, oppure se guardiamo a qualcuno dei più recenti

dinastia poteva tuttavia implicare un cambiamento profondo nella forma di governo e nella organizzazione dell'impero. L'idea che vi sta dietro, che il sovrano sia il mediatore tra cielo e terra è universalmente presente nella storia umana, è la versione primitiva e mitica del problema della legittimazione politica. I sintomi del permanere del mandato del cielo erano, in Cina come altrove, la tranquillità non solo sociale ma anche naturale; il sovrano garantiva i legami che legano gli uomini tra loro e alla natura. Per questo era una affermazione politica dire che "gli spiriti delle colline e dei fiumi erano tranquilli; e gli uccelli e gli animali, pesci e tartarughe tutti godevano della loro esistenza secondo la loro natura". Il *Shu Jing* il *Classico della Storia* da cui è presa questa citazione appare indubbiamente più attento al problema della fondazione del potere che non la maggior parte dei giuristi contemporanei.

cataclismi politici e giuridici che avvengono ad ogni rivoluzione, colpo di stato, secessione o invasione, vediamo che la giurisprudenza come tale non ci propone *mai* argomenti utili a scegliere o identificare il diritto vigente, se è questione della scelta tra più candidati ad essere considerati tali. O il diritto è palesemente uno solo e allora il giurista non ha problemi a individuarlo come non ne hanno tutti gli altri (salvo i pazzi alla stazione); o c'è da scegliere e allora il giurista sceglie in base agli argomenti che usano tutti gli altri, argomenti non giuridici ma etico-politici o di interesse o emotivi o filosofici o altro ancora⁸⁸.

Solo quando la situazione sociale è normale dal punto di vista del diritto, nel senso che il senso comune si trova davanti un solo diritto vigente, la giurisprudenza può iniziare a compiere il suo lavoro, che richiede, tra l'altro, una più precisa determinazione dei confini di tale diritto, la capacità di dire con una relativa certezza se una norma appartiene a tale diritto o meno. Per far questo la giurisprudenza moderna si serve delle fonti giuridiche, che Hart riassume nella nozione teorica di norma di riconoscimento (di ciascun diritto vigente). La norma di riconoscimento così individuata è diversa in ogni situazione, anche se ordinamenti simili possono avere norme di riconoscimento simili; come concetto teorico generale essa descrive una complessa operazione caratteristica dell'operare del pensiero e linguaggio tecnico-giuridico odierno, richiede la presenza di clerici appositamente addestrati ed è il prodotto di un bisogno di certezza nella identificazione delle singole fonti assai maggiore di quello che potrebbe essere ottenuto con mezzi linguistici e concettuali non professionali.

Hanno quindi ragione per metà i giuristi quando sostengono o implicano che il fondamento della conoscenza del diritto fornita dalla giurisprudenza è il diritto stesso. La giurisprudenza è una scienza sussidiaria a una pratica sociale, una pratica che il senso comune chiama diritto e che si colloca in una zona costante nella società, la coazione organizzata da norme.

La distinzione tra i due momenti, di senso comune e tecnico, è beninteso assai meno netta e significativa in qualunque diritto che non abbia sviluppato il sufficiente tecnicismo e non contenga un distinto elenco di fonti normative sulla produzione e la validità delle altre norme, contenute a loro volta in o almeno chiaramente ricavabili da norme sufficientemente determinate e discriminanti, come può accadere, ad esempio, quando l'elenco delle autorità con poteri di normazione giuridica non sia chiaramente determinato o la gerarchia dei poteri normativi non sia abbastanza chiara. Bisogna aggiungere che quanto ho appena detto è certamente viziato da etnocentrismo, come lo è del resto tutta la teoria del diritto che fa da sfondo a queste pagine. Bisognerebbe dire che sono i diritti del mondo occidentale contemporaneo a distinguersi per il notevole grado di precisazione e giuridicizzazione delle fonti, previste in modalità determinate e contenute in disposizioni giuridiche, da cui è risultato un notevole aumento di

⁸⁸ La storia, anche la storia italiana recente, mostra naturalmente che la giurisprudenza funziona anche in situazioni di guerra civile, purché ci siano più diritti rivali sufficientemente consolidati. Lo fa prendendo posizione a favore dell'uno o dell'altro in base a considerazioni non giuridiche.

controllo del diritto stesso sui confini dell'ordinamento giuridico, cioè nella risposta alla domanda se una norma fa parte del diritto: per questo diciamo talora che nel nostro mondo il diritto viene dalle regole e non le regole dal diritto⁸⁹. In tutti gli altri casi deve essere chiaro che parlare di norma di riconoscimento rischia di essere ingannevole, se suggerisce un grado di determinatezza che non è nelle cose. Comunque il caso centrale di esistenza di una norma di riconoscimento si ha quando il diritto in questione contiene fonti che derivano tutte da una unica meta-fonte unificante, per esempio una procedura/autorità suprema che contiene/individua/produce testi normativi riconosciuti come espressioni norme giuridiche e contiene dei criteri per comporre i conflitti tra fonti, di solito una gerarchia tra i criteri e talora anche una corte per dirimere i conflitti. Ma la storia del diritto mostra in realtà quanto sia contrastato e variegato il processo di riduzione a relativa unità e coerenza dell'insieme delle fonti anche se consideriamo solo il mondo occidentale e la cultura di origine europea⁹⁰.

Il riconoscimento del diritto da parte dei giuristi richiede in realtà *due* operazioni distinte in successione logica, che ho chiamato individuazione e determinazione del diritto, e alla complessità quantitativa si aggiunge il fatto che si tratta di operazioni di tipo diverso perché appartengono ciascuna a un diverso ambiente semiotico-pragmatico, uno tecnico e uno non tecnico. La individuazione del diritto da parte del senso comune come si è visto, opera a sua volta attraverso una operazione concettuale articolata in due momenti necessari anche se spesso impliciti, la identificazione del diritto in generale e la individuazione del diritto vigente. Ad essa si aggiunge ora la determinazione del diritto ovvero delimitazione dei suoi confini operata dal pensiero giuridico tecnico. Questa è la tesi complessiva proposta nelle pagine precedenti a correzione della teoria hartiana del riconoscimento del diritto vigente: per descrivere realisticamente l'operare del metodo giuridico, il riconoscimento va scomposto in una serie di operazioni intellettuali che riguardano due contesti pragmatici e due tipologie

⁸⁹ Per aver rigettato questa tesi (che è insieme di metodologia descrittiva e prescrittiva) R. Dworkin è stato anche accusato, non a torto, di essere un pre-benthamita (da N. MACCORMICK, *Dworkin as Pre-Benthamite*, in M. Cohen (a cura di), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman and Allanheld, Totowa, 1983), cioè di ignorare la distinzione tra il diritto come è e come dovrebbe essere, tra descrizione del diritto e politica del diritto. Le considerazioni di queste pagine suggeriscono che questo ritorno al passato giuridico avviene tramite la proposta, descrizione o nostalgia di una situazione in cui un diritto non ha/non deve avere un elenco definito di fonti, ovvero in cui questo elenco è aperto, ovvero le fonti stesse sono indeterminate nelle modalità di operare.

⁹⁰ L'idea di una fonte delle fonti che ordini tutte le norme sulla produzione giuridica in un insieme gerarchico è una tipica idea razionalistica e illuministica. Forse connessa con l'obbiettivo politico di unificazione antif feudale come perseguito delle monarchie assolute europee e rafforzato dall'idea di ingegneria costituzionale razionale inaugurata dalla rivoluzione americana e poi francese e dalla presenza di documenti costituzionali autoritativi e poi di costituzioni rigide. Come un esempio tipico di situazione assai meno ordinata si può considerare la situazione del diritto in Germania almeno fino al 1870, in cui a una molteplicità di "stati" si univa una uniformità giuridica assicurata dal diritto romano. Raccontata in D. WILLOWEIT, *The Holy Roman Empire as a Legal System*, in A. Padoa-Schioppa (ed.), *The Origins of the Modern State in Europe. 13th to 18th Centuries*, Clarendon Press, Oxford, 1997. Queste vicende hanno avuto enorme influenza sul pensiero giuridico.

di agenti decisamente distinti. La distinzione e il collegamento tra essi non sono accidentali ma fanno del diritto e della pratica giuridica quello che sono. Il fatto che alcuni critici della nozione di norma di riconoscimento o della norma fondamentale kelseniana sostengano che non c'è reale unità di fonti neppure nei diritti europei contemporanei⁹¹, mi pare, rafforza la mia tesi, che bisogna distinguere la determinazione dei confini del diritto dalla individuazione del diritto vigente. Per sostenere che un diritto vigente abbia o non abbia fonti unitarie bisogna averlo già individuato in altro modo. Spero che a questo punto tutto ciò non sembri troppo lambiccato; la mia giustificazione è che il diritto è davvero una complessa danza sociale, caratterizzato com'è dalla interazione tra professionisti e non professionisti, dall'uso di senso comune e tecnicismi, il tutto tenuto insieme in modo quasi paradossale, perché tutti sanno qual è il diritto vigente, e nello stesso tempo nessuno, salvo i giuristi, sa cos'è il diritto vigente⁹².

In altri scritti ho cercato di spiegare in che senso un linguaggio tecnico è tecnico⁹³. Sollevando il problema se il linguaggio giuridico sia ordinario o tecnico sono consapevole di mettere il piede in un vespaio di problemi. Il mio contributo si focalizza sul seguente punto: che tecnico non può voler dire solo "difficile", come può essere un linguaggio che contiene parole "difficili", che non tutti conoscono e il cui uso deve essere appreso con appositi studi. Quello della difficoltà è un indizio significativo, ma non può essere la base della distinzione, se vogliamo che sia utile all'analisi dei linguaggi. Che un linguaggio sia

⁹¹ Per un acuto esame critico della "unità" delle fonti nel diritto d'oggi si può iniziare da F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, Enciclopedia del diritto, I agg., Giuffrè, Milano, 1997, p. 561 ss. che contiene anche intelligenti note e utile bibliografia di attacco.

⁹² Una simile distinzione, quella tra visione interna ed esterna del diritto, è fatta abitualmente dalla sociologia del diritto. Per esempio da L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975), trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 371-2. Friedman parla di cultura giuridica interna ed esterna. L'espressione cultura giuridica esterna non è, ai miei occhi, interamente felice, trattandosi in questo caso principalmente di senso comune piuttosto che di cultura in senso proprio (coltivata, studiata e appresa) come è invece per la cultura giuridica interna.

⁹³ Si veda: M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 123; ID., *Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto*, in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 520 ss.; ID., *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 377 ss.

La caratteristica pragmatica complessiva di un linguaggio (uso linguaggio a comprendere lingue e discorsi), che si forma e mantiene come strumento ed è quindi determinato dalla sua funzionalità a determinati scopi o funzioni, comporta che in esso il rapporto lingua/discorsi sia invertito rispetto al linguaggio ordinario; nel senso che la lingua naturale è determinata dai suoi discorsi (cioè dalla pratica dell'uso della lingua), mentre per i linguaggi tecnici la lingua determina e controlla i discorsi. Il linguaggio giuridico è in realtà un caso intermedio tra linguaggio naturale e linguaggio tecnico, ma certamente è anche legato a filo doppio al senso comune e alla lingua naturale. Per questa ragione ho creato per esso la categoria del *linguaggio amministrato*, fatto e manipolato per essere gestito da autorità. Su questo punto non posso qui speculare. La duplice natura della individuazione e determinazione del diritto, in quanto compiuta da persone comuni e clerici, mi pare comunque che rafforzi la teoria del linguaggio amministrato.

tecnico vuol dire che è fatto e mantenuto per essere lo strumento di un compito specifico, vuol dire quindi un linguaggio che contiene regole su cosa dire oltre che come dire, a differenza della lingua naturale, fatta per poter dire ogni cosa e il suo contrario. Questo vuol dire che la natura tecnica di un linguaggio tecnico discende dalla sua pragmatica e non si può ridurre meramente ad aspetti della sua semantica e sintassi; tra l'altro, essendo il linguaggio giuridico moderno sul piano meramente lessicale composto di un lessico in parte ordinario e in parte costruito o ricostruito. L'usare parole difficili e "artificiali" sarà solo una conseguenza eventuale non necessaria di tale strumentalità.

Ebbene, la strumentalità del linguaggio giuridico vuol dire che esso va considerato uno strumento linguistico per esercitare la funzione normativa in un quadro di autorità e di coazione. Per dirla in breve è fatto in modo da poter eventualmente essere usato in tribunale e da poter offrire una guida alla soluzione delle questioni in situazioni di acuto conflitto⁹⁴. Tutti gli aspetti del linguaggio giuridico, prima di tutto quello del legislatore, sono determinati da questo orizzonte di applicazione anche se, come nota Hart, solo una parte minima delle faccende giuridiche finisce in tribunale. Anche la necessità di delimitare e determinare con tollerabile precisione il campo di ogni diritto è funzionale a questo uso. E questo secondo me è anche il più significativo legame tra giudici e identificazione del diritto.

Ho sostenuto che i criteri usati per individuare il diritto vigente, che appartengono primariamente, lo ripeto, al senso comune, vengono tacitamente usati anche dalla giurisprudenza⁹⁵. Per questa ragione dobbiamo tenere distinta la individuazione dalla determinazione del diritto. A riprova della loro differenza la prima, come molte operazioni concettuali del senso comune, sarà compiuta per lo più in forma tacita, la seconda, il ragionamento dalle fonti, in forma esplicita. Nella prima operazione la giurisprudenza si serve necessariamente di criteri esterni al diritto vigente, perché non potrebbero individuare il diritto vigente se

⁹⁴ Questa tesi, non meno importante per essere ovvia, non poteva sfuggire alla riflessione giuridica. Una "concezione processuale del diritto" è presente in ogni teoria del diritto degna del nome, ma assume particolare elaborazione e rilievo, ad esempio, nel giusrealismo scandinavo; e anche in Italia nelle riflessioni di illustri giuristi come Chiovenda, Satta e Calamandrei, Carnelutti e di filosofi del diritto come Capograssi e Opocher. Questa osservazione è di F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, Cedam, 1991, p. 5.

⁹⁵ Quando la matricola di giurisprudenza inizia il corso di studi, in cattedra c'è un professore (nel nostro paese è spesso di diritto privato) che gli dice di comperare certi testi, un manuale, un codice e di studiare quelli perché quello è il diritto. Non dice la ragione per cui quello è diritto (italiano contemporaneo), non dice perché ciò di cui si occupano questi testi sia il diritto privato vigente piuttosto che il *Corpus Iuris*, o l'Editto di Rotari, o i Cinque Libri di Confucio o il *Code Napoléon*. E non lo dice neppure il professore di diritto costituzionale che può individuare nella Costituzione la fonte delle fonti, ma non dice perché proprio la Costituzione italiana del 1948 vada presa in considerazione; si limita a darlo per scontato. Beninteso, questo atteggiamento acritico quanto ai fondamenti è tanto inevitabile quanto opportuno nella didattica istituzionale ed esiste in tutte le discipline. Per molti praticanti anche professionali di qualunque disciplina giuridica non si va mai al di là dell'accettazione acritica di questo modo di procedere all'individuazione del diritto.

ne fossero parte. Inoltre il pensiero tecnico giuridico in questo concorda con il senso comune dei profani (salvo quanto dirò a proposito delle concezioni idiosincratiche del diritto) e se così non fosse la pratica giuridica non sarebbe quella che è, cioè una esperienza condivisa da tutte le persone normali in una società normale; tanto condivisa che, come si è visto, addirittura è un test di sanità di mente. Invece, per rispondere alla domanda *qual è il diritto*, per determinare i confini del diritto, è necessario possedere conoscenze specializzate. Il tecnico del diritto guarda allo spazio sociale molto approssimativamente individuato dal concetto di diritto, cioè dal senso comune e vi trova appunto un diritto che può tracciare i suoi propri confini, mediante quei criteri normativi (fonti) che si imparano studiando quel diritto. Né possiamo evitare il complicato procedimento mentale che ho descritto nelle pagine precedenti e considerare “diritto italiano” come un nome proprio che identifica un individuo del genere diritto. In realtà quello di cui disponiamo non è un nome proprio ma un criterio di individuazione che funziona in modo intuitivo, perché appartiene al senso comune, da non confondere con le sue fonti, riassumibili più o meno coerentemente in una norma di riconoscimento, che appartiene indubbiamente al pensiero tecnico-giuridico.

Lo studio, descrizione o conoscenza tecnica da parte della giurisprudenza dei diritti vigenti dunque non inizia con una indagine di individuazione del diritto, si limita a darla per scontata, e ha il suo punto di inizio logico nello studio e applicazione di una lista più o meno unitaria e coerente di fonti del diritto, per esempio in una costituzione, quando esiste, che presuppone naturalmente che il diritto vigente da considerare sia già stato individuato. Ricordo che l'analisi di queste pagine va intesa come una ricostruzione di metodologia descrittiva (meta-giurisprudenza descrittiva) che cerca di spiegare quanto abitualmente fanno i giuristi.

Come ho ripetuto più volte, perché la giurisprudenza possa compiere le sue funzioni dobbiamo già aver scelto, per concorde conclusione del senso comune, dove guardare per cercare le fonti, le metanorme o norme sulle norme, quelle che Kelsen chiama la norma fondamentale e Hart chiama la norma di riconoscimento. La teoria delle fonti dunque *presuppone* un criterio di individuazione esterno al diritto in questione, 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.

La Costituzione della Repubblica italiana ci può dire insomma come riconoscere il resto del diritto italiano vigente, determina i confini del diritto italiano, ma questo non sarà di nessuna utilità se siamo ancora incerti se servirci per questa operazione della Costituzione stessa piuttosto che dello Statuto albertino. È vero che allegate alle norme giuridiche troviamo talora delle formule di rito⁹⁶, che spesso contengono anche rivendicazioni di vigenza o richieste di

⁹⁶ Come esempio nostrano si veda Il Decreto Legislativo Presidenziale n. 1 del 19 giugno 1946,

applicazione; diciture del genere si trovano per esempio nelle intestazioni delle leggi. Tipicamente contengono dei riferimenti geografici: per esempio la dicitura “Repubblica italiana” è implicitamente anche una rivendicazione di vigenza adesso nel paese noto con questo nome⁹⁷. Sfortunatamente, per chi non crede nel valore magico delle parole, esse da sole sono solo parole che chiunque può scrivere o pronunciare, come si è visto anche un pazzo e certamente un sovrano spogliato della sovranità; tanto è vero che le intestazioni continuano a leggersi anche quando tutti considerano quel diritto come estinto. Un tempo le intestazioni delle disposizioni giuridiche contenevano i titoli altisonanti del loro “autore”, e questi titoli erano altrettante implicite o esplicite rivendicazioni di autorità giuridica: ad esempio “... per grazia di Dio Imperatrice d’Austria” voleva dire chiaramente “qui il diritto lo faccio io”⁹⁸ (salvo il piccolo problema di sapere cosa si intendesse con ‘Austria’ e quindi con qui). Come dire: ecco la garanzia che quello che segue è davvero diritto vigente. Sventuratamente le formule sono sempre esposte alla risposta: lo dici tu, pazzo o usurpatore o sovrano auto-illuso di un regno inesistente. Alcune di queste formule notoriamente sono dei veri reperti archeologici di realtà politiche e sociali estinte da secoli (famoso è il titolo di Re/Regina di Francia portato dai monarchi inglesi dalla guerra dei 100 anni fino al 1800). Alla fine a sostenere il tutto non è la formula altisonante ma l’adesione ottenuta e la capacità di sanzionare chi non vi ottempera.

Nel diritto contemporaneo in genere le intestazioni delle norme si limitano a riprodurre la formula della promulgazione che si riferisce alle autorità compe-

Nuove formule per l’emanazione dei decreti ed altre disposizioni conseguenti alla mutata forma istituzionale dello Stato, in cui si modificano le intestazioni di vari atti giuridici dalla loro forma monarchica a quella repubblicana. Ho analizzato la nozione di formula come criterio di validità o tecnica formalistica di produzione normativa in M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980. Oggi normalmente il requisito delle formule si accompagna a requisiti procedurali e di autorità come avviene nella legislazione o nella giurisdizione italiana. Il ruolo delle formule è solitamente secondario e serve a marcare con particolare evidenza l’evento procedurale o l’esercizio della autorità giuridica.

⁹⁷ Non sono mai riferimenti puramente geografici, ma riferimenti alla entità storico politico e giuridica che è un paese dotato di un diritto autonomo. Possiamo aggiungere che la ripartizione geografica tra i diritti è in genere più ordinata di quella temporale, che non traspare nelle formule, probabilmente perché chi ha il potere accetta di solito la coesistenza geografica di altri diritti ma non gradisce ricordare che sono tutti provvisori. Comunque, ambedue sono riconosciute dal diritto internazionale e in qualche modo regolate da trattati e consuetudini, i quali perlopiù si basano su una generica effettività abbondantemente condita di considerazioni di politica internazionale. Che il diritto internazionale posseda o meno un criterio giuridico per regolare la successione e il coordinamento tra gli stati non vuol dire però che il pensiero giuridico posseda con questo un criterio di esistenza e sussistenza del diritto. Per potersi servire del diritto internazionale per questo scopo, bisogna prima individuarlo come diritto internazionale vigente, e il problema si ripropone.

⁹⁸ In capo al codice civile vigente: “Vittorio Emanuele III, per grazia di Dio e per volontà della Nazione Re d’Italia Visti i Regi decreti [...] Vista la legge [...] Udito il Consiglio dei Ministri; Sulla proposta del Nostro Guardasigilli, Ministro segretario di Stato per la grazia e la giustizia; Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue: 1. È approvato il testo del Codice civile ...”. Nelle edizioni repubblicane (per esempio la edizione curata da Conso e di Majò per Giuffrè nel 1987) talora pudicamente si omette il nome di Vittorio Emanuele III e la rivendicazione della doppia origine della sua autorità giuridica (la grazia di Dio e la volontà della Nazione).

tenti, senza le componenti più altisonanti e le rivendicazioni più impegnative. In altre parole le formule odierne espellono anche dalle intestazioni le formule giustificatorie e rendono maggiormente palese la circolarità di una giustificazione giuridica della autorità giuridica: le norme sono prodotte da quelle autorità giuridiche e le autorità sono fondate su quelle norme. Da un punto di vista puramente scritturale, non c'è infatti differenza tra il diritto vigente, l'ordinamento del folle o comunque immaginario e l'ordinamento di un regime spodestato che ha perso da tempo effettività nel "suo" paese; tutte le relative norme sono pienamente leggibili come tali, compresi i titoli delle relative autorità. Per trovare la differenza, come ho continuato a ripetere, dobbiamo guardare queste norme dall'esterno⁹⁹, e dobbiamo disporre di un criterio di valutazione esterno non-giuridico della vigenza del diritto.

Mi si potrebbe controbattere che queste sono tipiche follie da filosofo, a loro modo non meno folli di chi crede di essere Napoleone. Tutti sanno che il Re d'Egitto o l'imperatore dei Francesi non "ci sono più", come pure i relativi diritti¹⁰⁰. Ma questo "tutti sanno" è appunto il risultato dell'operare del senso comune che ho cercato di dissezionare sopra.

È vero che nelle discussioni della filosofia politica e giuridica sul metodo giuridico è comune la proposta di principi o criteri extragiuridici che distinguano il diritto vigente dal diritto non vigente in piena indipendenza dal senso comune: tra le alternative più frequenti già menzionate sono la giustizia del diritto in questione o la sua effettività, complessivamente calcolate, precisate e qualificate in vari modi. Il problema è che i giuristi di oggi non sembrano usare nessuno di questi criteri. Né nei saggi degli studiosi di diritto, né nelle sentenze delle corti, troviamo considerazioni sulla giustizia o sulla effettività complessiva delle norme avanzate a giustificare la selezione di un diritto come diritto vigente. Non troviamo neppure *indagini* su quali concetti di giustizia o effettività impiegare e su come applicarli alle diverse realtà sociali e storiche¹⁰¹. Individuare quale sia il

⁹⁹ Intendo in questo senso la nota distinzione hartiana tra punto di vista interno ed esterno, cui ho già accennato sopra. Ma non ho usato questa parte della terminologia hartiana, enormemente discussa, per non aggiungere una ulteriore complessità.

¹⁰⁰ Come è ovvio, c'è una notevole differenza anche di contenuto tra il diritto di un regime spodestato e il diritto del folle, anche se ho scelto di sottolineare le somiglianze. La differenza deriva dal fatto che il folle è solo, mentre il regime spodestato o rivoluzionario comprende un gruppo di credenti. Pertanto non si tratta ovviamente di follia, ma di una posizione politica collettiva a favore di un diritto non più vigente. Un governo in esilio inoltre può approfittare della ricchezza e delle articolazioni del diritto un tempo vigente. Il folle normalmente si accontenterà di sostituirsi alla testa di qualche istituzione, autonominandosi appunto imperatore (o capostazione). La lettura delle pittoresche cronache delle corti in esilio mi suggerisce che un simile diritto può avvicinarsi gradatamente alla follia quando non ha più neppure abbastanza seguaci per coprire le posizioni di autorità suprema o per compiere le procedure principali. Un tempo si diceva che la fine di ogni pretesa ha luogo quando il sovrano in esilio non ha più neppure il personale per coprire le funzioni di corte. Il luogo letterario per eccellenza di questa situazione è la tragedia shakespeareana del *Re Lear*.

¹⁰¹ A dire il vero, 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 per scegliere quale sia il diritto vigente. La Corte

diritto vigente non sembra evidentemente necessario ai giuristi moderni.

La mia tesi è che i giuristi non hanno bisogno di metodi tecnici per individuare quale sia il diritto nel loro paese e nel loro tempo perché lo individuano in modo del tutto soddisfacente usando il senso comune, proprio come tutti gli altri. In altre parole, se lo “vedono” davanti in tutta la sua approssimazione, come tutti gli altri. Naturalmente nella loro vita professionale hanno molte più occasioni degli altri di incontrare le spie sociali del diritto vigente. Ma rimane fondamentalmente appropriata anche nel loro caso la metafora dei ciechi e dell’elefante. Infatti nessuno, neppure i tecnici del diritto, vede o percepisce il diritto intero, ma ciascuno ne vede gli indizi, i pezzi sparsi, quelli più vicini alla sua esperienza, che vengono poi composti dalla cultura giuridica in una visione collettiva, naturalmente virtuale.

Se fino a questo punto il giurista e il senso comune operano sostanzialmente nello stesso modo, tuttavia dove il cittadino comune si ferma, il giurista inizia il suo lavoro tecnico o professionale, inizia a studiare e a operare da giurista, determinando la rete di norme collegate che costituiscono un ordinamento giuridico moderno e tra l’altro si auto-identificano. Per questo è importante la osservazione di Hart che la norma di riconoscimento è una norma giuridica positiva, anche se questo non vuol dire che sia il prodotto di una autorità o sia formulata in una disposizione giuridica unitaria. Può essere contenuta in una serie di disposizioni che la dottrina giuridica deve faticosamente raccogliere, sintetizzare e interpretare o anche può essere una serie di norme consuetudinarie, come avviene notoriamente per le consuetudini costituzionali britanniche.

Viene qui utile ricordare oltre alla metafora dell’elefante, quella del treno, o meglio del prendere il treno come pratica sociale. Il cittadino vede la sagoma del treno nei suoi aspetti periferici esterni e facilmente riconoscibili, impara a riconoscere il treno e quindi anche a comprendere e praticare perfettamente l’attività di prendere il treno; essa include anche la comprensione della importante attività di *perdere* il treno. Ma l’ingegnere e il meccanico pur vedendo lo stesso treno, guardano oltre, nei meccanismi che lo fanno viaggiare e lo tengono insieme. Così i giuristi per il diritto.

Questa dipendenza dal senso comune, tanto comune da divenire invisibile, non è un difetto della “scienza giuridica” ma è una cosa necessaria, vista la natura del diritto come impresa collettiva, se si vuole che il diritto dei tecnici mantenga una relazione con il diritto della gente. Questa esigenza distingue nettamente l’impresa giuridica dalle scienze della natura e dalle scienze in generale.

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. In questo modo la Corte risponde positivamente alla questione se il referendum sia stato legale in base al diritto monarchico fino a quel momento vigente, ma evita con cura la doppia questione se e perché il diritto monarchico sia vigente (prima) e se e perché lo sia (dopo) quello repubblicano. Non le considera evidentemente questioni su cui si possa pronunciare una corte di giustizia, conformemente alla tesi sostenuta in queste pagine.

Il diritto infatti è una impresa collettiva a cui partecipano non solo i giuristi ma tutti gli altri. Se il pensiero tecnico giuridico andasse in una direzione esoterica e totalmente diversa dal senso comune, se i due momenti del pensiero giuridico prendessero strade divergenti, l'intera impresa come noi la conosciamo rischierebbe di crollare¹⁰² e con essa la società, i giuristi diverrebbero esiliati interni nel loro proprio paese e i cittadini non potrebbero più essere informati sugli intricati funzionamenti del "loro" diritto e aiutati nelle relative operazioni.

Non è dunque casuale che cittadino e giurista usino entrambi il concetto ordinario di diritto, lo stesso concetto approssimativo e apparentemente del tutto insoddisfacente. Se pure vogliamo continuare a chiamare concetto un insieme così informe di significati, criteri, nozioni, atteggiamenti, ma concetto nel senso essenziale che capiamo tutti qualcosa nello stesso modo. Il diritto è non solo un concetto ordinario che funziona finché è più o meno condiviso, ma è anche alla base di una impresa comune e collettiva, di una attività che porta questo nome e che esiste e ha un senso finché esiste in una società come impresa condivisa. Con questo, ripeto, non voglio affatto dire che il diritto sia tale solo se accettato da tutti. Hart ha attirato molte critiche con il suo requisito della accettazione del diritto; e distinguendo tra una accettazione da parte dei funzionari¹⁰³ e invece del pubblico. Qualcuno parlò di una deriva morale altri di una deriva sociologica del giuspositivismo hartiano, qualcun altro lo lodò per il suo realismo. È chiaro dalle (scarne) risposte di Hart ai suoi critici che per lui accettazione era qualcosa di assai meno pregnante che non una adesione morale, consapevole o complessiva che fosse. Ebbene, come ho già detto, l'idea di Hart può essere resa convincente rilevando che alla base del diritto vigente in una società c'è in primo luogo la propensione di tutti, giuristi e non giuristi, a vedere il diritto nella stessa area di fenomeni sociali, quella della sanzione organizzata da norme, in secondo luogo a considerare come diritto in vigore quello in circolazione nella società e questo è il punto di vista interno per la popolazione in generale (quelli che non sono "matti"). Salvo che poi i giuristi, in quella area indicata dalla nozione di diritto vigente del senso comune, trovano nelle società moderne normali le norme di riconoscimento che effettivamente ci sono, trovano nella realtà dei comportamenti collettivi le fonti che individuano il diritto e lo circoscrivono con ben maggior precisione di quanto non fa il senso comune; e questo è il punto di vista interno degli *officers* hartiani¹⁰⁴. Il senso comune sa che il matto alla

¹⁰² In realtà questa concordanza è approssimativa. Le società tollerano, hanno tollerato, notevolissime tensioni e stratificazioni ed è sufficiente che una ideologia dominante sia condivisa da una agguerrita minoranza; soprattutto la idea di dove risieda il potere legittimo. Mi viene in mente, poiché ne sto leggendo mentre scrivo queste righe, il Messico nei tre secoli prima di Cortes, dominato dalla odiatissima minoranza Mexico (passati alla storia come Atzechi), e nei venti primi anni dopo la Conquista, dominato da una ancora più sparuta e non meno odiata minoranza spagnola, ciascuna minoranza fortemente sostenuta da una fortissima idea della propria legittimità.

¹⁰³ *Officers*, funzionari/pubblici ufficiali è una parola che in questo caso sarei dunque tentato di trasfigurare in "giuristi".

¹⁰⁴ Ho trattato più ampiamente altrove (M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè,

stazione non è capostazione; ma solo il giurista specialista del ramo può sapere con precisione cosa fa di qualcuno un capostazione ed è quindi capace di mettere insieme gli argomenti del ricorso al TAR di un sotto-capostazione che non ha ottenuto la promozione sperata.

Il pensiero tecnico giuridico non ha neppure bisogno di rendersi conto della propria dipendenza dal senso comune: finché il possibile diritto è uno solo i risultati di senso comune e lingua ordinaria appaiono come ovvi e non problematici, cosicché appaiono folli quelli che non ne tengono conto. La identificazione del diritto mediante il concetto di senso comune entra tuttavia in crisi quando le circostanze non sono normali, per esempio quando la società civile si frattura e ci sono più candidati ugualmente possibili per il senso comune. Quello che Hart, con la consueta acutezza, ha chiamato una situazione patologica¹⁰⁵. Essa appare patologica appunto al normale senso comune applicato al diritto. Deve essere chiaro peraltro che quello che i giuristi, e tutti gli altri, vedono quando cercano il diritto non è un oggetto naturale visibile, ma un insieme di pratiche che appare “normale” agli occhi del senso comune e del linguaggio comune, e che è forgiato e mantenuto dalla utilità sociale della impresa giuridica. In termini analitici la mia tesi è dunque che dobbiamo distinguere assai più nettamente di quanto non faccia Hart tra le due fasi della individuazione di un diritto vigente, e della sua determinazione che consiste nel tracciamento dei suoi confini mediante il meccanismo tecnico delle fonti¹⁰⁶. La seconda fase rimane complessa e difficile, i giuristi lo sanno bene, anche se la norma di riconoscimento può essere riassunta in semplici formule come quella usata da Hart per il suo Paese, il diritto è ciò che dice esserlo ‘*The Queen in Parliament*’, dove la parte non tradotta è da intendere come l’abbreviazione o l’etichetta apposta su una complessa formula normativa regolante l’operato di certe autorità secondo certe procedure. Si noti tuttavia che la formula non dice nulla di quale regina e di quale parlamento si tratti, come si faccia a individuarli. Il tutto presuppone una prima fase, affidata non a un fantomatico accertamento di una non meglio definita effettività, ma al senso comune. Questa fase sarà pure immediata e intuitiva ma è pur sempre un processo complesso. Come si è visto il senso comune dice due cose: che tipo di fenomeni identificare come diritto in generale e quali tra questi individuare come diritto vigente nella nostra società. Se il risultato immediato di questa prima fase non è un unico candidato, allora sono guai, vuol dire che quella società è in profonda crisi; i cittadini, giuristi o non giuristi, identificheranno diversi diritti o nessuno, dovranno scegliere, sempre in base a criteri esterni al diritto

Milano, 1976) il problema se questo fissarsi sul diritto vigente comporti una compromissione politica. Il punto di vista interno è certamente compatibile con la opposizione etico-politica totale o parziale al diritto vigente.

¹⁰⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., Cap. VI § 3.

¹⁰⁶ Frederick Schauer, commentando il funzionamento della norma di riconoscimento, chiama il risultato, ciò che troviamo “*limited domain of law*” e parla di confini (*boundaries*): F. SCHAUER, *The Limited Domain of Law*, cit., pp. 1909-56. Opportunamente Schauer ricorda che per questo atteggiamento si può usare il termine formalismo.

positivo, siano ragioni etico-politiche o di interesse; appoggiando uno di due governi rivali o magari una secessione o una occupazione; in altri casi, di anarchia e di disintegrazione sociale, invece di due candidati diritti vigenti non ce ne sarà nessuno o molti e la scelta tra loro sarà interamente politica. Nelle situazioni normali, guardando nella zona sociale dove si cerca il diritto, una seconda fase si svolge all'insegna del pensiero tecnico giuridico e al suo interno e troverà una norma di riconoscimento o comunque un insieme di fonti che determinano il diritto in base a criteri interni a un diritto dato, determinerà tecnicamente i confini del diritto stesso, dirà se una singola norma è o meno una norma giuridica valida in quel momento e luogo. Dunque cos'è il diritto, qual è il diritto vigente, qual è il diritto valido. Le prime due operazioni appartengono alla fase pre-tecnica; l'ultima operazione appartiene alla fase tecnica del pensiero giuridico.

Ecco perché i giuristi non compiono ricerche tecniche su qual è il diritto vigente. Ecco perché la gente comune sa qual è il diritto vigente e nello stesso tempo non sa quasi niente del diritto vigente.

Effettività, coattività, istituzionalità, normatività sono tutte nozioni o elementi presenti in modo innominato nella definizione comune del concetto di diritto. Questi elementi non sono espressamente presenti nelle operazioni del senso comune e comunque siano intesi non sono dotati di confini o margini netti. Se il senso comune avesse davvero bisogno di accertarli non funzionerebbero più. Invece il senso comune ci dice che il diritto vigente qui ed ora è qualcosa *grosso modo* effettivo socialmente, è qualcosa *grosso modo* fatto di prescrizioni *grosso modo* sostenute dalla forza prevalente in una società e dalla costrizione organizzate. La forza prevalente ha ovviamente un legame con le consuetudini, nel senso che costringere la gente ad ignorare le proprie consuetudini comporta un considerevole uso della coazione e rischia la ineffettività. Come tutti i concetti ordinari anche quello di diritto ha margini sfumati (vaghezza) ed elementi interni di incertezza (struttura aperta), funziona nelle situazioni normali, funziona dove non ci sono contestazioni o rivali quanto alla applicazione delle parole usate, e tutti sono abbastanza d'accordo. Funziona dove non ha bisogno di precisazioni.

Si noti la distinzione tra questo tipo di discorsi e il frequente discorso sulla effettività come fonte del diritto. Si asserisce allora l'esistenza di un fenomeno, spesso un fenomeno normativo perché produttivo di norme sociali effettive, come se questo fosse un argomento necessario o sufficiente per accogliere una norma in un ordinamento giuridico (per esempio di questi tempi è frequente tra i giuristi parlare in questi termini di *lex mercatoria*). Si dimentica che come sillogismo normativo questo ragionamento appare valido solo se vi si aggiunge la opportuna premessa maggiore normativa, in questo caso una metanorma che imponga di riconoscere sempre le norme effettive, cioè una fonte che richiede il riconoscimento della consuetudine. Se tale norma è nelle fonti del diritto in questione, magari implicitamente, allora tutto torna. Il problema è che in molti diritti moderni non c'è una norma del genere. Il suo inserimento costituisce eser-

cizio surrettizio di potere legislativo, anzi costituzionale. Non voglio chiedermi qui se una simile operazione sia da fare o da non fare. Noto però che l'analisi non solo mostra che c'è un problema nella struttura del nostro ragionamento ma anche che c'è un salto pragmatico, tra un discorso sulla diffusione sociale del diritto nelle modalità opportunamente approssimative del senso comune e un discorso tecnico sul contenuto delle fonti del diritto. L'uno non segue dall'altro, non si tratta solo dell'aggiunta di ulteriori argomenti ma di uno spostamento pragmatico dal senso comune alla giurisprudenza, dalla individuazione alla determinazione del diritto.

Attribuisco dunque anche un valore pratico e operativo, terapeutico nel senso classico della filosofia analitica, alla distinzione propugnata in queste pagine a scopo descrittivo tra il momento del concetto di diritto e il momento delle fonti del diritto.

Il senso comune ci dice in quale "zona" della realtà sociale guardare per trovare il diritto e il diritto vigente, e lì troviamo in tutte le società non primitive una realtà complessa la cui descrizione dettagliata va del tutto al di là del senso comune. Nella nostra società i giuristi trovano norme di riconoscimento, ordinamenti giuridici, fonti del diritto che auto-identificano e auto-circoscrivono quel diritto con maggior precisione. Le trovano naturalmente perché ci sono. La precisione è maneggiabile solo dai giuristi. Mentre tutti sanno cosa è il diritto (italiano) e soprattutto sanno cosa non è, evidentemente non tutti sanno quali siano le fonti del diritto e non sanno quale è la loro eventuale gerarchia e come funziona la legislazione, cosa deve succedere quando una norma diviene desueta e così via.

Questo procedimento in due fasi di identificazione/determinazione del diritto spiega alcuni apparenti paradossi su cui la teoria del diritto si tormenta: per esempio la generica effettività che il senso comune richiede sempre quando si parla di diritto vigente di contro alla effettività sociale delle norme che diviene un requisito solo eventualmente richiesto da certe fonti del diritto o da certo pensiero tecnico-giuridico.

Nella "zona giuridica" poi si trova un apparato di poliziotti, giudici, esperti di diritto, comandi (i testi?), scritture, uniformi, cartelli stradali, carceri, tribunali, legislatori. Sono tutti "indizi visibili" della esistenza di un diritto. Il giurista anch'egli come tutti fa riferimento al senso comune, guarda in quella direzione e trova il diritto vigente, un insieme che ai suoi occhi professionali si auto-precisa con proprie autodeterminazioni, divenendo qualcosa che qualcuno 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 coordinate che tracciano i confini dell'insieme di cui fanno parte in modo assai più preciso e dettagliato che non il senso comune. Per andare oltre il senso comune, che per definizione appartiene a tutti, il giurista deve studiare il diritto vigente che gli altri si limitano per lo più a guardare dall'esterno. Il senso comune gli dice che il diritto italiano vigente va ricercato in direzione di norme abbastanza condivise e 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 espresamente, appartiene ai fenomeni sociali collettivi in atto, non alla dimensione dei ricordi storici né delle opinioni o delle fantasie individuali. 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 la tesi di Kelsen). Nel settore della vita sociale, in tal modo identificato approssimativamente dal senso comune, il giurista troverà di solito non norme sparse ma un ordinamento, una costituzione che indica modalità di produzione e criteri di validità tra loro coordinati, cioè una norma di riconoscimento (è la tesi di Hart). Tutti questi concetti e parole chiariscono l'operare del senso comune ma appartengono alla teoria del diritto o alla dogmatica giuridica, non al senso comune, il quale opera senza analizzare e senza spiegare. Vorrei ripetere ancora una volta che questa divaricazione costituisce un elemento di conferma della teoria duale qui proposta, 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.

Questa è dunque la quinta e ultima tesi generale di questo scritto.

Questa tesi, la presenza di un concetto di senso comune alle radici del pensiero giuridico spiega anche l'illusione della naturalezza del concetto di diritto. Il concetto ordinario di diritto non è specchio della natura o delle essenze, ma abitudine sociale, è la abitudine appresa insieme alla lingua ad usare un concetto intrinsecamente impreciso. Nel concetto impreciso troviamo i connotati che ho sopra descritto come effettività, coattività, normatività, istituzionalità e che troviamo esposti in forma più elaborata nelle definizioni filosofiche di diritto attraverso l'uso di questi o altri termini. Possiamo togliere o aggiungere qualcuno di questi concetti senza troppi inconvenienti, come spesso accade nella teoria del diritto, dal momento che essi indicano fenomeni connessi e sovrapposti a seconda della loro definizione, togliendone uno il prodotto non cambia: la organizzazione e la normatività per esempio indicano presumibilmente facce della stessa medaglia, come mostra la polemica tra istituzionalismo e normativismo. Istituzione ed effettività possono essere ugualmente distinti o meno. Molte delle discussioni teoriche sulla corretta mistura degli elementi costitutivi del diritto sono in realtà altra cosa: sono la proposta di concezioni idiosincratiche del diritto, di cui parlerò nel paragrafo successivo. Il senso comune ci si impone come punto di partenza anche del pensiero giuridico, non possiamo ignorarlo senza apparire incomprensibili o folli.

Prima di passare al punto successivo è necessario chiarire che, dal mio punto di vista, con queste considerazioni non pretendo affatto di *prescrivere* che queste modalità di pensiero siano buone o da mantenere, e in particolare che sia bene tenersi al concetto di senso comune. Mi limito a mostrare che tutto questo ha un senso e una funzione, che costituiscono l'ossatura di una pratica sociale importante, possa questa parere accettabile o meno. Un lavoro di metodologia

descrittiva come questo cerca di ricostruire il modo in cui funziona di fatto la pratica giuridica. Se inevitabilmente anche la metodologia descrittiva parla di regole, si tratta di regole di una pratica esistente, necessarie per ricostruire o spiegare il modo in cui il pensiero e l'agire giuridico di fatto funzionano, non per presentare un modello prescrittivo di discorso (giuridico), una metodologia prescrittiva che risponda a criteri epistemologici o metafisici da imporre o sostituire alla pratica esistente o portare a conferma di essa. Una impresa, quella della prescrizione metodologica, del tutto legittima, purché compiuta come tale, ma diversa da quella della ricostruzione.

6. *Concezioni dei giuristi e principali varianti giurisprudenziali*

L'immagine che ho presentato finora, del processo di identificazione e determinazione del diritto da parte di giuristi e non giuristi, è un'immagine già anche troppo complessa e complicata; ma ancora volutamente incompleta. La riassumo un'ennesima volta: il giurista tratta il diritto come un oggetto individuale (per esempio: il diritto italiano); in realtà il diritto non è un oggetto materiale e 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 diritto e uno solo e, in questo diritto, i giuristi potranno determinare un complesso di fonti del diritto e uno solo; nel mondo moderno il giurista potrà trovare addirittura un complesso 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 del senso comune; descrivendo così il diritto e operando in base ad esso con quella 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 che per i tecnici del diritto, esclusivamente tramite un senso comune interamente innocente di teorie e ideologie; che i non tecnici si rivolgano senza pregiudizi alla pratica collettiva del diritto; e soprattutto che i giuristi, una volta identificata l'area del diritto e individuato il diritto vigente mediante il concetto approssimativo di senso comune, si abbandonino interamente ai criteri interni che essi rinvencono nella realtà giuridica, si affidino "*perinde ac cadaver*" alle fonti del diritto vigente che si trovano davanti, almeno nella misura in cui queste sono determinate o determinabili. Si tratta di una semplificazione opportuna, purché si sia consapevoli che è tale: il quadro semplificato è utile alla comprensione delle strutture fondamentali e minimali della pratica giuridica. Esso peraltro corrisponde a una ideologia diffusa e influente tra i giuristi stessi, che talora viene anche chiamata giuspositivismo usando il termine in modo molto

generico e più spesso viene indicata con frasi del tipo “accostamento al diritto da giurista positivo”.

Ho sostenuto sopra che il problema dell’individuazione del diritto (positivo) viene abitualmente risolto con un ricorso al senso comune anche dai giuristi, i quali in tal modo, sotto la pressione delle esigenze di una pratica sociale di primaria importanza, possono trattare questo riconoscimento complesso di fatti immateriali *come se* fosse la percezione o indicazione di un oggetto materiale. Non lo è, naturalmente, e ho cercato con varie metafore e molte ripetizioni di combattere questa metafora radicata, usando le metafore terapeutiche dei ciechi e dell’elefante e della locomotiva e il caso simile ma diverso della pratica del saluto per dare una idea dei procedimenti mentali con cui si arriva a risultati analoghi ad una impossibile indicazione materiale. Nelle situazioni normali i giuristi, come tutti gli altri, si trovano quindi un solo diritto, per così dire, davanti agli occhi; la fondazione della pratica è immediata, anche se la sua spiegazione è complicata. Talora la pratica cessa di funzionare per il venir meno dei suoi *normali* presupposti sociali e il problema diviene irrisolvibile con i criteri normali nei casi di guerra civile, secessione, conquista o altra grave “patologia” sociale. In questi casi il senso comune non funziona più, non sappiamo più cosa è “legale” e cosa non lo è, e diviene necessario scegliere tra diritti alternativi e concorrenti in base ad altri criteri, non più ovvi ma controversi e problematici.

Non è tuttavia necessario che scoppi una guerra civile perché vengano in gioco concetti di diritto diversi da quello vaghissimo del senso comune.

Ci sono nella discussione filosofica sul diritto molti tentativi di definire “meglio” il diritto, di andare oltre il senso comune o in direzione diversa da esso.

Tutte queste ridefinizioni beninteso sono costrette a tenere in qualche conto la coestensionalità di cui si è parlato¹⁰⁷. Per dirla alla buona, qualunque definizione che non voglia dare una impressione di assurdo deve riferirsi più o meno alla stessa “cosa”, ciò che è stato descritto nelle pagine precedenti come il diritto del senso comune; ma molte sottolineeranno caratteri o elementi diversi. Si tratterà pur sempre di muoversi nell’area della coazione organizzata, di regole in senso vago effettive e rispettando in qualche misura le norme di riconoscimento che si trovano in questa area, vagamente determinata, della società. Cioè in breve rispettando in qualche misura il diritto vigente come identificato e individuato dal senso comune. Vorrei ricordare che nei paragrafi precedenti ho detto che neppure il matto alla stazione può permettersi di identificare il diritto in modo del tutto divergente dal senso comune, a pena di non sembrare più solamente folle ma di essere incomprensibile. È giunto ora il momento di chiedersi quale

¹⁰⁷ Se non tenessero conto del senso comune, finirebbero con il parlare d’altro e per ottenere un effetto paradossale (con un percettibile sapore di follia) come è ben illustrato dal raccontino di Humpty Dumpty, personaggio di una filastrocca vittoriana reso famosissimo tra gli analitici per la sua comparsa in LEWIS CARROLL, *Through the Looking-Glass and What Alice Found There*, McLoughlin Brothers, New York, 1971, p. 68, dove Humpty Dumpty fa la figura dell’estremo soggettivista in semantica. Come tale è molto citato anche nella letteratura giudiziaria statunitense.

influenza abbiano sulla pratica giuridica professionale e sulla giurisprudenza i concetti di diritto diversi da quello informale, ma necessario, del senso comune. O per dirla più brevemente, di chiedersi se e come i pregiudizi dei giuristi possano influenzare la loro visione del diritto.

La immagine semplificata tracciata sopra suppone una giurisprudenza interamente passiva rispetto al diritto di cui si occupa. Secondo questa immagine semplificata, la determinazione del diritto si limita alla applicazione delle fonti, dei criteri di autodeterminazione contenuti nel diritto vigente¹⁰⁸. L'immagine descrittiva semplificata corrisponde a un assai diffuso modello prescrittivo di giurisprudenza ideale caratterizzato dall'obbiettivo della maggior passività possibile a livello di applicazione da parte dell'interprete e applicatore, salvo forse il residuo spazio di libertà dell'interprete noto come discrezionalità. Questo modello ha certamente i suoi pregi sul piano della metodologia prescrittiva, sul terreno propositivo della politica del diritto e della valutazione di come il diritto dovrebbe essere; esso naturalmente favorisce il potere del legislatore, nella misura in cui presuppone che il legislatore solamente sia legittimato a compiere le più importanti scelte di politica del diritto. Per quanto molti giuristi mostrino una tendenza a ritrovarsi in questo ideale, esso è tuttavia assai problematico come modello descrittivo di quello che essi effettivamente fanno, perché anche i giuristi sono abbondantemente influenzati nella loro attività tecnica da concezioni etiche o metafisiche, nonché da interessi propri e altrui, in altre parole non sono operatori passivi e riproduttori pedissequi delle scelte incorporate nel diritto (nella misura in cui possono essere accertate). Per lo più, è vero, le loro idee e i loro interessi sono sparpagliati e incoerenti e comunque giudici e avvocati, operatori del diritto manifestano una forte tendenza a scegliere *ad hoc* quelle idee e concezioni che fanno loro più comodo in una determinata circostanza. Ma nella misura in cui delle idee esterne al diritto ispirano l'approccio dei giuristi e possono essere riportate a una qualche unità, almeno per qualche giurista particolarmente riflessivo, si può parlare di presenza di concetti o concezioni¹⁰⁹ di diritto più o meno idiosincratici¹¹⁰ che possono influenzare la vita del diritto e

¹⁰⁸ A questa immagine semplificata si potrebbe forse aggiungere anche il riconoscimento della discrezionalità al livello della applicazione, che il diritto può ridurre ma non mai eliminare, lasciando così uno spazio di indeterminatezza alle norme e alla conseguente discrezionalità dei giuristi in sede di applicazione. Questo punto però non è ovvio e vi tornerò *infra*, vedi n. 158.

¹⁰⁹ Secondo la abituale distinzione tra concetti e concezioni; il cui uso più noto è in J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised edition, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1999 dove il concetto è il nucleo duro e il comun minimo denominatore di una famiglia di concezioni di quel concetto, ciascuna caratterizzata da alcuni elementi variabili. Rawls peraltro riconosce il proprio debito verso Hart per questa distinzione. Anche R. Dworkin discute ampiamente questa distinzione e il collegato concetto di *essentially contested concept* per esempio in R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard UP, Harvard, 1988, nel momento di introdurre quella che egli sostiene essere la diversa (e niente affatto chiara) nozione di *interpretive concepts*.

¹¹⁰ Per indicare il concetto precisato nel testo ricavo il termine dalla discussione anglosassone sul diritto, dove è usato per indicare appunto concezioni private del diritto, spesso per criticare i giudici che si distaccherebbero dal rispetto della *rule of law*. Mentre scrivo questa nota, per esempio, leggo sul

il modo in cui le fonti positive e le varie singole norme sono viste e interpretate dai singoli giuristi. Per quanto di minoranza, per quanto i giuristi che sviluppano concezioni compiute di diritto siano una sparuta minoranza dei più riflessivi nel gran mare dei praticanti, queste posizioni possono avere notevole influenza sulla cultura e sulla vita giuridica.

Un esempio da manuale anche se oggi decisamente minoritario tra i giuristi è la teoria classica del diritto naturale che considera non-diritto il diritto positivo quando esso non corrisponde a un modello di diritto chiamato diritto naturale. Questa concezione richiede che si consideri non-diritto qualcosa che evidentemente si è appena considerato diritto e anche diritto vigente, altrimenti il problema non sorgerebbe. In una visione complessa e stratificata del concetto di diritto, come esposta in queste pagine, non è poi così insensato qualificare il diritto contrario a certi principi morali come diritto-non-diritto. È solo detto in modo poco chiaro. La concezione giusnaturalistica è allora intesa in un senso molto ristretto e come un modo per dimostrare una radicale disapprovazione etica verso ciò che il senso comune considera come diritto e diritto vigente (un giusnaturalista potrebbe a ragione argomentare che questo è un senso troppo ristretto che rende il giusnaturalismo un bersaglio troppo facile)¹¹¹. Talora ma non sempre accompagnando la disapprovazione con una ingiunzione alla disobbedienza. Tipico oggetto di queste critiche è un diritto sostenuto dal potere e dalla forza coattiva dominante in una società, classicamente il diritto del tiranno. La teoria del diritto naturale trova posto nello schema proposto, è un quarto momento in un ragionamento di cui fin qui sono stati analizzati tre momenti, e precisamente la identificazione dell'area giuridica cioè del diritto in generale da parte del senso comune, la individuazione del diritto vigente sempre da parte del senso comune e la sua determinazione cioè la applicazione delle regole delle fonti da parte del pensiero tecnico giuridico, a cui si aggiunge adesso, per il giusnaturalista del nostro esempio, l'uso di un concetto idiosincratico di diritto che porta a concludere che una fonte, confrontata con il modello di diritto naturale, produce una norma irrimediabilmente ingiusta a cui si nega il *nomen iuris* e verso cui forse si rifiuta ogni dovere di obbedienza o si impone un dovere di disobbedienza.

Wall Street Journal l'articolo di D.L. Schaefer: *When It Comes to Judges, 'Pragmatic' Means Unprincipled. How the president reasons that disregarding the rule of law can be a virtue*, WSJ 9/5/2009, p. A13. L'articolo conclude, a proposito delle presunte idee del presidente Obama per la scelta dei giudici: "The price of what Mr. Obama calls judicial pragmatism or empathy is a willingness to disregard the rule of law, the democratic process, and the Constitutional text in favor of judges' own idiosyncratic notions of fairness."; si noti che l'autore, un professore di filosofia politica, non fa distinzione tra idee idiosincratice "pragmatiche" cioè occasionali e scelte a seconda dell'interesse del momento e invece una concezione idiosincratice ma unitaria del diritto (per esempio quella di R. Dworkin).

¹¹¹ Queste considerazioni non valgono quando il diritto naturale (con riferimento a un'etica determinata) è considerato da tutti e dalle fonti giuridiche stesse, come una fonte del diritto; così avveniva in Europa almeno fino alla Rivoluzione francese. In tal caso il suo ruolo era quello di una fonte giuridica sovraordinata non troppo dissimile dai nostri principi costituzionali.

È stato detto che la teoria del diritto naturale è fuorviante, perché è molto più chiaro e semplice dire che qualcosa è diritto, ma irrimediabilmente ingiusto, piuttosto che dire che il diritto ingiusto non è diritto. Può darsi, ma è certo un modo efficace per cortocircuitare le derive etiche conformiste sia del senso comune sia del pensiero tecnico giuridico¹¹². In ogni modo, la apparente incoerenza o infelicità di questa formulazione svanisce considerando che ci troviamo di fronte a meccanismi mentali che funzionano in fasi pragmaticamente distinte della pratica giuridica. In questo caso alle fonti identificate in base al senso comune e alla norma di riconoscimento (il diritto prodotto dal potere, il *mazalim*¹¹³) si sovrappone un criterio giusnaturalistico, un concetto di diritto idiosincratico che propone fonti alternative sovraordinate alle altre menzionate nei singoli diritti e filtra o “legge” le fonti in base a criteri che non sono per definizione quelli contenuti in quel diritto. Del tutto al di fuori di questa analisi di metodologia descrittiva resta come è ovvio la questione decisiva della dimostrazione che il diritto naturale proposto è davvero oggettivamente tale.

Tra i giuristi di cultura europea, a mio parere, si trova raramente un atteggiamento così esplicitamente interventista, di esplicita correzione *negativa* delle fonti del diritto, tramite un concetto di diritto che identifichi come tale solo il diritto giusto, ovvero escluda quelle parti del diritto che vengono considerate ingiuste, cioè che la giustizia delle norme venga considerata condizione necessaria di vigenza¹¹⁴. Oggi mi pare che sul terreno della giustizia siano più frequenti correzioni *incrementali*, cioè l’aggiunta di fonti non esplicitamente considerate dal complesso delle fonti, per esempio la prassi o la consuetudine. Ed è facile trovare teorie di individuazione del diritto intese e presentate come *completamento* o interpretazione di ciò che non è stato detto e disposto esplicitamente, cioè concetti di diritto che operano nei margini di incertezza delle fonti. In que-

¹¹² Si potrebbe anche dire che la terminologia giusnaturalistica classica mostra un certo feticismo nominalistico, come se chiamare qualcosa diritto lo rendesse vincolante e fosse necessario o sufficiente combattere questa conclusione negando il *nomen juris*. La sostanza della conclusione giusnaturalistica, secondo l’illuminato giudizio di Bobbio, non sta in questo aspetto nominalistico ma nell’oggettivismo del giudizio di giustizia, che secondo il giusnaturalista sarebbe basato sulla natura. Secondo questa tesi il nocciolo del giudizio giusnaturalistico può essere espresso dicendo che un certo (aspetto del) diritto è ingiusto per natura e quindi non va obbedito.

¹¹³ Nel mondo islamico classico è il diritto “politico” proveniente dal sovrano e applicato dai suoi giudici o funzionari. Per una introduzione su questo punto rinvio il lettore alla seguente recensione molto esplicita nonché al libro ivi recensito, C.F. PETRY, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, Vol. 30, No. 3., 1987, pp. 333-335, Recensione a: Jørgen S. Nielsen, *Secular Justice in an Islamic State; Mazālim under the Bahrī Mamlūks 662/1264-789/1387*,

<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-4995%281987%2930%3A3<333%3ASJJAIS>2.0.CO%3B2-J>

¹¹⁴ Si tratta comunque di mie impressioni soggettive, in mancanza di non facili ricerche empiriche sugli atteggiamenti espliciti e impliciti dei giuristi. A mio parere è ancor meno frequente che la giustizia venga considerata condizione necessaria e sufficiente, perché questo equivale a sostenere che il diritto vigente coincide con l’etica. Secondo l’analisi sviluppata nel testo, è chiaro comunque che il giusnaturalismo è interessato alla vigenza e non alla giuridicità delle norme, essendo interessato a proclamare la non vigenza o vigenza di norme che rientrano comunque pacificamente nell’ambito del giuridico. Una linea di pensiero di cui non intendo occuparmi in queste pagine.

sto caso la correzione non è presentata come tale ma come più puntuale applicazione della norma di riconoscimento¹¹⁵.

Simili operazioni di “ritocco” delle fonti hanno maggiore possibilità di influenza quando fanno riferimento a idee e concezioni del diritto già diffuse nella cultura giuridica. A mio parere, tutti gli interventi di questo tipo più rilevanti nel nostro mondo giuridico possono essere utilmente classificati come richieste specifiche di maggiore giustizia o di maggiore effettività o un misto di entrambe. Inoltre una concezione del diritto idiosincratica di solito verrà presentata come una migliore interpretazione delle fonti e/o come una spiegazione di quello che i giuristi già fanno, piuttosto che come una innovazione metodologica. Non è facilissimo applicare queste sottili distinzioni a teorie che le ignorano, anzi che impiegano considerevoli energie ad evitare di farsene irretire: stiamo prescrivendo ai giuristi dei concetti che migliorano il diritto vigente? Oppure che consentono loro di comprenderlo meglio? Stiamo dicendo forse che i giuristi già si comportano in questo modo, ne siano consapevoli o meno? R. Dworkin per esempio, sostiene che tutto il diritto o almeno quello angloamericano odierno è ispirato al super-principio della “pari dignità e rispetto”. Una delle critiche che egli rivolge al giuspositivismo nella versione hartiana è appunto di ignorare il ruolo che questo valore svolgerebbe nella operazione che io chiamo determinazione del diritto; per questo egli ribattezza la teoria hartiana e ogni teoria giuspositivista, teoria del diritto come fatto. Egli esige invece che il diritto sia fin dall’inizio “letto” dalla giurisprudenza attraverso la lente di questo valore che è insieme etico e giuridico. Certamente la posizione dworkiniana non è compatibile con nessuna delle distinzioni tracciate in queste pagine, in particolare tra individuazione e determinazione del diritto.

La posizione di R. Dworkin è di descrizione o di prescrizione metodologica? Egli si libera risolutamente di tutte queste difficoltà sostenendo che in materia metodologica la distinzione tra prescrivere e descrivere è priva di senso: immagino che l’autore avrà formulato questa tesi con immenso sollievo, sentendosi da

¹¹⁵ In base a quanto ho sostenuto nel testo, nulla osta che dei principi morali (giustizia, carità, solidarietà, utilità, rispetto di diritti e simili) siano presenti tra i criteri di determinazione dei confini del diritto. È la tesi che nella discussione anglosassone post-hartiana è presentata di solito come “giuspositivismo inclusivo” secondo cui tali principi sono in tal caso *contingentemente* parte di una norma di riconoscimento, cioè delle fonti e quindi di un determinato diritto vigente. In altre parole se si ammette che essa rappresenti le caratteristiche di alcuni diritti solamente. Questa visione potrebbe essere facilmente applicata, ad esempio, per ogni ordinamento che riconosca il valore di un diritto naturale come fonte giuridica. Si può plausibilmente sostenere che, per esempio, sia di questo tipo ogni ordinamento musulmano basato sul riconoscimento della c.d. *sharia* (Šarīah). È plausibile anche quando riferita a ordinamenti dotati di una Costituzione rigida e/o Carta dei diritti che facciano riferimento a valori. Quello che a me pare estremamente difficile sostenere sul piano descrittivo è che *specifici* principi etici o morali siano alla base di *ogni* diritto, salvo riferirsi a principi così vaghi da avere scarso significato.

Altra cosa, come vedremo nel prossimo paragrafo, sono le componenti etiche che vengono considerate una parte dei concetti o concezioni di diritto, usate per individuare il diritto da particolari idiosincratiche concezioni del diritto. In tal caso la loro presenza non è necessariamente ricavata dalla descrizione del diritto, ma è un presupposto di tale descrizione.

quel momento autorizzato a propugnare ogni atteggiamento metodologico che gli sembrasse opportuno¹¹⁶.

Le fonti del diritto, anche se esplicitate in testi giuridici normativi, non potranno fare a meno di lasciare qualche zona di incertezza su cosa sia o meno parte del diritto. Anche in un diritto contemporaneo a costituzione rigida gestita da una corte costituzionale ed a struttura ordinamentale, cioè con gradi gerarchici di normatività, rimangono zone oscure o grigie, in cui sono parzialmente incerti i confini tra poteri e i rapporti tra le norme che ne derivano o che li instaurano. Quanto importanti siano queste zone dipende dal diritto in questione e dalla sua capacità di risolvere in anticipo tali incertezze e dall'atteggiamento e operato dei suoi organi. L'indeterminatezza sulle fonti, a mio avviso, non è l'eccezione ma riguarda la vita normale e quotidiana di ogni diritto. Ci sono indubbiamente momenti di maggiore disordine e momenti di maggiore determinazione; così, si può pensare che nell'Europa di oggi l'attuale fase di passaggio da una costellazione di diritti nazionali ad un diritto sovranazionale dell'Unione Europea segni la fine di un periodo di consolidamento e aumenti le incertezze rispetto al periodo precedente. Ci sono comunque limiti intrinseci alla determinazione mediante tecniche normative che permangono anche laddove viene perseguita la giuridicizzazione della politica e del potere¹¹⁷.

Il mondo giuridico contemporaneo dei paesi occidentali è infatti caratterizzato da una notevole giuridicizzazione delle fonti. Essa comporta la stesura di testi normativi che esprimono norme giuridiche le quali dicono che cosa è diritto. Alla giuridicizzazione si può accompagnare la giurisdizionalizzazione, orrida parola con cui si intende in questo caso che i contrasti relativi sono sottoposti al giudizio di una corte. Spesso le disposizioni relative si trovano fissate in un documento costituzionale. Nel Novecento europeo questo processo ha infatti preso la forma statunitense del costituzionalismo, congegnando un potere supra-legislativo costituzionale caratteristico delle costituzioni rigide. Nonostante la diffusione e la fortuna ideologica di questo modello, si può forse dubitare che il costituzionalismo abbia trionfato o stia trionfando nel mondo. In altre parole,

¹¹⁶ Almeno *ritengo* che la frase di R. Dworkin faccia riferimento agli argomenti metodologici. L'autore naturalmente non chiarisce. Alcuni illustri giuristi italiani si sono dichiarati d'accordo con l'una o con l'altra delle tesi dell'autore statunitense, senza troppo preoccuparsi della coerenza interna di queste, che non è il loro punto forte. Per esempio. G. ZAGREBELSKY, *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian point of view*, International Journal of Constitutional Law, 1(4), 2003, pp. 621-650 dove si caldeggia una determinazione del diritto meno precisa, più aperta ai principi, che lasci più potere ai giudici, specie ai giudici costituzionali. Da parte mia, ritengo che la indifferenza manifestata da R. Dworkin per il problema di cosa pertenga al diritto in generale e cosa pertenga al "suo" diritto, quello odierno statunitense, sia uno degli aspetti deplorabili della sua teoria, secondo solo alla sua indifferenza per la distinzione tra descrizione e prescrizione metodologica, tra ciò che i giuristi fanno e ciò che secondo lui dovrebbero fare. Peraltro nell'ultimo libro di questo autore tutti questi argomenti acquistano nuova importanza, segnalando forse un ennesimo non riconosciuto cambiamento di rotta dell'autore statunitense (vedi testi citati *infra* a n. 169). Anche l'articolo di Zagrebelsky citato pare del tutto indifferente ad entrambe le questioni.

¹¹⁷ Sul tema si può vedere il recente M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

che sia una descrizione piuttosto che una esortazione. Anche in un resoconto superficiale e approssimativo come questo, non possiamo infatti ignorare gli avvenimenti in senso opposto a una tale supposta tendenza verso la certezza delle fonti; vaste zone del mondo sono tuttora assai lontane da una situazione del genere. Anche considerando solo le tendenze del Novecento europeo dovremmo comunque escludere dal processo di giuridicizzazione delle fonti giuridiche tutte le esperienze recenti che sono andate decisamente in senso opposto, i diritti degli stati totalitari e in particolare del comunismo sovietico e dei suoi satelliti. Inoltre molte situazioni giuridiche al di fuori dei paesi occidentali, per esempio dei paesi islamici, non sono situazioni di stato di diritto e costituzionale. Dovremmo dunque forse ridurci a considerare la storia recente dell'Occidente e neppure tutta. Tutto questo lascia intravedere una inevitabile componente normativa nei nostri atteggiamenti metodologici: sottolineiamo questi aspetti del metodo giuridico perché li apprezziamo e desideriamo rafforzarli.

Poiché le fonti del diritto per quanto formulate in un linguaggio tecnico-giuridico, sono assai lontane quanto al rigore dai postulati di un linguaggio formalizzato¹¹⁸, ecco che le idee che circolano nella cultura giuridica possono facilmente divergere senza presentarsi come violazione delle fonti del diritto. Possono operare in questa zona grigia senza aver bisogno di affrontare la spinosa questione se stanno descrivendo come operano i giuristi o prescrivendo come dovrebbero operare. Nei fatti e nella effettiva pratica giuridica diverse o piuttosto parzialmente diverse concezioni del diritto colorano di sé il modo in cui si applicano e si interpretano le norme che costituiscono le fonti del diritto; ad esempio una maggiore attenzione alla giustizia secondo una certa concezione di giustizia o invece una maggiore sensibilità alla effettività di un certo tipo si possono considerare lenti colorate attraverso cui il pensiero giuridico tecnico osserva il diritto.

Nei tribunali, alla soluzione delle controversie giuridiche viene applicato il diritto visto attraverso le lenti colorate dei pregiudizi, ossia delle posizioni etiche, delle idee sulla società, delle ideologie politiche, delle visioni del mondo, delle idee personali o di gruppo o di corporazione di giudici e operatori giuridici, singoli o per fazione. Ecco che fioriscono correnti e tendenze nella cultura giu-

¹¹⁸ La conseguenza di quanto ho sostenuto sopra sul processo di individuazione e determinazione del diritto è che, se anche le fonti del diritto fossero perfettamente determinanti e le loro conseguenze interamente calcolabili, la determinazione di un diritto potrebbe ancora essere influenzata, per tutto quello che sfugge al senso comune, da una concezione idiosincratica proposta per esempio da una scuola, un gruppo, una ideologia o una corte. Un gruppo anche piccolo sufficientemente influente di tecnici del diritto può influenzare significativamente la coloritura del diritto come risulta dalle fonti individuate dal senso comune, ma il giurista o un gruppo di giuristi non può inventarsi di essere Napoleone e neppure deviare radicalmente dalla individuazione del diritto compiuta dal senso comune, per esempio sostenendo che il diritto vigente qui/ora è il diritto longobardo. Invece, come si è visto, se tutti i giuristi andassero in una direzione (ad esempio con la Quarta Repubblica francese) e tutti gli altri in un'altra (con la Quinta Repubblica) si spezzerebbe la normalità della pratica giuridica e i normali meccanismi mentali del diritto non funzionerebbero più.

ridica o più frequentemente nei diversi settori di essa, concezioni parzialmente divergenti le une dalle altre riguardanti aspetti diversi del metodo giuridico; aspetti puntuali ma anche generali, come le cosiddette “teorie delle fonti”: che i giuristi la chiamino così spesso *teoria* quando dovrebbero chiamarla *norme sulle fonti* secondo me è significativo e si spiega ottimamente in base a quanto sto dicendo. Si trovano concezioni più o meno favorevoli al diritto giurisprudenziale, al valore della sistematica e della sistemazione dottrinale dei vari istituti, più o meno favorevoli alla interpretazione secondo la “*original intention*”, al valore e al senso della analogia, alle consuetudini sociali, alle diverse concezioni della autonomia privata, dei beni protetti dal diritto, alle diverse forme di sistemazione giurisprudenziale più o meno interventiste e interpretazioni fondate su sistemi di origine o elaborazione parzialmente dottrinale. Concezioni che si differenziano tra loro per aspetti tecnici specifici dei diversi settori ma anche hanno aspetti che superano i confini tra le discipline e le aree. Qui si trovano frequentemente divergenze anche profonde tra il diritto della dottrina e quello degli operatori, e tra questi, dei giudici.

Tutte queste “teorie” contengono come elemento principale una presa di posizione normativa su quello che il diritto deve essere e su come deve essere trattato, contengono parzialmente diverse concezioni della interpretazione, della funzione giudiziaria, dei rapporti costituzione/legge, colorano con sfumature diverse concetti chiave come soggetto di diritto, persona, diritto soggettivo o interesse, causa del contratto; reato e bene giuridico, contengono diverse concezioni dei diritti e dei rapporti tra individuo e stato, interpretano diversamente il concetto di causalità giuridicamente rilevante, la nozione e l’uso delle clausole generali, nonché nozioni apparentemente metafisiche come l’“esistenza” di un atto: come si vede siamo giunti fino a idee che non siamo abituati a considerare tra le fonti del diritto, ma che influenzano le soluzioni dei casi concreti.

Il “trionfo” di una concezione idiosincratca del diritto avviene quando, divenuta influente tra i giuristi, essa viene alla fine recepita nelle fonti e quindi nel diritto. Spesso la sua influenza si afferma come sottofondo concettuale di una linea giurisprudenziale o di una politica legislativa. Il converso si ha quando ne viene espulsa, come illustra la storia del diritto naturale al momento delle codificazioni europee cui sopra ho accennato. L’elemento costante è il fatto ovvio, ma costantemente ignorato, che il diritto è influenzato da quello che la gente pensa che sia e nel caso del contenuto del diritto è essenziale quello che ne pensano i giuristi, i quali non sono beninteso un gruppo compatto, ma lo specchio più o meno fedele degli interessi, opinioni e pregiudizi della società da cui provengono.

Queste considerazioni spiegano il senso di frustrazione e di indecidibilità che si può provare di fronte ad alcune discussioni sui punti fini di un diritto. Tesori di sottigliezza, argomenti che richiedono una profonda conoscenza del diritto, vengono profusi in discussioni indecidibili perché basate su premesse parzialmente diverse e/o incerte, su argomenti e concezioni del diritto parzialmente di-

vergenti e discutibili, che non vengono invece menzionate esplicitamente e immesse nella discussione. Esortazioni valutative, spesso peraltro rispettabilissime, vengono presentate come considerazioni metodologiche. Il metodo giuridico appare in questi casi più incerto e più problematico che non i singoli argomenti che dovrebbero essere decisi mediante esso: è bene ricordare che un metodo è utile per risolvere dei problemi solo se i suoi principi sono (molto) meno controversi dei singoli argomenti sui singoli problemi che dovrebbe risolvere. Nella misura in cui le controversie dei giuristi risalgono all'uso di premesse parzialmente indeterminate o divergenti, ciò significa che non ci sono criteri indiscussi di soluzione delle controversie stesse, al di là della indubbia convergenza verso il minimo comune denominatore degli aspetti da tutti accettati della pratica giuridica, cioè delle fonti di ciascun diritto identificate dal concetto di diritto del senso comune. Queste fonti vengono raramente negate, ma come ho detto esse possono essere "colorate" in modi molto diversi, da presupposti diversi che non appartengono al senso comune, ma alle ideologie e idee dei giuristi; si noti che se questi pregiudizi fossero comuni, allora naturalmente non sarebbero pregiudizi ma presupposti comuni del pensiero tecnico e dovremmo considerarli parte del diritto in questione.

Pur differenziandosi parzialmente dal concetto di diritto del senso comune, le concezioni idiosincratiche del diritto non violano dunque il consenso minimale su che cosa è il diritto, base necessaria della esistenza nella società della pratica collettiva e istituzionale del diritto, il presupposto indispensabile del discorso e della pratica giuridici, quello strumento comune che permette di intendersi a tecnici e profani, quando si guardano attorno per vedere cosa è il diritto in una società, per cui si trovano tutti a guardare pressappoco nella stessa direzione, nella direzione in cui poi, in una società normale, si trovano gli ordinamenti giuridici storici con le loro regole di autodeterminazione. Quella pratica giuridica che esiste proprio per ovviare in parte alla indeterminatezza dell'etica e anche della morale positiva. Per questo i giuristi che hanno concezioni idiosincratiche sul diritto sono diversi dal matto alla stazione, pur avendo i due casi sufficienti analogie da rendere istruttivo l'accostamento.

Se ammettiamo che i partecipanti alla pratica giuridica "devono" raggiungere una certa convergenza delle soluzioni pur non potendoci mai pienamente arrivare (un caso di dovere pragmatico, nel senso che in caso contrario il diritto cesserebbe di funzionare come pratica), dobbiamo anche ammettere che le varie e diverse concezioni del diritto intervengono sul diritto nella direzione opposta, promuovendo la varietà a spese della uniformità, sono il portato di pregiudizi idiosincratici, delle idee etiche e politiche di un giurista o di una corrente del pensiero giuridico che evidentemente non sono (ancora) state incorporate in uno o più diritti vigenti e adottate tra le loro procedure di creazione del diritto, che possono influire sulla descrizione del diritto approfittando specialmente delle sue incertezze e indeterminatezze. Sono gli occhiali colorati di sfumature diverse con cui soprattutto i giuristi più consapevoli e sistematici guardano il

diritto e cercano di influire sul diritto. Il che un po' paradossalmente rischia di fare del giurista più consapevole e più preparato quello più pregiudicato e tendenzioso.

Come ho accennato sopra, la maggior parte dei giuristi, dei tecnici del diritto non dispiega una esplicita meditata concezione generale di diritto al di là di quella di senso comune, spesso facendone una questione di principio onde evitare uno sconfinamento indebito verso la filosofia. Il risultato non è l'assenza di pregiudizi, ma il fatto che non vengono discussi e che non si fanno grandi tentativi di renderli coerenti. L'incoerenza nei principi spesso è anche un utile strumento nella professione. Infatti molti giuristi impegnati nella soluzione delle controversie, amministratori, avvocati e giudici, in tal modo possono applicare di volta in volta teorie e concezioni del diritto "à la carte" per risolvere i loro casi concreti; possono ricorrere più o meno esplicitamente alla concezione più funzionale alla decisione voluta; in molte motivazioni giudiziarie anche ai livelli più elevati troviamo, anche nella stessa motivazione, accolte o presupposte teorie o concezioni incompatibili, il riferimento ad argomenti teorici e concetti inconciliabili ma in quel momento utili a sostenere la soluzione prescelta¹¹⁹. Dal punto di vista della fedeltà alle fonti di ciascun diritto, anche nei casi migliori, questa tecnica tende a nascondere la discrezionalità esistente in quanto il giurista sceglie una delle possibili soluzioni sostenendo che è l'unica; ugualmente può anche nascondere la violazione di norme o la inaccettabile interpretazione di disposizioni giuridiche in operazioni che esorbitano dall'area della discrezionalità.

La influenza delle concezioni del diritto sul diritto non interessa naturalmente solo i giuristi di professione. Questo genere di cose può influire sul diritto vigente e quindi sulla intera società più radicalmente di un atto legislativo. Diverse concettualizzazioni talora si riuniscono in una particolare concezione generale del diritto più o meno coerente o consapevole, che colora di sé l'approccio al diritto del giurista o di correnti e fazioni del pensiero giuridico.

Ad esempio, che si concepiscano diritti costituzionali innominati, cioè non nominati espressamente in una formulazione della Costituzione o legge costituzionale, vuol dire che una più ampia facoltà di intervento costituzionale viene attribuita alla Corte costituzionale nei confronti del legislatore ordinario; si pensi, nel nostro paese, al caso del diritto novello alla identità personale¹²⁰. D'altra

¹¹⁹ B. LEITER, *Explaining Theoretical Disagreement*, The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper No. 124 August 2007. Come esempio Leiter prende proprio il Caso Riggs su cui R. Dworkin ha costruito la prima versione delle sue critiche a Hart: "The majority opinion in Riggs is written in the classic "shotgun" fashion of many opinions and lawyer's briefs: canvass all possible arguments in support of your position, repeat them for emphasis, and present them all without any regard for how they actually hang together as a coherent, principled position". Quello che Leiter chiama pittorescamente "shotgun approach", Hans Kelsen considera spontaneismo metodologico e come tale critica duramente perché oblitera le distinzioni metodologiche che il giurista deve rispettare per non cadere nella ideologia. Sull'argomento recentemente P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 312.

¹²⁰ Al proposito rinvio a: G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e*

parte che si ritenga che ci sia un nucleo immodificabile di diritti costituzionali, di cui la nostra Costituzione non fa espressa menzione, vuol dire rafforzare il potere della Corte anche di fronte al legislatore costituzionale e comporta una particolare visione dei rapporti tra i poteri giuridici dello Stato. Sono tutte “coloriture” di non poco conto che si possono facilmente riportare a concetti o concezioni idiosincratiche di diritto e si sovrappongono alla lista delle fonti.

Vorrei prendere come caso tipico da confrontare con queste considerazioni la teoria dei formanti del civilista e comparatista Rodolfo Sacco. Questa teoria è un importante esempio nella cultura giuridica italiana di una teoria delle fonti del diritto prodotta da un giurista ed elaborata in modo esplicito in termini di teoria generale, a differenza delle molte concezioni di giuristi che, al di là del loro interesse, rimangono però implicite e incidentali a una singola decisione giurisprudenziale o parte di scritti e teorie dedicati ad altri problemi. A mio parere la teoria della individuazione e determinazione del diritto esposta in queste pagine può dire qualcosa anche sulla teoria dei formanti di Sacco. Questa si presenta come una teoria (generale) delle fonti del diritto basata su studi di diritto e la sua generalità è certamente connessa al fatto che l'autore, illustre civilista italiano, è anche uno dei maggiori studiosi italiani di diritto comparato. A mio parere la teoria di Sacco ha un particolare valore per essere un rarissimo esempio di teoria del diritto prodotta da un giurista che si preoccupa però di esplicitare e generalizzare. Ebbene essa, alla luce delle considerazioni di queste pagine, è esempio evidente di una concezione idiosincratica di diritto: al di là dei suoi punti originali che in questa sede non rilevano, può essere collocata senza farle troppa violenza nel solco classico delle teorie del diritto moderatamente giusrealistiche, variante normativistica, dal momento che mira a integrare le fonti del diritto con una maggiore considerazione delle fonti *normative* effettive nel mondo giuridico. I *formanti giuridici* secondo Sacco e la sua scuola¹²¹ sono alcuni tipi di fattori normativi atti ad influenzare e determinare il diritto, ovvero sono le fonti del diritto consuete (dette autoritative da Sacco) con l'aggiunta di altre fonti normative dette informali¹²² ma effettive in ambiti giuridici, ed effetti-

creatività giurisprudenziale, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 229.

¹²¹ Si veda l'esposizione sintetica della teoria in: P.G. MONATERI, *Le fonti del diritto*, voce redatta per il *Dig. It. Disc. Priv. Sez. civ.*, 4.a ed., consultabile in rete, a: <http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Review/Legalprocess/Monateri-1995/Fonti/fontid-1.html>.

¹²² Con una terminologia molto poetica, R. Sacco parla di diritto muto: R. SACCO, *Il diritto muto*, *Rivista di diritto civile*, 1993, p. 689 ss. A p. 699 l'autore attribuisce al nostro diritto vigente una commistione di diritto muto e parlato. Diritto muto è specialmente la consuetudine. Sacco affronta i noti problemi della induzione delle norme da comportamenti, sostenendo che la norma viene comunque prima della ripetizione del comportamento, dando con questo un segno di una inclinazione piuttosto normativista. Meno normativisti appaiono i discorsi sacchiani sul crittotipo, perché crittotipo viene definito (R. Sacco, voce *Crittotipo*, in *Dig. It. Disc. Priv. Sez. civ.*, 4.a ed.) come concetto atto ad abbracciare quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula e forse che non saprebbe formulare anche volendolo. Inoltre Sacco parla di crittotipo comprendendovi tutta la fenomenologia della applicazione delle regole giuridiche, cioè la prassi; e allora dovrebbero rientrare in questa categoria sia le regole senza testo (ma come collocare quelle ricavate dalle sentenze, le decisioni amministrative, i

ve in questo caso vuol dire soprattutto riconosciute, cioè considerate come normative dalla generalità dei giuristi. La contrapposizione tra fonte formale e fonte informale di per sé non spiega molto. Il suo aspetto idiosincratico è che la teoria di Sacco aggiunge a quelle che chiama fonti autoritative alcune attività e fattori di fatto influenti presso gli operatori giuridici, che vengono chiamate fonti di cognizione e fonti storiche. In questo modo alla tradizionale fonte legislativa vengono aggiunte la giurisprudenza, la dottrina e la consuetudine indipendentemente dal loro posto nel sistema delle fonti (autoritative). Cosa caratterizzi le fonti autoritative non viene spiegato e dalle pagine precedenti si capisce il perché di questa omissione: ovviamente il problema non è che si tratti di una autorità o di un altro tipo di fonte, come la consuetudine, ma che l'una o l'altra vengano accettate come parte di quel diritto. È difficile peraltro in questo campo dire qualcosa di interamente nuovo; e anche queste tesi sono una variante di tesi classiche, con i classici problemi annessi. La teoria di Sacco non spiega cosa distingua le fonti formali dalle informali perché come tutti i giuristi egli dà la distinzione per ovvia; come ho detto, nella teoria dei formanti si riconosce agevolmente una versione moderata o normativistica della giurisprudenza sociologia e di realismo giuridico. Il nome "formanti" a dire il vero a prima vista farebbe pensare alla proposta di una descrizione molto sociologica che consideri *tutti* i fatti e fattori sociali che influenzano il diritto, cioè lo formano, ma ci si accorge che il termine è usato invece in un senso assai più restrittivo, come sinonimo di "fonte informale" cioè di un elemento *normativo* che i giuristi e i giudici usano di fatto ma esplicitamente per integrare le "fonti formali" chiamate (in questa teoria) autoritative. Le fonti autoritative (o formali) sono poi le fonti considerate tradizionalmente tali dalla giurisprudenza, cioè quelle che, secondo la mia analisi, appaiono tali in base a un approccio di senso comune all'area giuridica, sono le fonti lette senza l'ausilio di una teoria idiosincratica del diritto. Tra gli

contratti?) sia le regole che non si condensano in un testo scritto *canonico*, dove canonico vuol dire che le parole del testo contano come tali in un contesto normativo, e non possono mai essere sostituite da un testo sinonimo: tale sostituzione, per un testo canonico, si chiama interpretazione, e non sostituisce (non dovrebbe sostituire) il testo originario con uno migliore, ma serve solo nella misura in cui chiarisce il significato del testo originario, specie ai fini della applicazione.

La terminologia dell'illustre civilista è brillante ed efficace ma secondo me va usata con cautela, dato che le norme in questione non sono veramente nascoste, sono solo assenti dai testi giuridici formali cioè "ufficiali" e validati o resi canonici dalle fonti abituali. Non solo il crittotipo di Sacco non è di solito nascosto ma è anche spesso formulato, in realtà comprende per la maggior parte fenomeni spesso estremamente non-nascosti e oggetto di intensa e anzi sovrabbondante verbalizzazione da parte dei giuristi. È solo assente dalla legislazione. Non si tratta dunque come ci aspetteremmo di quei comportamenti non verbali che i sociologi e gli storici considerano portatori di significati normativi, comportamenti collettivi ripetuti, abitudini, tradizioni non verbalizzate, gesti.

Inoltre, Sacco non affronta i problemi fondativi di individuazione del diritto vigente e pur avanzando una teoria articolata e innovativa delle fonti non si occupa delle ragioni per cui certe fonti sono da prendere in considerazione e altre no e quale sia il risultato dell'ampliamento nella conoscenza e nella pratica giuridica da lui suggerito. Ciò rende difficile separare nella sua teoria le considerazioni di diritto e quelle di teoria generale, le considerazioni su come si comportano i giuristi da quelle su come si dovrebbero comportare e per quale finalità.

infiniti fattori sociali che influenzano il diritto, la teoria di Sacco considera solo quei fattori che possono essere considerati in qualche senso delle norme; questo concetto naturalmente è esso stesso ampiamente problematico, soprattutto nei suoi rapporti con il linguaggio in senso stretto.

La teoria dei formanti inoltre ricorre al criterio dell'effettività delle fonti come se la sua applicazione non costituisse un problema, quasi si potesse dare per scontato che quante più fonti effettive si considerano, migliore è la giurisprudenza (è più scienza?). Ma non si tratta semplicemente di sommare un tipo di fonte agli altri, come si trattasse di mettere insieme più indizi di un difficile *puzzle* o di ampliare la base dei dati utili a una descrizione storica e sociologica. Essendo ovvio che infiniti fattori sociali influenzano il diritto e sono per questo studiati dalla sociologia, dalla storia e dagli studi di diritto comparato, la teoria di Sacco dà per scontata la questione concettuale di cosa debba contare come effettività e quanto la effettività debba contare nella giurisprudenza; laddove secondo me la giurisprudenza come studio dei singoli diritti vigenti non può permettersi di dare per scontata nessuna di queste due cose. Il compito specifico del giurista e della giurisprudenza non è descrivere tutto ciò che accade nell'area sociale del giuridico e neppure tutte le norme che di fatto influenzano gli operatori giuridici, ma individuare le norme che *devono* presiedere alle decisioni: che cosa deve fare allora il giurista, nel momento in cui descrive il diritto vigente, delle norme in qualche modo riconosciute e quindi effettive nella pratica giuridica, ma che non fanno parte dell'elenco delle fonti del diritto? Questa domanda non può essere passata sotto silenzio. Deve tale elenco essere *ipso facto* allargato a tutti i "formanti" cioè a tutti i fattori di fatto rilevanti o almeno ai fattori che sono norme? Se questa conclusione è destinata ad essere adottata anche dalla giurisprudenza, la conseguenza non è più descrittiva di come si comportano i giuristi, ma anche inevitabilmente modificativa di ciò di cui i giuristi devono tenere conto, descrive le pratiche e ne considera alcune come buone; prescrive che si deve tenere conto anche di queste fonti nelle operazioni giuridiche.

Quella che prende le mosse come una operazione di metodologia descrittiva della scienza comparatistica sfocia in una operazione di metodologia prescrittiva per la giurisprudenza, inserendo le consuetudini (anche abrogative?) tra le fonti del diritto, di tutti i diritti vigenti, e tacitando o elidendo quelle disposizioni delle fonti dove è negata la forza giuridica di queste consuetudini.

Dal mio punto di vista, i problemi della teoria di Sacco non sono in quello che dice, mettendo a frutto le profonde conoscenze giuridiche dell'autore come civilista e comparatista, non è neppure il fatto che gli esempi e la terminologia di Sacco in termini di crittotipo suggeriscano un approccio con maggiore attenzione alla realtà sociologica di quanto in realtà non venga auspicato. Il problema è la mancanza di una analisi concettuale della fase di individuazione/identificazione del diritto "normale". Direi che l'autore non consideri problemi, o comunque problemi rilevanti per il giurista, quelle operazioni alla cui analisi ho dedicato queste pagine e ho chiamato rispettivamente la identificazione del

concetto di diritto e la individuazione del diritto vigente. Un atteggiamento simile è comprensibile in un giurista che si limita ad applicare dogmaticamente la lista delle fonti del diritto. A mio parere tuttavia questo silenzio si concilia male proprio con la parte più ardita della teoria di Sacco. Dal mio punto di vista, la sua teoria è un ampliamento idiosincratico mediante una riscrittura parziale del concetto di diritto a partire dalla base “normale”. Nei termini della mia teoria, non abbiamo più a che fare con un elenco delle fonti del diritto ritrovate nella realtà giuridica mediante un concetto di diritto di senso comune; ma con una concezione di diritto idiosincratica, moderatamente *biased* verso la effettività e le pratiche degli operatori giuridici, giudici e giuristi e la cui funzione è di allargare un poco ma non troppo l’elenco delle fonti di ogni diritto. Abbiamo a che fare con una non nuova operazione di politica del diritto, compiuta da un giurista con una vasta conoscenza dei fatti giuridici, che non ritiene però necessario chiedersi se il suo obbiettivo primario sia creare un più completo studio empirico dei fenomeni giuridici o spostare con moderazione l’equilibrio dei poteri giuridici, attenuando quello del legislatore a favore del potere degli operatori a livello di applicazione.

La teoria di Sacco si presenta come accreditata dalla scienza e da una migliore rappresentazione dei fatti sociali. La mia critica è che, come tutte le posizioni giuridiche, essa è influenzata dalla ovvia intuizione di senso comune che il diritto ha un certo grado di esistenza sociale, ma trasforma poi tale intuizione in una tesi tecnica e giurisprudenziale, trasferendola a livello di norma di riconoscimento e sostenendo che il riconoscimento della effettività debba entrare in un modo o nell’altro nell’elenco delle fonti del diritto, di ogni diritto vigente. Tuttavia, come fonte del diritto, il ruolo della effettività (di una considerazione limitata della effettività) non è più ovvio.

A mio avviso chiunque affermi che tutti i diritti devono riconoscere tutte o alcune forme di consuetudine *latu sensu*, lo facciano o meno le loro “fonti autoritative”, non sta compiendo una migliore descrizione del diritto ma enunciando una posizione di politica sul diritto di portata generale, che è beninteso del tutto rispettabile, ma non giustificabile come una migliore descrizione del diritto, cioè di tutti i diritti. È possibile infatti che un determinato diritto riservi un posto assai modesto tra le sue fonti alle norme di origine consuetudinaria. È possibile che un legislatore che prenda questa strada rischi la inefficacia delle norme che cercano di sbarrare il passo alla consuetudine e alla prassi, ma questo è un rischio che i legislatori si prendono in molti casi, il bilanciamento e la scelta tra opposti rischi è chiaramente questione di politica del diritto. Spostare il punto di equilibrio su questo punto vuol dire modificare la gerarchia delle fonti basata sulla individuazione del diritto di senso comune. La teoria di Sacco su questo punto ha un importo normativo, che essa ha in comune con molte forme di giusrealismo moderato. Questa è la ragione per cui Sacco mantiene un sostanziale silenzio quanto allo *status* della disciplina del diritto comparato, da sempre in bilico tra studio empirico (storia contemporanea e sociologia) e

disciplina giuridica con funzione eminentemente di supporto alla pratica. Una disciplina indirizzata alla migliore descrizione empirica non offre *direttamente* risposte ai giuristi che chiedono qual è il contenuto di un diritto in vista di una immediata o potenziale applicazione. Ne offre solo se vi aggiungiamo adeguate posizioni di politica del diritto.

Il problema che affligge questo genere di teorie non è beninteso la loro presa di posizione normativa, che è estremamente rispettabile, moderata ed equilibrata, fondata inoltre in questo caso su una profonda conoscenza dei fatti giuridici, ma il fatto di avanzarla sotto le mentite spoglie di descrizione scientifica, che produce alla fine la mancata distinzione tra quello che si fa e quello che si deve fare in giurisprudenza. Ne risulta qualcosa di diverso dalla riproduzione spassionata del modo in cui i giuristi operano, piuttosto una prescrizione neppure tanto nascosta del modo in cui i giuristi è bene che operino nel descrivere il diritto secondo una lista considerata “completa” delle cose di cui ogni giurista avveduto dovrebbe tenere conto. Ma è superfluo che io rielabori questo punto ancora una volta: conformemente allo stile ripetitivo di queste pagine mi limito a dire che se è vero che alcuni diritti spendono molte energie a circoscrivere e ordinare gerarchicamente e rendere coerenti le proprie fonti, per esempio subordinando gli usi alla legislazione o la legislazione alla costituzione, va in direzione opposta una *teoria* del diritto che si arroga il potere di mettere tutti i “formanti” sullo stesso piano. Questo andare controcorrente beninteso può essere approvato o disapprovato. Ma deve essere preso in considerazione, sul piano della politica del diritto, non solo il risultato, cioè una maggiore attenzione per la effettività, ma anche il *modo* in cui vi si arriva, tramite una conclusione ingannevolmente descrittiva. La mia personale posizione (politica) illuminista, scegliere e scegliere apertamente, suggerisce che una teoria delle fonti contemporanea può ben discostarsi dalla classica posizione benthamiana a favore del legislatore, ma ha il dovere di dichiararlo: e la posizione di Bentham, come tutti sanno è la decisione chiaramente politica di preferire il rischio che il giudice prenda decisioni ingiuste sulla base della legge (le fonti autoritative) al pericolo che si metta a prendere decisioni in base alla *sua* nozione di ciò che è bene o giusto.

7. *La discussione anglosassone sul giuspositivismo e i giudici*

I temi trattati in queste pagine riguardano il problema del metodo giuridico affrontato in modalità di metodologia descrittiva a partire dalla questione della distinzione tra diritto e non diritto (il diritto che non c'è) e dei confini o delimitazione del diritto; l'argomento, sia pure accostato da un angolo diverso, è strettamente collegato ai temi principali della discussione post-hartiana sul positivismo giuridico, originata dall'attacco di Ronald Dworkin alla teoria di Hart. E non poteva essere diversamente, i problemi di fondazione sono sempre quelli, comunque vengano affrontati. Come spesso accade del resto, la novi-

tà nella discussione post-hartiana è consistita in una ripresa di temi ben noti, come la questione della autonomia o separazione del diritto dalla morale¹²³. Il tema della separazione è infatti centrale in quanto presuppone o implica tutti gli altri problemi primari o fondamentali del metodo giuridico. Ai miei occhi ha però l'inconveniente di lasciare nell'ombra alcuni argomenti importanti, che rimangono in quella discussione meramente come presupposti impliciti e assai poco chiariti. Per questo, a mio parere, quella discussione di teoria generale è stata nel complesso poco feconda e per questo in queste pagine ho preferito occuparmi di argomenti che nell'ordine logico dei problemi si collocano ad uno stadio anteriore rispetto ad essa. Mi sono trovato così a coniugare alcuni aspetti della problematica hartiana, legati alla analisi del linguaggio ordinario e al senso comune, con le tematiche care al giuspositivismo analitico italiano, specie di Scarpelli, preoccupato della scientificità e descrittività dei discorsi della giurisprudenza. Il risultato è la tesi di fondo di queste pagine, che il metodo giuridico mescola il senso comune a un approccio tecnico, anzi fonda l'approccio tecnico sul senso comune.

La critica o la difesa del giuspositivismo nella versione di Herbert Hart non hanno avuto molto spazio nelle pagine precedenti, ma in questo paragrafo ne esaminerò sommariamente alcuni punti che riguardano più direttamente i miei argomenti.

La parte cosiddetta giuspositivista nella discussione anglosassone post-hartiana si dichiara a favore della tesi della autonomia, cioè della non necessaria connessione tra diritto e morale; vista la incertezza dei contenuti della morale (quale?) e la mostruosità etica di molti diritti questa può sembrare una tesi ovvia; di contro altri, dichiarando di ispirarsi a R. Dworkin, sostengono che non è neppure possibile descrivere o comprendere il funzionamento del diritto senza tenere conto di una serie di fattori "moralì" che la parte giuspositivista ritiene estranei al diritto o alla giurisprudenza. La valutazione di queste posizioni è talora resa assai difficile dall'omissione o addirittura dal rifiuto di alcuni dei partecipanti a distinguere tra metodologia descrittiva e prescrittiva; è infatti difficile discutere questioni di metodo con chi omette o nega in linea di principio di poter distinguere tra la (propria o altrui) approvazione o condanna metodologica e la descrizione di come di fatto funziona un metodo in una prassi intellettuale.

¹²³ J. WALDRON, 63 *Ann. Surv. Am. Law*, 23, 2007: "And I hope Ronnie [Ronald Dworkin] is aware that a number of us have taken heart from his recommendation that perhaps it is time for analytic legal philosophy to turn its back on the sterile and inbred ptolemaics of the separation thesis, exploring instead where and how, directly or indirectly, the very idea of law connects with important social values." Ciò che Waldron sta dicendo con queste sue parole estremamente elogiative verso R. Dworkin non è come sembra che la "tesi della separazione" sia irrilevante, ma che è ora di smettere di criticare la soluzione che ne ha dato R. Dworkin e di prendere risolutamente la strada indicata dallo stesso senza ulteriori discussioni, giudicate sterili e autoreferenziali. Le opinioni sulla significatività e chiarezza delle tesi dworkiniane sono in realtà molto varie (si veda Leiter citato alla nota 119); la mia opinione non è positiva. Nel mondo anglosassone la discussione a favore o contro gli argomenti di R. Dworkin è stata comunque nello scorso decennio quantitativamente prevalente su tutte le altre.

Senza questo fondamentale accorgimento concettuale mi sembra impossibile cominciare a distinguere i vari e stratificati apporti e influenze sul diritto che vengono dalle autorità giuridiche, dai giuristi di vario tipo e dai teorici stessi, in primo luogo dal teorico che sta proponendo la sua teoria cercando di far valere attraverso di essa i suoi valori e le sue scelte etico-politiche. Questo atteggiamento si spinge talora fino al rifiuto di ogni riflessione sul valore dell'analisi metodologica e alcuni dei "non positivisti" in questa discussione talora sembrano sostenere che non si può/deve formulare alcun criterio prefissato per tracciare i confini di un diritto vigente¹²⁴.

In queste pagine ho distinto tra la identificazione/individuazione del diritto secondo il senso comune e la determinazione dei suoi confini secondo il pensiero tecnico giuridico come due fasi distinte ma interconnesse della pratica giuridica; mi voglio servire di queste distinzioni per cercar di mettere in luce una premessa tacita e assai poco trattata nella discussione post-hartiana. Intendo il costante riferimento a quanto fanno e dicono i giudici (*courts*, tribunali), da sempre usato nelle discussioni di teoria del diritto anglosassone come criterio indiscutibile. Tutti gli autori anglosassoni, prima e dopo Hart, usano questo argomento come fondamento di ogni descrizione del diritto e per risolvere qualunque problema di teoria generale. Per convincersene basta questa frase dello stesso Hart dove si parla delle fonti del diritto e precisamente della consuetudine (*custom*) come fonte in *un* diritto: "why should it not be true that, just as the courts recognize as binding the general principle that what legislature enacts is law, they also recognize as binding another general principle: that customs of certain defined sorts are law?"¹²⁵. Principio di cosa? Sosterrò che è usato come criterio di individuazione del diritto vigente, non della sua determinazione o della individuazione del diritto in generale.

Hart sta discutendo un problema di fonti che non intendo trattare: voglio solo notare che il riferimento alle corti è trattato come criterio del tutto indiscutibile. A me invece pare evidente che esso solleva non piccoli problemi filosofici, che espongono ora non nell'ordine logico, ma in quello in cui saltano all'occhio. Il primo problema è come individuare una norma di riconoscimento, cioè la lista completa dei criteri di riconoscimento di un diritto (fonti), che secondo Hart è appunto sempre quella accettata/usata dai giudici nei vari diritti. Nel brano appena citato viene menzionato anche il criterio della supremazia della legislazione e secondo Hart tale è la fonte suprema nell'ordinamento giuridico

¹²⁴ Vari partecipanti della discussione menzionata in questo paragrafo si occupano di temi che a prima vista possono sembrare rilevanti alle tesi trattate in queste pagine: l'accettazione del diritto, la distinzione tra pubblico generico e funzionari, l'effettività del diritto. Mi vengono in mente i nomi di Postema, Coleman e Marmor specialmente. Nei loro lavori non trovo però osservazioni utili per il mio discorso, anzitutto per l'incertezza e l'indeterminatezza delle premesse che a me sembrano indispensabili e comunque costituiscono il senso di questo lavoro.

¹²⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 46 e 48. L'indicativo usato per descrivere il metodo impiegato da una categoria di persone impegnate in una pratica sociale è un indicativo problematico che nasconde diversi gravi problemi di selezione normativa.

vigente del suo paese, la Gran Bretagna¹²⁶, sintetizzato dalla tradizionale formula di rito “The Queen in Parliament”. Lo stesso contingentemente potrebbe essere il caso, ci dice Hart, della consuetudine. Ma qual è il rapporto tra “ciò che fanno i giudici” e la supremazia del legislatore? Per Hart la supremazia del legislatore è la fonte suprema del diritto (britannico), cioè la norma di riconoscimento; ma (aggiungo io) il criterio “ciò che fanno i giudici” indica il criterio in base a cui si individua tale fonte suprema, e quindi è logicamente prioritario, anche se in quel diritto i giudici sono subordinati al legislatore. La legislazione è suprema *perché* i giudici la ritengono tale. Tale opinione va dunque considerata un elemento del concetto di diritto, di cui si è discusso nelle pagine precedenti. Hart non lo dice, ma qualunque discorso sulle fonti presuppone come risolto il problema (del criterio) di individuazione del diritto, presuppone un criterio per individuare il diritto *vigente*, esso secondo Hart è appunto quel diritto che i tribunali ritengono tale.

Questo brano hartiano, peraltro, non dice nulla del problema del concetto di diritto in generale, il cui compito è identificare l'area sociale della giuridicità in generale. Quando Hart, altrove, dice che il diritto è caratterizzato dalla presenza di norme primarie e secondarie, egli ci offre appunto una sua concezione di diritto in generale, che vale sia per il diritto vigente sia per quello che non lo è. La sua definizione (niente affatto di senso comune) mira a migliorare una abituale definizione filosofica, che fa riferimento alla coazione organizzata da norme; il suo intento dichiarato è di attenuare l'enfasi posta sulla sanzione coattiva da molte definizioni di questo genere. Questa secondo Hart è importante, ma non al prezzo di sottovalutare l'aspetto del diritto come mezzo per fare le cose, per attribuire poteri e diritti. Hart tacitamente confida, direi io, che il *suo* concetto risulti alla fin fine coestensionale a quello del senso comune, il quale indubbiamente, nella misura in cui ci riesce di precisarlo, comprende un qualche riferimento alla sanzione organizzata¹²⁷.

Mi sembra evidente che il concetto di diritto di Hart (da cui viene il titolo del suo libro più noto) *non* è un criterio per identificare il diritto vigente-qui-ed-ora, poiché il carattere distintivo di essere ordinamento complesso riguarda il contenuto delle norme e come tale copre anche i diritti estinti e quelli immaginari. Per fare l'ultimo passo nella individuazione del diritto e per riprodurre adeguatamente la pratica giuridica abbiamo bisogno, come si è visto sopra, di un qualche riferimento alla effettività sociale e questa è presente in almeno tre punti della teoria hartiana, in un punto esplicitamente e in due in modo

¹²⁶ Secondo l'opinione dei più, priva, almeno al momento in cui Hart scriveva, di un grado superiore di legislazione costituzionale rigida. Si discute oggi se l'adesione del Regno Unito alla U.E. abbia cambiato le cose.

¹²⁷ La definizione di Hart non copre il diritto primitivo cioè privo di alcune o tutte le categorie di norme secondarie, ammesso che un tale diritto primitivo sia mai esistito altro che come ipotesi di scuola. L'immagine hartiana del diritto primitivo non è una descrizione storica ma una immagine ideale che serve a Hart per chiarire le funzioni principali delle norme secondarie.

più nascosto. Il punto esplicito, notissimo, si trova nella teoria della norma di riconoscimento che Hart richiede debba essere socialmente effettiva, e i due punti nascosti sono, sia pure con qualche incertezza, il concetto di giudice e il concetto di norma (*rule*) giuridica, che hanno entrambi al loro interno qualche connotazione di effettività o realtà sociale.

Intanto bisogna notare che Hart parla sia di giudici sia di tribunali e rende chiaro che intende comprendere con queste espressioni la molto più ampia categoria dei funzionari (non solo *courts* dunque, ma anche *officials*). Si tratta di nozioni bifronte con un lato giuridico e uno fattuale-sociologico e questo non solo in Hart ma nella intera teoria del diritto anglosassone: i funzionari o giudici o tribunali sono quelli che sono effettivamente considerati tali dalla società in questione e nelle dovute forme dal diritto. Nello stesso modo le norme di riconoscimento devono essere effettive. Il riferimento alla realtà sociale mira a dissolvere il pericolo di circolo vizioso, è necessario ad evitare il paradosso auto-referenziale del matto alla stazione, per cui la norma di riconoscimento è ciò che i giudici considerano tale e giudici sono coloro che la norma di riconoscimento socialmente effettiva considera tali. Dunque, la nozione di giudice o *court* o *officials* nel concetto che individua il diritto vigente non può essere una nozione solo giuridica a pena di cadere appunto nel circolo vizioso e nel paradosso del matto alla stazione per cui ciascun sistema di norme, immaginario o meno, identifica se stesso. Nella teoria di Hart l'intero problema è esclusivamente trattato a livello di uso della norma di riconoscimento che ha da essere effettiva, cioè un diritto ha da essere, almeno complessivamente, un fatto sociale di un certo tipo¹²⁸. La effettività della norma di riconoscimento assicura il collegamento del discorso giuridico alla realtà sociale assicurando il collegamento con le pratiche normative esistenti nella società in questione: come si è visto il difetto di questa soluzione è che sposta il problema della individuazione del diritto vigente a livello del discorso delle fonti da parte della giurisprudenza, dove il problema di fatto non viene mai trattato perché viene dato per già risolto. Hart aggiunge che le stesse norme giuridiche (*legal rules*) sono e devono essere in qualche modo delle regole sociali, una tesi poco chiara, che ha dato luogo a infinite discussioni e che sembrerebbe voler dire che esse devono essere complessivamente accettate dalla società, anche se non devono necessariamente essere osservate tutte e ciascuna¹²⁹. Una congiunzione di tesi che ha fatto dire a qualcuno che una com-

¹²⁸ Egli aggiunge che deve essere accettata dai funzionari, *questa* è la sua realtà sociale minima, ristabilendo così in apparenza il circolo vizioso. È evidente però che i funzionari devono essere tali agli occhi del pubblico generico; almeno tollerati come tali, altrimenti la società si trova in una situazione patologica. Le oscillazioni della teoria (fondamentalmente corretta) sono dovute all'insufficiente chiarimento della distinzione tra i due momenti di individuazione e di determinazione del diritto, tra il concetto di diritto e la norma di riconoscimento, tra il pensiero ordinario e il pensiero giuridico degli specialisti.

¹²⁹ Altri teorici del diritto nascondono elementi di effettività, non sempre coerenti, in punti non ovvi delle loro teorie, spesso nel concetto di norma giuridica. Qualcosa di questo genere, utile a esorcizzare il paradosso del matto alla stazione, si trova anche nelle teorie più normativiste. Per esempio

ponente giusrealista si è infiltrata nelle pieghe della teoria hartiana¹³⁰.

Lo stesso approccio alla figura del giudice si trova in tutti i teorici anglosassoni successivi, inclusi i critici di Hart del periodo più recente. R. Dworkin tra gli altri dà per scontato che ogni teoria debba rendere conto del parere e del *modus operandi* dei giudici; una delle sue più costanti affermazioni è che il diritto è quello che fanno i giudici¹³¹ anche se poi, con la sua solita oscura genialità, egli rimette in questione il senso di questa tesi ipotizzando una figura di giudice ideale (soprannominato Hercules), personificazione di ogni opinione giuridica corretta: e poiché Dworkin come si è detto ignora ogni distinzione tra descrizione e prescrizione metodologica, la nozione stessa di giudice ideale diventa di principio indistinguibile dal tentativo di individuare un giudice reale (medio?)¹³².

Non dovrebbe essere necessario spiegare quanto sia poco prudente dal punto di vista analitico comprimere la intera questione della effettività del diritto in forma implicita all'interno del concetto di giudice: occorrerebbe davvero una "semantic sting" su questo punto. 'Giudice' fa pensare a una nozione delineata da un diritto specifico in termini di regole di competenza; la effettività del suo ruolo parrebbe invece legata alla presenza di un ruolo sociale riconosciuto; peraltro tutto da precisare sul piano concettuale e della modalità di accertamento empirico. Nessuno in questa discussione, neppure Hart, sembra sentire il bisogno di spiegare quale esistenza sociologica abbiano/debbero avere queste figure di giudici le cui opinioni individuano il diritto vigente: come si è visto la mia spiegazione di questa trascuratezza è che la esistenza sociale di queste figure è quella percepita dal senso comune e non dalla sociologia empirica. Il problema

nella teoria di Kelsen, il concetto di diritto come prodotto da un atto di volontà sembra talora implicare che una norma giuridica venga in esistenza solo se si compie un effettivo atto umano, che consisterebbe (anche se non lo si dice) in gesti o parole. Questi atti, che potrebbero essere detti di osservanza o accettazione, collegherebbero ciascuna norma giuridica alla realtà sociale, perlomeno alla realtà di comportamenti effettivamente avvenuti. La concezione del diritto come volontà o quella del diritto come atto sono dunque varianti della ricerca della effettività del diritto (anche se le parole 'volontà' e 'atto' sono usate in senso totalmente metaforico e di nessuna delle due si spiega la natura).

¹³⁰ Vorrei ricordare qui lo stranissimo scambio di recensioni delle rispettive opere principali (*Il concetto di diritto* e *Diritto e giustizia*), avvenuto mezzo secolo fa tra il giusrealista A. Ross e il giuspositivista H. Hart, in cui Hart dice che Ross ha torto ad essere giusrealista e Ross risponde di essere in realtà d'accordo con Hart. Insomma Ross si ostina a considerare Hart un giusrealista, non senza qualche ragione. La critica di Hart a Ross è in: *Scandinavian Realism*, 1959, pp. 233-240. Per A. Ross si veda: *Review to H.L.A. Hart, The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, *The Yale Law Journal*, 1962, pp. 1185-1190. Si trova anche in italiano in K. OLIVECRONA, A. ROSS, *Realismo giuridico e analisi del linguaggio (testi di Karl Olivecrona e Alf Ross)*, a cura di R. Guastini e S. Castignone, ECIG, Genova, 1989, p. 205 ss.

¹³¹ Si veda come esempio tipico, R. DWORKIN, *A Reply by Ronald Dworkin*, p. 259, in Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey Rowman & Allanheld, Totowa (N.J.), 1984.

¹³² Recentemente un critico di R. Dworkin, Leiter, ha discusso a lungo il problema della convergenza di fatto delle opinioni dei giudici, argomento che smonterebbe la critica di Dworkin secondo cui il giuspositivismo sarebbe incapace di rendere conto della frequenza del disaccordo teorico tra i giudici. Vedi anche *supra*, n. 119.

è sempre quello evidenziato dal paradosso del matto alla stazione: se i giudici sono le figure al cui comportamento collettivo¹³³ si fa riferimento per individuare il diritto, non possono essere individuati (solo) in base al diritto che è poi individuato (solo) in base alle loro opinioni: il circolo vizioso nell'argomento sarebbe garantito. Soprattutto se parliamo collettivamente di tribunali o corti, la pre-esistenza del diritto ai tribunali è chiaramente suggerita: possiamo dimenticare per un momento che un giudice è una entità giuridica, ma non possiamo certo dimenticarlo di una entità come un tribunale.

Hart sostiene dunque che sono gli atteggiamenti di funzionari e giudici nel compiere il loro mestiere, la loro accettazione di una norma di riconoscimento, che fanno di un diritto il diritto vigente. Abbiamo visto che questi riferimenti sollevano il problema della effettività e vanno conciliati con la definizione di diritto come (qualunque?) insieme di norme primarie e secondarie: per far tornare i conti, nella teoria hartiana i giudici o i funzionari, collettivamente e in quanto compongono un gruppo omogeneo, devono essere considerati, per così dire, come gli *avatar* della norma di riconoscimento esistente nella società, e tale norma a sua volta deve essere considerata come il punto focale della pratica giuridica effettivamente esistente in quella società. Analogamente, presso i critici di Hart, i giudici divengono le personificazioni di qualunque altro criterio alternativo proposto dal teorico di turno come una interpretazione degli atteggiamenti non solo dei giudici ma in realtà di tutti i partecipanti alla pratica giuridica.

A mio avviso, dunque, il problema per tutte queste teorie è sempre lo stesso. Esse collocano la individuazione del diritto vigente in una fase della pratica giuridica in cui essa non ha luogo (le operazioni tecniche sulle fonti), perché in questa fase l'individuazione è già avvenuta. Aiuta molto a nascondere la mancanza di un punto di appoggio dell'argomento la omessa distinzione tra metodologia descrittiva e prescrittiva, tra come i giuristi si comportano e come si dovrebbero comportare secondo chi propone la teoria, in base a valori sia "caldi" sia "freddi", cioè etico-politici o metodologici. Alla fine non si riesce più a spiegare come la esistenza di un diritto possa essere in qualche misura indipendente dalle opinioni di chi lo descrive. E questa conclusione è davvero radicale di fronte a una pratica che esiste da millenni ed equivale a sostenere che la pratica giuridica è un gigantesco esercizio di inganno.

Il giudice o funzionario di cui si parla in tutti questi casi non è evidentemente un matto alla stazione ma è colui che applica un ordinamento giuridico già individuato come vigente qui ed ora; il giudice è giudice perché a sua volta riconosciuto come tale da questo ordinamento. Per questa ragione, qualunque criterio che fa perno sui giudici deve dare come già risolto il problema della individuazione del diritto o cadere nella circolarità¹³⁴. In altri termini è il diritto

¹³³ Che si presume essere coerente o reso coerente dai meccanismi interni dell'apparato giudiziario ovvero dalle pressioni del ruolo e della educazione.

¹³⁴ Prescindendo da un diritto già individuato è anche difficile, se non impossibile, identificare non solo i giudici nella folla, ma anche la parte giuridicamente rilevante dei discorsi dei giudici nel flusso

che fa il giudice e non viceversa; quello che fanno i giudici è dire l'ultima parola nella determinazione del diritto. Questo diviene visibilissimo se applichiamo il metodo giuridico ai casi patologici in cui più di un diritto, ciascuno con i rispettivi funzionari, si contende una società e ci sarebbe da scegliere tra "veri" e "falsi" giudici; e naturalmente anche con il caso estremo del pazzo alla stazione. Nella mia ricostruzione del metodo giuridico ho sostenuto che il problema può essere risolto senza paradossi se distinguiamo tra ciò che viene fondato sul senso comune e ciò che viene risolto dal pensiero tecnico giuridico. Ho sostenuto che la scelta del diritto esistente nella società non è una operazione del pensiero o metodo giuridico; ho cercato di mostrare che tra i giuristi non vi è traccia di deliberazioni sulla effettività della norma di riconoscimento e tanto meno sulla coincidenza tra chi è considerato giudice da un diritto e chi lo è agli occhi della società, che corrisponde al fatto sociale della accettazione dei funzionari come tali da parte del pubblico. Come ho ripetuto fino alla nausea, qualcosa di simile alla effettività si ritrova a livello di senso comune, in cui viene operata una preventiva esclusione dei diritti non vigenti in base a criteri, o meglio spie fattuali, e considerazioni approssimative, che funzionano benissimo solo nelle situazioni sociali (giuridicamente) normali e non patologiche. È in questa fase che viene identificato il diritto vigente in cui poi i giuristi ritrovano una norma di riconoscimento socialmente esistente, che possiamo anche personificare parlando dei giudici (di quel diritto) che sono qualificati come tali dal diritto così individuato e fanno parte essenziale della classe di clerici che lo "accettano" a ragion veduta e lo applicano in modo consapevole e articolato, determinandolo.

Questo è il giudice come figura sociale che funge per il senso comune da indizio per identificare quale sia il diritto vigente, il diritto vigente è quello che dicono i giudici che si incontrano. È indubbio che trovandosi a interagire con qualcuno che svolge pubblicamente la funzione di "giudice", cioè ne rivendica il nome e i paramenti, il senso comune suppone che le cose siano normali e che non si tratti di un pazzo travestito con una toga, ma di un "vero giudice", il che vuol dire appunto giudice riconosciuto dall'apparato giuridico e dalle persone che lo gestiscono, dunque dal diritto vigente in quella società. In questo contesto è certamente preferibile parlare, come fa Hart, di funzionario piuttosto che di giudice. Il termine inglese è in realtà non ben traducibile in italiano; "*officials*" comprende meno e più di quelli che noi chiameremmo funzionari, ad esempio anche tutti gli individui in uniforme di cui parlavo sopra descrivendo l'operare del senso comune, prima di tutto i poliziotti. L'intenzione di Hart può essere stata forse di offrire una terminologia più adatta ad abbracciare anche gli ordinamenti di *civil law* che sono meno giudice-centrici del *common law*. Dal mio punto di vista l'uso di questo termine è particolarmente opportuno per indicare più realisticamente una delle spie fondamentali della esistenza del diritto

delle loro parole. È un altro problema tradizionale della teoria giuridica, spesso riferito anche alla persona del sovrano.

per il profano. Come ho detto, la presenza attiva di un funzionario, specie se in uniforme, è uno degli indizi che segnalano al pubblico generico la presenza del diritto vigente. Qualche volta l'*official* è proprio il giudice, ma più di frequente il giudice (la cui uniforme è la toga) rimane nelle retrovie e sulla scena saranno presenti poliziotti o funzionari amministrativi. Avrebbe torto il giurista a considerare tutto ciò solamente come un segno dell'ignoranza del pubblico circa chi ha il ruolo più importante nell'ambito giuridico. Indubbiamente tale ignoranza esiste ed è normale. Ma l'esercizio pubblico e palese di una simile funzione in genere allude alla presenza sullo sfondo della normale realtà della vita giuridica nelle strade, l'uomo sull'autobus per Clapham, come ancora si diceva nei tribunali inglesi ai tempi di Hart¹³⁵. Focalizzarsi sui soli giudici e sulla attività nei tribunali è invece una tipica deformazione del tecnico del diritto e anzi dell'avvocato, il quale tende ad identificare giudici e diritto; nelle società normali arrivando comunque a un risultato più o meno coestensionale al senso comune.

In questo ruolo, il giudice è dunque un fenomeno bifronte, giuridico e sociale. Da una parte, come autorità giuridica, dalla sua bocca escono discorsi e decisioni che precisano la norma di riconoscimento e le sue diramazioni, dall'altra la sua presenza sociale è una parte essenziale dell'elefante visto da ciechi, cioè una spia della esistenza del diritto identificato dal senso comune e individuato tramite una costellazione di indizi periferici che segnalano al pubblico ordinario la presenza del diritto vigente, tutto l'immane apparato del diritto visto dall'esterno: giudici poliziotti, divise, aule di tribunali, insomma tutta la "superficie" della macchina. Poiché qui le opinioni sono la cosa stessa, la presenza degli indizi è necessaria alla continua esistenza della pratica giuridica.

Dal momento che la teoria di Hart prende le mosse dai funzionari e dalle regole di riconoscimento socialmente effettive accettate dai funzionari, questo sarebbe dunque nella teoria hartiana il momento della individuazione del diritto vigente. Con questa nozione di effettività della norma di riconoscimento Hart ci offre (come abbiamo visto) molti spunti preziosi, ma alla fine la sua teoria a mio avviso non spiega adeguatamente come avviene la individuazione del diritto vigente perché la confonde con la sua determinazione. Nella mia ricostruzione la norma di riconoscimento non è un concetto utile alla individuazione del diritto vigente ma alla determinazione dei confini e del contenuto di un diritto vigente già individuato. La ricostruzione hartiana rischia invece la circolarità per cui i cittadini guardano ai funzionari e indirettamente a ciò che è ritenuto diritto da parte dei funzionari, ma i funzionari devono essere riconosciuti come tali dai cittadini, pur nell'ignoranza di cosa un diritto vigente specificamente prescriva.

Sono indubbiamente i funzionari che si servono della norma di riconoscimento e comprendono le sue articolazioni. Su questo Hart ha ragione e dovrebbe essere evidente a questo punto che quanto ho detto nelle pagine precedenti

¹³⁵ L'origine della espressione è spiegata in: <http://graysdictionary.blogspot.com/2007/02/man-on-clapham-omnibus.html>.

su questo punto è ispirato dalla riflessione sulla teoria Hart; forse potrebbe essere considerata anche una (ennesima) parafrasi della fortunata e feconda nozione di punto di vista interno¹³⁶, in un senso non-morale: ma secondo me sia Hart sia i suoi critici dovrebbero distinguere assai più nettamente tra le due fasi del discorso e della pratica giuridica, quella comune e quella dei clerici; caratterizzate da una pragmatica nettamente distinta, che spinge alla fine verso semantiche divergenti. Il discorso tecnico dei giuristi si stacca nettamente dal linguaggio del senso comune per diversità pragmatiche di fondo. La presenza di questa divergenza non è un difetto, al contrario è del tutto funzionale alla pratica giuridica, dove è una pratica in cui interagiscono gente comune e tecnici del diritto. Di tutto questo in Hart non c'è traccia; egli in qualche modo ritiene di poter rimanere nel senso comune e nel discorso ordinario¹³⁷. Secondo me, le attività dei giuristi di professione si presentano in tutta evidenza come attività di specialisti istruiti in tecniche anche linguistiche complesse, separate dalle abilità del senso comune. È vero che le due visioni debbono convergere, poiché la loro convergenza è una condizione normale di sopravvivenza delle società storiche; ancora una volta mi rifaccio in questo a una fondamentale lezione hartiana contro gli scetticismi eccessivi che finiscono col non rendere conto dei fenomeni a cui si applicano¹³⁸.

Le tesi da me sostenute nelle pagine precedenti permettono di aggiungere qualche chiosa oltre che a Hart anche alla massa di discussioni suscitate dall'assalto dworkiniano alle tesi di Hart. R. Dworkin sostiene che il diritto non può essere identificato mediante una norma di riconoscimento e tantomeno mediante il significato della parola diritto (il concetto di diritto?). Non è perfettamente chiaro, dai testi dello stesso R. Dworkin e dalle discussioni su di essi, quali siano le sue posizioni sulla identificazione e delimitazione del diritto, se il ricorso alle norme di riconoscimento hartiane da solo sia insufficiente o totalmente da scartare, ma sembra certo che l'operazione involga (anche?) un ricorso a principi

¹³⁶ In senso pieno, il punto di vista interno è quello di chi accetta una norma o un insieme di norme, accettando di agire in base alle relative conclusioni normative cioè accettando gli obblighi che ne derivano per sé e gli altri. In un senso più debole è possibile un punto di vista interno distaccato di chi si limita a dire quali sono tali conclusioni normative. Questo secondo atteggiamento acquista però un senso particolare quando abbiamo a che fare non con una norma singola ma con norme secondarie e con un ordinamento normativo per cui tali conclusioni normative, distaccate o partecipate, divengono un discorso enormemente complesso, dotato di un proprio lessico e di una propria "logica" interna, che nel caso del diritto è appunto la logica di un ordinamento normativo. In altre parole quando si sviluppa una professione, un linguaggio, una casta di clerici, come per la giurisprudenza. Questa distinzione tra punti di vista interni è molto presente nella discussione post-hartiana.

¹³⁷ Sul tema ho trovato illuminante N. STAVROPOULOS, *Hart's Semantics*, cit., pp. 59-98. Nell'affrontare questo tema, Stavropoulos non affronta comunque i punti che a me sembrano di fondamentale importanza: come la analisi di Hart possa rientrare in una mera ricostruzione del linguaggio ordinario; e come si possa far rientrare il linguaggio e discorso giuridico nel linguaggio ordinario e nel senso comune.

¹³⁸ Una forma classica della tesi della convergenza tra visione popolare e tecnica del diritto si trova naturalmente in F.G. DE SAVIGNY, *Della vocazione del nostro secolo per le legislazione e la giurisprudenza*, Libreria alla Minerva, Verona, 1857, per es. capo I; sull'elemento tecnico, p. 105 ss.

etici di vasta portata e di formulazione comprensiva che peraltro sono anche in qualche senso interni al diritto. A uno specifico diritto? L'autore, come è stato notato da un coro di critici, non chiarisce neppure se questa sia una caratteristica di ogni diritto o solamente degli ordinamenti contemporanei di *common law* anzi di quello statunitense a cui costantemente si riferiscono gli esempi e l'attenzione dworkiniane. Al coro, io aggiungerei che la teoria dell'autore statunitense soffre anche perché non distingue tra identificazione dell'area giuridica in generale (concetto di diritto), individuazione di ciascun diritto vigente in ogni società e determinazione dei confini dei singoli diritti mediante un elenco di fonti o qualunque altro mezzo. Nei termini delle tesi sviluppate nelle pagine precedenti, classificherei la posizione dworkiniana come una proposta di una concezione di diritto idiosincratico, che colora con aggiunte filosofiche di proprio gradimento (liberali) la norma di riconoscimento nordamericana o forse tutte le norme di riconoscimento; ovviamente l'uso stesso di questa terminologia per descrivere la teoria di R. Dworkin costituisce inevitabilmente una critica a R. Dworkin formulata in una terminologia a lui estranea.

Con R. Dworkin ci troviamo di fronte una teoria del diritto che si propone di individuare/determinare ciascun diritto mediante un procedimento basato su parametri estremamente vaghi, in cui è centrale la considerazione di principi morali (liberali), definiti dall'autore come uguale considerazione e rispetto per gli individui. Oltre ad essere questo principio irrimediabilmente vago, si può dubitare che esso fosse presente, diciamo, nel diritto prussiano dell'era guglielmina, per non parlare di quello romano o assiro-babilonese, e che quindi sembrerebbe, al meglio, solamente una caratteristica contingente di alcuni diritti occidentali contemporanei democratici e basati sui diritti individuali. Questa definizione di diritto, che R. Dworkin rifiuta veementemente di chiamare con questo nome, può piacerci o dispiacerci per il suo impegno valutativo e per il contenuto dei suoi valori; ma dobbiamo considerarla veramente un sostituto funzionale della norma di riconoscimento? Un giurista moderno che applicasse questa teoria (nella misura in cui è determinata) si troverebbe a percorrere una strada ben battuta nella storia del diritto, caratteristica di diritti in cui le parole delle leggi e delle costituzioni non sono decisive, essendo meramente un sintomo del diritto. Il criterio di delimitazione ultimo proposto dal pensatore statunitense è dunque poco verbalizzabile, poco tecnico e dai possibili risultati giudiziari molto controversi; personalmente faccio fatica a considerare i criteri dworkiniani come parte di una fonte del diritto atta a fondare la scelta di servirsi di una norma piuttosto che di un'altra, di un argomento giudiziario piuttosto che di un altro, specialmente nel momento cruciale della decisione dei casi concreti.

Come ho già osservato sopra, ad aggravare drammaticamente le difficoltà di inquadramento della sua teoria, R. Dworkin esclude che ci si possa domandare se la sua proposta sia una descrizione del metodo usato dai giuristi o la prescrizione di un metodo giuridico da usare. A mio modesto parere nel momento in

cui ci si propone un concetto di diritto con elementi idiosincratici, *non* di senso comune, per identificare il diritto in generale (in questo caso valori etici e liberali), ebbene questa è evidentemente una operazione di metodologia prescrittiva, compiuta nel tentativo di influenzare la pratica giuridica dicendo ai giuristi e ai giudici come pensare; ai miei occhi dunque la teoria di Dworkin ha una evidente componente di metagiurisprudenza normativa. Ma questo saggio non pretende di affrontare seriamente i temi dworkiniani e quindi non proseguo su questa linea di analisi.

Anche il concetto di norma di riconoscimento ha un posto di rilievo nella discussione post-hartiana. Soprattutto quando si affrontano due approcci al diritto, chiamati giuspositivismo inclusivo ed esclusivo, che qualcuno considera mutualmente esclusivi. Secondo il primo approccio il diritto sarebbe determinato tramite autorità e procedure, comunque da una lista di norme sulle fonti, per cui i valori etici entrano nel diritto solo in quanto vengono incorporati in una norma giuridica; secondo l'altra concezione sembrerebbe possibile o necessaria fin dall'inizio una visione meno passiva verso le fonti, che andrebbero interpretate con un approccio impregnato di principi etici, seppure forse di specifici principi etici (della morale positiva? della morale incorporata nella tradizione giuridica?), che sarebbero in ogni modo parte integrante del diritto. In questo caso non sarebbe questione di contenuto ma di metodo: da una parte ricorso a norme e dall'altra un atteggiamento più attivo o "interpretativo" che (forse) non sarebbe interamente riducibile a norme. Sfortunatamente, come si è visto, il successo di queste idee nella discussione recente si deve in gran parte a R. Dworkin e le tesi di teoria del diritto di questo autore sono sempre formulate in modo brillantemente oscuro, e spesso difese nel corso del tempo in modo da confondere non tanto i critici quanto le acque, come è stato notato da più parti e tra gli altri anche da Hart. R. Dworkin comunque respinge ambedue queste versioni del giuspositivismo.

È certo prudente nutrire una qualche diffidenza verso gli approcci al diritto che, come quello dworkiniano, pretendono di essere insieme più potenti e più oggettivi¹³⁹ e in cui il rifiuto di usare sia il concetto di diritto sia la nozione di

¹³⁹ Si veda R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 41. Di contro J. Raz nel saggio *Two Views on the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*, in *Hart's Postscript*, cit., p. 13. Secondo l'argomento della *semantic sting* le fondamentali questioni giuridiche, come si è visto chiamate da R. Dworkin "the grounds of law", sarebbero erroneamente concepite da Hart come qualcosa che deve avere risposta in base all'esistenza di regole o criteri condivisi dai giuristi e riconducibili al significato del termine "diritto". La delimitazione dell'ambito della pratica giuridica sarebbe dunque erroneamente deputata al concetto di diritto. La "sting" di cui parla R. Dworkin sembra essere che una simile concezione non ammetterebbe divergenze di principio tra i praticanti della pratica. Dworkin sostiene peraltro anche che esiste una risposta corretta ad ogni questione giuridica, purché si adotti un metodo più appropriato, un metodo interpretativo basato sulla sistematica considerazione di principi etici che sarebbero peraltro già incorporati nel diritto o in alcun diritti. Questo sarebbe infatti il metodo già adottato dai giudici, perlomeno quelli degli Stati Uniti. Una tesi con molti punti oscuri; molti, tra cui lo stesso Hart, hanno risposto che una tesi strettamente semantica come descritta da R. Dworkin non è mai stata sostenuta da Hart. Alcune delle considerazioni in queste pagine riguardano argomenti rilevanti a questa polemica:

norma di riconoscimento sembra almeno in parte basato su una nozione assai ristretta di cosa sia un concetto e cosa sia una norma.

Non è sempre chiarissimo quando le critiche al positivismo hartiano sostengono la insufficienza di una norma di riconoscimento che operi esclusivamente secondo il *pedigree* delle norme (contenga solo criteri di validità procedurale?) e quando più radicalmente respingono la nozione stessa di norma di riconoscimento, qualunque sia il contenuto di tale norma¹⁴⁰. Poiché comunque le norme giuridiche sulle fonti nel diritto sono indubbiamente presenti nei diritti contemporanei e bisogna darne conto, se respingiamo la espressione “norma di riconoscimento” dobbiamo trovare un altro nome per il complesso di considerazioni giuridiche che permettono di determinare normativamente i confini del diritto distinguendo ciò che fa parte di uno specifico diritto da ciò che non ne fa parte e quindi costituiscono un aspetto essenziale delle argomentazioni e decisioni giuridiche.

A parte la norma di riconoscimento, la tesi che il diritto sia o dovrebbe essere indifferente alla morale è, ovviamente, del tutto implausibile, se intesa nel senso che il diritto non incorpora mai o non dovrebbe mai incorporare nessuna delle idee morali di una società. È una di quelle tesi paradossali che vengono formulate solo per metterle in bocca agli avversari. Semmai c'è da discutere sui modi in cui venga fatta o debba essere fatta questa recezione e riguardo a quali parti della morale e di quale morale. All'altro estremo, non c'è nessuno che sostenga che tutti i principi morali (di chi?) siano o debbano essere *ipso facto* incorporati nel diritto. Si incontreranno al più giusnaturalisti che sostengono che tutti i *veri* principi morali debbono essere o sono incorporati nel diritto. Ma R. Dworkin non dice nulla del genere. E la intera discussione continuamente oscilla nei suoi argomenti tra quanto ho chiamato in queste pagine la individuazione del diritto vigente e la determinazione dei confini e del contenuto di quel diritto una volta che esso è stato individuato. Una separazione tra etica e diritto è un elemento essenziale del pensiero giuridico moderno a partire dalle rivoluzioni dell'Illumi-

visto che il concetto di diritto del senso comune, che volentieri descriverei anch'io come “*the grounds of law*”, è da me considerato il fondamento della pratica giuridica, ma può essere anche il punto focale di scelte metodologiche, teoriche, politiche mediante cui si vuole influire su tale pratica. Ad esempio influenzando sulla determinazione dei confini del diritto con la manipolazione delle fonti. Come si è visto ho cercato di rendere conto di alcune divergenze sistematiche sulla “natura” del diritto nella cultura giuridica come il prodotto di concezioni del diritto idiosincratiche, dove la unità minimale della pratica giuridica è mantenuta dal rispetto del concetto di senso comune. Nel suo ultimo scritto, Hart respinge le critiche di Dworkin su questo punto come irrilevanti, sostenendo (secondo me correttamente) che esse possono essere considerate piuttosto come proposte di metodologia prescrittiva rivolte ai giuristi di *common law*. La posizione di R. Dworkin è una posizione idiosincratica di tipo neo-costituzionalistico a chiara prevalenza prescrittiva. In proposito sull'ultimissimo Dworkin v. anche *infra*, n. 169.

¹⁴⁰ Di questa discussione mi sono occupato altrove discutendo il libro di A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 228, da me commentato in *Meditazioni sul giuspositivismo dopo Hart*, «Notizie di Politeia», 79, 2005, p. 71 ss. Le mie opinioni in proposito si trovano anche in: *L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, Ragion pratica, 21, 2003, p. 405 ss.

nismo. Ma una qualche separazione tra diritto e morale è comune al diritto e alla pratica giuridica di ogni tempo. Non ho intenzione qui di entrare nella discussione sul grado di permeabilità tra i due fenomeni, per esempio quanto conti la morale in diritto non solo quando è esplicitamente richiamata da una fonte, ma anche quando il silenzio del diritto lasci all'interprete la determinazione del senso di ciò che non è esplicitamente detto. Nonostante qualche tentativo di sostenere che la tesi della separazione ha impedito o attenuato la critica morale al diritto, è vero il contrario: nei tempi moderni è stato sollevato con molta maggiore radicalità che in passato sia il problema della legittimità morale di ogni singola norma giuridica sia il problema della legittimità morale di interi ordinamenti giuridici. Il secondo problema è stato per lo più risolto con il riferimento a un legislatore politicamente e quindi moralmente legittimato; e la modernità giuridica non mi sembra abbia prodotto un aumento di conformismo etico, la tesi che il diritto vigente è sempre buono, ma al contrario ha reso pacifica la distinzione tra legalità e legittimità, tra la corretta derivazione di una norma dalle fonti e la giustificazione di tali fonti e di tali norme sul piano etico. Nessuna *reductio ad Hitlerum* può essere davvero messa a carico della distinzione tra etica e diritto, piuttosto l'opposto: sono le forme di obiettivismo etico le basi ideologiche dei maggiori orrori giuridici di ogni tempo e in particolare del nostro.

In queste pagine di descrizione metodologica, il mio contributo alla discussione sulla separazione-tramite-norma-di-riconoscimento si limita a rilevare che essa va collocata al suo posto nella sintassi interna della pratica giuridica, distinguendo tra le fasi di identificazione/individuazione (concetto) e di determinazione del diritto (fonti), che avviene tramite diversi tipi di linguaggio caratterizzati da pragmatiche diverse. Questi discorsi infatti, come ho ripetuto fin troppe volte, hanno diverse funzioni complessive (pragmatica) le quali determinano la loro diversa natura linguistica, semantica e sociale. Prima di tutto l'essere discorsi fatti dal pubblico privo di conoscenza specialistica o invece fatti da professionisti appositamente addestrati, i giuristi. Tali pragmatiche trovano il necessario terreno di contatto in una semantica e una sintassi che appartengono sostanzialmente al linguaggio ordinario. Tali distinzioni sono tanto più significative quanto più i confini di un diritto sono determinati da norme giuridiche, come avviene nel diritto occidentale moderno; hanno un valore assai minore, o nullo, quando ciò non è il caso. Un diritto che non abbia una norma di riconoscimento (molto) determinata sarà probabilmente un diritto dai confini indeterminati, perché il concetto di diritto che ci consente comunque di identificarlo rispetto a fenomeni sociali contigui, non sarà probabilmente in grado di tracciarne i limiti con precisione. Sul punto specifico della separazione tra etica e diritto come caratteristica del concetto di diritto di senso comune ho già accennato: un concetto indeterminatissimo come quello del senso comune non può produrre risultati chiari e costanti nel tracciare i confini del diritto con i fenomeni sociali prossimi, in particolare tra gli argomenti normativi ritenuti giuridici e quelli che non verranno considerati in un certo diritto. Il senso comune a mio avviso

ritiene che la ingiustizia sia possibile e frequente in tutti i diritti, in questo senso tratta diritto e giustizia come – purtroppo – separati. Dal canto loro le fonti del diritto di un determinato diritto o famiglia di diritti di fatto possono prevedere una maggiore o minore apertura rispetto a fattori sociali ed etici.

A livello semantico/sintattico, nel mondo occidentale odierno ci troviamo di fronte a un linguaggio giuridico tecnicizzato e a una notevole giuridificazione delle fonti, entrambi gestibili solo da professionisti del diritto. Ho cercato di mostrare la tesi abbastanza contro intuitiva che tale giuridificazione richiede che sia già avvenuta la individuazione del diritto, e che questa nella nostra cultura giuridica non si fonda su nozioni scientifiche, tecnico giuridiche o sociologiche, ma sul concetto di diritto del senso comune e la individuazione del diritto mediante indizi evidenti al senso comune nelle situazioni normali su cui si fonda (anche) la prassi giuridica dei non giuristi. La giuridificazione delle fonti rafforza la separazione ma non la autonomia del momento tecnico e comporta sempre almeno un abbozzo di ordinamento normativo e una gerarchia tra le norme, comporta una metaregola giuridica per riconoscere e coordinare le stesse norme sulle fonti, di solito un complesso di regole facenti riferimento a una autorità sovrana e anche a un testo normativo di valore supremo, una Costituzione. Come ho ripetuto molte volte, la norma di riconoscimento non è in grado di risolvere il problema della individuazione del diritto, richiede che esso sia già stato risolto. Il senso comune continua dunque a svolgere anche presso i giuristi la sua funzione di identificare il diritto vigente e può avere successo nelle situazioni normali, in cui il problema è alla portata del senso comune perché il candidato ad essere considerato diritto vigente è uno solo.

Per un diritto che non abbia precisato giuridicamente le sue fonti, o che sia caratterizzato da un insieme di fonti poco determinate¹⁴¹, i confini del diritto saranno determinati prima di tutto dal generico concetto di diritto di senso comune, che dirige automaticamente la nostra attenzione a una certa area di fenomeni sociali, poi da criteri di determinazione più o meno vaghi, spesso il riferimento a tradizioni e consuetudini ovvero alle decisioni più o meno coordinate del potere politico supremo, talora incarnate in una burocrazia. La nascita di una classe di giuristi e di una tradizione giurisprudenziale (precedente giudiziario) sono da considerarsi passaggi decisivi verso un pensiero giuridico professionale a un linguaggio giuridico tecnico e a criteri di auto-determinazione. Sappiamo che molte decisive battaglie politiche sono state combattute per assicurare o togliere a un determinato potere politico il controllo sul diritto, dallo *ius respondendi*, alla codificazione giustiniana o alla lunga lotta dell'assolutismo in Europa per ottenere il monopolio del diritto sulla società feudale.

Sono tutte complesse questioni di storia giuridica che non ho alcuna pretesa

¹⁴¹ Ritengo plausibile l'ipotesi che un diritto poco determinato giuridicamente possa essere invece ottimamente determinato da altri fattori: extragiuridici, culturali, ideologici, sociali. In questi casi la indeterminatezza renderà comunque incerta la natura giuridica o meno di tali criteri. Non sono in grado di approfondire questo problema in queste pagine.

di poter affrontare qui. Comunque per la teoria della individuazione del diritto sarebbe utile chiedersi a che punto di (in)determinazione giuridica è possibile parlare di norma di riconoscimento. La discussione anglosassone sul positivismo giuridico, e a dire il vero lo stesso Hart, mi paiono concentrati sui diritti di *common law* odierni e non si curano troppo della storia del diritto. La questione se la norma di riconoscimento esista anche nei diritti primitivi, e in quali diritti primitivi, per esempio viene lasciata fuori dalla teoria hartiana con la elegante costruzione concettuale del diritto primitivo (putativo), definito come teoricamente privo di ogni norma secondaria. Vale la pena di parlare di norma di riconoscimento per ogni criterio che miri a tracciare una distinzione, per quanto vaga, tra diritto e non diritto? La mia impressione è che alla fin fine per il concetto di norma di riconoscimento vale quanto si può dire per il concetto stesso di norma. Secondo me, perché abbia senso parlare di norma non è necessaria una norma formulata in un testo canonico prodotto da una autorità (il caso più chiaro); basta che sia *formulabile* un testo sufficientemente determinato. Data la natura della pratica giuridica, se questo testo è sufficientemente significativo, di solito troverà una formulazione stabile. Così è per la norma di riconoscimento.

Di certo non voglio implicare che la storia del diritto sia una storia di progresso dal disordine delle fonti non determinate e di un diritto privo di confini certi fino alla elegante e geometrica semplicità di un ordinamento giuridico kelseniano gerarchicamente disposto a gradi in una piramide in cui le fonti del diritto sono (finalmente!) contenute in forma espressa in una disposizione costituzionale rigida superiore alla legge ordinaria¹⁴². Cioè che la storia del diritto

¹⁴² Come ho osservato *supra* n. 77 riguardo ai problemi qui affrontati è particolarmente curiosa la concezione di Kelsen del diritto internazionale nel sistema delle fonti. Si può ora aggiungere qualcosa tenendo presente l'influenza sul diritto delle concezioni idiosincratiche. Il principio di effettività che caratterizza il principio extragiuridico della norma fondamentale è per Kelsen anche una norma positiva consuetudinaria di diritto internazionale. Il criterio di individuazione dei singoli diritti sarebbe dunque fornito non più da un principio del metodo giuridico o del pensiero giuridico, come lo chiama Kelsen, ma dal diritto internazionale e vigente che fornirebbe il coordinamento e la successione tra tutti i diritti positivi. Il problema pre-positivo della individuazione del diritto viene perfettamente colto, ma subito dopo trasformato in una scelta giuridica. Ricordo che le scelte giuridiche sono possibili solo dopo che si è già identificato il diritto vigente, e questo vale anche per il diritto internazionale: il giurista a questo punto dovrebbe solo individuare il diritto internazionale vigente e questo diritto conterrebbe le norme per individuare tutti i diritti vigenti. Tuttavia si noti che tali norme positive sono, in Kelsen, una particolare versione del principio di effettività, il cui contenuto è la prescrizione di riconoscere come Stati e relativo diritto quegli ordinamenti-candidati-ad-essere-diritto che sono effettivi. A queste tesi che ho già criticato sopra, Kelsen aggiunge la teoria della unità di tutto il diritto che sarebbe, secondo lui, una necessità logica; anche se lascia aperta la scelta tra la supremazia di un diritto nazionale (partire da un singolo diritto qualunque) e supremazia del diritto internazionale, che Kelsen qualifica come scelta politica. A me sembra che Kelsen abbia ragione quando sostiene che questa alternativa potrebbe essere vista come la scelta tra due concezioni idiosincratiche del diritto, di cui si è parlato in queste pagine. Kelsen mentre presenta la questione della supremazia come una questione politica sostiene tuttavia che tutta la giurisprudenza del mondo debba avere una visione unitaria di tutto il diritto come risultato di una necessità logica, quasi si trattasse di una applicazione del principio di coerenza. A mio parere questa conclusione vale solo se presumiamo che la giurisprudenza di tutto il mondo debba fare riferimento a un criterio unitario di identificazione del diritto vigente. Questo come si è visto è neces-

culmini con il diritto occidentale (euroamericano) contemporaneo, anzi con un modello ricavato da esso. L'idea del diritto come piramide, cioè di un insieme armoniosamente coordinato di fonti e livelli di norme coordinate gerarchicamente, è una semplificazione che ha una componente ideale, cioè normativa, e in questo caso di importo etico-politico. Si vuole che il diritto sia ordinato, e lo si costruisce come ordinato¹⁴³.

Qualunque possa essere in proposito il nostro giudizio di valore, la storia recente del diritto distrugge l'illusione che l'elenco delle fonti tenda irresistibilmente e irrevocabilmente verso l'ordine e la gerarchia. L'ultimo dopoguerra ha forse portato nel nostro paese un regime giuridico ordinamentale molto più gerarchicamente ordinato del precedente, provvisto di una costituzione scritta, gerarchicamente sovraordinata alla legge che risponde bene al modello; ma i tempi successivi hanno sconvolto questo ordine con la presenza dei trattati della Unione Europea, della Costituzione europea e i principi supercostituzionali dei trattati delle Nazioni unite, prima di tutti quelli contenuti dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite¹⁴⁴.

A mio parere dunque l'aspetto del diritto di cui mi sono occupato in queste pagine va considerato indubbiamente come una caratteristica che emerge con particolare evidenza dal pensiero giuridico moderno e contemporaneo occidentale: è la distinzione pragmatica del linguaggio giuridico in un momento di senso comune e in un momento tecnico, una differenza che porta a distinguere in sede analitica tra il momento della sua individuazione e il momento della determinazione dei suoi confini. I due momenti non sono nei fatti nettamente separati e possono essere facilmente confusi. A mio avviso ciò soddisfa a sufficienza la

sario pragmaticamente nel senso che è necessario per mantenere una pratica giuridica unica cioè vivibile, onde evitare di trovarsi in una situazione patologica ma non è necessario e non avviene in società distinte.

¹⁴³ Su questo aspetto si appunta la critica di Giovanni Tarello alla nozione di ordinamento giuridico, che l'autore esprime come la differenza tra ordinamento giuridico *in rebus* (secondo lui non esiste) e l'ordinamento giuridico come ideologia, specialmente dei giuristi. V. per esempio: G. TARELLO, *Il diritto come ordinamento*, *Atti del X congresso nazionale di filosofia giuridica e politica* (Bari ottobre 1974), Giuffrè, Milano, 1975, pp. 49-237. Tale critica secondo me è sostanzialmente corretta nel senso ovvio che il diritto, come non è interamente determinato, non è neppure interamente ordinato sul piano gerarchico. Il concetto di ordinamento normativo è comunque imprescindibile per descrivere il diritto nel senso di ordinamento o sistema dinamico. Anche nel senso più forte di ordine gerarchico delle norme, il senso che gli viene attribuito da Kelsen e che è bersaglio delle critiche di Tarello, non credo sia possibile semplificare troppo la distinzione tra ciò che è presente nel diritto e ciò che vi mettono i giuristi. Come ho cercato di mostrare in queste pagine, la realtà del diritto si articola tra fatto, dato e atteggiamento degli agenti secondo modalità intrecciate in modo complesso. Il concetto forte di ordinamento giuridico è diffuso tra i giuristi e contrariamente a quanto sembra pensare Tarello, risulta utile anche nella descrizione della pratica giuridica come modello ideale. Rimane inoltre utile come strumento di metodologia prescrittiva.

¹⁴⁴ Per un quadro degli andamenti del diritto contemporaneo con riferimento alle Costituzioni si veda da ultimo il libro di G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2010, Capitolo Primo. Un brillante articolo sulla confusione delle fonti del diritto australiano, scritto da uno studioso kelseniano, è I. STEWART, *Critical Approaches in Comparative Law*, Oxford Un. Comparative Law Forum, 4, spec. § 2.2.5 in ouclf.iuscomp.org/articles/steuva-t.shtml

richiesta che ci deve essere una confluenza complessiva tra il diritto popolare e il diritto dei tecnici per non mettere in pericolo la sopravvivenza di quel diritto in quella società. La giuridificazione delle fonti mi sembra altrettanto significativa a caratterizzare il nostro mondo giuridico di una non meglio precisata chiusura/completezza o apertura/incompletezza di un diritto o un certo tipo di rapporto con l'etica o a una possibile etica. Dunque, mi sembra più significativo il fatto della giuridificazione delle fonti che non ciò che le fonti contengono o a cui fanno riferimento. Da questa prospettiva, che ci sia o meno riferimento a *pedigree* (procedure) o anche a principi etici o valori è secondario, per quanto rilevante sotto altri aspetti¹⁴⁵. Anche per questo ritengo che le teorie dworkiniane abbiano condotto la discussione teorico giuridica odierna su una strada poco significativa.

Le fonti del diritto possono recepire elementi esterni di qualunque tipo e fare riferimento alle opinioni etiche o sociali di qualunque tipo: è palese comunque che la presenza di fonti del diritto estremamente indeterminate diluisce ogni possibile regime di separazione che le norme giuridiche cerchino di instaurare tra diritto vigente e non diritto. Molte idee di origine etica e politica sono solidamente impiantate, da secoli, nel diritto e nei suoi istituti. Va distinto tra le aperture secondarie perché autorizzate dalle fonti e il caso ben diverso della apertura primaria che caratterizza i diritti la cui determinazione non è giuridificata o positivizzata, cioè non è essa stessa regolata da norme giuridiche. Determinatezza delle fonti e riferimento all'etica sono di principio due cose diverse e del resto alcune parti di alcune etiche sono ben determinate: non sono in grado di affrontare qui il problema se il riferimento all'etica, o meglio a un'etica, aumenti il grado di incertezza sui confini del diritto; il mio sospetto è che di solito lo aumenti. Certo la questione andrebbe meglio precisata: bisogna vedere in maggiore dettaglio il modo in cui viene compiuto tale riferimento. Tra le varianti qualcuna che i giuristi conoscono bene: se questo riferimento o rinvio è statico o dinamico, recettizio o non recettizio. Si può cioè recepire una particolare regolamentazione o soluzione così come è al momento della recezione; ovvero si può recepire la fonte normativa esterna, dinamica, con tutti i mutamenti che essa potrà apportare alla regolamentazione nel futuro. Ci sono poi ulteriori distinzioni ancora più fini tra la recezione dinamica e il riferimento a una regolamentazione esterna che riguardano ad esempio la rilevanza dell'ambiente normativo di origine delle norme, ad esempio ai fini della interpretazione. Su questi punti si ritrova nei diritti storici una fantasia infinita di soluzioni.

Comunque usando la terminologia sviluppata in queste pagine la determinazione tecnica del diritto mediante le fonti rimane una operazione tecnica distinta dalla sua individuazione mediante il senso comune anche se la determinazione avviene con il riferimento a criteri etici.

La maggiore chiusura o apertura del diritto a fonti (o norme) esterne è so-

¹⁴⁵ È quanto ho sostenuto in *Il formalismo giuridico*, cit..

prattutto un problema di politica del diritto, si tratta di questioni che nascono come richieste o rivendicazioni che il diritto sia più o meno aperto rispetto ad alcune prescrizioni di certe etiche, ovvero che resti come è; le scelte risultanti si congelano in soluzioni giuridiche normative che possono come tali essere descritte dalla giurisprudenza per quello che sono: ovviamente le diverse possibili soluzioni su questo aspetto così generale influenzano profondamente il contenuto di ciascun diritto, non solo per quanto riguarda il contenuto delle fonti, ma delle norme che ne derivano, dalla costituzione alla legge, alla giurisprudenza, ai contratti, alla consuetudine. Per fare esempi noti a tutti, nel nostro diritto vigente potremmo dire in questo senso che il diritto penale è meno aperto all'etica "esterna" che non il diritto civile, perché nel primo è più importante il principio di stretta legalità. Oppure, per la notevole influenza della attività dell'interprete nel diritto amministrativo, potremmo dire che questo ramo del diritto è più aperto alla considerazione di principi etico-politici che integrano le norme a guida dell'azione amministrativa. Sono problemi di apertura o chiusura che si possono valutare solo in modo relativo rispetto a diverse soluzioni in altri diritti o rami del diritto e soprattutto solo secondariamente, presupposta la separazione determinata da una lista di fonti. È solo in questa tipologia di diritti che ha senso porre il caso di scuola estremo, il modello proposto dal giuspositivismo inclusivo, di un diritto chiuso, in cui tutti i rinvii a norme esterne sono eventuali e secondari, sono cioè limitati ai rinvii regolamentati dalle norme giuridiche. Tutto questo è pur sempre formalismo giuridico, anche la presenza di principi sostanziali etici e di giustizia inseriti nelle norme giuridiche non è altro che formalismo giuridico, quando il diritto in questione è significativamente determinato cioè circoscritto da significative norme sulle fonti. Se non lo è, tutti i formalismi non cambiano questa realtà di fondo.

La tesi dworkiniana prende una strada tutta diversa, perché sembra sostenere (le posizioni di R. Dworkin sono sempre sfuggenti) che non c'è nessuna differenza tra questi fenomeni giuridici di diritti che secondariamente recepiscono considerazioni etiche e diritti primariamente influenzati dall'etica o da parti di essa. Ci sono alcune affermazioni provocatorie di R. Dworkin per cui il concetto di una norma di riconoscimento sarebbe inutile alla descrizione della pratica giuridica. Questo vuol dire negare che esiste una lista di fonti del diritto? E sostenere non già la tesi, che nessuno nega, che i diritti moderni sono in qualche modo aperti all'etica, ma la tesi ben più forte, e assai poco realistica, che i diritti moderni sono indistinguibili dall'etica o da qualunque altra norma sociale. Questo non vuol dire solamente che non potrebbe essere concepibile una norma giuridica che escludesse o limitasse il riferimento ad alcuni principi morali? Una tesi già strana per un liberale anche se accompagnata dalla considerazione che i valori necessariamente presenti nel diritto (in tutti i diritti?) sono valori liberali¹⁴⁶. Prendendo sul serio qualche affermazione paradossale del pensatore sta-

¹⁴⁶ Vedi *supra*, n. 89.

tunitense, si dovrebbe concludere che nessun diritto ha un momento (tecnico) di determinazione perché la lista di fonti e quindi la norma di riconoscimento non ha alcun rilievo o perlomeno non molto. Secondo il pensatore statunitense questo lascia il campo libero alle sue intuizioni etico-politiche; a mio parere, invece, un diritto del genere si affiderebbe interamente all'individuazione del senso comune che, come abbiamo sostenuto, individua approssimativamente il diritto vigente in ciascuna situazione sociale in base agli indizi periferici e approssimativi della sua presenza. Per Hart un diritto di questo genere sarebbe considerato diritto primitivo. Estremamente primitivo. La posizione di Dworkin mi sembra effettivamente andare in senso contrario agli sforzi complessivi del diritto moderno; ma non ritengo che possa essere letta seriamente in modo così radicale. Dworkin prende a bersaglio una concezione esageratamente ristretta della lista delle fonti, che terrebbe conto solo del *pedigree* delle norme, allo scopo di mettere in luce migliore la propria concezione idiosincratca del diritto, che aggiunge alle fonti tradizionali qualche componente etica di contenuto liberale: come altri critici, ritengo che questo sia un modo un po' troppo complicato per giustificare alcune decisioni della Corte suprema statunitense, un po' disinvolute rispetto al testo della Costituzione statunitense e alla divisione dei poteri. In realtà, come si è visto, la concezione criticata non esiste; nessuno nega che le norme sulle fonti (per esempio in una Costituzione) possano contenere principi morali; il problema vero è se e quando tali principi possano essere considerati rilevanti dai giudici in mancanza di riferimenti testuali nelle fonti.

Un diritto davvero senza norma di riconoscimento è altra cosa. Un diritto del genere sarà per forza una estensione del senso comune; si tratterà di una società in cui la istituzione del diritto assomiglia alla istituzione del saluto nella nostra, in cui il senso comune si esercita in un settore della realtà sociale meno strutturato, in cui esistono criteri giuridici di autoidentificazione meno determinati. Un termine che affiora comunemente per descrivere queste situazioni è "informale" come in "diritto informale". Questo non fa pensare, *pace* Dworkin, ai giudici di una Corte suprema che ignorano il principio di stretta legalità privando il nipote assassino della eredità del nonno assassinato in mancanza di una norma precedente e specifica, ma alla stereotipa tribù di primitivi, dove giustizia è resa informalmente dagli anziani del villaggio sotto un albero Pipal. Ci possiamo ben attendere che simili diritti prevedano amplissimi e indeterminati rinvii a principi etici e sociali e che non esitino a privare della eredità i nipoti assassini anche in mancanza di espliciti precedenti.

Su questo punto si può spremere forse ancora qualche lume dal modo in cui procedono le altre pratiche sociali più semplici ma simili al diritto, appunto come la pratica modesta ma importante del saluto, di cui mi sono servito più volte. Anche il saluto ha in comune con il diritto la variabilità dei modi, unita alla costanza di significato, visto che il saluto svolge una funzione analoga in ogni tempo e luogo, per lo meno quanto alla sua funzione primaria, mentre le sfumature sono infinitamente variabili nelle varie società e situazioni sociali. La

pratica del saluto mostra una differenza importante rispetto a quella giuridica. È vero che compiere un saluto e identificarlo come tale richiede la applicazione di regole complicate, ma questa pratica nella nostra società non ha neppure lontanamente la complessità interna della pratica del diritto. Per questo, l'istituto del saluto non possiede una giurisprudenza. E non ha bisogno di tecnici o professionisti. Non ha bisogno neppure di metaregole che determinino quali sono le regole del saluto. In questo senso è una pratica semplice; peraltro il saluto può essere una pratica altamente formalizzata e simbolica in altre società e in particolari situazioni. A me qui interessa distinguere tra le pratiche sociali che sono sufficientemente complesse da avere bisogno di una gestione professionale e quelle che non lo sono. Pratiche come il diritto, la cucina, la danza, il galateo, la religione hanno tutte una complessità interna di un ordine di grandezza diversa di quella del saluto, sufficiente per produrre di solito una categoria di gestori professionali e in questo senso un linguaggio tecnico. Così tutti sanno pressapoco cosa è la danza e magari sanno anche danzare qualcosa, ma poi devono recarsi presso un maestro o una scuola di danza per imparare le danze più complesse (non quello che si balla il sabato sera). Nel momento in cui le scuole di danza riconoscessero tutte una autorità per la danza, per esempio come si danza alla Corte del giovane Re Sole, la pratica sociale della danza si avvicinerebbe un poco di più a una pratica a doppio registro pragmatico come il diritto, dove tutti sanno qual è la pratica sociale del diritto (vigente), ma poi devono recarsi da un avvocato per essere informati su quali sono le articolazioni interne della pratica del diritto che riguardano il loro caso.

8. Varianti giurisprudenziali

Nei paragrafi precedenti ho dovuto complicare notevolmente la mia analisi descrittiva iniziale, ammettendo che la cultura e il pensiero giuridico, pur essendo fondati sul senso comune, sono spesso influenzati da concezioni idiosincratiche del diritto, se vogliamo da concetti di diritto parzialmente alternativi, che si sovrappongono all'approccio al diritto compiuto con gli strumenti forniti dal senso comune e dalle fonti del diritto stesso (il senso comune a sua volta viene influenzato dal diritto e dalle idee sul diritto, vi accennerò più sotto). Queste divergenze di fondo, come si è visto sopra, sono state sottolineate da R. Dworkin, che su di esse ha basato uno dei suoi attacchi più noti al giuspositivismo hartiano, l'ambiguo argomento della *semantic sting*: la concezione semantica criticata è da R. Dworkin attribuita a Hart e avrebbe qualcosa a che fare con la funzione in essa del concetto di diritto, ragion per cui essa non sarebbe in grado di rendere conto della presenza nei diritti di divergenze su casi chiave (*pivotal cases*). In questo paragrafo vorrei prendere lo spunto da questa osservazione, non per chiosare l'autore statunitense e neppure per cercare di chiarire cosa egli intenda,

ma per trattare il problema che le sue parole mi suggeriscono¹⁴⁷. Nelle pagine precedenti mi sono chiesto in che modo concezioni del diritto parzialmente diverse possono trovare posto nel quadro di metodologia descrittiva basato sul senso comune che ho tracciato; vorrei ora chiedermi se è possibile aggiungere qualche considerazione sulla natura specifica delle concezioni del diritto che influenzano i giuristi e la natura delle divergenze che ne derivano.

Il diritto è composto di credenze e di azioni rette da quelle credenze: il punto è che di solito si tratta di credenze e azioni *collettive*. Come si è visto, è la natura solitaria ed eccentrica che distingue il pensiero giuridico del folle; il punto sollevato nelle pagine precedenti è che questa eccentricità si scontra direttamente con qualcosa di molto più basilare che non le conoscenze tecniche dei giuristi; si scontra con alcune delle credenze del senso comune alla base della pratica giuridica della gente ordinaria. Il caso del matto alla stazione è servito dunque a ricordarci sia che il senso comune è centrale nella pratica giuridica, sia che la nozione di diritto (vigente) è nozione centrale del senso comune e del comportamento pubblico. È fisiologicamente vaga e imprecisa ma non è a disposizione della nostra fantasia individuale ed i suoi pur elastici confini si ignorano a proprio rischio e pericolo. Il normale concetto di diritto del senso comune in tutta la sua vaghezza, di cui ho parlato nelle pagine precedenti, è sufficientemente elastico da ammettere, peraltro, delle varianti di credenze che percorrono regolarmente la storia del diritto, la cultura giuridica e l'operato dei tecnici del diritto. Che sono anche loro comunque legati ai limiti del senso comune nella individuazione/identificazione del diritto.

In queste credenze va cercato anche il fondamento della differenza tra chi crede di essere capostazione a Pavia senza avere nessuna ragione per crederlo e chi, essendo magari in minoranza in una determinata cultura giuridica, sostiene invece che il diritto si ispiri/debba ispirarsi a criteri etico-normativi che, guarda caso, sono proprio quelli sponsorizzati da lui stesso: non è difficile riconoscere qui il ritratto di R. Dworkin e di infiniti altri giuristi. La stessa differenza corre tra qualcuno che creda follemente di essere l'imperatore Adriano e di possedere quindi il potere di distribuire tra i giuristi lo *ius respondendi* e chi ritenga invece che il vero diritto sia sempre il prodotto della giurisprudenza dottrinale di giuristi: ci ricordiamo che questa seconda tesi è stata sostenuta da illustri giuristi civilisti – del tutto sani di mente – allevati allo studio del diritto romano.

Stabilito che i giuristi non sono pazzi e non sembrano pazzi anche se talora hanno delle idee idiosincratiche sul diritto, che tali concezioni possono essere

¹⁴⁷ V. *supra*, n. 139. R. Dworkin è audace formulatore di *stings*, critiche intriganti delle teorie altrui espresse in linguaggio icastico, e altrettanto insoddisfacente utilizzatore di questi spunti, per il modo impreciso e caotico in cui sviluppa le sue intuizioni, per la faziosità con cui riproduce le teorie altrui e per la natura contraddittoria e continuamente variabile delle soluzioni teoriche proposte. Sulle confusioni e incertezze di R. Dworkin (la bibliografia è vastissima) ho particolarmente apprezzato L. ALEXANDER, K. KRESS, *Against Legal Principles*, in *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, a cura di A. Marmor, Clarendon, Oxford, 1995, pp. 278-326.

viste come il concetto di diritto del senso comune colorato da loro concezioni particolari, si tratta ora di esaminare alla luce delle tesi sviluppate nei paragrafi precedenti una posizione molto diffusa nella nostra dottrina che viene spesso indicata dalla locuzione “giurista positivo”. L’apparizione dell’aggettivo ‘positivo’ spesso segnala l’argomento di un giurista che rifiuta di usare argomenti considerati extragiuridici; l’uso di ‘positivo’ lungi dall’essere pleonastico indica in questi casi l’intenzione di ripudiare ogni argomento e concetto considerati non pertinenti al giurista¹⁴⁸. Il giurista *positivo* implica così che tutti i suoi concetti e metodi provengono dal diritto stesso, dal diritto vigente che si trova davanti; da una contemplazione passiva del “corpaccione” di tale diritto *positivo* egli ricaverebbe non solo l’oggetto e i confini dei suoi studi ma anche il suo metodo, il modo di descriverlo, i suoi concetti sarebbero tutti e solo i concetti del diritto stesso. La pretesa passività concettuale e la sua critica sono parte di un altro argomento teorico, non trattato in queste pagine, la teoria della interpretazione; ma è evidente da tutto quanto si è detto in precedenza che una pretesa del genere è problematica già a livello di fonti, in quanto è impossibile identificare e individuare il diritto vigente senza ricorrere a presupposti e pregiudizi concettuali esterni allo stesso.

In questa pretesa, come spesso accade negli argomenti metodologici un po’ approssimativi dei giuristi, ci sono peraltro degli importanti elementi di verità. In primo luogo la distinzione comune a tutte le scienze tra discutere un metodo e applicarlo. In secondo luogo la importante specificità dello studio del diritto che è studio di un materiale normativo in grado di autodeterminarsi e quindi in grado di emettere norme che riguardano il metodo giuridico. Quanto al primo punto, in tutte le discipline complesse la discussione del metodo viene lasciata ai filosofi o relegata ai momenti di crisi. Nella scienza normale lo scienziato è una persona che applica il metodo non che lo discute¹⁴⁹. Quanto alla seconda considerazione, il caso del diritto è particolare, chi ha autorità in base alle fonti individuate dovrebbe avere anche l’autorità di determinare il comportamento cognitivo e argomentativo della giurisprudenza. Così ad esempio il legislatore, purché non prescriva norme impossibili basate su conoscenze errate del funzionamento del diritto e della pratica giuridica. Una pratica interpretativa ad esempio può essere prescritta tanto quanto una lista di fonti, purché non sia

¹⁴⁸ *Supra* n. 72.

¹⁴⁹ Questo atteggiamento verso gli argomenti ritenuti eterodossi dunque non sorge solo nei giuristi, ogni disciplina conosce il conflitto tra conformismo e originalità, tra tradizione e innovazione così come conosce la tentazione di affrontare l’innovazione con la scomunica. In tutte le discipline, dalla biologia alla astronomia, da Darwin a Keplero, ai grandi innovatori è stata rivolta l’accusa di promuovere credenze folli o comunque estranee alla disciplina. Da una parte è una accusa comoda per chi la muove, perché inverte l’onere della prova; d’altra parte è vero che ogni disciplina si deve muovere, normalmente, entro i suoi propri confini, è fisiologico che vengano considerati dai suoi adepti solo gli argomenti che rispettano certe regole di metodo e nessuna disciplina potrebbe sopravvivere se dovesse inseguire e confutare dettagliatamente tutti gli argomenti di ogni *crackpot*. Il problema, naturalmente, è decidere quali sono gli argomenti rilevanti e quali quelli che non vanno neppure confutati.

impossibile o antinomica.

Il grado di dipendenza del giurista dal diritto sarà dunque contingente alla capacità delle norme giuridiche di regolare l'operato dei giuristi stessi in modo efficiente. Si comprende quindi e può essere giustificato come atteggiamento di prudenza e saggezza la tradizionale renitenza dei giuristi a formulare al proposito teorie a livelli troppo generali. Vengono di solito considerate con parsimonia le teorizzazioni che involgono assunti epistemologici, metafisici, etici, argomenti cioè diversi dalla considerazione delle norme giuridiche stesse. Ma naturalmente questi punti sono nello stesso tempo le inevitabili premesse non giuridiche delle teorie e delle concettualizzazioni dei giuristi. La distinzione tra la teoria generale dei giuristi e le teorizzazioni vissute come esterne può dunque essere considerata una opportuna divisione di competenze e di aree di studio, ma il diniego della rilevanza delle considerazioni extragiuridiche per gli studi giurisprudenziali è, a mio parere, ingiustificabile e da considerare come un esercizio di metodologia difensiva, la pratica di escludere dalla considerazione alcune scomode e problematiche, ma necessarie, premesse dei propri argomenti.

In ambiente giuridico comunque essere etichettati come portatori di argomenti sociologici o filosofici vuol dire rischiare di essere esclusi da ogni seria considerazione, comporta che gli argomenti vengano considerati irrilevanti, esimendo l'avversario dall'obbligo di ulteriore confutazione. Ciò avviene più facilmente quando l'interlocutore non è un giurista di professione, in questi casi si dice appunto: non è un giurista positivo, ma talora anche quando un indubbio giurista usa argomenti inusuali: sono noti alcuni casi illustri di tali *fin de non recevoir*. Un esempio classico sono le critiche di Betti alla descrizione del diritto romano fornita da Hägeström ed è caratteristico che Betti non ritenga necessario aggiungere argomenti a quelli che sono vere e proprie invettive¹⁵⁰. Le critiche di questo tipo sono, ahimè, particolarmente frequenti verso le idee dei filosofi del diritto, cosicché chi coltiva questa disciplina sviluppa presto una dolente sensibilità in proposito e capisce ben presto che nel mondo dei giuristi *positivi*, di solito, etichettare una tesi come "filosofica" vuol dire svalutarla esimendosi non solo dal bisogno di confutarla ma anche da quello di dimostrarla irrilevante.

Le considerazioni sul metodo giuridico delle pagine precedenti avevano ovviamente la pretesa di portare un qualche contributo alla risposta al problema di dove e come venga tracciata la linea di demarcazione tra argomenti giuridici o non giuridici. Tuttavia la presenza di concezioni del diritto idiosincratice ha complicato il quadro tracciato nei primi paragrafi: non è affatto chiaro come mai alcune delle concezioni del diritto idiosincratice usate da alcuni giuristi vengano accolte o almeno tollerate nel mondo giuridico e altre invece no.

¹⁵⁰ E. BETTI, *Diritto Romano. I Parte generale*, Cedam, Padova, 1935, p. 448 e 71. Hägeström, secondo Betti, ha scritto un cumulo di assurdità grottesche ed è "uno studioso che come giurista è meno che un dilettante". Non condivido l'impostazione giusrealistica di Hägeström, ma Betti, tipicamente, non dice una parola su cosa faccia di un giurista un giurista e cosa osti a considerare come giurista almeno dilettante l'infelice Hägeström.

Sto sempre cercando di tenermi in un quadro di metagiurisprudenza descrittiva, cioè di descrizione ricostruttiva di come il giurista “normale” ritiene di doversi comportare. Ammetto però di sentirmi a questo punto su un terreno poco solido, nella zona grigia tra metodologia e sociologia delle pratiche sociali; tuttavia quanto sto dicendo è ancora, secondo me, un frammento di descrizione metodologica, anche se fatta in termini forzatamente poco precisi¹⁵¹. Comunque stiano le cose, osservo che troppo spesso nella discussione di teoria del diritto, ci si appella alla esistenza di simili pratiche tra i giuristi o tra i giudici come se fosse una cosa semplice da accertare e da cui sia semplice anzi ovvio trarre conclusioni prescrittive.

In primo luogo il giurista, per essere considerato tale dai suoi pari, ai suoi pari deve dar prova di conoscere bene una branca del diritto. Se è vero che per apparire giurista agli occhi dei profani basta esibire qualche termine giuridico apparentemente tecnico¹⁵²; invece agli occhi dei suoi pari, giurista è qualcuno che ha dimostrato competenza con le fonti di un diritto e con il linguaggio tecnico della giurisprudenza, o almeno di un suo ramo e adeguata conoscenza dei contenuti. La specializzazione aiuta, è più facile essere presi sul serio dimostrando competenza settoriale, perché chi mostra di interessarsi a varie branche del diritto solleva il sospetto di non averne approfondita nessuna, di essere insomma un dilettante. C'è beninteso un notevole grado di conservatorismo terminologico e concettuale in tutti i rami del diritto e la maggior parte dei concetti o perlomeno dei termini impiegati sono largamente tralattati e piuttosto indeterminati; si è tanto più conservatori quanto più i criteri del metodo giuridico sono vaghi e le relative risposte incerte, per questo è vista con diffidenza l'introduzione di nuovi termini e concetti, anche se presi in prestito da altre branche del diritto o da altri ordinamenti; le innovazioni vengono più facilmente accettate se conservano i termini e modificano i concetti (un sintomo di incertezza metodologica). Con la sua specializzazione in un ramo di un diritto, il giurista mostra di conoscere i criteri di determinazione del proprio diritto vigente e di essere in conseguenza capace di gestire i relativi argomenti giuridici. Se devia, i colleghi possono supporre che lo faccia a ragion veduta e non per ignoranza. Non è naturalmente calcolabile il grado di eccentricità e innovazione che può essere accettabile in questo ambito professionale. A questo proposito l'autorevolezza previamente acquisita del giurista assume grande peso, maggiore forse che in discipline dove

¹⁵¹ Si veda come introduzione a questa parte dell'argomento specialmente il saggio di F. SCHAUER, *The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson*, 25 Oxford J. Legal Studies, 2005, pp. 493-501. Schauer ha, ai miei occhi, il pregio inestimabile e raro nella discussione odierna di questi temi, di tenere presente la distinzione tra atteggiamento prescrittivo e descrittivo in materia di metodo giuridico e di concetti. In questo articolo egli sostiene che il concetto di diritto è contingente e variabile e quindi per quanto riguarda l'uso prescrittivo è bene tener conto anche degli effetti etici di ciascuna scelta metodologica.

¹⁵² Gli anglosassoni lo chiamano legalese, *legal mumbo-jumbo*, *lawyers speak*. Un tempo questo effetto era istantaneamente ottenuto con un po' di “latinorum”; nel Regno Unito al latino si aggiunge(va) il francese arcaico importato nel diritto inglese con la conquista normanna.

il metodo applicato dispone di strumenti più espliciti e cogenti per dimostrare le conclusioni. Chi si è conquistata una reputazione di competenza in lunghi anni di osservazioni non contestate, potrà più facilmente essere ascoltato o tollerato nel momento in cui proporrà alcune affermazioni idiosincratice. La conseguenza è che, nelle discipline giuridiche e nella giurisprudenza, le speculazioni più ardite vengono spesso dai più maturi e autorevoli cultori delle discipline e delle giurisdizioni. Comunque sia, mentre è relativamente frequente trovare concezioni idiosincratice che riguardano parti relativamente ristrette del diritto, è più raro che i giuristi esprimano concezioni di portata complessiva, cioè di teoria generale del diritto, alla Savigny o alla Sacco per intenderci¹⁵³.

In secondo luogo, sempre per valutare le posizioni idiosincratice nella cultura giuridica, andrebbe aperto a questo punto anche un discorso più dettagliato dei pochi accenni fatti sopra, riguardante i modi di accertamento e prova dei fatti rilevanti per il giudizio di individuazione del diritto vigente (illustrato sopra con la metafora dei ciechi e dell'elefante). Anche per questo, lungi dal pretendere di farne una disamina, continuo a sfruttare il caso del folle di Pavia nel quadro della delucidazione dei rapporti tra metodo giuridico e senso comune e mi limito a qualche osservazione marginale basata sulle differenze tra la follia e le idiosincrasie del giurista. A prima vista sembrerebbe ovvio che il giurista il quale vuol essere preso sul serio non dovrebbe almeno riferirsi a fatti che secondo il senso comune non possono essere avvenuti; o viceversa negare fatti considerati ovviamente veri.

Sembrirebbe insomma ovvio che anche il giurista, come tutti coloro che non sono cultori di un metodo scientifico autonomo e indipendente dal senso comune, debba sposare i pregiudizi correnti e soprattutto evitare di sposare quelle opinioni sui fatti che nessuno condivide, se vuole evitare di essere considerato come affetto da allucinazioni, un tipo di pazzia che costituisce il secondo grande gruppo di follie come percepite dal senso comune. Si può essere tentati di sostenere che accade proprio questo, che anche nella giurisprudenza le questioni di fatto continuerebbero ad essere sottoposte al giudizio del senso comune, mentre le questioni giuridiche sarebbero sempre (considerate) più opinabili con una maggiore tolleranza verso le tesi idiosincratice. Vediamo ogni giorno che un giurista, se non un tribunale possono proporre senza troppo scandalo interpretazioni "stravaganti" e minoritarie della legge elettorale e sostenere che il vero Presidente degli Stati Uniti oggi dovrebbe essere un altro; ma è tutt'altra faccenda se "allucinano sui fatti" e sostengono che qualcuno sia stato eletto Presidente quando tutti sanno che non si è neppure presentato alle elezioni. Opinioni del genere avrebbero un deciso sapore di follia. Sfortunatamente la distinzione è assai meno netta di quanto potrebbe sembrare, se non altro perché molti fatti

¹⁵³ Si vedano anche, come esempio di giuristi italiani contemporanei particolarmente attenti alle questioni filosofiche della loro disciplina, gli autori menzionati *infra* alla n. 167. Sempre per quanto riguarda l'Italia, ad essi andrebbero aggiunti, quantomeno, anche gli importanti studi di teoria generale di N. Irti, di G. Zagrebelsky e di A. Falzea.

sono qualificati dal diritto e il risultato comunque è determinato dalla interpretazione delle norme giuridiche stesse. Del resto, anche un caso come quello del matto di Pavia potrebbe essere facilmente riformulato in modo che diventi una allucinazione sui fatti (il fatto della nomina a capostazione) piuttosto che sulle norme giuridiche.

Per quanto siamo dunque tentati di sostenere che allucinare su un fatto empirico evidente non verrà tollerato neppure in un giurista, a differenza di quanto avviene per una opinione (molto) idiosincratca sul diritto, poi ci accorgiamo che dobbiamo fare numerose eccezioni, per una serie di casi, assai frequenti, in cui nel mondo giuridico si mente o imbroglia anche spudoratamente su fatti giuridicamente rilevanti assai evidenti e noti, cosa che non desta la minima impressione di follia. Si pensi per esempio alla storia dei brogli elettorali o dei processi politici. Mi si potrà rispondere che una cosa è mentire e una cosa è allucinare, ma talora non è chiaro di quale delle due cose si tratti. Mi limito dunque a osservare che la questione della ovvietà dei fatti giuridici non è tanto diversa da quella del contenuto del diritto, e andrebbe anche essa utilmente riesaminata alla luce della differenza tra senso comune e pensiero tecnico giuridico qui delineata. Al caso dell'atto giuridico "ovviamente" inesistente per mancanza totale dei suoi presupposti e di cui il finto capostazione costituisce un caso estremo si dovrebbe quindi aggiungere la casistica dei fatti giuridici "ovviamente" inesistenti. La questione è sovente trattata nella teoria generale del processo sotto le voci della verità processuale e in teoria generale dell'atto giuridico sotto la voce della differenza tra nullità e inesistenza. Mi limito ad osservare che in tutti questi casi di credenze su fatti giuridicamente rilevanti che sono "ovviamente" sbagliate in quanto il senso comune si trova davanti a resoconti che considera mirabolanti, la terzietà del professionista e del magistrato è in qualche modo comunque rassicurante sulla base del seguente cinico giudizio: se volete raccontare cose assurde e improbabili, datene incarico a un avvocato, almeno tutti sapranno che non è pazzo ma prezzolato.

In terzo luogo, va considerata un'altra ovvietà, un'altra osservazione di metodologia descrittiva confinante con la sociologia, che non vale solo per la prassi giuridica. Per quanto riguarda le tesi e i valori con i quali il giurista "colora" la sua visione del diritto e la sua partecipazione alla prassi collettiva del diritto, perché abbiano successo è opportuno che essi non siano interamente idiosincratci e che non siano troppo innovativi. I colleghi si aspettano cioè dal giurista uno stile di continuità, in qualche modo opposto a quello del legislatore moderno, il cui mestiere è innovare il diritto; il giurista come tale è lì per descrivere e applicare o aiutare ad applicare il diritto che c'è già e ha una qualche udienza purché non inventi ma sviluppi e sottolinei. Mi rendo conto che sono affermazioni alquanto problematiche di fronte alla storia della giurisprudenza, cioè dal punto di vista della descrizione del modo in cui la giurisprudenza ha proceduto effettivamente nella storia. Certamente non mi arrischio ad estendere nessuna di queste osservazioni ad altro che alla situazione contemporanea e ancora meno

mi azzardo a dire alcunché sulle differenze di stile tra diversi paesi. Ancora più problematiche, se ci spostassimo sul terreno della giurisprudenza prescrittiva, sarebbero le esortazioni su come i giuristi dovrebbero comportarsi. A me pare di poter dire che un giurista normalmente farà fatica a convincere i suoi colleghi qualora proponga bruscamente nuove soluzioni radicalmente diverse. Questo vale in qualche misura anche per i giudici.

Tutto nella sua educazione e nella sua esperienza, e nel modo in cui funziona la pratica giuridica, indirizzerà il giurista a servirsi di strumenti concettuali tradizionali anche per innovare. Il giurista di prestigio, di autorevole diuturna e pedissequa competenza, per conquistarsi questo prestigio avrà dovuto dare prova a lungo di saper seguire la corrente; costui avrà più possibilità di farsi ascoltare anche quando introduce innovazioni, purché siano accuratamente calibrate. Queste considerazioni generiche e superficiali riguardano problemi sui quali gli storici del diritto hanno meditato profondamente e con dettagliata informazione. Secondo la visione oggi prevalente ci si aspetta in questo campo una creatività comunque non eliminabile e secondo alcuni è bene che essa sia ampia; ma ci si aspetta normalmente che avvenga con reinterpretazioni di linee decisionali già esistenti, che le novità radicali come tali vengano al diritto dai movimenti politici e dalle autorità con potere politico piuttosto che dalla proposta di un giurista. Chi vuol rompere questa regola, farà bene a fare il rivoluzionario piuttosto che il giurista. Robespierre come politico rivoluzionario poté inventare la Convenzione, la Repubblica, la Dea Ragione e il Comitato di salute pubblica e nello stesso tempo anche ribattezzare i nomi dei giorni e dei mesi, mentre dal Parlamento di Parigi dell'*Ancien régime*, una accolta di giuristi reazionari che pure agli inizi della Rivoluzione contribuì in modo decisivo a far cadere il regime monarchico di cui faceva parte, operò tramite interpretazioni sui limiti dei poteri del monarca nella monarchia assoluta. Una interpretazione idiosincratca da parte del giurista che sappia ben utilizzare le necessarie conoscenze tecniche e si muova abilmente nei limiti che gli sono concessi producendo necessarie innovazioni viene sovente considerato un mezzo di "progresso" alternativo alla innovazione da parte del legislatore. È chiaro che queste considerazioni non sono più descrittive ma prescrittive. Su questo terreno, anche nel caso di concezioni che riguardano aspetti limitati del diritto, è bene notare anche che l'innovazione non è senza costi, prescindendo dal merito delle questioni. Il diritto è impresa intrinsecamente collettiva, e le opinioni idiosincratciche la perturbano. Insomma chi canta in un coro una musica diversa da tutti gli altri rischia di apparire stonato. La via del giurista e la via del giudice richiedono dunque normalmente un passo assai più leggero che non la via del legislatore. L'innovatore in questi casi spesso ha successo convincendo gli altri che l'innovazione non sia in realtà innovazione. Per quanto questo sia spesso il modo più indolore e rapido di innovare, è pur sempre una pratica fondata sull'inganno.

Oltre ai giuristi, diciamo così, puri e semplici, nel cui lavoro o nelle cui dichiarazioni teoriche non è possibile rinvenire concezioni idiosincratciche coerenti

ti tramite cui essi considerano il diritto, esiste una minoranza di giuristi riflessivi che coltivano queste concezioni e che ne scrivono. A mio parere queste concezioni del diritto, ciascuna delle quali è una “interpretazione” in un senso molto lato della parola ovvero una coloritura o lettura idiosincratice del diritto, dalle fonti alle singole norme, possono essere e sono variamente raggruppate nella cultura giuridica moderna. Raramente queste classificazioni sono davvero solo di metodologia descrittiva, perché molti teorici le usano come un mezzo per mettere in evidenza la bontà della propria posizione e i difetti di quelle altrui¹⁵⁴.

In altri lavori di metodologia prescrittiva, seguendo la tradizione di Bobbio e Scarpelli¹⁵⁵, ho creduto di poter raccogliere tutte le principali concezioni del diritto sotto le tradizionali categorie del giuspositivismo, del giusrealismo e del giusnaturalismo. Si tratta, lo ammetto, di una distinzione un po' sbrigativa e alquanto riduttiva delle varianti e delle sfumature che spesso contano, ma in un discorso di metodologia prescrittiva un certo schematismo mi sembra fisiologico. Invece in una analisi di metodologia descrittiva, queste contrapposizioni schematiche vanno usate con precauzione, spesso non è facile e poco illuminante collocare la singola teoria e il singolo teorico in una di esse piuttosto che non un'altra. Nella analisi sviluppata in queste pagine, giusnaturalismo, giuspositivismo e giusrealismo troverebbero posto come tre *flavours* a cui si possono ricondurre (tutte?) le concezioni idiosincratice presenti nella teoria giuridica moderna. In questo contesto di descrizione metodologica si tratterà di coloriture più o meno accentuate di modi diversi di vedere un diritto, ma non tre vere e proprie correnti di pensiero giuridico anche perché molti teorici e giuristi rigettano o ignorano le etichette classiche, negano la rilevanza delle somiglianze su cui sono basate, resistono strenuamente al tentativo di collocarli in una o nell'altra e costantemente ne creano di nuove. Tra gli autori che si dichiarano al di fuori delle visioni tradizionali c'è naturalmente R. Dworkin: non si può ignorare il sospetto che questo atteggiamento sia dettato anche dal desiderio di sottolineare la originalità delle proprie idee.

Tuttavia R. Dworkin ha costantemente qualificato il proprio principale bersaglio critico (le teorie di Hart in primo luogo) proprio con la classica etichetta di giuspositivismo. La vaghezza e variabilità della sua definizione di questa (criticata) concezione ha suscitato uno dei dibattiti meno felici della discussione post-hartiana cui ho accennato sopra. Gli altri tradizionali concetti, giusrealismo e giusnaturalismo, non hanno avuto altrettanta fortuna, o sfortuna che dir si voglia. Ma se il giuspositivismo esiste sia pure come bersaglio di critiche, vanno

¹⁵⁴ Un esempio rimarchevole di questo modo di procedere è la monumentale storia della filosofia del diritto di G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento* (Nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli), Il Mulino, Bologna, 2001 che è contemporaneamente e con raro equilibrio una storia della filosofia del diritto moderna organizzata secondo le grandi correnti e una proposta del metodo giuridico che sembra corretto all'autore. V. anche *infra*, n. 162.

¹⁵⁵ 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.

riconsiderate anche le concezioni alternative. Pertanto mi sento spinto a cercar di trovare un posto alla tradizionale tripartizione anche in questa mia analisi di metodologia descrittiva.

La prima cosa che sento di dover fare però è sgombrare il terreno con qualche considerazione francamente di metodologia prescrittiva. Come ho detto più volte, molte descrizioni su come i giuristi di fatto opererebbero sono inficiate da una agenda nascosta di prescrizione metodologica. A mio parere, ad esempio, molte teorie del diritto (come quella di R. Dworkin) cercano di impadronirsi dell'area di discrezionalità del diritto proponendo teorie potenti in grado di "rileggere" il diritto al di là di quello che un diritto specifico giustifica, senza dichiarare quello che fanno e, quindi, senza proporre gli argomenti che potrebbero giustificare una scelta (prescrittiva) di fronte a scelte alternative. A mio parere si dovrebbe cercar sempre di distinguere tra le soluzioni che sono in un certo diritto e quelle che si ritiene dovrebbero riempire le aree grigie. Questo è il significato profondo del principio di legalità a livello del metodo. Ma questo non è esso stesso un criterio neutrale, è già parte della soluzione proposta da alcuni e da molti contestata. Sono radicalmente contrari a questa posizione di metodologia prescrittiva quanti sostengono che non esiste alcuna distinzione possibile tra ciò che il diritto dice e ciò che non dice, cioè tutti gli scettici. Ma di fatto lo sono anche tutti i formalisti: anche per questa via si finisce con assicurare ogni potere alla giurisprudenza, poiché una realistica nozione di discrezionalità è il maggior ostacolo a ogni costruzione della strapotenza del giurista¹⁵⁶. Sul piano della metodologia prescrittiva approvo in punto di metodo tutte le teorie che riconoscono la differenza tra quello che un diritto contiene e quello che vi si può aggiungere con una "interpretazione" integrativa. Altrove ho chiamato giuspositivismo critico questo atteggiamento di fedeltà al diritto tipicamente kelseniano; l'aggiunta dell'aggettivo "critico" rende palese che si tratta di un atteggiamento che approvo, ma mostra anche che il rispetto per il diritto è qualificato: come ho sostenuto in queste pagine, esiste uno zoccolo duro basato sul senso comune, compatibile con diversi *flavour* interpretativi purché non troppo intraprendenti. Potremmo parlare in questo senso di un giuspositivismo sociologico, di un giuspositivismo etico, di un giuspositivismo dei principi costituzionali, di un giuspositivismo dei principi-proposti-da-una-teoria-utilitarista; e potremmo parlare di un giuspositivismo sistematico o logico che cerca di estrarre dalle parole e dai concetti del legislatore ogni possibile indizio; e così via, tutte le varianti riempite da concezioni idiosincratiche anche diverse, ma aventi in comune una teoria della discrezionalità.

Una concezione giuspositivistica critica può utilizzare legittimamente il nome tradizionale perché mira alla integrazione, non alla sostituzione mediante principi e valori esterni, delle norme giuridiche riconosciute come valide dalle fonti,

¹⁵⁶ Si può capire che i giuristi che scrivono sentenze come giudici coltivino la discrezionalità in modo più discreto dei teorici. In una sentenza non ci si può aspettare che la corte dichiari che la soluzione è una delle tante possibili, ma piuttosto che implichi che è la migliore possibile.

a loro volta identificate come diritto vigente tramite un procedimento mentale fondato sul senso comune. Insomma perché si basa sulla idea normativa della *fedeltà* alle fonti. Essa però non è certamente un giuspositivismo alla Bonnacase, con il suo carico ideologico di formalismo interpretativo. È noto che l'immagine ideale di un giurista *perinde ac cadaver*, sottomesso senza opinioni aggiuntive ad una ipotetica volontà del legislatore, diventa problematica già da una lettura diretta delle vere tesi del suo più classico teorizzatore, Jeremy Bentham¹⁵⁷. Pertanto su questo punto ha ragione R. Dworkin: giuspositivista al modo di Hart è il giurista che possiede e pratica una teoria della discrezionalità. Al contrario di Dworkin aggiungo: che ha una adeguata e realistica teoria della discrezionalità. La teoria della discrezionalità secondo il modello kelseniano¹⁵⁸ introduce una zona grigia e una complessità strutturale all'interno del *dictum* benthamiano, per cui il diritto si osserva o si cambia; in questa concezione del diritto ci si rende conto delle opportunità e dei doveri di integrazione lasciati dalla vaghezza delle norme, su cui la teoria del diritto discute da sempre e che tale vaghezza include anche le fonti. Questa è la proposta di metodologia giuridica fatta da Hans Kelsen con la consueta nettezza, e continuata dai Bobbio, dagli Hart e dagli Scarpelli, che impone alla "scienza giuridica" di rilevare e dichiarare la indeterminatezza, e alla giurisprudenza di manifestare l'esercizio della propria ineliminabile discrezionalità. Il giurista kelseniano deve ammettere di esercitare la propria volontà nel riempire gli spazi di indeterminatezza del diritto. Il giuspositivista critico è un giurista che cerca di determinare cosa dicono le fonti del diritto e qualora il risultato gli sembri ancora incompleto o contraddittorio, un tale giurista cerca di distinguere quanto è ricavabile con i mezzi interpretativi concessi dalle fonti stesse e quanto in tale operazione deriva invece dai suoi valori, dalle sue opinioni o dai suoi interessi. Di fatto, le fonti del diritto moderno continuano a determinare il risultato giuridico in modo assai vago, concedendo all'interprete giuspositivista (critico) una vasta area di discrezionalità: gran parte dello sforzo fallito di R. Dworkin consiste alla fin fine nel tentativo di colonizzare questa area di discrezionalità in base a una sua propria ideologia politica, che egli vuole imporre a tutti gli interpreti dichiarandola non discrezionale, anzi

¹⁵⁷ F. FERRARO, *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Edizioni ETS, Pisa, 2010. Si vedano specialmente i par. 1.3.4, 1.3.5 e 1.3.6. Dove si mostra come Bentham non sostenesse affatto un'idea "meccanica" dell'interpretazione e come l'interprete "bocca della legge" sia una figura per lui impossibile.

¹⁵⁸ R. Dworkin ha attaccato con l'abituale efficacia retorica l'uso giuspositivista della nozione di discrezionalità: egli considera tutte le teorie della discrezionalità come errate perché rinunciarie (si ricordi che egli dichiara, fino alla penultima versione delle sue teorie, di *non* distinguere tra metodologia descrittiva e prescrittiva) e sembra sostenere la esistenza in ogni caso di una "*right answer*", una risposta corretta. Ma anche completa? Come al solito, le tesi di R. Dworkin non sono chiarissime e secondo molti critici variano anche nel tempo. Alcuni commentatori hanno letto anche questo aspetto della teoria dworkiniana alla luce del tentativo di integrare il diritto con la morale; il ricorso a considerazioni morali sarebbe in grado appunto di evitare (sempre?) all'interprete il ricorso alla discrezionalità. Così sostiene per esempio J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, in D. Patterson (a cura di), *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, Blackwell, Oxford, 2003, p. 129.

abolendo il concetto. Da parte mia, condivido in parte il contenuto liberale dell'ideologia dworkiniana, ma non il tentativo di renderla parte necessaria di ogni diritto.

Secondo la mia ridefinizione, un giurista dovrebbe dunque essere considerato giuspositivista (critico) solo se dispone di una adeguata teoria della discrezionalità, la sua concezione del diritto dovrà basarsi su una adeguata teoria della interpretazione e quindi una semiotica adeguata, una adeguata semiotica dei valori e una attenta considerazione delle fonti relativa a ciascun diritto vigente e non alla ideologia idiosincratica di ciascuno. Le fonti del diritto per il giuspositivista critico sono quelle che sono nel singolo diritto vigente, non sono necessariamente solo il legislatore, per esempio possono essere i diritti compresi nella Costituzione, dove esiste, o il precedente giudiziario, dove è considerato tra le fonti, o la consuetudine, dove è compresa tra le fonti e così via. Per il giuspositivista, la coloritura idiosincratica su questo e altri punti sarà limitata dalle barriere del diritto vigente, perché il giuspositivismo è una concezione che si concede di intervenire sulle fonti nei limiti concessi da una ideologia della fedeltà al diritto vigente, cosicché queste teorie possono essere idiosincratice e restare giuspositivistiche solo nell'area lasciata dalla vaghezza delle fonti e delle norme: come esempio si pensi alla classica opposizione tra interpretazione evolutiva e dell'intento originario o alle diversissime teorie dei valori che possono colorare una interpretazione. Giuspositivista critico dunque, per me, è la variante giurisprudenziale che riconosce la esistenza della discrezionalità, cerca di distinguere tra concezioni idiosincratice e diritto e ammette la legittimità di diverse concezioni della discrezionalità nell'ambito dello stesso diritto¹⁵⁹. Ci sono dunque molte possibili varianti all'interno di questo quadro.

Tornando alla descrizione metodologica, ci possiamo ora chiedere se il positivismo giuridico sia una categoria utile per descrivere il comportamento giuridico odierno; ebbene, troppo spesso la vaga assonanza tra le espressioni giuspositivista, giurista positivo e diritto positivo fa concludere che il giuspositivismo sia il modo di pensare dei giuristi. Se il giuspositivismo è definito come ho detto sopra (ho dalla mia la autorità di Dworkin) le cose non stanno affatto così: i giuspositivisti come possessori di una teoria della discrezionalità per integrare lo spazio di obbedienza al diritto sono rari *specialmente* tra i giuristi; pur senza essere in grado di portare prove, non ritengo dunque di poter dire che il giuspositivismo sia il modo in cui i giuristi odierni affrontano il diritto.

A mio parere questo è confermato proprio dalla discussione anglosassone

¹⁵⁹ Un consapevole esempio di questa posizione è istanziata dagli studi di diritto amministrativo di S. Civitarese Matteucci, di cui si veda soprattutto *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006. La posizione di Civitarese, a mio parere, è particolarmente apprezzabile nel diritto amministrativo, dove le alternative concettuali si traducono immediatamente in allocazioni alternative di potere giuridico. Una difesa filosoficamente sofisticata del positivismo giuridico sul terreno della metodologia prescrittiva si trova in S. CIVITARESE, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, Diritto pubblico, n. 3, 2006, pp. 685-749.

sul concetto di positivismo giuridico ricordata sopra¹⁶⁰; a mio avviso una delle parti meno felici della teoria del diritto recente. Inoltre è curioso che il giuspositivismo sia di solito individuato e criticato per una sua supposta concezione “formalistica” della interpretazione secondo cui c’è sempre una soluzione interpretativa vera, basta trovarla, quando proprio la tesi contraria è al centro delle tesi di tutti i giuspositivisti dichiarati almeno dai tempi di Kelsen e sono invece i suoi critici, come ad esempio R. Dworkin, che ripropongono le tesi della esistenza di soluzioni giuridiche giuste (*right answer*).

È vero che nella storia dei movimenti culturali l’uso delle grandi categorie è abitualmente una semplificazione e una scelta tra le infinite varianti su cui si costruiscono i tipi ideali, che sono sempre modelli normativi, ma in questo caso mi pare che tanto il giuspositivismo quanto le altre concezioni del diritto tradizionali, sia pure trattate come tipi ideali, siano poco utili a individuare correnti di pensiero giuridico presenti nella giurisprudenza moderna; la loro principale funzione è come modello prescrittivo e come tali possono avere una utilità anche nella comprensione delle posizioni di singoli giuristi e di singoli argomenti giuridici.

Una delle ragioni principali per cui la tripartizione classica non è molto utile come strumento di *descrizione* metodologica è che la maggioranza dei giuristi *non* sono giuspositivisti, ma non per questo vanno considerati giusrealisti o giusnaturalisti. Questa situazione può essere spiegata solo nei termini della teoria del senso comune sviluppata nelle pagine precedenti, riconoscendo che la maggioranza dei giuristi non sono sostenitori di alcuna concezione idiosincratca del diritto. Infatti, mentre tutti i giuristi e i non giuristi devono servirsi del senso comune per individuare il diritto vigente, a pena di escludersi da ogni partecipazione alla pratica sociale con questo nome, invece solo una piccola minoranza di giuristi, si tratti di giudici o di esponenti della dottrina accademica, sviluppa *sistematicamente* una concezione idiosincratca del diritto, cioè sviluppa, accetta e si serve di un concetto di diritto parzialmente non di senso comune. La stragrande maggioranza degli operatori giuridici invece è caratterizzata dall’utilizzo di argomentazioni *ad hoc*. Nei casi relativamente rari in cui vengono in gioco concezioni del diritto, si scelgono quelle teorie e concezioni che sono utili all’argomento del momento. Questo è l’opposto dell’atteggiamento del giurista che propone una sua concezione idiosincratca, sistematica e coerente, del diritto e delle fonti, usando un concetto di diritto attraverso cui leggere il diritto.

Nella pratica e nella teoria giuridica è considerato accettabile e comunque normale che un giurista, sia egli avvocato o giudice, quando ciò sia utile a sostenere conclusioni specifiche che sembrano desiderabili, utilizzi di volta in volta o anche contemporaneamente teorie e concetti che un filosofo del diritto sarà invece tentato di riportare a concezioni del diritto diverse o incompatibili. Del

¹⁶⁰ Che purtroppo ha largamente ignorato le precisazioni concettuali di Bobbio e Hart. Per le mie opinioni sulle definizioni di Bobbio e Hart rinvio a M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987 e *Meditazioni sul giuspositivismo dopo Hart*, cit..

resto molte idee di teoria generale in circolazione nella giurisprudenza sono espresse in termini tralattizi, vaghi e raramente analizzati fino in fondo, che celano le incongruenze e le ambiguità; inoltre un eccesso di attenzione verso questi problemi e la loro inevitabilmente complessa ramificazione viene spesso sentito come un atteggiamento filosofico improprio nel giurista. L'utilizzo disinvoltissimo della teoria generale e in definitiva di concezioni di diritto *ad hoc* è frequentissimo anche nelle sentenze, al punto che spesso nella stessa sentenza si rinvencono impunemente portate ad appoggio della argomentazione idee e concetti generali evidentemente incompatibili tra di loro in ogni loro possibile interpretazione.

I giuristi con una concezione idiosincratica elaborata sono invece una piccola minoranza di giuristi pensanti e, di solito, scriventi. Anche in questi casi tuttavia gli aspetti che siamo abituati ad attribuire alle singole concezioni del diritto si trovano spesso sfumati e commisti; comunque presenti principalmente come *flavours* o coloriture, accentuazioni di aspetti metodologici, semiotici, etici, sociali, di fattori interni al diritto.

Così le concezioni di sapore prevalentemente giuspositivistico, dopo aver applicato il concetto cioè identificato/individuato il diritto vigente in base al senso comune e aver determinato le fonti, insistono sul sistema dei concetti che possono essere ricavati prevalentemente dalla legislazione e dalla costituzione, in un linguaggio letto il più possibile in base al contesto del discorso normativo piuttosto che alla situazione allargata, dando rilevanza alla intenzione originaria che risulta dagli atti di produzione normativa. Spesso oggi quando si critica il giuspositivismo si intende criticare questo atteggiamento, molte delle cui idee si trovano peraltro, in forma attenuata, anche negli autori che si rifanno in prevalenza alle altre concezioni.

Le concezioni del diritto di sapore giusnaturalistico mirano a “migliorare” o “colorare” il risultato della applicazione delle fonti del diritto mediante una lettura del diritto attraverso determinati principi etici o morali. Oggi di fatto sono propugnatte per lo più da giuristi con concezioni morali molto determinate e con pretese oggettivistiche¹⁶¹. Una parte delle esigenze del giusnaturalismo, diciamo la esigenza di migliorare il diritto con l'apporto di elementi etici, peraltro è confluita oggi nelle concezioni giusrealiste. Bisogna considerare il fatto che non tutti i giusnaturalismi si rifanno a valori trascendenti o a priori o neppure costanti¹⁶². Ad esempio è stato notato che anche la ambigua e spesso contraddittoria e poco comprensibile teoria dworkiniana, nelle ultime versioni almeno, ha un certo sapore giusnaturalistico, se si interpreta il principio di lettura del diritto proposto

¹⁶¹ Per questo Bobbio sostiene che la caratteristica del giusnaturalismo non è una particolare visione dei rapporti tra etica e diritto, ma la concezione oggettiva della morale: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

¹⁶² Questa concezione del diritto è al centro della teoria di Guido Fassò. Si veda G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, cit., per la rilevazione di questa concezione nella storia giuridica moderna; e per la teoria soprattutto G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1966.

da R. Dworkin come un criterio etico o morale. R. Dworkin rifiuta la qualifica di giusnaturalista e avrebbe ragione se tale principio etico risultasse essere già presente nel diritto, come egli sostiene; dal mio punto di vista già presente vuol dire presente nelle fonti di quel diritto che è stato individuato inizialmente tramite il senso comune: in tal caso egli sarebbe un giuspositivista nel mio senso. Alla fine, per evitare di essere incasellato nelle tradizionali concezioni del diritto, il noto autore finisce con essere ambiguo, un destino scientifico che, dal mio punto di vista, è peggiore dell'oblio¹⁶³.

Secondo me non è il *flavour* giuspositivistico né quello giusnaturalistico ma quello giusrealistico ad essere oggi la più diffusa concezione idiosincratca del diritto; come ho detto sopra si tratta comunque di questioni che interessano una piccola minoranza di giuristi pensanti¹⁶⁴. Ad inglobare idee giusnaturaliste, ma anche giuspositivistiche, è la versione prescrittiva del realismo giuridico di cui dirò ora. Molti giuristi trovano “naturale” o “scientifica” la lettura delle fonti giuridiche che attribuisce una considerazione maggiore alla effettività sociale di quanto non mostrino le fonti stesse. Per questo, già nel primo paragrafo di questo scritto, discutendo della “effettività” presupposta dal senso comune, ho sottolineato la sua distanza dalla effettività sociologica o giusrealistica, dalla descrizione empirica della realtà sociale. Molte delle concezioni che ritengo vadano ricondotte al giusrealismo (in questo senso) si presentano con altro nome: sono di questo tipo tutte le concezioni che considerano come fonti vincolanti di ogni diritto la consuetudine, gli usi, il precedente giudiziario, la desuetudine e prestano attenzione a quelle che vengono chiamate fonti extra-ordinem, anche quando *non* sono considerate fonti dal diritto in questione se letto senza gli occhiali giusrealistici. La difficoltà comune a tutte le concezioni giusrealiste del diritto, sotto qualunque nome, è che esse occupano una posizione precaria tra sociologia o storia del diritto e giurisprudenza normativa. Come aveva visto, con occhio acuto, Guido Fassò, ci sono dunque componenti che potremmo chiamare giusnaturalistiche in molto realismo giuridico. La differenza con la concezione del diritto del giusnaturalismo più tipico è che il giusrealista non propone questi elementi direttamente come valori che devono essere inseriti nel diritto, ma come elementi della concezione del diritto in generale che tramite opzioni

¹⁶³ Condivido quindi l'icastico commento sulle sue teorie di J. Mackie pronunciato sul primo saggio famoso dell'autore statunitense e prima che R. Dworkin diventasse il punto di riferimento imprescindibile (in positivo o negativo) di tutta la teoria del diritto anglosassone: “I have resisted the temptation to entitle this paper “Taking Rights Seriously and Playing Fast and Loose with the Law.” But it will become plain, as I go on, why I was tempted”, J. MACKIE, *The Third Theory of Law*, Philosophy and Public Affairs, Vol. 7, No. 1, 1977, pp. 3-16 ora in Id., *Persons and Values*, vol II, OUP, Oxford, 1985.

¹⁶⁴ Come esempio recente di giusrealismo consapevole si veda: E. PATTARO, *The law and the right: a reappraisal of the reality that ought to be*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (E. Pattaro, H. Rottleuthner, R.A. Shiner, A. Peczenik, G. Sartor, A. Rotolo, G.J. Postema, P.G. Stein), Springer, Dordrecht, 2005, p. 164 dove la norma di riconoscimento è descritta come derivata e sussunta dalle credenze effettive degli utenti. Si tratta di una versione moderata della tipica tesi realistica che le norme sono derivate dal diritto piuttosto che il diritto dalle norme. Non a caso Pattaro è allievo di Fassò (v. nota 162).

metodologiche influiscono sulla giurisprudenza e sull'attività del giurista, sia egli giudice o giurista teorico. Il giurista che sostiene queste tesi non è sociologo o storico o etnologo giuridico dedito allo studio distaccato di una realtà sociale. Per il giurista l'aspetto prescrittivo o normativo della attività giuridica non può non rimanere prevalente, queste teorie sono concezioni giurisprudenziali e anche la proposta di una descrizione del diritto serve alla sua applicazione; per questo il discorso che si propone come migliore descrizione di come si agisce nella pratica giuridica contiene l'esortazione implicita ad osservare certi valori e certe fonti nella applicazione del diritto e nella pratica del diritto stessa. Questo vale anche per una descrizione giurisprudenziale basata su una concezione del diritto con valenze giusrealistiche, cioè incline a correggere le fonti con una maggiore considerazione di alcuni fatti sociali. Gli elementi esplicitamente di metagiurisprudenza prescrittiva, rivolti ad influenzare i modi di applicazione del diritto, sono particolarmente evidenti in alcune versioni giusrealistiche più esplicitamente politicizzate, dalla scuola del diritto libero fino all'odierna teoria critica del diritto.

Poiché la pratica giuridica comprende ed è influenzata anche dalle riflessioni su se stessa, poiché la cultura giuridica influenza il diritto anche teorizzando su se stessa, per trattare del metodo giuridico senza perdere ogni controllo dei molteplici elementi è necessaria una adeguata attenzione ai rapporti tra livelli di discorso, occorre voler distinguere tra diritto, giurisprudenza e riflessione sulla giurisprudenza (metagiurisprudenza), occorre distinguere tra descrizione dei fatti e descrizione dei metodi insomma una realistica consapevolezza della differenza tra contesto di scoperta e di giustificazione, tra quello che gli agenti fanno e quello che ritengono corretto fare.

Come ho cercato di mostrare, per affrontare adeguatamente il metodo giuridico non possiamo limitarci a dire che si descrive o si prescrive; dobbiamo avere chiaro che una parte essenziale della pratica giuridica è descrizione di se stessa, la giurisprudenza, e anche discussione su come essa descrive o dovrebbe descrivere, cioè la discussione nella cultura e nella pratica giuridica sulla giurisprudenza stessa. Esistono dunque, per usare la terminologia di Bobbio¹⁶⁵, una metagiurisprudenza descrittiva e una metagiurisprudenza prescrittiva, idee che costituiscono di per se stesse fattori importanti nella cultura giuridica e nella pratica del diritto.

Il giusrealismo metodologicamente prescrittivo, il culto prescrittivo di una maggiore effettività, la correzione dell'elenco delle fonti del diritto per tenere maggiormente conto del momento della pratica sociale e della applicazione giudiziaria paradossalmente si diffonde in quei paesi occidentali di stato di diritto avanzato e relativamente ben amministrati, in cui non è troppo grande la differenza tra diritto "ufficiale" (le fonti individuate dal senso comune e determinate

¹⁶⁵ N. BOBBIO, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, Riv. internazionale intern. filos. dir., 1968, pp. 475-486.

da se stesse) e diritto in azione. Quando la differenza aumenta ci accorgiamo che l'attenzione alla effettività potrebbe comportare cambiamenti radicali rispetto alle concezioni giuridiche in circolazione e appare evidente la natura empiricamente problematica di queste concezioni. Come concezioni metodologicamente prescrittive del modo di operare della giurisprudenza esse sono sensate e opinabili. Se dovessimo prenderle sul serio come descrizioni empiriche dei fattori della realtà sociale esse sarebbero criticabili nella misura in cui non riconoscono la rilevanza di molti altri fattori quali la esistenza di illegalità diffusa, criminalità organizzata, abusi sistematici nell'esercizio del potere, irrilevanza della legislazione statale, estraneità di parti rilevanti dell'economia e della vita sociale alle regole giuridiche, forti relazioni tribali e familistiche che ignorano o stravolgono il diritto. Se consideriamo il mondo intero, qualunque concezione di diritto vigente-quando-effettivo porterebbe a cambiamenti ben più radicali nella immagine abituale del diritto della giurisprudenza tradizionale di quanto non propongano le correzioni della lista delle fonti giuridiche proposte dai giuristi con inclinazioni giusrealistiche¹⁶⁶.

Ai miei occhi, pertanto, i problemi di molte immagini del diritto più attente ai fatti, come viene esplicitamente proposto ad esempio dal giusrealismo moderato di Rodolfo Sacco commentato sopra, non stanno nel loro contenuto specifico come proposta di metagiurisprudenza, ma nel fatto di presentarsi per quello che non sono.

In una considerazione pragmatica che tiene conto degli scopi o funzioni sociali dei discorsi che sono incorporati nella loro struttura semiotica, le caratteristiche che un pensatore o un ramo della cultura giuridica imputano al diritto al di là del senso comune valgono tanto quanto le ragioni che li sostengono. Voglio dire che hanno bisogno di ragioni ulteriori che li sostengano, perché di certo la "natura del diritto" cioè il senso comune che sostiene la pratica giuridica non ci permette di scegliere tra di loro. Ad esempio, se sosteniamo che il diritto deve essere letto attraverso una tecnica di lettura testuale particolare (non indicata nel diritto stesso), o che deve incarnare adeguatamente certi ideali di giustizia, allora dobbiamo fornire una ragione perché si dia al concetto un tale senso peculiare.

Dobbiamo dunque descrivere queste operazioni senza dimenticare la specifica pragmatica del discorso giuridico. La funzione di una ridefinizione del concetto di diritto rispetto al senso comune, come ho detto, è quella di modi-

¹⁶⁶ Si consideri l'*incipit* di questo articolo di *The Economist* (5 giugno 2008): "Two in every three people on the planet – some 4 billion in total – are "excluded from the rule of law." In many cases, this begins with the lack of official recognition of their birth: around 40% of the developing world's five-year-old children are not registered as even existing". Se il criterio di esistenza del diritto fosse davvero la sua effettività, tutte queste situazioni giuridiche inaccessibili per la maggioranza dei loro cittadini non esisterebbero. *L'Economist* si ispira al rapporto *Making the Law Working for Everyone* (giugno 2008), della commissione ONU *Commission on Legal Empowerment of the Poor*.

Tale rapporto si trova online in <http://www.undp.org/legalempowerment/reports/concept2action.html>.

ficare lievemente con una operazione di metagiurisprudenza la lista delle fonti del diritto o il modo di operare di tali fonti, e a me pare evidente che questo tipo di operazioni ha un valore pratico; modificare l'approccio al diritto influenza il controllo delle azioni ottenuto con il diritto: tramite una concezione idiosincratca si può influenzare il diritto vigente senza ricorrere alle procedure che le fonti del diritto stesso prevedono. Molte concezioni che esaltano la funzione della giurisprudenza possono essere ricondotte all'inserzione di un elemento idiosincratco nel metodo giuridico. Ad esempio, si può influenzare più profondamente il diritto proponendo una teoria della interpretazione della legge che non con una modifica legislativa. Non è il compito di questa analisi di metodologia descrittiva prendere posizione su problemi di metodologia prescrittiva, la scelta di politica del diritto secondo cui è preferibile la opzione legislativa a quella giurisprudenziale, una scelta di politica del diritto che vuole spostare più potere giuridico dalla fase di applicazione del diritto a quella del legislatore.

Non è infatti questo il problema che si è trattato in questo paragrafo, ma quello della chiarezza metodologica, essa stessa beninteso un principio con forti implicazioni etico-prescrittive. La critica che esce da queste pagine ad alcune teorie generali del diritto non è una critica alla sostanza delle scelte proposte, ma agli argomenti con cui esse vengono sostenute e giudicate: dovrebbero essere la bontà delle conseguenze giuridiche sostanziali, non la pretesa scoperta della natura della giurisprudenza, del diritto o di quello che fanno i giuristi¹⁶⁷. Mi si

¹⁶⁷ Si veda come esempio l'importante volume a tre mani di L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 2003. Non si può certo rimproverare agli autori una scarsa attenzione ai problemi filosofici della giurisprudenza. Essi discutono ampiamente le principali correnti e teorie della filosofia e teoria giuridica, scritta da giuristi e da filosofi e riportano esplicitamente la propria concezione del diritto alla corrente ermeneutica e a Gadamer soprattutto. La discussione di tale concezione dovrebbe appartenere alla metodologia prescrittiva e non riguarda l'argomento di queste pagine. Qui è da osservare solamente che le tesi di questi tre autori danno per scontato quale sia il diritto vigente. Nessuno di loro affronta il problema che qui è stato chiamato della identificazione del diritto vigente, in altre parole nessuno di loro porta argomenti che possano spiegare il caso del matto di Pavia. Nel testo ho ripetuto che i giuristi non si occupano di questi problemi, e fanno anche bene: ma gli autori in questione non si limitano a tacerne. Invece essi vogliono dare del diritto vigente una visione più ampia e parzialmente diversa rispetto a un oggetto-diritto vigente visto in modo a loro parere troppo ristretto, a cui si riferiscono di solito parlando di diritto formale o diritto autoritativo (senza spiegare i criteri con cui viene individuato, con cui viene distinto il diritto formale *vigente* da quello non *vigente*). I nostri autori, con alcune differenze tra di loro, raccomandano la lettura del diritto attraverso una variante dell'ermeneutica; ebbene sono proprio teorie di questo genere, specialmente quelle di Modugno e di Mengoni, che mi hanno suggerito la teoria delle concezioni idiosincratciche del diritto. Visioni del diritto estremamente ricche, perché arricchite dalla profonda conoscenza di ciascun autore di uno o più rami del diritto, "colorate" da valori e principi, visioni del mondo, concezioni del linguaggio e della realtà sociale. Il tutto è in questo caso assai credibile ed equilibrato, ma il problema di fondo di queste visioni balza in primo piano quando si cerca di compararle, o di comparare le loro conclusioni con altre più o meno diverse: per fare uno tra gli infiniti esempi possibili con le conclusioni tratte dalla concezione altrettanto idiosincratca del "diritto mite" di Gustavo Zagrebelsky (*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992). Non esiste un terreno comune per valutarle. Si suppone che esse siano basate su una contemplazione della giurisprudenza in azione; anche indipendentemente dagli argomenti esposti in queste pagine, si può dubitare che un simile argomento sia proponibile in una concezione ermeneutica: infatti per ricavare un metodo

potrebbe rimproverare a questo punto che sto esercitando il consueto vizio dei filosofi di voler ricondurre ogni teoria ai pregiudizi della mia e in particolare alle sue divisioni. È vero che applico i miei pregiudizi filosofici e sono quindi in costante pericolo di sconfinare nel prescrittivo, ma almeno me ne rendo conto. Inoltre, sono pronto a riconoscere la presenza del pericolo ancor più grave di cadere nella follia consequenzialistica, di portare all'estremo e all'assurdo le conseguenze di una omissione all'inizio perdonabile o di una accentuazione in sé non sbagliata. Questo pericolo v'è soprattutto per i filosofi del diritto, mentre i giuristi normalmente manifestano prudenza teorica continuamente rinforzata dalle esigenze della pratica giuridica.

Alla fin fine non è difficile estrarre dalla variegata e contraddittoria pratica giuridica le indicazioni metodologiche che si preferiscono. Abbiamo visto che questo modo di procedere caratterizza l'approccio di R. Dworkin nel mondo anglosassone: anche se la grandissima maggioranza dei teorici che partecipa alla discussione lo fa per confutare le (variabili) tesi di Dworkin non c'è dubbio che, nel mondo anglosassone, l'autore statunitense ha avuto un grande successo nello spostare la discussione odierna di teoria generale nei suoi propri termini. Questo approccio caratterizza anche tante brillanti teorie giuridiche nella nostra cultura giuridica. Ma dal mio punto di vista ha il grosso inconveniente di produrre teorie *incomparabili* con le altre. Vorrei ricordare a questo punto l'esempio di Uberto Scarpelli, il quale sul finire della sua vita si dichiarò "positivista giuridico piuttosto pentito" deluso dalla insipienza del legislatore italiano, e propose di guardare con maggior favore all'operato della Corte costituzionale, presentata come una aristocrazia di giudici. Parlare di una aristocrazia di giudici metteva però in evidenza la natura di potere politico che in questo modo si accetta di attribuire alla Corte e si presenta per una volta questo cambiamento per quello che è, cioè come una diversa posizione di politica del diritto da parte del teorico, a differenza di quanto fanno centinaia di pensatori giuridici che scoprono nella maestosa e inalterabile natura del diritto, guarda caso, le proprie preferenze e considerano fumosissimi metodi di accertamento e ancora più fumosi genericissimi valori come fonti di soluzioni giuridiche determinate¹⁶⁸. La posizione di Scarpelli è un raro esempio della variante giuspo-

giurisprudenziale dalla osservazione, anche partecipate, alla pratica bisogna scegliere e prescriversi un modello. Dei tre autori di questo volume, a mio avviso, è il costituzionalista Rimoli, a far risaltare maggiormente i problemi sollevati dallo iato tra quello che i giuristi fanno o dicono di fare e quello che dovrebbero fare secondo l'autore e che quindi si avvicina maggiormente a una considerazione dei problemi che ho trattato, anche se in termini ermeneutici.

¹⁶⁸ Questa idea nella discussione post-hartiana sul positivismo giuridico è stata opportunamente espressa da R.A. SHINER, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Clarendon, Oxford, 1992. In questi anni la teoria del diritto è in una fase in cui prevalgono pensatori favorevoli alla flessibilità piuttosto che alla certezza (*ivi*, p. 326). In altri termini viviamo una fase antiformalista. La idea di fondo, che molte questioni di preferenza politica o comunque molto di sostanza vengono travestite da scelte metodologiche e concettuali per farle passare come oggettivamente valide, è espressa nel primo saggio di filosofia del diritto condotto con approccio analitico e linguistico che a mio conoscenza sia mai stato pubblicato, G. WILLIAMS, *The Controversy concerning the Word "Law"*, *The British Yearbook of Interna-*

stivistica, che include nel valore della fedeltà al diritto anche la consapevolezza dei suoi limiti.

9. *Meta-analisi e conclusioni*

È il caso di concludere.

Non è possibile tentare qui una meta-analisi del metodo impiegato: mi limito a qualche accenno. L'analisi filosofica qui condotta è fondata sull'attenzione critica per le grandi distinzioni che, secondo me, caratterizzano la filosofia analitica rispetto a una filosofia genericamente attenta ai problemi del linguaggio.

In queste pagine sono state sempre tenute tacitamente presenti le classiche distinzioni tra analitico e sintetico, tra linguaggio e metalinguaggio e tra descrittivo e prescrittivo e infine tra contesto di scoperta e di controllo. Questo non vuol dire considerarle dei dogmi o prendere posizione sulle molte questioni e critiche che hanno investito ciascuno di queste distinzioni, ma praticarle con un atteggiamento analitico minimale le cui parti si sostengono e qualificano a vicenda e continuamente rimandano continuamente l'una all'altra. La distinzione tra analitico e sintetico vuol dire mantenere una sufficiente attenzione sui concetti e sulle loro definizioni, sui loro sempre presenti margini di vaghezza e sulla provenienza delle relative soluzioni soprattutto sulla questione di dove sono ritrovate e con che argomenti sono fondate, se sul fatto della loro presenza nel linguaggio ordinario o in linguaggio specialistico e teorico ovvero se siano una proposta del teorico stesso. L'attenzione adeguata ai livelli di linguaggio è connessa con il punto precedente, necessaria quando ci si occupa di concetti e linguaggi il cui oggetto sono altri discorsi linguaggi concetti, in relazioni complicate, controverse ed essenziali, come nel caso del diritto. E la distinzione descrittivo/prescrittivo in queste pagine è stata continuamente tenuta presente soprattutto a livello di metodo, perché ogni descrizione è anche un intervento di semplificazione, selezione e preferenza e quindi non si è mai abbastanza diffidenti nel considerare teorie su queste materie, su che cosa si ritrova (descrizione) e che cosa si costruisce o ricostruisce (prescrizione). Ignorare senza buone ragioni

tional Law, 1945, pp. 134-56, ristampato in *Philosophy, Politics and Society*, 1 series, Blackwell, Oxford 1956. La scuola analitica hartiana ha in seguito largamente ignorato il contributo di Williams. La critica di Williams si applica perfettamente alle teorie di R. Dworkin, ad esempio. Un altro pensatore che vale la pena di ricordare qui è Richard Wollheim, il quale nel saggio *The Nature of Law, Political Studies*, II, 2 1954, pp. 128-141, pone chiaramente la distinzione tra concetto di diritto e criterio di validità (identificazione e determinazione). Anche Wollheim tuttavia, come Hart, sembra ridurre il problema della individuazione del diritto vigente a una questione di interessi individuali. Consideriamo un diritto solo se "in practice enforced" e negli altri casi "It would make sense to raise the question [di quali siano le sue norme] – and the fact that we are not on the whole interested in doing so, being merely a psychological contingency is irrelevant to the task of juristic analysis." (p. 135). L'autore ricorda peraltro in nota il caso del governo in esilio. Entrambi gli articoli sono inclusi nell'antologia-manifesto a cura di U. SCARPELLI, *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

questi punti vuol dire ignorare importanti cautele nella descrizione e nella analisi. Vedo un chiaro esempio di cosa accade trascurando queste precauzioni nella teoria di R. Dworkin menzionata sopra (dovrei dire delle molteplici versioni della sua teoria), nonché in una parte considerevole della discussione di teoria del diritto che le sue idee hanno suscitato; discussione non priva di scoperte e di osservazioni utili, tuttavia nella loro genericità troppo vaghe per fungere da regole metodologiche per il giurista. Le distinzioni analitiche in realtà si sostengono e completano a vicenda, necessarie a chi voglia sperare di perseguire la intersoggettività linguistica e la dimensione fattuale dell'analisi e l'obbiettivo, sempre comunque difficile, di distinguere gli oggetti dell'analisi rispetto alle opinioni dell'analizzante.

A mio avviso prestarvi attenzione non è dunque un segno di dogmatismo analitico, bensì il modo per iniziare a scongiurarlo, problematizzando l'analisi filosofica costringendola a interrogarsi anche su se stessa. Non c'è dubbio che operare in questo modo rende il discorso faticoso, oggetti con una dimensione semiotica già complicata come il diritto divengono ancora più complicati ed è ancora più difficile raggiungere soluzioni nette. Tuttavia, ignorare queste distinzioni induce alla prescrizione mascherata e selvaggia, senza validi argomenti, delle proprie preferenze, non solo metodologiche ma anche etiche e politiche, travestite da dati ritrovati nella realtà. La realtà di un metodo e di una pratica è sempre abbastanza sfumata e abbastanza composta da preferenze e credenze da rendere facile la confusione. In primo luogo l'argomento "i giuristi fanno così" o "i giudici fanno così" può essere trattato solo con tutte le necessarie precauzioni.

La filosofia analitica che ho praticato in queste pagine si è formata dalla scuola di pensiero giuridico analitico di Bobbio e Scarpelli e si caratterizza in particolare per l'originaria attenzione al normativo e alla distinzione tra prescrizione e descrizione anche a livello del metodo. Permette di considerare, da un canto, le proposte di modelli normativi di conoscenza e, dall'altro canto, le ricognizioni delle forme di conoscenza che effettivamente si trovano nel mondo. Questo strumento analitico è anche uno strumento di senso comune troppo spesso dimenticato dai teorici. Tutti sanno che il fatto che si parli in un certo modo non vuol dire che si debba parlare in quel modo, ma poi se ne dimenticano quando usano le locuzioni "i giudici fanno" e "i giuristi dicono". Ma neppure è facile individuare una pratica (linguistica) esistente nel mondo senza una continua attenzione alla sua componente normativa, perché descrivere regole è più facile che non descrivere frequenze di comportamenti bruti. Non solo i linguaggi o discorsi che sono parte della pratica sociale che si descrive, ma anche quelli con i quali si cerca di descriverli sono una mistura di descrittivo e prescrittivo, di ricognizione e di scelte.

Come dimostrazione dell'utilità di queste cautele, porto il risultato di queste pagine, che mettono in luce, a mio parere, un aspetto misconosciuto della pratica giuridica, l'atteggiamento di senso comune verso il diritto, un primo passo

necessario di ogni pratica e discorso giuridico. Se questa tesi regge, si tratta anche di una dimostrazione di come gli atteggiamenti inconsciamente e nascostamente prescrittivi sul metodo giuridico possano stravolgerne la ricostruzione.

Nelle mie analisi precedenti sul metodo giuridico, rivolte ad evidenziare l'aspetto costruttivo e di scelta delle concezioni colte del diritto avevo trascurato di occuparmi dell'aspetto fondativo del senso comune per la pratica giuridica. L'oggetto della analisi in queste pagine è un aspetto del pensiero giuridico, la individuazione del diritto vigente, lasciata in ombra dalla riflessione sul metodo giuridico, ma anche dalla pratica, pur essendo in piena luce ed evidentemente un passo necessario in ogni discorso giuridico. In questo caso è un passo che si sottrae all'attenzione proprio per la sua ovvietà; al suo posto il pensiero giuridico e filosofico pone spesso delle costruzioni metafisiche fortemente auto-justificative sul piano del metodo, concezioni di diritto pregnanti di scelte e conseguenze, che incorporano i pregiudizi e le opzioni dei giuristi.

Le discussioni sul metodo e sul metodo giuridico contengono purtroppo molti esempi degli inconvenienti causati dal trascurare l'aspetto normativo nella metodologia¹⁶⁹. Questa tesi non è per niente nuova nella teoria giuridica, essa

¹⁶⁹ Nell'ultima fase del suo pensiero, e nel suo più recente libro, R. Dworkin ha sollevato questioni vicine ad alcune discusse in queste pagine, soprattutto proponendo una distinzione tra problema dottrinale e sociologico (doctrinal and sociological questions). R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass); London, Belknap Press, 2006. Una esposizione sintetica si trova anche in R. DWORKIN, *Hart and the Concepts of Law, Replying to Frederick Schauer, (Re)Taking Hart*, 119 HARV. L. REV. 852, (2006) (reviewing NICOLA LACEY, *A LIFE OF H.L.A. HART: THE NIGHTMARE AND THE NOBLE DREAM* (2004)), in *Harvard L.R.*, vol. 119, 2006, p. 95 ss. Per quanto riguarda la polemica tra R. Dworkin e Schauer devo confessare di trovarmi per una volta più dalla parte di R. Dworkin. Per il resto, questo breve scritto dell'autore statunitense enuncia una tesi che può aiutare a capire dove le nostre strade si dividono. Secondo R. Dworkin in teoria del diritto "the sociological question has very little to do with adjudication" e il problema della "adjudication" è descritto anche come "domanda dottrinale" su cosa dica un diritto. Potrei interpretare questo come simile al mio tentativo di distinguere la identificazione e la determinazione (tecnica) del diritto? Ma la consonanza è solo superficiale e la sua distinzione troppo poco analitica: a Dworkin in realtà non va bene nessuna distinzione del genere perché non vuole indebolire con distinzioni simili la forza della "sua" proposta metodologica, presentandola alla fin fine come la sola possibile o comunque la migliore. In queste pagine ho cercato di compiere una analisi di fasi diverse del pensiero e linguaggio giuridico e comune distinguendo appunto tra individuazione e identificazione del diritto da una parte e sua determinazione dall'altra (quello che R. Dworkin chiama domanda sociologica e domanda dottrinale?). Con le precisazioni, 1) che la domanda "sociologica" sulla natura del diritto secondo me non è molto sociologica, nonostante che Hart qualifichi notoriamente le sue analisi concettuali come indagini sociologiche; si tratta di analisi concettuale certamente descrittiva di una nozione basilare di senso e linguaggio comune; 2) che la domanda "dottrinale" non è solo dottrinale, ma riguarda il pensiero dei professionisti del diritto. Inoltre, contrariamente a quanto (forse) sostiene R. Dworkin, ho sostenuto che ci sono complessi rapporti tra queste fasi del pensiero giuridico, essenziali al funzionamento della pratica giuridica. Qui ho sostenuto non solo che il pensiero giuridico è fondato su quello comune ma che il pensiero giuridico tecnico (dottrinale?) si serve delle concezioni di diritto (cosa è il diritto) anche per influire sulle risposte alla domanda sulle fonti e quindi sulla "adjudication", come decidono giudici e giuristi. Per comprendere questi aspetti del pensiero giuridico è necessaria la distinzione tra descrivere e prescrivere un metodo. R. Dworkin esercita proprio questa seconda opzione in modo assai forte, leggendo le fonti (del diritto statunitense) tramite le lenti di una "sua" nozione di diritto vaga ma fortemente idiosincratca e in questo senso fortemente ma arbitrariamente prescrittiva. La posizione di R. Dworkin sui tempi del linguaggio è stata riformulata ad

era stata pionieristicamente formulata da Bobbio con la sua distinzione tra meta-giurisprudenza prescrittiva e descrittiva¹⁷⁰ e sistematicamente teorizzata e praticata da Scarpelli. Si tratta peraltro di una cautela che deve essere continuamente riappresa ogni qualvolta l'asserito fatto che i giuristi dicono o operano in un certo modo viene usato senza sufficienti precauzioni. Mentre dovrebbe essere ovvio che il fatto che si proceda in un modo non vuol dire che questo modo di procedere sia buono, c'è tuttavia un pericolo ancora più insidioso: quando un modo di procedere è ritenuto buono, si è portati ad attribuirlo alla pratica, lo si scopre nei fatti, lo promuove a "il metodo" con il semplice espediente di evidenziare alcuni tra i molteplici confusi e talora contraddittori comportamenti dei partecipanti alla pratica. Spesso argomenti dubbi e complessi vengono dunque nascosti e compresi nell'uso di categorie e nomi apparentemente descrittivi, nel caso della giurisprudenza tra essi spicca la frase "i giudici o i giuristi fanno così": questa è la *semantic sting* di cui dovremmo davvero occuparci. È il "metodo Riggs" usato con enorme successo retorico da R. Dworkin¹⁷¹. È naturale che chi desidera brandire simili argomenti consideri le grandi distinzioni della

esempio in R. DWORKIN, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, 24 OJLS, 1, 2004, ora in *Justice in Robes*, cit. È quindi sintomatico e non inaspettato che R. Dworkin, per rafforzare la propria posizione, dichiari irrilevante la questione da lui definita "sociologica", ma in realtà è la descrizione e analisi concettuale della pratica giuridica: "The sociological question has neither much practical nor much philosophical interest. ... Nothing turns on which way we speak so long as we make plain what further point we wish to make in speaking that way. So the issue as traditionally posed has neither practical consequence nor philosophical interest" (pp. 98-9). Ho cercato di mostrare che al contrario tutto ciò ha un interesse filosofico e pratico basilare per il giurista, è il primo gradino poco visibile ma assai presente della scala del pensiero giuridico. Anche R. Dworkin, come me, ritiene che la metodologia abbia una componente valutativa, egli chiama questo di solito un punto di vista costruttivo e ritiene coinvolga sia la giurisprudenza sia la metagiurisprudenza. Si dichiara contemporaneamente un realista che presumibilmente estrae le proprie tesi dalla realtà del diritto. I suoi critici non vedono come questi atteggiamenti possano essere conciliati (D.M. PATTERSON, *Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 3, 2006, pp. 545-557) ma certo questi argomenti sono utili a respingere ogni distinzione tra metodologia descrittiva e prescrittiva in un campo in cui pure gli atteggiamenti descrittivi e prescrittivi dei tecnici del diritto contribuiscono con altre influenze sociali a determinare il diritto e a presentare un atteggiamento idiosincratico (appunto una costruzione) come la verità. Al contrario ritengo si debba coniugare una analitica attenzione per le componenti descrittive e prescrittive con una uguale attenzione ai tipi e livelli di linguaggio e alle diverse tipologie di autori, nonché ai modi in per cui queste componenti si collegano, come ho cercato di mostrare in queste pagine. Dove, peraltro, non mi sono occupato di problemi di metagiurisprudenza prescrittiva. Su questo punto quando si parla di atteggiamento normativo abbiamo a che fare con molte cose diverse che non sono ben descritte da una opposizione tra sociologia e *adjudication*. Il problema che R. Dworkin desidera esorcizzare è quello del fondamento di una metodologia normativa, la sua. L'operazione di R. Dworkin, al di là degli orpelli, è comune nel pensiero giuridico. Si coniuga un metodo estremamente lasco, che giustificerebbe qualunque conclusione, con la pretesa che esso giustifichi solo le conclusioni sostanziali preferite dall'autore. Questo produce appunto una (meta)giurisprudenza scatenata o dionisiaca come l'ho definita altrove, una metagiurisprudenza che nasconde i propri presupposti. La dolorosa verità è che un metodo (in questo caso una concezione idiosincratica del diritto) che sia meno condiviso e determinato delle conclusioni sostanziali che dovrebbe fondare è del tutto inutile.

¹⁷⁰ Si veda in proposito N. BOBBIO, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, cit.

¹⁷¹ Vedi *supra*, n. 119.

filosofia analitica come intollerabili e pignoleschi impicci ad ogni passaggio dei propri argomenti. I giuristi sono presentati come coloro che parlano in un certo modo; non si vuole distinguere tra descrittivo e prescrittivo specie a livello di metodo e tanto meno tra definizione (di giurista) e fatti sociali; si asserisce che i giuristi parlano in quel modo, ma non si desidera sollevare il dubbio se ciò sia il frutto delle scelte concettuali di partenza nel definire la categoria e il metodo giuridico e ancor meno l'ulteriore questione se ciò, comunque, sia una circostanza fortunata o sfortunata e perché. Questo infatti comporterebbe un difficile discorso filosofico sulla natura e la bontà di un metodo discorsivo. Si conclude che i veri o i buoni giuristi devono parlare come parlano i giuristi che parlano come si auspica che parlino; si omette di distinguere tra livelli linguistici e metalinguistici e si ignora la distinzione tra contesto sociologico e di controllo, insomma si trascura una tonnellata di distinzioni scomode per poter "scoprire" nei discorsi giuridici quelle opzioni metodologiche che il metodologo stesso ritiene si dovrebbero adottare; si relegano senza argomenti le altre cose che pure ugualmente circolano (come il senso comune) nel dominio del mero fatto quando pure non dell'errore.

L'attenzione per la componente normativa del metodo è stata dunque necessaria in queste pagine per tracciare i rapporti tra linguaggio ordinario e linguaggio tecnico. Secondo la ricostruzione qui compiuta entrambe le dimensioni interagiscono per produrre quella convergenza tra senso comune e giurisprudenza che costituisce la normalità di ciascuna pratica giuridica funzionante. Ho sostenuto sopra che tale collegamento avviene in uno spazio ideale di operazioni e concetti di senso comune inconsapevoli, impliciti e poco avvertiti che costituiscono la base anche del pensiero tecnico della giurisprudenza. Per cercare di contrastare la forte impressione, ampiamente accolta anche in teoria del diritto, che in realtà in questo spazio non ci sia nulla di importante da vedere e da spiegare, ho fatto abbondante uso di metafore e di similitudini, a scopo terapeutico, non da ultimo per contrastare un altrettanto abbondante uso di altre metafore per lo più inconsapevoli a cui ci si affida per evitare la distinzione tra identificazione, individuazione e determinazione del diritto. Ha costantemente ispirato la mia analisi il giuspositivismo politico come proposto originariamente da Uberto Scarpelli, anche se esso, proposto come tesi di metodologia prescrittiva, è stato poco menzionato esplicitamente in queste pagine¹⁷². Secondo questa posizione,

¹⁷² La difesa politica o etico-politica del positivismo giuridico è affiorata nel mondo anglosassone qualche decennio dopo essere stata formulata da Scarpelli, che non viene mai neppure menzionato, anche se alcuni suoi testi sono conosciuti da qualcuno di questi autori. Probabilmente Tom Campbell è l'autore più strettamente identificato con questa tesi. Peraltro R. Dworkin in uno dei suoi ultimi scritti (v. *supra*, n. 169) elenca tra i sostenitori di questa teoria, oltre a Campbell, anche Gerard Postema e Neil MacCormick. R. Dworkin osserva che questa difesa è incompatibile con una difesa basata su argomenti descrittivi. Secondo R. Dworkin una difesa deve essere invece "grounded in the theorist's own moral or political convictions". Sospetto che questo sia un ennesimo rilevante scivolamento nelle posizioni basilari di R. Dworkin. Quanto dico in queste pagine dedicate alla metodologia descrittiva è comunque rilevante anche al problema di metodologia prescrittiva, e alla fine una difesa della posizione di Hart, poiché col-

il metodo giuridico non può essere fondato su scelte interamente scientifiche e puramente cognitive, uno spazio invece occupato dalle discipline che studiano il diritto in modo empirico come la sociologia o la storia; al contrario la descrizione del diritto giurisprudenziale risulta indirizzata alla pratica e invariabilmente determinata da scelte di valore forti, cioè politiche. La neutralità può essere piuttosto perseguita nella forma della intersoggettività, rendendo palesi le scelte di valore presupposte, permettendo agli interlocutori di vederle e discuterle. Collocare tali scelte all'inizio del discorso tutte insieme in un concetto di diritto, riportando quindi anche le scelte metodologiche fondamentali nel concetto di diritto in parte condiviso con gli altri ma in parte riempito in modo idiosincratico, non è un'operazione priva di valenza politica ma costituisce la soluzione più consona all'ideale illuministico di permetterne l'aperta discussione critica, in una modalità analoga alla discussione che avviene in un organo parlamentare. Ciò significa che nel mondo giuridico le scelte non possono essere scientifiche ma possono essere *pubbliche*.

La mossa centrale della mia analisi, lo ripeto per l'ultima volta, è consistita dunque nel distinguere tra il modo in cui il diritto è individuato (dal senso comune) e il modo in cui ne sono determinati i confini (dai giuristi): più precisamente l'operazione complessiva di riconoscimento del diritto risulta essere una operazione complessa composta di *identificazione* del diritto in generale, *individuazione* del diritto vigente e infine sua *determinazione*. Il problema è spiegare come mai i giuristi spendano tesori di ingegno per determinare i confini del diritto, sul problema delle fonti, ma non sentano il bisogno di chiedersi quali criteri usano per individuarlo. Se mi si permette di ricorrere a un'ennesima metafora, ho cercato di mostrare che il momento della individuazione del diritto è il primo e necessario gradino nella scala delle operazioni interconnesse che formano il metodo giuridico e che permettono la pratica giuridica. Le operazioni che molti teorici pongono all'inizio del metodo giuridico non negano l'esistenza di tale gradino, presuppongono al contrario che su questo primo gradino si sia già saliti; per esempio i discorsi che iniziano con "i giuristi dicono" o "i giudici fanno" possono essere iniziati solo avendo già i piedi saldamente posati su questo gradino. Se il gradino non viene visto è perché è ovvio, non perché non ci sia. E per quanto questo passo sia ovvio e di solito compiuto dal senso comune in modo irriflessivo, è composto di una doppia operazione concettuale: bisogna capire cosa è il diritto in generale e cosa è il diritto vigente. Ho cercato di dar conto del fatto fondamentale che i discorsi giuridici dei giuristi e i discorsi di senso comune sul diritto hanno una base comune ma sono diversi a livello semantico (di contenuto dei concetti) e sintattico (di struttura dei concetti) non per caso ma in conseguenza della pragmatica diversa dei due tipi di discorso. Questa pragmatica, la ragion d'essere della pratica giuridica, comporta altresì

loca le teorie del diritto come il neo-costituzionalismo dworkiniano tra le concezioni idiosincratiche che hanno pure bisogno del concetto di diritto di senso comune per identificare e individuare il diritto.

che l'estensione del termine/concetto diritto sia *grosso modo* la stessa per giuristi e non: il diritto dovrà collocarsi nella stessa area della realtà sociale, poiché alla fine giuristi e non giuristi devono trovarsi a parlare e trattare dello stesso diritto e dello stesso diritto vigente, sia pure in modi diversi. Altrimenti la intera pratica sociale entra in crisi e risulterebbe impossibile la stessa impresa giuridica, una pratica collettiva di controllo sociale dei comportamenti attraverso meccanismi normativi e coattivi, da parte del potere prevalente¹⁷³.

Nonostante questa sostanziale convergenza, mantenuta dalle esigenze fondamentali della pratica, ci possono essere e ci sono divergenze concettuali significative, che producono costruzioni concettuali idiosincratiche. Il senso comune è per sua natura abbastanza approssimativo nei risultati ed elastico nei suoi strumenti concettuali da accogliere tranquillamente variazioni marginali e interstiziali.

Credo sia anche opportuno guardarsi dal rischio principale della metafora ontologica, che porta a trattare ogni parola come riferita a una cosa, nel nostro caso di trattare ciascun singolo diritto come se fosse un oggetto materiale. Nessuno sostiene seriamente che un diritto, come il diritto italiano vigente, sia un oggetto materiale e la metafora oggettuale ha certamente una sua utilità, se trattata per quello che è. Si può infatti parlare di ciascun diritto *come se* fosse un oggetto nella misura in cui ciascun diritto ha alcune caratteristiche di un oggetto materiale: è permanente e indipendente dai voleri dell'individuo e come tale può essere visto da prospettive diverse e con diversi intenti. Infatti ho sostenuto che può essere accostato mediante una osservazione di senso comune, che è una quasi-percezione nella sua immediatezza e/o mediante una osservazione dottrinale che, pur andando oltre, si fonda sulla stessa quasi-percezione. Inoltre il diritto può essere "visto" cioè studiato da scienze diverse che non hanno un prevalente obbiettivo pratico e normativo e quindi non sono costrette a dipendere così strettamente dal senso comune come la giurisprudenza. Infine il diritto può essere "manipolato" con adatte pratiche sociali, come quando diciamo (metaforicamente) che esso viene modificato, ridotto, ampliato, distrutto e creato. Tutto ciò rischia però di divenire ingannevole quando ci si dimentica che si ha a che fare anche qui con una metafora: bisogna allora ricordare che il diritto, o meglio ciascun diritto vigente, *non* è un oggetto materiale e certamente non un oggetto che si possa indicare, vedere, toccare o manipolare.

Per evitare queste difficoltà, una strada diversa da quella adottata qui potrebbe essere mantenere il discorso sul diritto nell'ambito della scienza sociale

¹⁷³ Sono convinto, come ho detto altrove e ricordato sopra, che per una corretta analisi del diritto occorre rendersi conto che il linguaggio "tecnico" dei giuristi se non è un linguaggio naturale, non è neppure un linguaggio artificiale, bensì una specie *sui generis* che chiamo *linguaggio amministrato*. Sul piano della storiografia filosofico-giuridica questa idea mi deriva dal connubio tra l'accostamento tipico del giuspositivismo oxoniense e hartiano che analizza il diritto come prodotto del senso comune e come lingua naturale, e quello del giuspositivismo italiano e scarpelliano per cui il diritto va studiato alla luce di modelli di scienza, prevalentemente come linguaggio artificiale.

e della effettività empirica sostenendo che il diritto (occidentale odierno) vada considerato studiato e descritto sempre e solo come un fatto. Parlare di fatti e non di cose o oggetti è impiegare un altro termine filosoficamente assai problematico, ma quantomeno la nozione di fatto può essere considerata più ampia di quella di oggetto materiale in modo da includere gli eventi e le azioni giuridiche. Un fatto è qualcosa che può essere percepito con i sensi e conosciuto a partire da tale percezione, magari non immediatamente e da tutti, ma da chi guardi nella giusta direzione con un'attenzione assistita dai giusti strumenti concettuali. Un approccio al diritto come fatto sembrerebbe soddisfare le preferenze empiristiche di molti filosofi analitici. Ho cercato di mostrare nelle pagine precedenti che questo approccio non riesce a spiegare la individuazione del diritto vigente, come giuristi e parlanti comuni trattano il diritto e come fondano la pratica e il metodo giuridico¹⁷⁴. Elementi di esistenza sociale e conoscenza fattuale sono indubbiamente presenti, come ho detto, ma ritengo che l'approccio primario e di fondo al diritto sia nello stesso tempo pratico e normativo. Parlare del diritto come un fatto, non meno che come un oggetto materiale, non risolve il problema di come lo individuiamo ai fini normativi dentro e fuori il senso comune.

Il diritto si colloca nel campo della pratica, è normativo nel senso che è una macchina mentale usata collettivamente e individualmente per dirigere le azioni degli uomini; certo il diritto è anche altre cose, ma se non mettiamo la sua funzione primaria alla base della sua descrizione, non riusciremo mai a descriverlo adeguatamente e tanto meno a praticarlo. Il diritto è principalmente qualcosa che facciamo e usiamo per fare e far fare, gli elementi di esistenza fattuale sono secondari o sussidiari a questo aspetto primario, anche se non per questo meno necessari: perché beninteso se il diritto non fosse collegato a fatti sociali non avrebbe una esistenza nella coscienza collettiva nella società e sarebbe un'altra cosa. Questa intuizione è indiscutibile nel suo nocciolo, ma allo stesso tempo nei dettagli è abbastanza controversa da richiedere molte ulteriori precisazioni. Essa è stata esplicitata dalla concezione politica del positivismo giuridico formulata nel modo più chiaro, come ho detto, da Uberto Scarpelli; tuttavia secondo me essa si trova anche, meno chiaramente, implicita in molte moderne concezioni giuspositivistiche del diritto, da Kelsen a Hart. A mio parere essa risponde insieme alle necessità dei giuristi e al senso comune.

Il mio approccio potrà essere apparso, alla fine, stravagante e i suoi risultati poco incoraggianti, visto che ha sollevato un groviglio di problemi dove molti non ne vedono alcuno e non vedendone alcuno sembrano tranquillamente in grado di continuare a parlare sensatamente del diritto (i parlanti ordinari) e a fare le loro operazioni tecnico-giuridiche e il loro mestiere (i giuristi). Ricordo che i problemi che sono stati trattati nelle pagine precedenti sono: come fa il pensiero ordinario a individuare il diritto in generale, come fa il pensiero or-

¹⁷⁴ Anche questa posizione mi deriva da Uberto Scarpelli di cui si veda in proposito *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 30-37.

dinario a individuare un diritto vigente qui ed ora; come fa il giurista a fare le stesse cose e cosa succede quando il pensiero giuridico introduce un concetto di diritto idiosincratico cioè parzialmente diverso da quello di senso comune. È il problema della individuazione del diritto visto come il problema del concetto di diritto, che si è rivelato come qualcosa assai più complesso che non la lettura di una definizione in un dizionario: l'analisi concettuale come strumento essenziale di descrizione della realtà sociale. A questo punto possiamo fermarci a riflettere se sia servito a qualcosa sollevarlo in questo modo. Il concetto o una concezione di diritto in queste pagine è il punto focale dove i giuristi possono (dovrebbero?) collocare tutti i presupposti del loro lavoro, è il luogo geometrico dei principi del metodo giuridico e degli studi della giurisprudenza. Ma è anche il luogo dove il teorico esplicita gli elementi del concetto di diritto del senso comune, anche se essi sono normalmente non esplicitati e usati in modo irriflessivo. Di solito è proprio a questo punto che i giuristi rifiutano di procedere in compagnia dei filosofi, indipendentemente dalla soluzione proposta, rivendicano polemicamente la qualifica di giurista positivo, che vuol dire che il percorso su cui altri vogliono condurli è ritenuto inutile o dannoso, suscettibile di mettere in dubbio ciò che essi sono sicuri di saper (fare) benissimo. Ciò cui essi guardano con profonda diffidenza non sono tanto le risposte insolite, come per esempio potrebbe essere considerata la risposta data in queste pagine, ma la utilità di porsi domande del genere.

Così i giuristi nelle loro trattazioni, anche più generali e comprensive, tipicamente si fermano un passo prima del concetto di diritto, cioè arrivano fino alle fonti del diritto vigente nel loro paese. Un elenco delle fonti del diritto che essi individuano per lo più senza alcun criterio giustificativo, senza dire per quali ragioni individuano quell'elenco e non un altro come criterio di determinazione del diritto vigente, usando per lo più il nome geografico del diritto ('diritto italiano') come fosse un dito indice puntato su un oggetto materiale, come se bastasse a risolvere il problema e non fosse invece il risultato di tale individuazione; al più, alcuni dei più pensosi fanno riferimento a una effettività di maniera, data per scontata e mai definita o accertata. Questo insieme di fonti viene descritto in modi diversi, spesso si dice che è un insieme di norme, e il successo della polemica dworkiniana vi ha aggiunto i principi, qualcosa i cui rapporti concettuali con le norme sono del tutto incerti. Comunque sia, le fonti devono essere in grado di svolgere la funzione di riconoscere il resto del diritto nelle modalità prescritte da ciascun diritto, determinando i confini degli argomenti appartenenti al diritto vigente. Il concetto e il termine di norma di riconoscimento che la teoria del diritto di H.L.A. Hart usa per descrivere il complesso delle fonti del diritto rimane, secondo me, indispensabile per descrivere analiticamente questa parte della pratica giuridica che ho chiamato la determinazione del diritto e che certamente non è messa in crisi dalle critiche dworkiniane¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Come è noto, la espressione *grundnorm*, norma fondamentale, *basic norm* usata da Kelsen o dai

Il problema affrontato in questo saggio non è stato preso in considerazione da Hart nella sua teoria del riconoscimento: per poter usare le norme giuridiche che determinano il (resto di) un diritto è necessario avere già identificato quel diritto. Un problema che rimane ostinatamente invisibile in molte discussioni giuridiche. 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, per usare l'ennesima metafora, come un verme nella mela, che nella mela si muove e che 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. Per i giuristi, a differenza che per i vermi, deve però esserci un *criterio*, un modo necessariamente pregiuridico per identificare quelle norme che poi essi impiegano per fare il resto del loro lavoro. La identificazione del diritto vigente non può essere lasciata al caso o alla immaginazione del singolo, per non incorrere nel paradosso del matto alla stazione. Questa semplice osservazione, che a me pare indiscutibile, è stata il punto di partenza di queste pagine; se questa cade, tutto quanto detto qui perde ogni senso; se regge, dobbiamo trovare una soluzione a questo apparente paradosso, senza la quale ci troveremmo a concludere che il pensiero giuridico non può fare quello che fa in ogni momento.

Alla fine, lo si apprenderà con sollievo, non concludo che i giuristi debbano smettere di fare quello che fanno. Invece di cercar di sovrapporre al metodo giuridico un modello di scienza importato da altre discipline, ho suggerito di compiere l'operazione di segno opposto, riportando il metodo giuridico alle sue fondazioni di senso comune. Il riferimento al senso comune spiega come mai la individuazione del diritto vigente susciti una sensazione di naturalità, quasi rispondesse alla evidenza dei sensi, mentre in realtà fa riferimento a reazioni complesse, alla separazione intellettuale tra giuristi e profani, ai vari modi di accettazione delle norme, all'operare delle sanzioni e ai parametri sociali che caratterizzano il diritto. Spiega il giudizio immediato di follia che colpisce chi pretende su questo punto di deviare dalla normalità.

Come ho ripetuto molte volte in queste pagine, l'elemento centrale della mia risposta a questo classico problema è di vedere nell'individuazione e determinazione di ciascun diritto la necessaria compresenza di *due* mosse concettuali distinte, una mossa di senso comune e una mossa tecnica. Questa tesi è incom-

suoi traduttori non vuole dire la stessa cosa. La norma fondamentale secondo Kelsen non è una norma positiva; ma un principio del pensiero, il principio di fondazione del pensiero giuridico. Peraltro la sua funzione è quella di individuare il diritto vigente in ciascuna situazione, svolge alcune delle funzioni qui descritte come individuazione (identificazione?) del diritto. La norma di riconoscimento hartiana è invece una norma positiva, normalmente implicita e in realtà il riassunto di varie norme positive (implicite e non): si tratta di una norma sociale prodotta dalla convergenza delle pratiche giuridiche (anzitutto di coloro che qui ho chiamato clerici). In Kelsen troviamo peraltro una acuta consapevolezza della insufficienza della fondazione fornita al metodo giuridico dall'ipotesi della norma fondamentale. Si veda per esempio il paragrafo "The Limitation of Positivism" in H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambr. Mass., 1945, p. 401.

patibile con quella per cui la risposta tecnica giurisprudenziale sarebbe *migliore* di quella ordinaria, scienza di contro ad approssimazione. La risposta dei giuristi al problema di che cosa è il diritto sarebbe allora “tecnica” in un senso della parola per cui la conoscenza tecnica è superiore a quella del senso comune, perché sarebbe in grado di inglobarla, perfezionarla, renderla coerente e sistematica e capace di discriminare meglio, e quindi si potrebbe fare a meno della risposta di senso comune dal momento in cui si ascende alla migliore risposta tecnica o scientifica dei giuristi. In questo sono stato largamente ispirato dalla teoria del diritto di Herbert Hart, il quale però mi è sembrato prestare insufficiente attenzione appunto al problema dei rapporti tra pensiero giuridico tecnico e senso comune. Ho concluso che il metodo giuridico e il pensiero tecnico giuridico, come sono praticati, siano anch’essi *fondati* sul senso comune; che la individuazione operata dal senso comune è logicamente prioritaria e necessaria alle operazioni tecnico-giuridiche, perché queste non comprendono alcun altro modo di identificare il diritto vigente. Ispirato dal positivismo giuridico italiano di Bobbio e Scarpelli ho sostenuto anche la necessità di una risposta tecnica, se vogliamo scientifica, la cui evidente presenza non può essere negata senza rendere incomprensibile la attuale pratica sociale del diritto. Questo dualismo e questa necessaria dipendenza non sono dunque secondari o casuali; e non sono peraltro esclusivi del diritto; a mio avviso sono una caratteristica comune delle pratiche sociali caratterizzate dalla presenza di una classe di clerici, di professionisti che soli hanno piena conoscenza dei funzionamenti interni della pratica. Riconoscere questo vuol dire, tra l’altro, riconoscere la necessità della concordanza o convergenza della tecnica giuridica col senso comune nella individuazione del diritto, una convergenza non casuale ma che è strutturalmente necessaria alla esistenza della pratica giuridica e costruita nei suoi significati: la precedenza logica del concetto di diritto del senso comune sull’insieme delle fonti, che sono le norme giuridiche che dicono ai giuristi come si determina il diritto vigente e come si produce nuovo diritto. Sotto questo aspetto il metodo giuridico non è autosufficiente e non instaura una disciplina concettualmente autonoma. Ripeto che questa preminenza del senso comune è legata alla natura stessa della impresa giuridica, che non è una produzione di mera conoscenza tecnica autosufficiente, magari giustificata dalle sue ricadute tecnologiche, ma una impresa normativa collettiva.

Ho cercato di mostrare che i profani parlano del diritto e usano la parola diritto e i suoi sinonimi e derivati compiendo una operazione assolutamente tipica della lingua e del senso comune, secondo competenze che appartengono all’uso della lingua ordinaria e sono normali e abituali nelle pratiche collettive. Per partecipare a questa pratica e per comprenderla è sufficiente la normale competenza minimale riguardante il senso delle parole in una lingua naturale e una conoscenza ugualmente normale dei fatti sociali, e non sono necessarie conoscenze tecniche di diritto; certamente per usare correttamente la parola diritto (e famiglia e sinonimi nelle lingue affini) non è necessario aver studiato *il* diritto e *un* diritto.

Questo vuol dire, come per tutti i concetti/parole della lingua ordinaria, in primo luogo saper parlare e saper comprendere senza commettere errori linguistici, usando i termini e le costruzioni sintattiche senza suscitare negli altri parlanti comuni e normali la sensazione dell'errore linguistico, l'impressione che l'interlocutore non sappia cosa voglia dire quella parola o non sappia formare le frasi corrette; un'impressione di stranezza che ci viene data per lo più da stranieri, bambini piccoli o persone con gravi handicap cognitivi.

In secondo luogo, per saper usare bene le parole è necessario *conoscere* molte cose al di fuori della lingua in senso stretto, cioè della sua grammatica, sintassi e dizionario di base. La lingua in qualche modo presuppone, incorpora e richiede l'enciclopedia di base, una quantità di nozioni extra-linguistiche il cui preciso ammontare è almeno altrettanto sfumato quanto il confine dei significati (da qui deriva la difficoltà nel comprendere e a maggior ragione tradurre testi di lingue e di culture molto lontane dalla nostra).

In terzo luogo, una lingua ordinaria può essere usata senza alcuna conoscenza riflessa delle definizioni dei concetti; la definizione e il concetto possono esserci anche se i parlanti non sanno formularle, purché ci sia qualcosa che può essere estratto da tale uso irriflesso. Si è visto che il pazzo alla stazione di Pavia in questo senso dimostrava di conoscere a sufficienza il senso della parola diritto per intendersi con gli altri. Il suo delirio lo portava invece a ignorare alcune condizioni essenziali con cui il senso comune parla di "diritto vigente"¹⁷⁶. La reazione degli astanti mostrava che entrambe le nozioni sono ben presenti e anzi centrali nel senso comune.

Come sempre nella semiotica della lingua ordinaria, abbiamo un grappolo di definizioni parzialmente sovrapposte sul piano intensionale ed estensionale, che delimita una area concettuale con confini molto vaghi e un nucleo di maggiore certezza, spesso consolidato dal riferimento a fenomeni archetipali o tipici, a istanze di applicazione dei termini spesso fissate nel corso dell'apprendimento originario e a cui gli utenti fanno riferimento più o meno consapevolmente in caso di incertezza. Nulla garantisce la solubilità delle incertezze o la coerenza

¹⁷⁶ È chiaro da quanto ho detto che non penso che le fattezze di ogni diritto siano parte della estensione del termine diritto, di cui il concetto di diritto quindi costituirebbe l'intensione. La questione del matto non è in senso stretto una questione linguistica o di significato, ma di abuso o dirottamento di (un aspetto di) una pratica sociale. L'aspetto linguistico della scenetta, con relative parole e concetti, è solo un punto di emersione delle credenze nella coscienza dei partecipanti. Si può dire forse che un diritto vigente è l'estensione dell'espressione "il diritto italiano [vigente]" o simili, purché sia chiaro con questo che tale estensione non comprende la descrizione di ogni fattezza di tale diritto: allo stesso modo il senso della parola 'elefante' non comprende la descrizione anatomica degli stomaci dell'elefante: certamente capiamo 'elefante' senza sapere quanti stomaci ha un elefante, anzi possiamo ignorare che gli elefanti hanno lo stomaco (ne hanno più d'uno). L'estensione della parola diritto *tout court* è invece ogni diritto, presente, passato o futuro, immaginario o ipotetico e naturalmente i confini di tale estensione dipendono dalla definizione che diamo alla parola. Sul tema si veda una rivisitazione terminologica recente di AMEDEO G. CONTE, *Immanuel Kant: sette domande di filosofia filosofica del diritto*, *Riv. intern. filos. dir.*, 1, 2008, p. 1 ss. Conte menziona anche le analoghe espressioni connotazione e denotazione. Non tratta però del concetto di diritto vigente.

delle soluzioni; qualcosa può essere diritto in un contesto di uso della parola e non esserlo in un altro uso, entrambi essendo perfettamente accettati e accettabili. Ad aggravare la complicazione, c'è il diaframma tra dizionario ed enciclopedia e tra significato ed effetti psico-sociali della lingua che sono permeabili e indeterminati. Molte caratteristiche fattuali legate alle cose indicate dai concetti tendono a filtrare nella definizione, cioè passano dall'enciclopedia al dizionario, talora creando nuove eccezioni o sinonimie. Si pensi all'uso corrente nella nostra lingua della parola 'legge' (come in "Facoltà di legge") per dire quello che i giuristi chiamano 'diritto', cioè per indicare non solo la legislazione ma tutto il diritto; d'altra parte, anch'essi usano spesso la parola 'legge', per esempio parlando della legge applicabile al contratto, per indicare tutto un diritto (vigente). Una conseguenza forse della importanza che in tempi moderni ha preso il diritto legislativo nell'ambito del diritto. Lo stesso si può dire dell'influenza di concezioni idiosincratice del diritto che circolano nella cultura giuridica e finiscono con l'influenzare lo stesso diritto e alla fine il concetto.

Ho sostenuto che la determinazione dei confini e delle fattezze di un diritto vigente da parte dei giuristi, come tecnici del diritto, opera all'interno di regole pragmatiche complessive diverse da quelle del senso comune. Ciò significa che le differenze non si limitano alla scelta dei termini impiegati e alla modalità della sintassi, ma riguardano tutti gli aspetti della relativa semiotica. Le differenze sono la conseguenza di una differente funzione svolta dal linguaggio giuridico nel suo complesso. Non abbiamo qui un linguaggio che deve costituire la base di ogni comunicazione e deve poter servire a dire qualunque cosa, come è la lingua ordinaria parlata nella conversazione ordinaria. Per parlare di diritto da giurista non basta aggiungere un po' di "latinorum", il tecnico giurista deve avere *studiato* il diritto vigente di cui parla (e non gli farà male conoscere un po' di storia del diritto, di diritto comparato e di sociologia del diritto); per determinare il diritto egli deve conoscere e applicare con la precisione tecnica richiesta le norme che determinano le altre norme giuridiche. Ai giuristi si chiede che producano giurisprudenza, cioè conoscenza specialistica del diritto formulata in un linguaggio adatto, in ultima analisi, a permettere l'applicazione delle norme giuridiche ai casi concreti, in cui i fatti rilevanti sono accertati, anch'essi, nelle modalità prescritte da norme giuridiche. Questo vuol dire far funzionare la macchina del diritto. La pragmatica di questo discorso, la sua funzione che finisce con influenzarne tutti gli aspetti è appunto la applicazione in situazioni di conflitto, alla fin fine da parte dei tribunali. Le caratteristiche semantiche e sintattiche del linguaggio tecnico dei giuristi sono strumentali a questo, il linguaggio giuridico è fatto per funzionare a questo scopo. Per far questo con un certo grado di certezza, che varia a seconda delle opzioni politiche, il lessico usato è una mistura di termini ordinari e specialistici. La sintassi rimane largamente la stessa, sia pure con alcune modalità e precauzioni (ad esempio la ripartizione in articoli e commi del materiale legislativo). Il linguaggio giuridico si può quindi caratterizzare, come ho spiegato altrove, come un linguaggio amministrato, un

linguaggio fatto per essere amministrato¹⁷⁷.

Una parte della cultura giuridica tende ad attribuire alla conoscenza tecnica del diritto, come presupposto necessario di qualunque discorso tecnico del giurista, una autonomia dal senso comune simile a quella delle scienze naturali moderne. Tale presunta conoscenza autonoma, che individua il proprio oggetto e determina i propri confini, è nota sul continente europeo come “scienza giuridica”, una espressione invece per lo più non usata nella cultura giuridica anglosassone. Dunque anche la giurisprudenza, perlomeno nel suo aspetto cognitivo, sarebbe autonoma, circoscritta dal suo oggetto individuato dal suo metodo, nello stesso modo in cui il fisico o l’astronomo, in quanto tali, non hanno particolare dipendenza dal senso ordinario delle parole ‘fisica’ o ‘astronomia’ e risponderebbero con indifferenza alla osservazione che gli oggetti/concetti di cui si occupa la loro scienza non coincidono con il senso comune fisico o astronomico.

Ho sostenuto che il ponte tra il linguaggio ordinario e il linguaggio scientifico, il legame che li mantiene in collegamento, è la coestensionalità, il fatto che il fenomeno di cui parlano sia più o meno lo stesso. Per le scienze empiriche le ragioni della coestensionalità sono ampiamente superate, oggi, dai vantaggi apportati dallo sviluppo di un linguaggio artificiale esoterico. Tuttavia nel caso del diritto, al contrario che nelle scienze naturali, il legame del discorso giuridico con il senso comune è essenziale per non mettere a rischio la pratica del diritto, perché dove i giuristi o i tecnici non comunicano più con gli altri, non ci troviamo di fronte a una disciplina esoterica, ma a una gravissima crisi sociale e al potenziale crollo del diritto vigente. Il diritto infatti non deve essere solo applicato dalle istituzioni, ma da tutti. C’è dunque una forte pressione sociale a che la coestensionalità venga mantenuta.

Invece, come ho notato sopra, le spiegazioni delle scienze naturali empiriche si circoscrivono da sé, o meglio vengono circoscritte e delimitate dal loro metodo e dal loro oggetto, esse organizzano i propri discorsi attraverso la connessione delle teorie e delle spiegazioni della scienza. Quando sconfinano, quando le teorie di una scienza si sovrappongono alle spiegazioni di un’altra scienza, si decide e coordina in base alle esigenze delle teorie. Non è rilevante quale sia il confine o il nome per quella disciplina e tanto meno che ci sia o non ci sia una parola e un concetto che individuano in modo più o meno preciso e completo il suo oggetto. Queste etichette sono secondarie nel tracciare i confini della disciplina, nel senso che la etichetta (fisica, chimica, biologia, bio-chimica, chimica-fisica) è chiaramente uno sforzo a posteriori per descrivere quello che si fa, i confini delle teorie possono essere o non essere incorporati in alcuni concetti e nomi fondamentali e la definizione di tali concetti non è certo considerata ciò che individua quello che si può fare o non fare in quella disciplina. Al di là di questo, i confini di una scienza empirica sono legati a ragioni prevalentemente didattiche e burocratiche e in fondo di scarsa importanza di fronte alla con-

¹⁷⁷ V. anche *supra* n. 93.

gruenza delle teorie¹⁷⁸.

Queste osservazioni molto sommarie sui nomi delle scienze ci riconducono all'idea che il problema della identificazione di un diritto e dei confini del diritto si risolva o non si risolva definendo il concetto di diritto e che questo voglia dire attribuire un significato alla parola diritto. È questa una (tra le molte) possibili interpretazioni del bizzarro argomento della *semantic sting* di R. Dworkin, che ho già menzionato in vari punti e che ha goduto per un momento di una notevole attenzione tra i teorici del diritto anglosassoni. Bizzarro perché è ovvio a tutti che i problemi di metodo connessi con una disciplina non si risolvono consultando nel dizionario la definizione del nome della disciplina; tuttavia il nome/concetto in particolari circostanze può essere trattato come il punto focale dei problemi generali di quella disciplina.

Le discipline che praticano un particolare studio del diritto, per esempio storico o sociologico, potranno trovare utile una definizione generale di diritto, visto che il loro compito è di studiare e quindi individuare il diritto in situazioni diverse, dove gli stessi confini concettuali del fenomeno possono essere problematici e rilevanti alla spiegazione dei fatti: così ad esempio il fatto che in un certo paese o in un certo tempo si considerino certi fenomeni come parte del diritto. Al contrario che nel caso del matto alla stazione, in questi casi abbiamo bisogno di concetti culti, dal momento che viene meno la inquadratura pragmatica di senso comune/conoscenza tecnica sostenuta e mantenuta dalle esigenze della prassi giuridica della nostra società: quello che sopra ho descritto metaforicamente come la situazione del verme nella mela. Trattandosi di studi empirici, in questi casi saranno ovviamente opportuni concetti e definizioni sufficientemente elastici ed aperti da non indurre una artificiale cecità verso fenomeni correlati o rilevanti rispetto al nucleo centrale e tipico dei fenomeni giuridici.

Credo che non vada mai dimenticato che i giuristi fanno un mestiere diverso da quello degli scienziati sociali, diverso da quello dello storico, del sociologo o dell'antropologo del diritto, che per i giuristi individuare un diritto e tracciarne i confini ha normalmente ragioni differenti. La descrizione del diritto fatta dal giurista, per quanto miri a produrre conoscenza oggettiva (conoscere il diritto vigente come è), è direttamente uno strumento della pratica: è parte essenziale di una macchina normativa per prendere decisioni. La descrizione dei confi-

¹⁷⁸ Non contraddice queste considerazioni il fatto ben noto che alcuni dei primi fondamentali progressi delle scienze empiriche moderne hanno ruotato intorno a una nuova identificazione del loro oggetto e alla ridefinizione di un loro concetto centrale. Specialmente nei momenti fondativi delle scienze, il metodo è stato spesso determinato con il tradizionale sistema di una discussione sull'oggetto specifico di quella scienza. Si pensi alla astronomia, al momento della sua rinascita moderna con Keplero, Galileo e Newton. La rivoluzione ha riguardato, in un certo senso, un cambiamento di oggetto, nientedimeno che la concezione della natura del mondo celeste. Dove si vedeva una netta divisione di natura tra il mondo terrestre e il mondo celeste, oggetti separati l'uno della fisica, l'altro della astronomia, le due discipline, unificate dalle osservazioni di Galileo, dalle intuizioni di Copernico e Keplero e infine dalle equazioni di Newton, vedono un unico oggetto di conoscenza retto dalle stesse leggi del moto. Questo e non il modo in cui è intesa l'etichetta "fisica" ha costituito la rivoluzione copernicana.

ni del diritto è importante perché la applicazione del diritto è determinata dal modo in cui ne vengono tracciati i confini; che una norma venga ritenuta appartenere (o non appartenere) al diritto vigente vuol dire che essa deve venire applicata (o non applicata) da chi accetta e obbedisce quel diritto. Che questi confini siano determinati e descrivibili in modo oggettivo è decisivo per la certezza del diritto e, prima ancora, per la sua stessa praticabilità sia da parte dei giuristi sia da parte dei profani.

La questione ha dunque una fondamentale dimensione *normativa* e la “scienza” giuridica va valutata con parametri diversi da quelli con cui si valutano le scienze empiriche moderne. Questo vale anche se proviamo a isolare solo il momento cognitivo o descrittivo della giurisprudenza. Anche in questo caso possiamo ancora dire che la giurisprudenza è una scienza, solo se per ‘scienza’ intendiamo una disciplina che è esoterica, nel senso che non è gestibile dal mero senso comune e non è formulata nel linguaggio ordinario, ma in un linguaggio specialistico che deve essere appositamente appreso.

Come tutti gli studenti di giurisprudenza sanno, la giurisprudenza si occupa di “cose” che vanno descritte con un linguaggio specialistico, che hanno la loro “logica” e che vanno faticosamente apprese con uno studio particolare, per essere descritte in quel linguaggio da specialisti. Si tratta di nozioni che, pragmaticamente, sono caratteristiche di un linguaggio specialistico o tecnico, fuori dall’universo del senso comune e del linguaggio ordinario; una cosa di cui il senso comune si accorge subito perché trova il linguaggio giuridico “difficile” (poco comprensibile).

Questo tuttavia non risolve la questione della scientificità della giurisprudenza: il mondo è pieno di discorsi difficili, che richiedono apprendistato e apprendimento ma che non vengono considerati scienza. Oltre che per le sue funzioni di ausilio alla pratica normativa, la giurisprudenza si distingue dalle scienze naturali moderne anche perché è il prodotto di una tecnicizzazione, vincolata a una idea di senso comune, strumentale alla risoluzione di situazioni conflittuali (potenzialmente acute).

Le distinzioni che ho proposto, dunque, servono a permettere una descrizione del modo in cui i giuristi e i giudici praticano il metodo giuridico, una descrizione metodologica, che non è essa stessa neutrale perché nessuna descrizione metodologica in campo giuridico riesce ad essere interamente neutrale, essendo sostanzialmente funzionale alla pratica. Anche la mia analisi è basata sulla scelta non-neutrale che sia bene cercar di chiarire il più possibile tutte le scelte implicite nel metodo giuridico, mettere in luce qualche aspetto del metodo giuridico che viene solitamente taciuto. Spero che ciononostante il mio resoconto sia sufficientemente oggettivo; ma non credo sia neutrale perché sono evidenti l’obiettivo e l’implicazione etico-politica di una simile operazione: non di favorire uno specifico contenuto giuridico, ma di preferenza per un mondo della pratica dove i valori sono alla luce del sole, a favore della scelta politica illuministica di mettere in luce le scelte politiche implicite nei discorsi giuridici. Sono eviden-

temente possibili ed estremamente comuni scelte assai differenti. Si noterà che quando parlo di scelte politiche intendo qui scelte piuttosto “fredde”, non le scelte che sono “calde” e direttamente politiche, ma quelle “fredde” che sono nell'immediato di natura metodologica o filosofica o epistemologica, ma finiscono poi per influenzare decisamente le scelte politiche.

Cosa fanno i giuristi? E cosa dovrebbero fare? Sono domande giuridiche, per quanto generali, che sono precisamente giuridiche perché propriamente meta-giuridiche: con esse ci chiediamo come procede il metodo giuridico; naturalmente sono anche domande filosofiche che mettono in questione i fondamenti del metodo giuridico e della filosofia politica e sono anche problemi centrali che richiamano i problemi fondamentali della conoscenza sociale.

Ritengo che tutta l'attività giurisprudenziale e la descrizione dottrinale e di elaborazione concettuale dei giuristi, tutta l'attività connessa con il metodo giuridico abbiano una funzione prescrittiva e servano per giungere a decisioni pratiche. Secondo questa posizione dunque anche la (cosiddetta) scienza giuridica è partecipazione e collaborazione, con gli strumenti della descrizione e della conoscenza, a una attività la cui funzione è prescrittiva. Con questo si intende che la pratica non avrebbe senso alcuno, sarebbe futile, se fosse eliminata una tale sua funzione di guida alle decisioni e alle scelte di azione. La giurisprudenza fornisce strumenti concettuali descrittivi e prescrittivi per far funzionare una macchina normativa, che richiede anche la descrizione oggettiva o intersoggettiva di quello che le norme vogliono dire. Se non siamo in grado di descrivere oggettivamente il senso normativo delle norme giuridiche, specialmente quelle generali, allora vuol dire che nessuno sa cosa prescrive il diritto e quindi che il diritto è, come sostengono gli scettici sempre ricorrenti, un colossale imbroglio (l'incubo di Hart¹⁷⁹), mera maschera del potere, una continua creazione arbitraria di decisioni singolari e di atti di potere in realtà non regolati e non regolabili, un colossale inganno istituzionale.

Una tesi su cui riflettere, ma alla fine, credo, da respingere. Come ho detto, per evitare questa conclusione non dobbiamo cercare nella giurisprudenza cognitiva la scienza ma la oggettività (come intersoggettività). Che è un valore tipico del diritto, o almeno del diritto moderno, e non è fondato sulla eliminazione delle scelte ma sulla loro pubblicità ed esplicitazione e sul fatto che sono dichiarate come tali. È questa alla fine l'essenza della legislazione nel senso moderno. Il diritto è un insieme di scelte normative che in qualche misura sono arbitrarie, ma sono anche pubbliche ed esplicite, specialmente nel caso della legge prodotta in un pubblico e democratico dibattito politico. Certo ogni legislatore le considera implicitamente o le dichiara esplicitamente come le migliori possibili¹⁸⁰;

¹⁷⁹ Dal titolo di un articolo di H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* (1977), ora in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford, 1983.

¹⁸⁰ R. Alexy sostiene che una “pretesa di correttezza” mostrerebbe il nesso intrinseco tra i concetti di diritto e giustizia, cioè che il diritto sia concepito come strutturalmente giusto e per convincerci ci

ma tutti sanno che questa pretesa è infondata e propagandistica, altrimenti non ci sarebbe bisogno di mantenere in costante funzione un organo legislativo determinato dal meccanismo della rappresentanza politica. Il compito e il fine che assegnerei anche alla giurisprudenza dottrinale o conoscitiva è quello di essere sussidiaria a questo lavoro di esplicitazione e pubblicizzazione, non di mascherarlo con ideologie della perfezione (inesistente), un compito necessario alla pratica giuridica come la conosciamo, senza il quale nessuna norma e la stessa esistenza della legislazione come organizzata nel diritto moderno giungerebbero ad essere comprensibili ai loro potenziali fruitori.

Nella descrizione del diritto ci devono essere dunque elementi non di scienza ma di oggettività, che vuol dire anche certezza. La percentuale di oggettività/certezza dipende in parte dal diritto stesso e in parte dagli atteggiamenti dei giuristi e di tutti quanti partecipano alla pratica giuridica. Un diritto molto determinato permette una giurisprudenza più oggettiva e una pratica giuridica più certa: ma i giuristi possono sovvertire anche un diritto molto determinato, solo con più sforzo. E i cittadini possono essere dotati di un atteggiamento di maggiore o minore rispetto per il diritto. Beninteso quanto fa il singolo giurista ha di solito scarsa importanza: nei confronti del singolo il diritto appare sempre come qualcosa che c'è, piuttosto che qualcosa che si fa, ma ciò non toglie che il diritto, a differenza del sistema solare, sia determinato anche dalle concezioni che i suoi utenti ne hanno, in particolare i giuristi. Per questo ha profondamente ragione Herbert Hart, quando tra le ultime parole da lui pubblicate, nel *Postscript a Il concetto di diritto*, rileva la differenza tra l'atteggiamento che cerca di descrivere e comprendere, il suo, e l'atteggiamento di chi (come per esempio Dworkin) vuole modificare e influenzare il diritto, se ne renda conto o no¹⁸¹.

Il diritto, non diversamente da una lingua naturale, è dunque nello stesso tempo qualcosa che guardiamo e descriviamo dall'esterno e qualcosa che tutti insieme facciamo. Quello che facciamo come giuristi non è meramente guarda-

invita a considerare la assurdità di un legislatore che legiferi dichiarando che le norme appena prodotte siano ingiuste. Vedi R. ALEXYS, *On Necessary Relations between Law and Morality*, "Ratio Juris", Vol. 2, n. 2, 1989, pp. 167-183. L'argomento può essere plausibile per la legislazione di un Solone, idealmente concepita per durare per sempre, ma dal punto di vista del pensiero tecnico giuridico moderno è totalmente vanificato dalla natura strutturalmente dinamica della legislazione moderna; se fosse considerata corretta il diritto moderno non porrebbe al proprio centro un organo il cui compito è cambiarla in continuazione; del resto in un parlamento democratico fanno parte dell'organo legislativo i membri dell'opposizione i quali nel momento stesso in cui molte leggi vengono approvate si proporranno pubblicamente e rumorosamente di abrogarle o modificarle appena possibile. Per il senso comune valgono le considerazioni esposte nel testo sulla diffusa idea che il diritto positivo dovrebbe essere giusto ma non lo è. L'argomento di Alexy è discusso in A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, cit., Cap. II, par. 3.

¹⁸¹ R. Dworkin respinge il ramoscello di ulivo che gli porge Hart nel *Postscript*. Vedi per esempio il suo saggio R. DWORKIN, *Hart and the Concepts of Law, Replying to Frederick Schauer*, cit., pp. 102-3. Vedi anche *supra*, n. 169. Hart ha sostanzialmente ragione in questo scambio postumo, salvo che il problema della teoria di R. Dworkin non è quello di essere una prescrizione di come i giuristi dovrebbero pensare, ma di non voler riconoscere di essere tale.

re: con un'altra metafora che ho già usato, è cantare in coro. Per cantare in coro dobbiamo leggere lo spartito, ma se i coristi decidono di ignorare lo spartito o interpretarlo a modo loro, il coro cambia, il "vero" spartito non è più quello appoggiato al leggio, ma quello nella testa dei coristi; se ciascuno va per una strada diversa, cessiamo di avere un coro e ci ritroviamo con una cacofonia. Naturalmente se lo spartito che cantiamo contiene solo indicazioni sommarie, è necessario che il singolo o una parte del coro creino e improvvisino, magari seguendo il direttore d'orchestra (metafora della funzione nomotetica di una giurisprudenza creativa).

Nonostante questa profonda similitudine tra diritto e lingua ho cercato di non ignorare le profonde differenze tra queste due pratiche sociali. La teoria che ho esposto in queste pagine non mi porta verso lo scetticismo, l'opinione secondo cui il diritto, quello "ufficiale", non ha una esistenza reale ed esiste solo nelle illusioni di chi vi crede, ma al contrario mi porta alla tesi che in un senso importante il diritto esiste come fenomeno sociale normativo, della cui esistenza il senso comune è ben consapevole e di cui allo stesso tempo è un fattore essenziale. Questo non vuol dire che una critica di stile giusrealistico alla effettività ed esistenza di molte norme giuridiche non possa essere significativa e corretta. Ma, al di là dello scetticismo giusrealista, quando un diritto cessa *veramente* di esistere in una società, tutti si accorgono immediatamente della differenza tra la esistenza di un diritto vigente e la sua inesistenza in una società disintegrata.

Quanto alla certezza, essa è un ideale incorporato nei diritti degli *stati di diritto* che dipende dagli sforzi che ciascun diritto prodiga per perseguirla e dalla attitudine di ciascuna società a pagare i costi che il suo mantenimento comporta. Il mio personale auspicio è che essa venga valutata e regolata in base a argomenti il più possibile pubblici ed espliciti e realistici, cioè discutendo i vantaggi e gli svantaggi nelle varie situazioni di un diritto più o meno certo. Questa non è una scelta scientifica, è una scelta politica. C'è chi può preferire un diritto in cui le scelte metodologiche fondamentali siano lasciate in una feconda oscurità e indeterminatezza, nella convinzione che tale oscurità sia un migliore lubrificante del cambiamento o collante della conservazione. È una posizione cui sono ostile (chiaramente è una scelta politica) perché mi sembra incompatibile con la democrazia. Una condizione necessaria e non sufficiente della democrazia mi sembra essere, invece, che le scelte giuridiche fondamentali dello stato e del diritto, anche quelle di metodo, siano pubbliche ed esplicite e come tali discusse.—



JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto

discipline civilistiche

- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009

discipline penalistiche - Criminalia

- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, 2008
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010

discipline pubblicistiche

- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le privative comunali*, 2008



- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010

filosofia del diritto

- Mario Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, 2008
- Silvia Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, 2008
- Gianmarco Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, 2008
- Anna Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, 2010
- Aldo Schiavello, *Perché obbedire al diritto?. La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, 2010
- Mario Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, 2010



Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di novembre 2010



