

Comitato scientifico

Giuseppe Battelli - Università degli Studi di Trieste, Stefano Amadio - Università degli Studi di Trieste, Giliberto Capano - Università degli Studi di Bologna, Fabio Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Marco Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Giuseppe Longo - Università degli Studi di Trieste, Maurizio Manzin - Università degli Studi di Trento, Paolo Moro - Università degli Studi di Padova, Gisella Paoletti - Università degli Studi di Trieste, Marina Sbisà - Università degli Studi di Trieste, Roberto Scarciglia - Università degli Studi di Trieste, Valter Sergio - Università degli Studi di Trieste, Giacomo Todeschini - Università degli Studi di Trieste, Miriam Totis - Presidente dell'Ordine degli Assistenti Sociali del Friuli - Venezia Giulia

Presentazione della collana *in/Tigor*

Nell'immaginario collettivo l'Università viene percepita, in prevalenza, come una istituzione e tutt'al più un luogo fisico. Andando oltre questa pur legittima e diffusa percezione, la chiave di volta per cogliere il senso della collana *in/Tigor* va piuttosto cercata nel significato originario del termine *università*: a lungo attivo nella lingua italiana per designare le corporazioni e, quindi, più modernamente declinabile come comunità indivisa di coloro che, pur con funzioni e competenze diverse, condividono l'arte (intesa quale attività/lavoro) dello studio.

Se la finalità operativa della collana è individuabile nella diffusione dei risultati di valide analisi scientifiche e dei frutti del migliore insegnamento e della più proficua collaborazione con le aree professionali dialoganti con la stessa *università*, il fondamento profondo della stessa sta nel voler proporsi come segno di una data concezione e conseguente sperimentazione di *università*. Quale?

La collana, lo suggerisce lo stesso nome, trova la propria simbolica collocazione nell'edificio di via Tigor. Ma ciò non va affatto inteso come riferimento esclusivo e negativamente identitario, bensì come 'luogo' che, se non nega le proprie concrete radici storiche, si apre e si offre in quanto *agorà virtuale* nella quale incontrare sia ciascuna delle specifiche comunità di studio e di lavoro che costituiscono l'insieme complessivo dell'Ateneo di Trieste e di altri Atenei, sia ciascuna delle aree professionali che operanti nella società civile dialogano con lo stesso mondo universitario.

In tal senso, e in un momento di drammatica messa in discussione dello stesso significato fondativo dell'*università*, e di insidiosa deriva verso deformanti declinazioni aziendaliste o tecnoburocratiche, questa *agorà* intende proporsi come spazio che - rivolgendosi a coloro che ancora credono al decisivo ruolo dell'università pubblica in quanto veicolo di scienza e conoscenza, crescita della formazione critica, educazione a una cittadinanza consapevole - invera l'inscindibile unità di studio, insegnamento, legame con la società civile, ribadendo con forza come né l'uno, né gli altri potrebbero esprimere integralmente la propria intrinseca potenzialità qualora, invece di realizzare un'armoniosa fusione, perseguissero l'obiettivo di uno sviluppo separato.

Ecco allora che la collana *in/Tigor* si concepisce come una *universitas* di persone liberamente accomunate dall'amore per la conoscenza e liberamente operanti, a prescindere e nel superamento di ogni predefinita cristallizzazione di ruoli, secondo i principi sopra delineati.

© copyright Edizioni Università di Trieste, Trieste 2015.

Proprietà letteraria riservata.

I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale e parziale di questa pubblicazione, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, le fotocopie e altro) sono riservati per tutti i paesi.

eISBN 978-88-8303-653-8

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

<http://eut.units.it>

<https://www.facebook.com/EUTEditioniUniversitaTrieste>

LE NUOVE FRONTIERE
DELLE FONTI DEL DIRITTO

Oltre il Positivismo Giuridico

SILVIA FANARI



Edizioni
Università
di Trieste

Il compito degli uomini di cultura è più
che mai oggi quello di seminare dei dubbi,
non già di raccogliere certezze.

Norberto Bobbio, *Politica e cultura*

SOMMARIO

9	INTRODUZIONE
	PARTE PRIMA
17	IL POSITIVISMO GIURIDICO
	CAPITOLO I
21	DIVERSE ARTICOLAZIONI DEL PENSIERO GIUSPOSITIVISTA
	§ 1. Hans Kelsen e la dottrina pura del diritto p. 21; § 2. Hebert Hart tra giuspositivismo e giusrealismo p. 29; § 3. Il positivismo giuridico italiano: Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli p. 35; § Concludendo 42.
	CAPITOLO II
43	IL NON COGNITIVISMO QUALE ASSUNTO DEL POSITIVISMO: ANALISI DELLA QUESTIONE E SUA CONTESTAZIONE.
	VERSO L'ANALISI DELLE ATTUALI NUOVE FONTI DI PRODUZIONE
	§ 1. Un profilo storico: la legge di Hume e la sua evoluzione p. 45; § 2. Contestazione della dicotomia tra fatti e valori p. 57; § 3. L'intreccio di fatti e valori nell'ambito del diritto: i fatti normativi e la consuetudine p. 72; Concludendo p. 76.

	PARTE SECONDA
81	DIRITTO POSITIVO E POSITIVITÀ NELL'ATTUALE PANORAMA GIURIDICO
	CAPITOLO I
85	SUL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA § 1. Su alcune peculiari pronunce giurisprudenziali p. 86; § 2. A proposito delle implicazioni di un ruolo <i>creativo</i> della giurisprudenza p. 99; § 3. Norma e giurisprudenza: su un possibile rapporto <i>invertito</i> p. 108; Concludendo p. 111.
	CAPITOLO II
115	SUL PLURALISMO GIURIDICO TRA NUOVA <i>LEX MERCATORIA</i> E SOCIETÀ INTERMEDIE § 1. Sulla nuova <i>lex mercatoria</i> p.116; § 2. Sulle società intermedie p. 123; Concludendo p.125.
	PARTE TERZA
139	OLTRE IL POSITIVISMO GIURIDICO
	CAPITOLO I
141	IL REALISMO GIURIDICO § 1. Il realismo giuridico americano p. 142; § 2. Il realismo giuridico scandinavo p. 146; Concludendo 151.
	CAPITOLO II
153	IL NEOCOSTITUZIONALISMO § 1. Aspetti generali della teoria neocostituzionalista p. 153; § 2. Diverse declinazioni del neocostituzionalismo p. 156; Concludendo p. 163.
167	RIFLESSIONI CONCLUSIVE
175	BIBLIOGRAFIA
185	RINGRAZIAMENTI

INTRODUZIONE

Oggetto del presente lavoro è il tema, oggi particolarmente dibattuto, della positività del diritto, e ciò al fine di comprendere, o quantomeno tentare di comprendere, cosa debba intendersi, oggi, per diritto positivo. Si è quindi cercato di indagare l'attuale panorama normativo alla luce di diverse teorie giusfilosofiche con lo scopo di ritrovare una fondazione teorica che sia in grado di dare adeguatamente conto dell'odierno quadro di riferimento giuridico.

Punto di partenza dell'analisi svolta è stato, necessariamente, il positivismo giuridico, e ciò in considerazione del fatto che tale teoria, pur con le diverse prospettive che la caratterizzano (rilevano, in proposito, le riflessioni di Villa, su cui ci si soffermerà), ha assunto importanza fondamentale nel pensiero giusfilosofico italiano, soprattutto per la rilevanza di autori quali Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio.

L'analisi di tale teoria evidenzierà chiaramente i limiti che essa presenta e che sono del resto emersi dall'evoluzione stessa del diritto positivo nel corso del Novecento¹: come evidenziato da La Torre, infatti, “è lo stesso

¹ Lo stesso Bobbio sottolineava le critiche mosse nei confronti del formalismo da parte di illustri studiosi già negli anni Cinquanta del Ventesimo Secolo. Il riferimento è a Roberto Ago, che includeva nel diritto vigente, accanto al diritto posto da fonti normative, “tutto un complesso di norme giuridiche [...] che costituiscono il cosiddetto «diritto spontaneo» derivato immediatamente dal comportamento effettivo dei soggetti della comunità internazionale”. Altra voce critica ricordata da Bobbio è quella di Barile, che parimenti sostenne l'esistenza di un diritto profondamente legato alla realtà storica e svincolato da regole formalmente poste (cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 26-28).

diritto positivo che spinge in una diversa direzione. A partire dal secondo dopoguerra lo Stato, costituzionalizzandosi e democratizzandosi mediante l'inclusione di diritti fondamentali azionabili e di principi sostanziali (tra cui centrale risulta quello di uguale dignità dei cittadini), mette in moto un processo di "rimaterializzazione" del diritto positivo"². Il sistema è in costante evoluzione e costantemente muta, cambiano i punti di riferimento e vengono meno certezze che apparivano consolidate: "alcuni punti di riferimento sembrano addirittura saltati; le trasformazioni avvenute o in corso (sul piano giuridico ma non solo), incidendo profondamente su assetti ed equilibri che parevano consolidati e dunque modificando i presupposti su cui si reggeva il sistema delle fonti, hanno alterato inevitabilmente i rapporti e le posizioni reciproche, mettendo in gioco, e talora svuotando di senso, istituti fondamentali e principi"³. Parallelamente, cresce il peso della giurisprudenza e dell'autonomia privata nel momento di formazione del diritto positivo, con uno stravolgimento di quello che era considerato il tipico e consolidato catalogo delle fonti del diritto. L'applicazione stessa delle norme abbandona il classico schema sillogistico del procedimento di sussunzione per transitare verso procedimenti di bilanciamento che consentano di considerare più puntualmente l'aspetto valoriale.

Si assiste, e questo è l'aspetto centrale e quello a cui grande rilevanza verrà data nel corso del presente studio, all'abbandono dell'idea di separazione di diritto e morale.

In una prospettiva più ampia, come meglio si dirà, ad essere abbandonata è l'idea stessa di sovranità classicamente intesa, con la conseguente affermazione del modello della sussidiarietà. Emblematiche in tal senso le parole di Gaetano Silvestri, secondo il quale "la sovranità del principi è rimpiazzata oggi dalla sovranità dei valori"⁴: il principio di sussidiarietà risulta allora più adeguato per descrivere tale situazione. Situazione in cui il diritto diviene strumento per tutelare la persona e *valorizzarla* e non più, come accadeva nell'ottica giuspositivista, "un arsenale di forme giuridiche – le norme – da schiacciare sulla realtà"⁵.

2 M. La Torre, Voce *Positivismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, p. 715.

3 L. Carlassare, Voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-2, 2008, p. 536.

4 Citato in M. La Torre, Voce *Positivismo giuridico*, cit., p. 716.

5 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 179.

Il presente lavoro è quindi strutturato in tre diverse parti: “Il positivismo giuridico”, “Diritto positivo e positività nell’attuale panorama giuridico”, “Oltre il positivismo giuridico”.

La prima parte è dedicata all’analisi del positivismo giuridico, con particolare attenzione alla teoria delle fonti del diritto, e ciò in ragione del fatto che la teoria giuspositivista ha sviluppato uno studio fondamentale delle problematiche connesse alle fonti di produzione giuridica ed è stata a lungo considerata come dottrina di riferimento da moltissimi autori.

Muovendo dall’assunto per cui la dottrina giuspositivista identifica il diritto con il diritto positivo, vale a dire il diritto posto dalla volontà sovrana così come espressa nella legge effettivamente applicata dallo Stato, ci si è quindi soffermati sull’accento che gli Autori riconducibili a questa corrente hanno posto sull’aspetto formale.

Il percorso svolto si snoda allora attraverso l’esposizione del pensiero di alcuni dei maggiori esponenti del positivismo giuridico: in primo luogo, si è analizzato il fondamentale contributo offerto da Hans Kelsen, per procedere poi con lo studio del pensiero di Herbert Hart, Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli.

Al termine di tale disamina, individuati tra i tratti caratterizzanti l’impostazione giuspositivista il ruolo centrale attribuito al formalismo, la conseguente riduzione del diritto a quello *posto* dallo Stato e la pretesa *avalutatività* che dovrebbe caratterizzare il compito dell’interprete, si è ritenuto opportuno soffermarsi sulla questione dei valori. In particolare, muovendo dall’esposizione della tesi di Hume (e considerando poi l’evoluzione della stessa nell’opera di Kelsen, Moore, Poincaré), si è tentato di dimostrare, anche attraverso l’opera di Hilary Putnam, che la dicotomia tra fatti e valori – presupposta dal non cognitivismo – sia concetto da ritenersi superato e, quindi, da rigettare. L’argomentazione offerta da Putnam per sostenere il carattere oggettivo dei giudizi di valore e l’irriducibilità di questi a giudizi privi di termini valutativi prende in considerazione, tra l’altro, l’ambito scientifico ed economico. Con riguardo a tale ultimo aspetto, al fine di offrire un ulteriore elemento a sostegno della tesi di Putnam, si è considerata l’opera di Primo Levi *Se questo è un uomo*, che sembra poter fornire validi argomenti a favore del cognitivismo etico e della tesi per cui si possa discutere di etica, con ciò rivendicando un ruolo, un’importanza, per i valori che non sia relegato ad un ambito meramente soggettivo.

L’analisi si è quindi spostata sul versante più prettamente giuridico, considerando i fatti normativi e, più specificamente, la figura della consue-

tudine, tipico esempio di come fatti e valori siano strettamente connessi. Evidenziati i limiti teorici della teoria giuspositivista, la seconda parte del presente studio ha quindi a oggetto alcuni fenomeni peculiari dell'attuale panorama normativo e ciò per mettere in luce come la nozione di positività debba oggi necessariamente essere modificata rispetto alle concezioni classiche. Gli esempi analizzati hanno consentito di evidenziare come debba oggi essere ammesso che “una legge non può essere in grado di prevedere tutto ciò che si verifica nella poliedrica e variegata realtà quotidiana; neppure ricorrendo al metodo della norma tecnica, generale e astratta, si riesce comunque a prevedere tutto perché malgrado la previsione sia generale (e quindi si rivolge ad una pluralità di soggetti) ed astratta (e quindi applicabile ad un numero indeterminato di casi) e sia destinata a ricomprendere al suo interno (e quindi a disciplinare) un ampio numero di casi concreti, continuano ad esservi fattispecie che non trovano giuridica (*rectius* legislativa) regolamentazione pur avendo una evidente giuridica rilevanza ma alle quali l'ordinamento giuridico non è in grado di dare una risposta”⁶.

Attraverso la casistica considerata si è quindi cercato di fornire un'ulteriore dimostrazione a sostegno di quanto da autorevoli Autori affermato circa la necessaria socialità e attualità del diritto e la conseguente impossibilità di ridurre l'intero fenomeno giuridico all'attività legislativa. Già all'inizio del Novecento, del resto, Giorgio Del Vecchio osservava come: “se per diritto positivo intendiamo quello che, in un certo momento, regola effettivamente la vita di un popolo, è chiaro che dobbiam comprendere in esso anche quella parte, che non fu mai oggetto di una deliberazione espressa; onde sarebbe assurdo il restringere, per esempio, la qualificazione di positivo al solo diritto stabilito per legge”⁷.

6 T. Tasso, *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, p. 31.

7 G. Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto. Prolusione al corso di Filosofia del diritto letta l'11 febbraio 1911 nella R. Università di Bologna*, Modena, 1911, p. 15. Del Vecchio prosegue la sua riflessione rilevando come “acciocché s'abbia veramente un diritto positivo non basta, dunque, l'enunciazione astratta di un principio giuridico, né, per converso, l'osservanza di una pratica qualsivoglia; ma occorre che un criterio di natura giuridica – determinante un'obbligazione e una pretensione correlate – sia inserito nel sistema regolatore di un certo popolo in guisa che la sua osservanza non dipenda dal mero arbitrio di colui che vi sia tenuto, né dalla mera forza di colui che vi abbia interesse. Occorre, in altre parole, che esista un'organizzazione sociale capace di corroborare la volontà del singolo, in quanto pretenda l'adempimento di una regola di diritto” (*Ivi*, p. 16).

Sono quindi stati considerati il fenomeno giurisprudenziale, la nuova *lex mercatoria*, le società intermedie, anche con riferimento alle problematiche connesse al pluralismo giuridico e al ruolo dei valori e dell'etica.

Con riguardo al ruolo della giurisprudenza, si sono considerate alcune sentenze particolarmente rilevanti degli ultimi anni da cui è possibile desumere come le pronunce giurisprudenziali possano essere annoverate tra le fonti del diritto. Le sentenze considerate – nello specifico: la sentenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo del 17.09.2009 (caso Scoppola vs Italia), la sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione n. 18288 del 21.01.2010 e la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 15144 del 11.07.2011 – giungono infatti ad ammettere che alla giurisprudenza vada riconosciuto un ruolo creativo, con ciò implicando anche un avvicinamento tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*⁸. La distinzione tra i due sistemi risulta quindi “molto meno profonda di quanto fosse apparso alla luce dell'impostazione giuspositivistica, quando si era cercato di svalutare quanto più fosse possibile il ruolo dell'interprete a vantaggio di quello del legislatore”⁹. Si sono quindi analizzate (considerando anche l'esempio delle pronunce della Corte Costituzionale) le implicazioni che un simile riconoscimento comporta, anche con riferimento al diverso modo in cui il ruolo dell'interprete dovrebbe conseguentemente essere inteso.

8 “La progressiva moltiplicazione delle sorgenti dell'argomentazione giuridica, tra le quali appare ormai oggi preponderante soprattutto nel continente europeo la giurisprudenza delle Corti supreme e sovranazionali, si è unita alla perdita da parte dello Stato del monopolio della produzione del diritto, causata anche dalla migrazione delle tradizionali categorie dei sistemi di *common law* da un ordinamento nazionale all'altro” (P. Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, 2012, p. 16). Lo stesso Autore rileva in altra sede come “l'evidente influsso della giurisprudenza nella formazione del diritto positivo e il tramonto della legge codificata impedisce oggi di classificare un ordinamento secondo il canone di *civil law* o di *common law*, essendo ormai abbandonata la pretesa ancillarità del diritto giurisprudenziale rispetto a quello legislativo in una sorta di «circolazione dei modelli»” (P. Moro, *Sul valore tipico del precedente giudiziale*, in C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013, p. 178).

9 A. Pizzorusso, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, pp. 1694 ss..

Si sono poi considerati alcuni esempi di rapporto “invertito” tra norma e giurisprudenza, vale a dire casi in cui il Legislatore è intervenuto solo in un secondo momento per formalizzare norme già di per sé esistenti: in particolare, si sono analizzati la genesi del codice deontologico forense, l’istituto dell’avvalimento e quello del *leveraged buy out*.

Prendendo poi in considerazione più approfonditamente l’autonomia privata e il ruolo via via crescente che essa va assumendo, ci si è soffermati sulla nuova *lex mercatoria* e sulle c.d. *società intermedie* e ciò al fine di dimostrare ulteriormente come l’opera del Legislatore si trovi oggi a concorrere con nuovi e plurimi centri di produzione normativa, riconducibili al paradigma della sussidiarietà (e in contrapposizione, come già accennato, al dogma, oramai superato, della sovranità).

L’analisi condotta nel corso della seconda parte implica la necessaria riscoperta di una giuridicità *diffusa*, che permetterebbe peraltro di riconoscere al diritto un’*autenticità* che il formalismo finiva col negare, e la conseguente attribuzione al diritto stesso di una dimensione più prossima all’uomo, negando conseguentemente che diritto significhi necessariamente atto di volizione di un’Autorità sovraordinata, così valendo a ritrovare la *naturalità* del rapporto, appunto, tra uomo e diritto¹⁰.

La terza parte, infine, ha come scopo quello di individuare una teoria giusfilosofica che consenta di dare effettivamente conto dell’attuale assetto delle fonti di produzione normativa, anche e soprattutto alla luce di quanto emerso dall’analisi condotta nella seconda parte, ricercando un orientamento che permetta di riscoprire il legame, innegabile, tra fatto e diritto.

A tal fine, si è considerata anzitutto la teoria del realismo giuridico, tanto nella “versione” americana quanto nella sua declinazione scandinava, accumulate da un profondo empirismo.

Con riferimento alla prima, ci si è soffermati sull’opera di autori quali Jerome Frank, Karl L. Llewellyn, Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, secondo i quali, in estrema sintesi, il diritto sarebbe il risultato non di norme generali e astratte ma del complesso delle concrete decisioni dei giudici.

¹⁰ “[...] siamo in presenza di un connotato antichissimo dell’esperienza giuridica: ove il diritto, prima di essere prodotto di una decisione, volizione, comando, è misura, regola che rimanda a ciò che è già stabilito” (G. Corso, *Il diritto positivo: vincolo per il giurista*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, p. 58).

Con riguardo alla versione scandinava, invece, si è analizzata l'opera di Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross, da cui è possibile desumere – pur con le peculiarità di ciascun autore (in particolare di Ross) – un approccio per cui la scienza giuridica dovrebbe avere a oggetto solo gli aspetti del diritto aventi un'esistenza effettiva in quanto unici a poter davvero influenzare i comportamenti umani.

Il realismo giuridico consente di fornire risposta a molte delle problematiche lasciate aperte dal positivismo giuridico, e ciò soprattutto grazie all'accento che esso pone sulla concreta efficacia della norma: cionondimeno, tale teoria risulta caratterizzata da un atteggiamento sostanzialmente analogo a quello giuspositivista rispetto alla questione valoriale, non valendo quindi a risolvere questioni centrali ai fini di una definizione soddisfacente del concetto di positività.

L'analisi è stata quindi indirizzata alla teoria neocostituzionalista, con particolare riguardo all'opera di Dworkin, Alexy e, in Italia, Zagrebelsky: essa, infatti, postula una profonda connessione tra diritto e morale e riconosce un ruolo primario ai valori costituzionali, ai principi e ai diritti dell'uomo e del cittadino, e risulta quindi in grado di fornire una risposta ai molti interrogativi ancora aperti.

Ciò che, in estrema sintesi, è emerso dall'analisi condotta è come oggi il catalogo delle fonti giuridiche si presenti alquanto mobile (e certamente, oramai, assai distante da quanto previsto dall'art. 1 delle Disposizioni sulla Legge in Generale), con la conseguenza che fissarlo in modo definitivo non appare in alcun modo possibile e risulta viceversa necessario ricostruirlo¹¹ di volta in volta¹², rivedendo completamente il modo stesso in cui il problema delle fonti viene affrontato e considerando

11 Essenziale, quindi, il ruolo dell'interprete: “[...] il diritto consiste in una perenne dialettica tra ‘manifestatore’ e interprete/applicatore, fra norma ed esperienza giuridica; il ‘manifestatore’ senza l'interprete/applicatore, se non è muto, parla a se stesso ma è privo di comunicazione con la società, perché l'interpretazione/applicazione, togliendo generalità e astrattezza alla disposizione, la immerge nel concreto della storia, la fa storia vivente, la fa diritto” (P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2009, p. 109).

12 Una ricostruzione che deve – necessariamente – impostarsi come *riconoscimento*: come autorevolmente esposto da Crisafulli, “la determinazione delle fonti, stabilita da ciascun ordinamento, non tanto consiste nell'«inventare», creandole ex nihilo, categorie di fatti normativi, quanto essenzialmente nel riconoscerne alcuni e disconoscerne altri e nel fissare le condizioni e i presupposti cui ne sia subordinato il riconoscimento” (V. Crisafulli, *Voce Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968).

elementi che, secondo il paradigma tipicamente positivista, avrebbero dovuto essere espunti dallo studio del giurista¹³.

13 Viene quindi tratteggiato un quadro il cui elemento caratterizzante è la *problematicità*. Giova in tal senso ricordare quanto osservato da Francesca Zanuso: “ritengo che il *positum* possa acquistare nuovo valore, proprio se pensato nel suo carattere di problematica posizione. Ne consegue che la positività non è identificabile con il semplice essere posto, frutto di un atto di potere o di arbitrio che dir si voglia. La positività si determina in quanto viene posto in modo da rispettare la dimensione dinamica dell’ordine, per la quale non si può evitare di porre, assistiti però dalla consapevolezza della complessità di quanto posto a regola dell’agire per tutelare la regolarità della convivenza intersoggettiva” (F. Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse. Alcune riflessioni sul ruolo della norma positiva nella composizione del conflitto intersoggettivo*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, cit., p. 77).

PARTE PRIMA

IL POSITIVISMO GIURIDICO

Affrontare la questione delle fonti di produzione giuridica non può prescindere dall'analisi di quella che è stata per certi aspetti la dottrina dominante nel Ventesimo Secolo¹, vale a dire il positivismo giuridico: come già accennato nell'*Introduzione* e come meglio emergerà nel corso della trattazione, essa è prodromica alla sua contestazione, contestazione che si rende inevitabile laddove si voglia render conto dell'attuale quadro delle fonti normative². In tal senso, è stato rilevato come “nell'attuale temperie della cultura giuridica, quando lo stato ha perso il monopolio della produzione legislativa e di conseguenza le fonti di produzione del diritto si distribuiscono in una pluralità varia per struttura ed efficacia, non è più possibile pensare alla ‘positivizzazione’ – al processo per il quale il diritto acquista positività – negli stessi termini in

1 L'influenza del positivismo giuridico si è del resto spinta ben oltre i margini della pura riflessione filosofica: “dogmatizzata in modo utopico, l'ideologia del primato della legge, come fonte completa, stabile e autoconsistente che marginalizza come secondario e irrilevante qualunque diverso modo di formazione del diritto, ha segnato profondamente, dopo la prima ondata codificatrice, l'evolversi della vita giuridica nei sistemi continentali. Per buona parte degli ultimi due secoli si è assistito all'espandersi della legge su molti settori della realtà sociale precedentemente regolati dall'autonomia privata o da norme consuetudinarie” (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, pp. 7-8).

2 “[...] da tempo [il giuspositivismo] va sottoposto ad una profonda revisione in virtù della quale può assumere un nuovo e più rigoroso fondamento la convinzione per cui l'unico diritto esistente, ed oggetto di sapere controllabile, è quello cui compete la qualifica di positivo” (F. Cavalla, *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2012, Bologna, 2012, p. 107).

cui la si concepiva alla fine dell'Ottocento o nell'ambito del formalismo kelseniano"³.

Come noto, la dottrina giuspositivista identifica il diritto con il diritto positivo, vale a dire il diritto posto (*positum*) dalla volontà sovrana così come espressa nella legge effettivamente applicata dallo Stato⁴. L'aspetto preminente di tale analisi risulta quindi essere quello formale: ciò emerge chiaramente, e lo si evincerà ancor meglio al termine della presente disamina, laddove si rilevi che ad essere considerata è essenzialmente la struttura della norma a prescindere dai valori alla stessa sottesi, con una visione che si potrebbe definire a-valutativa, di totale estraneità ai valori. Si ritiene quindi utile, al fine di meglio circoscrivere l'ambito del presente studio, ricordare la definizione di positivismo giuridico fornita da Vittorio Villa, definizione che, articolata in due tesi, consente di rendere conto del complesso paradigma in cui si articola la teoria di cui si discute: "la prima tesi può essere espressa in questo modo: «tutti i fenomeni che possono essere qualificati, in senso lato, come "giuridici" (e dunque in primo luogo, le *regole giuridiche*) non possono che rappresentare istanze di *diritto positivo*, e cioè di un diritto che rappresenta il *prodotto normativo* [...], di tipo *convenzionale* [...], di decisioni e/o di comportamenti umani storicamente *contingenti* dal punto di vista culturale, e quindi, [...] etico-politico; di decisioni e di comportamenti che non hanno dunque alcun vincolo giuridico esterno rispetto al contesto socio-culturale di riferimento». La seconda tesi può esser sintetizzata nel modo seguente: «render conto [...] del diritto positivo è, per lo studioso del diritto, attività completamente diversa, e da tenere nettamente separata, rispetto a quella che si concreta in una presa di posizione (positiva o negativa, di accettazione o di rifiuto) nei suoi confronti; ovvero rispet-

3 *Ibidem*.

4 Si veda l'analisi proposta da Meneghelli: "la dottrina del normativismo statualistico e formalistico [quale declinazione del positivismo] corrisponde, sul piano politico, al consolidarsi delle diverse sovranità nazionali e all'instaurarsi, sul piano internazionale, di un sistema di equilibri fondato su una serie di accordi tra Stato e Stato; sul piano culturale al dilagare della mentalità illuministica e scienziata; sul piano ideologico all'importanza che, in certi momenti storici, le élites attribuiscono all'esigenza di certezza e sul piano sociale a un periodo di relativa tranquillità. Su quest'ultimo punto è significativa la confessione fatta dal Kelsen, cioè da colui che è oggi ritenuto il massimo esponente di questa dottrina, che la sua costruzione così rigorosamente formale può riscuotere un certo successo solo in periodi di relativa tranquillità ideologica e politica" (R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1975, p. 26).

to a quella per la quale il diritto positivo è una base non già di *processi di descrizione*, ma, al contrario, di *processi di giustificazione* di decisioni e di comportamenti»⁵.

La prima tesi esposta evidenzia il carattere *contingente* delle decisioni alla base del diritto positivo: da ciò discende l'impossibilità di sostenere l'esistenza (come invece accade per il giusnaturalismo) di un contenuto *necessario*, anche eticamente inteso⁶.

La seconda tesi esposta pone invece l'accento sul carattere, già accennato, formalista in quanto avalutativo del giuspositivismo: l'idea di *giusto* e *ingiusto* esula infatti, per i sostenitori di questa corrente filosofica, dallo studio del diritto, essenzialmente poiché si nega che possa darsi una definizione oggettiva e indipendente di giustizia: più precisamente, si sottolinea che l'attività del giurista deve essere scevra da prese di posizione sui *contenuti* (in proposito si rinvia a quanto esposto con riferimento alla questione valoriale *Infra, Parte I, Capitolo II*).

Nel prosieguo della presente trattazione si procederà quindi all'analisi del pensiero di alcuni esponenti della dottrina giuspositivista, soffermandosi in particolare su quanto dagli stessi sostenuto con riferimento alla questione delle fonti del diritto, e ciò anche al fine di sottolineare le differenze rinvenibili tra i vari autori⁷.

5 V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, p. 29.

6 Fermo restando che “[...] diritto e morale sono concettualmente collegati, ma [...] la descrizione del diritto deve essere completamente indipendente dall'accettazione dei suoi contenuti morali” (*Ivi*, p. 32).

7 Utile ricordare le osservazioni di Villa, il quale ha evidenziato come “la tesi da cui muovo, in sostanza, è che il positivismo giuridico costituisca una tradizione di ricerca unitaria, della quale è dunque possibile fornire una singola definizione. Va anche detto, però, che non tutti gli studiosi sono d'accordo su questo. Norberto Bobbio, ad esempio, [...] propone una “visione in pezzi” del giuspositivismo, proponendone una tripartizione in tre diversi aspetti (*metodologico, teorico, ideologico*) [...]. Un'altra ben nota “visione in pezzi” del giuspositivismo è quella esposta da Hart, che distingue nel giuspositivismo cinque tesi differenti, e che fa parimenti notare che fra di esse non c'è un legame necessario”. L'Autore ricorda poi, tra le altre, le posizioni, entrambe propugnanti l'impossibilità di una definizione unitaria del positivismo giuridico, di Carriò e di Tarello, criticandone l'inadeguatezza poiché “trascurano di prendere in considerazione gli importanti elementi di continuità che la storia del giuspositivismo conosce, soprattutto in relazione alla sua contrapposizione con il giusnaturalismo, elementi che vengono di fatto ad essere sacrificati con la prevalenza di una visione “a pezzi” di tale nozione, o con l'abbandono totale del progetto definitorio” (*Ivi*, p. 27).

Si muoverà allora dall'esposizione del pensiero di uno dei padri di questa corrente, vale a dire Hans Kelsen, al fine di evidenziare i tratti salienti della stessa, soffermandosi poi sulla costruzione elaborata da Herbert Hart il quale tentò di risolvere alcune aporie del pensiero kelseniano. Spostandosi poi in ambito italiano, non ci si potrà esimere dall'esposizione di quanto sapientemente affermato da Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli.

Una volta tratteggiati gli aspetti fondamentali del positivismo giuridico, ci si soffermerà su un suo particolare carattere, vale a dire l'avalutatività: in una disamina che prenderà avvio dall'esposizione della tesi di Hume, si tenterà di dimostrare, anche attraverso l'opera dello statunitense Hilary Putnam, come quello della dicotomia tra fatti e valori sia concetto da ritenersi superato e, quindi, da rigettare⁸.

⁸ La necessità di un ripensamento non è, per la verità, questione nuova: già nel 1975 Meneghelli scriveva “[...] oggi il formalismo è tutto in crisi, e lo è perché si sono verificate proprio le condizioni opposte a quelle che Kelsen aveva considerate necessarie per la fortuna della sua dottrina: al posto della auspicata tranquillità ideologica, sociale e politica, oggi dominano sulla scena della storia l’exasperazione ideologica e la lotta sociale e politica; e al posto dell’auspicato pacifismo la politica dei blocchi e delle zone di influenza” (R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 29). Senza dubbio le problematiche che si pongono all’attenzione del giurista oggi sono ben diverse da quelle qui delineate (si veda in proposito la rassegna che verrà proposta *Infra, Parte II*), ma l’esito non muta: occorre rivalutare i principi che erano stati posti alla base di questa dottrina per ricercare un paradigma che consenta di dar conto, e comprendere, l’attuale assetto normativo.

CAPITOLO I
DIVERSE ARTICOLAZIONI
DEL PENSIERO GIUSPOSITIVISTA

SOMMARIO

1. Hans Kelsen e la dottrina pura del diritto; 2. Hebert Hart tra giuspositivismo e realismo giuridico; 3. Il positivismo giuridico italiano: Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli; Concludendo

1. HANS KELSEN E LA DOTTRINA PURA DEL DIRITTO

Tra gli autori senza dubbio più eminenti del positivismo giuridico va annoverato Hans Kelsen (1881-1973), il cui pensiero, orientato essenzialmente ad una critica del giusnaturalismo, è improntato a un rigido formalismo giuridico in cui il concetto di diritto viene identificato con la sua validità formale.

Ciò risulta evidente dall'analisi del sistema giusfilosofico che egli tratteggiò nella sua opera principale, vale a dire la *Reine Rechtslehre*: la dottrina *pura* del diritto è caratterizzata, infatti, dall'essere priva tanto di una componente ideologica, quanto di una componente empirica¹.

¹ “La teoria pura del diritto è – come è noto – una teoria formale. Ciò significa che essa identifica il diritto con le norme, intese come strutture qualificative dei comportamenti, e fonda l'autonomia del giuridico su un sistema normativo che spiega se stesso in quanto regola la sua propria creazione. [...] Se si parla di formalismo giuridico a proposito della teoria pura, si intende appunto questa inessenzialità dei contenuti normativi e questa necessità di una regolamentazione delle forme o dei modi di produzione del diritto. La teoria generale del diritto non dice quindi cosa bisogna statuire, ma come bisogna farlo, affinché la norma

Essa, quindi, non è condizionata da ideologie, regole morali, opinioni personali, tanto da poter essere utilizzata nell'ambito di qualsiasi tipo di organizzazione politica, indipendentemente dall'opzione ideologica del detentore del potere². D'altra parte Kelsen pensava al diritto come ad un sistema autonomo e distaccato dal resto: “non solo sono pienamente consapevole del fatto che con le mie considerazioni, rivolte alle norme giuridiche e al loro nesso funzionale, non sono in grado di cogliere la realtà dei fatti sociali o – come suole dirsi – la *praxis*, ma sono anzi immodesto abbastanza da considerare questa mancanza una virtù. Poiché considero il diritto un sistema autonomo, in particolare come un sistema differente dalla natura [...]; poiché cioè prendo la scienza giuridica così com'è e com'è sempre stata nei suoi migliori esponenti, vale a dire una disciplina autonoma per oggetto e metodo, sopra tutto differente dalla scienza della natura, respingo il ricorso alla realtà o alla *praxis* come ricorso ad un altro sistema conoscitivo, ad una teoria diversa –

prodotta appartenga ad un dato ordinamento giuridico e quindi sia «giuridica»” (F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, pp. 74-75).

2 Si veda F. Gentile, *Filosofia del diritto*, Padova, 2006, p. 89, laddove si ricorda come Kelsen, nel 1945, affermasse che “rispetto ad ogni altra teoria giuridica, la teoria pura del diritto ha il vantaggio di risultare operativa in ogni tipo di organizzazione politica, sia essa democratica o liberale, autocratica o socialista”. Analogamente, Irti ha osservato come “la *Grundnorm* di Kelsen [...] spiega la validità di qualsiasi ordinamento (autoritario e democratico, capitalistico e socialistico), e risolve tutti gli Stati in Stati di diritto [...] L'unica e superstita razionalità riguarda il funzionamento delle procedure generatrici di norme” (N. Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 8).

Come è stato rilevato, “la dottrina pura di Kelsen è rivolta alla conoscenza esclusiva del proprio oggetto: il diritto positivo. Ciò comporta la necessità di tenere nettamente distinte dal diritto la sociologia e la filosofia della giustizia” (A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005, p. 12).

Un'interessante suggestione deriva dalle parole di Natalino Irti laddove questi ricorda come “i canali delle procedure [...] sono pronti a ricevere qualsiasi contenuto. Ogni ipotesi può scorrere in essi: la disponibilità ad accogliere qualsiasi contenuto è indifferenza verso tutti i contenuti. Non ci sono contenuti inammissibili, rispetto ai quali la procedura si rifiuta di funzionare [...]. Se il meccanismo si inceppa, e non funziona più – ad esempio, per un colpo di Stato, che sopprima le assemblee elettive –, questo significa che alla vecchia subentrerà una nuova procedura” (N. Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p.7).

cioè ad una teoria per lo più assai ingenua dei fatti naturali – e perciò sostanzialmente estranea alla posizione di partenza dei giuristi”³.

L’avalutatività che caratterizza il sistema ideato dal Kelsen emerge anche dalla sua teoria sullo Stato, laddove egli esclude che il rapporto tra questa Istituzione e i cittadini sia caratterizzato da un qualsivoglia intento etico, dal momento che ciò che lo contraddistingue è l’essere una *autorità* che regola i rapporti umani: “se tentiamo di cogliere il senso specifico in cui si parla di stato, in generale e in particolare nella dottrina generale dello stato, dobbiamo osservare che l’ordine che viene chiamato stato ha per prima cosa il senso di un ordinamento normativo. Solo a questa condizione si possono intendere certe affermazioni che vengono continuamente ripetute sulla natura dello stato senza esser costretti a dar loro un significato addirittura mistico. E, tra queste, sopra tutto la tesi secondo cui lo stato va inteso essenzialmente come autorità, secondo cui il rapporto dello stato con gli esseri umani – il cui comportamento è regolato dall’ordinamento – si presenta come un rapporto di sovra- e sott’ordinazione, secondo cui questi esseri umani vanno considerati come i “sudditi” dello stato. Non si può intendere l’essenza dello stato senza l’idea che dallo stato derivano obbligazioni, che gli uomini, stando nella associazione dello stato, sono obbligati a tenere un determinato comportamento reciproco. E lo stato può, come autorità che sta al di sopra degli esseri umani, essere pensato solo nella misura in cui è un ordinamento che obbliga gli uomini a tenere un determinato comportamento, nella misura in cui, quindi, è un sistema di norme che regolano il comportamento umano”⁴.

In tal senso, va evidenziato come Kelsen, nei *Lineamenti di teoria generale dello stato*, definisca lo Stato come un ordinamento del comportamento umano, intendendo con ciò che esso consiste nella unione o associazione degli esseri umani creata dal fatto che il loro reciproco comportamento è ordinato in un certo modo. Egli poi distingue tra ordine della natura e ordine in quanto sistema di norme, ed è a quest’ultimo che fa riferimento lo Stato. A differenza dell’ordine come sistema di leggi naturali, l’ordine normativo mantiene la sua validità indipendentemente dall’essere la realtà effettiva conforme ad esso (come osserva il filosofo, la norma “non devi rubare” mantiene la sua validità anche se in realtà un dato uomo ruba); nel caso delle leggi naturali, invece, esse

3 H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989, p. IIIb.

4 H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, Torino, 2004, pp. 7-8.

non rappresentano altro che l'effettivo comportamento degli oggetti della natura. Va peraltro osservato come, affinché un ordinamento statale venga presupposto come normativamente valido, sia necessario che il comportamento effettivo degli uomini si conformi quanto meno in una certa misura ad esso, poiché, viceversa, non avrebbe alcun senso presupporre come valido un ordinamento in cui ciò non si verificasse.

Per comprendere l'architettura kelseniana è necessario allora specificare su cosa si fondi la validità delle norme che compongono l'ordinamento giuridico cui gli uomini si conformano, vale a dire la *Grundnorm*, norma fondamentale che è – nella definizione datane nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* – “la fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento; è il fondamento comune della loro validità. L'appartenenza di una certa norma ad un certo ordinamento riposa sul fatto che il fondamento ultimo della sua validità è la norma fondamentale di questo ordinamento. Questa norma fondamentale organizza in unità una pluralità di norme, costituendo il fondamento della validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento”⁵. Tale *norma fondamentale*, posta al vertice del sistema *piramidale* ideato da Kelsen, è norma non posta ma presupposta⁶, che vale come fondamento *ipotetico* del sistema *piramidale* al cui vertice si trova⁷: “la dot-

5 Come rilevato da Franco Modugno, “negare la validità [...] della norma fondamentale, equivarrebbe a negare la pensabilità o concepibilità dell'ordinamento stesso come ordinamento normativo” (F. Modugno, voce *Validità. a) teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, p. 26).

6 “[...] come norma suprema deve essere *presupposta*, in quanto non può essere *posta* da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, [1960], Torino, 1966, pp. 218-219).

7 Come osservato da Velluzzi, “l'ordinamento giuridico ha per Kelsen natura dinamica e struttura gerarchica. Un sistema di norme è dinamico ove le norme che lo compongono sono legate tra loro da rapporti di delegazione del potere di produrle; è gerarchico ove le norme che lo compongono non stanno sullo stesso piano, ma sono ordinate su livelli (gerarchici) diversi”; in tal senso occorre precisare che “i sistemi normativi dinamici si contrappongono a quelli statici nei quali le norme sono legate tra loro da un rapporto di deduzione logica. Tipico esempio di sistema normativo statico è, per Kelsen, la morale” (A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., nota 45, p. 13).

Sullo stesso argomento, Villa osserva come “per Kelsen il sistema morale è un *sistema statico* perché le modalità di derivazione di una norma dall'altra, e quindi il passaggio

trina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, è valido anche l'ordinamento giuridico che si fonda su di essa"⁸. Una norma risulta, quindi, giuridicamente valida qualora la stessa sia stata emanata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla norma di grado immediatamente superiore secondo un procedimento di *qualificazione* che si protrae fino, appunto, alla *Grundnorm*⁹: ciò secondo quella che può essere definita come una costruzione "a gradini" dell'ordinamento (*Stufenbautheorie*)¹⁰. Ciò prescinde totalmente da qualsivoglia valuta-

dall'uno all'altro dei livelli gerarchici in cui si articola tale sistema, riguardano successive specificazioni di contenuto delle norme, e dunque portano alla luce ciò che è già implicito nelle norme di livello più alto, e ciò che, ancora più a fondo, è già implicitamente contenuto nella norma fondamentale, di livello molto generale, del sistema morale [...] Al contrario, la norma fondamentale di un sistema giuridico ("la costituzione è diritto valido"), che è un *sistema dinamico*, non attribuisce di per sé alcun tipo di contenuto alle norme costituzionali, ma, conferendo ad esse validità, determina le modalità della loro produzione, modalità che dunque non sono ancorate ad alcun tipo di contenuto. Questo vuol dire che il sistema giuridico può svilupparsi dinamicamente, arricchendosi dei contenuti più diversi, cui la norma fondamentale non pone alcun tipo di limite" (V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., p. 58).

8 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, [1934], Torino, 1952, p. 98.

9 "[...] non esiste, in realtà, un comando realmente giuridico, bensì un comando può dirsi giuridico solo alla luce di un giudizio di qualificazione formale; al di fuori di tale giudizio formale può tranquillamente darsi la perfetta identità fra il comando di un bandito e il comando di un pubblico ufficiale" (F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 91). Scopo della *Grundnorm* è, tra l'altro, quello di "evitare il regresso all'infinito" e, quindi, "interrompere la catena di validità" (A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., p. 13).

10 È interessante ricordare come per Kelsen il momento interpretativo segua invece un andamento inverso: "lo schema piramidale kelseniano implica una interpretazione in scala discendente, come la validità implica la scala ascendente. Il momento interpretativo esige la discesa dall'alto verso il basso, perché è un'applicazione della legge ai comportamenti empirici. Secondo Kelsen l'interpretazione si giustifica proprio per il fatto che ogni norma superiore, nella misura in cui autorizza o legittima determinate norme di grado inferiore, non le può determinare totalmente. Se ci fosse totale coincidenza, non ci sarebbe neppure la costruzione a gradini; evidentemente c'è una diversificazione tra norma superiore e norma inferiore. La prima può solo dettare i limiti entro cui la seconda può variare. La norma di grado inferiore, nelle sue oscillazioni, si trova a dover adeguare la norma di grado superiore alla realtà" (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009, p. 426).

È importante precisare come per Kelsen sia falsa "la teoria comune dell'interpretazione [che] vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre

zione *etica* – ecco quindi un altro aspetto, ancor più rilevante, della avalutatività che caratterizza la costruzione di Kelsen – della norma *in sé*: la validità della norma è, infatti, puramente formale, e deriva dal fatto che la stessa sia conforme – in ultima istanza (vale a dire al termine dello *Stufenbau*) – alla *Grundnorm* (che, quindi, fornisce il solo fondamento della validità), senza che il suo essere *giusta* o *ingiusta* rilevi in alcun modo.

In tal senso, è necessario specificare come la *Grundnorm* non possa essere intesa come una norma nella sua accezione *comune*: la stessa infatti “non è norma tecnica posta alla stessa stregua delle altre norme contenenti un comando positivo, bensì è chiaramente presupposta ipoteticamente, è veramente un a-priori, meglio, è l’a-priori della dottrina pura del diritto, è quel presupposto che consente di affermare le condizioni alle quali il materiale empirico costituito dall’insieme dei comandi può venir definito più puntualmente dalla scienza giuridica come diritto positivo”¹¹.

Pertanto, l’appartenenza di una norma ad un dato ordinamento giuridico riposa sul fatto che il fondamento ultimo della sua validità sia appunto la “norma fondamentale”¹²: di conseguenza, per mezzo di un sillogismo giuridico avente come premessa maggiore la norma fondamentale e come premessa minore la *Soll-Norm* è possibile, tramite un procedimento di sussunzione, stabilire se un comando è o meno qualificabile come giuridico¹³. Ciò porta inoltre con sé che la *conditio per*

e soltanto un’unica decisione esatta e che l’esattezza della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa” (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., par. 36). Conseguentemente, nella visione kelseniana, può affermarsi che “i tribunali creano diritto, tuttavia la sentenza non è l’inizio del processo di produzione del diritto, ma il proseguimento di esso in base alle regole di produzione fissate dall’ordinamento, poiché il diritto produce se stesso” (F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, cit., p. 81). Sulle implicazioni di ciò ci si soffermerà più approfonditamente *Infra, Parte II*.

11 F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 93.

12 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 95.

13 “Una *Soll-Norm* può qualificarsi come giuridica solo se diventa una *Soll-Satz*, cioè una rappresentazione obiettiva del comando, del dover essere, data in termini ipotetico-deduttivi dalla scienza giuridica, alla luce della norma fondamentale. L’ordinamento giuridico non è delle *Soll-Normen*, bensì è costituito dall’insieme delle *Soll-Sätzen*, cioè è il risultato della trasformazione del potere attraverso la sua qualificazione formale in termini giuridici” (F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 94-95).

quam dell'ordinamento è la coscienza del dovere in quanto, se non si ipotizzasse nel soggetto destinatario del comando la presenza del senso del dovere, allora non vi sarebbe ragione per assumere la *Grundnorm* come premessa maggiore del sillogismo¹⁴. Di conseguenza, per Kelsen lo Stato e l'ordinamento giuridico non appaiono come mero aggregato di rapporti di forza, e nemmeno il rapporto giuridico un rapporto tra individui che comandano e altri che obbediscono¹⁵.

La norma fondamentale, poi, avendo come compito quello di “insediare il supremo organo di produzione normativa”, fonda, con l'unità, la sovranità dello Stato, di modo che questo appare come “ordinamento supremo, al di sopra del quale non vige alcun ordinamento superiore”¹⁶. Secondo la *Grundnorm*, quindi, “bisogna obbedire al potere costituito ed effettivo”¹⁷: questo è un aspetto fondamentale, poiché permette di comprendere come tale norma, *presupposta*, necessiti, per la sua validità, che il complesso delle norme giuridiche dell'ordinamento trovi *effettiva* applicazione¹⁸.

14 Come osserva Francesco Gentile, “[...] la norma fondamentale è chiamata a rispondere a due domande, affatto diverse. «Perché una certa norma appartiene ad un certo ordinamento?», è la prima. «Perché una norma è valida?», cioè perché «l'uomo si deve comportare nel modo previsto dalla norma?», è la seconda. [...] In altri termini, la norma fondamentale non risponde al secondo quesito che era chiamata a soddisfare [...] in quanto è sul presupposto che questo ed altri uomini, di fatto, si comportino nel modo previsto da questa e da altre norme che la norma fondamentale organizza queste ultime in un sistema normativo da cui quelli possono trarre indicazioni utili circa il modo di stabilire reciproci rapporti operativi” (F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Padova, 1984, pp. 147-159). Un comando, quindi, non si qualifica come giuridico per iniziativa di colui che comanda, ma di colui che è chiamato ad obbedire.

15 Si veda F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 131-132.

16 H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, cit., p. 35. Kelsen, del resto, si occupò approfonditamente del problema della sovranità dello Stato, soprattutto in relazione al diritto internazionale.

17 Altrimenti detto, “ci si deve comportare secondo la costituzione effettivamente statuita ed efficace”, ovvero “si devono porre in essere atti coercitivi in presenza delle condizioni e del modo stabilito dalla costituzione che sia storicamente la prima e delle norme poste conformemente ad essa”.

18 Tra la prima (1934) e la seconda edizione (1960) della *Reine Rechtslehre* la definizione di *Grundnorm* muta: “la prima soluzione è che la *Grundnorm* è una norma *non posta*, ma *presupposta*; cioè una norma la cui validità logicamente dobbiamo presupporre, perché altrimenti cadrebbe la validità dell'intero ordinamento. Ora, se passiamo dal piano *logico* al piano *ontologico* questa norma o ontologicamente esiste su un piano

La costruzione piramidale ideata da Kelsen comporta quindi, in ultima istanza, la totale riduzione del diritto allo Stato e viceversa: il diritto coincide totalmente con la volontà statale¹⁹. Si tratta, con tutta evidenza, di una declinazione dell'assunto base del positivismo giuridico, che porta a far coincidere il diritto positivo con la norma *posta* dal Legislatore, prescindendo da ogni valutazione che travalichi il puro dato formale. In conclusione, si ritiene interessante, al fine di inquadrare il pensiero kelseniano sullo Stato, ricordare le critiche che il filosofo di Praga rivolse alla tesi di Umberto Campagnolo a proposito del concetto di Stato, in quanto esse permettono di evidenziare, *a contrario*, la posizione di Kelsen. Quest'ultimo infatti sostenne che "è una tipica ideologia dello stato, un tentativo di giustificare l'essenza dello stato definendolo come l'organizzazione che garantisce l'armonia degli interessi di tutti i suoi membri. Dello stesso tipo sono le note pseudo-definizioni dello stato come realizzazione di un comune interesse di tutti i sudditi, del benessere generale e così via. Che all'interno dei vari stati storicamente esistenti non regni quest'armonia di interessi è già stato dimostrato così spesso che Campagnolo, dal momento che utilizza quest'ideologia, avrebbe dovuto almeno fare il tentativo di dimostrare che si tratta di

invisibile – e quindi è metafisica – oppure non esiste. Ecco perché nell'edizione del '60 – sotto l'influsso delle critiche del realismo giuridico – la risposta cambia: la norma fondamentale trova la sua validità nell'*effettività* dell'intero ordinamento. È valida la norma fondamentale quando non la singola norma è applicata o disapplicata, ma il complesso delle norme giuridiche trova applicazione" (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 424). Conseguentemente, si può affermare che la *Grundnorm* elevi l'effettività dell'ordinamento a condizione di validità dello stesso. "[...] l'efficacia è condizione nel senso che un ordinamento giuridico, considerato come totalità, ed una singola norma giuridica non possono più considerarsi validi, quando cessano di essere efficaci" (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 241).

Circa le implicazioni del ruolo assunto dall'effettività in Kelsen, si ricorda quanto affermato da Pagallo: "[...] il principio di effettività impone di considerare come rilevanti e, pertanto, meritevoli di discussione giuridica, solo gli atti e i comandi decisi esclusivamente dall'autorità che sia in grado di farsi ubbidire dalla maggior parte dei soggetti destinatari delle sue disposizioni" (U. Pagallo, *Alle fonti del diritto*. Mito, Scienza, Filosofia, Torino, 2002, p. 139).

19 Come è stato osservato: "Non può sussistere uno Stato senza il diritto, quindi il diritto è una realtà imprescindibile rispetto allo Stato e viceversa; non può esistere uno Stato senza diritto, né diritto senza Stato. Nella *Dottrina pura del diritto*, quindi, il diritto è coincidente con la volontà statale. Ecco ancora una volta emergere prepotentemente la grande caratteristica del positivismo giuridico: lo statalismo" (*Ivi*, p. 426).

qualcosa di più di una semplice finzione politica il cui unico scopo è la legittimazione di un ordinamento coercitivo”²⁰.

L'intento di Kelsen è quello di trasformare il potere in diritto²¹ e per far ciò ricerca un fondamento di tale potere nelle norme positive, fino a risalire alla “norma fondamentale”.

2. HEBERT HART TRA GIUSPOSITIVISMO E GIUSREALISMO

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) è senza dubbio uno dei maggiori filosofi del diritto inglesi del Novecento: la teoria da questi sviluppata riveste particolare interesse ai fini della presente analisi poiché essa, pur rimanendo nell'alveo del giuspositivismo, affronta problemi posti al centro dell'analisi non solo di tale impostazione, ma anche del realismo giuridico²² (dottrina, questa, che sarà analizzata nella *Parte III* del presente studio).

La rilevanza di questo importante autore risulta evidente riprendendo quanto da questi affermato in quella che viene ritenuta la sua opera

20 H. Kelsen, U. Campagnolo, *Diritto internazionale e stato sovrano*, a cura di M. G. Losano, Milano, 1999, p. 282. Per completezza, si ricorda la risposta che a ciò fornì Campagnolo, il quale sostenne che Kelsen nel criticarlo aveva confuso “l'unità del fine sociale storicamente stabilito, con l'accordo cosciente delle intenzioni o delle aspirazioni particolari dei membri della società politica [...] negare l'unità del fine della società politica perché all'interno di questa vi sono conflitti fra i consociati sarebbe come negare l'esistenza degli organismi naturali perché negli organismi naturali vi sono elementi che si possono sviluppare solo a scapito di altri elementi. [...] però, malgrado le lotte interiori, l'esistenza e la vitalità degli organismi è indiscutibile” (*Ivi*, pp. 332-334).

21 Opportuna una precisazione, ricordando quanto affermato da Kelsen: “come non è possibile, determinando la validità, fare astrazione dalla realtà, così non è possibile identificare la validità con la realtà. Se in luogo del concetto di realtà, intesa come efficacia dell'ordinamento giuridico, si pone il concetto di potere, allora il problema del rapporto fra validità ed efficacia viene a coincidere con quello, molto più corrente, di diritto e potere. E allora la soluzione qui prospettata è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza la forza, però non si identifica con la forza: secondo la teoria qui esposta, esso è un certo ordinamento (o una certa organizzazione) della forza” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 243).

22 In proposito, Gudo Fassò individuò la ragione della fortuna di Hart nel “fatto che egli innesta nella *jurisprudence* analitica molti elementi del kelsenismo, familiari e cari ai teorici del diritto continentali, e che egli risente inoltre – pur se moderatamente e con equilibrio – delle suggestioni della filosofia analitica, di cui Oxford, sede universitaria dello Hart, è uno dei centri maggiori” (G. Fassò, *Storia della Filosofia del Diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, p. 358).

fondamentale, vale a dire *The Concept of Law*: “quando si dice che ‘la legge’ è una fonte del diritto, la parola ‘fonte’ si riferisce non alle mere influenze storiche o causali ma a uno dei criteri di validità giuridica accettati nell’ordinamento giuridico in questione. L’emanazione da parte del potere legislativo competente è la ragione per cui una data norma giuridica è una valida legge e non è soltanto la ragione della sua esistenza. [] questa distinzione tra la causa storica e la ragione della validità di una data norma giuridica può essere tracciata soltanto ove un ordinamento contiene una norma di riconoscimento, in base alla quale certi fatti (emanazione da parte di un potere legislativo, pratica consuetudinaria o precedente) vengono accettati come segni di identificazione del diritto valido”²³.

Da tale citazione emergono due dei punti salienti della costruzione hartiana, che verranno qui di seguito analizzati, vale a dire il fondamento della validità²⁴ della norma (con un particolare accento sul *momento legislativo*) e, conseguentemente, il concetto di *norma di riconoscimento*. Per ricostruire il pensiero del filosofo inglese è necessario, però, preliminarmente, ricordare la fondamentale distinzione da questi proposta tra *punto di vista interno* e *punto di vista esterno*. Si tratta di una distinzione concernente l’osservazione del fenomeno giuridico: in particolare, il punto di vista interno²⁵ è quello utilizzato da un soggetto quando il

23 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, p. 292.

24 Si tenga presente come in Hart vi sia una profonda distinzione tra validità ed effettività.

25 Come rilevato da Villa, tale concetto trae origine dalla distinzione che Hart opera tra *regole* e *abitudini*: “non c’è dubbio, ad avviso di Hart, che fra i comportamenti che costituiscono istanze specifiche di applicazione di regole (*comportamenti regolati*) e i comportamenti che costituiscono istanze specifiche di condotte a carattere abitudinario (*comportamenti regolari*) vi sono delle somiglianze molto forti: in entrambi i casi, in particolare, si è in presenza di un certo modello di comportamento le cui istanze specifiche si riproducono ricorrentemente nel corso del tempo, esibendo costantemente alcune caratteristiche salienti in comune. [...] Vi è però, fra le due situazioni, una differenza molto rilevante, che costituisce la base per sviluppare la distinzione che ha in mente Hart. Nel caso delle regole, ma non in quello delle abitudini, è presente, fra i – o perlomeno in una porzione rilevante dei – membri del gruppo dei *rule followers*, una sorta di atteggiamento comune, da qualificare ulteriormente, che Hart chiama, appunto, *punto di vista interno*” (V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 73-74).

diritto è considerato come norma da applicare, quello esterno quando il soggetto si pone come *osservatore esterno* rispetto al sistema giuridico²⁶. Il punto di vista *interno* presuppone che all'interno del gruppo vi sia un comune atteggiamento di *accettazione*: ecco allora che, rispetto alla costruzione kelseniana (ma anche a quella proposta da Alf Ross), si ha un ruolo per così dire *attivo* dei partecipanti, da parte dei quali è richiesto un atteggiamento critico-riflessivo²⁷ che consenta di affermare l'esistenza della regola stessa.

Quanto poi al punto di vista *esterno*, invece, esso è quello di chi osserva il fenomeno giuridico, i comportamenti regolati, dall'esterno, senza esserne coinvolto. In tal senso, Hart distingue tra punto di vista esterno *estremo* e punto di vista esterno *moderato*: il primo è quello di chi si limita ad operare una descrizione dei comportamenti senza considerare in alcun modo le regole presenti, stabilendo le eventuali connessioni tra i fenomeni. Viceversa, chi adotta il punto di vista esterno *moderato* oltre a descrivere i comportamenti considera anche le regole seguite,

26 “Per usare un celebre esempio, se prendiamo il fenomeno quotidiano di un incrocio con semaforo, questo fenomeno può essere visto in due modi: o dal punto di vista dell'automobilista, il quale osserva il rosso ed il verde per vedere se può passare o non può passare, oppure dal punto di vista di un ipotetico marziano, il quale constaterrebbe una corrispondenza tra l'apparire di un determinato colore e il proseguire, o l'arrestarsi, delle macchine. Questo è il punto di vista esterno, punto di vista di chi guarda il diritto come un comportamento tenuto da determinati individui” (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 458).

27 Ci si serve ancora una volta delle riflessioni di Villa per evidenziare cosa si intenda per “atteggiamento critico-riflessivo”: “l'uso di tale attributo [riflessivo] vale a connotare l'aspetto conoscitivo, logicamente antecedente rispetto al secondo aspetto, del punto di vista interno. Perché si dia una regola, cioè, i *rule followers* devono innanzitutto conoscere il contenuto del modello di comportamento da seguire. [...] L'attributo ‘critico’ tende invece a mettere in risalto l'altro aspetto fondamentale del punto di vista interno, quello secondo cui una parte rilevante dei membri del gruppo (quelli che *accettano* il modello di comportamento in questione) reagisce alle eventuali inosservanze di altri membri, ma anche alle proprie (in chiave auto-critica) in modo assolutamente peculiare, e cioè sviluppando delle critiche linguisticamente articolate, che menzionano il modello di comportamento da seguire e usano delle ‘espressioni normative’. [...] Quando c'è una regola, in altri termini, all'interno dei membri del gruppo (quelli disposti ad impegnarsi in favore della regola) si sviluppano alcune interazioni linguistiche peculiari, che mettono in evidenza il *ruolo attivo* giocato da alcuni *rule followers*” (V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 74).

analizzandone le relazioni e ricostruendo il punto di vista interno dei partecipanti (e, quindi, l'accettazione della regola da parte di questi). L'analisi del pensiero hartiano permette di comprendere che, ad avviso del filosofo inglese, il punto di vista che più correttamente dovrebbe essere adottato dal teorico del diritto è proprio quest'ultimo, dal momento che esso permette di contemperare gli eccessi di una visione troppo coinvolta (come quella di chi si pone da un punto di vista interno) ovvero troppo distaccata (vale a dire quella di chi, viceversa, adotta un punto di vista esterno estremo).

Venendo ora al concetto di *norma di riconoscimento*²⁸, poi, si può affermare che esso – riprendendo in qualche modo quello di *norma fondamentale* kelseniana²⁹ – è ciò che consente di riconoscere validità alle norme giuridiche che compongono un determinato ordinamento giuridico. Si tratta, in sostanza, di una norma³⁰ inespressa e non codificata

28 Sul punto si vedano, tra gli altri, G. Cavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967.

29 È necessario però operare una distinzione tra i due concetti dal momento che la norma di riconoscimento “in realtà, è legata a un fatto empirico, più che ad una necessità logica; in ciò Hart si discosta notevolmente dalla prospettiva kelseniana, la quale ipotizza la presenza della *Grundnorm*, quale momento di chiusura logica del sistema giuridico dinamico. La norma di riconoscimento, in quanto fatto empirico, non è, a differenza della norma fondamentale kelseniana, formulata; la sua esistenza si rivela dal modo in cui sono individuate le norme primarie” (M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Trieste, 2011, p. 129).

30 Occorre precisare come per Hart vi sia una distinzione tra norme primarie e norme secondarie: “abbiamo poi distinto le norme in norme primarie che impongono obblighi e norme secondarie di riconoscimento, mutamento e giudizio. La tesi fondamentale di questo libro è che molte operazioni tipiche del diritto, e molti concetti che costituiscono la struttura del pensiero giuridico, richiedono per la loro spiegazione un riferimento a uno o a entrambi questi tipi di norme, che la loro unione può essere esattamente considerata come l'“essenza” del diritto” (H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 182). La *norma di riconoscimento* rientra, nella filosofia hartiana, tra le norme secondarie. Sul tema si ricorda quanto osservato da Giorgio Pino laddove questi evidenzia come esse possano essere distinte secondo tre diverse prospettive: “in primo luogo, Hart traccia la distinzione in termini funzionalistici, o teleologici: i due tipi di norme svolgono una funzione sociale diversa. Le norme primarie impongono ai soggetti di compiere (o, più spesso, di astenersi dal compiere) un comportamento che essi probabilmente tenderebbero a non compiere (o, rispettivamente, a compiere); in tal senso, le norme primarie vanno contro i desideri dei soggetti, ed è esattamente questa la loro funzione. Le norme secondarie, invece, sono norme che permettono ai soggetti di realizzare

che vale quale fondamento di tutto il sistema giuridico: “la forma più semplice di rimedio per l’*incertezza* del sistema di norme primarie è l’introduzione di quella che chiameremo una «norma di riconoscimento». Questa specifica alcune caratteristiche il cui possesso da parte di una certa norma è considerato come un’indicazione affermativa e decisiva circa la sua qualificazione come una norma del gruppo che deve essere sostenuta dalla pressione sociale esercitata da questo. L’esistenza di una simile norma di riconoscimento può assumere una qualsiasi di un’enorme varietà di forme, semplici o complesse [...]. [ma] ciò che è essenziale è il riconoscimento del riferimento alla scrittura o alla iscrizione come *dotate di autorità*, cioè come il modo *proprio* per risolvere i dubbi relativi all’esistenza della norma. Dove esiste un simile riconoscimento siamo in presenza di una forma molto semplice di norma secon-

più efficacemente ciò che essi desiderano fare (approntano delle “facilitazioni” allo svolgimento delle attività dei soggetti), tramite l’attribuzione di poteri. Questo modo di distinguere tra norme primarie e secondarie è chiaramente calibrato sul modo in cui le norme si indirizzano ai soggetti privati: le une imponendo loro obblighi e divieti, le altre conferendo loro poteri (variamente modellati sullo schema dell’autonomia privata). In secondo luogo, Hart afferma che le norme primarie sono norme che regolano la condotta, mentre le norme secondarie sono norme che vertono sulle norme primarie (sono metanorme). Qui la differenza tra i due tipi di norme non è più funzionalistica, ma contenutistica. Inoltre, questa distinzione è potenzialmente incompatibile con la precedente: si pensi al caso di una norma che impone un obbligo di applicare un’altra norma: essa sarebbe norma primaria nel primo senso (perché impone un obbligo), e norma secondaria nel secondo senso (perché verte su un’altra norma). Infine, Hart imposta talvolta la distinzione tra norme primarie e secondarie anche su un piano cronologico, e talvolta anche assiologico. Nel primo senso, Hart afferma che le norme secondarie emergono nel passaggio da una società “semplice” ad una società più evoluta e complessa, per rimediare ai difetti che affliggono un corpus di sole norme primarie. Nel secondo senso, Hart afferma che le norme primarie sono in teoria autosufficienti (è possibile, anche se non molto efficiente, un ordine sociale retto da sole norme primarie), mentre le norme secondarie esistono solo perché accessorie alle norme primarie. Anche questi due ulteriori criteri di distinzione non sono esenti da problemi: il primo perché finisce con l’offrire un quadro storico-antropologico eccessivamente semplificato dell’emersione del fenomeno giuridico nelle società umane; il secondo perché vi è almeno un senso in cui un tipo di norma secondaria, la norma di riconoscimento, ha decisamente un tipo di priorità rispetto alle norme primarie: e cioè che, senza una norma di riconoscimento, non sarebbe possibile definire le norme primarie come norme giuridiche” (G. Pino, *Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento*, in T. Mazzaresse, *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Torino, 2012, pp. 183-184).

daria: una norma per la individuazione decisiva delle norme primarie che impongono obblighi”³¹.

Tale concetto permette di individuare una sorta di *collegamento* tra punto di vista interno e punto di vista esterno: essa viene infatti considerata tanto da chi adotta un punto di vista interno (quale presupposto per qualificare o meno come valida una norma dell’ordinamento, discernendo quindi tra norme da rispettare o meno) quanto da chi si pone, viceversa, da un punto di vista esterno (che la considera, invece, quale norma in base a cui un ordinamento possa o meno reggere)³².

Come risulta chiaro, quindi, Hart, pur con le peculiarità che caratterizzano la sua costruzione filosofica, si pone sotto diversi aspetti in continuità con l’impostazione positivista che l’aveva preceduto, privilegiando l’aspetto formale della propria indagine a scapito di un’analisi concernente l’aspetto contenutistico delle norme e, quindi, dell’ordinamento giuridico³³.

31 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 112-113.

32 “La norma di riconoscimento è la cerniera che salda i due punti di vista, in quanto la sua esistenza è, come si è visto, un dato di fatto, ed è quindi oggetto di un giudizio di tipo «esterno»; ma d’altra parte, in quanto viene *accettata* come criterio della validità delle norme dell’ordinamento, essa costituisce, per così dire, la «fonte» del punto di vista interno” (M.A. Cattaneo, *Introduzione*, in H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. XVII).

Sul punto si rinvia, per un ulteriore approfondimento, a M.A. Cattaneo, *Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965; G. Gavazzi, *Sul concetto di moralità critica*, in *Rivista di filosofia*, 1965; A. Catania, *L’accettazione nel pensiero di H. L. A. Hart*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1971; A. Loche, *Moralità del diritto e morale critica. Saggio su Herbert Hart*, Milano, 1997.

33 Pur con le precisazioni che verranno effettuate, soprattutto con riferimento al concetto hartiano di contenuto minimo del diritto naturale, *Infra, Parte I, Capitolo II*. Si ricordi quanto evidenziato da Viola: “che la teoria giuridica di Hart risenta fortemente gli influssi del normativismo kelseniano, è un dato di fatto indiscutibile e indiscusso. Sono del pari evidenti gli sforzi tesi alla eliminazione di una concezione metafisica e formalistica della norma. C’è quindi il tentativo di tenere in piedi la specificità del concetto di norma, mentre viene travolto il suo fondamento trascendentale. Ciò significa anche il rifiuto della visione di Ross, per cui il dover essere kelseniano trascina con sé, nella sua caduta, il concetto stesso di norma” (F. Viola, *H.L.A. Hart e la struttura aperta del diritto*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, cit., pp. 119-120).

3. IL POSITIVISMO GIURIDICO ITALIANO: NORBERTO BOBBIO E UBERTO SCARPELLI

In ambito italiano, tra i maggiori autori riconducibili alla teoria giuspositivistica vanno senza dubbio ricordati Norberto Bobbio (1909-2004) e Uberto Scarpelli (1924-1993).

Bobbio rappresenta certamente un formidabile teorico del positivismo giuridico: egli, infatti, tracciò un quadro dettagliato di tale dottrina, facendosi sostenitore di quello che si può definire come neopositivismo giuridico, nel quale, rispetto all'impostazione tradizionale, resta l'esigenza metodologica, la descrizione cioè delle norme positive ed esistenti, mentre non trova accoglimento l'infatuazione statualistica, che riduce la giustizia a volontà dello Stato.

Il filosofo torinese, come egli stesso ebbe ad affermare, si riconosce profondamente in tale impostazione filosofica: nel concludere la dettagliata ricostruzione che del giuspositivismo offriva nel suo *Il positivismo giuridico*, Bobbio evidenziava infatti come tale “bilancio appare opportuno e, potremmo dire, doveroso da parte di chi – come noi – appartiene a una generazione che è stata educata nel positivismo giuridico, e abituata a considerarlo come la filosofia dei giuristi (nel senso che rende esplicite le concezioni accolte implicitamente e magari inconsciamente da tutti coloro che praticano il diritto)”³⁴.

Bobbio, in particolare, distinse tre aspetti del giuspositivismo, differenziati a seconda che lo si intendesse come metodo per lo studio del diritto, come teoria del diritto ovvero come ideologia del diritto³⁵.

Per quanto concerne il giuspositivismo come *ideologia* del diritto (inteso nella sua accezione moderata), Bobbio, anche alla luce della sua esperienza personale negli anni delle dittature, contestò le critiche (essenzialmente giusnaturalistiche) secondo cui esso avrebbe condotto alla statolatria e al totalitarismo politico: in tal senso egli sottolineò come “il considerare l'ordine, l'eguaglianza formale e la certezza come i valori

34 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dr. Nello Morra*, Torino, 1961, p. 309.

35 Per sintetizzare l'ampio studio del Bobbio, il metodo di studio del diritto vede nella avalutatività la sua principale caratteristica, la teoria del diritto è invece connotata da formalismo, imperativismo, statualità, coattività, coerenza e completezza, interpretazione meccanicistica, l'ideologia dall'affermarsi della necessaria obbedienza alla legge in quanto tale (cfr. M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, cit., p. 114).

propri del diritto rappresentano un sostegno ideologico in favore dello Stato liberale, e non già dello Stato totalitario o comunque tirannico [...] dire che la legge deve essere ubbidita significava, sotto il passato regime, difendere la libertà individuale lesa dai soprusi di un potere politico che non rispettava la legge³⁶ (giacché il dovere di ubbidire alla legge riguarda non solo i cittadini ma anche gli organi dello Stato)³⁷.

Per quanto attiene al giuspositivismo come *teoria*, il filosofo torinese ne sostenne la validità nella sue declinazioni di teoria coattiva, legislativa e imperativa del diritto³⁸, mentre ne criticò le declinazioni come teoria della coerenza dell'ordinamento giuridico, della completezza dell'ordinamento giuridico e dell'interpretazione logica o meccanicistica del diritto: infatti, egli ammise che un ordinamento giuridico non necessariamente è coerente (potendo sussistere due norme valide ma incompatibili tra loro) o completo (ben potendo mancare quella che egli definisce come “norma generale esclusiva” o “norma di chiusura”), e, per altro verso, evidenziò come “per giungere alla decisione [il giudice] deve sempre introdurre valutazioni personali, fare delle scelte, che non sono vincolate allo schema legislativo che egli deve applicare”³⁹.

36 Analogamente si esprimerà, per certi aspetti, Uberto Scarpelli, sul cui pensiero torneremo tra breve: “[...] la soggezione al diritto positivo può essere allora intesa come fedeltà alle leggi che la società dà a se stessa in armonia con i propri valori” (U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 149).

37 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 314.

38 Concezioni che egli ritenne *pilastri* di tale teoria: conseguentemente, la critica alle altre tre concezioni non inficia l'adesione a quella che egli definisce come “teoria giuspositivistica in senso largo”.

39 *Ivi*, pp. 315-316. Sulla questione dell'interpretazione della norma, e sulla critica alla concezione meccanicistica della stessa, si tornerà più approfonditamente *Infra, Parte II, Capitolo I*. Con riguardo alla teoria formulata dal filosofo rispetto al ruolo della giurisprudenza è stato osservato come “secondo Bobbio, [...] è indubbio che la giurisprudenza è scienza proprio nel senso neo-positivistico del termine; infatti essa parte da un presupposto convenzionale, la norma posta dal legislatore, e il giurista cerca di dedurre dalla norma delle conseguenze valide, cioè coerenti rispetto al protocollo stesso. Poi, riprendendo la distinzione di Carnap tra scienze empiriche e scienze formali, afferma che la giurisprudenza è scienza empirica nel momento interpretativo, ed è scienza formale nel momento della teoria generale del diritto. È scienza empirica nel momento interpretativo perché essa opera sulla norma, e la norma è un fatto: la norma cade sotto i nostri sensi, possiamo leggerla, possiamo constatarne l'esistenza empiricamente. È scienza formale nel momento della teoria generale perché essa opera su simboli di fatti, cioè su categorie logiche che vengono desunte dalle norme di un

Infine, con riferimento al giuspositivismo come *metodo*, Bobbio lo accolse totalmente, evidenziando come esso fosse necessario per poter fare della scienza giuridica o della teoria generale del diritto e non cadere nella filosofia o nella ideologia: “siccome la scienza consiste nella descrizione avalutativa della realtà, il metodo positivistico è puramente e semplicemente il metodo scientifico”⁴⁰.

Resta costante, nel pensiero del filosofo in esame, l’adesione – essenzialmente nel senso da ultimo evidenziato – al formalismo giuridico, riconosciuto quale mezzo necessario alla *stabilizzazione* del diritto: in tal senso, con un’osservazione capace di cogliere in poche parole l’essenza stessa della dottrina di cui si discute, Bobbio ebbe a evidenziare come “considerare giusto ciò che è conforme alla legge significa dare un giudizio positivo, prescindendo da qualsiasi altra considerazione morale, di un assetto stabile della società che riposa sulla certezza piuttosto che sull’equità; definire il diritto come uno strumento per la realizzazione dei più diversi fini sociali, caratterizzato dalla tecnica della coazione ovvero dell’efficacia rafforzata, significa metter l’accento sull’insieme dei mezzi indispensabili per la conservazione durevole di un determinato gruppo sociale; attribuire all’interprete del diritto un compito di ricostruzione concettuale e sistematica piuttosto che di valutazione degli interessi e degli scopi sociali significa rendere omaggio, nel momento dell’applicazione, ancora una volta, agli ideali dell’ordine, della certezza, della stabilità, della pace sociale, piuttosto che a quelli della giustizia

determinato ordinamento. Anzi, nel suo complesso, la giurisprudenza sarebbe scienza di *secondo grado* perché lavora su una scienza di primo grado, la scienza della legislazione” (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 408-409).

40 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 316. Necessario, a tal proposito, ricordare quanto Bobbio sosterrà qualche anno dopo a tal proposito: “se si conviene di chiamare diritto positivo il diritto vigente in una determinata società, cioè quel complesso di regole emanate secondo procedure stabilite che vengono abitualmente seguite dai cittadini e applicate dai giudici, allora si può definire «positivismo giuridico» ogni teoria del diritto la quale parta del presupposto che oggetto della scienza giuridica sia il diritto positivo: ciò è altra cosa dell’affermare che «non esiste altro diritto che il diritto positivo». Il giurista, che si professa positivista, non nega in genere che esista un diritto ideale, naturale o razionale: nega semplicemente che sia diritto alla stessa stregua del diritto positivo, lasciando intendere che proprio il carattere che lo distingue dal diritto positivo, il fatto cioè di non essere vigente, è quello che esclude l’interesse a farne un oggetto di ricerca scientifica” (N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp.106-107).

sostanziale”⁴¹. Con riferimento all’ultimo aspetto, e cioè al momento interpretativo, Bobbio sottolineò come carattere peculiare del giuspositivismo fosse l’attribuzione di: “assoluta prevalenza alle forme, cioè ai concetti giuridici astratti e alle deduzioni puramente logiche che si possono fare in base ad essi, a scapito della realtà sociale che sta dietro a tali forme, dei conflitti d’interesse che il diritto regola, e che dovrebbero (secondo gli avversari del positivismo giuridico) guidare il giurista nella sua attività interpretativa”⁴².

Quanto sinora brevemente esposto circa alcuni aspetti caratterizzanti del pensiero di Bobbio consente, si auspica, di meglio comprendere quanto da egli sostenuto con riferimento a concetti posti al centro della presente analisi.

In particolare, con riferimento alla teoria delle fonti e, più specificamente, alla definizione stessa di fonte, il filosofo torinese affermò che esse “sono quei fatti e quegli atti da cui l’ordinamento giuridico fa dipendere la produzione di norme giuridiche”⁴³.

Circa il *fondamento* del diritto, poi, Bobbio è chiarissimo nel sostenere che “il diritto deriva dal fatto e non ha altro fondamento se non il fatto che esiste e s’impone”⁴⁴ e che, conseguentemente, “il riconoscimento della forza normativa del fatto [conduce] alla legittimazione del fatto compiuto”⁴⁵. In tal senso, occorre soffermarsi sulla questione del *potere*, già approfondita in Kelsen: con riferimento a ciò, si può notare come Bobbio appaia in qualche modo restio a individuare nell’effettività del potere il fondamento ultimo del diritto. Egli infatti affermò che “il drit-

41 *Ivi*, p. 99.

42 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 290.

43 N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 179. Accanto a questa, Bobbio fornì un’ulteriore definizione: “per fonti del diritto s’intendono quei fatti che pongono in essere una norma giuridica” (N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, p. 19).

44 N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 63.

In tale senso, Bobbio osservò anche come “la tesi che il diritto è ciò che è di fatto non porta ad escludere che tra questi fatti vi siano anche le valutazioni personali del legislatore e del giurista e del giudice: significa semplicemente che queste valutazioni diventano diritto in quanto vengono accolte, attraverso procedure stabilite e oggettivamente accertabili, nel sistema delle fonti e non per la loro maggiore o minore conformità a certi ideali di giustizia piuttosto che a certi altri” (N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 124).

45 N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 33.

to è fondato in ultima istanza sul potere” e che “esiste un ordinamento giuridico [...] solo se e fino a quando è fatto valere con la forza”, salvo poi specificare che “la forza è strumento per la realizzazione del diritto”⁴⁶. Il formalismo profondo che contraddistingue la teoria di Bobbio emerge del resto anche dalle ragioni poste a fondamento della sua presa di posizione a favore della democrazia quale forma di governo: “la democrazia [...] appare la costituzione preferibile per ragioni formali, perché costituisce un insieme di «regole (le cosiddette regole del gioco) che consentono la più ampia e sicura partecipazione della maggior parte dei cittadini, sia in forma diretta sia in forma indiretta, alle decisioni politiche, cioè alle decisioni che interessano tutta la collettività»”⁴⁷.

L’elaborazione filosofica di Scarpelli, ascrivibile ad una (pur originale) concezione giuspositivista (indubbia è infatti l’adesione del filosofo vicentino al normativismo kelseniano), introdusse il metodo analitico nella teoria giuridica e metagiuridica italiana.

Nella sua fondamentale opera *Cos’è il positivismo giuridico* egli manifesta sin da subito l’intento di fornire una definizione unitaria del positivismo giuridico: riprendendo anche gli studi di Kelsen, Hart e Bobbio, Scarpelli cerca allora di riportare il concetto ad unità, ritrovando una visione di insieme che prescinda dalle divisioni⁴⁸.

46 N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 196-197. Nella stessa sede l’Autore osservò anche come: “il diritto qual è, è espressione dei più forti, non dei più giusti. Tanto meglio poi se i più forti sono anche i più giusti”.

47 F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 25 il quale riprende N. Bobbio, *Quale socialismo*, Torino, 1976. Gentile in proposito rileva come “balza subito agli occhi una sconcertante analogia tra queste argomentazioni a sostegno di un regime politico democratico e quelle che sono state usate, all’inizio del secolo, a sostegno di un regime politico oligarchico. [...] La duttilità di questo formalismo politico, che si lascia piegare alle più diverse esigenze, dell’unità come dell’efficienza, della prontezza come della partecipazione, non può non insospettire. Diviene pertanto indifferibile riconoscere la condizione in base alla quale è possibile ridurre il problema politico a problema di formula d’esercizio del potere. E ben presto essa si rileva nella dommatica assunzione del potere come fondamento della comunità politica” (*Ivi*, pp. 25-26).

48 “Finché ne mettiamo i pezzi uno accanto all’altro su un piano fattuale, nel senso di una stretta descrizione di posizioni di autori e scuole, siamo di fronte a un rompicapo in cui non si riesce a vedere un disegno ed abbiamo l’impressione che ogni pezzo possa esser tolto o rimesso a piacere” (U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., p. 36).

Secondo la definizione offerta da Scarpelli, allora, il positivismo “concepisce il diritto come un insieme di norme poste da esseri umani ed assegna per compito alla scienza del diritto lo studiare⁴⁹, alla pratica del diritto l'applicare il diritto inteso in tale senso. La positività del diritto, prima nota del diritto in una concezione giuspositivistica, consiste in questo suo esser posto”⁵⁰. Anche questo autore, dunque, pone l'accento sulla *posizione* del diritto, sottolineandone due corollari fondamentali, vale a dire l'effettività (“i processi di posizione del diritto sono quelli per cui le norme del diritto diventano effettive”⁵¹) e l'essere una manifestazione di atto di volontà (“l'esser posto del diritto positivo vuol dire appunto che esso trae origine da un atto di volontà”⁵²). Con particolare riferimento all'aspetto volontaristico, poi, Scarpelli evidenziò come esso fosse strettamente connesso all'organizzazione politica tipica degli Stati moderni, nel senso che, in qualche modo, il positivismo giuridico “si è messo al servizio della volontà politica prevalente nell'organizzazione politica dello stato moderno, e nel far questo ha assunto un atteggiamento ed elaborato un metodo che presuppongono la produzione volontaria del diritto e la forma che ne è propria”⁵³.

Tratto caratterizzante la riflessione di Scarpelli risulta quindi essere, in definitiva, la profonda fedeltà alla legge, in un'ottica di netta separazio-

49 In tal senso, nel 1967 Scarpelli ebbe a rilevare come “nel momento dello studio e dell'applicazione del diritto stabilito il giurista deve essere fedele e leale verso il diritto stabilito, oppure la funzione razionalizzatrice del diritto si dissolve in una varietà di inclinazioni e valutazioni non correlate o, peggio, cede al condizionamento ideologico cui il giurista sia sottoposto. Vanno dunque combattuti i movimenti che, sotto una od un'altra vernice filosofica, tendono a negare come momento autonomo dell'esperienza giuridica il momento dello studio e dell'applicazione del diritto stabilito, suggerendo al giurista di sovrapporre al diritto stabilito le proprie preferenze etiche e politiche” (U. Scarpelli, *L'educazione del giurista*, in “Rivista di diritto processuale”, XXIII (1968), n. 1).

Cionondimeno, Scarpelli riconosce un ruolo assai rilevante all'interpretazione, pur rimanendo all'interno di un quadro prettamente giuspositivista: “l'interpretazione e la teoria dell'interpretazione forniscono al positivismo giuridico la valvola di sicurezza, consentendo ad atteggiamenti e valori diversi di trovarvi uno sfogo e di influire sul rendimento e sulle conseguenze del trattamento giuspositivistico di un sistema di diritto positivo” (U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 125).

50 *Ivi*, p. 105.

51 *Ibidem*.

52 *Ivi*, p. 106.

53 *Ivi*, p. 114.

ne dei poteri: il Legislatore, rappresentante della sovranità popolare, è quindi l'unico soggetto deputato alla creazione del diritto, con la conseguenza che il giudice è tenuto alla *meccanica* applicazione dello stesso, ciò anche al fine di garantire la certezza del diritto⁵⁴.

Tra i caratteri fondamentali del diritto, Scarpelli pone l'accento su quelli della coerenza e della completezza del diritto (in ciò contraddicendo quanto asserito da Bobbio): coerenza implica che, laddove siano presenti delle antinomie, esse dovranno essere eliminate dal sistema; completezza nel senso che norme valide del sistema saranno quelle poste da norme già valide (si tratta del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo)⁵⁵.

Altro aspetto rilevante del *sistema giuridico* è, per il filosofo, la coazione, carattere che non appartiene alle singole norme, ma, appunto, al sistema, complessivamente considerato, e che risulta indispensabile per poterne assicurare l'*effettività*.

Circa le ragioni a fondamento dell'adesione a tale dottrina filosofica, Scarpelli sostenne che l'identificazione del diritto sulla base di caratteri formali non rappresenta un obbligo o una necessità, ma una *scelta individuale* di chi accetta i valori e vi rimane fedele astenendosi da ogni giudizio di valore sul contenuto delle singole norme. Come è stato puntualmente osservato, siffatta impostazione comporta che "la teoria e la pratica del diritto così fondate sono poste al servizio dello stato costituzionale di diritto: i valori costituzionali vengono pienamente integrati nel lavoro del giurista, mentre si neutralizza l'incidenza dei giudizi di valore individuali su elementi particolari del sistema"⁵⁶.

54 Come è stato rilevato "va riconosciuto che la scelta della fedeltà alla legge non sia il frutto di un'opzione apolitica, tanto da preservare il giurista dall'*impuro* contatto con il mondo della politica, ma sia essa stessa una precisa scelta politica. [...]. Il giudice è, quindi, soggetto alla legge in quanto parte integrante di un sistema di diritto positivo imperniato sui valori del liberalismo; il giuspositivismo è qui funzionale allo sviluppo di una società liberale" (M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, pp. 149-150).

55 Particolarmente interessante, in tal senso, il ruolo attribuito all'analogia (*legis* o *juris*), che rappresenta, nel caso si palesino lacune del diritto positivo, un procedimento di "autointegrazione del sistema" (U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 122).

56 L. Gianformaggio, voce *Scarpelli, Uberto*, in AA.VV., *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006, vol. 10, p. 10102.

In definitiva, ciò che a Scarpelli va senz'altro riconosciuto è l'aver posto l'accento sulle ragioni a sostegno della sua adesione (che da quanto esposto risulta evidente) al positivismo giuridico, che possono essere ritrovate nella ricerca incessante della certezza del diritto e ciò nell'ottica di garantire la *libertà* dell'uomo: “[...] il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà al diritto positivo, nella sua fedeltà alla legge costituzionale che garantisce la libertà, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, è il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili. La scelta del positivismo giuridico può essere la nostra scelta come scelta della soluzione liberale, oggi per lo stato, domani o domani l'altro per la società politica di tutti gli uomini”⁵⁷.

CONCLUDENDO

Giunti al termine di questa pur breve disamina della corrente giuspositivista si può rilevare come, pur con profonde differenze, i tratti caratterizzanti tale impostazione restino costanti: il ruolo centrale attribuito al formalismo e la conseguente riduzione del diritto a quello *posto* dallo Stato ne sono due esempi emblematici. Accanto a questi, senz'altro, il ruolo fondamentale rivestito, sia pure con diverse declinazioni, dalla pretesa *avalutatività* che dovrebbe caratterizzare il compito dell'interprete.

In tempi più recenti non sono però mancate espressioni del positivismo giuridico che hanno segnato per certi aspetti una *rottura* rispetto al passato: si ricordi, tra tutti, Vittorio Villa, il quale ammette chiaramente la possibilità che l'analisi giuridica tenga in considerazione i giudizi di valore, così facendo venir meno la *grande divisione* di cui meglio si dirà *Infra, Parte I, Capitolo II*: “io ritengo [...] che l'attività che si concreta nella ricostruzione del contenuto di un sistema normativo *possa* – e talvolta *debba* – contenere giudizi di valore, e continuare ad avere carattere informativo, rimanendo comunque qualitativamente diversa rispetto all'attività che si concreta nelle prese di posizione a favore o contro il contenuto di certe norme, o del sistema nel suo complesso”⁵⁸.

57 U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 153.

58 V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 72.

CAPITOLO II

IL NON COGNITIVISMO QUALE ASSUNTO
DEL POSITIVISMO: ANALISI DELLA QUESTIONE
E SUA CONTESTAZIONE. VERSO L'ANALISI
DELLE ATTUALI NUOVE FONTI DI PRODUZIONE

SOMMARIO

1. Un profilo storico: la legge di Hume e la sua evoluzione; 2. Contestazione della dicotomia tra fatti e valori; 3. L'intreccio di fatti e valori nell'ambito del diritto: i fatti normativi e la consuetudine; Concludendo

Uno degli assunti cardine del positivismo¹ è, come noto e come risultante da quanto sino ad ora esposto, il “non cognitivismo etico”: senza dubbio tale concetto è stato posto con chiarezza da David Hume il quale sostenne che “*moral distinctions not deriv'd from reason*”. Tale assunto, però, viene messo in crisi da quella che è stata definita come

¹ In proposito si ricorda la definizione di *giuspositivismo* fornita dall'*Enciclopedia filosofica*, secondo cui i filosofi riconducibili a tale dottrina tralasciano “sia ogni ricerca di un diritto ideale e di una corrispondenza a questo del diritto positivo, sia ogni valutazione, e si insiste sull'affermazione del dovere assoluto di obbedienza alla legge, in quanto tale od in quanto idonea a garantire l'ordine sociale e la certezza del diritto”. Utile rammentare anche quanto sostenuto da John Austin: “l'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine, se esso si conformi o meno a uno standard assunto, costituisce un altro tipo d'indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione” (J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995, p. 228).

Va peraltro dato conto del fatto che tra gli stessi autori giuspositivisti tale tesi non sia né scontata né generalmente accettata.

l'“*antimateria nella fisica del normativismo*”², vale a dire i fatti normativi, che dimostrano come sia difficilmente sostenibile l'assenza di un intreccio di fatti e valori anche nel mondo del diritto.

La domanda alla base di tale questione risulta quindi essere, sostanzialmente, se i giudizi di valore possano essere oggettivi, veri o falsi, se implicino un qualche tipo di conoscenza, se la dicotomia tra fatti e valori, quella dicotomia per cui si potrebbe affermare che “i fatti sono fatti e i valori sono valori e le due cose non si incontreranno mai”³, sia da ritenere valida o meno.

Ciò su cui è necessario interrogarsi, per comprendere se il pensiero positivista-normativista possa essere oggi preso come riferimento per spiegare l'attuale realtà giuridica, è se, considerando il rapporto tra essere e dover essere, sia legittimo il passaggio dall'uno all'altro, se quindi la conoscenza di ciò che è costituisca la base per la decisione di ciò che deve essere.

A lungo, come visto⁴ e come meglio si approfondirà nelle prossime pagine, è stato negato che tale passaggio fosse legittimo e, come si vedrà, a sostegno di tale concezione sono state addotte più argomentazioni da parte di vari filosofi, i quali hanno finito col concludere che l'inosservanza del divieto di derivare il dover essere dall'essere condurrebbe ad un sofisma cui è stato dato il nome di *fallacia naturalistica*.

Tuttora, nel pensiero laico occidentale, la convinzione per cui giudizi di valore e giudizi di fatto andrebbero separati trova un suo fondamento nell'idea per cui, a differenza dei fatti, i valori sarebbero aspetti meramente soggettivi della realtà umana.

Si potrebbe però fare un esempio semplicissimo per evidenziare come tale tesi sia discutibile: si pensi all'espressione “Pierino è crudele”, se la crudeltà fosse solo un valore al quale non è possibile dare una connota-

2 U. Pagallo, *Alle fonti del diritto*. Mito, *Scienza, Filosofia*, cit., p. 151.

3 H. Putnam, *Fatto/Valore. Fine di una dicotomia*, Roma, 2004, p. XXIII.

4 Con riferimento agli autori sin qui analizzati, si può ricordare come Kelsen avesse sottolineato che il fondamento della pretesa giuspositivistica di distinguere diritto e morale risiedesse nella negazione dell'esistenza di un'unica morale. Bobbio, poi, nel suo corso di lezioni sul positivismo giuridico, collocò autori come Hobbes, Bentham e Austin tra i precursori del positivismo proprio in ragione del fatto che questi avessero sostenuto l'esistenza di un'etica oggettiva; Scarpelli, infine, nel confutare il giusnaturalismo, affermò l'impossibilità di ritenere esistenti valori e norme universali ed oggettive.

zione descrittiva o conoscitiva, un valore cui non è collegato alcun dato della realtà sensibile, un valore, ancora, puramente soggettivo, come potremmo intendere il significato dell'espressione stessa?

In tempi recenti Hilary Putnam ha sottolineato come siffatta dicotomia possa addirittura essere potenzialmente pericolosa, atteso che la stessa potrebbe costituire una "valida" premessa per chi volesse negare qualsiasi possibilità di discutere razionalmente di etica (i valori sono soggettivi, quindi è inutile parlarne) così come per chi pretendesse di avere un accesso privilegiato alle questioni etiche (i valori sono soggettivi, quindi i miei sono gli unici a contare per me): "l'aspetto più negativo della dicotomia fatto/valore è che in pratica essa funziona come qualcosa che blocca la discussione, e non solo la discussione, ma anche il pensiero"⁵. In tal senso, Hilary Putnam ha sostenuto invece il carattere oggettivo e lo spessore cognitivo dei giudizi di valore e la loro irriducibilità a giudizi privi di termini valutativi, mettendo in luce l'errore concettuale in base a cui tanti filosofi hanno postulato la soggettività dei giudizi di valore, errore che a suo parere consiste nel presupporre che tali giudizi si trovino in un rapporto dicotomico coi giudizi di fatto.

Il filosofo statunitense evidenzia infatti come le nozioni centrali del nostro pensiero morale facciano contemporaneamente riferimento a fatti impregnati di valori e a valori che possono essere specificati solo menzionando fatti: fatti e valori, pur distinguibili, risultano dunque *intrecciati*. Tra i vari esempi che il Putnam offre di questa sua ferma presa di posizione vi sono la teoria economica e la pratica scientifica, che egli ritiene profondamente influenzati dall'etica e dall'aspetto valoriale.

1. UN PROFILO STORICO: LA LEGGE DI HUME E LA SUA EVOLUZIONE

Come accennato poc'anzi, caposaldo di riferimento del non cognitivismo è il pensiero di David Hume, che, in un celebre paragrafo del terzo libro del *Treatise of Human Nature*, enunciò il principio della inderivabilità del dover essere dall'essere: "i moralisti sogliono sorprendentemente passare con un salto impercettibile, ma carico di gravi conseguenze, da affermazioni concernenti l'esistenza di Dio o i fatti degli uomini, formulate con la usuale copula del verbo "essere" (*is o is not*), a conclusioni che risultano invece formulate con il verbo "dovere" (*ought o ought not*). Il dovere esprime una relazione nuova, del tutto diversa da

⁵ *Ivi*, p. 50.

quella espressa dall'“essere”. Di questo passaggio occorre dar conto: occorre spiegare ciò che appare inconcepibile, come da una certa relazione se ne possa dedurre un'altra interamente differente, spiegazione che abitualmente si trascura di fornire. Vagliati alla luce di questa semplice osservazione crollano i più comuni sistemi etici, e diventa chiaro che la distinzione tra il vizio e la virtù non si fonda solo su relazioni oggettive e non può essere attinta dalla ragione (*is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason*)”⁶.

Il problema che si delinea è dunque quello di stabilire se sia possibile, per mezzo della sola ragione, distinguere tra ciò che è bene e ciò che è male, e la risposta che dà Hume è decisamente negativa: com'è affermato nello stesso titolo della sezione da cui è stato tratto il passo precedente, *moral distinctions not deriv'd from reason*, le regole morali non sono conclusioni della nostra ragione.

Giova puntualizzare che per Hume distinzioni morali sono in genere tutte le coppie di valori e disvalori e tutte le modalità che entrano nel discorso etico, morale, politico o giuridico ad articolare le proposizioni valutative o normative, vale a dire tutte quelle che danno luogo ad una proposizione che comporti, da un qualche punto di vista, approvazione o condanna e che abbia la funzione di stimolare o impedire le azioni; proposizioni siffatte si potranno chiamare genericamente *etiche* e per esse varrà allora il divieto di deduzione dall'*is*.

Come si è visto, Hume alla moralità contrappone la *reason*, che indica la conoscenza *tout court*: “etico” è contrapposto non tanto a “non-etico” (così nell'interpretazione di Prior), né a fattuale (così in Popper), ma a cognitivo, assunto, questo, come evidenziato, del non cognitivismo⁷. Ciò

6 D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, libro III, I, I, Roma-Bari, 1974, III, I, I, pp. 496-497.

G. Palombella scrive: “Tale legge vieta di trarre conclusioni precettive da premesse che non contengano alcun precetto. E fonda la tesi della cosiddetta fallacia naturalistica, per la quale si compie un salto logico (e quindi si viola appunto una legge logica) quando si ricava un precetto da un'asserzione, o un'asserzione da un precetto. Tra fatti e valori, come tra descrizioni e prescrizioni, esiste una grande divisione per la quale non possono essere fondate norme o giudizi di valore su semplici giudizi di fatto” (G. Palombella, *Filosofia del diritto*, Padova, 1996).

7 Secondo la definizione di Abbagnano, per non-cognitivismo si intende “in generale, ogni teoria etica che si opponga al cognitivismo, cioè ogni dottrina che, invece di dedurre i giudizi morali da presunte descrizioni di fatti o di realtà, li fa scaturire da una serie di pretese o di prese di posizione del soggetto agente” (N. Abbagnano, Voce *Non-cognitivismo*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998, p. 763).

che il filosofo contesta è, pertanto, che le distinzioni morali siano opera del giudizio e costituiscano proposizioni conoscitive.

L'analisi humeana si snoda su tre diversi piani: pragmatico, semantico e sintattico; sotto il primo profilo, moralità e ragione si distinguono per la diversa forza nei confronti dell'azione, nel senso che, mentre le norme morali sono promotive dell'azione, i giudizi intellettivi sono inerti e inattivi, e un principio attivo non può essere fondato su uno inattivo. Sotto il profilo semantico, la ragione è definita come la scoperta del vero e del falso (*reason is the discovery of truth and falsehood*) – categorie estranee alla sfera della moralità –, mentre le distinzioni morali sono determinate dalla passione e dalla volontà e influiscono sull'azione. Passioni, volizioni e azioni sono, però, realtà originarie e complete in sé che, non designando altre realtà come accade invece ai giudizi intellettivi, non possono essere dette né vere né false: sotto questo punto di vista, quindi, la contrapposizione che viene a delinarsi è tra morale e verità, segno del prodotto del conoscere. Hume, comunque, non nega che tra ragione e moralità possano esservi dei rapporti, in quanto, ad esempio, la ragione può informare circa l'esistenza di ciò che è oggetto di sentimento, ma questi giudizi (veri o falsi) potranno avere sull'azione e sulla moralità un'influenza solo indiretta. Da queste considerazioni risulta allora evidente come, quando si giunge, infine, alla contrapposizione sintattica tra *is* e *ought*, l'*is* sia simbolo di una proposizione conoscitiva, vertente sulla verità e sulla falsità: una proposizione, quindi, *aletica* e non semplicemente *non-etica*.

La conoscenza di cui l'*is* è simbolo è una conoscenza indifferentemente fattuale o razionale; *reason*, come già accennato, designa in generale l'attività umana del conoscere, esplicantesi o dimostrativamente mediante il confronto delle idee e cogliendone le relazioni o empiricamente accertando l'esistenza di fatti, e la virtù non può essere scoperta in uno di questi due modi, né la morale consiste nella conoscenza dei fatti, per cui la moralità non è oggetto della ragione. Hume porta a sostegno delle proprie affermazioni l'esempio di un'azione qualificabile come delittuosa, quale ad esempio l'omicidio volontario, e mette in evidenza come ciò che si definisce "delitto" non consista in un fatto ma sia piuttosto il sentimento di disapprovazione suscitato, fatto anch'esso, ma non oggettivato in un atto di conoscenza ("[...]'*tis the object of feeling, not of reason. It lies in yourself, not in the object*'"⁸).

8 D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., p. 496.

Si è detto che il pensiero di Hume rappresenta il punto di riferimento per il problema che si sta ora affrontando: ciò non deve però condurre a dimenticare i diversi ulteriori esempi di non cognitivismo etico rinvenibili nella storia della filosofia.

Basti pensare a come Hare risalga addirittura a Platone e ad Aristotele scorgendo nel loro pensiero spunti del principio secondo il quale nessun giudizio morale possa ridursi ad un puro giudizio di fatto⁹.

Tracce del pensiero del filosofo scozzese sembrano scorgersi inoltre già in Leibniz allorché, confutando la definizione trasimachea¹⁰ della giustizia, osservava: “un celebre filosofo inglese, Tommaso Hobbes, [...] ha voluto sostenere a un di presso la medesima tesi di Trasimaco. Per lui Dio ha il compito di compiere qualsiasi cosa, perché è onnipotente. Ma questo è confondere il diritto col fatto: altro è infatti ciò che si può. Altro ciò che si deve fare”¹¹.

Opportuno appare ora riprendere, pur brevemente e ad integrazione di quanto esposto nella prima parte della presente trattazione, il pensiero sul punto di Hans Kelsen, che sviluppa la questione in esame nell’ambito della critica al giusnaturalismo.

9 Per quanto riguarda Platone, il riferimento è al passo della Repubblica in cui Socrate respinge le definizioni della giustizia formulate da Cefalo e Polemarco, ed essenzialmente in queste parole: “la giustizia dovremmo identificarla così semplicemente con la sincerità e con la restituzione di quanto si sia ricevuto da altri? Oppure questi medesimi atti si possono compiere ora giustamente ora ingiustamente? Ti faccio un caso: se uno ha ricevuto armi da un amico sano di mente e se le sente richiedere da quell’amico impazzito, chiunque dovrebbe dire, a mio avviso, che non bisogna ridargliele e che non sarebbe giusto che gliele ridesse; e non lo sarebbe neppure se una persona così ridotta volesse dire tutta la verità” (Platone, *La Repubblica*, libro I, V, 331,332, da *Opere complete* 6, Roma-Bari, 1984, p. 33). Parole che sembrerebbero prefigurare l’argomento secondo cui ogni definizione del bene in termini di un fatto non riesca ad essere conclusiva, dal momento che è sempre legittimo chiedere se è bene promuovere quel fatto.

Per quanto concerne invece Aristotele il riferimento è ad uno degli argomenti di cui il filosofo si serve nella sua critica della dottrina platonica dell’Idea del bene.

10 Nella *Repubblica* (libro I, XII, 338a, 339b, *op. cit.*, pp. 42-43) le parole di Trasimaco sono: “Io sostengo che la giustizia non è altro che l’utile del più forte. [...] Bene, in ciascuno stato è il governo che detiene la forza, no? [...] In ciò dunque consiste, mio ottimo amico, quello che, identico in tutti gli stati, definisco giusto, l’utile del potere costituito”.

11 G. W. Leibniz, *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino, 1951, p. 215 (*Riflessioni sulla nozione comune della giustizia*).

Come noto, uno degli elementi caratteristici del pensiero kelseniano è quello della distinzione tra essere e dover essere¹²; nella *General Theory of Law and State*, addirittura, egli afferma che essa è fondamentale per la definizione del diritto e che, anzi, essa è imposta sul piano logico. Poiché una contraddizione logica può prodursi solo tra due proposizioni che affermino entrambe un *essere* o entrambe un *dover essere*, e poiché una norma non è una proposizione relativa alla realtà, allora nessuna proposizione relativa a un fatto reale può essere in contraddizione con una norma. Ecco allora la formulazione della tesi in Kelsen: “*un dover essere può derivare solo da un dover essere e non da un essere*”¹³; il problema del perché qualcosa debba accadere non può mai venir risolto asserendo che qualcosa accade, ma solo asserendo che qualcosa deve accadere: il fondamento della validità di una norma sarebbe quindi sempre una norma, non un fatto¹⁴. L'esempio che ci viene fornito dal filosofo praghese fa riferimento alla vita quotidiana e al fatto che normalmente si giustifica una norma col riferimento ad un fatto, come quando si dice “non uccidere perché Dio lo ha proibito”: a ben vedere il vero fondamento della validità della norma in questione, però, non è, come apparentemente sembrerebbe, il fatto che Dio abbia comandato, ma che vi sia una norma tacitamente presupposta per cui si deve obbedire ai comandi di Dio.

Tuttavia, Kelsen non esclude che tra essere e dover essere vi sia un qualche legame, che tra essi possa intercorrere un qualche rapporto: nell'edizione del 1960 della *Reine Rechtslehre*, infatti, si precisa che tra essi, tra *sein* e *sollen*, esiste una corrispondenza, nel senso che un certo comportamento può essere contenuto dall'essere oppure dal dover essere; il comportamento dovuto è simile al comportamento che è, salvo che

12 Il *dover essere* viene dal filosofo praghese inteso come una sorta di categoria *trascendentale*: “questa categoria del diritto ha un carattere puramente formale e con ciò si distingue in linea di principio da un'idea trascendente del diritto. Essa rimane applicabile qualunque sia il contenuto dei fatti così collegati e qualunque sia la specie degli atti da concepirsi come diritto. A nessuna realtà sociale può essere contestata la compatibilità con questa categoria giuridica a causa della conformazione del suo contenuto. Essa è, nel senso della filosofia kantiana, gnoseologicamente trascendentale, non metafisicamente trascendente” (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 65).

13 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Cremona, 1954, pp. 405-406.

14 *Ivi*, pp. 111-112.

uno è mentre l'altro è dovuto¹⁵ (nell'esempio kelseniano si hanno due proposizioni: "la porta viene chiusa" e "la porta dev'essere chiusa", in questi casi il "chiudere la porta" viene espresso una volta come essere e una come dover essere). Secondo Kelsen nessuno può negare che il dire "una cosa esiste" sia essenzialmente diverso dal dire "qualcosa deve esistere" e nessuno può negare che dal fatto che qualcosa esiste non può derivare che qualcosa debba essere, e viceversa. Allo stesso modo il filosofo separa giudizi di valore e giudizi di fatto, ovverosia valore e realtà, che come dover essere ed essere ricadono in due sfere distinte. Si era prima accennato che la posizione del Kelsen si rivela interessante anche per la sua polemica antigiusnaturalista, nel senso che egli definisce il giusnaturalismo come un vano tentativo di effettuare l'impossibile transazione dal dover essere all'essere: come noto, secondo la dottrina del diritto naturale sarebbe infatti possibile dedurre dalla natura umana, della società e delle cose, norme adeguate al comportamento degli uomini e capaci di risolvere i problemi sociali. A questa opinione Kelsen ribatte affermando che il valore non è inerente all'oggetto ma risiede nella relazione tra l'oggetto in questione e una norma presupposta, per cui è impossibile reperire il valore di una cosa o di un comportamento analizzandoli, e non vi è alcun possibile passaggio logico dall'essere al dover essere, dalla realtà naturale al valore morale o legale (mentre per le leggi scientifiche secondo la categoria della causalità "se vi è A, vi è B", per le leggi giuridiche secondo la categoria dell'imputazione "se vi è A, vi *deve essere* B")¹⁶.

In tal senso anche Perelman¹⁷, il quale evidenziò come secondo i sostenitori del diritto naturale la ragione sia una facoltà capace di farci conoscere non soltanto ciò che è oggettivamente vero o falso, ma anche ciò che è giusto o ingiusto; la tradizione che va da Hume a Kelsen, invece, nega l'esistenza di un diritto naturale, accessibile a tutti tramite la

15 H. Kelsen, *Reine Rechteslehre*, 1960, cit., pp. 14-15.

16 Lo stesso rimprovero al giusnaturalismo venne del resto mosso anche da Bobbio: "quando il giusnaturalista pretende di dedurre il valore dal fatto si illude: egli deduce un valore da un altro valore o, meglio, ricava ciò che è doveroso che accada da ciò che accade, unicamente perché ha attribuito a ciò che accade un valore positivo o negativo" (N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965, pp. 172-175).

17 C. Perelman, *Cinq Leçons sur la justice*, in *Giornale di metafisica*, II- III, 1966, p. 212 (Cit. in G. Carcaterra, *Il Problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969, p. 58).

sola ragione, che fornirebbe norme di condotta giuste come guida della nostra volontà¹⁸.

Un ulteriore aiuto alla presente analisi può essere offerto dall'esposizione della teoria di George Edward Moore, il quale per primo utilizzò l'espressione "fallacia naturalistica" per indicare il tipico "errore" filosofico che consisterebbe nel fare del bene un oggetto di natura definibile in termini conoscitivi¹⁹. La fallacia, quindi, "appiattirebbe" la dimensione extra naturale del dover essere sulla dimensione naturale dell'essere, derivando conclusioni etiche da premesse non etiche²⁰.

Moore scrive (nella progettata prefazione alla seconda edizione dei *Principia*) che "commettere fallacia naturalistica significa confondere o identificare il Bene con una proprietà naturale o metafisica, ovvero compiere un'inferenza fondata su una tale confusione". Egli, dunque, sostiene la tesi dell'indefinibilità del bene, e le considerazioni addotte a sostegno di essa vanno sotto il nome di *Open Question Argument*. Ciò che il filosofo si propone di dimostrare è l'indefinibilità assoluta, per la quale si arriverebbe a concludere che una proposizione come "x è bene" (si tratta di una "nozione primitiva") sarebbe indefinibile non solo in base a termini descrittivi, ma anche in base ad altri termini etici. Le considerazioni fornite sono del resto utilizzabili anche a sostegno della tesi della indefinibilità relativa, che è quella che interessa i non-cognitivisti (e che pertanto si inserisce più opportunamente nella presente analisi) per la quale è impossibile descrivere i termini etici con predicati naturalistici e descrittivi; tale teoria, cioè, rimarca il divario tra dimensione etica e dimensione aletica, tra dover essere ed essere.

Solo per inciso, sembra interessante poi ricordare l'analisi svolta sul punto da Henry Poincaré²¹, che sintetizzò il problema della relazione tra essere e dover essere in quello della relazione tra proposizioni indicative

18 In proposito è stato osservato come la teoria kelseniana presupponga la distinzione tra diritto e valutazione etica della norma: "altro è dire che una norma è *giuridica*, altro è dire che una norma giuridica è *giusta* o *ingiusta*, opportuna o *inopportuna*" (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 420).

19 G. E. Moore, *Principia Ethica*, Milano, 1964, pp. 91- 120.

20 La premessa del percorso logico seguito da Moore era che le proposizioni aletiche non contenessero termini etici né termini con cui fossero definibili termini etici, concludendo, conseguentemente, che i termini etici non potessero essere definiti con termini descrittivi.

21 Riferendosi in particolare alla sua opera del 1913 *Dernières Pensées*.

e proposizioni imperative, introducendo la tesi di Hume all'interno del mondo della logica degli imperativi.

L'argomento di Poincaré è il seguente: proposizioni etiche sono inderivabili da sole proposizioni aletiche, poiché le proposizioni etiche sono imperative mentre le proposizioni aletiche sono indicative (o non-imperative), e da sole proposizioni indicative (o non-imperative) non sono derivabili conclusioni imperative.

La conclusione cui giunge Poincaré è che “*la scienza da sola non può creare una morale*”: a tal proposito, egli osserva come nella seconda metà del XIX secolo si fosse diffusa la speranza che la ragione, la ragione infallibile e presuntivamente indiscussa degli scienziati, avrebbe potuto dimostrare le leggi morali, e si propone di argomentarne l'impossibilità. Egli sottolinea come in un sillogismo da premesse all'indicativo sia possibile trarre solo conclusioni all'indicativo e non all'imperativo: tale ultima ipotesi potrebbe verificarsi solo laddove una delle due premesse almeno fosse all'imperativo. Dal momento che i principi di una qualunque scienza sono all'indicativo e che quelli della morale sono all'imperativo, da premesse all'indicativo, scientifiche, descrittive, non sarà mai possibile trarre una conclusione che dica “fa' questo” o “non far quello”.

Il sillogismo del filosofo francese può essere riformulato nel seguente modo:

Nessuna proposizione imperativa è derivabile da sole proposizioni indicative.

Le proposizioni etiche sono imperative.

Le proposizioni aletiche sono indicative.

Le proposizioni etiche non sono derivabili da proposizioni aletiche.²²

Così, con argomenti di natura quasi grammaticale, contrapponendo indicativi e imperativi e assegnando al discorso etico una funzione direttiva e al discorso scientifico, al “discorso dell'is”, una funzione conoscitiva, Poincaré arriva a sostenere l'inderivabilità del dover essere dall'essere.

Infine, risulta opportuno dar conto sia pur brevemente della posizione di Hart sulla questione: anche il filosofo inglese, infatti, aveva come obiettivo quello di separare il diritto dalla morale, salvaguardandone

²² Hume avrebbe detto: “*The rules of morality, therefore, are not conclusions of our reason*”.

l'autonomia²³. Nel contestare le tradizionali posizioni del giusnaturalismo, egli sostenne l'esistenza di una profonda distinzione tra l'affermare che una norma è valida e l'affermare che una norma è giusta, salvo puntualizzare, in *The Concept of Law*, che rimane, comunque, intrinseco a ogni ordinamento giuridico, un *contenuto minimo del diritto naturale*, in virtù del quale ai membri della comunità deve essere garantita la protezione della persona, della proprietà e delle promesse, risultando quindi sussistenti nell'ordinamento "principi di condotta universalmente riconosciuti che hanno una base in alcune verità elementari riguardanti gli esseri umani, il loro ambiente naturale e i loro scopi, [e che] possono essere considerati come il *contenuto minimo* del diritto naturale, in contrasto con le costruzioni più grandiose e discutibili che sono state spesso presentate sotto quell'etichetta"²⁴. Tale *contenuto minimo* viene quindi a poter essere in qualche modo identificato con i valori sociali che caratterizzano una società.

Il riconoscimento di tale contenuto minimo dipende da cinque requisiti²⁵, poiché lo stesso è ammesso in quanto "mezzo" per garantire la salvaguardia dell'ordinamento stesso e della società: "infatti è una verità di una certa importanza che per la descrizione adeguata non soltanto del diritto ma di molte altre istituzioni sociali, si deve riservare un posto, vicino alla definizioni e alle ordinarie affermazioni di fatto, a una terza categoria di affermazioni: quelle la cui verità dipende dal fatto che gli esseri umani e il mondo in cui essi vivono conservino le caratteristiche che hanno ora"²⁶. A tali condizioni, Hart ammette quindi, ferma

23 Si vedano in proposito il saggio *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in H.L.A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, pp. 107-166 e H.L.A. Hart, *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968.

24 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 225.

25 Tali requisiti sono i seguenti: vulnerabilità umana, uguaglianza approssimativa, limitatezza nelle risorse oggettive dell'uomo, comprensione e forza di volontà limitate, altruismo limitato. "[...] possiamo osservare che, fundamentalmente, esiste una *vulnerabilità umana* (l'uomo non è invulnerabile, può essere ferito fisicamente o moralmente in più modi); che esiste un'*uguaglianza approssimativa* fra tutti gli uomini, una *limitatezza nelle risorse oggettive* dell'uomo, e una limitatezza anche nelle *risorse soggettive*, e che quindi nessuno ha la possibilità di imporsi da solo agli altri, ma è necessario raggiungere un certo equilibrio, facilitato da quello che Hart chiama (ed è il quinto requisito del contenuto minimo) un *altruismo limitato*" (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 460).

26 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 232.

restando comunque la tesi – che nel prosieguo verrà contestata – della separazione tra diritto e morale, che per certi aspetti i due concetti possano coincidere²⁷.

Una precisazione risulta a questo punto necessaria, vale a dire che non si intende in alcun modo sostenere che l'esigenza che non si confondano essere e dover essere sia da censurare. Si sostiene invero che la stessa non possa comunque autorizzare *eo ipso* ad aderire alla tesi humanea:

27 È stato peraltro rilevato come ciò potrebbe rientrare nel “(vano) tentativo di campioni del giuspositivismo [di] stabilire i fondamenti del diritto naturale” (U. Pagallo, *Alle fonti del diritto. Mito, Scienza, Filosofia*, cit., p. 199); si tratterebbe, quindi, di una sorta di “concessione” profondamente ancorata ai principi del positivismo giuridico. In proposito si ricordi quanto sostenuto da Hart: “la forma generale di questa argomentazione, consiste semplicemente nel dire che senza un simile contenuto il diritto e la morale non potrebbero favorire quello scopo minimo di sopravvivenza che gli uomini hanno in vista quando si associano fra loro. In mancanza di questo contenuto, gli uomini, così come sono, non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma” (H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 225).

Di un ulteriore aspetto che dimostrerebbe, però, l'esistenza di una relazione tra diritto e morale in Hart dà conto Viola, laddove, ricordando il *Postscript* a *The Concept of Law* osserva che “se si ammette – come Hart sembra ammettere nel *Postscript* – che la conformità a valori o principi morali sostanziali possa entrare a far parte delle ragioni giuridiche per l'obbedienza alle norme, allora la disposizione stabile a seguire le norme giuridiche è guidata da ragioni indipendenti dalla mera conformità abitudinaria. A queste condizioni l'etica delle virtù diventa essenziale anche per la teoria giuridica con particolare riguardo per la virtù della giustizia, che ha caratteristiche diverse dalle altre virtù in quanto chiede alla dimensione soggettiva dell'agente di aprirsi all'intersoggettività della vita sociale” (F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, p. 74).

In proposito, anche Mario Cattaneo (nella premessa all'edizione del 1991 di *The Concept of Law*), il quale rinvenne un'attenzione di Hart alla funzione *sociale* esercitata dalle norme giuridiche: “la distinzione fra le norme *primarie* che impongono obblighi, e le norme *secondarie*, che attribuiscono poteri, è da lui svolta in base alla diversa «funzione sociale» da loro svolta; le prime tendono a evitare un tipo di condotta, le seconde offrono ai cittadini dei modi per realizzare dei loro desideri, ottenendo un riconoscimento giuridico. In tal modo, non è possibile porre sullo stesso piano la *sanzione* (che è la conseguenza specifica delle norme primarie) e la *nullità* (che è la conseguenza specifica delle norme secondarie): da un punto di vista di rigoroso formalismo sanzione e nullità possono essere assimilate e ricondotte entro il concetto di «conseguenze giuridiche negative» che la norma giuridica ricollega a determinati atti. Viceversa Hart le distingue nettamente, sulla base della loro diversa funzione sociale: la sanzione è il motivo che tende a scoraggiare una determinata azione che la norma proibisce, mentre la nullità è semplicemente il mancato riconoscimento giuridico di un determinato atto” (M.A. Cattaneo, *Premessa 1991*, in H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. VIII-IX).

derivare una proposizione etica da una proposizione aletica, infatti, non significa affatto confondere l'essere e il dover essere.

La tesi di Hume, a ben vedere, non presenta infatti un fondamento inattaccabile come così a lungo si è voluto credere; gli argomenti con cui i non-cognitivistici hanno supposto di liquidare come fallace ogni tentativo di offrire agli uomini un criterio oggettivo per la soluzione dei loro problemi pratici (moralì, politici, di giustizia) si sono rivelati illusori.

Ricapitolando brevemente, con gli argomenti più importanti è stato sostenuto, tra l'altro, che il dover essere è inderivabile dall'essere perché:

- le conclusioni devono essere contenute nelle premesse, e il "dover essere" non è contenuto dall'"essere";
- le conclusioni non possono contenere alcun termine che non sia contenuto nelle premesse, e il contenuto delle proposizioni etiche è più ampio di quello delle proposizioni aletiche (argomento di Nowell Smith);
- le conclusioni non possono contenere alcun termine che non sia almeno implicito, per definizione, nei termini delle premesse: le proposizioni etiche contengono invece termini etici e i termini etici non sono impliciti nei termini descrittivi delle proposizioni aletiche, perché non sono definibili per mezzo di questi (riforma dell'argomento di Hume - Nowell Smith secondo una prospettiva più ampia);
- se le proposizioni etiche fossero derivabili da sole proposizioni aletiche, dovrebbero esservi termini etici definibili per mezzo di termini descrittivi; nessun termine etico è però definibile per mezzo di termini descrittivi (argomento di Moore, Hare et alii);
- fallace è, per diversi ordini di ragioni, il tentativo, frequente nella metodologia del naturalismo e del cognitivismo, di derivare proposizioni etiche da premesse aletiche sulla base di definizioni o di procedimenti riduttivi che risolvano termini etici in termini descrittivi (argomento di Moore, Nakhnikian);
- le proposizioni etiche sono proposizioni imperative e le proposizioni aletiche sono proposizioni indicative e da sole proposizioni indicative non sono derivabili proposizioni imperative (argomento di Poincaré);
- l'accordo sull'esistenza di un fatto non comporta l'accordo sul valore di quel fatto (argomento di Bobbio).

Nessuno di tali argomenti si è rivelato però concludente: anche se teoricamente potrebbero esistere altre prove, non sarebbe né possibile né fruttuoso cercare di immaginarle. Lo stesso Hume ad un certo punto ebbe a

dire che “*in such a manner of fighting in the dark, a man loses his blows in the air, and often places them where the enemy is not present*”²⁸. Si tratta di una saggia massima: quando i non-cognitivisti avranno prodotto altri argomenti se ne potrà ridiscutere, per ora non può non registrarsi che la situazione si è riequilibrata e ridimensionata a favore del cognitivismo.

Come rilevato, c'è indubbiamente un elemento di verità nell'affermare la necessità di una distinzione tra essere e dover essere, ma se essa viene esasperata nell'affermazione di una radicale indipendenza di questi, il rischio è quello di spingersi troppo oltre.

Nell'analisi proposta, tra gli altri, dal Carcaterra²⁹ si ammette che vi siano, questo sì, tre possibili limitazioni delle possibilità metodologiche del cognitivismo, ovvero: non si può provare che problemi etici siano risolvibili sulla base di sole proposizioni fattuali, *finché* vogliamo prescindere dalla questione, di natura speculativa, del valore di verità o falsità delle proposizioni etiche (non analitiche), e *finché* la logica di cui intendiamo servirci è la pura logica ordinaria aletica. Che derivazioni di tipo cognitivistico non siano possibili sulla base di sole premesse fattuali non esclude *però* che esse siano possibili sulla base di premesse fattuali congiunte con proposizioni razionali, analitiche, e contenenti termini etici. Il fatto che tali derivazioni non siano efficacemente opponibili ad un non-cognitivista, finché si desidera evitare il problema se i termini etici denotino proprietà o relazioni, naturali o non naturali, e più in generale se le proposizioni etiche possano venir dette vere o false, non significa che la questione non possa venir decisa in senso favorevole al cognitivista (è anzi un fatto certo, fa notare Carcaterra, che, nonostante i ripetuti sforzi, i non-cognitivist non siano riusciti a risolverla a loro favore). Che, infine, il dover essere non sia derivabile dall'essere con gli strumenti della logica ordinaria non prova nulla di definitivo, dal momento che neppure gli imperativi sono in questo senso derivabili dagli imperativi e visto che neppure un'inferenza tanto banale quanto “questo è male, dunque non è bene”, non è valida alla stregua della pura logica aletica³⁰. Ciò che resta vivo della tesi di Hume, quindi, non è tale da bloccare tutte le strade, ma, anzi, suggerisce al cognitivismo quali vie imboccare: la non esclusa e

28 “A combattere nel buio si rischia di dare colpi in aria e spesso di farli cadere dove il nemico non c'è” (D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., p. 491).

29 G. Carcaterra, *Il Problema della fallacia naturalistica*, cit., pp. 607-609.

30 *Ivi*, pp. 608-609.

positiva possibilità di mostrare il carattere fattuale delle proposizioni etiche, di assumere integrative premesse etiche razionali, o analitiche, e di elaborare logiche diverse da quella formale ordinaria; si tratta, insomma, di una valida direttiva metodologica.

La tesi di Hume, pertanto, può conservare valore e interesse metodologici se accetta di limitarsi a questa sua parte viva, rinunciando ad ogni intransigenza anticognitivistica e antirazionalistica: può valere come confutazione dell'identificazione (che, sì, è confusione) tra essere e dover essere, e può indicare al cognitivismo quali strade non permetteranno di raggiungere i risultati voluti.

D'altra parte, il fatto che persino coloro che hanno sostenuto la tesi non-cognitivistica abbiano finito col violarla, lascia intuire come non possa essere una loro inverosimile predisposizione all'errore, ma lo stesso contenuto di essa ad indurre continuamente a non rispettarla.

Resta fermo che il ruolo di Hume, e la posizione rilevante e di stimolo che il suo pensiero è venuto ad assumere, ha avuto ed avrà una funzione storicamente fondamentale.

2. CONTESTAZIONE DELLA DICOTOMIA TRA FATTI E VALORI

Come accennato, tra le contestazioni più interessanti al non cognitivismo merita di essere ricordata quella di Hilary Putnam, il quale sostiene il carattere oggettivo dei giudizi di valore e la loro irriducibilità a giudizi privi di termini valutativi, sviluppando altresì una diagnosi dell'errore concettuale che avrebbe portato molti filosofi del Novecento a postulare la soggettività dei giudizi di valore, errore, a parere dell'autore, consistente nel presupporre che tali giudizi si trovino in rapporto dicotomico con i giudizi di fatto³¹.

Nel ricostruire l'origine e lo sviluppo della dicotomia tra giudizi di fatto e giudizi di valore, Putnam analizza il nesso che la lega ad un'altra celebre dicotomia: quella tra giudizi analitici e giudizi sintetici.

Secondo Putnam, infatti, tanto Hume quanto i positivisti logici avrebbero giustificato la distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore sulla base di interpretazioni fuorvianti del concetto di "fatto": in particolare,

31 In particolare, il filosofo statunitense riprende, difendendolo, il punto vista sostenuto da John Dewey, che non contestava che per certi scopi potesse essere utile istituire una distinzione (come ad esempio quella tra fatti e valori), ma piuttosto quello che questi chiamava il "dualismo" fatto/valore.

la concezione dei positivisti logici avrebbe presupposto, per poter stabilire quali fossero gli enunciati fattuali, la dicotomia analitico/sintetico. Dicotomia che peraltro sarebbe venuta meno a partire dalla critica sviluppata da Quine nel suo *Two Dogmas of Empiricism* del 1951.

Come ben evidenziato dall'autore in esame, "analitico" è un termine tecnico della filosofia, che è giunto ad essere considerato come il nome della classe delle verità che sono *tautologie*, oppure *vere semplicemente in virtù del loro significato*³². "Sintetico" era, invece, il termine usato da Kant per le verità non analitiche.

La distinzione tra giudizi analitici e giudizi sintetici fu introdotta dal filosofo tedesco nella *Critica della ragion pura* per definire due tipi di giudizio con i quali si designano due diverse attività dell'intelletto. Analitici sono giudizi in cui il predicato "appartiene al soggetto come qualcosa che vi è contenuto (implicitamente)" (sono quindi puramente esplicativi, in quanto non fanno altro che analizzare nelle sue parti un concetto espresso dal soggetto: si pensi a "gli scapoli sono uomini"); sintetici sono invece giudizi in cui il predicato "si trova interamente al di fuori del concetto" espresso dal soggetto, pur essendo in connessione con lo stesso (essi apportano pertanto un accrescimento di conoscenza, si pensi ad esempio a "i corpi sono pesanti")³³.

Ciò che verrà dimostrato da Quine nel 1951 è come nelle teorie scientifiche fatti e convenzioni siano inestricabilmente connessi e affrontino il tribunale dell'esperienza in maniera compatta³⁴.

32 L'esempio preferito di presunta verità analitica è "Tutti gli scapoli sono non sposati".

33 Cfr. I. Kant, *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, 1993, pp. 39-41.

34 A tal proposito va ricordata l'impostazione di Francesco Gentile sulla operatività-convenzionalità della scienza, secondo la quale quest'ultima si regge appunto su due postulati: la funzione operativa e la struttura convenzionale. A proposito della funzione operativa si sostiene che il sapere scientifico è un "sapere per il fare" e che l'obiettivo operativo precede e informa la nostra ricerca (si vedano le parole di Ludovico Geymonat: "scienza pura e tecnica pura sono soltanto due miti. [...] Il concreto atteggiamento scientifico appare operativo e tecnico insieme"). Per quanto riguarda invece la struttura convenzionale, si ricorda che il sapere scientifico si compone di tre momenti (posizione di principi, deduzione ed esperimento) e che nel primo momento, quello della posizione dei principi, vi è un'assunzione a-problematica del punto di partenza della ricerca, tramite la posizione di un protocollo; inoltre, si ricorda che le scienze procederanno quanto più saranno consapevolmente desostanzializzate. (Si veda U. Pagallo, *Note di Novembre in Note d'appunti* in appendice a F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, pp. 179-190). Secondo l'interpretazione gentiliana, la natura della conoscenza scientifica rimane identica nella sua struttura

Quine, in particolare, in *Two Dogmas of Empiricism* negò che si fosse riusciti ad indicare criteri capaci di condurre a una sicura individuazione delle pretese asserzioni analitiche, giungendo a teorizzare un “empirismo senza dogmi”, secondo cui non esisterebbero asserzioni prive di contenuto empirico e vere unicamente in virtù del significato delle parole che vi compaiono.

Quindi, se una teoria scientifica viene accettata, essa lo è nella sua integrità, inclusi i giudizi di valore che essa presuppone: come evidenzia Putnam, il crollo della dicotomia tra giudizi analitici e giudizi sintetici porta con sé il crollo della dicotomia di giudizi di fatto e giudizi di valore che da essa dipende, nella misura in cui quest’ultima dicotomia presuppone che sia evidente quali sono i giudizi fattuali (sintetici) di una certa teoria e, conseguentemente, a quali “fatti” quella teoria si riferisce. E tale argomento vale evidentemente a sostegno dell’idea di Putnam secondo la quale le teorie scientifiche presuppongono giudizi di valore³⁵.

La dicotomia proposta da Hume era una dicotomia metafisica tra relazioni di idee e questioni di fatto, nel senso che, quando un giudizio sull’è descrive una questione di fatto, allora nessun giudizio sul *deve* può esserne derivato. In questa prospettiva, poi, veniva negato che vi potessero essere questioni di fatto relative al giusto e alla virtù perché, ove esistenti, sarebbe stato possibile raffigurare la proprietà della *virtù* come lo è quella di essere una mela (così nell’esempio portato da Putnam³⁶ che definisce questa semantica, presupposta da Hume, *semantica pittorialista*).

Indubbio ruolo nell’evoluzione della dicotomia fatto/valore ha avuto Kant, del quale vale la pena ricordare l’interpretazione di parte del suo pensiero data da molti filosofi morali kantiani: secondo questi, il filosofo tedesco sarebbe in accordo con Hume nel sostenere che i giudizi di valore abbiano carattere di imperativi, e che, quindi, ad esempio, l’asserzio-

convenzionale e operativa indipendentemente dall’oggetto studiato. Riprendendo quanto sostenuto da Edmund Husserl, si può affermare che la conoscenza scientifica porrebbe convenzionalmente in parentesi l’essere, non occupandosi, all’interno del proprio ambito di ricerca, della natura o essenza delle cose – le quali invece sarebbero prese in considerazione solo in relazione al fine pragmatico che qualifica l’indagine, scientificamente strutturata.

35 In particolare, giudizi di valore epistemico in virtù dei quali le teorie vengono giustificate e accettate.

36 H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit., p. 19.

ne “l’omicidio è ingiusto” altro non sarebbe che un modo per dire “non uccidere”, e questo non sarebbe la descrizione di un fatto. Totalmente diversa da Hume è però la posizione di Kant sotto un altro aspetto: egli è infatti sostenitore della tesi per cui i giudizi morali sono razionalmente giustificabili e, in fin dei conti, tutta la filosofia morale kantiana è una teoria sul come ciò possa avvenire.

Ciò che Putnam individua come comune alle discussioni filosofiche avvenute sin dai tempi di Hume circa le relazioni tra valori e fatti è la tendenza a mettere da parte la circostanza per cui vi sono molti tipi di giudizi di valore che non appartengono alla varietà dei giudizi etici (o morali)³⁷.

Ciò è evidente anche in Carnap, il quale ebbe come obiettivo quello di espellere l’etica dal dominio della conoscenza; egli scrisse infatti: “tutte le affermazioni relative alla Metafisica, all’Etica regolativa e all’Epistemologia (metafisica) sono di fatto inverificabili e, di conseguenza, non scientifiche. Nel circolo di Vienna eravamo soliti descrivere tali affermazioni come nonsensi”³⁸. Egli muove dalla considerazione positivista per cui, per configurarsi come conoscenza, gli enunciati etici avrebbero dovuto essere o analitici (il che non è) o “fattuali”.

È opportuno ora aprire una parentesi sulla nozione di *fatto* adottata dai sostenitori della dicotomia fatto/valore: in Hume essa è la nozione di qualcosa di cui possa darsi un’impressione sensibile. Il punto è che ci si trova di fronte ad un concetto di oggettività basato sull’idea che i fatti siano un qualcosa di direttamente osservabile o di riconducibile all’osservazione: oggettività che, dunque, viene identificata con la descrizione del mondo. Il problema, che a David Hume non si poneva ma a Carnap sì, era quello del come considerare allora termini come ad esempio “batteri”, “elettrone” e “carica”. A questo Carnap rispose nel 1938 concedendo che termini problematici come questi non entrassero a far parte della fisica tramite definizioni, ma fossero semplicemente “assunti come primitivi”; in realtà, però, egli continuò a distinguere termini osservativi e termini teorici come quelli ricordati, che egli considerò “solo parzialmente interpretati”, e, comunque, meri dispositivi per derivare gli enunciati realmente esprimenti fatti empirici, cioè enunciati osservativi.

La nozione per cui i fatti sono qualcosa che corrisponde a impressioni di senso fa riferimento alla distinzione analitico/sintetico, nel senso che per

37 Ad esempio, Carnap generalmente parla non di “giudizi di valore” ma di affermazioni dell’“etica regolativa”; Reichenbach a proposito di valori scrive della “natura dell’etica”.

38 R. Carnap, *The Unity of Science*, London, 1934.

i positivisti logici – come visto – all’interno del linguaggio cognitivamente significante (cioè il linguaggio della scienza) si distinguevano affermazioni analitiche (vuote di contenuto fattuale) e sintetiche (fattuali).

Si è visto però poc’anzi che la dicotomia analitico/sintetico cade a seguito della critica mossa da Quine: l’oggettività, a questo punto, non solo non può essere fondata sulla mera osservazione, ma nemmeno sull’analiticità. Ne consegue allora la crisi della dicotomia fatti/valori: l’intreccio di fatti e valori è implicato nella impossibilità, poiché l’osservazione è sempre carica di teoria, di avere una descrizione del mondo veramente neutrale. Come ha sostenuto Walsh: “l’intera argomentazione a favore della classica dicotomia fatto/valore era in rovina e, per quanto ne possa dire l’empirismo logico, la scienza potrebbe presupporre valori, così come esperienze e convenzioni”³⁹.

Putnam, infine, sottolinea come oggi la dicotomia fatto/valore trovi sostenitori in chi segue posizioni che altro non sono se non varianti del non-cognitivismo e del relativismo; l’autore ricorda ad esempio la posizione di Williams, il quale non nega che gli enunciati etici possano essere veri o falsi, ma rifiuta che possano esserlo in maniera non prospettica. Ciò che viene sostenuto da Putnam è che una forma di oggettività possa invece essere raggiunta tramite giudizi di ragionevolezza che, pur mantenendo le proprietà tipiche dei giudizi di valore, hanno carattere oggettivo e sono quindi suscettibili di argomentazione razionale. Si opta pertanto per una forma di oggettività in grado di inglobare, oltre ai giudizi che esprimono descrizioni, anche quelli che esprimono valutazioni. Alla dicotomia fatti/valori, poi, Putnam opportunamente accosta la separazione tra valori e norme sostenuta da Jürgen Habermas. Quest’ultimo intende le “norme” come affermazioni universalmente valide di un obbligo e i “valori” come prodotti sociali contingenti che variano insieme ai differenti *mondi della vita*. Le norme sono requisiti formali precedenti logicamente i valori, e sono oggettive proprio perché indipendenti da tali valori, che sono funzione della società cui si appartiene. Putnam contesta la priorità logica delle norme sui valori, in quanto tanto nell’etica quanto nella scienza la comprensione della realtà presuppone già una prospettiva valutativa, atteso che la realtà è vista attraverso i valori che assumiamo; dunque la priorità logica è dei valori e non delle norme, semplici requisiti formali.

39 Cit. in H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit., p. 35.

Alla posizione di Habermas è possibile avvicinare sotto certi aspetti quella di Bernard Williams: egli sostiene che la verità di un'affermazione etica possa essere pronunciata solo dall'interno del "mondo sociale" in cui essa viene espressa, per cui asserzioni valutative non potranno avere una valenza assoluta ma relativa. Ed evidentemente questo è un relativismo che non può non influenzare le norme: come evidenzia Putnam, secondo tale prospettiva "le 'leggi' che la mia ragione 'legifera' potrebbero ancora possedere un'universalità formale, forse, ma il loro contenuto non sarebbe alcunché di 'universale'"⁴⁰.

Tornando ad Habermas, di questo filosofo è fondamentale ricordare la cosiddetta norma dell'agire comunicativo, termine, quest'ultimo, dallo stesso applicato al discorso e ad altre forme di comunicazione governate dall'ideale del discorso razionale. Tutti gli elementi specifici di tale agire – ad esempio, il fatto che esso sia governato dalle norme di *sincerità*, di *veridicità* e dalla norma che impone di asserire ciò che è *razionalmente garantito* – sono modi di specificare quell'ideale.

Sotto questo aspetto, Habermas può essere avvicinato ad Apel e alla teoria di quest'ultimo secondo cui la verità viene identificata con *ciò su cui si concorderebbe al termine di una discussione indefinitamente protratta* (nel senso di discussione come "agire comunicativo"), teoria che applica tale identificazione a tutto il discorso, e, quindi, anche alle tesi etiche. Comune alle due impostazioni – tra l'idea apeliiana secondo cui la giustificazione può essere ridotta ad una procedura di discussione ideale, e l'approccio "sociologico" habermasiano ai valori – è il tentativo di offrire dell'etica una fondazione esterna al linguaggio morale, il tentativo cioè, come lo definisce Putnam, di "naturalizzare" l'etica. L'autore sottolinea infatti come tutte le teorie naturaliste (va ricordato che Putnam utilizza il termine "naturalismo" come sinonimo di "materialismo") abbiano in comune il fatto che o negano che gli enunciati etici siano espressioni di giudizi, di pensieri, che possono essere descritti come veri o falsi senza una *clausola* come "nel mondo sociale rilevante", oppure forniscono un resoconto dello scopo di giudizi del genere in termini non etici: tutte queste teorie, dunque, trattano l'etica come qualcosa che deve essere giustificato dall'esterno. Così facendo si finisce però per assumere lo stesso atteggiamento di insoddisfazione nei confronti dell'esperienza ordinaria che contraddistingue lo scettico, cosicché si dovrebbe concludere che non possa esservi alcuna co-

40 Cit. in H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit., p. 134.

noscenza irriducibilmente etica. Ma, come scrive Putnam, “cos’è, che cosa potrebbe essere più irriducibile del fatto che, messo di fronte ad un essere umano nel bisogno, so di essere obbligato ad aiutarlo? [...] Fino a quando si tratti tale obbligo come una mera sensazione si errerà in un luogo del tutto esterno al mondo dell’etica”⁴¹.

Come già accennato, Putnam offre anche delle applicazioni “concrete” della sua teoria, soffermandosi in particolare sull’economia e sulla scienza. Per quanto attiene al primo aspetto⁴², Putnam prese in considerazione essenzialmente l’economia del benessere, evidenziando come la penetrazione del dualismo fatto/valore in questo campo avrebbe provocato un impoverimento per la capacità dell’economia del benessere di valutare, appunto, il benessere economico. La ragione di ciò viene rinvenuta nel fatto che in un campo come quello dell’economia del benessere – disciplina che deve tra l’altro occuparsi dei problemi della povertà – non sia possibile evitare questioni etiche, posto che “l’economia del benessere si [è] trovata costretta a riconoscere che il suo interesse classico nei confronti del benessere economico (e del suo opposto, l’indigenza) fosse essenzialmente di ordine morale e non potesse essere soddisfatto affidabilmente fino a quando non si fosse [stati] disposti a prendere sul serio argomentazioni morali ragionate”⁴³. Amartya Sen affrontò diffusamente la questione dell’intreccio di fatti e valori in economia cercando di dimostrare come lo stesso non possa in alcun modo essere negato⁴⁴. In particolare, l’economista indiano ha considerato ciò che è richiesto alla razionalità economica, quali motivazioni si possano realisticamente assumere in capo agli attori economici e quali criteri di prestazione economica e di benessere sociale gli economisti possano legittimamente usare proponendo conseguentemente un criterio positivo per la valutazione del benessere, il “criterio delle capacitazioni”. Tramite le nozioni

41 *Ivi*, p. 146.

42 Il riferimento di Putnam è, per questa prospettiva, l’opera dell’economista indiano Amartya Sen, premio Nobel per l’economia nel 1998.

43 H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit., p. 65.

44 L’opera di Sen su questo argomento è quanto mai estesa: si ricordano di seguito i titoli di alcuni volumi, che potranno risultare utili per approfondire l’argomento. A. K. Sen, *Resources, values and development*, Oxford, 1984; A. K. Sen, *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 1986; A. K. Sen, *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994; A. K. Sen, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 1997; A. K. Sen, *Lo sviluppo è libertà: perché non c’è crescita senza democrazia*, Milano, 2000.

di *funzionamenti* (le esperienze effettive che l'individuo ha deciso liberamente di vivere, ciò che ha scelto di fare o essere) e di *capacitazioni* (le alternative di scelta, ossia l'insieme dei funzionamenti che un individuo può scegliere), lo studioso propone quindi di affrontare questioni quali la povertà, la qualità della vita e l'eguaglianza non solo attraverso i tradizionali indicatori della disponibilità di beni materiali (ricchezza, reddito o spesa per consumi) ma soprattutto analizzando la possibilità di vivere esperienze o situazioni cui l'individuo attribuisce un valore positivo. Alla luce degli studi di Sen, anche nella prospettiva offerta da Putnam, sembra quindi corretto sostenere il carattere fondamentale che l'aspetto valoriale deve rivestire in ambito economico, con la conseguenza che lo stesso dovrebbe necessariamente assurgere a criterio di primaria importanza nelle scelte di politica economica⁴⁵. Solo in questo modo sembra potersi intravedere, infatti, la possibilità di garantire un autentico benessere agli individui, benessere che, come esposto dallo studioso indiano, non significa, e non può significare, solo possibilità di sopravvivenza, interessando invece una serie ben più estesa di questioni.

La tesi dell'importanza dei valori in ambito economico trova sostegno in un esempio concreto, vale a dire nella terribile vicenda dei campi di sterminio nazisti e, in particolare, nella peculiare forma di economia che in una simile realtà venne sviluppandosi⁴⁶.

In *Se questo è un uomo*, e in particolare nel capitolo *Al di là del bene e del male*, Primo Levi si sofferma diffusamente sulla particolare forma di economia del Lager di Monowitz (Aushwitz III), ove l'autore fu prigioniero dal febbraio 1944 al 27 gennaio 1945. In questo campo, tale

45 Un interessante spunto di riflessione rispetto alla tematica in discussione è offerto da Eric J. Hobsbawm: “potrebbe mai un governo prendere in considerazione l'idea di fare a pezzi la Cattedrale di Chartres o il Taj Mahal qualora venisse dimostrato che la costruzione in quei luoghi (venduti ad acquirenti privati) di un hotel di lusso, di un centro commerciale e di un centro di conferenze incrementerebbe il prodotto nazionale lordo al di sopra delle entrate garantite dal flusso dei turisti che visitano quei monumenti? Basta porsi una simile domanda per intuire già l'unica sensata risposta” (E.J. Hobsbawm, *Il secolo breve 1914/1991*, Milano, 2006, p. 498).

46 L'opportunità di utilizzare un simile drammatico esempio riprende in qualche modo le considerazioni di Primo Levi allorché affermò “noi siamo infatti persuasi che nessuna umana esperienza sia vuota di senso e indegna di analisi, e che anzi valori fondamentali, anche se non sempre positivi, si possano trarre da questo particolare mondo di cui narriamo. Vorremmo far considerare come il Lager sia stato, anche e notevolmente, una gigantesca esperienza biologica e sociale” (P. Levi, *Se questo è un uomo*, Torino, 2012, p. 75).

genere di attività ruotava attorno alla “Borsa”, luogo ove avvenivano gli scambi tra i detenuti: scambi di camicie e pane, ovvero di pane con zuppa da “denaturare”, se non addirittura di coperture d’oro dei denti con pane o tabacco⁴⁷. Con riferimento a siffatto genere di scambi, Levi ricorda come “quattro razioni di pane costituiscono l’importo massimo degli affari che si concludono entro il campo, perché quivi sarebbe praticamente impossibile sia stipulare contratti a credito, sia preservare dalla cupidigia altrui e dalla fame propria una quantità superiore di pane”⁴⁸: una simile condizione è quanto di più distante si possa concepire dal *normale* assetto degli scambi e dei rapporti economici, soprattutto in un quadro, quale quello delineato inizialmente, di *economia del benessere*. Quanto esposto potrebbe essere considerato in aperto contrasto con la tesi per cui i valori dovrebbero trovare posto in economia e come le scelte di politica economica dovrebbero essere tese a garantire un benessere che vada oltre la mera sopravvivenza. Si ponga però l’attenzione su un punto fondamentale: la situazione analizzata è una situazione innegabilmente *disumana* in cui l’etica non trova alcun genere di manifestazione. Come osserva Primo Levi, le distinzioni “classiche” come buono/cattivo, vile/coraggioso, disgraziato/fortunato, non trovano ingresso in una realtà parallela come quella del campo: “vorremmo ora invitare il lettore a riflettere che cosa potessero significare in Lager le nostre parole «bene» e «male», «giusto» e «ingiusto»; giudichi ognuno, in base al quadro che abbiamo delineato e agli esempi sopra esposti, quanto del nostro comune mondo morale potesse sussistere al di qua del filo spinato”⁴⁹. Quale

47 Si ricordi anche la testimonianza offerta da Shlomo Venezia: “cercavo di procurarmi un pezzo di pane in più scambiandolo con un mozzicone di sigaretta. I russi erano alla ricerca di tutto ciò che si poteva fumare”, “Una volta un russo mi propose «olej», olio, in cambio di sigarette [...] L’olio che voleva vendermi facendolo passare per olio d’oliva, ricco di vitamine, era invece nero, disgustoso olio per motori [...]. È possibile che qualcuno abbia bevuto quell’olio, come che alcuni abbiano mangiato quella specie di crema biancastra che si trovava nei pezzi di carbone Cardiff. Si sono sicuramente distrutti lo stomaco in questo modo” (S. Venezia, *Sonderkommando Auschwitz*, Milano, 2007, p. 160): la disperazione dei deportati emerge con tutta la sua drammaticità. In un altro punto del suo racconto, Venezia racconta di come avesse scambiato un portasigarette d’oro rinvenuto nel campo con “due pagnotte tonde e un pezzo di salsiccia. Questo era il prezzo del cibo nel campo... almeno ci ha permesso di sopravvivere qualche giorno in più” (*Ivi*, p. 146).

48 P. Levi, *Se questo è un uomo*, cit., p. 70.

49 *Ivi*, p. 74.

la ragione di ciò? Verosimilmente, l'assenza di socialità, di rapporti, di interconnessioni tra persone, di qualsivoglia *legge morale*. È per questo che una simile condizione consente di comprendere, *a contrario*, quale sia la natura dell'uomo in una condizione, ci sia concesso il gioco di parole, *umana*.

Quello del Lager non è nemmeno uno stato paragonabile a quello *stato di natura* di hobbesiana memoria: il filosofo inglese, infatti, immaginava una condizione di sostanziale eguaglianza in cui tutti avevano potenzialmente diritto a tutto su tutto⁵⁰: nell'inferno nazista, invece, sin dall'origine vi è una distinzione – imm modificabile (se non, come noto, da un intervento esterno) – tra chi ha tutto e chi non ha (nel più profondo – e per tale ragione difficilmente immaginabile – senso del termine) nulla. Il *bellum omnium contra omnes*, quindi, non è presente in tale ambito: ciò che si può constatare è, invece, la continua lotta per la sopravvivenza, che porta alla scomparsa di ogni minima forma di solidarietà umana⁵¹.

50 “E questo è quello che comunemente si dice: la natura ha dato tutto a tutti. Da questo inoltre si deduce che nello stato di natura la misura del diritto è l'utilità” (T. Hobbes, *De cive*, Roma, 1979, p. 85). Vi è però un'innequivocabile similitudine tra lo stato di natura hobbesiano e la situazione del Lager rispetto a quanto visto poco sopra: si sta facendo riferimento al fatto che in Hobbes non vi fosse la convinzione che l'uomo fosse cattivo per natura. In tal senso, bene e male nello stato di natura sono solo nomi che designano ciò di cui si ha appetito (bene) e ciò che si oppone all'appetito stesso (male): “e talvolta le stesse cose vengono chiamate ora buone ora cattive dallo stesso uomo, per un cambiamento della sua volontà” (T. Hobbes, *Leviatano*, Roma 2001, p. 73). Dalla non esistenza del bene e del male allo stato di natura si deduce poi che in tale condizione non esisteranno nemmeno il giusto e l'ingiusto.

51 “Se un qualunque Null Achtzehn vacilla, non troverà chi gli porga la mano; bensì qualcuno che lo abatterà a lato [...] e se qualcuno, con un miracolo di selvaggia pazienza e astuzia, troverà una nuova combinazione per defilarsi dal lavoro più duro, una nuova arte che gli frutti qualche grammo di pane, cercherà di tenerne segreto il modo, e di questo sarà stimato e rispettato, e ne trarrà un suo esclusivo personale giovamento; diventerà più forte, e perciò sarà temuto, e chi è temuto è, ipso facto, un candidato a sopravvivere” (P. Levi, *Se questo è un uomo*, cit., p. 76). Pur con le precisazioni poc'anzi svolte, si può ricordare un passo di Bobbio particolarmente adatto a spiegare tale condizione. Nell'analizzare il pensiero di Thomas Hobbes rispetto alla questione in esame, il filosofo torinese evidenziò come il desiderio di potere in una situazione in cui tutti sono eguali nel potere di nuocersi, in cui i beni sono insufficienti per soddisfare i bisogni di ciascuno, e nella quale ognuno ha il diritto naturale su tutto, costituisce uno stato permanente di guerra, di tutti contro tutti e per tutto (Cfr. N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino, 1989, p. 41).

Nel momento in cui però, finalmente, si ha il recupero della dimensione umana, i valori tornano prepotentemente a rivestire un ruolo, un'importanza fondamentale. Negli ultimi giorni di prigionia, quando ormai i nazisti stanno dandosi alla fuga e i deportati iniziano a reimpossessarsi della propria vita, della propria condizione di uomini, i valori, la condivisione, la solidarietà ritornano, spontaneamente e quasi immediatamente, come se fossero state semplicemente sopiti e non smarriti, a riprova di come gli stessi siano, in realtà, profondamente connaturati all'essere umano. Le parole di Levi esprimono mirabilmente tale concetto: nel narrare di come con un gruppo di prigionieri organizzasse la vita all'interno della Ka-Be, l'infermeria, in cui si trovava in quegli ultimi concitati giorni, egli ricorda come “quando fu riparata la finestra sfondata, e la stufa cominciò a diffondere calore, parve che in ognuno qualcosa si distendesse, e allora avvenne che Towarowski (un franco-polacco di ventitre anni, tifoso) propose agli altri malati di offrire ciascuno una fetta di pane a noi tre che lavoravamo, e la cosa fu accettata. Soltanto un giorno prima un simile avvenimento non sarebbe stato concepibile. La legge del Lager diceva: «mangia il tuo pane, e, se puoi, quello del tuo vicino» e non lasciava posto per la gratitudine. Voleva ben dire che il Lager era morto. Fu quello il primo gesto umano che avvenne fra noi. Credo che si potrebbe fissare a quel momento l'inizio del processo per cui, noi che non siamo morti, da Häftlinge siamo lentamente ridiventati uomini”⁵².

Si ritiene che l'esempio di quanto accaduto in una situazione talmente (fortunatamente) eccezionale dimostri come nella quotidiana realtà del genere umano che normalmente agisce, coopera, vive nella *socialità*, la presenza e l'importanza imprescindibile e irrinunciabile che i valori rivestono sia innegabile.

Voler negare ciò – e sostenere che l'esperienza del campo possa dimostrare una pretesa originaria *brutalità* umana – significherebbe avvalorare la tesi per cui l'uomo tenderebbe al solo utile individuale e compito delle istituzioni pubbliche sarebbe solamente quello di garantire una coesistenza non violenta; avvalorare la tesi per cui, quindi, quella dello Stato sarebbe essenzialmente una funzione di controllo indipendente dai bisogni di coloro che lo compongono e assolutamente indifferente alle modalità con cui il controllo stesso viene effettuato.

In tal senso si ricordi quanto osservato da Hannah Arendt nell'analizzare il pensiero di Aristotele: “essere uno *zoon politikon logon echon*

52 P. Levi, *Se questo è un uomo*, cit., pp. 138-139.

significava condurre un'autentica vita umana nella polis, il modo di vita più elevato possibile"⁵³, cosicché non essere cittadino significava essere privo "di un modo di vita nel quale solo il discorso aveva senso e in cui l'attività fondamentale di tutti i cittadini era di parlare tra loro"⁵⁴.

I valori sono parte integrante della persona: negarlo significherebbe contraddire la sua stessa natura. Alla luce di quanto esposto, risulta che il riconoscimento dei valori è fondamentale in ogni ambito, dall'economia al diritto.

Per quanto concerne invece l'ambito scientifico, Putnam evidenziò come la scienza presupponga dei valori e che, dunque, essa dal punto di vista valutativo non sia, né possa essere, contrariamente a quanto comunemente ritenuto, del tutto neutrale⁵⁵.

53 H. Arendt *Philosophy and Politics. The problem of Action*, in S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Milano, 2006, p. 131.

54 H. Arendt, *Vita activa: la condizione umana*, Milano, 1988, p. 21.

All'interno del Lager la comunicazione risulta spesso ridotta, se non eliminata (una delle prime constatazioni di Levi all'arrivo nel campo riguarda proprio ciò: "nessuno qui parla volentieri", P. Levi, *Se questo è un uomo*, cit., p. 21) e le persone divengono dei numeri: parlando di un suo compagno di lavoro Levi osserva come questi fosse "Null Achtzehn. Non si chiama altrimenti che così, Zero Diciotto, le ultime tre cifre del suo numero di matricola: come se ognuno si fosse reso conto che solo un uomo è degno di avere un nome, e che Null Achtzehn non è più un uomo. Credo che lui stesso abbia dimenticato il suo nome, certo si comporta come se così fosse. Quando parla, quando guarda, dà l'impressione di essere vuoto interiormente, nulla più che un involucro" (*Ivi*, p. 33).

55 Putnam considerò, in tal senso, le posizioni di diversi autori: Popper, con la sua idea del "fare scienza usando solo la logica deduttiva", Reichenbach e il suo "convalidare deduttivamente l'induzione", Quine con le due possibilità di "scegliere le teorie sulla base di un insieme misteriosamente disponibile di condizionali di osservazione veri" o di "accontentarsi della psicologia". Tutte queste posizioni (Putnam le chiama "fantasie") sono quasi sempre state considerate preferibili al ripensare del tutto il dogma secondo cui i fatti sono oggettivi e i valori soggettivi e "le due cose non si incontreranno mai".

Come accennato, Putnam considera l'approccio al problema di più filosofi: egli cita, ad esempio, Karl Popper, il quale rifiutava l'idea di logica induttiva come metodo della scoperta scientifica, ma sperava comunque di ridurre il metodo scientifico ad una semplice regola, cioè quella di mettere alla prova tutte le teorie solidamente falsificabili e mantenere quelle che superano la prova. Ciò, però, non funziona: quando una teoria è in conflitto con ciò che prima era ritenuto un fatto, talvolta rinunciamo alla teoria e talvolta al fatto e la decisione è una questione di bilanciamenti che, ove razionali, sono di tipo pragmatico, e, quindi, sollevano una questione di giudizi informali su coerenza, plausibilità, semplicità e simili. Né, quando due teorie sono in conflitto, gli scienziati aspettano finché sono i dati osservativi a decidere.

Uno degli esempi addotti da Putnam a sostegno della sua tesi riguarda l'affermarsi della teoria della relatività di Einstein, che venne accolta dalla comunità scientifica ben prima di essere empiricamente provata e

Putnam pone l'attenzione anche su Quine, mostrando i limiti della sua posizione e come essi derivino dal fatto che anche egli eviti di soffermarsi sul problema del ruolo dei valori in campo scientifico e che – come del resto anche Reichenbach (la cui posizione sarà esposta tra breve) – egli considera i giudizi di valore come completamente non cognitivi.

Nell'analizzare il punto di vista di Quine, poi, inizialmente vengono messe in evidenza alcune sue affermazioni che potrebbero condurre a ritenere che egli dovesse avere un atteggiamento amichevole nei confronti della dottrina secondo cui fatti e valori si compenetrano. Si pensi ad esempio all'ultimo capoverso del saggio *Carnap e la verità logica* in cui egli scrive: “la sapienza dei nostri padri è un tessuto di enunciati. Nelle nostre mani essa si sviluppa e muta, attraverso revisioni e aggiunte da parte nostra più o meno arbitrarie e deliberate, suscitate in maniera più o meno diretta dallo stimolo continuo dei nostri organi di senso. È una sapienza grigio chiara, nera con i fatti e bianca con le convenzioni. Ma non ho trovato ragioni sostanziali per concludere che in essa ci siano fili tutti neri o tutti bianchi”. In realtà, per Quine, nonostante egli, in quanto empirista, sia rimasto sempre persuaso che in ultima istanza lo schema concettuale della scienza rappresenta un mezzo per predire l'esperienza futura alla luce dell'esperienza passata, la discussione del problema della scelta delle teorie è sempre espressa in termini totalmente non realisti. Quine si occupava di questioni come: (1) si potrebbero dare due *corpus* di scienza totale (due alternativi “schemi concettuali di scienza”) che implichino il medesimo insieme di condizionali osservativi veri (e nessuno falso) senza poter mostrare che si tratta della medesima teoria sotto diverse spoglie? (2) Se ci potessero essere, come sarebbe possibile scegliere tra esse? Questo, evidentemente, non è il problema della scelta tra teorie affrontato da scienziati reali; di fatto, è un'epistemologia dal punto di vista di esseri onniscienti per cui solo chi è logicamente onnisciente è in possesso di un oracolo che lo informa sul valore di verità dei condizionali osservativi. A chi chieda un'epistemologia più vicina alle pratiche della ricerca scientifica, riguardante il modo in cui scienziati reali scelgano tra teorie reali riguardanti dati reali, Quine risponde con “perché non accontentarsi della psicologia?”. Si tratta, chiaramente, di un'elusione o oltranza della questione.

Quanto a Reichenbach, egli tentava di dimostrare che tutta l'epistemologia poteva essere ridotta ad applicazioni ripetute e concatenate di una regola semplice (“regola diretta” dell'induzione): si calcoli la frequenza r dei B tra gli A osservati finora e si postuli che la frequenza relativa dei B tra tutti gli A , compresi quelli futuri, sia $r \pm \epsilon$ laddove “ ϵ ” è un margine di errore accettabile scelto arbitrariamente. Rispetto a tale teoria si pongono però dei problemi, ad esempio il fatto che se anche il filosofo tedesco fosse riuscito a ridurre l'induzione alla regola proposta (che però è incoerente), tutto ciò che egli potrebbe sostenere è che tale regola convergerebbe con l'ipotesi corretta nel lungo periodo, mentre il problema del trovare una regola per scegliere l'ipotesi in tempo reale resta aperto. Altro problema è quello che ha a che fare con l'ambizione metafisica di Reichenbach, il quale, oltre a voler ridurre tutte le induzioni ad una regola, pretendeva di disporre di una convalida “deduttiva” di tale regola. Nel processo

a danno di quella proposta da Whitehead⁵⁶. In particolare, l'accettazione della teoria einsteiniana fu dovuta a motivi di "ragionevolezza epistemica" (la comunità giudicò quella teoria più semplice, elegante, ecc. rispetto alla teoria alternativa): ciò che emerge dalla diagnosi putnamiana è il fatto che la storia della scienza sia costellata di episodi del genere e che quindi in tal senso il ruolo delle valutazioni epistemiche sia fondamentale, in quanto esse servono a determinare quanto sia per noi ragionevole accettare una certa teoria rispetto alle teorie concorrenti, ovvero quanto si sia giustificati nell'ipotizzare che essa sia vera, dacché si deriva che le valutazioni epistemiche hanno carattere intrinsecamente normativo. Un altro esempio che si potrebbe addurre a sostegno di tale impostazione è quello dell'affermazione del sistema copernicano, la prova del quale venne prodotta (tramite la determinazione della parallasse stellare, il pendolo di Foucault e la scoperta dell'effetto di Coriolis) solo sue secoli dopo la morte di Galileo. L'adesione galileiana al copernicanesimo, dunque, si basò non su valutazioni fattuali (l'argomento delle maree offerto dallo scienziato nella quarta giornata del *Dialogo* pare essere stato più effetto che causa dell'acquisita fede copernicana di Galileo), ma di altro

di convalida dell'induzione, tuttavia, egli aveva bisogno di assumere la disponibilità di affermazioni osservative esse stesse prive di portata predittiva (altrimenti l'induzione avrebbe dovuto essere utilizzata già al fine di verificare tali affermazioni osservative, conducendo ad un regresso all'infinito), e lo stesso filosofo affermerà che affermazioni osservative simili non esistono.

Infine, tra gli altri, Putnam ricorda Carnap, il quale rifiutò l'idea che i valori epistemicici fossero presupposti nella scelta tra teorie scientifiche, sostenendo che la scienza procedesse in base a un metodo formale sintattico; riducendo, con una formulazione molto breve, la scelta delle teorie ad un algoritmo. Gli algoritmi elaborati da Carnap, però, erano limitati a problemi di campionamento molto semplici (come valutare la frequenza relativa di palline rosse in un'urna, dato un campione di palline scelte dall'urna).

Nel ripercorrere l'opera e le posizioni di questi filosofi, Putnam ha dunque come obiettivo quello di evidenziare come essi siano caduti nell'errore di non fermarsi a considerare i valori e il loro ruolo (secondo Putnam fondamentale) nel settore scientifico: egli, in sostanza, attacca l'idea che la scienza sia un'indagine oggettiva pura proprio perché – apparentemente – libera da assunzioni di valore. Ed attacca il fatto che tutti i filosofi che anche in quest'ambito hanno negato l'intreccio di fatti e valori abbiano in ultima istanza eluso il dato di base per cui i valori sono presupposti già al livello della selezione delle ipotesi migliori.

56 Che, come la teoria di Einstein prevedeva, tra le altre cose, il familiare fenomeno della deviazione della luce ad opera della gravitazione, il carattere non newtoniano dell'orbita di Mercurio, l'orbita esatta della luna. (H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit., p. 156).

genere, valutazioni di carattere epistemico: la semplicità e l'eleganza – che il sistema di Copernico, al contrario di quello di Tolomeo, esibiva – erano per lo scienziato pisano segni sicuri di verità, posto “che la natura [...] per comun consenso, non opera con l'intervento di molte cose quel che si può fare col mezzo di poche” (*Dialogo*, 145).

Il ruolo delle valutazioni sarebbe dunque essenziale nella dinamica scientifica⁵⁷: inoltre, Putnam rileva che nessuno ha mai dimostrato come giudizi valutativi di questo genere possano essere ridotti a giudizi non valutativi. La scienza, pertanto, presupporrebbe valori epistemici, che sono valori a pieno titolo: secondo l'autore, infatti, i valori vanno trattati tutti allo stesso modo; se si ritiene che i giudizi etici non possano essere oggettivi, lo stesso si deve dire per quelli epistemici, ma in tal modo si dovrebbe rifiutare di attribuire oggettività anche ai giudizi delle teorie scientifiche, in quanto esse presuppongono giudizi di valore epistemico. La soluzione propugnata è invece un'altra, ossia quella di ampliare la nostra nozione di oggettività, inglobandovi, oltre ai giudizi che esprimono descrizioni, anche quelli che esprimono valutazioni (epistemiche ed etiche).

Putnam, sostanzialmente, difende la posizione per cui *la conoscenza dei valori presuppone la conoscenza dei fatti*: egli, anzi, mostra come essa possa essere scomposta in due tesi separate: da una parte si sostiene che l'attività di giustificare tesi fattuali presuppone giudizi di valore, dall'altra che tali giudizi di valore vanno considerati come capaci di essere corretti (in gergo filosofico “oggettivi”), a pena di cadere nel soggettivismo a riguardo delle tesi fattuali stesse.

In conclusione, quindi, Putnam, appoggia la posizione pragmatista per cui “la conoscenza dei fatti presuppone la conoscenza dei valori” e auspica una *rivalutazione* della posizione dei pragmatisti stessi, che invocano da oltre un secolo il ripensamento del dogma dell'empirismo per cui “i fatti sono oggettivi e i valori soggettivi e le due cose non si incontreranno mai”: “[...] quando la smetteremo di eludere il problema e daremo alla provocazione pragmatista l'attenzione che merita?”⁵⁸.

57 Pare qui opportuno ricordare ciò che una volta Bronowski scrisse all'amico Popper: “Non pretendesti che gli scienziati mettano alla prova qualsiasi teoria falsificabile se la tua scrivania venisse attraversata da tante teorie insensate come lo è la mia!” (*Ivi*, p. 156).

58 *Ivi*, p. 160.

3. L'INTRECCIO DI FATTI E VALORI NELL'AMBITO DEL DIRITTO: I FATTI NORMATIVI E LA CONSUETUDINE

Risulta ora necessario analizzare il problema in discussione da un punto di vista più propriamente giuridico.

Per Hume⁵⁹, la giustizia (e il diritto, cioè la società giuridicamente ordinata) non nasce da una promessa (o contratto) poiché l'obbligo di mantenere le promesse non è "naturale", nel senso che nulla in natura ci obbliga a rispettare un accordo. Non è l'accordo, dunque, il fondamento del sistema giuridico-morale della società. La validità della promessa in sé dipende solo dal fatto che essa è scambiata in un sistema di giustizia esistente: il contratto non è causa del suo adempimento, lo è l'insieme delle regole morali e giuridiche in cui esso si colloca. Questo appare in linea con la sua tesi, cioè che non è possibile trarre conclusioni precettive da premesse che non contengono alcun precetto. Quindi il valore vincolante e obbligante della "promessa" sorgerebbe perché essa è pronunciata all'interno di un contesto prescrittivo (morale e/o giuridico) che consente di derivare il precetto (mantenere la promessa) non dal fatto in sé (di averla pronunciata) ma dall'implicita premessa prescrittiva che vi è connessa. Di conseguenza, ogni norma che vada a costruire l'edificio della giustizia nella società civile si formerebbe non in base ad un contratto ma a un processo storico-empirico di acquisizione e perfezionamento (il contratto, in quanto posto all'esterno e precedentemente rispetto alla "giustizia", sarebbe privo di ogni forza e carattere obbligante). Con ciò si comprende la ritrosia di Hume a trarre da elementi di fatto puramente "naturali" i criteri del dover essere giuridico e morale. Seguendo l'impostazione humeana nell'ambito del diritto si è portati ad affermare anche qui la separazione tra norma (cioè il dover essere giuridico) e ciò che è, i fatti (ovverosia ciò che nell'analisi di Putnam era visto come riconducibile alla sfera dell'etica).

Già da una prima analisi dell'ordinamento giuridico esistente⁶⁰, però, emerge come in esso vi sia la prova dell'indissolubile intreccio di fatti e valori in campo giuridico.

59 Come egli scrive in un famoso passo delle sue *Ricerche sulla morale* (cfr. G. Palombella, *Filosofia del diritto*, cit.).

60 La questione sarà poi più ampiamente sviluppata nella *Seconda Parte* del presente studio.

È noto come, secondo l'idea normativista, tutto l'ordinamento giuridico si risolve nelle norme: tutto ciò che si può dire del diritto, pertanto, può essere predicato solo da una norma; corollari di ciò sono che il compito del giurista è quello di applicare le norme mentre il compito del giudice è quello di applicare le norme attraverso il sistema del sillogismo giuridico. Quello che ci si viene a chiedere è se il giudice venga a conoscere prima del fatto o prima della norma: se oggi vi è chi parla di categorie già esistenti nella mente del giudice, per i normativisti il punto di partenza rimaneva la norma.

L'idea di categoria nasce in Kant e si sviluppa in modo diverso nelle due scuole neokantiane che dal suo pensiero prendono le mosse: quella di Heidelberg e quella di Marburgo. Nella nostra analisi risulta interessante seguire l'impostazione della scuola di Marburgo, che ai temi giuridici applica i dettami della *Critica della Ragion Pura*⁶¹: secondo essa occorre separare il mondo dell'essere dal mondo del dover essere, separare cioè il mondo delle norme dal mondo dei fatti, ritenendo che il diritto (in quanto norma) si applichi al mondo del dover essere. Di conseguenza, il concetto di fatto giuridico è concetto privo di una intrinseca forza, per cui non si può parlare di fatti giuridici se non a partire da una norma che li qualifichi come tali. In quest'ottica l'attività del giurista finisce per diventare attività di qualificazione, in un ambito in cui se non ci sono norme allora non può esservi neppure diritto (prima delle norme, infatti, non c'è diritto).

Il problema sorge però allorché ci si renda conto che vi sono istituti che mettono in crisi il normativismo, e tali sono, ad esempio, i fatti normativi. Come affermato nelle *Istituzioni di diritto pubblico* del Mortati: “tra i comportamenti umani che giuridicamente valgono come fatti vi è luogo a distinguere quelli che si sono chiamati fatti normativi (cioè fatti che hanno la loro legge in se stessi, che producono effetti giuridici per virtù

61 A differenza di quanto avveniva nella neokantiana scuola di Heidelberg in cui invece a tali temi erano applicati i dettami della *Critica della Ragion Pratica*.

Si veda la definizione data da Opocher nelle sue *Lezioni di Filosofia del diritto* (Padova, 1983, pp. 200 e ss.): “la corrente della cosiddetta Scuola di Marburgo si propone di estendere il formalismo conoscitivo della Critica della Ragion Pura al mondo della pratica [...], l'apriorismo delle forme condizionanti il contenuto dell'esperienza al mondo della pratica e quindi alla sfera etica. [...] Nella prospettiva dei maestri della Scuola di Heidelberg, la funzione rassicurante del neokantismo si svolge per una via diversa ed, anzi, sotto molti aspetti, opposta: quella di una fondazione dei valori, e quindi, anche del diritto come valore, sul piano del dover essere”.

propria, non sulla base di norme precostituite: e sono la consuetudine e l'instaurazione di un nuovo ordinamento) e gli altri che invece desumono la loro efficacia da una norma preesistente la quale li rende produttivi di determinati effetti”⁶². Tali fatti sono stati definiti come *l'antimateria del normativismo*: se, come i normativisti sostengono, il diritto è solo forma, il fatto normativo (cioè il fatto da cui scaturisce il diritto) è allora in chiara contraddizione con ciò.

Esempio emblematico di fatto normativo è la *consuetudine*, cioè quella fonte di produzione del diritto che genera una norma giuridica non scritta tramite la ripetizione generale, costante ed uniforme, di un comportamento (*usus*) nella convinzione di conformarsi ad una regola giuridica (*opinio juris et necessitatis*)⁶³.

In essa, dunque, essere e dover essere non sono separati, ma, anzi, si integrano, in quanto la consuetudine obbliga in quanto è, e viceversa.

Si è prima citato Mortati: egli va ricordato con Santi Romano in quanto essi costituiscono un tipico esempio del come l'analisi istituzionalista muova da dove quella normativista si blocca. Il giurista calabrese infatti affermerà che la sua ricerca nasce proprio dalla insoddisfazione di “contrassegnare la costituzione esclusivamente pei suoi caratteri formali”⁶⁴.

E Santi Romano d'altra parte dichiarerà: “Io ho precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse antecedente del diritto”⁶⁵.

Si viene pertanto a mettere in discussione la concezione (kelseniana) che pretende di separare essere e dover essere, diritto e fatto, istituzioni e realtà; si viene a mettere in discussione la separazione normativistica tra assoluta applicazione e assoluta creazione del diritto, sostituendo ad essa l'indissolubile intreccio dei due termini.

In tal modo si capovolge il criterio gerarchico positivista tra fatto e diritto, nel senso che è il diritto a derivare dal fatto e a non avere altro fondamento se non il fatto che esiste e si impone.

Bobbio, nel suo *La consuetudine come fatto normativo*, scrive: “[...] il fatto normativo viene a coincidere col fondamento ideale della regola stessa. Re-

62 C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962.

63 F. Mantovani, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, p.14; F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000, p. 18.

64 C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.

65 S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962.

gole siffatte costituiscono quello che si potrebbe chiamare il diritto naturale vigente. Vi appartiene, ad esempio, la norma *pacta sunt servanda*⁶⁶. Egli, dunque, si rifà al diritto naturale ed evidenzia come la consuetudine venga a mettere insieme ciò che la prevalente dottrina vorrebbe tener separato: in essa il profilo esistenziale (l'*usus*) è inscindibile dal profilo normativo (l'*opinio juris*); essa quindi o è un fatto giuridico di per sé o non è nemmeno rilevante. Si tratta dunque di un tipico esempio di figura giuridica che non dipende dalla volontà di alcuno, di un atto puramente naturale (e di conseguenza non voluto, inconscio) intrinsecamente giuridico.

Come si è visto, Bobbio (del quale stupisce, trattandosi di un normativista, il riconoscimento della consuetudine quale fatto normativo), arriva (quasi un paradosso per un positivista come lui) a parlare di diritto naturale vigente: questo è sintomo delle difficoltà e degli imbarazzi cui va incontro la teoria normativistica. Anche per questo, la dottrina cerca di rimuovere tutto ciò. Nel ripercorrere come si sia voluto evitare il problema è interessante leggere un'affermazione di Hobbes nel *Leviathan*: “quando una consuetudine consolidata consegue l'efficacia di legge, non ottiene il valore di legge in rapporto alla continuità e alla validità nel tempo, ma in rapporto alla volontà del sovrano, espressa attraverso il suo silenzio; poiché talvolta il silenzio è anche espressione di assenso. Né la consuetudine può avere efficacia di legge più a lungo, di quanto duri il silenzio del sovrano”⁶⁷.

Paladin, poi, affermerà che “al fatto che per forza propria si traduce in norma bisogna riconoscere un decisivo rilievo nei soli momenti di crisi radicale degli Stati, cui le forme ordinarie di creazione del diritto non riescano a far fronte. Viceversa, nella quotidiana esperienza degli ordinamenti statali, giudici, operatori giuridici, comuni cittadini e sottoposti in genere si trovano alle prese con le sole fonti legali, istituite e riconosciute come tali dagli ordinamenti stessi; mentre i fattori che tanti giuristi amano più volte definire quali fonti extra ordinem non sono altro che atti o comportamenti illegittimi o illeciti”⁶⁸.

Come i filosofi della scienza eludevano il problema dell'indissolubile intreccio di scienza e valori, così ora si ritrova la stessa volontà di elude-

66 N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 46.

67 T. Hobbes, *Leviatano*, Roma, 1997, p. 134.

68 L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

re il problema nei normativisti e in coloro che seguono questo tipo di impostazione; così come nel caso dei filosofi della scienza si evitava di cogliere un dato di base come quello della necessaria presenza dei valori già nella fase della scelta tra più teorie, così ora si evita di sottolineare come la consuetudine sia essa stessa prova “vivente” dell’intreccio di fatti e valori in ambito giuridico. E questa elusione è compiuta in più modi, come visto, ad esempio inquadrando tale istituto in una dimensione di eccezionalità (Paladin) o riconducendolo comunque alla volontà del Legislatore, e quindi, all’area “formale” e non più fattuale (Hobbes). Nonostante questi tentativi, però, pare veramente difficile negare l’inscindibile compenetrazione di essere e dover essere nella consuetudine e come essa, nonostante le giustificazioni trovate, ad esempio, da Hobbes, sia chiaro esempio di diritto che non nasce e non dipende da un atto di volontà, ma dal fatto inconscio che essi sono stati ripetuti durante un lungo periodo di tempo.

Ciò che non sembra possibile ammettere nel diritto è l’idea stessa che questa materia possa compiere una netta separazione, una dicotomia, tra essere e dover essere, tra fatti e valori: se questo risulta chiaro da un punto di vista quasi empirico, osservando la figura della consuetudine, non si può però non domandarsi quali siano le implicazioni di ciò nella realtà delle relazioni intersoggettive che il diritto si appresta a regolare. In tal senso, appare innegabile l’importanza rivestita dall’etica nel diritto. In una norma giuridica si compenetrano forma e sostanza, fatti e valori, essere e dover essere, e questo non solo al momento della sua applicazione – quando, cioè, la fattispecie astratta è applicata alla fattispecie concreta – ma anche al momento della stessa creazione da parte del Legislatore⁶⁹.

CONCLUDENDO

I filosofi riconducibili alla dottrina di matrice normativista, riferendosi appunto alla figura della consuetudine, hanno operato in due diversi modi: da una parte negando la stessa *opinio juris*, cioè il dover essere (questa è la posizione, ad esempio, di Bobbio⁷⁰ e Guastini), dall’altra

69 Si pensi ad esempio all’area del diritto penale: una norma come quella dell’articolo 575 c. p., che sanziona l’omicidio, evidentemente sottende dei valori insiti nella società.

70 In proposito, Bobbio affermò che “il problema della validità è il problema dell’esistenza della regola in quanto tale, indipendentemente dal giudizio di valore se

affermando che la fonte del dover essere è il silenzio del sovrano (e questo è il caso di Hobbes).

A chi nega l'*opinio juris* risponde però la stessa Corte di Cassazione con una serie di sentenze che ne affermano l'esistenza e l'importanza⁷¹.

Per quanto riguarda l'impostazione di Hobbes, invece, ci sono due ordini di motivi per cui essa deve essere rifiutata: da un lato essa comporta infatti il necessario venir meno della stessa figura della consuetudine (non si obbedisce ad essa ma al sovrano); se invece si opta per ammettere che tale istituto esista, quella che potrà profilarsi potrà essere solamente una consuetudine *contra legem* (nel senso che il sovrano rinuncia al proprio potere di silenzio-assenso).

In realtà, la visione hobbesiana nasce da un fraintendimento: il sovrano non è colui che con il suo silenzio-assenso fonda la consuetudine, ma un soggetto che, parte del popolo stesso⁷², si uniforma alla *opinio juris* generale.

Il punto fondamentale è che l'*opinio juris* generale è *generale* proprio in virtù del fatto che vi è un substrato di base comune alla collettività, per cui la quasi totalità (se non la totalità) dei soggetti decide di uniformarsi ad un determinato comportamento nella precisa convinzione di adeguarsi ad un obbligo giuridico. Il passo successivo è intuitivo: causa di tutto ciò è il fatto che il diritto in realtà si radica nella natura umana. Esso non è fonte dei comportamenti umani, ma nella natura degli uomini stessi trova la propria fonte.

essa sia giusta o no. Mentre il problema della giustizia viene risolto con un giudizio di valore, il problema della validità viene risolto con un giudizio di fatto” (N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 24). Come osservato da Zaccaria, Bobbio può essere ricondotto (accanto, tra gli altri, a Crisafulli e Zagrebelsky) a un'autorevole tradizione dottrinale sostenitrice della c.d. concezione *monistica* della consuetudine, secondo cui “la ripetizione generale e costante di un determinato tipo di comportamento da parte dei componenti di un gruppo sociale rappresenta l'elemento cardine della fattispecie consuetudine” (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 63).

71 La rilevanza dell'*opinio* emerge con chiarezza sol ponendo attenzione agli effetti del suo venir meno: come rilevato da Paladin, “le consuetudini cessano di vigere allorché vengono meno l'*usus* oppure l'*opinio*, od entrambi a un tempo. La *desuetudine* ovvero il formarsi d'una consuetudine contraria valgono dunque ad abrogare le norme consuetudinarie” (L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 236).

72 Ciò nel senso che il sovrano condivide con il popolo la provenienza dal medesimo stato di natura, vale a dire il luogo ove si genera quella base di esperienze e convinzioni comuni all'intera collettività che concorrono a plasmare la natura umana.

Come scrive Gentile, “recuperare la coscienza della naturalezza del diritto è, oggi, il compito difficile ma irrinunciabile del giurista che voglia onorare il suo nome”⁷³. Egli sostiene il necessario abbandono del metodo della cosiddetta geometria legale, che presuppone l’estraneità, la contrapposizione di natura e diritto, la separazione netta tra i discorsi relativi all’essere e quelli relativi al dover essere (*is/ought, sein/sollen*), per giungere a *ricquistare* la naturalità del diritto, la concezione dialettica dell’ordinamento giuridico⁷⁴.

73 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 60.

74 Concezione “per la quale le radici dell’ordinamento giuridico delle relazioni interpersonali, anche quando ad attuarlo è lo stato, affondano e devono essere ricercate, nella natura dell’uomo, nella sua naturale autonomia” (*Ivi*, p. 63).

In tale prospettiva, di particolare interesse può risultare la rilettura dei lavori preparatori della Carta Costituzionale italiana, e in particolare l’ordine del giorno che l’onorevole Giuseppe Dossetti sottopose all’attenzione dei colleghi della Prima Sottocommissione, nella parte in cui, analizzando le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell’uomo, elencò i caratteri irrinunciabili che essa avrebbe dovuto avere: “a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; b) riconosca a un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie, disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato; c) che per ciò affermi l’esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato”. Fondamentale, poi, in tal senso, quanto affermato nella relazione al “Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana” dal Presidente della Commissione per la Costituzione, l’onorevole Meuccio Ruini: “preliminare ad ogni altra esigenza è il rispetto della personalità umana; qui è la radice delle libertà, anzi della libertà, cui fanno capo tutti i diritti che ne prendono il nome. Libertà vuol dire responsabilità. Né i diritti di libertà si possono scompagnare dai doveri di solidarietà di cui sono l’altro ed inscindibile aspetto. Dopo che si è scatenata nel mondo tanta efferatezza e bestialità, si sente veramente il bisogno di riaffermare che i rapporti fra gli uomini devono essere umani”.

Tali riflessioni trovano conforto anche nella riflessione di Zaccaria, laddove questi osserva come: “l’ambito in cui sono risultate maggiormente evidenti le ricadute della relazione tra diritto e morale sul momento interpretativo è quello costituzionale. Ciò è fondamentalmente riconducibile alla presenza, all’interno della Costituzione, dei principi, espressi e impliciti. Nessuno oggi nega, nell’ambito della teoria del diritto, che la Costituzione, attraverso tali principi, ponga dei vincoli (alla legge) di carattere non solo procedurale ma anche sostanziale” (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 200).

Risulta quindi evidente come le teorie riconducibili al giuspositivismo e al normativismo non riescano a dare pienamente conto dell'esperienza giuridica già da un punto di vista puramente teorico⁷⁵. Nel corso della *Seconda Parte* della presente trattazione si tenterà allora di dimostrare come l'*insufficienza* di tale teoria di fronte all'attuale panorama normativo emerga anche, e più profondamente, a livello sostanziale/pratico: basti pensare, come meglio si vedrà, alla funzione sempre più *creativa* della giurisprudenza, all'importanza via via crescente dell'autonomia privata (e ai suoi risvolti in ambito internazionale e commerciale: il riferimento, è chiaro, è alla *lex mercatoria*), alle fonti di produzione non statale e al ruolo preponderante che le stesse hanno assunto negli ultimi anni⁷⁶.

Costituzione che – aspetto essenziale nell'ambito della presente analisi – può valere, in questo senso, anche come limite alla legge: “la legge, un tempo misura esclusiva di validità dell'ordinamento, cede il passo alla Costituzione e diviene essa stessa oggetto di misurazione” (G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. XI).

75 Anche se non si può non ricordare la posizione di chi, come Villa, negando che il non cognitivismo sia necessariamente implicato nel giuspositivismo, ritiene che tale teoria sia tuttora sostenibile: “[...] l'avalutatività delle descrizioni non è affatto una componente concettuale del giuspositivismo. Si può benissimo, pertanto, sostenere, a livello delle concezioni, la tesi della presenza di giudizi di valore nelle attività conoscitive degli studiosi del diritto [...] senza per questo mettere in questione il giuspositivismo a livello del concetto” (V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 275).

Lo stesso Scarpelli, nella sua adesione ai principi giuspositivistici, ebbe a specificare come “[...] di questa definizione formalmente neutrale, senza riferimenti a contenuti normativi ed al valore di contenuti normativi, noi conosciamo oramai la funzione pragmatica, la portata orientativa: essa ci appare impregnata di valore e il positivismo giuridico ci appare per essa impregnato di valore, carico di una scelta politica, intimamente legato ai giudizi di valore che possono sostenere la sua scelta politica”. L'apparente contraddizione viene così risolta: “[...] è inerente al positivismo giuridico una scelta politica, ma la scelta politica è la scelta del diritto positivo identificato attraverso le sue caratteristiche formali, è scelta di una scienza e di una pratica del diritto che, una volta accettato il diritto positivo, lo studino e lo applichino fedelmente prescindendo da ogni giudizio di valore sul suo contenuto, fuor di quelli che intervengano, nei limiti in cui vi siano ammessi, nell'interpretazione” (U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 132-133).

76 Molteplici sono invero i possibili esempi di interconnessione tra diritto e valori. Si pensi anche, tra l'altro, alle diverse espressioni normative che contengono riferimenti alla morale: un esempio è la locuzione “giusta causa” utilizzata nel diritto del lavoro nella quale “il termine “giusta” è senza dubbio un termine valutativo, e rinvia a un apprezzamento relativo alle condizioni in base alle quali un licenziamento è

Con riferimento a ciò e a quanto sostenuto nel corso della trattazione sin qui svolta, risulta necessario ricercare teorie che possano realmente tenere conto di quanto il giurista si trova oggi a dover considerare: in tal senso, soffermandosi ancora un momento sulla questione dei valori, andrà considerata con attenzione, tra le altre, la teoria neocostituzionalista. Secondo quest'ultima, come meglio si approfondirà oltre, la neutralità delle descrizioni giuridiche non potrebbe in alcun modo essere sostenuta, atteso che i valori sarebbero prepotentemente presenti nel diritto. Ciò che occorre necessariamente riconoscere, nell'interrogarsi sulla struttura della *positività del diritto*, è che il diritto positivo, oggi, presuppone – ed è ad essi intimamente connesso – la morale e i valori⁷⁷.

“giusto” o meno. Qui diverse ricostruzioni, valutativamente condizionate, del modo in cui sono regolamentati, nel nostro ordinamento, i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro possono portare a interpretazioni diverse relativamente alla decisione sulla ammissibilità o meno di un certo licenziamento o di una determinata serie di licenziamenti motivati dalla presenza di una “giusta causa”. Un altro esempio è la formula “buon costume” che, parimenti, implica “una nozione valutativa, che rinvia a valori, anzi a conflitti fra principi diversi che esprimono valori in competizione” (V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 285).

77 In tal senso, giova ricordare quanto sostenuto da Luigi Ferrajoli: “la validità non è più un dogma associato alla mera esistenza formale della legge, ma una qualità contingente di questa legata alla coerenza dei suoi significati con la costituzione, che rimanda alla valutazione del giudice” (L. Ferrajoli, *Giurisdizione e democrazia*, in *Democrazia e diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza*, n. 1 (gen.-mar. 1997), p. 284-304).

PARTE SECONDA
DIRITTO POSITIVO E POSITIVITÀ
NELL'ATTUALE PANORAMA GIURIDICO

Ciò che ci si prefigge, attraverso la casistica che verrà esposta nel prosieguo, è di fornire un'ulteriore dimostrazione a sostegno di quanto da autorevoli Autori affermato circa la necessaria socialità e attualità del diritto e la conseguente impossibilità di ridurre l'intero fenomeno giuridico all'attività legislativa: ciò implica, con tutta evidenza, un ripensamento dell'intera categoria della *positività*¹.

Ciò non tanto in una chiave *strictu sensu* critica nei confronti del positivismo giuridico (quasi a voler riproporre lo scontro giuspositivismo/giusnaturalismo), quanto nell'ottica di fornire risposte che tale dottrina non appare in grado di dare. In tal senso va rilevato come le teorie antiformalistiche si siano affermate non tanto per un aprioristico diniego del giuspositivismo quanto in ragione dell'incapacità del positivismo classico di dar conto dell'assetto giuridico-politico che si presentava già agli inizi del Ventesimo secolo².

1 "L'ordinamento giuridico [...] è connotato dalla positività, perché la convivenza umana persegue il suo equilibrio anche attraverso la progressiva istituzionalizzazione, fissazione, positivizzazione dei risultati raggiunti nell'individuazione dei tratti qualificanti la relazione; e ciò sotto la forma della legge, sia sotto la forma del provvedimento amministrativo, sia sotto la forma della sentenza" (F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 228).

2 In proposito si veda M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, cit., p. 112. Cossutta traccia un interessante collegamento tra reazione al formalismo e modificazione dell'assetto sociale, ponendo attenzione al passaggio da uno Stato monoclasse (modello di riferimento del positivismo giuridico) a uno Stato pluriclasse: ricordando anche l'opera di Renato Treves, l'Autore evidenzia come "la presupposizione della presenza di un

Chiarissime in tal senso le parole di Eugen Ehrlich, il quale propose l'immagine di diritto come viva corrente: "non tutto il diritto è racchiuso nelle norme giuridiche [...]. Sarebbe tanto poco ragionevole pretendere di restringere in norme giuridiche l'intera varia complessità della vita, come voler racchiudere un fiume in uno stagno, si avrebbe così acqua morta, non viva corrente"³.

Le fonti del diritto appaiono, oggi più che mai, molteplici e non limitabili allo stretto alveo delle norme poste dal Legislatore⁴: fornire un *catalogo* esaustivo di tali fenomeni appare compito assai arduo, ciononostante si tenterà nella presente sede di esaminare alcuni esempi peculiari a sostegno di tale affermazione. A tal fine, si analizzerà anzitutto il fenomeno giurisprudenziale, la cui natura di fonte del diritto si sta sempre più diffusamente affermando; in seconda istanza, ci si soffermerà sulla nuova *lex mercatoria* e sulle c.d. *società intermedie*, per comprendere se, e in che modo, esse possano fornire un esempio di diritto di fonte assolutamente non statale (e nemmeno legata allo Stato)⁵.

unico e universalmente condiviso sistema valoriale, implica il condividere i contenuti economici e sociali delle norme giuridiche, nonché le loro finalità etiche e politiche, e permette il convalidarsi di una teoria e di una prassi formalistica del diritto. Sicché, in un contesto così caratterizzato, è chiaramente possibile teorizzare una interpretazione meccanicistica del diritto ed una non problematica separazione fra diritto e valori (implicante lo studio del *diritto come è*, supponendo, a monte della formale riflessione giuridica ed avuto riguardo alla dinamica sociale, che il diritto sia proprio come *deve essere*, perché l'approdo di un processo di posizione di norme è obbligato in una compagine statale monoclasse). L'affacciarsi di una compagine politico-sociale non più monopolizzata da un unico ed omogeneo gruppo sociale, ma caratterizzata dalla dinamica fra gruppi (ognuno portatore di precipi interessi, nonché di propri sistemi valoriali) determina l'obsolescenza di strumenti concettuali e prassi giurisprudenziali non più idonei a rispondere adeguatamente alle sollecitazioni sociali" (*Ivi*, pp. 121-122).

3 E. Ehrlich, *La sociologia del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 2-3/1922, pp. 99 e ss..

4 "Quel che va superato è il legismo. L'attuale sistema ordinamentale si caratterizza per una pluralità delle fonti, non tutte di natura legislativa, e un pluralismo di giurisdizioni" (P. Perlingieri, *Intervento*, in T. Tasso (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, p. 115).

5 Il *pluralismo giuridico* trova del resto riconoscimento anche nella Carta Costituzionale laddove, all'art. 117, I comma, si impone al Legislatore interno il rispetto non solo della Costituzione ma anche dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dal diritto internazionale. Ciò che ci si prefigge con il presente studio è la dimostrazione di come i centri di produzione normativa siano oggi plurimi e ulteriori anche rispetto agli "esempi" di cui al testo costituzionale.

La riscoperta di una giuridicità per così dire *diffusa* permetterebbe di riconoscere al diritto una *autenticità* che il formalismo finiva col negare, significherebbe riscoprirne una dimensione più prossima all'uomo, negando conseguentemente che diritto significhi necessariamente atto di volizione di un'Autorità sovraordinata, così valendo a ritrovare la *naturalità* del rapporto, appunto, tra uomo e diritto⁶.

Pensando alla giurisprudenza, il riconoscerle natura di *fonte* consentirebbe di riscoprire la natura autenticamente *dialettica* dell'ordinamento, disconoscendone quindi il carattere di *atto di imperio*: “il giudizio pone fine alla pura volizione individuale attraverso l'affermazione del diritto; il passaggio dalla mera pretesa sulla cosa al riconoscimento del diritto sulla stessa, ovvero l'affermarsi dell'ordinamento giuridico, non può avvenire sotto l'egida di un'ulteriore e superiore volizione, deve condursi attraverso il convincimento dialettico delle parti coinvolte direttamente nel processo di ordinamento”⁷.

La riscoperta della natura dialettica del diritto è ben espressa dalle parole di Francesco Gentile, allorché questi, nell'affrontare il tema della sussidiarietà (su cui si tornerà nel prosieguo), richiamandosi alla dottrina sociale della Chiesa, utilizza le metafore dell'assorbire e dell'aiutare: “l'una, quella dell'assorbire, significativa dell'idea di dominio, di controllo, al limite di riduzione del personale al tipico. L'altra, quella dell'aiutare, significativa dell'idea di sostegno, di incremento, al limite di integrazione, nel senso della piena realizzazione del personale nel sociale.

Utile ricordare le riflessioni sul punto di Perlingieri, il quale, accanto ad una pluralità dei centri di produzione normativa individua un pluralismo delle giurisdizioni che “contribuisce al cambiamento della teoria delle fonti e dell'interpretazione che non possono più prescindere dalle decisioni dei giudici transnazionali” (*Ivi*, p. 116).

6 Ciò comporterebbe conseguentemente il venir meno della *virtualità* che altrimenti rischia di caratterizzare l'ordinamento giuridico: “la prospettiva formalistica crea una rappresentazione virtuale (perché convenzionale) della realtà ma che non è la realtà; e i risultati sono quelli prospettati. Il fatto rimane (o sembra rimanere) qualcosa di completamente avulso dalla quotidianità giuridica, fatto «virtuale» frutto della convenzionale rappresentazione che il diritto ne dà. Fatto e diritto sono definitivamente separati e inevitabilmente contrapposti. Se si parte da queste premesse, fatto e diritto non potranno mai dialogare” (T. Tasso, *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, cit., p. 33).

7 M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, in P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012, p. 93.

La metafora dell'assorbire, [...], rappresenta efficacemente la concezione geometrica dell'ordinamento giuridico come sovrapposizione della volontà sovrana della collettività sulla volontà anarchica degli individui, come assorbimento, e quindi annullamento, della persona reale dei singoli nella persona virtuale dello stato. La metafora dell'aiutare, [...], rappresenta invece efficacemente la concezione dialettica dell'ordinamento giuridico per la quale le radici dell'ordinamento giuridico delle relazioni interpersonali, anche quando ad attuarlo è lo stato, affondano e devono essere ricercate, nella natura dell'uomo, nella sua naturale autonomia”⁸. Riscoperta di una dimensione dialettica che, in ultima istanza, può condurre ad un reciproco arricchimento: “ora, dal confronto, come avviene concretamente nel processo, tra le ragioni di chi vuole una certa applicazione di una legge e quelle di chi ne vuole un'altra, magari richiamandosi ad una norma di altro genere, la legge positiva [...] non è destinata a scomparire ma ad accrescersi, arricchendosi di nuove determinazioni attendibili, che possono magari venir prese in considerazione in nuovi e diversi casi rispetto a quello in discussione”⁹.

⁸ F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 63.

Ciò potrebbe contribuire alla concreta realizzazione di “un diritto inteso non come puro rispetto di una legalità formale ma come giustizia” (P. Perlingieri, *Dittatura del relativismo e tirannia dei valori*, in T. Tasso (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, cit., p. 162).

⁹ F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli, 2011, p. 148. Cavalla osserva del resto come, in tale ottica, “la legge positiva non basta a giustificare da se stessa la propria validità; quando lo pretenda evita di prevedere un autentico processo ammettendo, tutt'al più, un rito che ne rappresenta una squallida contraffazione; e senza processo la funzione pacificatrice della legge fallisce subito provocandosi anzi, per opera della stessa legge, conflitti insanabili” (*Ivi*, p. 147).

CAPITOLO I

SUL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO

1. Su alcune peculiari pronunce giurisprudenziali; 2. A proposito delle implicazioni di un ruolo creativo della giurisprudenza; 3. Norma e giurisprudenza: su un possibile rapporto *invertito*; Concludendo

Una delle questioni maggiormente dibattute negli ultimi anni concerne il ruolo della giurisprudenza: ciò su cui i giuristi si interrogano è – essenzialmente – se questa possa assurgere a fonte del diritto e possa conseguentemente parlarsi di *diritto giurisprudenziale* pur restando nell’ambito di un sistema – quale quello italiano – di *civil law*.

Come si vedrà nel prosieguo, la sensazione di chi scrive è che nel sistema globale in cui oggi ci si trova le differenze tra *civil law* e *common law* stiano sempre più venendo meno¹, verificandosi – viceversa – un continuo *scambio dialettico* tra essi, scambio che, si ritiene, possa presentare grandi potenzialità² pur potendo celare nella sua fase iniziale

1 Nel ricordare il pensiero di Martin Kriele, Giuseppe Zaccaria evidenzia come “[...] ormai, anche nei sistemi di *civil law*, è tale l’influenza di fatto dei precedenti nell’orientare l’interpretazione e la decisione giudiziale, che si può tranquillamente parlare di una loro «vincolatività presuntiva»” (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 7-8).

2 Potenzialità che, come si dirà, possono condurre ad un arricchimento dello stesso diritto positivo.

Ciò non significa, comunque, disconoscere l’importanza della legge, il cui ruolo fondamentale non viene posto in discussione: “il diritto ha una natura complessa: è

insidie e difficoltà applicative. L'*impasse* che può venire a crearsi dipende, essenzialmente, dalla diversa *mentalità* giuridica e soprattutto dalla diversa *tradizione* giuridica, cosicché l'opposizione al riconoscimento, nei Paesi di *civil law*, del ruolo di fonte del diritto alla giurisprudenza si rivela spesso il risultato di rigide prese di posizione piuttosto che di una effettiva analisi del quadro che si è sostanzialmente venuto a delineare³.

1. SU ALCUNE PECULIARI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

Con riferimento al ruolo sempre più rilevante della giurisprudenza⁴, risulta senza dubbio utile ricordare alcune fondamentali statuizioni

infatti composta da tre elementi, la legge, il processo e la dialettica, nessuno dei quali può esistere e giustificarsi senza gli altri. Una legge senza processo è comando arbitrario: un processo senza legge e senza dialettica si risolverebbe in uno scomposto proliferare di voci diverse dagli esiti incontrollabili. Vero è invece che i discorsi dialettici possono svilupparsi anche fuori del rito processuale [...] ma, se non si svolge nei limiti imposti dalle regole processuali, la dialettica non può produrre quei risultati particolari che costituiscono il fine proprio del diritto" (F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, cit., p. 149). Zaccaria puntualizza poi come il riconoscimento di un ruolo *attivo* dell'interprete non conduca a un suo stravolgimento, dal momento che "la creatività del giudice non [può] essere considerata come assimilabile o alternativa rispetto a quella del legislatore" (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 157).

3 La centralità del processo nel nostro ordinamento non può del resto essere revocata in dubbio: "allora, quantunque occorra una legge perché un processo si formi nell'esperienza, il processo precede logicamente la legge in quanto rappresenta la condizione della sua possibilità, della possibilità che una legge sia tale e non una realtà affatto opposta come lo è un comando dispotico" (F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, cit., p. 116). Con riguardo alla centralità del processo e alla precedenza di questo rispetto alla legge si rinvia all'interessante analisi proposta da Cavalla nel citato testo con riferimento alle *Eumenidi* di Eschilo, all'*Antigone* di Sofocle e all'*Apologia di Socrate* di Platone.

4 La rilevanza della giurisprudenza emerge chiaramente riflettendo sulle implicazioni pratiche che le pronunce hanno nella quotidiana attività dei *tecnici* del diritto: "[...] il giurista che non rispetti tale regola, sia pure non scritta, della prassi giuridica, rischierà, come tale, d'esser messo fuori gioco: se un avvocato non tiene conto dell'orientamento precedente della giurisprudenza, ben difficilmente potrà avere successo e comunque ne risponderà ai propri clienti; le decisioni di un giudice o di un tribunale che trascurino precedenti essenziali di Corti superiori potranno essere oggetto d'impugnazione e di revisione, mentre un funzionario pubblico che non consideri importanti precedenti può essere responsabile per violazione di doveri d'ufficio". Ciò comporta che "anche là dove non sia attribuita una rilevanza formale ai precedenti, agli indirizzi giurisprudenziali consolidati, questi ultimi esercitano di

intervenute negli ultimi anni: tra i molteplici esempi reperibili in giurisprudenza si considereranno nel prosieguo la sentenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo del 17.09.2009 (caso Scoppola vs Italia), la sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione n. 18288 del 21.01.2010 e la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 15144 del 11.07.2011⁵.

Ciò che emerge chiaramente dalle pronunce di tali Corti è il rilievo fondamentale che la giurisprudenza ha, oggi, nella determinazione del diritto vivente: per quanto non si arrivi ad ammettere espressamente che essa sia oramai assunta al ruolo di fonte del diritto, risulta nondimeno evidente come il confine tra attività accertatrice e attività creativa di nuovo diritto appaia sempre più indefinito.

Per quanto concerne il caso Scoppola vs Italia (deciso con pronuncia n. 10249 del 17.09.2009)⁶, la questione può essere così riassunta: un cittadino italiano aveva fatto ricorso al giudizio abbreviato con l'intento di ottenere, in luogo dell'ergastolo, una condanna massima a trent'anni. Lo stesso giorno in cui tale condanna era stata pronunciata, era stato emanato il Decreto Legge 24 novembre 2000, n. 341, poi convertito nella Legge n. 4 del 2001, che, all'art. 7, conteneva una norma di interpretazione autentica che stabiliva, in caso di scelta del rito abbreviato in un procedimento relativo ad un reato continuato per il quale fosse

fatto una considerevole influenza sulle decisioni giudiziali, sull'attività legislativa, sulla stessa attività dei consociati nel loro insieme" (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 8).

5 In materia civilistica, si rinvia altresì alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19246 del 09.09.2010 in materia di decreto ingiuntivo (e, in particolare, dei termini di costituzione e comparizione nel giudizio di opposizione). Per un approfondimento, si vedano, tra gli altri, P. Pirruccio, *Overruling: dalle Sezioni Unite n. 19246 del 2010 alla L. n. 218 del 2011, quale lezione per il futuro?*, in *Giur. merito*, 02/2012, 304; E. Salemi, *L'irragionevole autorevolezza delle SS.UU. nella sentenza n. 19246/2010*, in *Il Merito*, aprile 2011.

6 Per un approfondimento si veda G. Ichino, *Nota a: Corte europea diritti uomo, 17/09/2009, n. 10249, L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2010, 841; M. Gambardella, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito di casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 12/2012, 3981.

prevista la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, la condanna all'ergastolo senza isolamento diurno⁷. In seguito alla menzionata pronuncia del giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Roma, sia l'imputato che il Pubblico Ministero avevano proposto appello: la Corte d'Assise d'Appello di Roma in riforma della sentenza di primo grado condannò lo Scoppola alla pena dell'ergastolo (condanna confermata anche dalla Suprema Corte che aveva rigettato due ricorsi – ordinario⁸ e straordinario⁹ – dello Scoppola). Tale decisione trovava fondamento nella circostanza per cui si ritenne il D.L. n. 341 norma processuale, con conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum*, nonché in considerazione del fatto che le sanzioni previste per i reati satelliti imputati allo Scoppola avrebbero comportato complessivamente una pena temporanea superiore ai cinque anni, sicché la pena perpetua da infliggere sarebbe stata congiunta all'isolamento diurno, non applicabile in virtù del rito abbreviato.

Con la succitata pronuncia la Corte di Strasburgo¹⁰ stravolse le pronunce delle Corti nazionali, contraddicendone peraltro i presupposti¹¹, e ciò in

7 Tale norma, più specificamente, prevedeva che “nell’art. 442, comma 2, ultimo periodo, c.p.p. l’espressione “pena dell’ergastolo” deve intendersi riferita all’ergastolo senza isolamento diurno”, aggiungendo che “alla pena dell’ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato è sostituita quella dell’ergastolo”.

Nel Decreto Legge era inoltre prevista la possibilità di revocare la richiesta di abbreviato nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione: Scoppola non si avvale di tale facoltà.

8 Ricorso proposto sotto profili diversi da quello della successione di leggi penali nel tempo.

9 Con tale ricorso, proposto ex art. 625bis c.p.p., veniva denunciata la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, con riferimento all’applicazione dell’ergastolo, e dell’art. 3 della Convenzione, in relazione all’applicazione di regime sanzionatorio disumano.

10 Per completezza, si precisa che la pronuncia della Grande Chambre intervenne dopo che la seconda sezione della Corte si era spogliata della propria competenza rinviando ad essa la questione.

Va altresì ricordato che la Corte di avvale ampiamente del metodo comparativo, facendo riferimento alla Convenzione americana per i diritti dell’uomo, alla Carta europea dei Diritti Fondamentali, allo Statuto della Corte Penale Internazionale e alla sua stessa giurisprudenza.

11 La Corte Europea puntualizzò infatti come, essendo il capoverso dell’art. 442 interamente dedicato alla severità della pena da infliggere quando il processo si è svolto con la procedura semplificata, tale norma debba essere intesa come una “disposizione

virtù delle disposizioni di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali¹². Con riferimento alla previsione di cui all’art. 7 della CEDU, la Corte rilevò come “l’art. 7, § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche e implicitamente il principio della retroattività della legge penale meno severa”: il divieto di applicazione retroattiva della legge penale presenta dunque, quale corollario, analogo divieto applicabile al caso di trattamento penale meno lieve, con la conseguenza che il giudice, qualora la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva siano diverse sarà tenuto ad applicare la norma più favorevole all’imputato. Con riguardo più specificamente all’art. 6 della Convenzione, invece, la Corte pose l’accento sul principio dell’affidamento in relazione al testo in vigore al momento della richiesta di applicazione del giudizio abbreviato. In particolare, posto che la ragione per cui Scoppola aveva rinunciato alle garanzie del rito ordinario risiedeva nella volontà di ottenere uno sconto di pena, non venne ritenuto equo che “un elemento fondamentale dell’accordo tra lo Stato e l’imputato [fosse stato] modificato a svantaggio di quest’ultimo, senza il suo consenso”.

Quanto all’art. 7, quindi, la pronuncia in esame ha profondamente innovato l’orientamento della Corte di Strasburgo, sino a quel momento fondato su un’interpretazione letterale della disposizione, affermando che questa “implicitamente” sancisce anche il principio della retroattività della legge penale meno severa: ciò provocò diverse critiche, es-

di diritto penale materiale e non processuale”, con la conseguenza che essa ricade nel campo di applicazione dell’ultimo capoverso dell’art. 7, paragrafo 1 della Convenzione e, soprattutto, che all’art. 442 c.p.p. non può applicarsi il principio *tempus regit actum*. Oltre a ciò, la Grande Chambre rilevò come il Decreto Legge n. 341/2000 non potesse essere qualificato come una legge di interpretazione autentica, dal momento che alcuna ambiguità veniva riscontrata nella disposizione dell’art. 442 c.p.p., così come modificato dalla Legge n. 479/1999. Tale norma consisteva dunque, *sic et simpliciter*, in una legge comportante l’introduzione di una pena più severa rispetto a quella prevista dalla legge precedente.

12 Lo Scoppola, in particolare, rilevò come gli fosse stato applicato retroattivamente il disposto del D.L. n. 341/2000, pur prevedendo lo stesso un trattamento sanzionatorio deteriore (art. 7 CEDU) e come fossero state cambiate le “regole del gioco”, con conseguente violazione del diritto a un processo equo (art. 6 CEDU).

senzialmente fondate sulla circostanza per cui alcuni¹³ ritennero che tale interpretazione fosse tesa a “rendere la norma conforme a ciò che la Corte ritiene avrebbe dovuto dire”. Ciononostante, non si possono sottacere le ragioni che hanno condotto la Corte a tale risultato, vale a dire, essenzialmente, la volontà di tutelare principi fondamentali del sistema CEDU quali la certezza giuridica, la preminenza del diritto e la non retroattività della legge penale più severa, principi che necessariamente impongono alle autorità di non applicare a danno di un imputato una legge che non poteva essere nota al momento della pronuncia della sentenza.

In seguito a ciò¹⁴, in data 11.02.2010, la pena comminata allo Scoppola venne rideterminata dalla Cassazione, con sentenza n. 16507, in trent’anni¹⁵.

13 Si ricorda a tal proposito l’opinione in parte divergente dei giudici Nicolaou, Bratza, Lorenzen, Jociene, Villiger, Sajo.

14 Va ricordato che la Corte, dopo aver richiamato l’art. 46 della Convenzione (in virtù del quale gli Stati contraenti devono conformarsi alle sentenze definitive pronunciate nelle controversie nelle quali sono parti) aveva invitato l’Italia non solo a versare al ricorrente le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione (diecimila euro) e le spese processuali, ma, in particolare, ad adottare misure individuali tese a porre il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata una violazione della Convenzione. A tale risultato la Corte di Cassazione giunse con la revoca della propria precedente sentenza n. 2593/03 e della sentenza della Corte di Assise d’Appello di Roma del gennaio 2002 limitatamente al trattamento sanzionatorio ivi determinato. In proposito va precisato che vi fu un dibattito dottrinale circa i mezzi che avrebbero potuto essere impiegati per giungere a tale risultato (si pose l’attenzione, tra l’altro, sul precedente del caso Dorigo, laddove la Corte di Cassazione – con sentenza n. 2800 del 1.12.2006 – aveva statuito che “il giudice dell’esecuzione deve dichiarare, a norma dell’art. 670 c.p.p., l’ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall’art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell’ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo”).

Va infine rammentato come quello per cui “quando la Corte [Europea dei Diritti dell’Uomo] constata una violazione, lo Stato convenuto ha l’obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell’equa soddisfazione previste dall’articolo 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie” sia oramai un principio consolidato della giurisprudenza di Strasburgo (cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17.09.2009, Scoppola contro Italia; Corte EDU, Grande Camera, 1.03.2006, Sejdovic contro Italia; Corte EDU, Grande Camera, 8.04.2004, Assanidze contro Georgia).

15 Risulta interessante ricordare anche la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo relativa al caso Previti contro Italia (si fa riferimento in particolare alla

Ciò che rileva particolarmente della ricordata pronuncia della Corte di Strasburgo è l'accento che essa ha posto sull'importanza della giurisprudenza nell'evoluzione del diritto penale: atteso che il testo di legge non può presentare una precisione assoluta, risulta infatti determinante un elemento di interpretazione giudiziaria che, quindi, acquisisce un ruolo via via più incisivo nella prassi giuridica¹⁶.

La sentenza n. 18288 del 21.01.2010 delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione affronta il problema del rapporto tra legge e giurisprudenza e tra norma e interpretazione¹⁷.

decisione depositata il 12 febbraio 2013 relativa al ricorso n. 1845/08): in questo caso, contrariamente a quanto avvenuto per Scoppola, il ricorso è stato ritenuto irricevibile sotto il profilo della violazione tanto dell'art. 6 quanto dell'art. 7 CEDU. Con riferimento all'art. 7, nello specifico, la Corte ritenne che quelle sulla prescrizione fossero norme senza dubbio procedurali e non sostanziali, e che quindi, trovando solo per queste ultime applicazione il principio della retroattività della legge penale meno severa, non vi sarebbe stata alcuna violazione.

¹⁶ È necessario ricordare la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 210 del 18.07.2013 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 7, comma 1, del Decreto Legge 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla Legge 19 gennaio 2001, n. 4 e ciò in riferimento all'art. 117 Cost..

La Consulta era stata chiamata a pronunciarsi in seguito all'ordinanza depositata il 10 settembre 2012 dalle Sezioni Unite Penali della Corte di cassazione con cui queste avevano sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del succitato Decreto Legge in riferimento agli articoli 3 e 117 comma I della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) nella parte in cui tali disposizioni operano retroattivamente e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola Legge 16 dicembre 1999, n. 479, erano stati giudicati successivamente all'entrata in vigore del detto Decreto Legge.

Il problema che si poneva era, pertanto, quello di conformare la normativa interna a quella Europea, e ciò alla luce proprio della sentenza Scoppola contro Italia (si può quindi sostenere che il riferimento utilizzato dalla Consulta non è stato ad una norma ma a tale pronuncia).

¹⁷ Si vedano, per un approfondimento, A. Macchia, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente" e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, n. 27/2010, pp. 78 ss.; F. Biondi, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2010.

Il caso posto all'attenzione della Corte concerneva un soggetto condannato in Austria (con sentenza poi riconosciuta in Italia) che aveva chiesto l'applicazione dell'indulto ai sensi della Legge 241/2006: tale richiesta era stata rigettata dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza del maggio 2008¹⁸. Successivamente, con sentenza n. 36257 del luglio del medesimo anno, le Sezioni Unite della Cassazione avevano statuito che l'indulto potesse applicarsi ad un soggetto condannato all'estero e trasferito in Italia secondo la procedura della Convenzione di Strasburgo del 1983¹⁹. Sulla scorta di tale precedente veniva quindi proposto un secondo ricorso che veniva accolto dalla Corte d'Appello di Milano sul presupposto che tale pronuncia costituisse un nuovo elemento *ex art. 666 c.p.p.*

18 La giurisprudenza di legittimità sino a quel momento si era infatti costantemente espressa nel senso che la pena detentiva inflitta con la sentenza straniera di condanna e posta in esecuzione in Italia non avrebbe potuto essere condonata dal momento che l'art. 10 della Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate stabilisce che lo Stato di esecuzione deve, in linea di principio, conformarsi alla natura giuridica e alla durata della sanzione così come stabilite dallo Stato di condanna, e l'art. 12 del medesimo atto, avente natura eccezionale, non contempla espressamente l'indulto tra i benefici che lo Stato di esecuzione può accordare (si vedano, *ex multis*, C. Cass., Sez. I, n. 10266/2008; C. Cass., Sez. I, n. 47005/2007; C. Cass., Sez. I, n. 42420/2007; C. Cass., Sez. I, n. 40804/2007; C. Cass., Sez. I, n. 19444/2007; C. Cass., Sez. I, n. 19076/2007; C. Cass., Sez. VI, n. 17804/2007; C. Cass., Sez. I, n. 17583/2007; C. Cass., Sez. I, n. 2106/2007).

19 La sentenza delle Sezioni Unite n. 36527/2008, aveva così ribaltato l'orientamento – poc'anzi ricordato – fino ad allora prevalente, in tal modo, peraltro, allineandosi a quella che era la posizione dominante sul versante dottrinale (si veda M. Pisani, *Il trasferimento dei detenuti, l'indulto e la Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 474 ss.).

Tale decisione si fondava sulle disposizioni convenzionali disciplinanti i rapporti tra gli Stati in materia di trasferimento dei condannati ed esecuzione delle pene: in particolare, interpretando l'art. 12 della Convenzione di Strasburgo non solo in base ad un criterio letterale ma altresì attraverso criteri logici e sistematici, e conseguentemente concludendo che le previsioni di tale articolo dovessero estendersi a ciascun istituto ascrivibile all'esercizio di un potere di clemenza. A sostegno della propria interpretazione, le Sezioni Unite rilevavano anche come una opposta conclusione avrebbe potuto essere ritenuta incostituzionale atteso che essa avrebbe potuto esporre il cittadino italiano condannato all'estero e trasferito in Italia per l'esecuzione della condanna ad un trattamento irragionevolmente deteriore rispetto agli altri detenuti, italiani e stranieri, cui sarebbe stato applicabile il beneficio, in fase esecutiva, di tutti gli istituti di clemenza e dei benefici previsti dalle rispettive legislazioni. Ciò si sarebbe posto in contrasto con lo scopo per cui è previsto l'istituto del trasferimento del condannato, vale a dire quello di favorirne il reinserimento sociale nello Stato d'origine.

Contro tale pronuncia veniva proposto ricorso dal Pubblico Ministero il quale contestava la qualificabilità del precedente giurisprudenziale come nuovo elemento ai sensi della summenzionata norma.

Nell'ammettere che il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite sia qualificabile come nuovo elemento di diritto²⁰, la Corte fa espresso riferimento al sistema CEDU, evidenziando come tale conclusione risulti “imposta dall’obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo”.

Anzitutto, va ricordato come in tale sistema il mutamento giurisprudenziale non sia un fenomeno irrilevante per il diritto ma come, anzi, per la giurisprudenza europea *novum* non sia solo una nuova legge in senso formale ma anche un nuovo diritto vivente divenuto stabile per l’intervento della giurisprudenza (soprattutto se di legittimità). Conseguentemente, atteso che il giudice nazionale è tenuto a interpretare la normativa interna alla luce delle previsioni della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali²¹, considerato l’art. 7 e l’estensione ivi operata del principio di legalità, il mutamento giurisprudenziale può rappresentare un nuovo elemento di diritto ai sensi e per gli effetti della norma di cui all’art. 666 del codice di procedura penale. L’art. 7 della CEDU, in particolare, fa riferimento a “diritto” e non a “legge”, così facendo rientrare nel concetto di legalità tanto il diritto legislativo quanto quello di derivazione giurisprudenziale

20 “Il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata”.

Tale decisione è conforme ad un precedente orientamento minoritario: si veda la sentenza della Cassazione n. 15099/2004, ove veniva statuito che la mutata interpretazione di una norma, specie se cristallizzata in una pronuncia delle Sezioni Unite può integrare una nuova motivazione giuridica che legittima la riproposizione al giudice dell’esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata (*Contra* C. Cass. n. 1876/995; C. Cass. n. 25079/2004).

21 Le Sezioni Unite menzionano in proposito le conclusioni della Corte Costituzionale: le sentenze n. 348 e 349 del 2007 di quest’ultima (le c.d. *sentenze gemelle*), come noto, affermano infatti espressamente come le norme della Convenzione Europea integrino, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale di cui all’art. 117, comma I Cost. nella parte in cui questo impone alla legislazione interna di conformarsi ai “vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali”. Conseguentemente è necessario, ove possibile, procedere ad una interpretazione conforme alla norma convenzionale.

(il riferimento è quindi ad un concetto di legalità “materiale”). Ne risulta quindi un ruolo fondamentale del giudice nella precisazione della portata di una disposizione legislativa, da cui deriva una complementarietà del dato formale e di quello giurisprudenziale.

Nella sua decisione, poi, la Suprema Corte fa espresso riferimento al concetto di *diritto vivente* (ricordando, tra l’altro, la sentenza della Corte Costituzionale n. 276/74) per cui la norma va intesa così come operante nella quotidiana applicazione dei giudici²²: tale diritto vivente, in particolare, risulta correlato alla giurisprudenza consolidata e costante (soprattutto quella, quindi, della Corte di Cassazione).

La pronuncia in esame giunge quindi a riconoscere una componente limitatamente creativa all’interpretazione giudiziaria che, pur non potendo evadere il dato positivo, ne precisa il contenuto e la latitudine, così integrando la disposizione normativa. In tal senso, non si può non ricordare il richiamo alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti superiori operato dalla Legge 69/2009²³.

In conclusione, quindi, con la sentenza n. 18288/2010 le Sezioni Unite penali riconoscono il valore di elemento di diritto al precedente giurisprudenziale (soprattutto se proveniente dalle Sezioni Unite) che abbia connotati di stabilità e che integri il diritto vivente, diritto vivente che, lo si ribadisce, viene ricondotto alla “giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall’ordinamento giudiziario”. Come si vedrà meglio oltre, ai fini della comprensione della presente pronuncia è necessario evidenziare come la stessa avesse come scopo anche – se non soprattutto – quello di tutelare i diritti fondamentali della persona.

Pur con tutte le precisazioni e delimitazioni indicate dalla Corte, risulta evidente come questa sia giunta in sostanza a qualificare il proprio precedente come una fonte del diritto, equiparando gli effetti del proprio mutamento giurisprudenziale a quelli del diritto di origine legislativa,

22 Si ricordi come la Corte Costituzionale ponga grande attenzione a tale concetto: esso, infatti, viene posto come termine di riferimento per la disanima dei valori coinvolti nei casi da essa esaminati, così valorizzando la concretezza applicativa del diritto, piuttosto che un’astratta esegesi formale.

23 Si ricordi l’art. 44 di tale Legge: “il Governo è delegato ad adottare [...] uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori”.

con ciò innovando profondamente l'assetto delle fonti di produzione. Il concetto di diritto vivente, che così grande importanza assume nella decisione in esame, pur risultando esistente *di per sé*, trova riconoscimento, e, conseguentemente, *legittimazione* grazie all'intervento del giudice, intervento che, quindi, concorre all'evoluzione del diritto²⁴.

Venendo poi alla sentenza n. 15144 del 11.07.2011 delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione²⁵, va anzitutto premesso come essa riguardi il problema, sempre più rilevante per gli operatori giuridici, dell'*overruling*: con questa espressione si fa riferimento al mutamento del proprio precedente orientamento da parte del giudice della nomofilachia. Tale abrogazione del precedente determina quindi l'espulsione retroattiva dello stesso dalle fonti introducendo una nuova *regula iuris*. Risulta anzitutto utile ricordare la massima della succitata pronuncia: "il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia (cd. *overruling*), il quale porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, opera – laddove il significato che essa esibisce non trovi origine nelle dinamiche evolutive

24 Nella pronuncia che si sta analizzando, le Sezioni Unite richiamano espressamente le ricordate sentenze della Corte di Strasburgo Scoppola contro Italia e Previti contro Italia: "con le recenti sentenze 17/9/2009 (caso Scoppola c/ Italia) e 8/12/2009 (caso Previti c/ Italia), la Corte europea, dopo avere ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che "a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste [...] non può presentare una precisione assoluta", posto che si serve di "formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria [...]; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza [...] contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale".".

25 Per un approfondimento si rimanda, *ex multis*, a F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 10/2011, pp. 1397 ss.; F. Valerini, *Overruling di norma processuale: tsunami interpretativo o cambiamento annunciato?*, in *Diritto e Giustizia*, 2011, pp. 320 ss.; C. Consolo, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. Cost.*, 4/2012, 3166.

interne al sistema ordinamentale – come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale ora per allora, nel senso di rendere irrituale l’atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all’orientamento precedente. Infatti, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la “lex temporis acti”, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con l’affermarsi dell’esegesi del giudice”.

Il caso all’esame della Suprema Corte concerneva la questione della tempestività del ricorso per Cassazione in relazione a quella del *dies a quo* da considerare ai fini del calcolo del decorso dei termini per l’impugnazione: in particolare, si poneva in discussione se la notifica dell’avviso di trasmissione della sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche all’ufficio del registro fatta alle parti dal cancelliere ex art. 183 comma III R.D. 1775/1933 fosse o meno sufficiente a far decorrere il suddetto termine impugnatorio o se fosse necessario che tale notifica fosse stata effettuata con le modalità di cui al successivo comma IV²⁶. Secondo una giurisprudenza risalente e consolidata (sulla quale il ricorrente aveva fatto affidamento) tale notifica sarebbe stata idonea ai fini del decorso del termine: tale orientamento era però stato completamente mutato da una pronuncia delle Sezioni Unite (cui si riferiva invece il convenuto e che si fondava sul mutato quadro normativo di riferimento con riguardo alla disciplina della registrazione delle sentenze), pronuncia successiva alla proposizione del ricorso della cui tempestività si discuteva, con cui si era affermato che la notificazione integrale della sentenza è idonea a far decorrere il termine breve a prescindere dalla registrazione della sentenza.

Orbene, a prescindere dal problema specificamente affrontato dalla Suprema Corte, la questione fondamentale ai fini della presente analisi concerne la portata del mutamento giurisprudenziale idoneo a creare un effetto preclusivo dei diritti di azione e difesa, vale a dire la questione della dimensione temporale di una decisione innovativa rispetto a una

26 Ai sensi del quale “restituiti la sentenza e gli atti dall’ufficio del registro, il cancelliere entro cinque giorni ne esegue la notificazione alle parti, mediante consegna di copia integrale del dispositivo, nella forma stabilita per la notificazione degli atti di citazione”.

consolidata giurisprudenza²⁷: altrimenti detto, una precedente interpretazione può costituire una sorta di parametro valido immanente o la modifica dell'orientamento rende l'atto invalido ora per allora²⁸?

Nel rispondere a tale quesito, le Sezioni Unite hanno distinto tra mutamento repentino o annunciato soffermandosi poi sulla "natura" della giurisprudenza, interrogandosi se questa sia dichiarativa o creativa e concludendo che, nel caso in cui in mutamento incida sul diritto di azione (nel caso *de quo* avrebbe comportato la chiusura in rito del processo per inammissibilità dell'impugnazione) e sia imprevedibile (a causa del carattere consolidato nel tempo del precedente orientamento), allora lo stesso non andrà considerato, e ciò al fine di tutelare l'affidamento della parte²⁹.

27 Interessante notare come la pronuncia in esame sia di poco successiva alla sentenza n. 10864 del 18.05.2011 delle stesse Sezioni Unite, ove si statuiva che "dinanzi a due possibili interpretazioni alternative della norma processuale, ciascuna compatibile con la lettera della legge, le ragioni di economico funzionamento del sistema giudiziario devono indurre l'interprete a preferire quella consolidatasi nel tempo, a meno che il mutamento dell'ambiente processuale o l'emersione di valori prima trascurati non ne giustifichino l'abbandono e consentano, pertanto, l'adozione dell'esegesi da ultimo formatosi".

A tale sentenza ne sono seguite diverse altre da parte della Suprema Corte, che, tra il 2009 e il 2012 si è più volte soffermata sulla questione dell'*overruling* (si vedano, tra le altre, le sentenze n. 10864 del 18.05.2011, n. 10143 del 20.06.2012, n. 17402 del 12.10.2012).

28 Nell'inquadrare la questione, le Sezioni Unite puntualizzarono che la stessa ruotava attorno alle problematiche "del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. *overruling*: che, a sua volta, incrocia le problematiche, di più ampio respiro, della funzione, meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa, riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico e del discrimine tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa e *novum ius*; per coinvolgere, ancor più a monte, la definizione del ruolo del giudice nel sistema costituzionale di divisione dei poteri".

29 "Affidamento, ovviamente, tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva".

Sul punto si rinvia alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 3030 del 07.02.2011, laddove veniva statuito che "non sussiste affidamento incolpevole in orientamenti giurisprudenziali consolidati, se l'atto colpito da decadenza è stato compiuto dopo la pubblicazione, con adeguato risalto, della decisione delle sezioni unite, che ha mutato orientamento, nel sito web della Corte": peculiare, invero, come venga in luce una sorta di parallelismo tra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale degli atti legislativi e la pubblicazione *on line* di una pronuncia giurisprudenziale (per un approfondimento si veda G. Costantino, "Contrasto", "mutamento" di giurisprudenza e "affidamento incolpevole", in *Foro it.*, 2011, I, pp.1074 ss.).

Come è stato puntualmente osservato in dottrina, però, il parametro della *prevedibilità* risulta alquanto ambiguo, con la conseguenza che tutelare solo chi abbia seguito un orientamento poi inopinatamente e imprevedibilmente (secondo un giudizio *ex post*) mutato rischia di essere profondamente iniquo³⁰.

Un passaggio fondamentale della sentenza in esame riguarda la questione del diritto vivente: con riferimento ad essa, la Suprema Corte ha affermato che esso esiste nel momento (ma non solo per effetto) dell'interpretazione giuridica.

In particolare, le Sezioni Unite hanno posto l'accento sulla circostanza per cui la norma non può, per sua stessa natura, restare "cristallizzata in sé stessa", risultando invece "soggetta, ex se, a dinamiche evolutive", e ciò in ragione del profondo collegamento esistente tra norma giuridica e valore (per un approfondimento sulla questione valoriale si rimanda a quanto esposto *Supra, Parte I, Capitolo II*).

In conclusione, per quanto tale pronuncia non giunga al *riconoscimento* di un ruolo *creativo* della giurisprudenza, cionondimeno all'interprete viene riconosciuto un ruolo ben più rilevante di quello consistente nella *meccanica* applicazione della norma: infatti, l'attività del *disvelare* di cui si fa portatore quest'ultimo "non ha ad oggetto esclusivo o principale la disposizione legislativa, ma abbraccia assieme a questa e paritariamente il sistema valoriale vigente, che informa gli interessi della comunità, e l'insieme delle altre norme giuridiche vigenti in quel determinato settore tanto da dar vita ad una forma di interpretazione *intersistemica*, ovvero di un'interpretazione la quale ponga in relazione sistemi norma-

30 Dovrebbe cioè valere "una regola per cui – in casi di incertezza – deve prevalere il principio per cui va premiato solo chi è stato non tanto 'più prudente che no', ma addirittura 'cauto come un pellerossa a caccia di bisonti', così conformandosi all'indirizzo più rigoroso, venato o meno da nervature sistematiche potenti, per l'eventualità che fosse proprio questo a doverosamente infine prevalere. Appare credibile davvero una impostazione tanto intellettualmente pregevole quanto fatalmente elitaria sul piano della buona navigazione nei marosi processuali?" (F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, cit., p. 1404). Richiedere al difensore una valutazione siffatta risulta infatti, con tutta evidenza, eccessivo: "il difensore può anticipare le evoluzioni culturali della società, ma, a meno che non sia un negromante, non è in grado di anticipare i mutamenti indotti dalla sensibilità o dalla cultura di un singolo giudice o di un collegio. Un ordinamento democratico non può neppure pretenderlo" (*Ivi*, p. 1406).

tivi fra loro differenti ma tutti convergenti all'atto della posizione della norma giuridica"³¹.

2. A PROPOSITO DELLE IMPLICAZIONI DI UN RUOLO *CREATIVO* DELLA GIURISPRUDENZA

Alla base dell'ammissibilità dell'*overruling* vi sono i principi della tutela dell'affidamento e del giusto processo (caratterizzato da ragionevole durata, equilibrio ed equo bilanciamento degli interessi delle parti), principi, questi, consacrati nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, basilare documento comune a tutti i Paesi del Consiglio d'Europa (e, a partire dal Trattato di Lisbona, cogente per tutti i Paesi dell'Unione Europea), che, in qualche modo, porta ad una sorta di unificazione delle visioni di *common law* e di *civil law*. In tal senso si evidenzia come tra le maggiori differenze riscontrabili in questi due macrosistemi giuridici, vi sia senz'altro, infatti, il ruolo rivestito dai precedenti giudiziari: le sentenze sopra analizzate dimostrano come questa si stia sempre più affievolendo. In tal senso si può ricordare come parte della dottrina³² ritenga esistente, anche nei sistemi di *civil law*, un dovere giuridico di conformità ai precedenti³³, con lo scopo ultimo di garantire, attraverso l'interpretazione conforme della legge, un'uguaglianza effettiva dei cittadini di fronte alla stessa³⁴.

31 M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, cit., pp. 116-117.

32 Si ricordi G. Gorla, *Introduzione ad una raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1966, pp. 13 ss.; G. Gorla, *Precedente giudiziario*, in *Enc. Giur.*, XXIII, 1990.

33 “[...] il punto a cui riferirsi, anche all'interno dei sistemi *continentali*, appare, perciò, più che la previsione legislativa, a cui faceva riferimento la prassi e la dottrina degli ordinamenti di *civil law*, il precedente giudiziale, tanto da poter supporre che il momento di produzione del diritto (su cui vagliare il principio di legalità e, soprattutto, la certezza dello stesso) venga a spostarsi dal potere legislativo a quello giudiziario” (M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, cit., p. 108).

34 L'uguaglianza di trattamento dei cittadini davanti alla legge impone infatti che questa sia uniformemente interpretata, con ciò garantendo anche il principio della certezza del diritto: si può quindi sostenere che la nomofilachia sia espressione del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione.

Il fatto che tali sentenze della Corte Europea³⁵ (sentenze cui anche le giurisprudenza interna si è poi inevitabilmente richiamata) si fondino su principi basilari quali quelli enunciati agli artt. 6 e 7 della CEDU non può non far riflettere su quanto il sempre più intenso fenomeno di globalizzazione incida anche nell'avvicinamento tra le culture giuridiche, creando influenze un tempo inimmaginabili.

Tale evoluzione necessita però di una costante attenzione affinché quelli che potremmo definire come stravolgimenti *fisiologici* non divengano *patologici*. Un problema che non può essere sottovalutato e che risulta evidente è quello della compatibilità tra il riconoscimento del valore di fonte del diritto ad un precedente giurisprudenziale e il fondamentale³⁶ valore della certezza del diritto³⁷: quanto detto circa l'avvicinamento tra

35 Si richiama l'attenzione, peraltro, sulla centralità dell'interpretazione giudiziaria in ambito internazionale: "il ruolo centrale giocato dalla giurisprudenza nel diritto internazionale coinvolge in modo sempre più evidente l'evoluzione stessa dell'ordinamento internazionale, per lo più anticipando l'affermazione di principi successivamente oggetto di codificazione" (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 17). Zaccaria rileva peraltro come in tale ambito il ruolo giocato dall'interpretazione valga anche quale correttivo di possibili arbitrii: "l'interpretazione si fa allora espressione emblematica dell'attitudine ordinante del diritto, del suo strutturale tentativo di sottrarre le vicende umane all'instabilità e all'insicurezza" (*Ivi*, p. 19). In tal senso, con tutta evidenza, l'interprete risulta fortemente responsabilizzato.

36 Ciò non deve però condurre a opposti estremismi: come acutamente osservato da Massimo Bianca, "deve riconoscersi che il giurista non può essere moralmente impegnato ad un'incondizionata obbedienza alla legge né ad assumere la certezza della legalità come il supremo bene sociale [...]. I vantaggi della certezza incontrano tuttavia già un ineliminabile limite strutturale nella inidoneità della rigida regola generale a soddisfare la giustizia dei casi concreti: e comunque si tratta di vantaggi che sono fondamentalmente subordinati al fatto che la norma abbia un contenuto appropriato al rapporto umano che ne è oggetto. All'ordinamento prima che leggi certe occorrono invero leggi moralmente e socialmente adeguate" (C. M. Bianca, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, X (1964), n. 3.).

37 Con riferimento alla *certezza del diritto*, la Corte di Strasburgo (nella menzionata sentenza Scoppola contro Italia) ha evidenziato come "la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione".

In proposito si ricordi anche quanto sostenuto da Cavalla: "le 'norme' ricavabili dai precedenti giudiziari, intese come canoni pratici di condotta, sono per definizione potenzialmente "instabili" poiché rivedibili in base a nuove giustificazioni ermeneutiche, e così vivono in una realtà "mutevole" sempre esposta al rischio di smentita, da ciò discendendo ineluttabilmente la natura dichiarativa, e perciò

sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* non può infatti far dimenticare come l'impianto strutturale dei due sia intrinsecamente differente³⁸ e come i sistemi di *civil law* necessitino di adattamenti e correttivi affinché il riconoscimento di una funzione *creativa* alla giurisprudenza non leda diritti essenziali dei consociati³⁹.

Tale funzione *creativa*, del resto, non appare, oggi, revocabile in dubbio⁴⁰: per quanto il giudice non possa spingersi *oltre* il dato testuale,

intrinsecamente retroattiva, del precedente, rispetto al quale non vi è spazio per ragionare di supposti equipollenti, più o meno *strictu sensu*, allo *ius superveniens*" (F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, cit., p. 1401).

38 In tal senso possono trovare un'interessante chiave di lettura le conclusioni cui è giunta la Cassazione con la ricordata sentenza 15144 del 2011: "si può ritenere [...] che le Sezioni Unite abbiano voluto, anche in questa occasione, legittimare l'operato di una giurisprudenza *attivista* nell'ambito del nostro ordinamento, ma indicare che tale attivismo, da cui il forte richiamo alla distinzione fra il sistema interno e quelli di *common law*, debba incanalarsi lungo gli assi portanti del nostro ordinamento, i quali convergono verso una prospettiva che vede il compenetrarsi dell'operato della giurisprudenza con quello, a questo antecedente non solo da un punto di vista cronologico, del potere legislativo, in modo da dar vita ad una norma giuridica che ritrovi nella disposizione legislativa (e contemporaneamente nelle istanze della comunità) la propria fonte. Ribadendo perciò, sia pure in modo implicito, che il diritto nella sua effettività non è la disposizione legislativa, ma la norma giuridica, che vede in questa solo una delle proprie fonti, che non può venire elusa dall'attività giurisprudenziale" (M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, cit., p. 117).

39 Ciò pur tenendo presente che anche l'importanza al valore della *certezza* del diritto dovrebbe, probabilmente, essere ripensata: "l'instabilità e la crisi costante che, come abbiamo or ora visto, caratterizza il rapporto tra la certezza del diritto e i contenuti (fini, istanze, esigenze, bisogni ecc.) delle esperienze nei cui confronti si pone, appunto, come certezza; la crisi [...] che intercorre tra la staticità del diritto e il dinamismo della storia, mette a nudo e, in maniera, vorrei dire, quasi spietata, una verità elementare [...] sulla quale è bene fissare un po' l'attenzione. La verità è questa: che nella vita sociale organizzata non ci può essere pace". La crisi, l'instabilità, derivano dallo scontro tra "la certezza statica del diritto [...] con i mobili contenuti delle altre esperienze", contrasto che "è nella realtà stessa delle cose, nel carattere statico della certezza e in quello dinamico della storia" (R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 153-154).

40 È necessario, pertanto, che venga meno la "connotazione dispregiativa" con cui spesso è utilizzata la locuzione *interpretazione creativa*, connotazione dovuta, secondo la ricostruzione di Tarello, "alla diffusione, nel ceto giuridico, di ideologie secondo

cionondimeno lo stesso contribuisce a creare il diritto, ridefinendo la portata delle disposizioni o colmando vuoti del Legislatore⁴¹, in un rapporto di, per così dire, *reciproco scambio*⁴². Sostenere che la disposizio-

cui (assunta la possibilità di distinguere tra produzione e applicazione del diritto) agli organi diversi da quelli formalmente legislativi non spetta né di creare né di abrogare c.d. norme giuridiche, e sono censurabili quelle prassi e quelle tecniche con cui, sotto la veste di interpretare, si «crea» diritto” (G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980, p. 37).

41 Il rapporto tra potere giudiziario e legislativo andrebbe inteso, quindi, come di *complementarietà*: “come ebbe a ricordare Capograssi, il processo è il necessario completamento dell’opera del legislatore. Solo dal processo e solo nel processo emergerà la norma giuridica, su cui fondare il diritto del caso concreto, perché il processo, che sfocia nel giudizio, è la ricerca di verità della cosa concreta, ricerca di verità nei concreti accadimenti e ricerca di verità nella legge da applicare ai concreti avvenimenti. All’interno di questa prospettiva il processo è il luogo da cui scaturisce la *vera legge*, è il processo che rischiarà, rivede, completa e *trasforma* l’opera del legislatore. Al caso concreto deve essere accostata la legge concreta, soltanto per mezzo di questo connubio la controversia si risolve” (M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, cit., pp. 102-103).

Sul punto, si ricordino anche le osservazioni di Cotta: “la legge ha bisogno, per essere efficacemente applicata, di venir intesa nelle sue ragioni, di venir corroborata dalla dimostrazione continua e puntuale, non presunta una volta per tutte, aprioristicamente, della sua rispondenza al sentire comune, o meglio più diffuso, più corroborato dai consensi, della collettività. Deve, in altri termini, venir interpretata non già mediante un’ermeneutica puramente logica o puramente interna al sistema del suo profilo dogmatico. Ma mediante un’ermeneutica aperta a comprendere, di là dal dogma, l’importanza normativa delle idee e dei fatti sociali, il vario indirizzarsi e polarizzarsi dei consensi”, con la conseguenza che, oggi, “il formalismo sembra ormai insufficiente, anche se non innecessario, sia per intendere che cosa sia il diritto sia per applicarlo” (S. Cotta, *Il compito del giurista nell’era presente*, in *Iustitia*, 1966, p. 170). Si richiamano infine le riflessioni di Ascarelli circa la necessità dell’interpretazione: “che il diritto è sempre quale interpretato, che il diritto interpretato è, rispetto al diritto non interpretato, un diritto nuovo, che il confine tra interpretazione e innovazione sfugge a una determinazione assolutamente precisa; ma è anche vero che il diritto positivo non interpretato sta col diritto quale interpretato in una relazione che in qualche modo è di continuità; esso sebbene non esaurisca la realtà del diritto inteso come norma positiva dell’azione, ha pure una sua realtà come punto di partenza dell’interpretazione, come nucleo del diritto quale interpretato, come elemento delimitante, sia pure in modo approssimativo, l’ambito entro il quale la libertà dell’interprete può (deve) esercitarsi” (T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. XLIII).

42 “La «politica del diritto», riservata di solito al legislatore, e la «scienza del diritto», riservata di solito al cosiddetto interprete, formano – insieme – la vera giurisprudenza.

ne normativa possa essere applicata *meccanicamente* risulta oggi non aderente alla realtà giuridica, soprattutto laddove ciò porti a intendere il ruolo dell'interprete come quello di un soggetto che si limita ad applicare, ad attuare⁴³, il testo di legge senza in alcun modo considerare il contesto in cui l'applicazione stessa si rende necessaria. Tale lettura del momento interpretativo è legata, come noto, alla dottrina giuspositivista⁴⁴: anche in questo caso, come per quanto concerne la questione *valoriale*⁴⁵, essa non può che essere contestata.

Ridurre il diritto a un insieme di norme poste da un'Autorità a ciò preposta da applicarsi quasi *a prescindere* dal contesto storico circostante non risulta infatti un'operazione ammissibile o coerente con la *dina-*

La loro consapevole fusione, metodologicamente necessaria, può essere di giovamento tanto al legislatore come al giurista: al legislatore col suggerirgli leggi meno partitiche e demagogiche, meno frettolose e incoordinate, meno pretenziose; al giurista per esempio facendogli superare un secolare, ma non oggettivamente necessario, atteggiamento di timidezza o indifferenza verso i criteri «politici» e «distributivi» (L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967).

43 Si veda S. Satta, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 219.

44 Utile ricordare quanto sostenuto da Mourlon: “per il giureconsulto, per l'avvocato, per il giurista, un solo diritto esiste, il diritto positivo [...]. Lo si definisce: l'insieme delle leggi che il legislatore ha promulgato per regolare i rapporti tra di loro [...]. *Dura lex sed lex*: il buon magistrato umilia la propria ragione davanti a quella della legge: poiché egli è istituito per giudicare secondo essa e non per giudicarla. Nulla è al di sopra della legge. L'eluderne le disposizioni sotto il pretesto che l'equità naturale vi contrasta non è altro che prevaricarle. In giurisprudenza non c'è, non vi può essere ragione più ragionevole, equità più equa della ragione o dell'equità della legge” (citato in N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 97).

45 Utile in proposito ricordare le osservazioni di Marco Cossutta, il quale, nel collegare la crisi del positivismo al superamento dello Stato monoclasse, evidenzia come “[ritenere] che la controversia venga univocamente risolta dall'autorità competente con un atto di imperio [...] è possibile in quanto la risoluzione del caso si colloca in (e promana da) un unico contesto culturale aproblematicamente e (in)consapevolmente assunto. Qui è possibile sostenere, senza remore, una netta (formale) separazione fra diritto e valori; dopo il tramonto dell'egemonia borghese tale finzione non è più possibile. La riflessione sul diritto deve consapevolmente aprirsi ad ambiti prima considerati preclusi, come il mondo dei valori, il quale, lungi dal palesarsi come sfera metagiuridica, acquista valenza giuridica, contribuendo a costituire il diritto oggettivo vigente in un dato contesto sociale” (M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, cit., p. 127).

mica giuridica⁴⁶. In tal senso, è stato puntualmente evidenziato come “l’ordinamento giuridico appare un processo, ossia una attività che si determina di volta in volta; l’ordinamento giuridico non è, quindi, un insieme di regole aprioristicamente date da una autorità competente (e rappresentate come proposizioni che legano un predicato ad un soggetto astratto). L’ordinamento giuridico si costituisce nel concreto, avuto riguardo al caso concreto. [...] il diritto sta nei fatti (postulazione della storicità del diritto), non nella volontà del legislatore, il diritto va esperito nei fatti concreti della vita e in questi riconosciuto”⁴⁷. Le norme, quindi, per così dire, *vivono nell’interpretazione* che delle stesse viene fornita dalle Corti: illuminante, in proposito, la conclusione cui è giunta la Consulta nella già ricordata sentenza n. 348 del 2007 allorché, con riferimento alle norme della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali ha evidenziato come: “le norme della CEDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea”, con la conseguenza che “la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata”⁴⁸.

46 Circa la necessità di stigmatizzare una simile impostazione, si ricordi quanto sostenuto da Grossi: “temiamo l’inquinamento di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell’interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beotamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di strettissima legalità” (P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, p. 163).

47 M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell’attività interpretativa*, cit., pp. 102-103. L’Autore ricorda in proposito quanto affermato da Paolo Grossi: “la legge è e non può non essere insufficiente; di conseguenza, non può essere lasciata sola; certamente, non deve essere cancellata ma più semplicemente affiancata dalla libera interpretazione di scienziati e dalla libera applicazione di giudici. Viene rivalutato, in modo particolare, il giudice, visto come garante della storicità del diritto, cioè della sua adesione alla dinamica della società” (P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 188-189).

48 Da ciò deriva che “tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia”.

L'interpretazione, quindi, consente alle disposizioni legislative di acquisire realmente un *significato*, atteso che essa apporta alla norma un contenuto che una pura interpretazione meccanicistica non potrebbe in alcun modo consegnarle, lasciandola quale “sterile regolamentazione giuridica, [...] mera lettera morta”⁴⁹.

Secondo un immaginario *fil rouge* che colleghi queste osservazioni a quanto rilevato *Supra, Parte I, Capitolo II*, circa la rilevanza dell'aspetto *valoriale* in ambito giuridico, si può porre in luce come l'attività giurisprudenziale possa, in ultima istanza, valere a connettere la norma alle istanze che emergono dalla società⁵⁰: “nel farsi interprete della *legalità sociale* l'autorità giuridica è indotta a mediare fra istanze diverse e, a volte, confliggenti, dando vita ad un diritto, che qui definiamo *sociale*⁵¹, proprio perché derivante dalla società che è chiamato a regolamentare, e che, nel proporsi come adeguato alla stessa, riconosce in questa *adeguatezza* il limite invalicabile dell'attività interpretativa”⁵². L'aderenza dell'interprete alla realtà sociale vale, del resto, anche come *limite* a possibili derive arbitrarie della sua opera: “è il rapporto con la realtà sociale ad offrire una certezza sostanziale al diritto”⁵³. Ciò, inoltre, può valere a colmare le possibili lacune che inevitabilmente l'ordinamento presenta: il continuo emergere di fattispecie non rego-

49 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 155.

50 “[...] per conoscere il diritto non basta apprendere le leggi, ma occorre comprendere la struttura della società, l'economia, l'etica, i sentimenti che l'animano, la sua cultura. In definitiva, il diritto è fenomeno culturale, perenne confronto del sistema con la realtà fattuale, insieme di questioni e possibili soluzioni, in una prospettiva storica” (P. Perlingieri, *Dittatura del relativismo' e 'tirannia dei valori'*, in T. Tasso (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, cit., p. 136).

51 Illuminanti, in tal senso, le parole di Zaccaria: “nel linguaggio giuridico interpretare la legge significa reintrodurre le espressioni di quest'ultima nel sistema giuridico complessivo e nell'ambito storico-culturale in cui esso si inserisce, vale a dire nella rete di nessi semantici in cui si articolano gli usi linguistici di una comunità.” (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 161).

52 M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, cit., p. 123.

53 M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, cit., p. 128. L'Autore osserva del resto anche come “l'attività interpretativa, lungi dal presentarsi quale meccanica applicazione della disposizione, appare fortemente ipotecnata da scelte valoriali” (*Ivi*, p. 18).

lamentate - seppur giuridicamente rilevanti – è infatti un'evidenza che non può essere negata⁵⁴.

Un esempio utile ai fini della presente analisi può essere ritrovato, infine, nelle sentenze della Corte Costituzionale, con riferimento alle quali può osservarsi, preliminarmente, come il ruolo del giudice venga in qualche modo a coincidere con quello del Legislatore posto che la Consulta, nel momento in cui dirime contrasti sui contenuti delle norme costituzionali, assume, dal punto di vista degli effetti, le caratteristiche di una legislazione costituzionale⁵⁵. Pur non detenendo una “potestà propositiva nel processo di formazione del diritto oggettivo”⁵⁶, nondimeno il potere abrogante che la Corte esercita nei confronti del diritto vigente ritenuto contrastante coi principi fondamentali quanto agli effetti⁵⁷ risulta assolutamente assimilabile a quello del Legislatore⁵⁸.

54 “Non soltanto assistiamo all’ininterrotto emergere di sempre nuove situazioni particolari, ma anche situazioni apparentemente simili non sono mai tali fino in fondo. L’esperienza, dunque anche l’esperienza giuridica, è un pullulare di analogie e di differenze: l’unità dell’ordinamento non va realizzata sacrificando le differenze, ma riportandole all’unità normativa” (G. Zaccaria, *L’analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, 4, p. 1538).

55 Si vedano in proposito, G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 29, 1998.

56 M. Cossutta, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 47.

57 Già Kelsen, ne *La giustizia costituzionale*, evidenziava come “annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge”, pur “essendo per così dire una formazione di segno negativo”.

58 A tal proposito Guastini ha osservato come “l’efficacia delle sentenze costituzionali di accoglimento è analoga a quella della legge e degli atti normativi in genere. Vi è simmetria perfetta tra creazione e annullamento di una legge. Da questo punto di vista, la corte costituzionale dispone di una sorta di potere legislativo negativo” (R. Guastini, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, 1993, p. 318).

Non va taciuto come diversi Autori⁵⁹ contestino tale ricostruzione, sostenendo che alcun ruolo *creativo* può essere riconosciuto alle decisioni della Consulta: ciò appare però, francamente, il risultato di una visione *miope* e arroccata su posizioni oramai superate, figlie, probabilmente, di una impostazione che nega il valore profondo insito nel momento interpretativo, su cui del resto si è già avuto modo di soffermarsi precedentemente.

La portata innovativa delle pronunce della Corte Costituzionale risulta invero difficilmente negabile laddove ci si soffermi sulle sentenze additive e sostitutive: se con le prime è dichiarata l'illegittimità di una disposizione legislativa per una *manca* della stessa, di fatto rideterminandone la portata⁶⁰, con le seconde una parte del testo di legge – ritenuta incostituzionale – viene riformulata⁶¹ dalla stessa Corte. In entrambi i casi⁶² la Corte dimostra di svolgere appieno quel ruolo, *tipico* (come

59 Tra tutti può ricordarsi Crisafulli, il quale affermò che “se ogni volta in cui un determinato atto indirettamente o mediatamente produce delle modificazioni del diritto oggettivo dovesse trarsi la conseguenza che si ha atto di funzione legislativa, le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale [...] dovrebbero allora considerarsi atti di legislazione positiva e veramente la Corte finirebbe per qualificarsi, almeno nell'esercizio del sindacato di costituzionalità sulle leggi, come organo legislativo” (V. Crisafulli, Voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 946).

In senso contrario possono rammentarsi, tra gli altri, oltre al succitato Guastini, A. Sandulli, Voce *Fonti del diritto*, in *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1959, p. 527; A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981.

Va del resto osservato come la stessa Corte Costituzionale, probabilmente al fine di salvaguardare l'aspetto formale dell'ordinamento, abbia in qualche modo, con sentenza n. 151 del 27 novembre 1980, aderito all'impostazione più restrittiva, sostenendo di non poter creare nuovo diritto.

60 “[...] ad essere colpita, in questi casi, è semplicemente un'omissione del legislatore, che avrebbe dovuto integrare in un certo modo una certa disciplina, per renderla costituzionalmente accettabile, ed ha viceversa trascurato di farlo; sicché spetta alla Corte riempire la lacuna, mediante una decisione aggiuntiva” (L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 782).

61 Con tale genere di pronunce la Corte “non si limita a far cadere un'esclusione od un vincolo od una mancata previsione di qualsivoglia natura; bensì modifica esplicitamente il precetto in discussione, facendo senz'altro subentrare alla norma annullata la sola norma considerata costituzionalmente legittima, che tuttavia non aveva alcun vigore – prima di quella pronuncia – nell'ordinamento giuridico” (*Ivi*, pp. 782-783).

62 Si ricordino anche le c.d. “sentenze-delega”, con cui la Consulta, fornendo al Legislatore indicazioni in merito alla rimozione di lacune che essa rinviene nell'ordinamento, si inserisce nel processo di formazione delle norme.

ampiamente sostenuto) dell'interprete, di adattamento della norma alla realtà sociale, colmando le lacune che la prima può presentare⁶³.

3. NORMA E GIURISPRUDENZA: SU UN POSSIBILE RAPPORTO *INVERTITO*

Giungendo al termine della riflessione sul rapporto tra norma e giurisprudenza, risulta interessante un breve accenno ad alcuni esempi peculiari di come lo stesso possa talora risultare *invertito*, e ciò non in quanto, come per gli esempi precedentemente analizzati, vi siano state sentenze che hanno *posto* delle norme *al di là* del dato positivo così come risultante dalle fonti scritte. Ciò a cui si sta facendo riferimento è un caso in cui la fonte scritta è stata il risultato delle precedenti pronunce giudiziarie (per quanto di un peculiare organo giudiziario).

Si richiama anzitutto il caso del Codice Deontologico Forense.

Tale *corpus* venne infatti approvato dal Consiglio Nazionale Forense con delibera del 17 aprile 1997 e fu il risultato della *positivizzazione* delle decisioni disciplinari in regole deontologiche: ad essere utilizzato fu, cioè, un metodo *induttivo* per cui dai casi singoli vennero tratte prescrizioni generali.

Si assistette quindi, in altri termini, ad un procedimento inverso a quello abituale, per cui dalla decisione si giunse alla norma: la ragione di ciò risiede nel fatto che in sede giurisdizionale si era già, oramai, individuato il *diritto vivente*. Come è stato acutamente osservato: “è la stessa positività dell'ordinamento che legittima tale attività di identificazione”⁶⁴. Gli esempi di istituti di creazione giurisprudenziale nel nostro ordinamento sono del resto molteplici: a titolo esemplificativo si pensi, tra gli altri, all'avvalimento e al *leveraged buy out*.

63 Conseguentemente Paladin, pur evidenziando come “le sentenze «manipolative» non [siano] pienamente assimilabili alle leggi, ordinarie e costituzionali”, afferma che “questo non toglie che le pronunce medesime e, più in generale, tutte le decisioni di accoglimento possano pur sempre venire inquadrate nel novero delle fonti normative” (*Ivi*, p. 787).

64 R. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2010, p. 103. Nella stessa sede l'autore rileva poi come “la giurisprudenza disciplinare è, in verità, la fonte essenziale della deontologia”. Si rimanda per un approfondimento a R. Danovi, *Codice deontologico forense*, Milano, 1984; G. Gorla, *Note a margine di un Codice deontologico forense*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 502.

L'avvalimento⁶⁵ è oggi disciplinato nel nostro ordinamento all'art. 49 del D. Lgs. 163 del 12 aprile 2006 e consiste in un istituto finalizzato a consentire a soggetti carenti di sufficienti requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA) di ricorrere ai requisiti di altri soggetti così da poter partecipare ad una pubblica gara.

La positivizzazione di tale istituto è avvenuta in seguito all'emanazione della direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, par. 2, nonché art. 48, par. 3 e 52): in tale sede, sono state recepite le indicazioni della giurisprudenza comunitaria (tra le altre, si ricordino le pronunce CGE, 14 aprile 1994 C-389/92, 4 aprile 1999 C-389/92, 18 giugno 1997 C-5/97, 2 dicembre 1999 C-176/98) che aveva riconosciuto il principio del c.d. *possession per relationem* dei requisiti necessari alla partecipazione a una procedura pubblica.

La *ratio* sottesa a tali decisioni è con tutta evidenza quella di consentire una effettiva liberalizzazione del mercato, evitando il crearsi di situazioni di privilegio e permettendo l'accesso alle procedure pubbliche del maggior numero possibile di concorrenti.

Anche la giurisprudenza nazionale si era del resto uniformata a questa impostazione (si vedano in tal senso le pronunce del Consiglio di Stato 15 dicembre 2005, n. 7134; 20 dicembre 2004, n. 8145; 29 maggio 2001, n. 5517), con cui si era statuito che al fine di comprovare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria di partecipazione ad una gara, il concorrente potesse fare riferimento alla capacità di altri soggetti (qualunque fosse la natura giuridica dei vincoli con il partecipante), a condizione che questi fosse in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti.

Con le direttive appalti (2004/18/CE e 2004/17/CE), tali principi sono stati definitivamente positivizzati in ambito comunitario. A ciò, come precedentemente accennato, ha fatto seguito la legislazione nazionale, prevedendo una norma *ad hoc* all'interno del Codice degli Appalti.

Tale istituto risulta quindi essere il risultato dell'elaborazione della giurisprudenza (dapprima comunitaria e in un secondo momento anche nazionale): un ulteriore esempio di quanto il momento giurisprudenziale possa incidere sull'ordinamento giuridico nel suo complesso.

65 Per un approfondimento si rinvia a P. Santoro, E. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011.

Infine, si ritiene interessante menzionare, quale ulteriore esempio della rilevanza della giurisprudenza, il *leveraged buy out*⁶⁶.

Tale istituto è assai interessante ai fini della presente analisi dal momento che esso, prima di essere positivizzato in una norma giuridica, si è sviluppato nella prassi commerciale quale strumento finanziario finalizzato all'acquisizione del controllo societario tramite indebitamento⁶⁷. Basti pensare che in Italia le operazioni di *leveraged buy out* si svilupparono durante gli anni Novanta del Novecento, trovando però una puntuale regolamentazione solo a seguito dell'emanazione del D. Lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, quando venne inserita all'interno del Codice Civile la norma di cui all'art. 2501bis.

Ciò su cui risulta particolarmente interessante porre attenzione è il fatto che, in seguito alla diffusione di tale strumento nella prassi commerciale, si era venuto sviluppando un acceso dibattito giurisprudenziale⁶⁸ e dottrinale riguardante la liceità dello stesso, con riferimento, nello specifico, al fatto che il debito contratto ai fini dell'acquisizione sia garantito e ripagato tramite le risorse della società che si intende acquisire⁶⁹.

Rispetto agli esempi precedentemente analizzati, quello del *leveraged buy out* è peculiare in quanto la genesi dell'istituto non è tanto nella giurisprudenza quanto nella prassi (in tal senso esso consente di introdurre le osservazioni che saranno svolte *Infra, Parte II, Capitolo II*), ma la sua regolamentazione risulta fortemente influenzata dal dibattito e dai

66 Per un approfondimento si vedano, tra gli altri, S. Cacchi Pessani, *La tutela dei creditori nelle operazioni di leveraged buy-out. L'art. 2501-bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 301, Milano, 2007; G. Dinacci, S. Pagliantini (a cura di), *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Padova, 2010; G. Giaretta, *Il leveraged buy out: delitto perfetto o ingegneria finanziaria*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione*, n. 2/2012, pp. 147-161, cui si rinvia anche per quanto concerne la bibliografia ivi richiamata.

67 Più specificamente, si tratta di una fattispecie a formazione complessa consistente in una serie di operazioni tese all'acquisizione di un'impresa, o dei soli cespiti di questa, con fondi derivanti prevalentemente da capitale di debito, il cui rimborso è garantito dagli attivi patrimoniali dell'impresa acquisita ed è sostenuto dai c.d. *flussi di cassa* da essa generati, oltre che dall'eventuale dismissione di attività non strategiche da essa possedute.

68 Si ricordino le pronunce Trib. Milano, 14 maggio 1992; Trib. Milano, 4 maggio 1999 (decr.); Trib. Milano, 13 maggio 1999; C. Cass., 4 febbraio 2000, n. 5503.

69 Diverse riserve venivano avanzate anche con riguardo alla compatibilità tra tale istituto e il divieto di assistenza finanziaria.

dubbi che in sede giurisprudenziale⁷⁰ si erano originati, in un rapporto che potremmo, quindi, definire di *scambio e sostegno* dialettico tra legislazione, giurisprudenza e prassi.

CONCLUDENDO

Al termine della disamina proposta circa il ruolo sempre più rilevante della giurisprudenza nella creazione di nuovo diritto siano consentite alcune ulteriori brevi riflessioni.

Si ritiene importante, in particolare, soffermare un'ultima volta l'attenzione sui riflessi che le decisioni esaminate hanno in ambito penalistico. Come noto, tra i principi fondamentali alla base del diritto penale vi sono quello di legalità e quello di riserva di legge: conseguentemente, vige la regola per cui *nullum crimen, nulla poena sine lege* (principio consacrato dagli artt. 25 Cost. e 1 c.p.) e quella per cui solo la legge (o altro atto normativo ad essa equiparato) possa determinare e stabilire i reati e le pene.

Pare quindi potersi sostenere che ad essersi affermata sia oggi, anche per effetto dell'intervento della giurisprudenza, una concezione *sostanziale* della legalità⁷¹: ciò avrebbe senz'altro il vantaggio di garantire un adeguamento *automatico* del diritto penale al divenire della realtà sociale, ma trova un limite, come del resto già evidenziato, nel pericolo di ledere in modo inaccettabile la necessaria certezza del diritto (pur con tutte le precisazioni sopra svolte)⁷².

70 Si pensi al fatto che la normativa nazionale richiede, per l'effettuazione di siffatte operazioni, la predisposizione di una serie di relazioni: con riguardo alla relazione degli amministratori (prevista al comma III dell'art. 2501*bis* c.c.), è stato osservato come il Legislatore "sembra abbia voluto recepire una tesi enunciata dal Tribunale di Milano nel caso Trenno [Trib. Milano, 13 maggio 1999], ove si propone un'analisi caso per caso che escluda la configurabilità della frode alla legge facendo leva proprio sull'esistenza di una valida *business reason*" (C. Robustella, *Leveraged buy out*, in G. Dinacci, S. Pagliantini (a cura di), *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 361).

71 Secondo la definizione offerta da Mantovani, "il *principio di legalità sostanziale* (o *materiale*) sta, invece, a significare che reati debbono essere considerati i fatti socialmente pericolosi, anche se non espressamente previsti dalla legge, e che ad essi vanno applicate le pene adeguate allo scopo" (F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 6).

72 Per un approfondimento si rinvia a M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, 1928.

Che la questione di quale sia la legalità da avere come riferimento trovi fondamento nel problema dell'individuazione delle fonti del diritto è ben espresso dalle parole di Mantovani, laddove questi ebbe a rilevare come “la contrapposizione tra legalità formale e legalità sostanziale trova, infatti, la sua prima estrinsecazione rispetto al problema delle fonti del diritto penale. La storia del diritto penale è contrassegnata dalla contrapposizione dialettica tra *fonti formali* e *fonti sostanziali*, in corrispondenza dell'alternò prevalere di concezioni giuspositivistiche e di concezioni sostanzialistiche o metapositivistiche: delle esigenze di garanzia e certezza o di quelle di giustizia o di difesa sociale”⁷³.

Corollario dell'abbandono di un principio di stretta riserva di legge è la perdita del monopolio nella creazione di diritto in capo al potere legislativo: in tal senso, vanno certamente ricordate le riflessioni di Gustavo Zagrebelsky, il quale evidenziò come la norma sia il risultato di un processo interpretativo intersistemico afferente per un verso alle disposizioni poste dal legislatore e per altro avverso ai valori culturali propri di un determinato contesto sociale, con la conseguenza che il diritto risulta essere non il tutto ma una sua parte, non avendo esso “la forza di distaccarsi dall'ambiente culturale in cui è collocato e di ergersi come sistema normativo indipendente e autosufficiente”⁷⁴.

In senso analogo anche un illustre penalista quale Fiandaca ha osservato come il giudice non possa essere ridotto a mero applicatore della norma giuridica, assumendo invero “sempre più un ruolo attivo di coprotagonista, in collaborazione (o talora in conflitto) col legislatore, nel processo di produzione del diritto”⁷⁵. Tale autore ammette quindi che anche in campo penale (campo, lo si ribadisce, caratterizzato dalla presenza di principi quali quello di legalità e di riserva di legge), “un ridimensionamento del tradizionale primato del legislatore (primato, forse, nel passato non poco «enfaticizzato» innanzitutto per ragioni ideologiche sottese al principio di riserva di legge), e la conseguente assunzione di un ruolo protagonista della giurisprudenza, che si manifesta tra l'altro

73 F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 43.

74 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, cit., p. 190.

75 G. Fiandaca, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, in G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di studi*, Padova, 2002, p. 21.

nei termini di una più disinvolta interpretazione-applicazione «creativa» delle stesse norme penali⁷⁶.

Il superamento del dogma positivistico in un ambito quale quello penalistico apre quindi inevitabilmente la riflessione del giurista a nuovi spazi di indagine, liberandolo in qualche modo da vincoli che parevano oramai sedimentati.

Appare ora opportuno soffermarsi su diversi ambiti così da ricercare ulteriori conferme all'assunto da cui si è avviato il presente studio, vale a dire l'idea che i principi formalistico-positivistici non siano più in grado di dare compiutamente conto dell'attuale panorama giuridico, caratterizzato oramai dalla presenza di numerosi attori e plurime istanze.

76 *Ivi*, p. XI.

Circa la rilevanza del momento interpretativo si richiamano altresì le riflessioni di Kostoris, il quale ha evidenziato come l'individuazione della norma applicabile al caso concreto sia “un'attività che, lungi dall'essere semplicemente ricognitiva, presenta carattere eminentemente interpretativo, presuppone cioè delle scelte tra molteplici significati e adeguamenti di una formula generale ad un caso specifico. Così, mentre la decisione sulla *quaestio facti* porta [...] ad esiti di «probabilità», quella sulla *quaestio iuris* determina una soluzione «opinabile». [...] Il giudice impiega argomentazioni retoriche al fine di persuadere della bontà, della correttezza delle scelte operate [...] non solo perché la trama delle previsioni normative presenta spesso vuoti, lacune, che vanno colmati in sede interpretativa, e per la difficoltà di adattare poi definizioni comunque astratte a situazioni fattuali concrete, ma perché ogni enunciato normativo si presenta in qualche misura sempre indeterminato, nebuloso, quantomeno ai confini” (R. Kostoris, Voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., p. 14).

CAPITOLO II
SUL PLURALISMO GIURIDICO
TRA NUOVA *LEX MERCATORIA*
E SOCIETÀ INTERMEDIE

SOMMARIO

1. Sulla nuova *lex mercatoria*; 2. Sulle società intermedie; Concludendo

Dopo essersi ampiamente soffermati sul ruolo sempre più incisivo assunto dalla giurisprudenza, un ulteriore esempio di come l'assetto normativo risulti oggi profondamente mutato è rinvenibile ove si presti attenzione al ruolo oramai preponderante dell'autonomia privata. Ciò emerge con evidenza da due esempi: la *lex mercatoria* e le *società intermedie*, esempi che dimostrano come il ruolo del Legislatore nella creazione di *novum ius* concorra, oggi, con nuovi centri di produzione normativa, riconducibili – essenzialmente – ad un'ottica sempre più orientata nel senso della sussidiarietà (a discapito, conseguentemente, come meglio si dirà, della sovranità).

La questione sembra incontrare quella delle c.d. fonti *extra ordinem*: secondo la definizione fornita da Paladin, queste consisterebbero in quelle fonti, diverse da quelle legali, o in quegli atti comunque scaturenti da procedure anomale che “riescano a modificare stabilmente il sistema normativo, senza che vengano fatti valere efficaci rimedi da parte delle autorità competenti e senza che siano applicate sanzioni di sorta”¹.

1 L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 251. Lo stesso autore specificherà che per fonti *extra ordinem* debbano intendersi ogni “singolo atto o fatto normativo difforme dal corrispondente modello legale, che tuttavia realizzi il suo scopo”, “quei [...] tipi di fonti che risultino giuridicamente imprevisi dall'ordinamento e che – nondimeno – vengano in fatto affiancati alle fonti legali”, quei fatti o atti che producano diritto

Per la verità, ricondurre gli esempi che si stanno in questa sede esaminando alle fonti *extra ordinem* risulta inadeguato e inopportuno: tale approccio rischia infatti di fornire una caratterizzazione in termini di eccezionalità a fenomeni che, invece, appaiono assolutamente integrati nel panorama giuridico di riferimento. Ciò che occorre è, viceversa, una completa rivalutazione delle fonti, rivalutazione che incida su ciò che viene considerato *ordinario* e ciò che è invece ritenuto *straordinario*.

Il catalogo delle fonti giuridiche, in estrema sintesi, risulta oggi alquanto mobile, con la conseguenza che fissarlo in modo definitivo non appare in alcun modo possibile: esso, quindi, deve necessariamente essere ricostruito di volta in volta dall'operatore giuridico. Non si tratta, pertanto, di fornire una nuova gerarchia, ma di rivedere il modo in cui il problema delle fonti viene affrontato. Se nell'accezione classica la figura che veniva ritenuta più idonea a rappresentare l'ordinamento era quella della piramide di kelseniana memoria, oggi è la rete a poter meglio raffigurare il quadro giuridico con cui il giurista deve quotidianamente confrontarsi. Non è più possibile, infatti, continuare a considerare il sistema giuridico di riferimento come chiuso, completo e autoreferenziale e considerare ogni elemento estraneo ad esso come *straordinario*².

1. SULLA NUOVA *LEX MERCATORIA*

Analizzando la c.d. nuova *lex mercatoria* risulta senz'altro opportuno muovere dalle fondamentali osservazioni di Francesco Galgano: "l'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medioevali. Questo era stato *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano

obiettivo nella comunità, quella "serie di fattori estranei e irriducibili, rispetto a quelli prefigurati dall'ordinamento già in vigore" (L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, pp. 447 ss.).

2 L'immagine della rete riporta all'idea di interazione, di scambio: in una parola, alla *dialettica*. È infatti emblematico come tale figura possa essere rinvenuta già in Platone: "quale paradigma dunque che si riferisca allo stesso genere di attività della politica, modello di minime proporzioni, potrebbe assumersi come termine di confronto e così scoprire e conoscere in modo sufficiente ciò che stiamo cercando? Per Zeus, vuoi, Socrate, che se non abbiamo altro sottomano scegliamo allora l'arte del tessere?" (Platone, *Politico*, 279 a7-b3, in *Opere complete*, cit., p. 295).

state gli statuti delle potenti corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*. Del pari, per nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercanti"³.

La differenza fondamentale tra antica e nuova *lex mercatoria* risiede, con tutta evidenza, in ciò: mentre la prima era sorta in un contesto anteriore all'avvento degli Stati moderni, la seconda si colloca invece in un quadro in cui deve coesistere con un diritto positivizzato di fonte statale⁴.

Il corpo di regole giuridiche di cui si compone la *lex mercatoria* si è originato tramite la diffusione internazionale delle pratiche contrattuali nel mondo del commercio internazionale, pratiche e usi che hanno poi trovato riconoscimento nelle pronunce delle camere arbitrali internazionali, sedimentandosi in una serie di precedenti cui arbitrati successivi si sono conformati⁵.

Tale diffusione è stata, evidentemente, *spontanea e autonoma*, nel senso che la normativa di cui si discute si configura come un'autoregolamentazione, e ciò con l'intento di meglio tutelare gli attori che operano nel commercio internazionale, sottoponendo "l'operazione economica a un quadro normativo il più possibile uniforme, al di là delle molteplici diversità proprie dei sistemi giuridici statuali, assicurando così quel

3 F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, p. 248.

Per un approfondimento si rinvia, tra gli altri, a G. Torresetti (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica. Macerata 2-5 ottobre 2002*, Macerata, 2008, ove è rinvenibile un interessante dibattito sul tema.

4 A prescindere da tale differenza è stato osservato come "il diritto commerciale internazionale è ancora largamente indipendente dal sistema legale statale, affondando, nonostante la modernizzazione, ancora le sue radici nei caratteri istituzionali della legge mercantile medievale" (cfr. B.L. Benson, *Customary Law as a Social Contract: International Commercial Lex*, in *Constitutional Political Economy*, 1992).

5 Va in proposito ricordata la sentenza n. 4131 del 1982 della Camera di Commercio Internazionale secondo cui i lodi "formano progressivamente una giurisprudenza di cui è necessario tenere conto poiché essa deduce le conseguenze della realtà economica ed è conforme ai bisogni del commercio internazionale, ai quali devono rispondere le regole specifiche, esse stesse elaborate progressivamente, dall'arbitrato internazionale".

quadro di uniformità di valutazione che è dimensione essenziale della certezza del diritto nelle relazioni economiche internazionali”⁶.

Per quanto attiene al valore del *corpus* rappresentato dalla *lex mercatoria* va ricordata anche la pronuncia della Corte di Cassazione n. 722 del 8 febbraio 1982, laddove le riconosce il valore di ordinamento giuridico separato dagli ordinamenti statali, espressione della *societas mercantile*, cosicché gli usi del commercio internazionale assurgono al rango di usi normativi e, conseguentemente, di *fonti del diritto oggettivo*. In particolare, la Suprema Corte, dopo aver definito la *lex mercatoria* come “insieme di regole osservate con convinzione di cogenza dai menzionati operatori, a prescindere dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dall’ubicazione della loro attività, in uno Stato”, la inserisce nel quadro di un ordinamento sovranazionale.

Va del resto rilevato come oggi la nuova *lex mercatoria* abbia trovato una organica compilazione nei *Principi dei contratti commerciali internazionali*, redatti da Unidroit⁷ (International Institute for the Unification of Private Law)⁸: l’Istituto, nato per promuovere l’uniformità internazionale della legislazione, è così venuto ad assumere il ruolo di compilatore di un diritto uniforme *spontaneo*, offrendo riconoscimento a una fonte normativa certamente non riferibile ad alcuna Autorità statale. Per la verità, il *corpus* rappresentato dalla *lex mercatoria* appare ancora profondamente frammentato, risultando costituito da modelli di clausole e di contratti internazionalmente uniformi, dai c.d. principi generali di diritto⁹, dalle c.d. leggi modello, da raccolte di usi, prassi e c.d. *best practices*, da codici “privati”, dai principi applicati in sede di arbitrato commerciale internazionale elaborati da soggetti privati, indipendenti e

6 S. M. Carbone, R. Luzzatto, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 73.

7 Accanto ai principi UNIDROIT vanno ricordati i Principi di diritto europeo dei contratti compilati dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti presieduta da Ole Lando.

8 In proposito si rinvia, per un approfondimento, a F. Marella, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003.

9 Essi, secondo la definizione fornita dalla Camera di Commercio Internazionale con sentenza n. 3896 del 1982, sono “principi [...] alla base di tutte le relazioni contrattuali, specificamente dei rapporti internazionali, e [...] posti in particolare dagli usi del commercio internazionale e del diritto internazionale”. Per un catalogo di tali principi si rinvia a A. Frignani, *Il contratto internazionale*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1990, pp. 18-19 (si possono ricordare, *ex multis*, i principi di buona fede e il *pacta sunt servanda*).

a “vocazione universale” (si pensi, accanto al già ricordato Istituto UNIDROIT, alla Camera di Commercio Internazionale ICC, alle diverse Associazioni di categoria come la *Sugar Association of London* e la *Refined Sugar Association*, alle numerose Commissioni di Studi sull’unificazione o l’uniformazione, e in generale alle Organizzazioni non governative - ONG¹⁰). Confluirebbero altresì in tale insieme le regole predisposte da Organizzazioni internazionali o intergovernative (OIG, ad esempio la Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale - UNCITRAL) non ancora tradotte in convenzioni internazionali di diritto materiale uniforme¹¹. Una menzione specifica, infine, meritano le regole INCOTERMS, elaborate sulla base degli usi internazionali dalla Camera di Commercio Internazionale, che dettano clausole destinate ad essere inserite nei contratti di compravendita internazionale con lo scopo di determinare i termini di resa dei beni mobili oggetto del contratto¹². La valenza fondamentale della nuova *lex mercatoria* quale fonte del diritto emerge del resto – fornendone peraltro una dimostrazione incontestabile – dal costante richiamo che ad essa viene fatto in sede di arbitrati internazionali, laddove si tratti di risolvere controversie afferenti all’ambito commerciale¹³.

10 In proposito, Zaccaria ha evidenziato come oggi il diritto internazionale debba “prendere atto della crescente importanza assunta dalle organizzazioni non governative, soggetti privati che vengono però addossandosi compiti istituzionali e che si impegnano in modo massiccio sia nel controllo della legalità internazionale, sia nella formazione delle norme internazionali, sia nella partecipazione come parti all’applicazione giurisdizionale del diritto” (G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 56).

11 Accanto ad essi, vanno ricordati altri soggetti annoverabili tra i produttori della *lex mercatoria*, quali “le *transnational corporations* (espressione dell’attuale «gigantismo dei mercati») e le *transnational law firms* delegate dalle prime” (cfr. F. Sbordone, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008, pp. 67-68)

12 Tali norme uniformano clausole già in uso nella prassi commerciale (si pensi alle clausole FCA – “franco vettore” – o FOB – “franco a bordo”).

13 Va per completezza rilevato come la dottrina non sia univoca nell’attribuire valenza di autonomo ordinamento giuridico alla *lex mercatoria*, risultando diffuso il convincimento per cui essa risulterebbe fortemente connessa ai sistemi statuali (cosicché ad essa potrebbe essere attribuita dignità giuridica se e nella misura in cui lo Stato ne riconosca l’esistenza e le conceda spazio). Tra gli argomenti contrari al riconoscimento dell’autonomia della *lex mercatoria* si può ricordare quanto osservato da Sbordone: “qualora si ravvisassero nella *lex mercatoria* i caratteri tipici di un ordinamento giuridico autonomo, tra i quali la capacità di imporre coercitivamente ai

Occorre senz'altro interrogarsi sulle implicazioni che la diffusione di tale diritto possa avere, e ciò, come sempre, nell'ottica di tutelare al meglio i singoli: in tal senso, sono emblematiche le parole di Galgano, "l'esperienza dell'arbitrato internazionale ha messo in evidenza come l'applicazione della *lex mercatoria* possa, nel rapporto fra una grande impresa transnazionale ed una piccola impresa del terzo mondo, soddisfare le esigenze di protezione di quest'ultima meglio di quanto possa fare il più progredito dei diritti nazionali"¹⁴.

Quali, quindi, le ragioni del diffondersi di questa sorta di diritto *alternativo*? Una causa fondamentale può essere rinvenuta nell'inadeguatezza dei singoli diritti nazionali, inadeguatezza che deriva da due caratteristiche dell'economia contemporanea: "la prima è la natura meta-nazionale dell'economia in antitesi con il carattere nazionale degli ordinamenti giuridici. La seconda è che l'economia è in costante trasformazione e, pertanto, richiede al diritto strumenti di adattamento flessibili, in antitesi con la rigidità dei diritti"¹⁵. L'autoregolamentazione del mercato

consociati il rispetto delle regole, non si comprenderebbe poi la ragione per la quale tali consociati, nell'ipotesi di una mancata spontanea attuazione delle regole stesse, avrebbero la necessità di rivolgersi ad un giudice (arbitro) autorizzato dalla legge statale (convenzioni internazionali in materia di arbitrato commerciale internazionale) ad applicarle (attraverso un procedimento di *exequatur del lodo*, condotto *ex lege loci destinationis*)" (F. Sbordone, *La lex mercatoria tra fatto e diritto. Riflessioni sulla natura di un preteso sistema regolamentare autosufficiente dei rapporti contrattuali internazionali*, in T. Tasso (a cura di), *Fatto e diritto*, cit., pp. 80-81). In realtà, ciò che con la presente analisi si intende porre in evidenza è come l'autonomia affermatasi nell'ambito del commercio internazionale, anche e soprattutto in seguito alla globalizzazione, sia tale da aver oramai trasceso completamente i confini e le regole statuali, così da poter agire indipendentemente da esse: sul punto risultano particolarmente interessanti le parole di Jan Dalhuisen allorché osserva come "[...] there is such a legal order operating in international trade and finance as a natural consequence of the globalization of the international professional activities in these areas, and the freeing of the flows of persons, goods, capital and technology internationally. [...] It was submitted also that this order has now acquired the capacity and energy to move itself forward creating its own laws and even law making institutions or facilities like ICC committees for Incoterms and UCP and international commercial arbitrations for dispute resolution purpose" (J. Dalhuisen, *Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law. Introduction - The New Lex Mercatoria and its Sources*, Oxford, 2010, p. 284).

14 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 253.

15 F. Galgano, *The new lex mercatoria*, in *Annual Survey of International and Comparative Law*, 2, 1995, p. 99. In proposito, Bruce L. Benson ha rilevato come

globale, quindi, risulterebbe più efficiente rispetto a quanto potrebbe fare un diritto statale, e ciò in considerazione delle diseconomie che caratterizzerebbero quest'ultimo nel settore commerciale. Sul punto Zaccaria ha rilevato come oggi, di fatto, “il diritto [sia] privatizzato e transnazionalizzato e assum[a] l'obiettivo di favorire e sostenere le nuove istanze della vita economica”¹⁶. Va del resto precisato come una forma di *controllo* superiore da parte dello Stato possa rivelarsi necessaria proprio nell'ottica di fornire una più adeguata tutela: in tal senso è stato evidenziato come “la presenza di un ente pubblico nel campo economico tenda [...] a controbilanciare, in nome di un interesse pubblico, le spinte per così dire *egoistiche* delle imprese (l'impresa per definizione ricerca l'*utile*, il *proprio* utile) dominanti il mercato internazionale”¹⁷. In tal senso, andrebbe riconosciuta una “compenetrazione, anche nel campo della contrattualistica internazionale, fra autoregolamentazione e regolamentazione eteronoma, al fine di permettere l'auspicabile sviluppo di una reale e non fittizia autonomia contrattuale”¹⁸.

Dal ruolo sempre più determinante di questo *corpus* normativo è possibile peraltro, come già rilevato con riferimento al ruolo della giurisprudenza – e a maggior ragione in questo caso –, desumere l'affievolimento delle differenze tra sistemi di *civil law* e *common law*. In proposito, è stato autorevolmente evidenziato come essa operi “entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati;

“il diritto commerciale internazionale, libero dalle influenze dominanti dei governi e delle politiche circoscritte, si è sviluppato e accresciuto molto più facilmente ed efficacemente di quanto abbia fatto il diritto commerciale intranzionale” (B.L. Benson, *Giustizia senza Stato. I tribunali mercantili dell'Europa medievale e i loro equivalenti moderni*, in D. T. Beito, P. Gordon, A. Tabarrok, *La città volontaria*, Catanzaro, 2010, pp. 72-73).

16 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 54.

La *lex mercatoria* risponde quindi ad una pressante istanza “pratica”, risultando l'immediata risposta ad esigenze contingenti, la “più compiuta manifestazione di un diritto che sposa il pragmatismo e rinuncia a ogni pretesa di fondamento per incontrare le attese di un mondo troppo impegnato con i mezzi e i fini immediati per volgere lo sguardo all'indietro, alla ricerca di fondamenti” (M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002).

17 M. Cossutta, *L'interazione commerciale fra lex mercatoria e diritto statale. Cenni a margine di alcune questioni del diritto dei contratti internazionali*, in E. Kermol, F. Pira, *Dall'@-commerce all'@-government*, Padova, 2001, p. 46.

18 *Ivi*, p. 47.

la sua funzione è di superare la discontinuità giuridica da questi provocata. Entro questa nuova *lex mercatoria* si dissolvono tanto i particolarismi giuridici delle codificazioni quanto, fenomeno ancor più significativo, le differenze tra *civil law* e *common law*¹⁹.

La valenza fondamentale assunta dalla *lex mercatoria* mette quindi ulteriormente in luce come il potere legislativo appaia oggi in crisi, dal momento che essa indica senza dubbio una rinuncia di quest'ultimo a disciplinare un importantissimo settore giuridico.

L'autonomia delle parti assurge quindi a fonte di produzione del diritto commerciale internazionale, svincolata, peraltro, dalle limitazioni che connotano l'autonomia in ambito interno (si pensi all'art. 1322 del Codice Civile).

Va del resto rilevato come la *lex mercatoria* non possa essere valutata in termini di eccezionalità, perché ciò comporterebbe una connotazione che non trova riscontro nella realtà che si sta esaminando.

Si potrebbe quindi sostenere che sia lo stesso negozio giuridico ad aver assunto valore di fonte del diritto, e ciò pure in assenza di una qualsivoglia norma, o metanorma, che lo preveda.

Il contratto, quale strumento giuridico finalizzato al raggiungimento di specifici interessi, assume quindi via via maggiore centralità nella prassi giuridica, con la conseguenza che determinante risulta il ruolo rivestito da professionisti ed esperti cui il singolo si rivolge, con conseguente indebolimento del ruolo del legislatore e degli altri soggetti espressamente autorizzati da un'autorità superiore.

A quanti contestano il ruolo assunto dalla nuova *lex mercatoria* discostandone, in particolare, il carattere di autonoma regolamentazione nel mondo del commercio si potrebbe dunque rispondere riprendendo, ancora una volta, le parole di Galagano: "la *lex mercatoria* potrà non piacere, ed infatti ben poco piace, a quanti sono stati educati dal positivismo giuridico all'idea della statualità del diritto, e ancor meno a quanti confidano nella formazione democratica del diritto, ad opera delle assemblee elettive. Tuttavia il Grande diritto (quello con la maiuscola) non è stato mai prodotto da assemblee elettive, tanto meno quello delle codificazioni moderne. Ma quali assemblee elettive potrebbero mai essere chiamate a promuovere una «democratica» *lex mercatoria*? Sta di

19 F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 57.

fatto che, nonostante il suo modo di formazione, la *lex mercatoria* non ha nulla di dispotico”²⁰.

2. SULLE SOCIETÀ INTERMEDIE

Un altro aspetto su cui risulta interessante soffermarsi è quello del ruolo rivestito dalle società intermedie, vale a dire da quelle formazioni intermedie tra individuo e Stato, formazioni che conducono ad ammettere il necessario ridimensionamento del peso avuto dallo Stato.

Tra esse possono certamente essere annoverate la famiglia, le comunità religiose, le organizzazioni sindacali e i partiti politici, le associazioni professionali di categoria, le organizzazioni economico-produttive: si tratta, in sostanza, di “comunità di persone intente a perseguire finalità che le sono proprie”²¹. E, durante il perseguimento di tali finalità, le società intermedie divengono creatrici di diritto, un diritto che deve necessariamente essere colto dal giurista e recepito dallo Stato.

Il riconoscimento della natura di fonte del diritto a quanto promanante da tali società è oggi fondamentale e implica il riconoscimento per un verso dell'autonomia dei privati, e per altro verso della *naturalità* del diritto: ciò non va inteso come un desiderio di ritorno alle classiche teorie giusnaturalistiche ma come una presa d'atto di come la prassi giuridica quotidianamente si evolva.

Il riconoscimento del ruolo delle società intermedie trova del resto fondamento già nella Carta Costituzionale laddove all'art. 2 vengono espressamente riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo non solo come singolo ma anche “nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, vale a dire in quelle aggregazioni in cui si concretizza il bisogno di socialità dell'uomo e in cui questi può sviluppare la propria personalità. Tale norma garantisce il principio del c.d. *pluralismo sociale*, principio che, come si vedrà oltre, trova oggi riscontro anche nella nuova formulazione dell'art. 118 Cost..

Accanto all'art. 2, anche l'art. 5 Cost. si propone la tutela di tali società, avendo riferimento, in particolare, alle autonomie locali, alle quali viene riconosciuta la capacità di formulare un proprio indirizzo politico e amministrativo in base alle istanze provenienti dalle comunità che le compongono.

²⁰ F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 286.

²¹ M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, cit., p. 121.

Tra gli autori che maggiormente si sono soffermati su tale questione va certamente ricordato Pietro Rescigno²²: tale autore ha inteso la valorizzazione delle società intermedie come un mezzo finalizzato a meglio tutelare la persona umana, la sua libertà e la sua dignità. Egli, in particolare, punta l'attenzione sul pluralismo giuridico e sulla necessaria presa d'atto del venir meno della centralità dello Stato nella vita sociale, cosicché il diritto positivo dei gruppi fornirebbe un argine allo Stato, allargando per converso le basi della sovranità e subordinando lo Stato alla società.

In tal modo si avrebbe il riconoscimento di un diritto positivo, quello dei gruppi, *ulteriore* rispetto a quello dello Stato, un diritto che potrebbe garantire al meglio le *persone* e i loro diritti, diritti che “trovano riconoscimento ed attuazione, più che nelle norme, nell'ambiente e nel costume che divengono sempre più affinati ed aperti”²³.

Lo scambio dialettico tra Stato e società intermedie condurrebbe, in estrema sintesi, a una evoluzione del diritto aderente al mondo reale, con un progressivo avvicinamento tra Paese legale e Paese reale: le implicazioni di ciò in termini di tutela e garanzia per i singoli risultano più che evidenti.

Accanto a Rescigno, anche Ascoli si soffermò sulla questione, invitando al riconoscimento di una giuridicità alternativa a quella statale e propria di formazioni sociali differenti dallo Stato (tra cui le società intermedie e il sistema di diritto internazionale): in tal modo il mondo del diritto potrebbe risultare aperto ad “alcune funzioni o alcuni momenti dello spirito pratico che oggi generalmente sono ritenuti distinti dal diritto”. A fondamento di tali considerazioni, per Ascoli, vi è l'idea, fondamentale a fini della presente riflessione, che “il diritto è modo d'essere della società”²⁴.

Le società intermedie con la loro capacità di creazione normativa, quindi, indicano una volta di più il tramonto delle antiche concezioni giuridiche: “del mitico modello kelseniano, perfettamente rigoroso e deduttivo nel basarsi su un centro unico e supremo cui ricondurre l'intera attività di produzione normativa, è dunque rimasto, in questo scenario di sovranità multiple, ben poco: tramontata l'idea di un centro unitario

22 Per un approfondimento si rinvia a P. Rescigno, *Le società intermedie*, in *Persona, Società intermedie e Stato. Quaderni di Iustitia n. 10*, Roma, 1958, pp. 50-77.

23 *Ivi*, p. 65.

24 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., pp. 123-124.

di produzione delle regole normative a favore di una pluralità di sistemi interattivi, molto instabili e complessi, l'intera norma di riconoscimento va vista, più che in una norma fondamentale, in una pratica giurisdizionale e nei principi che la informano"²⁵.

CONCLUDENDO

Venendo alla conclusione della *Seconda Parte* del presente studio – dopo aver analizzato fenomeni giuridici che evidenziano senza dubbio alcuno come le tradizionali teorie sulle fonti del diritto non siano più sufficienti a dar conto in modo esaustivo e aderente alla realtà dell'attuale assetto dell'ordinamento giuridico –, e prima di ricercare teorie che riescano – o possano riuscire – in tale, certamente ardua, impresa, si ritiene utile svolgere alcune considerazioni sulle implicazioni profonde che quanto rilevato reca con sé.

L'indiscutibile importanza rivestita dalla *lex mercatoria* e la crescente rilevanza delle società intermedie appaiono infatti chiari segnali della crisi dello Stato e della stessa sovranità statale²⁶. Ad essere messo ampiamente in discussione è quindi, oramai, lo stesso principio per cui lo Stato sarebbe un ente *superiorem non recognoscens*: se esso fosse valido e attuale, non sarebbe infatti certamente ammissibile che soggetti differenti riescano a imporsi al punto da sostituirlo in quella che risulta essere, probabilmente, la sua attività principale, vale a dire il legiferare. Come rilevato da Zaccaria, del resto, “non è affatto arbitrario leggere la crisi dello Stato e della sovranità statale come il progressivo emergere dell'insostenibilità della sua pretesa di monopolio delle fonti del diritto e come presa d'atto che una serie di regole normative non dipende più da autorità politiche statali”²⁷.

Tale crisi emerge oggi con chiarezza sul piano internazionale: basti pensare al peso determinante degli organismi internazionali e sovranazio-

25 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 50.

26 Con riferimento alla *lex mercatoria*, K. Jayasuriya ha osservato come “[...] mentre è possibile convenire sull'idea che la *complex sovereignty* della globalizzazione non possa essere ridotta a un facile calcolo aritmetico, appare indubbio che la sua pertinenza ai soggetti statali si riduce e che in tal senso questi subiscono una sottrazione di sovranità” (cit. in M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 104).

27 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 57.

nali per rendersi conto di come, conseguentemente, il peso del singolo Stato “sovrano” sia andato via via affievolendosi. In proposito è stato puntualmente rilevato come “si potrebbe dire che ad affievolirsi sia stata la “sovrانيتà” in quanto tale, la pretesa cioè di una superiorità incondizionata, quel superiorem non riconoscere che è all’origine delle teorie razionalistiche dello stato moderno”²⁸.

Sembra quindi che oggi sia legittimo parlare di sovranità solo in senso relativo: ciò è però evidentemente contraddittorio e comporta lo stravolgimento stesso di tale principio, atteso che esso nasce e si sviluppa come assoluto²⁹ e, ove relativizzato, diviene qualcosa di diverso³⁰.

Appare quindi possibile sostenere che la pienezza del potere statale, indicata appunto dall’attributo della sovranità, stia gradatamente venendo meno, per cui lo Stato risulta “svuotato” e i suoi confini scomparsi³¹.

28 F. Gentile, *Europa 2004*, in *L’irrocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, n. 2/2004.

29 L’opinione maggiormente diffusa è, infatti, quella di chi ritiene che non vi possano essere limiti – in particolar modo giuridici – alla sovranità. Non mancano però opinioni discordanti, secondo cui gli Stati manterrebbero la loro sovranità. Chi sostiene ciò, muove da alcune osservazioni, evidenziando che gli obblighi internazionali sono frutto di auto-obbligazione (nel senso che sono obblighi liberamente e volontariamente assunti dagli stessi obbligati), che la sovranità non rappresenterebbe la negazione di ogni obbligo internazionale, ma il suo necessario presupposto (solo gli Stati sovrani sono soggetti ad obblighi internazionali) e che, infine, gli obblighi internazionali limitano non la sovranità, ma la libertà degli Stati, e quest’ultima sarebbe, a differenza della sovranità, una situazione soggettiva. Si veda R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, pp. 214-215.

Del resto, non va dimenticato quanto sostenuto da Giuseppe Guarino, il quale, a proposito delle limitazioni imposte dall’Unione Europea (ma queste considerazioni possono essere generalizzate), ha osservato come “l’autolimitazione del singolo stato, flessibile e sempre superabile nella logica dello “stato di diritto”, si è trasformata in eterolimitazione, imposta da una fonte costituzionale sovraordinata e rigida. Risultato: la perdita della sovranità!” (cit. in F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 74).

30 Alcuni osservano come parlare di sovranità sia oramai anacronistico anche per altri motivi: tra questi, Matteucci, il quale nota come “in realtà, con la progressiva giuridicizzazione dello stato e con la sua corrispettiva riduzione a ordinamento, ha poco senso parlare di sovranità” (N. Matteucci, Voce *Sovranità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 914).

31 Questa opinione non è però universalmente condivisa: si può pensare a quanto sostenuto, ad esempio, da Tullio Treves, il quale, evidenziando come il ruolo degli Stati abbia subito e stia subendo una trasformazione (tanto nel senso di un’estensione dei poteri quanto nel senso di un restringimento degli stessi in diversi settori), si oppone

Se si ammette questo, la sovranità è allora inevitabilmente compromessa: ciò risulta anche, con particolare evidenza, considerando il caso dell'Unione Europea. Dal sistema giuridico e politico dell'Unione, infatti, è del tutto assente una sovranità assoluta o unitaria: né sotto il profilo politico né sotto quello giuridico alcuno Stato membro dispone di un illimitato potere sui propri affari interni. Politicamente, l'Unione ne condiziona gli interessi vitali e pertanto esercita su alcune materie un potere che si impone su quello degli Stati membri. Giuridicamente, la legislazione comunitaria vincola gli Stati membri e si impone sul diritto statale interno alla luce dei rispettivi criteri di efficacia. Pertanto gli Stati non sono più titolari di una piena sovranità sul versante esterno, né alcuno dei loro organi interni può essere considerato come legittimo detentore della sovranità sul versante interno; né gli Stati a loro volta dispongono di un'incontrastata sovranità politica. Pertanto, non è possibile argomentare credibilmente che ogni membro dell'Unione resti uno Stato politicamente o giuridicamente sovrano, nel senso stretto e tradizionale che si attribuisce a tali termini.

Sul piano interno, gli enti locali e le società intermedie in genere impongono con sempre maggiore incidenza la propria voce sul piano giuridico e politico, con la conseguenza che il ruolo dello Stato centrale risulta fortemente ridimensionato.

Da queste brevi considerazioni e da quanto esposto precedentemente, emerge allora la necessità di individuare un nuovo paradigma di riferimento che si sostituisca a quello della sovranità e all'idea statocentrica che ad esso si accompagnava: la prospettiva da cui è necessario porsi nel nuovo scenario è quella che colloca al centro i diritti umani, in quel-

all'idea di una "erosione" della sovranità: "la posizione centrale dello Stato rimane peraltro incontrastata. Gli Stati rappresentano ancora oggi la massima concentrazione di forza coattiva". Cosicché gli Stati rimarrebbero sovrani e il fenomeno rappresentato, ad esempio, dall'Organizzazione delle Nazioni Unite una "manifestazione più recente della cooperazione tra Stati sovrani e indipendenti", dal momento che in essa non pare "potersi riscontrare qualche cosa che denoti un superamento, o un inizio di superamento, della tradizionale struttura della società internazionale. Ci vorrebbe ben altro per scuotere nelle sue basi una realtà sociale fondata sulla coesistenza e giustapposizione di una pluralità di centri di potere politici sovrani e indipendenti!". La struttura della società internazionale risulterebbe allora, in questa prospettiva, rappresentata "dalla coesistenza di una pluralità di enti sovrani e *superiorem non recognoscentes*, che stabilmente intrattengono una vita di relazione tra di loro e che vicendevolmente si riconoscono nella loro sovranità e indipendenza" (T. Treves, *Diritto Internazionale, Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 32, 135).

la che può essere definita come prospettiva umanocentrica. Ciò tanto nell'ottica internazionale³² quanto in quella interna.

Il principio di riferimento deve allora divenire quello di sussidiarietà: essa, come è stato acutamente osservato, “è sia una formula di organizzazione sia un valore costituzionale di tutela della centralità della persona umana”, sostanziandosi in un “criterio sostanziale di adeguamento dei processi formali alla natura delle cose”³³.

Il principio di sussidiarietà, prima ancora di trovare precisa collocazione giuridica in ambito comunitario e nazionale, ha avuto grandissima rilevanza nella dottrina sociale della Chiesa³⁴, tanto nell'enciclica *Rerum Novarum* promulgata nel 1891 da Papa Leone XIII, quanto nella *Quadragesimo Anno*, promulgata nel 1931 da Papa Pio XI: in tali documenti emerge l'idea, destinata ad affermarsi poi in molteplici ambiti, per cui l'ente di livello superiore deve intervenire solo ove necessario e nel senso di *prestare aiuto, subsidium* (dove sussidiarietà)³⁵. Emblematiche in tal senso le parole di Leone XIII: “non è giusto che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato; è giusto, invece, che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altri diritti”.

Conseguentemente, come evidenziato cinquant'anni dopo da Pio XI,

32 La politica internazionale è cambiata strutturalmente, proceduralmente e sostanzialmente negli ultimi anni, risultando ora finalizzata non alle esigenze di Stati sovrani ma al soddisfacimento di bisogni umani.

In questo senso, la diffusione della nuova *lex mercatoria* ha comportato anche la riscoperta della centralità dell'autonomia privata, nel momento del fenomeno contrattuale, ovvero come momento in cui il singolo pone da sé le regole della propria azione: in tal senso, i precetti “autonomamente assunti vanno ad inserirsi nel contesto dell'ordinamento giuridico, cioè del processo mediante il quale si ordinano le relazioni della comunità alla luce di quello che è il suo bene, il principio cioè diretto a permettere ai consociati di stare insieme senza pregiudicare ma, anzi, sviluppando le proprie capacità” (L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006, p. 112).

33 A. Carrino, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione Europea*, Bari, 2005, p. 175.

34 Va del resto ricordato come nel saggio del 1992 *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondaments de l'histoire européenne*, Chantal Million Delsol abbia sostenuto che l'idea di sussidiarietà abbia ispirato la politica europea sin dalle sue origini aristoteliche (si veda F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 88).

35 Si richiama in proposito la metafora dell'assorbire e dell'aiutare di Francesco Gentile citata *Supra*, *Parte Seconda*.

“come non si può sottrarre all’uomo ed affidare alla società ciò che egli può compiere autonomamente e con le proprie forze, così è illegale attribuire all’ambito sociale più esteso e sovrapposto quei compiti che gli ambiti sociali più limitati e subordinati potrebbero compiere e condurre a buon fine; ciò è contemporaneamente dannoso e distrutturante per l’intero ordine sociale. Ogni attività sociale è, secondo la sua natura, sussidiaria: deve sostenere le componenti del corpo sociale, ma mai distruggerle o assorbirle”.

La sussidiarietà, come accennato, è stata consacrata quale principio fondamentale dell’Unione Europea dall’articolo 5 del Trattato di Maastricht, ai sensi del quale: “la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”³⁶.

Tale principio, dunque, comporta che le decisioni, e le rispettive azioni, vengano prese al livello più vicino ai cittadini, per cui ciò che non può

36 Il Trattato di Lisbona ha modificato tale norma come segue “in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata e degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”.

Si possono ricordare anche il Preambolo del Trattato, dove i sottoscrittori dichiarano formalmente di essere “decisi a portare avanti il processo di creazione di un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà” e il paragrafo 7 del Protocollo di Amsterdam (Protocollo n. 30 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), a norma del quale: “per quanto concerne natura ed estensione dell’azione comunitaria, le misure della Comunità dovrebbero essere tali da consentire tanto spazio alla decisione nazionale quanto sia possibile, in compatibilità con gli scopi della misura comunitaria in questione e con l’osservanza di quanto è stabilito nel trattato. Nel prestare osservanza al diritto comunitario, si dovrebbe riservare attenzione al rispetto delle situazioni organizzative che si sono consolidate a livello nazionale ed all’organizzazione e al funzionamento dei sistemi giuridici degli Stati membri. Qualora siano appropriate e soggette alla necessità di un’adeguata esecuzione, le misure comunitarie dovrebbero fare in modo di assicurare agli Stati membri l’opzione tra possibilità alternative volte al conseguimento degli obiettivi delle misure in questione”.

essere deciso a livello locale e nazionale, deve esserlo a livello internazionale (regionale, continentale, mondiale)³⁷. In quest'ottica, pertanto, le esigenze degli Stati e di qualsiasi altro sistema vengono subordinate al soddisfacimento dei bisogni vitali delle persone e delle comunità umane³⁸. Il principio di sussidiarietà postula quindi un *avvicinamento* delle decisioni all'uomo, attribuendo grande rilevanza ai livelli ad esso più prossimi³⁹: corollario di ciò è, con tutta evidenza, che – in virtù di tale prin-

37 A tal proposito, Antonio Papisca e Marco Mascia affermano che “un altro modo di formulare tale principio è il seguente: ove si pone un problema mondiale, ivi deve essere un'autorità deputata a efficacemente risolverlo, con la partecipazione dei popoli interessati: è lo stesso principio federalista formulato come principio di mondialità o di governatività mondiale democratica” (A. Papisca, M. Mascia, *Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani*, Padova, 2004, p. 188).

38 La politica – anche mondiale – viene quindi ora postulata come necessaria a soddisfare i bisogni umani, quelli dei singoli e quelli delle comunità (popoli, gruppi, minoranze, popolazioni autoctone), non più soltanto le esigenze di sovranità (indipendenza, sicurezza, integrità territoriale) degli Stati.

39 Tra essi, vi sono certamente le città. In tal senso, risulta senz'altro opportuno ricordare le riflessioni sviluppate negli anni Cinquanta da Giorgio La Pira circa il ruolo delle città.

Il sindaco di Firenze, in particolare, fu un convinto sostenitore del possibile ruolo attivo delle città per la costruzione della pace mondiale: si pensi al discorso inaugurale del Convegno dei Sindaci (nel 1955 La Pira invitò a Firenze i Sindaci della città capitali del mondo per riflettere su tale ruolo delle città), ove egli affermò: “Daremo vita, per così dire, ad uno strumento diplomatico nuovo: uno strumento che esprime la volontà di pace delle città del mondo intiero e che tesse un patto di fraternità alla base stessa della vita delle Nazioni” (si veda <http://www.lapira.org>). La Pira muoveva infatti dalla convinzione che le città fossero parte di una stessa “famiglia” (“non si vede che tutte le nostre città sono città sorelle, membri d'una sola famiglia, elementi essenziali di una identica tradizione? Germogliate – per così dire – sullo stesso spazio, sotto l'impulso della stessa fede, dello stesso pensiero, della stessa speranza, d'un solo amore? Perché si indugia oltre nel renderle parti vive d'una sola unità sociale e politica?”).

Di conseguenza, La Pira era profondamente convinto che il ruolo delle città nella storia fosse fondamentale, e che il destino delle città fosse determinante per il destino degli uomini, di modo che il fatto che le città si promettano reciprocamente amicizia e pace (*pax et bonum*) serve “a costruire, a suo modo, l'edificio tanto complesso e difficoltoso della pace fra i popoli”. In tal senso, il sindaco di Firenze, in occasione del Congresso della Federazione Mondiale delle Città Gemellate (FMVJ), nel 1967, affermò: “c'è una terza cosa che le città intendono fare in questo Congresso di Parigi: collaborare alla unità del mondo, alla unità delle nazioni: esse vogliono unirsi per unire le nazioni; per unire il mondo. Vogliono creare un sistema di ponti – scientifici, tecnici, economici, commerciali, urbanistici, politici, sociali, culturali, spirituali – che unisca le une alle altre, in modo organico, le città grandi e piccole del mondo intero. Se

cipio – il diritto possa sorgere ai livelli più prossimi all’uomo stesso. Il principio di sussidiarietà consente quindi di dar conto del ruolo assunto dai *mercanti* e dalle società intermedie nella creazione di nuovo diritto⁴⁰.

l’unità delle nazioni non è ancora possibile [...] noi pensiamo che sia possibile l’unità delle città, il loro collegamento organico attraverso l’intero pianeta. [...] Questa è l’idea nuova, la finalità nuova dei gemellaggi fra le città: costruire un sistema di ponti che si estenda su tutto il mondo e che realizzi a livello delle città, l’unità di tutti i popoli, di tutte le città e di tutte le nazioni. Le città unite: l’altro volto – integratore ed in certo modo essenziale – delle nazioni unite! [...] L’unità di base – attraverso le città – fra i popoli di tutto il mondo: unito integralmente alla base, il mondo sarà più capace di essere effettivamente ed integralmente unito al vertice. Progetto solo ideale? Un sogno? No; realtà storica che può essere rapidamente sviluppata proprio nel nostro tempo: realtà destinata a rinnovare, rinsaldandolo alla base ed integrandolo al vertice, l’edificio ancora fragile ed incompleto delle Nazioni Unite”.

Le riflessioni di La Pira hanno trovato, diversi anni dopo, una pratica applicazione a livello mondiale, con la cosiddetta *city diplomacy*, termine con cui si fa riferimento al ruolo internazionale degli enti di governo locali, sul presupposto che la soggettività giuridica internazionale non sia più attribuito solamente statale. Negli ultimi anni si sono sviluppate varie formazioni organizzate che si occupano di questo tema: tra esse, la *United Cities and Local Governments* (UCLG), un’organizzazione non governativa (risultante dalla fusione di *United Cities* e dell’*International Union of Local Authorities*) con status consultivo presso le Nazioni Unite, la cui finalità generale è quella della promozione dell’autonomia locale a tutti i livelli. Oltre a questa organizzazione, va ricordato un organo interno alle Nazioni Unite (con competenza nel settore Habitat, sorto cioè all’interno dell’Agenda 21, programma delle Nazioni Unite, approvato durante il vertice di Rio del 1992, dedicato allo sviluppo sostenibile): *United Nations Advisory Committee of Local Authorities* (UNACLA), che si occupa della gestione degli insediamenti umani secondo i parametri dello sviluppo umano, con particolare attenzione ai temi dell’ambiente.

Il movimento dell’autonomia locale si proietta al mondo intero, in particolare alle Nazioni Unite, allo scopo di far adottare una Dichiarazione delle Nazioni Unite sull’autonomia locale come principio universale, far adottare una convenzione-quadro internazionale per l’istituzione del *Raggruppamento Internazionale di Cooperazione Territoriale*, estendere il principio della responsabilità di proteggere dagli Stati ai governi locali.

L’azione della *city diplomacy* è intesa come complementare alla diplomazia degli Stati, lavorando le autorità locali a diversi livelli e con diversi obiettivi, fornendo un effettivo supporto agli Stati, con l’idea di una *governance* su più livelli. In particolare, mentre l’azione statale aspira a risolvere problemi politici a livello di Stato, la *city diplomacy* è diretta al benessere dei cittadini, e può inoltre spesso giocare un ruolo positivo e stabilizzante, ad esempio, nell’interazione tra cittadini e governi nazionali.

40 Il rilievo attribuito alle comunità locali risulta del resto ammesso dalle stesse Istituzioni sovranazionali: basti pensare alla Carta europea dell’autonomia locale del Consiglio d’Europa del 15 ottobre 1985, ove, dopo aver definito l’autonomia locale

Francesco Gentile, nell'analizzare tale fondamentale principio, dopo aver sottolineato come sovranità e sussidiarietà siano inconciliabili⁴¹, ha

come “il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante degli affari pubblici” si afferma tra l'altro che “le collettività locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico, [...] che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione degli affari pubblici fa parte dei principi democratici comuni a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa e [...] che è a livello locale che il predetto diritto può essere esercitato il più direttamente possibile”.

In ambito europeo, il ruolo fondamentale riconosciuto agli enti locali ha anche precisi risvolti pratici: basti pensare al GECT (Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale, *EGTC European Grouping of Territorial Cooperation*), istituito con Regolamento CE n. 1082/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006. Si tratta di uno strumento di cooperazione a livello comunitario nel contesto della riforma della politica regionale, con lo scopo di agevolare e promuovere la cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale tra i suoi membri. Il gruppo è composto da Stati membri, autorità regionali, autorità locali o organismi di diritto pubblico a titolo facoltativo: si tratta di una formula inedita in quanto consente di associare enti di diversi Stati membri senza la necessità di sottoscrivere dapprima un accordo internazionale, ratificato dai parlamenti nazionali (gli Stati membri devono tuttavia approvare la partecipazione al GECT dei potenziali membri sul rispettivo territorio). Le competenze del GECT sono stabilite tramite una convenzione di cooperazione elaborata e approvata dai suoi membri, che decidono se costituire il GECT come entità giuridica separata o se affidare i compiti ad uno di loro. Nei limiti delle sue attribuzioni, il GECT agisce in nome e per conto dei suoi membri. Esso possiede a tal fine la capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali.

41 Essendo, peraltro, espressioni di due concezioni filosofiche opposte, cioè, per la sovranità, quella delle cosiddette geometrie legali e, per la sussidiarietà, quella dialettica: “se si rimane, e nella misura in cui si rimane, nell'ottica della sovranità non avrei dubbio a rispondere che non v'è spazio per la sussidiarietà. Il fatto è che, con l'Unione Europea, e prima la Comunità Europea, si è instaurato “un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato in settori sempre più ampi ai loro poteri sovrani”, senza assumere esso, “l'ordinamento giuridico di nuovo genere”, i connotati di una volontà sovrana, essendo piuttosto il risultato di una trama di diverse autonomie, nessuna delle quali pretende di valere in assoluto ed esclusivamente, nessuna *per se stat*, avulsa da tutto il resto, ché anzi ciascuna è inserita nel fitto tessuto di relazioni che la condiziona e la concretizza, una trama intessuta sulla base della sussidiarietà per la quale “le decisioni sono prese il più vicino possibile ai cittadini”. Avendo l'avvertenza di essere consapevoli che “il livello più vicino al cittadino è il cittadino stesso”, la sua autonomia, la sua capacità di darsi una regola di condotta secondo giustizia” (F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., pp. 112-113). In proposito è stato rilevato come: “nel caso della sussidiarietà [...], l'intervento

rilevato come il principio di sussidiarietà si regga sulla pluralità delle fonti normative⁴²: “in funzione dell’adeguatezza effettiva e reale dell’intervento ai fini del conseguimento dell’obiettivo perseguito”, cosicché il criterio fondamentale diviene quello della funzionalità (e non più soltanto quello della competenza), ossia “dell’idoneità degli strumenti al perseguimento degli obiettivi e dell’adeguatezza di questi alla natura”. In tal modo, si dovrebbe poter pervenire al “superamento della virtualità del sistema legale di stampo modernamente geometrico e [...] al recupero della naturalezza dell’ordinamento giuridico dei rapporti interpersonali di stampo classicamente dialettico”⁴³.

In effetti, la questione sottesa a tutta la riflessione che si sta svolgendo è l’affermarsi di un fenomeno di pluralismo giuridico⁴⁴, dal momento che

dell’autorità politica è tenuto a misurarsi con i *contenuti* delle iniziative prescelte, *ampliandosi e restringendosi* a seconda che le circostanze lo richiedano. Nel caso del principio di sovranità, invece, è prevista la *ripartizione formale* delle competenze sulla base della titolarità e le autorizzazioni stabilite dalle disposizioni gerarchicamente sovraordinate” (U. Pagallo, *Alle fonti del diritto*, cit., pp. 248-249).

42 A questo proposito, l’Autore ha osservato che in tal modo viene “stabilito il principio generale del diritto comune europeo, principio del tutto nuovo e per certi aspetti “rivoluzionario”, della pluralità delle fonti normative, almeno nel campo degli interventi pubblici in economia, sulla base non di competenze astrattamente e convenzionalmente definite, cioè sulla base di competenze puramente formali, ma in funzione della adeguatezza effettiva e reale dell’intervento ai fini del conseguimento dell’obiettivo fissato. In altri termini, la competenza delle istituzioni pubbliche è determinata in ragione della loro reale capacità di raggiungere gli obiettivi di rilevanza comune” (F. Gentile, *Europa 2004*, cit.).

43 F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 62.

44 Come rilevato da Marco Cossutta, “senza voler indugiare ancora sui problemi sollevati dall’intreccio formale delle fonti, è possibile ipotizzare che questa compresenza nello specifico caso dia vita ad un fenomeno riconducibile al pluralismo giuridico, ove, per l’appunto, si riscontri la vigenza nello stesso ambito territoriale di due distinti ordinamenti giuridici, le cui disposizioni ritrovino applicazione da parte di un unico organo giurisdizionale, il giudice nazionale che è chiamato, di volta in volta, a dar vigore all’ordinamento nazionale e/o all’ordinamento comunitario, tanto da indurre l’osservatore ad azzardare un recupero delle categorie interpretative del diritto comune al fine di indagare il fenomeno” (M. Cossutta, *Questioni sulle fonti del diritto*, cit., pp. 37-38): dall’analisi sinora svolta risulta evidente come il fenomeno del pluralismo emerga tanto rispetto alle fonti comunitarie quanto alla presenza di nuove forme di ordinamenti giuridici sorti “dal basso”. Non va del resto dimenticata la rilevanza, nell’ambito di una riflessione sul pluralismo giuridico, del ruolo assunto dal diritto internazionale privato: per un approfondimento si rimanda al succitato volume di Cossutta.

è oggi innegabile che l'ordinamento giuridico sia assolutamente permeabile a disposizioni ad esso esterne.

Ammettere il pluralismo giuridico consente del resto di riconoscere "l'essenza del fenomeno giuridico nel rapporto, nella relazione fra soggetti dotati di pari dignità"⁴⁵. Il riconoscimento di un pluralismo giuridico *insito* nell'ordinamento può essere del resto rinvenuto già nel 1948 allorché, nel discutere su *Il valore della Costituzione italiana*, Giorgio La Pira osservava come "l'ordinamento giuridico positivo – riservato, come compito essenziale, alla società politica (lo Stato) – non è un ordinamento assoluto, ma relativo: esso, cioè, presuppone ordinamenti giuridici anteriori che esso deve, col suo apparato di strumenti giuridici riconoscere, garantire e promuovere".

Ai fini della presente analisi risulta particolarmente rilevante analizzare il quadro delineatosi nell'ordinamento nazionale, laddove il principio di sussidiarietà ha trovato formale riconoscimento nella nuova versione dell'art. 118 Cost., così come modificato in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione avvenuta con Legge Costituzionale n. 3 del 2001. Tale norma al primo comma prevede infatti espressamente che "le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza" e, al quarto comma, che "Stato, regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Il citato comma quarto, in particolare, ben si colloca nella prospettiva di pluralismo poc'anzi delineata, dal momento che esso riconosce e tutela espressamente l'autonomia privata (e, quindi, l'iniziativa dei singoli e delle società intermedie).

Il nuovo assetto delineatosi comporta quindi che "la cura concreta degli interessi pubblici viene [...] perseguita e ripartita secondo il principio di sussidiarietà, ovvero, secondo un andamento che dal basso risale verso

45 *Ivi.*, p. 44. In tal senso è utile ricordare quanto osservato da Rimoli circa la necessità che l'ordine giuridico si volga "al fine dell'integrazione della pluralità, ovvero alla realizzazione di un processo partecipativo ed aperto di assunzione di decisioni collettive, tale da permettere cioè un grado di ottimale conseguimento dei propri obiettivi per ciascuna delle istanze emergenti, nel quadro di una ricomposizione non autoritativa dei conflitti potenziali e di reciproca soddisfazione" (F. Rimoli, *Voce Pluralismo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1997).

l'alto"⁴⁶. Si ha, quindi, un *avvicinamento* ai singoli individui, stravolgendo il classico rapporto tra privati e istituzioni, *avvicinamento* che implica un superamento del divario tra Paese reale e Paese legale, e ciò in una superiore ottica di tutela del Bene comune, "del Bene cioè che accomuna una molteplicità di soggetti diversi facendone, appunto, una comunità"⁴⁷. Un mutamento di prospettiva, che dalla sovranità viri alla sussidiarietà, consente di riconoscere come il centro dell'esperienza giuridica risieda nella persona umana: è proprio questo riconoscimento che consente di comprendere quale sia la ragione per cui il classico assetto delle fonti normative non risulta più adeguato. Tale ragione consiste in ciò: nella dimenticanza di come "il diritto oggettivo sorga dalla capacità ordinatrice dei propri interessi dispiegata dai privati e non, secondo prospettive ben radicate nella cultura giuridica, dalla volontà ordinatoria del sovrano"⁴⁸. L'attività dei privati può del resto dimostrarsi in grado di essere preferibile a quella statale anche per i risultati che può ottenere: "l'attività regolamentare dei privati sembra, dunque, concorrere con quella dello Stato – molte volte in modo reputato più efficiente e più aderente alle specificità dei settori di mercato oggetto di regolamentazione – nella costruzione del c.d. nuovo diritto uniforme"⁴⁹.

Il riconoscimento del ruolo degli enti intermedi e dell'autonomia in genere risulta del resto funzionale – in un'ottica più ampia – alla creazione di una *governance* che sia capace di divenire realmente globale: ciò è infatti necessario nel mondo attuale, ove il numero delle variabili coinvolte è sempre più alto. Come osservato da Corrado Passera, "gli stati nazionali vedono ridurre la propria sovranità a fronte del crescente potere dei network transnazionali e sono sempre meno in grado di incidere sui sistemi interni – dalla fiscalità alla formazione dei redditi. [...] la sovranità degli stati è più limitata perché molte delle variabili in gioco non sono più manovrabili. [...] Gli stati nazionali perdono potere verso l'alto: le macroregioni, i grandi organismi internazionali (Fondo Monetario Internazionale, Banca Mondiale, Organizzazione Mondiale del Commercio ecc) e verso il basso: le regioni interne più dinamiche e le cosiddette "città globali", che giocano un ruolo propulsivo nell'eco-

46 M. Cossutta, *Questioni sulle fonti del diritto*, cit., pp. 84-85.

47 F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 87.

48 M. Cossutta, *Questioni sulle fonti del diritto*, cit., p. 101.

49 F. Sbordone, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., p. 69.

nomia globale, come New York e Londra nella produzione e commercio di prodotti finanziari”⁵⁰.

Tutto ciò comporta profonde trasformazioni strutturali dello Stato, come la rinuncia agli attributi della sovranità armata e l'accettazione della politica della sicurezza internazionale collettiva invece delle singole, separate politiche di sicurezza nazionale. Strutture di *global governance*, democraticamente legittimate e partecipate, sono l'alternativa al deperimento organico degli Stati. È allora difficile non ammettere che gli Stati debbano accettare il principio di sovranazionalità degli organismi multilaterali di sicurezza collettiva e gradualmente trasformarsi in strutture di raccordo tra i livelli sub-nazionali (municipali, regionali) e quelli superiori continentali e mondiali della politica: “all'interno di un approccio analitico che dia il necessario rilievo anche all'aspetto normativo, è dato ipotizzare che la “sostenibilità” della “forma stato” risieda nella sua capacità di adattarsi a processi di strutturazione federalista dello spazio geopolitico planetario”⁵¹.

In questa prospettiva generale, una riscoperta della centralità dell'uomo, pertanto, risulta prodromica a qualsiasi teoria che possa dimostrarsi realmente capace di decifrare l'attuale panorama giuridico e le ragioni a fondamento delle fonti di produzione giuridica così come concretamente dipanantesi nella società: “rompere il monopolio statualistico del

50 L. Caracciolo, *Nel mondo 'globale' gli stati servono ancora*, in *Limes*, n. 2/1997 – *Euro o non Euro*, p. 238.

51 A. Papisca, M. Mascia, *Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani*, cit., pp. 244-246. Utile ricordare infine le riflessioni di Elvio Ancona: “lo stato è ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi. È troppo grande per la maggior parte delle sue attuali funzioni amministrative, le quali richiedono, anche dove non sono in atto spinte disgregatrici o separatiste, forme di autonomia o di organizzazione federale in contrasto con i vecchi modelli centralistici. Ma soprattutto è troppo piccolo rispetto alle funzioni di governo e di tutela rese necessarie dai processi di internazionalizzazione dell'economia e dalle sempre più fitte interdipendenze che ormai condizionano irreversibilmente la vita di tutti i popoli del mondo” con la conseguenza che “i processi di integrazione e di disintegrazione sopranazionale rivelano l'impotenza dello stato nazionale ad affrontare quale soggetto sovrano le sfide del tempo presente [...] è del tutto evidente però che tale crisi non è solo una crisi di effettività, ma anche una crisi di legittimità, non riguarda solo il suo soggetto, ma concerne, riaprendolo, il problema della stessa fondazione giuridica dell'ordine politico” (E. Ancona, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino, 2004, pp. 4-6.).

diritto, anche auspicando l'autonomia dell'interprete della disposizione legislativa, [...] appare operazione [...] orientata a riscoprire l'origine *politica*, ovvero *sociale*, del diritto"⁵².

52 M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, cit., p. 136.

PARTE TERZA
OLTRE IL POSITIVISMO GIURIDICO

Da quanto emerso nel corso della *Seconda Parte* della presente ricerca, risulta chiaro come le teorie formalistico-positivistiche analizzate nella *Prima Parte* non siano in grado di dar conto di quella che è – attualmente – l’esperienza giuridica.

Tale constatazione è in effetti alla base dell’emergere delle teorie anti-formalistiche: come è stato osservato, infatti, queste “si costituiscono non tanto in opposizione preconcepita al positivismo, bensì a seguito dell’emergere dell’incapacità della teoria classica del positivismo di dominare l’assetto giuridico e politico che veniva delineandosi con sempre maggiore chiarezza agli albori del Ventesimo secolo”¹.

Nel panorama tracciato risulta allora necessario che l’interprete si impegni concretamente per riscoprire il legame tra fatto e diritto, così da poter legare “il diritto all’evoluzione sociale, all’emergere in seno alla società di valori ed istanze che il puro e semplice testo contenente la disposizione posta dal legislatore non può, per sua natura, recepire. Si tratta di aprire il mondo del diritto all’esperienza, fondando il diritto sui fatti sociali, più che su astratte manifestazioni di volontà, e si tratta anche (e soprattutto) di rendere il diritto uno strumento di ammortizzazione del conflitto sociale, auspicando che questo perda la sua granitica crosta di strumento di controllo sociale per assumere le vesti, se calato nei fatti, di momento di mediazione sociale”².

1 M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell’attività interpretativa*, cit., p. 112.

2 *Ivi*, p. 114.

Tra le più rilevanti reazioni al formalismo giuspositivista, nel Novecento emergono due correnti: il realismo giuridico (nelle declinazioni americana e scandinava) e il neocostituzionalismo.

Entrambe trovano la loro origine nei limiti che il giuspositivismo aveva mostrato di fronte ai mutamenti strutturali dell'esperienza giuridica, che non pareva più in grado di spiegare.

Il realismo giuridico tenta allora di render conto dell'importanza sempre maggiore della prassi e del momento giurisprudenziale, ma non riesce a rispondere adeguatamente alle istanze sempre più pressanti relative all'aspetto valoriale del diritto. Tali questioni sembrano però trovare soluzione con la proposta neocostituzionalista, per la quale la connessione tra diritto e morale rappresenta un aspetto fondamentale.

Sembra quindi, al termine dello studio fin qui compiuto, di aver ritrovato una costruzione che permetta di dar conto della centralità dell'uomo e dei suoi diritti, diritti che non vengono concessi, ma *riconosciuti*: “riconoscere, in effetti, non significa soltanto approvare, accettare o ammettere alcunché, che non dipende da coloro che approvano, accettano o ammettono qualche cosa. Il riconoscimento non consiste soltanto nel prender atto delle identità che affiorano attraverso le differenze costitutive delle istituzioni. Riconoscere vuol dire soprattutto conoscere “nuovamente” il nuovo nella radicale problematicità dell'esperienza”³.

3 U. Pagallo, *Alle fonti del diritto*, cit., p. 3.

CAPITOLO I

IL REALISMO GIURIDICO

SOMMARIO

1. Il realismo giuridico americano; 2. Il realismo giuridico scandinavo; Concludendo

Tra le principali dottrine giuridiche del Novecento va senz'altro annoverato il realismo giuridico, teoria che si inserisce nel filone antiformalistico ed è caratterizzata dall'avversione alla metafisica e dalla riduzione del reale a ciò che può essere empiricamente verificato.

Nel tracciare le linee essenziali del realismo giuridico, Giovanni Tarello ha posto in evidenza come nei primi decenni del Novecento “nei paesi di *common law*, il termine «realismo» venisse usato con una certa frequenza per indicare il modo con cui, nel descrivere taluni aspetti dell'esperienza giuridica, si prescindeva dagli schemi offerti dalla tradizione dottrinale, e particolarmente da quello schema secondo cui il giudice non crea diritto ma si limita ad applicarlo”¹.

1 G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 2. Tarello ricorda le parole di Harold J. Laski nel 1926, allorché questi osservò come “la finzione secondo cui i giudici non legiferano è stata da tempo abbandonata da coloro che perseguono una «*conscious and realistic jurisprudence*»” (H.J. Laski, *Judicial review of social policy in England*, in *H.L.R.*, XXXIX, 1926, p. 832).

Si distinguono, all'interno del realismo giuridico², due grandi correnti, quella americana³ e quella scandinava⁴. Se per la prima, come meglio si vedrà oltre, il diritto è il risultato non di norme generali e astratte ma del complesso delle concrete decisioni dei giudici, per la seconda oggetto della scienza giuridica devono essere solo gli aspetti del diritto aventi una esistenza effettiva in quanto unici a poter davvero influenzare i comportamenti umani.

Una delle ragioni, forse la principale, della differenza tra i due filoni risiede nel diverso sistema giuridico di riferimento: sistema di *common law* per gli americani, sistema di *civil law* per gli scandinavi. Così, se gli americani analizzarono prettamente il momento dell'applicazione del diritto (e, quindi, il processo e l'operato dei giudici), gli scandinavi procedettero ad un'analisi stringente dei concetti di validità, norma, diritto soggettivo, responsabilità, dovere.

Ai fini della presente analisi, va sottolineato come una delle peculiarità del giusrealismo fu quella di aver attribuito particolare rilevanza all'effettiva operatività del diritto nella società e alla sua applicazione da parte dei giudici, e ciò in antitesi al formalismo tipico del giuspositivismo.

1. IL REALISMO GIURIDICO AMERICANO

Caratteristica principale, come già accennato, della declinazione americana⁵ del realismo giuridico è stata, come puntualmente rilevato, "l'idea

2 Va rilevato come l'espressione "realismo giuridico" sia stata variamente impiegata: in tal senso, Tarello enucleò quattro diverse accezioni, "a) per designare teorie relative alla definizione del concetto di diritto; b) per designare teorie relative all'identificazione del campo di studio dei giuristi; c) per designare teorie relative alla natura di particolari fenomeni o di particolari istituti giuridici; d) per designare teorie relative alla c.d. «interpretazione del diritto», o meglio alla individuazione dei precetti giuridici da parte degli organi giudiziari e amministrativi" (G. Tarello, *I diversi significati dell'espressione «realismo giuridico»*, estratto dalla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, 1966, p. 4).

3 Tra i principali esponenti vanno certamente annoverati Jerome Frank (1899-1957), Karl L. Llewellyn (1893-1962), Oliver W. Holmes (1841-1935), Benjamin N. Cardozo (1870-1938), Roscoe Pound (1870-1964).

4 Tra i principali autori riconducibili a tale corrente vanno ricordati Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980), Alf Ross (1899-1979).

5 Filone che si sviluppò, da un punto di vista prettamente cronologico, nel periodo che va dal 1925 al 1940.

che il diritto dovesse essere riportato a contatto con la realtà e che le categorie giuridiche dovessero riflettere ed esprimere la realtà sociale”⁶. Ai fini della ricostruzione di tale filone del realismo giuridico occorre fare riferimento alla già ricordata opera di Giovanni Tarello, il quale, riprendendo uno spunto metodologico di Jerome N. Frank, propose di distinguere due sottogruppi di autori definibili “realisti”⁷. Il primo sottogruppo comprenderebbe coloro che rivolsero la loro attenzione critica, in particolare, alla nozione di regola giuridica (Tarello li definisce “scettici rispetto alle regole”), il secondo coloro che, invece, accanto alla nozione di regole, si soffermarono sui processi di determinazione dei fatti presupposti o qualificati dalle regole (“scettici rispetto ai fatti”). Al primo sottogruppo sarebbe riferibile, quale autore più influente, Llewellyn, mentre al secondo potrebbero ricondursi filosofi quali Frank, Radin, Arnold e Douglas.

Come meglio si vedrà, la prospettiva del realismo giuridico americano presenta diverse affinità con la struttura del mondo giuridico anglo-

6 C. Faralli, *L'eredità del realismo giuridico americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2006, p. 120.

Pound sottolineò come realismo significasse “fedeltà alla natura, esigenza di descrivere i fatti così come realmente sono, invece di descriverli come ci si immagina che siano, o come si desidera che siano, o come si ritiene che dovrebbero essere” (R. Pound, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 1931, p. 697).

7 Va precisato come grande influenza sul movimento realista fu esercitata da Oliver W. Holmes (che fu, tra l'altro, Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti) e, in particolare, dalla sua opera *The common law* (1881) e dagli articoli *The path of the law* (1897) e *Law in science e science in law* (1899). Egli considerò il diritto non come struttura normativa ma come un fatto sociale, un “documento antropologico” e compito del giurista l'applicare il diritto *vivo* e non quello *atrofizzato*.

Come rilevato da Tarello, per Holmes “i processi attraverso i quali si evolvono gli ordinamenti giuridici, cioè [...] i processi di decisione giudiziaria che portano alla formazione di regole, sono condizionati non tanto da sviluppi sillogistici di regole precedentemente formulate quanto da una serie di fattori in senso lato sociali che vanno dalla struttura degli interessi in gioco sino alle teorie politiche dominanti ed ai pregiudizi dei singoli giudici” (G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 39). Holmes, contrariamente a quanto ritenuto da certa parte dei realisti, ritenne che compito della scienza giuridica potesse allora essere quello di prevedere come i giudici avrebbero risolto possibili casi futuri e ciò in quanto, a parità di condizioni, le ragioni alla base di decisioni passate avrebbero potuto essere poste alla base di decisioni future. Il realismo giuridico risulta, del resto, fortemente condizionato dai movimenti pragmatisti che l'avevano preceduto (e tra i cui esponenti, oltre al già menzionato Holmes, va senz'altro ricordato Dewey).

sassone, vale a dire con un sistema, come noto, “aperto”, in continua evoluzione⁸.

Peculiarità di tale scuola fu senz’altro quella di intendere la giurisprudenza come “scienza” e ciò nel senso di ritenere che essa, avendo ad oggetto l’osservazione di fatti passati e di tecniche rivelatesi efficaci, potesse formulare previsioni sufficientemente garantite sugli avvenimenti futuri: per i realisti americani, infatti, oggetto della scienza giuridica sarebbero i fatti e non i sistemi normativi.

Llewellyn fu sostenitore della tesi per cui il diritto (e con esso la scienza giuridica) non si ridurrebbe ad un insieme di norme ma andrebbe inteso come la previsione di come i giudici si comporteranno nella decisione di casi futuri: ciò ha come obiettivo, tra l’altro, quello di garantire un’esigenza di certezza giuridica. Alla base di ciò vi è la convinzione che sia possibile stabilire alcune regole “reali” descrittive di uniformità o regolarità del comportamento giudiziale, regole che potrebbero essere utilizzate ai fini di prevedere i risultati di possibili controversie future.

Il secondo sottogruppo – quello degli “scettici rispetto ai fatti” – invece, pur considerando la certezza un valore auspicabile, ritiene che l’esito di controversie future non sia prevedibile poiché le decisioni si fondano su fatti e i fatti si determinerebbero durante la decisione, non essendo precostituiti. La certezza diviene quindi impossibile (se non addirittura controproducente) e, conseguentemente, non potrebbe essere intesa come valore giuridico fondamentale⁹. Si prospetta quindi una netta rottura rispetto alla posizione del positivismo kelseniano: se questo infatti privilegiava la certezza, l’aspetto formale, il realismo tende a preservare

⁸ Sul punto, Todescan ricorda quanto sostenuto da Roscoe Pound, secondo il quale quello del giurista è “un compito di *ingegneria sociale*” e il diritto andrebbe inteso non “*come un organismo*, ma piuttosto *come un edificio*, un edificio che viene costruito dagli uomini e che poi gli uomini possono modificare, migliorare, ampliare a seconda di quello che la storia richiede” (F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 437).

⁹ In proposito, Frank sostenne che la certezza del diritto non sarebbe un valore ma un “mito”: l’uomo vorrebbe infatti credere certe le leggi in ragione di un suo insopprimibile bisogno di certezza e stabilità, “bisogno reale, ma, secondo Frank, assurdo e addirittura potenzialmente dannoso, in quanto tende a bloccare (anche se in effetti non ci riesce) l’evoluzione stessa del diritto e il suo necessario adeguamento alla sempre mutevole e rinnovantesi realtà economica e sociale” (S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995, pp. 290-291). Si veda sul punto N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVIII, 1951, pp. 146 ss..

l'esigenza di contenuto e di verità (nel senso di tendere ad un diritto adeguato alle esigenze sociali).

A prescindere dalle distinzioni interne, risulta nella presente sede opportuno soffermarsi su quelle che sono le caratteristiche salienti della scuola realista americana così da potersi poi interrogare sulla capacità di questa di dar conto dell'attuale panorama giuridico.

Occorre porre in evidenza anzitutto come tale dottrina ritenesse assolutamente necessario distinguere un discorso che verte sul diritto com'è e un discorso vertente sul diritto come deve essere, sostenendo che la conoscenza dei fenomeni giuridici autenticamente scientifica deve avere per oggetto i comportamenti e non le prescrizioni.

Per sintetizzare in modo chiaro i tratti peculiari di questa corrente si ritiene utile citare i nove punti caratteristici che lo stesso Llewellyn propose nell'articolo *Some realism about realism* del 1931¹⁰. Per i realisti, quindi:

1. il diritto è concepito come qualcosa di mutevole (e tra gli elementi di mutevolezza va annoverata la creazione giudiziale del diritto);
2. il diritto rappresenta un mezzo per conseguire finalità sociali (conseguentemente ogni aspetto del diritto va esaminato e giudicato secondo i suoi scopi e i suoi effetti);
3. la società si muove più rapidamente del diritto;
4. il problema di ciò che è e di ciò che deve essere va distinto nel momento dello studio dei fatti (si tratta quindi di una separazione solo temporanea che ambisce, una volta descritti i fatti, a poterli eventualmente modificare sulla base di una conoscenza chiara);
5. le regole andrebbero intese come “predizioni generalizzate di quanto i tribunali faranno” (si propone, conseguentemente, una distinzione tra regole per l'azione – precetti – e regole dell'azione – pratiche);
6. le decisioni dei tribunali non sono il risultato di regole precettive nelle formulazioni tradizionali (la motivazione di una decisione risulta quindi essere una razionalizzazione a posteriori della decisione¹¹);

¹⁰ Si riprende sul punto quanto esposto da Tarello in *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 61-62.

¹¹ Emblematiche sul punto le parole di Oliphant e Hewitt: “le premesse maggiori [...] noi le creiamo [...] per farne le basi esplicative di quella totalità dei fenomeni sociali che costituisce la nostra esperienza [...] naturalmente esse vengono formulate in modo da potere derivare la soluzione desiderata” (H. Oliphant, A. Hewitt, *Introduction*, in J. Rueff, *From the Psychical to the Social Sciences*, Baltimore, 1929, p. XVI).

7. le categorie giuridiche tradizionali andrebbero riviste nel senso di raggruppare casi e situazioni giuridiche in categorie e classi più ristrette;
8. ogni parte del diritto andrebbe valutata per i suoi *effetti*;
9. ogni problema giuridico andrebbe valutato secondo quanto esposto ai precedenti punti.

Da questo percorso risulta, quindi, uno schema in cui la scienza giuridica diviene, come già accennato nelle premesse, essenzialmente empirica.

Rispetto a quanto analizzato nella *Seconda Parte* del presente studio, è pertanto indubbio il contributo dei realisti nell'aver affermato come la giurisprudenza sia fonte del diritto (e, in particolare, del c.d. "diritto giudiziario") e come la decisione non possa essere fondata su passaggi meramente logici originati da una formulazione precostituita (quale ad esempio un atto legislativo).

2. IL REALISMO GIURIDICO SCANDINAVO

I maggiori esponenti del realismo giuridico scandinavo sono certamente Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. Come per il realismo giuridico americano, anche questo filone è caratterizzato da un profondo empirismo: asserzione fondamentale è, infatti, che possa essere considerato vero solo quanto sia empiricamente verificabile.

Come rilevato da Villa, due sono i principali punti in comune tra gli autori poc'anzi ricordati, uno con un risvolto negativo e l'altro con un risvolto positivo: "quello *negativo* riguarda la condivisione delle critiche al giusnaturalismo e al giuspositivismo normativistico, che sono accusati dall'accusa di rappresentare il diritto delle nostre organizzazioni giuridiche attraverso nozioni "non scientifiche" puramente fittizie, perché costruite su basi di carattere valutativo e/o normativo; quello *positivo* concerne lo sforzo comune di fornire una descrizione *empirica* del diritto stesso (o meglio di un "singolo sistema giuridico nazionale"), centrata sull'idea che la sua dimensione *normativa* sia integralmente spiegabile nei termini di meccanismi di condizionamento della condotta a carattere psico-sociale (che costituirebbero, per l'appunto, la vera "realtà del diritto" e che formerebbero dunque la sostanza di una descrizione "realistica" del diritto stesso)"¹².

¹² V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., p. 62.

Il realismo giuridico scandinavo deve il proprio nome alla *tesi della realtà* di Hägerström, con la quale venne affermato il dualismo soggetto-oggetto: in antitesi a quanto sostenuto dalla filosofia idealistica, si riteneva che nell'atto conoscitivo il soggetto venisse a contatto non con una modificazione della propria coscienza ma con un oggetto, vale a dire con una realtà distinta dal soggetto stesso, una realtà oggettiva e identificabile con il mondo dell'esperienza sensibile. Applicata all'ambito del diritto, tale teoria comporta l'attribuzione di una valenza metafisica a tutte le nozioni cui non corrispondano dei fatti, nozioni che i realisti hanno spiegato "come il prodotto di meccanismi psicologici di introiezione e come false oggettivazioni di sentimenti di costrizione provocati dall'abitudine e dalla pressione sociale, o addirittura risalenti ad origini magico-religiose"¹³.

Hägerström, precursore della corrente, riprendendo una caratteristica tipica, come già visto, del realismo americano, fu profondamente critico nei confronti della metafisica, al punto che la sua "insegna programmatica" può essere sintetizzata nel motto "*praeterea censeo metaphysicam esse delendam*". Come è stato osservato, occorre in proposito rilevare come il riferimento a "metafisica" venga inteso in relazione ai giudizi di valore, che sarebbero assolutamente distinti dal mondo *reale*: "da ciò il costante sforzo nei realisti di operare una «riduzione» al «piano dell'essere» di tutte le «nozioni» giuridiche, che, in un modo o nell'altro, si possono ritenere collocate nel «sopramondo» ideale, sia chiarendo il meccanismo «psicologico» che le ha generate, sia mostrando che ad esse non corrisponde alcun che di «reale»"¹⁴.

Hägerström fu assai critico nei confronti del volontarismo, nei confronti, cioè, delle teorie secondo cui il diritto si sostanzierebbe nell'emanazione della volontà del legislatore (o dello Stato, o del popolo, secondo le diverse teorie). La critica di tale autore era fondata, essenzialmente, sulla constatazione per cui il volontarismo sarebbe intrinsecamente metafisico essendo tali i concetti di legislatore, Stato e popolo.

Egli contestò poi aspramente il concetto di dovere oggettivo e, conseguentemente, il concetto di forza vincolante del diritto: le norme giuridiche, quindi, sarebbero rispettate in ragione del timore, nei destinatari, delle sanzioni, dell'abitudine all'obbedienza, della percezione dell'utilità della vita associata, del senso di potere derivante dalla prote-

13 S. Castiglione, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981, p. 11.

14 E. Paresce, Voce *Fonti del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968.

zione che il funzionamento del meccanismo giuridico garantisce a certe situazioni. Hägerström, poi, sostenne che l'applicazione ai casi concreti della – presunta – volontà del legislatore non fosse effettuata attraverso un procedimento logico-sillogistico.

Vilhelm Lundsted, d'altro canto, contestò l'esistenza di una *giustizia materiale* antecedente il diritto positivo e che il diritto positivo dovrebbe realizzare e garantire: l'unica realtà è, per questo autore, quella costituita dalla *macchina del diritto*, vale a dire dall'organizzazione della forza per scopi sociali. Conseguentemente, egli criticò concetti quali quello di diritto soggettivo, di responsabilità, di dovere, non essendo riferibili a entità reali e quindi riconducibili, ancora una volta, alla metafisica. Con riferimento al concetto di diritto soggettivo, ad esempio, questo per Lundsted si riduce a “una sensazione psicologica, in corrispondenza con una determinata situazione esterna”¹⁵.

Venendo poi a Karl Olivecrona, è opportuno, al fine di comprendere il sistema da questi prospettato, riprendere la nota metafora che egli utilizzò riferendosi al diritto, ovvero la metafora di una centrale elettrica che sfrutti la corrente di un fiume: “il meccanismo della legislazione può essere paragonato ad una centrale elettrica che sfrutti la corrente di un fiume. L'attitudine della popolazione (il rispetto della costituzione) corrisponde alla corrente. Nella centrale la corrente viene trasformata in elettricità, la quale è poi distribuita nel territorio circostante per dar luce e calore o mettere in moto le presse e i telai; le linee elettriche simbolizzano le singole leggi, promulgate secondo la costituzione. Il significato di un atto legislativo corrisponde alla derivazione di una nuova linea dalla centrale”¹⁶. Più precisamente, la corrente corrisponde all'attitudine della popolazione, ovvero al senso di rispetto e di obbligo dei consociati nei confronti della costituzione; tale corrente viene trasformata in elettricità all'interno della centrale e poi distribuita al territorio circostante, e le linee elettriche rappresentano le singole leggi. La legislazione corrisponde all'apertura di nuove linee e, se compiuta entro le forme previste dalla costituzione, rappresenta un'operazione di incanalamento, con la conseguenza che il senso di rispetto verso la costituzione si trasmette anche alla nuova normativa.

Olivecrona si pose, tra gli altri, il problema di definire, in termini empirici, quando una norma sia valida, concludendo che lo è nella misura

15 F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 446.

16 K. Olivecrona, *Il diritto come fatto*, Milano, 1967, p. 46.

in cui empiricamente si realizza: la validità non si riduce comunque alla sola efficacia atteso che per tale autore anche i requisiti formali mantengono una certa rilevanza. Più precisamente, il filosofo svedese sostenne che le norme sarebbero idonee a causare i comportamenti richiesti in quanto emanate nei modi previsti dalla Costituzione e, quindi, inserite nel sistema del diritto. La validità, del resto, potrà rendere operanti le norme se e in quanto la Costituzione goda di un generale e preconstituito rispetto da parte della popolazione. Per quanto il rapporto tra validità ed efficacia proposto da questo autore possa ricordare quello tipicamente giuspositivista, cionondimeno vi è una differenza sostanziale: se per i positivisti dalla validità deriva la forza vincolante delle norme, per Olivecrona dalla validità deriva semplicemente l'idoneità causale delle norme a influire sul comportamento dei giudici e della popolazione¹⁷.

Interessante, nell'ambito della presente analisi, è il problema, che Olivecrona si pose, del fondamento del diritto: orbene, per il filosofo svedese non è possibile fornire una risposta in senso assoluto, "la ricerca di una base ultima e assoluta del diritto è destinata al fallimento. Sostanzialmente è il tentativo di dare un fondamento sovranaturale all'ordine esistente, conferendogli un'aureola di sacralità. È del pari impossibile considerare lo *scopo* del diritto come oggetto di ricerca scientifica. Ogni giudizio in proposito è interamente soggettivo, per quanto possa essere condiviso da molti. Sia che venga posta come fine del diritto la felicità del singolo, oppure la grandezza dello Stato, o qualsiasi altra cosa, si tratta in ogni caso di asserzioni che non possono venire verificate come vere o come false"¹⁸.

Rispetto ai tre autori appena ricordati, la posizione di Ross è peculiare: pur essendo stato discepolo di Hägerström, questi fu molto influenzato

17 In proposito, Enrico Pattaro ha osservato come l'Olivecrona "giung[er] ad una visione del rapporto tra validità ed efficacia dal punto di vista teorico più corretta e dal punto di vista ideologico meno debole di quella sostenuta dal positivismo giuridico: teoricamente più corretta, perché non trae il dover essere dall'essere, dal fatto che le norme siano state emanate in conformità ad una costituzione in linea di massima efficace l'obbligo di osservarle (la loro «forza vincolante»); ideologicamente meno debole, perché non impegna in nome di una teoria, che come tale aspira ad essere neutrale, al dovere di obbedienza all'autorità costituita." (E. Pattaro, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. Saggio introduttivo a Struttura dell'ordinamento giuridico di Karl Olivecrona*, 1972, p. 10).

18 K. Olivecrona, *Il diritto come fatto*, in S. Castignone (a cura di), *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, Torino, 2000, p. 75.

da Hans Kelsen (di cui fu anche allievo diretto), ricollegandosi, per certi aspetti, al realismo giuridico americano e al neopositivismo (in particolare con riguardo agli svolgimenti linguistici e semantici).

Rispetto a Kelsen, infatti, vi è coincidenza rispetto alla concezione di destinatari della norma, all'idea di diritto come regolamentazione e monopolio della forza, al principio per cui i cittadini sarebbero esclusi da ogni forma di partecipazione alla formazione della norma.

Nella sua opera principale, *Diritto e giustizia*, il giurista danese riconduce la validità del diritto alla sua esistenza: la validità del diritto, cioè, viene ridotta alla sua efficacia. Per poter accertare la concreta esistenza di una norma Ross fa quindi riferimento, riprendendo un tema caro ai realisti americani, alle decisioni dei giudici. Per spiegare la propria teoria, Ross utilizzò un esempio particolare, vale a dire quello del gioco degli scacchi: se una persona osservasse due soggetti che giocano a scacchi, ignorando le regole del gioco, non comprenderebbe alcunché. Viceversa, se questa stessa persona conoscesse le regole del gioco (e la teoria dello stesso, che si traduce nella strategia), allora potrebbe comprendere e addirittura prevedere il comportamento dei due giocatori. Come le regole degli scacchi consentono di comprendere il gioco, così le norme costituirebbero lo schema che rende comprensibile la vita del diritto. In tal senso, il diritto costituisce lo schema attraverso cui capire il comportamento dei giudici e prevedere come gli stessi si comporteranno in futuro.

Rispetto a Kelsen, quindi, in luogo della purificazione della scienza del diritto attraverso l'esclusione dell'essere dal dover essere, in Ross vi è la riduzione del dover essere all'essere. Soprattutto, a differenza del filosofo praghese, il fondamento del diritto non viene ricercato "col processo, apparentemente dinamico, del «rinvio» alla norma superiore qualificante fino alla «norma base», ma col trasferimento di questo punto nodale al gradino più basso, al «giudice» che, da esecutore della legge, quale era nelle più antiche concezioni positivistiche, diventa «confermatore» e «certificatore» della sua «validità»¹⁹.

19 E. Parese, Voce *Fonti del diritto*, cit.. Sul punto è interessante ricordare quanto osservato da Cattaneo: "la posizione di Ross è radicalmente opposta a quella di Kelsen: per questo autore non soltanto l'esistenza dell'ordinamento giuridico nel suo complesso si basa su una questione di fatto, ma non si pone più nemmeno un problema di validità, in quanto distinto da quello dell'efficacia, per le singole norme positive che compongono l'ordinamento; per Ross la validità della norma viene a coincidere con la sua efficacia, con la sua effettiva applicazione" (M. A. Cattaneo, *Introduzione*, in H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. XVII).

L'importanza attribuita al momento giurisprudenziale è tale che Ross giunse a sostenere che, per quanto un comportamento potesse essere ritenuto giuridicamente vincolante dal popolo, cionondimeno non lo sarebbe davvero fintantoché, al sorgere di una controversia, un giudice non ne riconoscesse la validità.

CONCLUDENDO

Rispetto alla teoria giuspositivista, molti sono i punti di distacco che il realismo giuridico presenta.

Vi è però una sostanziale analogia per quanto concerne l'atteggiamento agnostico nei confronti dei valori, il che lascia aperto uno dei maggiori interrogativi che ci si era posti nel corso della presente analisi. Questione invero fondamentale e che appare risolta, ad avviso di chi scrive, in modo insoddisfacente: come correttamente rilevato, infatti, "l'errore, che denuncia l'impostazione logico-naturalistica con la quale il problema viene affrontato, nasce dalla prevenzione antimetafisica contro i valori storici che, in realtà è fuor di luogo in quanto i valori storici sono altrettanto «reali» di un tavolo, di un cavallo, dell'atomo, della molecola, dell'elettrone, del fotone e così via"²⁰.

Tale *errore* può essere rinvenuto già in radice nella constatazione per cui Ross, come Kelsen, ritiene che destinatari del diritto siano i giudici e non i singoli, vale a dire coloro che concretamente sono tenuti a comportarsi secondo quanto previsto dalle norme e dai cui rapporti e conflitti nasce davvero il diritto.

Ciò a cui si assiste è, come meglio esposto precedentemente, un adeguarsi del diritto (anche nella sua declinazione giurisprudenziale, come visto) a quello che è stato definito come il Paese reale, vale a dire qualcosa di molto diverso da quanto immaginato tanto dai positivisti quanto dai realisti.

Conseguentemente, per quanto le teorie realistiche possano risultare utili per comprendere, ad esempio, la sempre maggior rilevanza attribuita alla giurisprudenza e, soprattutto, per porre l'accento sulla concreta efficacia della norma, cionondimeno esse non appaiono sufficienti per dar conto delle problematiche che si sono precedentemente esposte.

Sarà quindi necessario proseguire nell'indagine per ricercare un orientamento che non si ostini a voler espungere i valori dall'ambito di studio e che consenta di ritrovare il vero fulcro del diritto nell'*uomo*.

20 E. Parese, Voce *Fonti del diritto*, cit..

CAPITOLO II

IL NEOCOSTITUZIONALISMO

SOMMARIO

1. Aspetti generali della teoria neocostituzionalista; 2. Diverse declinazioni del neocostituzionalismo; Concludendo

1. ASPETTI GENERALI DELLA TEORIA NEOCOSTITUZIONALISTA

Tra gli aspetti più controversi del positivismo giuridico, come già ampiamente esposto, va senz'altro annoverata la questione della separazione tra diritto e morale, alla quale neppure la tesi giusrealista ha saputo fornire adeguate risposte. Proprio con riferimento a ciò, occorrerà allora soffermarsi sulla teoria neocostituzionalista che, viceversa, postula una profonda connessione tra tali aspetti e riconosce un ruolo primario ai valori costituzionali, ai principi e ai diritti dell'uomo e del cittadino. Come osservato da Zaccaria, tale teoria "nasce con una forte contrapposizione nei confronti del giuspositivismo tradizionale e della sua incapacità di dare conto delle trasformazioni introdotte dalla costituzionalizzazione degli ordinamenti sotto il profilo dell'interpretazione giuridica e dei rapporti tra diritto e morale. Il neo-costituzionalismo mira a mostrare come l'attività di concretizzazione dei principi sia intrinsecamente creativa e concorra ad individuare l'integrità del diritto. L'idea è che la Costituzione contenga principi e diritti rinviati a valori etico-politici e che la sua applicazione non possa non tenere conto di questi valori, se si concepisce l'interpretazione costituzionale come una pratica che

consenta alla Costituzione di svolgere appieno la propria funzione. È questa, appunto, la tesi della lettura morale della Costituzione”¹.

Il neocostituzionalismo si caratterizza del resto per la serrata critica da esso mossa nei confronti del positivismo giuridico, critica che investe la nozione formale di validità giuridica, la teoria giuspositivistica della norma giuridica, il rapporto tra diritto e morale e la questione dei giudizi di valore². Con riferimento alla nozione di validità giuridica, i neocostituzionalisti sostengono che le norme debbano essere sottoposte a un controllo che investa anche il loro contenuto; per quanto concerne, poi, la teoria della norma giuridica, viene introdotta la nozione di *principi* quali elementi giuridici distinti dalle norme e caratterizzati dalla componente etica; in luogo di una separazione, viene affermata una necessaria connessione fra diritto e morale; per quanto riguarda, infine, i giudizi di valore, viene evidenziato come la presenza di contenuti etici all’interno del diritto positivo renda impossibile un approccio neutrale allo stesso.

Il neocostituzionalismo nasce quindi, in estrema sintesi, come risposta all’inadeguatezza del giuspositivismo quale strumento per interpretare le nuove realtà politico giuridiche³ e si sviluppa, tra l’altro, in relazione alla giurisprudenza delle Corti costituzionali (in particolare con riferimento alla giurisprudenza per valori del *Bundesverfassungsgericht* tedesco e all’attivismo giudiziale della Corte suprema statunitense). Dal punto di vista cronologico, e ciò è particolarmente interessante alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, il neocostituzionalismo si sviluppa a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, periodo in cui la costruzione giuspositivistica aveva mostrato tutti i suoi limiti. I neocostituzionalisti, preso atto dei mutamenti intervenuti nella società e nell’ordinamento, tentano quindi di “descrivere gli esiti della costituzionalizzazione, di quel processo, cioè, che ha comportato una modificazione dei sistemi giuridici contemporanei rispetto a quelli esistenti prima dell’integrale dispiegarsi del processo”, evidenziando come le caratteristiche dei sistemi

1 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 201.

2 Cfr. V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., pp. 248-249.

3 Come ha osservato Aldo Schiavello, si tratta della manifestazione “dell’incapacità o, più prudentemente, della difficoltà del pensiero giuridico contemporaneo a gestire, con i vecchi strumenti teorici e concettuali, il modello attuale di diritto che va sempre più distanziandosi dal paradigma del modello ottocentesco dello ‘stato di diritto’”(A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 3/2003, p. 37).

così mutati siano “[la] pervasività della costituzione, [la] positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali, [la] compresenza nella costituzione di principi e regole, [...] alcune peculiarità dell’interpretazione e dell’applicazione delle norme costituzionali rispetto all’interpretazione e all’applicazione della legge”⁴. Ad essere posto in luce è il fatto che nelle moderne costituzioni sia stato inserito un gran numero di principi morali, che, pur positivizzati, sarebbero comprensibili solo laddove si accogliesse una concezione del diritto che non separi diritto e morale.

Gli autori riconducibili a tale indirizzo filosofico, che pongono al centro la Costituzione quale carta dei valori della comunità, operano, pur con le peculiarità di ciascuno, con riferimento a tre filoni principali: il rapporto diritto-morale (inteso, ad esempio, come connessione necessaria, contingente, significativa), la teoria della norma e la distinzione tra regole e principi e, infine, il tema della ponderazione o bilanciamento per regolare i conflitti tra principi.

In particolare, viene posto in evidenza come, in ragione della connessione tra diritto e morale, sussista un obbligo morale di obbedienza alla costituzione e alle leggi conformi alla costituzione.

Utile riprendere, per meglio chiarire cosa si intenda per neocostituzionalismo, le parole di Susanna Pozzolo, la quale ha osservato come “neocostituzionalismo non indic[hi] solo un modo di pensare al diritto adeguato allo stato liberaldemocratico, e neppure [...] solo una posizione genericamente costituzionalistica, che, ovviamente, sottolinea la presenza di alcuni principi politici che informano di sé il diritto dello stato costituzionale. Il vocabolo ‘neocostituzionalismo’ è stato pensato per indicare un fenomeno più specifico, caratterizzato dall’assunzione di una nozione di costituzione fortemente sostanzializzata, che agisce come programma e non come limite – una costituzione-scopo e non una costituzione-garanzia –, che richiede la tecnica interpretativa della ponderazione e che, per tale via, riannoda i legami fra diritto e morale, apparentemente recisi dal positivismo giuridico”⁵.

4 P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002, p. 79.

5 S. Pozzolo, *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 3/2003, pp. 55-56.

Tra gli esponenti più influenti della dottrina neocostituzionalista vanno senz'altro ricordati Carlos S. Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, i quali delinearono nelle loro opere i tratti salienti di tale impostazione. Nelle pagine che seguono si tenterà di delineare le specificità di ciascuno al fine di tracciare un quadro complessivo del neocostituzionalismo.

2. DIVERSE DECLINAZIONI DEL NEOCOSTITUZIONALISMO

Il filosofo argentino Carlos Santiago Nino (1943-1993) postula il c.d. “teorema fondamentale della filosofia del diritto”, in virtù del quale per poter giustificare azioni o decisioni le norme giuridiche devono essere intese come enunciati procedenti da giudizi morali. Come evidenziato da La Torre, sei sarebbero i tratti caratterizzanti gli enunciati normativi nell'opera di Nino: “1) l'autonomia (l'indipendenza dalle circostanze di fatto della loro emanazione e implementazione), 2) la ultimatività (l'indipendenza da ulteriori ragioni giustificatorie), 3) la generalità (l'identificazione di situazioni mediante proprietà generiche), 4) l'universalità (l'applicabilità a tutti i casi simili), 5) la “sopravvenienza” (l'esteriorità rispetto alla situazione oggetto del giudizio che quindi può definirsi in termini fattuali indipendentemente dal giudizio medesimo), e 6) la pubblicità”⁶.

Particolarmente interessante è il fatto che, nel criticare il giuspositivismo, Nino lo accusi di incorrere nella fallacia naturalistica, vale a dire quella stessa critica che i positivisti avevano mosso ai giusnaturalisti. Ad avviso di Nino, invece, sia i giuspositivisti che i giusnaturalisti muoverebbero dall'idea per cui dietro i concetti vi sarebbero realtà che solo quelli riflettono e, nello specifico, che al concetto di diritto corrisponderebbe solo la realtà del diritto. Il giurista argentino evidenzia invece come in ragione del contesto in cui ci si trova si potrà avere un diverso concetto di diritto: “muovendo da una premessa convenzionalista credo che vi siano molteplici nozioni di diritto che dipendono dai diversi tipi di discorso giuridico”⁷; conseguentemente, risulterà fondamentale la finalità posta all'origine dell'elaborazione del concetto.

La connessione tra diritto e morale viene da Nino rinvenuta nel concetto di validità e ciò nel senso che la validità di un ordinamento deve essere ricercata in ragioni giustificatrici esterne e legate al discorso pratico

6 M. La Torre, Voce *Positivismo giuridico*, cit., p. 711.

7 C.S. Nino, *Radical Evil on Trial*, New Even (Connecticut), 1996, p. 155.

(non potendosi basare né su norme giuridiche né su fatti), ragioni che vengono identificate nelle norme morali: “Se il diritto si caratterizzasse, come pretendono i positivisti, sulla base di una sequenza complessa di fatti, le proposizioni riguardo a ciò che il diritto dispone sarebbero di natura fattuale, e, pertanto, non esprimerebbero ragioni operative per giustificare delle decisioni anche quando il diritto fosse determinato [...]. Se si adottasse al contrario un concetto normativo e non puramente descrittivo del diritto come quello propugnato dai giusnaturalisti (ossia un concetto che denota quelle regole che devono essere riconosciute e applicate), le proposizioni riguardo a ciò che il diritto dispone sì che esprimerebbero ragioni per giustificare decisioni, tuttavia questo è tale solo perché nell’identificazione del diritto si è già fatto ricorso ai principi di giustizia che saranno supposti in queste proposizioni. Inoltre, ogni ordine giuridico patisce delle indeterminazioni, generate da lacune, contraddizioni, ambiguità, imprecisioni, ed esse non possono essere risolte senza ricorrere direttamente a considerazioni valutative”⁸.

Sulla scorta di tali riflessioni, Nino sostiene che, nel momento della comprensione del diritto, il punto di vista interno, vale a dire il punto di vista di chi considera il diritto come *criterio morale* per il suo comportamento, prevalga su quello esterno.

Comprendere l’autentico significato del diritto implica comprendere gli obiettivi che hanno condotto alla sua creazione e i valori morali e sociali che vi sono sottesi.

Nell’architettura proposta da Nino, il diritto appare quindi come una pratica sociale funzionale a due scopi, il superamento dei conflitti e la cooperazione: per raggiungerli, esso dovrà poggiare sulla morale positiva di ogni comunità⁹.

Ronald Dworkin (1931-2013), certamente uno dei più importanti filosofi del Ventesimo Secolo, insiste sulla distinzione tra regole e principi, evidenziando come la presenza dei secondi nel diritto implichi la connessione fra diritto e morale¹⁰. Tale connessione viene “concretizzata nell’individuazione del contenuto «normativo» del nucleo di diritti che

8 C.S. Nino, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Barcellona, 1989, p. 21.

9 In tale prospettiva, Nino individua nella democrazia la forma di governo che meglio consente di ritrovare soluzioni moralmente corrette in rapporto agli obiettivi perseguiti.

10 Tra le molte opere di Dworkin si rinvia, in particolare, a R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, 1977.

stanno alla base dell'idea di democrazia costituzionale che viene individuato nel concetto di eguaglianza visto quale diritto di tutti gli individui all'«*equal concern and respect*» nelle decisioni politiche e giudiziarie¹¹. Il filosofo statunitense muove dalla constatazione per cui il *giuridico* non si esaurisce con riferimento alle norme, oltre le quali vengono individuati i principi: questi, a differenza delle norme, non trovano origine nella decisione di un soggetto determinato (legislatore ovvero giudice), ma in quello che viene definito come senso di “ragionevolezza” sviluppatosi nella pratica giuridica. Nella costruzione di Dworkin, i principi rappresentano prescrizioni universali non codificate dal diritto che esprimono esigenze di giustizia e moralità e risultano prioritari rispetto alle regole dal momento che sono questi a rappresentare il fondamento morale e giuridico dell'ordinamento. I principi risultano quindi profondamente connessi ai diritti fondamentali originari dell'uomo (i *basic and natural rights*).

Il diritto assume dunque la caratteristica di una pratica sociale che ruota intorno a principi e valori condivisi dai partecipanti della comunità: il diritto non può allora essere descritto in modo avalutativo ma implica una previa attività di tipo interpretativo. In tal senso, la presenza dei principi – e quindi, in qualche modo, di una morale *oggettiva* – ha, per Dworkin, un corollario nel momento interpretativo¹², nel senso che essi implicano la possibilità di giungere, in chiave argomentativa, ad una soluzione *corretta e giusta*: conseguenza di ciò è che le decisioni giuridiche possano avere un fondamento razionale. In particolare, nella visione qui prospettata, al giudice spetta il compito di rispondere alla pretesa di *giustizia* delle parti e ciò in quanto “il conflitto non riguarda il significato di parole o il sistema delle fonti, ma una più generale concezione della migliore convivenza civile assicurata dall'ordinamento giuridico. Il che ha come corollario che il giurista nella sua argomentazione tecnica deve riferirsi al ragionamento morale (ed allora dovrebbe attrezzarsi adeguatamente per questo compito) e risulta poi ineludibilmente investito di responsabilità di carattere politico ed etico”¹³.

11 G. Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto: morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin, cit., p. 55. Sul punto si veda, tra gli altri, R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, 1989.

12 In proposito si rinvia a R. Dworkin, *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*, Oxford, 1996 e in particolare all'*Introduzione* del volume.

13 M. La Torre, Voce *Positivism giuridico*, cit., p. 688.

Nel momento interpretativo, pertanto, il giudice sarà tenuto a fare costantemente riferimento ai valori che vi sono sottesi: dal momento che, come già detto, i principi rappresentano il fondamento della comunità, le decisioni giuridiche dovranno essere coerenti con essi.

Il sistema costituzionale risulta quindi essere, nella visione proposta da Dworkin, quello che meglio può dar conto dell'evoluzione giuridica e ciò in quanto in esso si assiste all'assimilazione dei valori, dei contenuti morali già radicati nella comunità: "si assiste ad una notevole riduzione della distanza fra diritto e morale, se non addirittura ad una (parziale) fusione fra i due piani, che la tradizione del positivismo giuridico postula come nettamente separati; certamente questa sovrapposizione non assume i connotati tipici del giusnaturalismo classico, piuttosto, avuto riguardo alle istanze della moralità sociale, si può riconoscere che questo collegamento si attui nella cosiddetta dimensione fondativa della comunità, recuperando giuridicamente i suoi valori di base, i quali, lungi dal palesarsi quali istanze meta-giuridiche, divengono anzi il fondamento stesso del diritto oggettivo"¹⁴.

La riflessione di Robert Alexy (1945) trae origine dalla constatazione di un profondo mutamento istituzionale, vale a dire il mutamento per cui dallo stretto legalismo che caratterizzava la struttura giuridica tedesca si operò la transizione ad un sistema in cui accanto alle ferree norme codificate apparivano principi e diritti fondamentali.

Il giurista di Oldenburg analizza l'evoluzione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*, la Corte Costituzionale federale, per evidenziare come da uno Stato *giuridico* si sia passati ad uno Stato *costituzionale*.

La costruzione giuridico-filosofica proposta da Alexy può essere sintetizzata in quattro argomenti principali¹⁵. Innanzitutto, il filosofo tedesco distingue tra regole e principi intendendo questi ultimi come elementi caratterizzanti la dimensione sostanziale del diritto negli Stati costituzionali. In secondo luogo egli pone l'attenzione sulla profonda connessione esistente fra diritto e morale, soffermandosi poi sugli aspetti procedurali del sistema giuridico. Infine, Alexy propone una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione con lo scopo di mediare tra legge e principi di giustizia, contemperando il ruolo del legislatore con argo-

14 M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, cit., p. 136.

15 G. Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000, pp. 51-53.

menti istituzionali e non (così evitando di ricadere in una sorta di neogiusnaturalismo).

Dall'analisi della giurisdizione, Alexy ricava due punti fondamentali: per un verso, che il diritto non possa ridursi alla legge, per altro verso che tutta l'attività di applicazione del diritto non possa essere considerata come mera sussunzione, comportando invece una complessa attività di ponderazione e bilanciamento di principi.

Alexy, in particolare, come accennato, fu sostenitore della necessaria connessione concettuale tra diritto e morale, connessione che, però, “non equivale all'affermazione o alla rilevazione di una perfetta sovrapponibilità di diritto e morale, nel senso che il diritto come tale sarebbe sempre morale. La connessione passa attraverso la pretesa di giustizia dell'enunciato giuridico, pretesa che non potrebbe non darsi a pena della cosiddetta contraddizione performativa”¹⁶. Ciò significa che la connessione tra diritto e morale va intesa riferita alla pretesa di giustizia che vi è sottesa, nel senso che, pur non potendosi avere la garanzia che il diritto sia *giusto*, cionondimeno per essere valido esso *dovrebbe essere giusto* (e ciò dovrebbe essere *preteso*).

Con riferimento ai *principi*, Alexy ebbe a sottolineare come nell'attuale panorama giuridico non appaia certamente possibile ridurre l'ordinamento giuridico ad un insieme di regole: la nozione di principio, in luogo di quella di norma, consente allora di comprendere davvero la natura del diritto negli odierni Stati costituzionali. Infatti, per quanto i principi possano essere espressamente previsti negli ordinamenti positivi, essi mantengono un significato solo attraverso il rinvio costante alla morale. Il *diritto* viene quindi definito come “un sistema di norme che 1) avanza una pretesa di giustizia (correttezza), e 2) che consiste nella totalità delle norme di una costituzione socialmente efficace nelle sue grandi linee e che non sono ingiuste in misura estrema, così come nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di chance di efficacia e di cui fanno parte i principi e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustizia (correttezza)”¹⁷.

Nella costruzione di Alexy, quindi, i diritti sono riconducibili ai principi e dovranno essere sottoposti ad una continua opera di bilanciamento.

16 M. La Torre, Voce *Positivismo giuridico*, cit., p. 709.

17 R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 129.

È quindi possibile individuare, pur con le specificità dei due Autori, una connessione profonda tra la tesi di Alexy e quella di Dworkin: “le tesi di Alexy e Dworkin hanno alla base una connessione «definitoria» [del rapporto tra diritto e morale], cioè una ridefinizione del concetto di diritto: da parte di Alexy, in relazione alla pretesa di correttezza dei sistemi giuridici che includono principi; da parte di Dworkin in riferimento alla esigenza di «integrità» presente in sistemi basati su principi”¹⁸.

In Italia, va senza dubbio ricordata, pur sinteticamente, la riflessione compiuta da Gustavo Zagrebelsky (1943) per il quale caratteristiche del diritto non sono né il comando o la sanzione (ovvero la pena) né il potere del superiore politico (cioè la sovranità): il giurista italiano utilizza invece l'espressione *diritto mite* per la quale il nucleo centrale del diritto risulta essere la *mitezza*, la discorsività, la ragionevolezza.

Nello Stato costituzionale democratico il mondo del giuridico non può più essere ridotto alle sole regole ma è chiamato a tener conto anche dei principi, i quali recano con sé un necessario contenuto di giustizia: “una legge o una costituzione che non avanzassero alcuna pretesa di giustizia o, con ancora maggiore evidenza, che negassero un loro rapporto con la giustizia (legge o costituzione che esordissero dicendo: quanto segue è mero prodotto di arbitrio, indifferente alla giustizia) sarebbero assurdità, nemmeno concepibili”¹⁹. Nella visione del giurista torinese, i principi risultano fondativi dell'ordine della comunità, fornendo linee di indirizzo che esulano dal mero autorizzare/vietare tipico delle regole e risultando quale espressione stessa dello spirito costituzionale, nel senso che la distinzione tra principi e regole è il riflesso di quella tra costituzione e legge.

Zagrebelsky, del resto, pone grande attenzione alla compresenza di istanze pluraliste: in tal senso egli evidenziò come “legittimo è l'ordinamento che effettivamente garantisce un leale e sempre aperto confronto fra tutte le posizioni (con l'eccezione delle posizioni che si propongono di sopraffare le altre)”²⁰.

Risulta, infine, opportuno ricordare, ancora in ambito italiano, quanto osservato da Luigi Ferrajoli, il quale insistette sugli aspetti formali dei

18 G. Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, cit., p. 80.

19 G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, p. 30.

20 G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, 2006, p. 59.

mutamenti intervenuti nell'ordinamento, nel senso che di particolare rilevanza risulta il mutamento nei meccanismi di produzione giuridica: "ciò che contraddistingue il diritto dello *Stato costituzionale di diritto* dagli altri sistemi giuridici positivi è che in esso sono codificate e disciplinate anche le norme sulla produzione delle regole della lingua giuridica: non solo le norme formali sulla produzione degli atti linguistici, ma anche le norme sostanziali sui significati o contenuti da essi legittimamente esprimibili"²¹.

Particolarmente interessante, nella riflessione di Ferrajoli, l'analisi da questi svolta intorno al concetto di validità: in particolare, egli distingue tra *validità* e *vigore* intendendo con la prima la conformità ai principi sostanziali della costituzione e con il secondo la conformità alle regole procedurali di emanazione delle disposizioni giuridiche. Conseguentemente, si può distinguere tra un giudizio meramente formale (quello di vigenza) e uno anche materiale (quello di validità): una norma potrebbe allora risultare emanata correttamente sotto l'aspetto formale ma essere invalida perché in contrasto coi principi costituzionali. Ciò deriva con tutta evidenza dall'evoluzione degli ordinamenti, in cui l'aspetto *sostanziale* diviene centrale: "la nozione kelseniana [...] di "validità" come "esistenza" o "appartenenza" di una norma all'ordinamento in forza della semplice conformità fattuale dell'atto normativo alle norme procedurali sulla sua produzione, sottintende (ed è in tal senso adeguata a spiegare) un sistema di diritto positivo unidimensionale basato sull'onnipotenza del legislatore; e suggerisce un ruolo meramente ricognitivo della scienza giuridica. Ma un simile concetto non sarà in grado di dar conto della struttura di quei sistemi giuridici complessi che sono le odierne democrazie costituzionali, per la cui esplicazione la nozione di "validità" delle norme dovrà includere anche la coerenza dei loro contenuti o significati ai principi di carattere sostanziale enunciati nella costituzione, come il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali"²².

21 L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 847.

22 L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 109.

CONCLUDENDO

Da quanto sinora esposto, risulta evidente come uno degli assunti fondamentali del neocostituzionalismo sia quello del *vincolo necessario tra diritto e morale*: a differenza del giusnaturalismo, però, esso è identificato con i principi costitutivi o criteri di identificazione del sistema, vale a dire con le norme costituzionali, sebbene queste debbano possedere un fondamento comune di giustizia.

La Costituzione rappresenta quindi un ricettacolo di valori, di principi che valgono come punti di riferimento, valori in cui morale e diritto risultano profondamente compenetrati e che acquisiscono il ruolo di “punti cardinali che ogni operatore giuridico deve tener presente nel dare coerenza al materiale normativo sottostante al fine di offrire soluzioni adeguate ai casi concreti che si presentano alla sua attenzione”²³.

Da tale connessione discende quindi un altro assunto fondamentale del pensiero neocostituzionalista, vale a dire quello per cui l’attività *conoscitiva* dei giuristi risulta profondamente influenzata dai giudizi di valore: è evidente come questo sia un profondo mutamento rispetto a quanto sostenuto dal positivismo tradizionale per il quale “le descrizioni degli studiosi devono essere necessariamente avalutative, pena la perdita del loro valore scientifico” e “tutte le attività connesse con giudizi di valore stanno dall’altro lato dello spettro delle loro attività, per l’esattezza nell’ambito di quelle attività, a carattere soggettivo, all’interno delle quali si prende posizione sul diritto positivo, si esprime francamente la propria “tavola di valori”, approvando o disapprovando, dal punto di vista etico-politico, certi contenuti normativi”²⁴. Il neocostituzionalismo stravolge questo assunto, muta radicalmente l’approccio del giurista al diritto, mostrando come la sua opera non perda valore o dignità dal riconoscimento del rapporto tra diritto e morale.

Le esigenze di *giustizia* divengono primarie e ciò risulta chiaro soffermandosi sul modo in cui gli esponenti del neocostituzionalismo intendono il momento applicativo-interpretativo: al procedimento di *sussunzione* considerato pilastro della teoria giuspositivistica si sostituisce la tecnica della *ponderazione/bilanciamento*: “essa sarebbe diretta a *ponderare* (o *bilanciare*) fra i valori in gioco, tenendo conto delle esigenze

23 M. Perini, *Sul “neocostituzionalismo” di Susanna Pozzolo*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 3/2003, p. 32.

24 V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., p. 276.

di giustizia che il caso concreto solleva di volta in volta. L'interprete è allora incaricato del difficile compito di far prevalere ora l'uno ora l'altro valore occasionalmente rilevante. Sarà l'interprete, in particolare, a dover scegliere fra stretta legalità e giustizia sostanziale, adottando la soluzione meno traumatica e più compatibile con la realtà (o caso concreto), da un lato, e con il sistema giuridico nel suo complesso, dall'altro"²⁵.

L'accento viene quindi posto "non tanto sulla centralità della disposizione moralmente buona, quanto su una interpretazione ed applicazione della disposizione in sintonia con la morale sociale"²⁶.

Occorre del resto rilevare, come fatto da Barberis, come oggi il rapporto tra deduzione e ponderazione non debba essere inteso come dicotomico (com'era per le prime teorie neocostituzionaliste), ma in termini di complementarità: "il ragionamento giuridico, a ben vedere, continua a ruotare attorno all'applicazione deduttiva di regole; la ponderazione gioca un ruolo crescente, ma: 1) complementare alla deduzione e limitato o, 2), alla produzione di regole legislative a partire da principi costituzionali o, 3) al controllo della costituzionalità della legislazione da parte dei giudici costituzionali"²⁷.

Lo scopo fondamentale deve quindi in estrema sintesi essere quello di meglio garantire il *bene comune*, in una prospettiva *umanocentrica* per la quale l'aspetto morale/valoriale delle norme giuridiche risulti essenziale, cosicché la positivizzazione dei principi diviene una sorta di *quid pluris*, non certamente ciò da cui dipende la loro validità: "il diritto dello stato costituzionale [...] non è solo un sistema coercitivo; anzi, esso ha il fondamentale compito di sviluppare il bene comune, per cui l'esercizio della forza non rappresenta l'elemento definitorio, bensì solo un elemento accessorio e determinato da circostanze contingenti. Ciò che permetterebbe, in ultima istanza, di qualificare come 'giuridico' un sistema normativo o una singola norma, dunque, sarebbe il contenuto di giustizia espresso"²⁸. Da ciò risulta avvalorata una considerazione già svolta nel corso del presente studio, vale a dire quella per cui, alla luce delle profonde modifiche av-

25 S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001, pp. 14-15.

26 M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, cit., pp. 139-140.

27 M. Barberis, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2012, Bologna, 2012, p. 162.

28 S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 14-15.

venute nell'ordinamento giuridico, così puntualmente colte dalla dottrina neocostituzionalista, l'immagine della piramide kelseniana risulti oramai desueta e inadatta, mentre più opportuno appare l'utilizzo dell'immagine della *rete*, al punto che si è parlato di "Costituzione reticolare": "gli ordinamenti democratico-pluralisti non hanno una base, né un vertice. L'immagine che li esprime non è quella della piramide, dritta o rovesciata che sia, ma quella della rete. L'idea dei processi decisionali democratico-pluralisti è resa non dalla metafora dell'orologio o della bilancia [...], ma da quella della rete: l'immagine cioè di una struttura che si compone di tanti nodi, che integrati fra loro, ciascuno per la sua parte, concorrono alla formazione delle decisioni del sistema. Il sistema è reticolare, è l'organizzazione dei molteplici nodi che dialogano e interagiscono tra loro. È una rete interattiva, l'influenza reciproca tra i nodi genera decisioni di tutto il sistema"²⁹. Al termine della disamina sin qui compiuta e alla luce delle riflessioni svolte nel corso della *Seconda Parte* laddove si evidenziava come risulti oggi imprescindibile riscoprire la centralità dell'*uomo* nell'ordinamento giuridico³⁰, il neocostituzionalismo sembra allora poter fornire una risposta concreta alle questioni che si erano aperte e che restavano ancora senza soluzione. Tale considerazione trova supporto nella riflessione di Zaccaria, che ha osservato come "la storia recente del costituzionalismo e l'affermarsi, anche in sede teorica, di un neocostituzionalismo, incentrato sulla figura dei diritti quale alveo primigenio del diritto, implicano il passaggio dalla preminente attenzione al distribuirsi del potere pubblico tra potere legislativo e potere giudiziario, al riconoscimento di un ruolo prioritario attribuito ai valori costituzionali, ai principi e ai diritti dell'uomo e del cittadino"³¹.

29 P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, 1999, p. 99.

30 In proposito, Mario Perini ha osservato come il neocostituzionalismo consenta di riconoscere il ruolo *attivo* nella produzione del diritto a una pluralità di soggetti: "non solo il giudice costituzionale, o più in generale i giudici comuni, ma ogni soggetto che si trovi ad operare con il diritto, sia esso un attore istituzionale (legislatore, pubblica amministrazione, giudici, autorità indipendenti, ecc.) sia esso un soggetto privato (avvocato, consulente, dogmatico e teorico del diritto, commentatore, cittadino, ecc.). Anche sotto questo profilo, il neocostituzionalismo sembra riprendere uno degli aspetti più brillanti della costruzione medievale: l'ordinamento giuridico scaturisce dalla realtà rielaborata da tutti gli attori sociali (commercianti, giurisperiti, corporazioni, l'imperatore, ecc.) e non da un unico centro di potere (il Sovrano)" (M. Perini, *Sul "neocostituzionalismo" di Susanna Pozzolo*, cit., p. 33).

31 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 163.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Il quadro che risulta al termine del presente studio appare caratterizzato da una profonda incertezza: incertezza nella qualificazione delle fonti del diritto, incertezza nella qualificazione del diritto positivo, incertezza nello stesso diritto positivo. Sembra però opportuno doversi ammettere la necessità di rivalutare il valore della *certezza*, che andrebbe spogliato di quell'aura quasi di sacralità che l'ha – troppo – a lungo connotato. L'operatore giuridico si trova oggi ad agire in un universo instabile e in costante via di definizione: il prenderne atto può allora consentirgli di raggiungere dei risultati concreti.

Le parole di Ruggero Meneghelli offrono conforto a tale affermazione: “dato il carattere critico del rapporto che intercorre tra la certezza giuridica e i contenuti delle altre esperienze, non possiamo nutrire troppe illusioni sulle possibilità del diritto. Esso offre sì una sicurezza, ma si tratta di una sicurezza precaria; di una sicurezza, cioè, che è sempre contrastata dal naturale evolversi di quei contenuti. Di una sicurezza, insomma, che è sempre, in maniera nascosta o palese, contenuta o esplosiva, fonte essa stessa d'insicurezza e d'instabilità. Se avessimo bisogno di una conferma che l'insicurezza è connaturata all'umano esistere come il frutto all'albero che lo produce, la certezza del diritto ce ne fornirebbe una d'inconfutabile. Ma di questa conferma, purtroppo, non ne abbiamo bisogno. Essa ci è, però, egualmente utile in quanto ci aiuta a capire il movente segreto di certe ribellioni e di certi rifiuti; si vorrebbe vivere senza il diritto, nella pace di una spontaneità gioiosamente attuata al di fuori di ogni schema preconstituito per evitare i disagi che il carattere critico del rapporto intercorrente tra la certezza del diritto e i contenuti

delle altre esperienze, in un modo o nell'altro, sempre implica"¹.

Quanto detto non comporta però una sconfitta per il giurista che, anzi, è chiamato a uno sforzo anche maggiore (perché costante e costantemente evolventesi) nella comprensione di ciò che deve – oggi – essere ritenuto giuridico². In proposito è stato autorevolmente evidenziato come “il “sistema delle fonti è il frutto di un complesso lavoro svolto giorno dopo giorno dalla comunità degli interpreti. [...] Il sistema si costruisce dunque in via di interpretazione, laddove l'oggetto critico dell'attività degli interpreti sono soprattutto i nuovi “fenomeni normativi” che emergono nella realtà sociale e reclamano una “qualificazione giuridica”. Ma la realtà sociale, in una fase di mutamenti accelerati come l'attuale, genera di continuo fenomeni e situazioni nuovi, rispetto ai quali è necessario riconsiderare la tenuta del “sistema”: il quale, per questo motivo, non è mai definitivamente assestato”³.

Il percorso che si è qui tentato di tracciare ha messo in evidenza i limiti di un approccio prettamente giuspositivista, limiti, come emerso nel corso della *Seconda Parte*, contingenti in quanto determinati, in gran parte, dai profondi mutamenti in cui il diritto stesso è incorso nell'ultimo secolo.

Tali mutamenti hanno imposto di ripensare, anzitutto, come detto, la *certezza* del diritto come carattere irrinunciabile: l'evoluzione del sistema nel suo complesso induce infatti a riconoscere come fonti fenomeni a lungo esclusi e ciò nell'ottica di privilegiare una ricostruzione che si dimostri davvero corrispondente alla realtà sociale. Deve necessariamente ammettersi, quindi, il venir meno dell'idea per cui il diritto coincida con la legge e la disposizione legislativa con la norma giuridica e ciò in quanto, in primo luogo, non pare più sostenibile l'idea che compito del potere giudiziario sia solo l'applicazione di quanto statuito dal potere legislativo. Segnata la crisi del positivismo giuridico, il realismo giuridico è sembrato allora in grado di fornire una costruzione che consentisse di contemperare le diverse istanze presenti nella società attuale e di mostrarsi aderente ad essa.

1 R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 155.

2 Conseguenza di ciò è che, oggi, si deve necessariamente “attribuire al giurista, e in primo luogo al giudice, la responsabilità del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo” (S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Torino, 1971, p. 182).

3 R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, p. 231.

Tanto il positivismo giuridico quanto il realismo, però, finiscono con il ridurre il diritto ad una sola dimensione, sola forma ovvero solo fatto, dimenticando come esso sia, invece, compiuta integrazione di questi due aspetti⁴.

Il neocostituzionalismo si dimostra allora davvero capace di fornire al giurista le risposte che tanto insistentemente egli è oggi chiamato a ricercare e ciò soprattutto perché tale impostazione appare in grado di adattarsi – certamente anche in ragione del suo recente sviluppo – alle trasformazioni intervenute: “come teoria, il neocostituzionalismo rappresenta quindi un’alternativa rispetto alla teoria giuspositivista tradizionale: le trasformazioni subite dall’oggetto di indagine fanno sì che quest’ultima non rispecchi più la situazione reale dei sistemi giuridici contemporanei. In particolare, lo statalismo, il legicentrismo ed il formalismo interpretativo, tre delle caratteristiche salienti del giuspositivismo teorico di matrice ottocentesca, oggi non appaiono più sostenibili”⁵.

Il neocostituzionalismo riesce a coniugare in maniera più soddisfacente fatto e diritto, non escludendo quella che, per quanto esposto sinora, appare come una questione centrale, vale a dire quella dei valori⁶.

Con riferimento alla questione del rapporto tra diritto e morale va del resto rilevato, sia pur sinteticamente, come gli sviluppi più recenti del giuspositivismo⁷ abbiano fatto i conti con l’evoluzione del diritto e af-

4 In proposito, Paresce ha osservato come “nell’uno e nell’altro caso la «riduzione» così operata conduce a fare del diritto un congegno meccanico il cui monotono funzionamento, sostanzialmente, sia legato alla «norma», sia legato al «fatto», impedisce la dialettica «fatto-diritto», che può soltanto aver luogo quando i piani rispettivi del «fatto» e del «diritto» sono l’uno dall’altro distinti, trovando il loro punto di incontro nell’«esperienza giuridica»” (E. Paresce, Voce *Fonti del diritto*, cit.).

5 P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazza (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit., p. 79.

6 Deve peraltro essere ricordata, seppur brevemente, la posizione di Carl Schmitt, che fu fortemente critico nei confronti della nozione di valore. In particolare, egli ritenne tale concetto onnicomprensivo e pervasivo, con ambizioni di assolutezza e, conseguentemente, di controllo sostanziale della discrezionalità. Per un approfondimento si rinvia all’opera, dal titolo emblematico, *La tirannia dei valori*, che riprende la relazione dal filosofo tenuta a Ebrach nell’autunno del 1959 (C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008).

7 Oltre agli sviluppi qui brevemente esposti si rinvia per completezza all’opera di Mario Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010.

frontato in modo nuovo la questione dei valori: si parla, in proposito, di positivismo giuridico inclusivo (tra i cui maggiori esponenti possono ricordarsi Jules Coleman e Wil Waluchow) e positivismo giuridico esclusivo (il cui più autorevole rappresentante è Joseph Raz)⁸. Se per il positivismo giuridico esclusivo la pretesa neutralità del diritto rimane un aspetto indiscusso⁹, quello inclusivo ammette invece, finalmente, che la morale possa valere a determinare l'esistenza, il contenuto e il significato delle norme valide¹⁰.

Ciononostante, per un verso resta ferma l'idea della separazione tra diritto e morale e, per altro verso, pur con l'ammissione della centralità dell'aspetto valoriale nella risoluzione delle controversie da parte dei giudici, si nega che ciò possa valere a creare nuovo diritto.

Questo nuovo approccio del giuspositivismo non sembra quindi rispondere davvero alla sfida lanciata dal neocostituzionalismo, che risulta invece essere riuscito a coniugare i due aspetti centrali dell'esperienza giuridica in un quadro complessivo puntualmente articolato¹¹.

8 Per un approfondimento si rinvia a V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 261-273; V. Villa, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di "inclusive positivism"*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2000, pp. 255-288; S. Pozzolo, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, in *Analisi e diritto*, Torino, 1998, pp. 229-242.

9 "Secondo l'ELP [positivismo giuridico esclusivo, N.d.r.], i tests per identificare l'esistenza e il contenuto delle norme giuridiche dipendono esclusivamente da fatti del comportamento suscettibili di essere descritti in termini neutrali, e di essere applicati senza ricorso ad argomenti morali" (V. Villa, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di "inclusive positivism"*, cit., p. 267).

10 "Il positivismo inclusivo afferma che la regola di riconoscimento può includere degli standards morali per individuare il diritto valido e il suo contenuto, e ciò risulta evidente dal fatto che i giudici facciano appello alla morale per risolvere le questioni loro sottoposte" (S. Pozzolo, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, cit. p. 242).

11 Con riferimento alla questione valoriale si richiama, pur brevemente, quanto rilevato da Sergio Cotta in *Il diritto come sistema di valori*, ove egli considera il rapporto tra diritto e morale sotto due profili: per un verso "come un rapporto di identità, in base al quale il diritto risulta essere un valore in sé" e, per altro verso, "come un rapporto di connessione". Per il primo profilo, "il sistema normativo è, in linea di principio, un sistema di valori giuridici"; per il secondo, il diritto "è inteso a dar forma in termini prescrittivi o normativi a dei valori: i valori sociali della comunità" (S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, 2004, p. 38).

Occorre *riscoprire e riconoscere* la natura autenticamente processuale del diritto¹² e ciò in quanto esso vive nel processo ed è momento dinamico di risoluzione giuridica delle controversie (momento che vede come protagonista anche la giurisprudenza): il fatto che esso *viva* nel processo implica che esso non ne sia necessariamente il prodotto ma che tale momento consenta di ritrovarlo nella sua autentica essenza¹³.

Si tratta, allora, di ripensare il sistema nel suo complesso: ciò non significa stabilire una nuova gerarchia delle fonti ma rivedere il modo stesso in cui tale questione deve essere considerata, riconoscendo il carattere intrinsecamente provvisorio della lista delle fonti che in un determinato momento può essere tracciata e, conseguentemente, la necessità di ricostruirla caso per caso.

Ecco che, in ragione del costante incontro tra diversi centri di produzione normativa¹⁴ (Stati, privati, organizzazioni internazionali, grandi organizzazioni private¹⁵), torna a farsi strada l'immagine, già proposta, della

12 Per un ulteriore approfondimento si rinvia a F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, cit.; F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.

13 Più di un secolo fa, Giorgio Del Vecchio, dopo aver evidenziato come fosse l'applicazione giudiziale a dare alla norma "un'efficienza attuale e concreta" conducendola a contatto con la "vivente realtà", sottolineava come "la logica intrinseca nell'attività giudiziale obbliga invero a concepire il diritto come obiettivamente anteriore, ossia come *già dato* al giudice, che non deve crearlo, ma ritrovarlo e dichiararne l'applicazione rispetto al singolo caso" (G. Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto*, cit., pp. 16-17).

Va del resto sempre tenuto presente che in alcun modo si intende disconoscere il ruolo fondamentale della legge: "in età contemporanea, dunque, sebbene sia acclarata la decadenza della norma positiva in favore della giurisprudenza, torna il tempo della legge [...]: legge e processo costituiscono il binomio inscindibile dell'esperienza giuridica, che vive originariamente nella discussione giudiziale, ma si evolve anche e soprattutto nella forma politica della norma positiva" (P. Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, cit., p. 34).

14 "In un ordine plurale il sistema giuridico non si presenta più come un fluire normativo uniforme da un unico centro di autorità, ma come il risultato dell'interrelazione instabile fra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello stato stesso" (F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, cit., p. 144).

15 "Si può forse parlare di un nuovo pluralismo giuridico, «stratificato», a condizione di tener presente che rispetto al pluralismo giuridico del primo Novecento, che

rete. Rete i cui nodi risultano rappresentati da direttive e principi, che contengono in sé tanto l'aspetto giuridico quanto quello etico. Come ha rilevato Zaccaria, "più che dell'antica piramide, capace di conferire organicità, compattezza e coerenza al sistema delle fonti, si può forse parlare – con riferimento al panorama attuale – di un complesso e mobile arcipelago di fonti in competizione tra loro, condizionato da elementi di natura fattuale più che normativa, da tentativi di regolazione impressi da punti diversi, anche non giuridici, e perciò caratterizzato, nella sua evoluzione, da grande fluidità, variabilità e instabilità. Il sistema di produzione del diritto diviene notevolmente complesso: dal momento che ciascuna fonte tende fisiologicamente a dilatare il proprio spazio di intervento nel nuovo contesto solo parzialmente regolato, il conseguimento di equilibri pur sempre provvisori, è faticoso e problematico"¹⁶. In un contesto come quello che si è delineato, in cui accanto alle "classiche" fonti del diritto si affianca una pluralità di fonti giurisprudenziali (anche a livello sovranazionale, col rischio di conflitti con la legislazione nazionale) diviene allora centrale il ruolo dell'interprete: si afferma una sorta di "comunità dell'interpretazione giuridica" composta da interpreti in senso stretto, dottrina, avvocati, operatori professionali che continuamente arricchiscono il diritto di significati.

La prospettiva deve quindi divenire quella più propriamente dialettica, rappresentando questa più efficacemente le esigenze di continuo scambio e interrelazione della società attuale: "ma questa comunicazione transculturale, tanto più interessante e significativa per il fatto di avere alla base, come fattore di aggregazione, l'etica e l'idea di un'istituzionalizzazione dei diritti umani, si muove all'interno di un ampio orizzonte in cui i mutamenti del diritto non sono più affidati soltanto all'opera ufficiale dei suoi soggetti canonici, dei «signori del diritto», ai soli luoghi ed elementi autoritativi, nessuno dei quali è più autosufficiente o risolutivo, ma all'elaborazione dialogica – che ovviamente non esclude il conflitto – tra giuristi, politici, uomini di cultura e comuni cittadini, coautori e protagonisti di quell'impresa comune che è la pratica giuridica. La «cosa» di cui

teorizzava le nuove forme di autonomia dei partiti e dei sindacati, esso si origina dalla crisi e dall'indebolimento del soggetto statale e dalla rottura dei confini che definendo la forma spaziale del diritto contenevano nel medesimo ambito territoriale diritto politica ed economia"(G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 51) .

¹⁶ *Ivi*, pp. 56-57.

parla il diritto vive nella pratica del comprendere e dell'interpretare"¹⁷. È tale prospettiva dialettica che può consentire di ritrovare l'aspetto più propriamente *umano* e non meramente meccanicistico del diritto, che è fenomeno umano e sociale e in questo ambito si evolve.

Ciò che, al termine della presente analisi, deve essere tenuto come punto fermo (e, sotto diversi aspetti, punto di ripartenza) è la necessaria socialità del diritto, come espressione della sua umanità: “[...] il diritto non ha per referente necessario quel formidabile apparato di potere che è lo Stato moderno [...]. Il referente necessario del diritto è soltanto la società, la società come realtà complessa, articolatissima, con la possibilità che ciascuna delle sue articolazioni produca diritto, anche la fila di fronte all'ufficio pubblico. Non è una precisazione banale; al contrario, essa sottrae il diritto all'ombra condizionante e mortificante del potere e lo restituisce al grembo materno della società, che il diritto è così chiamato ad esprimere”¹⁸.

¹⁷ *Ivi.*, p. 28.

¹⁸ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 15.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998
- AA.VV., *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006
- AA.VV., *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1997
- AA.VV., *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959
- AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004
- AA.VV., *Storia della Filosofia*, Milano, 2010
- R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997
- R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998
- E. Ancona, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino, 2004
- H. Arendt, *Vita activa: la condizione umana*, Milano, 1988
- T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952
- M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, 1928
- J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, 1995
- M. Barberis, *Filosofia del diritto. Una introduzione storica*, Bologna, 1993
- M. Barberis, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2012, Bologna, 2012
- D. T. Beito, P. Gordon, A. Tabarrok, *La città volontaria*, Catanzaro, 2010

- B.L. Benson, *Customary Law as a Social Contract: International Commercial Lex*, in *Constitutional Political Economy*, 1992
- C. M. Bianca, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, X (1964), n. 3
- R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012
- F. Biondi, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. 3/2010
- N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965
- N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004
- N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dr. Nello Morra*, Torino, 1961
- N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVIII, 1951
- N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942
- N. Bobbio, *Quale socialismo*, Torino, 1976
- N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993
- N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino, 1989
- G. Bongiovanni, *Kelsen nel fascismo italiano*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2012, Bologna, 2012
- G. Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000
- S. Cacchi Pessani, *La tutela dei creditori nelle operazioni di leveraged buy-out. L'art. 250l-bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 301, Milano, 2007
- L. Caracciolo, *Nel mondo 'globale' gli stati servono ancora*, in *Limes*, n. 2/1997 – *Euro o non Euro*
- S. M. Carbone, R. Luzzatto, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994
- G. Carcaterra, *Il Problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969
- R. Carnap, *The Unity of Science*, London, 1934
- A. Carrino, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione Europea*, Bari, 2005

- S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995
- S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981
- S. Castignone (a cura di), *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, Torino, 2000
- A. Catania, *L'accettazione nel pensiero di H. L. A. Hart*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1971
- M.A. Cattaneo, *Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965
- F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli, 2011
- F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991
- F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 10/2011
- F. Cavalla, *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2012, Bologna, 2012
- B. Celano, *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2012, Bologna, 2012
- P. Chiassoni, *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili: scritti di realismo militante*, Roma, 2011
- R. Chieppa, *A proposito della riscoperta dell'errore scusabile per effetto di cambiamenti giurisprudenziali in materia processuale*, in *Giur. cost.*, 4/2012
- F. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti. Il «realismo giuridico italiano»*, Napoli, 1989
- C. Consolo, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. Cost.*, 4/2012
- M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Trieste, 2011
- M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creativa nella società pluralista*, Trieste, 2012
- M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011

- M. Cossutta, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005
- G. Costantino, “Contrasto”, “mutamento” di giurisprudenza e “affidamento incolpevole”, in *Foro it.*, 2011, I
- S. Cotta, *Il compito del giurista nell’era presente*, in *Iustitia*, 1966
- S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, 2004
- S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Torino, 1971
- F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000
- J. Dalhuisen, *Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law*, Oxford, 2010
- R. Danovi, *Codice deontologico forense*, Milano, 1984
- R. Danovi, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2010
- G. Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto. Prolusione al corso di Filosofia del diritto letta l’11 febbraio 1911 nella R. Università di Bologna*, Modena, 1911
- G. Dinacci, S. Pagliantini (a cura di), *I contratti per il finanziamento dell’impresa*, Padova, 2010
- F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, in *Democrazia e diritto*, 1/1995
- R. Dworkin, *Freedom’s law : the moral reading of the american constitution*, Oxford, 1996
- R. Dworkin, *L’impero del diritto*, Milano, 1989.
- R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, 1977
- C. Faralli, *L’eredità del realismo giuridico americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2006
- G. Fassò, *Storia della Filosofia del Diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970
- L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989
- L. Ferrajoli, *Giurisdizione e democrazia*, in *Democrazia e diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza*, n. 1 (gen.-mar. 1997)
- L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999
- L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007

- M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002
- M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000
- G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di studi*, Padova, 2002
- S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Milano, 2006
- L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006
- H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Milano, 1972
- F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005
- F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010
- F. Galgano, *The new lex mercatoria*, in *Annual Survey of International and Comparative Law*, 2, 1995
- F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1990
- M. Gambardella, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito di casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 12/2012
- G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967
- G. Gavazzi, *Sul concetto di moralità critica*, in *Rivista di filosofia*, 1965
- F. Gentile, *Europa 2004*, in *L'ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, n. 2/2004
- F. Gentile, *Filosofia del diritto*, Padova, 2006
- F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Padova, 1984
- F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001
- G. Giaretta, *Il leveraged buy out: delitto perfetto o ingegneria finanziaria*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione*, n. 2/2012
- G. Gorla, *Introduzione ad una raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1966
- G. Gorla, *Note a margine di un Codice deontologico forense*, in *Giust. civ.*, 1984, II

- P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007
- P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006
- P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2009
- R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993
- R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006
- H.L.A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964
- H.L.A. Hart, *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968
- H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991
- T. Hobbes, *De cive*, Roma, 1979
- T. Hobbes, *Leviatano*, Roma 2001
- E.J. Hobsbawm, *Il secolo breve 1914/1991*, Milano, 2006
- D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, Roma- Bari, 1974
- G. Ichino, *Nota a: Corte europea diritti uomo, 17/09/2009, n. 10249, L'“affaire Scoppola c. Italia” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2010
- N. Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001
- M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010
- I. Kant, *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, 1993
- H. Kelsen, U. Campagnolo, *Diritto internazionale e stato sovrano*, a cura di M. G. Losano, Milano, 1999
- H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989
- H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981
- H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, [1934], Torino, 1952
- H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, [1926], Torino, 2004
- H. Kelsen, *Reine Rechteslehre*, [1960], Torino, 1966
- H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Cremona, 1954
- E. Kermol, F. Pira (a cura di), *Dall'@-commerce all'@-government*, Padova, 2001
- H.J. Laski, *Judicial review of social policy in England*, in *H.L.R.*, XXX-IX, 1926

- G. W. Leibniz, *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino, 1951
- G. Levi, *Fatto e diritto*, Milano, 2002
- P. Levi, *Se questo è un uomo*, Torino, 2012
- A. Loche, *Moralità del diritto e morale critica. Saggio su Herbert Hart*, Milano, 1997
- L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967
- M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 29, 1998
- A. Macchia, *La modifica interpretativa cambia il “diritto vivente” e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, n. 27/2010
- F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2001
- F. Mantovani, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002
- F. Marella, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003
- T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002
- T. Mazzaresse, *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Torino, 2012
- R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1975
- G. E. Moore, *Principia Ethica*, Milano, 1964
- P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012
- P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, 2012
- C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962
- C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998
- C.S. Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, 1994
- C.S. Nino, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Barcelona, 1989
- C.S. Nino, *Radical Evil on Trial*, New Even (Connecticut), 1996

- K. Olivecrona, *Il diritto come fatto*, Milano, 1967
- E. Opocher, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Padova, 1983
- U. Pagallo, *Alle fonti del diritto. Mito, Scienza, Filosofia*, Torino, 2002
- L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998
- L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- G. Palombella, *Filosofia del diritto*, Padova, 1996
- A. Papisca, M. Mascia, *Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani*, Padova, 2004
- E. Pariotti, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo ed ermeneutica*, Torino, 1997
- E. Pattaro, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. Saggio introduttivo a Struttura dell'ordinamento giuridico di Karl Olivecrona*, 1972
- C. Perelman, *Cinq Leçons sur la justice*, in *Giornale di metafisica*, II- III, 1966
- M. Perini, *Sul "neocostituzionalismo" di Susanna Pozzolo*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 3/2003
- P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, 1999
- P. Pirruccio, *Overruling: dalle Sezioni Unite n. 19246 del 2010 alla L. n. 218 del 2011, quale lezione per il futuro?*, in *Giur. merito*, 2/2012
- M. Pisani, *Il trasferimento dei detenuti, l'indulto e la Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008
- A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981
- Platone, *Opere complete*, Roma-Bari, 1984
- H. Poincaré, *Dernières Pensées*, Paris, 1920
- R. Pound, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 1931
- S. Pozzolo, *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 3/2003
- S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001
- S. Pozzolo, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, in *Analisi e diritto*, Torino, 1998
- H. Putnam, *Fatto/Valore. Fine di una dicotomia*, Roma, 2004

- P. Rescigno, *Le società intermedie*, in *Persona, Società intermedie e Stato. Quaderni di Iustitia n. 10*, Roma, 1958
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia. Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, Padova, 2012
- S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962
- A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990
- F. Rossi-Landi (a cura di), *Il pensiero americano contemporaneo: filosofia, epistemologia, logica*, Milano, 1958
- A. Ruggeri, «Nuovi» *diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del diritto*, XXIV, 1993, 2
- E. Salemi, *L'irragionevole autorevolezza delle SS.UU. nella sentenza n. 19246/2010*, in *Il Merito*, 2011
- P. Santoro, E. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013
- F. Sbordone, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008
- U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965
- A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005
- A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 3/2003
- C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008
- A. K. Sen, *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994
- A. K. Sen, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 1997
- A. K. Sen, *Lo sviluppo è libertà: perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000
- A. K. Sen, *Resources, values and development*, Oxford, 1984
- A. K. Sen, *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 1986
- F. Sorrentino, *Fonti del diritto italiano*, Padova, 2009
- G. Tarello, *I diversi significati dell'espressione «realismo giuridico»*, estratto dalla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, 1966
- G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962

- G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980
- T. Tasso (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011
- F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009
- G. Torresetti (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica. Macerata 2-5 ottobre 2002*, Macerata, 2008
- T. Treves, *Diritto Internazionale, Problemi fondamentali*, Milano, 2005
- F. Troncone, *Nota a Corte di Cassazione, 11 luglio 2011, sez. UU, n. 15144*, in *Giust. civ.*, 2012, 7-8
- F. Valerini, *Overruling di norma processuale: tsunami interpretativo o cambiamento annunciato?*, in *Diritto e Giustizia*, 2011
- S. Venezia, *Sonderkommando Auschwitz*, Milano, 2007
- V. Villa, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di "inclusive positivism"*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2000
- V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004
- F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2001
- F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974
- F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011
- W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994
- G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991
- G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012
- G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, 2006
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992
- G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984

RINGRAZIAMENTI

Giunti al termine di questo percorso, devo necessariamente spendere alcune righe per ringraziare chi, in un modo o nell'altro, è stato fondamentale lungo la strada che mi ha condotta sin qui.

Un primo – doveroso – ringraziamento va al Prof. Marco Cossutta, per il sostegno, la disponibilità e i preziosissimi consigli, nonché, senz'altro, per aver creduto in questo lavoro. Mille parole non sarebbero sufficienti, quindi ne utilizzerò una soltanto: grazie.

Un grazie va poi al Prof. Francesco Gentile, che ha aperto i miei occhi di giovane matricola universitaria, era l'ottobre del 2002, sugli infiniti spazi di riflessione che la filosofia del diritto può aprire ad un giurista, o a chi si accinga a divenirlo (o a tentare di divenirlo).

Collana *in/Tigor*
Dipartimento di Studi Umanistici
Università degli Studi di Trieste

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3869>

in/Tigor 1

ANNUARIO 2008-2009 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI

in/Tigor 2

EDUCAZIONE FORENSE *Sul metodo della didattica giuridica*
a cura di P. MORO

in/Tigor 3

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa* di M. COSSUTTA

in/Tigor 4

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto* di M. COSSUTTA

in/Tigor 5

ANNUARIO 2009-2010 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI

in/Tigor 6

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sull'interpretazione creativa nella società pluralista* di M. COSSUTTA

in/Tigor 7

VOCI E PAROLE FRA REALTÀ E MITO di G. STECCHINA

in/Tigor 8

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI a cura di M. COSSUTTA

in/Tigor 9

LA FILOSOFIA DI MAX ADLER: DALLA DISPUTA SULLE SCIENZE
ALLA FEDE NELLA REDENZIONE di G. RIDOLFI

in/Tigor 10

SALVATORE PUGLIATTI GIURISTA: PER UN DIRITTO TRA SISTEMA
E STORIA di S. FAVARO

in/Tigor 11

FACEBOOK GENERATION I “*nativi digitali*” *tra linguaggi del consumo,*
mondi di marca e nuovi media di G. QUALIZZA

in/Tigor 12

TRA *ANALOGICO E DIGITALE*. RICORDANDO FRANCO FILENI
a cura di M. COSSUTTA

in/Tigor 13

ERRICO MALATESTA. NOTE PER UN DIRITTO ANARCHICO
di M. COSSUTTA