

# L'ETERNO RITORNO DEL PROBLEMA DEL METODO

**ALDO SCHIAVELLO**

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Università di Palermo*

aldo.schiavello@unipa.it

## **ABSTRACT**

Fabio Ciaramelli's book *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo* proposes a convincing methodological perspective for legal knowledge in contemporary constitutional democracies. The central claim is that a middle path between strong objectivism and absolute discretion exists. Ciaramelli thinks that the key concept for legal methodology is that of "symbolic order". In this paper I deal with this notion and try to emphasize some features of it from a perspective slightly different from Ciaramelli's one.

## **KEYWORDS**

Legal methodology; constitutional democracy; symbolic order; indeterminacy; certainty

Formalism and rule-skepticism are the Scylla and Charybdis of juristic theory; they are great exaggerations, salutary where they correct each other, and the truth lies between them.

[H. L. A. Hart, *The Concept of Law*]

## **1. PREMESSA**

L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo di Fabio Ciaramelli ha molti meriti.

Il primo e più rilevante è quello di avere riposizionato al centro del dibattito giusfilosofico la questione del metodo, questione che, dopo essere stata in auge sino agli anni '60 e, forse, anche '70 del secolo scorso, è stata quasi del tutto negletta.

Negli ultimi decenni la riflessione filosofico-giuridica si è concentrata soprattutto sui temi seguenti: il ragionamento giuridico, il rapporto tra autorità, diritto e potere, l'età dei diritti e la sua crisi (macro-tema all'interno del quale rientrano, tra le altre, le questioni relative al fenomeno migratorio, all'ambiente e ai diritti delle generazioni future) e, infine, l'etica pratica e la bioetica. Non è nemmeno il caso di precisare che questi temi sono tutti importanti. Tuttavia, omettere una riflessione

sul metodo produce un effetto centrifugo e di perdita di senso della filosofia del diritto come disciplina a sé stante rispetto alla filosofia morale e alla filosofia politica.

Quando un decennio fa è stata fondata la *Rivista di filosofia del diritto* si è subito avvertita l'esigenza di riflettere sullo statuto epistemologico della disciplina: «[...] come difendere in quest'ottica l'identità della filosofia del diritto quando la stessa identità del giurista è oggi più che mai in discussione? Bisogna considerare questa varietà di percorsi della filosofia del diritto come una ricchezza di opportunità e come un progressivo allargamento di orizzonti. *Tuttavia diventa sempre più difficile governare quest'immenso campo di ricerche in modo che esse mantengano fra loro una qualche unità significativa*» (Viola 2012, 3-4, corsivo aggiunto).

È solo una riflessione sul metodo che può arginare la polverizzazione e la crisi della filosofia del diritto e Ciaramelli (2021, 5) ne è ben consapevole: «[...] ...la nostra ormai acclarata appartenenza all'età dell'incertezza non esime la teoria e la pratica giuridiche dal compito di render conto e ragione delle proprie prese di posizione, tralasciando il riferimento ai fattori psicologici capaci di causarle, e concentrandosi invece sulle ragioni in grado di giustificarle».

La ragione preminente che ha condotto all'oblio di un discorso sul metodo è evidente e Ciaramelli nel suo libro la analizza in profondità: quando si è dissolta l'illusione della certezza del diritto e della possibilità di conoscere il diritto in termini neutrali e avalutativi la conseguenza è stata quella di arrendersi all'*anything goes* e all'incertezza radicale. Questa attitudine è ben descritta anche da Herbert Hart (2002, 146-181) quando riflette sulla contrapposizione tra formalismo e scetticismo interpretativo. Gli scettici, secondo Hart, sono sovente degli "oggettivisti delusi", vale a dire credenti nella certezza del diritto che, resisi conto che la certezza non può mai essere assoluta, concludono con superficialità che il diritto non può che essere il regno dell'assoluta incertezza.

Rispetto a questa considerazione, Ciaramelli e Hart stanno dalla stessa parte che, poi, è quella di Aristotele. Hart sostiene che il formalismo e lo scetticismo sulle norme sono "come Scilla e Cariddi e la verità sta in mezzo a loro". Ciaramelli dal canto suo propone una riflessione sul metodo che tiene conto della strutturale indeterminatezza del diritto e, al contempo, non soccombe al cospetto di quest'ultima.

Ciaramelli ribadisce la tesi, la cui genesi egli fa risalire almeno a Max Weber, che la possibilità di qualificare come "scientifico" un ambito della conoscenza non passa per l'adozione di un determinato metodo, in particolare del metodo delle scienze empiriche mature. L'idea è che il metodo dipende dal contesto o, in altri termini, che è l'ambito di esperienza oggetto di studio a determinare quale sia il metodo adeguato da adottare. Una indagine meta-metodologica induce a distinguere in modo piuttosto netto il metodo delle scienze naturali da quello delle scienze umane. Le ragioni sono ovvie. Qui le riassumo dicendo che nell'ambito delle scienze naturali la distanza tra l'oggetto di studio e l'attività conoscitiva è più ampia

di quanto non sia, fatalmente, nell'ambito delle scienze umane. Queste ultime, infatti, si occupano di fatti umani i quali, a differenza dei fatti naturali, sono "costruiti" (Searle 1996) dagli esseri umani e, proprio per questo, non sono impermeabili all'attività conoscitiva che li riguarda. Lo scienziato sociale è in qualche modo anche un attore o un "costruttore" dell'ambito di esperienza che rappresenta l'oggetto del suo studio. Mentre il metodo delle scienze naturali si fonda sulla spiegazione causale, il metodo delle scienze sociali non può prescindere dalle categorie dell'"ordine simbolico": «La caratteristica peculiare della metodologia delle scienze storico-sociali è il ricorso alle categorie proprie dell'ordine simbolico, essenzialmente a quelle di "significato, valore e scopo" che costituiscono la traduzione in termini astratti delle "forme strutturali della vita"» Ciaramelli (2021, 10).

La presa di coscienza che la conoscenza del diritto e, più in generale, dei fenomeni sociali non può basarsi sul metodo delle scienze naturali segna il passaggio dalle "teorie giuridiche di ieri" alle "teorie giuridiche di oggi" (Viola & Zaccaria 1999). Le prime identificano il diritto: «...con un oggetto d'esperienza isolabile e descrivibile» (Viola & Zaccaria 1999, 32); di volta in volta il diritto sarà un insieme di norme, o un insieme di fatti, o un insieme di valori, la cui esistenza prescinde completamente sia dall'intervento dell'interprete sia dagli atteggiamenti di coloro i cui comportamenti il diritto si propone di regolare. Ronald Dworkin sostiene che le "teorie di ieri" escludono la possibilità di un "disaccordo teoretico" sul diritto. Esse, in breve, negano che la domanda "che cos'è il diritto?" possa ammettere una pluralità di risposte, proprio perché il diritto è in qualche modo un oggetto descrivibile in modo neutrale. Le teorie giuridiche di ieri sono afflitte dall'"assillo semantico", secondo cui sarebbe improduttivo discutere di qualsivoglia argomento, nel nostro caso del diritto, in presenza di un disaccordo teoretico circa l'oggetto di cui si parla. Esse, in conclusione, sono accomunate dalla tesi secondo cui il diritto, visto come un oggetto, è un presupposto necessario dell'attività conoscitiva, piuttosto che l'esito, non definitivo, ma perennemente mutevole, di una pratica interpretativa. In altri termini, tali teorie condividono un atteggiamento metateorico di tipo oggettualistico.

Le teorie giuridiche di oggi, al contrario, sottolineano con enfasi l'importanza della dimensione pratica del diritto e, di conseguenza, l'insufficienza di tutte quelle ricostruzioni del fenomeno giuridico che guardano al diritto come a un oggetto passibile di conoscenza prettamente teorica e che mettono tra parentesi il "punto di vista pratico", il punto di vista, cioè, di chi considera il diritto come una ragione per l'azione. L'aspetto di maggiore novità delle teorie giuridiche di oggi è rappresentato dalla presa di coscienza che tra l'attività del descrivere e l'oggetto da descrivere - cioè il diritto - non vi è soluzione di continuità. Per dirla con Giuseppe Zaccaria (1991, 330): «la positività, infatti, non può certo prescindere dai documenti legislativi, ma in essi non si lascia neppure completamente concludere».

Ciaramelli difende proprio la tesi che è responsabilità dell'interprete attribuire "significato, valore e scopo" alla pratica giuridica oggetto di osservazione; ciò non significa che l'interprete eserciti una discrezionalità senza limiti, sia perché la pratica ha una sua consistenza che non può essere trascesa sia perché l'osservatore è, al medesimo tempo, anche un partecipante della pratica.

Oltre al merito di aver posto il tema del metodo - in modo originale e corretto - sul tavolo della discussione giusfilosofica, a Ciaramelli e al suo libro bisogna ascrivere almeno altri tre meriti.

Innanzitutto *L'ordine simbolico*, pur essendo un libro senz'altro sofisticato e ricco di rimandi, è un libro in cui la voce di Ciaramelli si ode forte e distinta. Parafrasando Hart, si può dire che è un libro in cui l'autore dice ciò che pensa e non (soltanto) ciò che pensa su quello che pensano altri autori.

Inoltre, è un libro in cui le tesi sono presentate in modo chiaro. Non è più tempo di guerre di religione tra analitici e continentali; tuttavia, se qualcosa è rimasto dell'impostazione giusanalitica della mia formazione è l'idiosincrasia per la confusione concettuale e per gli idioletti superflui e inconcludenti. Ora, se c'è un difetto che proprio non può essere attribuito a *L'ordine simbolico* è l'oscurità concettuale e il compiacimento per l'esoterismo delle argomentazioni. È un libro per tutti i cultori di filosofia del diritto - e, per il respiro ampio che lo caratterizza, di filosofia tout court - e può essere commentato e discusso da diverse prospettive.

Infine, Ciaramelli non banalizza le posizioni che critica e ciò accresce la forza della sua posizione.

## 2. L'ILLUSIONE DELLA NEUTRALITÀ

«Il rifiuto di un'adesione acritica all'apparente immediatezza dell'incontro con la realtà esterna», rileva opportunamente Ciaramelli (2021, 28), «è alla base della ricerca dell'autonomia del sapere, in quanto caratteristica essenziale della modernità». A partire da questo assunto, la conoscenza della realtà viene modellata sulle scienze naturali e sull'empirismo. La scienza giuridica (è uso qui 'scienza' *pour cause*) non fa eccezione. Rispetto a questa idea che sia possibile una conoscenza oggettiva e avalutativa del diritto, vi sono due vicende - in parte sovrapposte - che, come nota anche Ciaramelli, meritano di essere analizzate nel dettaglio. Si tratta del giuspositivismo novecentesco, da un lato e, dall'altro, della filosofia analitica del diritto che nasce all'incirca a metà del secolo scorso. Entrambe queste tradizioni di ricerca giusfilosofica hanno contribuito all'illusione della neutralità e entrambe si sono rivelate fallaci. Tuttavia talvolta gli errori non sono banali e analizzarli può aiutare a non commettere i medesimi errori in futuro.

### *2.1. Il positivismo giuridico metodologico*

Nel 1960 a Bellagio, località turistica sul lago di Como, si svolse un celebre convegno sul positivismo giuridico al quale parteciparono, tra gli altri, Hans Kelsen, Bobbio, Hart, Alf Ross e Uberto Scarpelli, tutti filosofi del diritto analitici e giuspositivisti. Tutti questi studiosi, con l'eccezione di Scarpelli, concordano su alcune precise tesi meta-teoriche e metodologiche (cfr. Squella 1990).

Kelsen individua il nucleo concettuale del positivismo giuridico nella tesi secondo la quale tutto il diritto è diritto positivo, vale a dire un prodotto umano storicamente contingente. Più precisamente, il diritto positivo è essenzialmente un "ordinamento di coercizione", espressione della volontà di un'autorità umana. Secondo Kelsen, il diritto naturale, che egli fa coincidere con un ordinamento sociale assolutamente giusto, non esiste, in quanto la giustizia (assoluta) è un ideale irrazionale: vi sono diversi sistemi morali e concezioni della giustizia differenti. Kelsen, in breve, sulla scorta del neopositivismo<sup>1</sup>, accoglie una concezione dei valori e dei giudizi di valore di tipo emotivistico.

Gli assunti metodologici del positivismo giuridico secondo Kelsen possono essere compendati in due punti. In primo luogo, la definizione del concetto di diritto deve prescindere da elementi valutativi. In altri termini, bisogna evitare le "definizioni politiche" che individuano una corrispondenza tra il diritto ed una specifica concezione della giustizia; il concetto di diritto va quindi depurato da qualsiasi commistione con l'idea di giustizia. In secondo luogo, la scienza giuridica deve limitarsi a descrivere il proprio oggetto, il diritto positivo, astenendosi da valutazioni sulla bontà, giustizia o correttezza del diritto esistente. Questa tesi, evidentemente, non comporta la trasformazione del giurista nel "lodatore di qualsiasi regime", per usare un'espressione di Bobbio, ma consente una distinzione concettuale tra il problema del valore del diritto e quello della sua validità.

Ross (1982) distingue, in modo più articolato rispetto a Kelsen, sette tesi che tradizionalmente sono state etichettate come giuspositiviste: *i*) la tesi secondo cui è possibile distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere; *ii*) l'assunto metateorico, che presuppone *i*), secondo cui l'oggetto della scienza giuridica è il diritto qual è, descrivibile «in termini puramente fattuali, empirici, basati sull'osservazione e sull'interpretazione di fatti sociali» (Ross 1982, 139), e non il diritto quale dovrebbe essere; *iii*) la concezione austriaca e, più in generale, imperativistica del diritto, secondo cui le norme giuridiche sono i comandi di un "sovrano" (il legislatore) ai suoi "sudditi" (i cittadini); *iv*) la tesi, associata

<sup>1</sup> La teoria del diritto di Kelsen ha subito nel corso degli anni significativi cambiamenti, soprattutto per quel che concerne i presupposti filosofici di fondo. All'influenza della filosofia neo-kantiana, che caratterizza il primo periodo - quello austro-tedesco sino alla pubblicazione della prima versione della *Reine Rechtslehre* nel 1934 - si è sostituita, nel secondo e terzo periodo - quello "americano" e quello detto dell'"ultimo Kelsen" - l'influenza del neopositivismo. Cfr., *ex multis*, Paulson (1990).

all'imperativismo, «della forza che “sta dietro” il diritto» (Ross 1982, *ib.*); v) la concezione meccanicistica del ragionamento giudiziale la quale, sulla scorta di una concezione del diritto come sistema chiuso e completo di norme, ritiene che le decisioni dei giudici siano l'esito di una deduzione logica a partire da norme giuridiche generali e astratte (formalismo interpretativo); vi) l'idea, che Ross definisce quasi-positivista, secondo la quale il diritto, per il solo fatto di essere stato emanato da una autorità, deve essere obbedito; vii) la negazione dell'esistenza del diritto naturale. Tra queste tesi, tutte appartenenti a diverso titolo alla tradizione del positivismo giuridico, Ross accoglie soltanto le prime due e l'ultima.

Hart (2005) isola invece cinque tesi che sono state attribuite al positivismo giuridico: 1) la tesi secondo cui il diritto è costituito da comandi di esseri umani; 2) la tesi secondo cui non vi è una connessione necessaria tra diritto e morale; 3) la tesi della rilevanza dell'analisi dei concetti giuridici e della sua distinzione dalle ricerche d'ordine storico o sociologico; 4) la tesi secondo cui il diritto è un sistema chiuso di norme; 5) la tesi secondo cui i giudizi morali, a differenza dei giudizi di fatto, sono irrazionali.

Si può ragionevolmente ritenere, anche se Hart non è del tutto esplicito al riguardo, che egli sottoscriva le tesi 2) e 3) e rifiuti le tesi 1), 4) e 5).

Bobbio (1996), infine, proprio commentando il saggio di Hart *Positivism and the Separation of Law and Morals*, individua tre aspetti distinti del positivismo giuridico: a) come *approach* allo studio del diritto; b) come teoria del diritto; c) come ideologia della giustizia.

Il positivismo giuridico, come *approach* al diritto, presuppone la possibilità di distinguere tra il diritto qual è e il diritto quale dovrebbe essere, cioè tra diritto ideale e diritto reale e, sulla base di tale distinzione, individua l'oggetto della scienza giuridica nel diritto positivo, in “quel complesso di regole emanate secondo procedure stabilite che vengono abitualmente seguite dai cittadini e applicate dai giudici”.

Come teoria del diritto, il positivismo giuridico esprime una concezione statualistica del diritto, le cui caratteristiche sono compendiate da Bobbio in cinque punti: I) il diritto è un sistema di norme fatte valere con la forza o il cui contenuto è la regolamentazione dell'uso della forza; II) le norme giuridiche sono comandi; III) la legge è la fonte suprema di produzione del diritto; IV) l'ordinamento giuridico è completo (o completabile) e coerente; V) l'interpretazione del diritto è un'attività di tipo essenzialmente logico.

Come ideologia, il positivismo giuridico si risolve nell'attribuzione di un valore positivo al diritto esistente, a prescindere dalla corrispondenza di quest'ultimo con un diritto ideale. Sotto questo aspetto, il positivismo giuridico è un'etica normativa la cui caratteristica principale è individuabile nella coincidenza tra i criteri per giudicare della giustizia o ingiustizia del diritto e i criteri per giudicare della sua validità o invalidità. Bobbio, in effetti, distingue due versioni del positivismo

giuridico come ideologia. La versione forte afferma che il diritto positivo è giusto per il solo fatto di essere stato emanato da un'autorità dominante. La versione debole sostiene che il diritto positivo in quanto tale, indipendentemente dal valore morale delle sue regole, consente di raggiungere alcuni fini desiderabili da un punto di vista morale, quali l'ordine e la pace.

Secondo Bobbio, questi tre aspetti del positivismo giuridico sono logicamente indipendenti l'uno dall'altro. In particolare: è possibile accogliere la tesi che il compito della scienza giuridica sia quello di descrivere il diritto positivo e rifiutare la concezione statualistica del diritto, storicamente associata al positivismo giuridico, ove la si ritenga una teoria errata o falsa.

Evidentemente, l'*approach* positivistic al diritto non può fare a meno di criteri che consentano di individuare correttamente il diritto effettivamente esistente e di distinguere in qualche modo tra il diritto reale e il diritto ideale; da ciò non segue, tuttavia, che tali criteri siano necessariamente quelli stabiliti dal giuspositivismo teorico.

L'ideologia giuspositivista, che assume l'esistenza di un obbligo morale di ubbidire al diritto positivo, non è implicata dal giuspositivismo teorico né, tantomeno, dal giuspositivismo metodologico.

Bobbio aderisce pienamente soltanto al giuspositivismo come *approach* allo studio del diritto.

Gli assunti meta-teorici condivisi da tutti gli autori passati in rassegna sono dunque due.

In primo luogo, essi ritengono che sia possibile e opportuno distinguere *recisamente* tra il diritto quale di fatto è e il diritto quale dovrebbe essere.

In secondo luogo, e a partire da questa distinzione, essi circoscrivono l'oggetto della filosofia del diritto al diritto quale di fatto è.

Nella modernità, osserva Ciaramelli (2021, 26), «il metodo diventa un dispositivo unitario e preliminare, al quale deve sottomettersi la pratica conoscitiva per non soggiacere ai preconcetti e ai pregiudizi della tradizione. Solo seguendo le rigorose indicazioni del metodo, è possibile attingere una conoscenza oggettiva della realtà».

Questa osservazione si attaglia perfettamente agli esponenti del giuspositivismo novecentesco passati in rassegna in questo paragrafo.

### *2.1.1 Una crepa nel muro: l'eterodossia di Uberto Scarpelli*

In *Cos'è il positivismo giuridico* e in articoli successivi, Scarpelli (1965, 2005<sup>a</sup>, 2005<sup>b</sup>; cfr. Schiavello 2004) sottolinea, in opposizione all'interpretazione scienziata del positivismo giuridico, come il positivismo giuridico sia, innanzitutto e necessariamente, una ideologia. Egli rifiuta la tesi di Scarpelli, il giuspositivismo metodologico, secondo il quale l'oggetto della scienza giuridica è il diritto positivo, presuppone la tesi, caratterizzata ideologicamente, del diritto come creazione

intenzionale degli esseri umani. Non a caso, egli recepisce e fa propria l'affermazione di Lon L. Fuller secondo cui il giuspositivista è *an apostle of made law*. Scarpelli ritiene quindi che lo studioso del diritto giuspositivista si accosti al diritto da “un punto di vista interno” in quanto, per rispondere alla domanda “qual è il diritto?”, è chiamato a compiere una scelta – deve cioè stabilire quale sia la “norma fondamentale” – che può essere giustificata soltanto sul piano ideologico e politico.

Nel corso del tempo Scarpelli acquisisce la consapevolezza che la dimensione ideologica o politica della conoscenza giuridica – che coincide almeno in parte con l'ordine simbolico di cui parla Ciaramelli – non è circoscritta alla scelta della norma fondamentale; l'ideologia pervade l'intera attività ricostruttiva del diritto, vista la centralità, in particolare negli Stati costituzionali contemporanei, di una pratica interpretativa caratterizzata dall'elevato grado di indeterminatezza delle disposizioni giuridiche. Per Scarpelli (2005<sup>b</sup>, 110), in definitiva, «il positivismo non è ideologia soltanto nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare la scelta di una norma fondamentale, ma nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare metodi intrisi di valori».

Scarpelli, dunque, a partire da una concezione epistemologica che guarda con interesse al neopositivismo liberalizzato o costruttivista e, in particolare, al pensiero di autori come Carl Gustav Hempel e Moritz Schlick, tende a considerare il diritto positivo non come un mero dato ma come un'impresa collettiva che si concretizza nella parziale concordanza delle pratiche di individui diversi (giuristi, giudici, avvocati, semplici cittadini).

Da questa concezione del diritto discendono importanti implicazioni meta-teoriche; il compito del filosofo del diritto (analitico e positivista) non può essere quello di rispecchiare la presunta realtà del diritto in modo acritico e avalutativo, ma quello di offrire una ricostruzione della pratica giuridica comune che non può prescindere da valutazioni e, in ultima analisi, da una fondazione filosofico-politica.

È evidente, a questo punto, la distanza che separa Scarpelli dai giuspositivisti ortodossi. Secondo Bobbio, ad esempio, il positivismo giuridico come teoria deve essere accettato o rifiutato a seconda che descriva correttamente o meno il diritto reale. Per Scarpelli, invece, il diritto non è un “blocco di marmo”, ma una pratica sociale, che non può essere descritta “così com'è”, ma solo ricostruita offrendone una chiave di lettura. In questo senso, non è corretto ritenere che la prospettiva del giurista e del filosofo del diritto sia esterna: il giurista collabora, in una certa misura, al farsi della pratica e, dunque, è, a suo modo, un partecipante<sup>2</sup>.

Scarpelli anticipa le critiche di Dworkin alle teorie del diritto che quest'ultimo denomina “teorie semantiche”, contrapponendole alle “teorie interpretative”.

<sup>2</sup> Una prospettiva simpatetica con quella di Scarpelli è difesa in modo convincente da Mario Jori in molti scritti e, soprattutto, in Jori (2010).



Dworkin definisce “semantiche” le teorie che escludono la possibilità di un “disaccordo teoretico” sul diritto, le teorie, cioè, che negano – a partire dalla convinzione che il diritto sia un oggetto descrivibile in modo neutrale – che la domanda “che cos’è il diritto?” possa ammettere una pluralità di risposte. Le “teorie semantiche” sono quindi accomunate dalla tesi secondo cui il diritto, visto come un oggetto, è un presupposto necessario dell’attività conoscitiva, piuttosto che l’esito, non definitivo ma perennemente mutevole, di una pratica interpretativa. In conclusione, le teorie semantiche condividono un atteggiamento metateorico di tipo oggettualistico (cfr. par. 1).

### *2.1.2 La difesa dell’ortodossia: un tentativo vano*

La concezione “politica” del positivismo giuridico difesa da Scarpelli è in definitiva una sfida al giuspositivismo metodologico o concettuale e alla tesi della neutralità. E, ovviamente, il positivismo giuridico metodologico raccoglie la sfida e prova a difendersi.

Hart riconosce che una ricostruzione teorica del diritto debba prendere in considerazione l’atteggiamento dei partecipanti; tuttavia egli afferma che ciò non produce delle ricadute sulla conoscenza giuridica. Per Hart, il compito dello studioso del diritto rimane sempre quello di descrivere, in modo neutrale e avalutativo, una realtà che è già compiutamente data *prima* di qualsiasi attività interpretativo-ricostruttiva. Insomma: «la descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione» (Hart 2002, 314).

In anni ancora più recenti il giuspositivismo metodologico è stato assunto come un dogma irrinunciabile anche da Luigi Ferrajoli (2010, 2013). Un elemento centrale del giuspositivismo di Ferrajoli è una concezione della validità giuridica che rispetta la separazione tra diritto e morale: una questione è la validità di una norma, altra la sua correttezza morale e la sua giustizia. Tale versione non riduzionista della validità stride però con le considerazioni di Ferrajoli sul mutamento che il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale avrebbe prodotto sulla nozione giuspositivista di validità. Nello stato costituzionale, alla validità formale (o vigore) si aggiunge anche una dimensione sostanziale (validità in senso pieno). La validità formale presuppone il rispetto delle metanorme procedurali e di competenza relative alla produzione della legge, mentre la validità sostanziale richiede che vi sia coerenza e compatibilità tra le norme infracostituzionali e le norme costituzionali che, secondo Ferrajoli, sono principi etico-politici. L’accertamento della validità sostanziale impone che si ponga in essere una attività interpretativa complessa che riguarda sia la disposizione infracostituzionale che quella costituzionale e il cui esito sarà la produzione della norma  $N_1$  (infracostituzionale) ed  $N_2$  (costituzionale) nonché la valutazione circa la coerenza e la compatibilità tra queste due norme. Questa complessa attività interpretativa che coinvolge principi etico-politici, chiama

in causa valutazioni sostanziali che «contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non possono essere di tipo prettamente ed esclusivamente giuridico, ma saranno anche - e necessariamente - di carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme in considerazione» (Pino 2014, 56; cfr. anche Schiavello 2016).

Se, come sembra inoppugnabile, l'accertamento della validità sostanziale chiama in causa le valutazioni morali dell'interprete, allora non è possibile mantenere la tesi giuspositivista della separazione.

Se questa obiezione è corretta, anche la rivisitazione del positivismo metodologico proposta da Ferrajoli è inadeguata. Egli sostiene che, negli stati costituzionali, la conoscenza giuridica non possa essere descrittiva e avalutativa perché deve assumere necessariamente un atteggiamento critico e progettuale a causa dell'inevitabile presenza, a livello infra-costituzionale, di antinomie e lacune rispetto al progetto costituzionale. Questa proposta può passare come una rivisitazione del giuspositivismo metodologico anziché come una sua abiura solo a condizione di presupporre che l'atteggiamento critico e progettuale della scienza giuridica non travalichi l'ambito di valutazioni prettamente giuridiche (o "intra-sistematiche"). Tuttavia se, per le medesime ragioni che abbiamo visto a proposito della concezione della validità, non è possibile prescindere da valutazioni morali, allora anche la recisa distinzione tra il diritto qual è (o anche quale dovrebbe essere alla luce del progetto costituzionale) e il diritto quale dovrebbe essere (*tout-court*) perde di consistenza.

Il positivismo metodologico più recente, pur proponendo una versione sofisticata e *up to date* della tesi della neutralità, non consente di superare i limiti della versione originaria di tale tesi.

Il tentativo più ambizioso in questa direzione è probabilmente quello di Julie Dickson (2001, 2004; cfr. Burazin 2012 e Schiavello 2020). Dickson ritiene che sia ingenuo sovrapporre la tesi della neutralità e quella della avalutatività della scienza giuridica. Sostenere che la conoscenza del diritto (come peraltro la conoscenza *tout court*) sia scevra da valutazioni è illusorio; tuttavia, non tutte le valutazioni stanno sullo stesso piano e non tutte le valutazioni sono inammissibili.

Innanzitutto, vi sono valori meta-teorici o epistemici - come, ad esempio, semplicità (o, a seconda dei gusti, complessità), coerenza, chiarezza, completezza, eleganza - che consentono di comparare teorie del diritto diverse. La presenza di tali valori che, come mostra la tesi della sotto-determinazione di Duhem e Quine, riguarda ogni ambito della conoscenza, secondo Dickson non imbarazzano affatto il giuspositivismo metodologico.

Un secondo tipo di valori, anche questi ammissibili, riguardano la rilevanza e l'importanza. Per dirla con John Finnis (1996, 17, corsivo nell'originale), citato anche da Dickson, «[...] non si può sfuggire all'esigenza teorica che un giudizio di *significatività* e *importanza* si debba compiere se la teoria vuol esser più che un

mucchio di ciarpame, di fatti eterogenei descritti con una congerie di linguaggi tra loro incommensurabili». Oltre a questa esigenza teorica, che è comune a tutti gli ambiti della conoscenza, vi è un giudizio di rilevanza e importanza che risponde a una “esigenza pratica” e che è peculiare della teoria del diritto.

Le caratteristiche di tale giudizio sono chiarite da Joseph Raz (1995, 237): «Il concetto di diritto è parte della nostra cultura e delle nostre tradizioni culturali. Esso ricopre un ruolo nel modo in cui tanto le persone comuni quanto i giuristi interpretano le proprie azioni e quelle altrui. [...] Spetta alla teoria del diritto individuare, elaborare e spiegare le idee centrali e rilevanti inerenti al modo in cui il concetto ricopre il suo ruolo nella comprensione della società da parte degli individui. La teoria del diritto contribuisce sotto questo aspetto ad una comprensione migliore della società. Sarebbe tuttavia un errore concludere [...] che il successo di una analisi del concetto di diritto si giudica dalla sua fecondità teoretica e sociologica. Affermare questo significa non comprendere che, a differenza dei concetti quali “massa” o “elettrone”, “diritto” è un concetto utilizzato dalle persone per comprendere loro stessi. Non siamo liberi di scegliere qualsivoglia concetto fecondo. Uno dei compiti principali della teoria del diritto è quello di fare progredire la nostra comprensione della società aiutandoci a comprendere come le persone comprendono loro stesse».

L'idea, originariamente sviluppata da Hart, è che una concezione del diritto non può prescindere dal tenere nel debito conto la prospettiva del partecipante, proprio perché il diritto è una pratica sociale la cui funzione primaria è quella di influire sui comportamenti degli individui. Dopo Hart, è apparso a tutti chiaro che la prospettiva del partecipante non è un blocco monolitico; di conseguenza, lo studioso del diritto deve distinguere tra i casi paradigmatici e casi periferici di partecipante e ciò chiama in causa valutazioni di rilevanza e importanza.

Gli unici giudizi di valore inammissibili per la tesi della neutralità sono dunque i giudizi morali - che Dickson denomina “giudizi di valore diretti” per distinguerli da tutti gli altri che sarebbero “giudizi di valore indiretti” - la cui presenza, in spregio della distinzione benthamiana tra giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria, confonderebbe il piano dei discorsi sul diritto reale con quello relativo ai discorsi sul diritto ideale.

Tuttavia, la convinzione che questi ultimi giudizi di valore siano chiaramente distinguibili dai precedenti è illusoria. Se, come sostengono molti autori, l'aspirazione alla giustizia è una caratteristica insopprimibile del diritto e se ciò implica che il partecipante idealtipico alla pratica giuridica sia chi accetta il diritto per ragioni morali, allora i margini per distinguere le valutazioni di rilevanza e di importanza da quelle morali si assottiglia sino a scomparire. Come riconosce anche Brian Leiter (2003, 40), paladino di una scienza giuridica descrittiva e critico, da questo fronte, del tentativo di Dickson di individuare una via media tra scienza giuridica descrittiva e scienza giuridica prescrittiva: «[...] non esiste uno spazio

concettuale tra la *jurisprudence* descrittiva [...] e la concezione normativa della *jurisprudence*».

Questa conclusione è peraltro accolta anche da Ferrajoli (2012, 240, corsivo aggiunto) quando riconosce (non senza costi rispetto alla coerenza interna della sua prospettiva giusfilosofica) che: «[...] la teoria ha una inevitabile dimensione prescrittiva: le assunzioni, infatti, sono convenzioni, cioè prescrizioni, e implicano scelte, che non sono né vere né false. Queste scelte sono di solito opzioni di carattere teoretico, giustificate dalla maggior capacità esplicativa da esse rivelata, nel corso della teoria, rispetto a possibili scelte alternative. *Ma non sono ad esse estranee, talora, opzioni etico-politiche dettate dalle specifiche finalità ricostruttive perseguite dal teorico in vista delle implicazioni pratiche da esse suggerite*».

Su questa linea, ma dall'altro lato della barricata rispetto a Leiter, si colloca anche Vittorio Villa (1993, 237-238): «[...] la conoscenza dei valori giuridici non può prescindere dall'intervento di giudizi di valore (di secondo ordine), che hanno la funzione di introdurre ordine e coerenza fra questi elementi di carattere valutativo, ad esempio indicando, al loro interno, quali sono le gerarchie e le priorità da privilegiare. Proprio questa è, a ben guardare, la ragione principale per cui, nell'ambito di esperienza giuridico, la conoscenza dei valori non può risolversi in un accostamento avalutativo a questi oggetti, ma richiede sempre, al contrario, l'intervento di prese di posizione valutative».

## 2.2 *La filosofia analitica del diritto e i suoi limiti*

Se optiamo per una caratterizzazione debole della filosofia analitica gli aspetti da prendere in considerazione concernono proprio il metodo (cfr. anche Ciaramelli 2021, 37): a) la filosofia analitica predilige l'analisi rispetto alla sintesi; essa muove sempre da una scomposizione e da una disarticolazione degli oggetti sottoposti a indagine per poi tentarne una ricomposizione unitaria. In questo senso, il lavoro del filosofo può essere paragonato a quello di un orologiaio che, per riparare un orologio, lo smonta e ne esamina i singoli pezzi per poi rimetterli insieme ed esaminarne il funzionamento complessivo; b) la filosofia analitica predilige uno stile austero, orientato al rigore argomentativo, alla chiarezza nella formulazione dei problemi, alla precisione nelle definizioni, alla cura nelle distinzioni e così via; c) la filosofia analitica affronta i problemi filosofici attraverso l'analisi del linguaggio. In altri termini, i problemi filosofici vengono trasformati in problemi linguistici.

Una definizione più robusta di filosofia analitica individua alcune distinzioni che sono accolte - o almeno tematizzate - da tutti gli adepti di questa tradizione di ricerca filosofica. In primo luogo, la filosofia analitica prende in considerazione la distinzione tra analitico e sintetico: la conoscenza empirica ci dà informazioni nuove e non logicamente necessarie sui fatti mentre le conoscenze della logica sono tautologiche. In secondo luogo, la filosofia analitica distingue tra discorsi e meta-

discorsi. L'idea è che i discorsi possono vertere su altri discorsi e che la filosofia è un meta-discorso che si prefigge di analizzare altri tipi di discorsi, tra i quali i più importanti sono quelli che descrivono la realtà e quelli che prescrivono azioni. Questa distinzione contribuisce a spiegare perché le filosofie analitiche tendono al discorso particolare e settoriale e rifuggono dalla grande costruzione sistematica e globale. La filosofia è sempre filosofia di qualcosa. In terzo luogo la filosofia analitica adotta la separazione tra essere e dover essere: non è possibile dedurre logicamente un giudizio di valore o normativo da un discorso meramente fattuale (legge di Hume). Infine, la filosofia analitica distingue tra contesto di giustificazione e contesto sociologico: una cosa è il meta-discorso che descrive le regole di formazione, giustificazione e controllo di un discorso oggetto, altra cosa è la descrizione del modo in cui di fatto viene usato il discorso oggetto.

Alla luce di questa breve presentazione della filosofia analitica è possibile individuare due programmi di ricerca della filosofia analitica del diritto: la filosofia del diritto come meta-giurisprudenza e la filosofia del diritto come laboratorio concettuale (Guastini 2012).

In questa sede il termine 'giurisprudenza' è inteso nella sua accezione originaria di *prudentia juris*. In ipotesi, il diritto è il discorso prodotto dalle autorità normative. La giurisprudenza è un metalinguaggio il cui linguaggio oggetto è il diritto. La filosofia del diritto sarebbe dunque un meta-metalinguaggio il cui linguaggio oggetto è il linguaggio della giurisprudenza. In questa accezione la filosofia del diritto è meta-giurisprudenza, vale a dire descrizione e analisi dei discorsi e delle operazioni pratiche dei giuristi e dei giudici. In conclusione, in base a questo primo programma di ricerca, la filosofia analitica del diritto può essere considerata una istanza della filosofia della scienza.

Come laboratorio concettuale la filosofia analitica del diritto affronta problemi di formulazione e organizzazione della conoscenza. In questo senso, la prospettiva giusanalitica incide sul modo di descrivere il diritto ma non sull'identificazione del suo contenuto. Ad esempio, il modo di risolvere una questione interpretativa (quali norme si possono ricavare da una disposizione normativa?) è di pertinenza della giurisprudenza (nell'accezione precedente di *scientia* o *prudentia juris*) mentre stabilire se l'ordinamento internazionale sia propriamente un ordinamento giuridico o se le sentenze della Corte costituzionale che dichiarano la illegittimità costituzionale di una norma siano o meno fonti del diritto sono questioni concettuali di competenza della filosofia del diritto. Quale che sia la risposta a queste due domande, non è in alcun modo in discussione il contenuto normativo dell'ordinamento internazionale né sono in discussione gli effetti delle sentenze costituzionali.

Una istanza paradigmatica della filosofia del diritto analitica come laboratorio concettuale è la teoria assiomatica di Ferrajoli (2007); essa aspira a costruire un linguaggio della teoria del diritto che sia rigoroso e in grado di produrre un discorso

assolutamente coerente. A partire da un numero circoscritto di concetti assunti come primitivi e di tesi assunte come postulati o definizioni, Ferrajoli deriva tutte le altre tesi e i concetti teorici che costituiscono l'intero linguaggio della teoria del diritto. Una teoria assiomaticizzata assicura diversi vantaggi: a) l'univocità semantica dei termini teorici utilizzati; b) la coerenza interna del discorso teorico; c) la trasparenza delle scelte ideologiche a monte della teoria; d) l'opportunità di scoprire che, rispetto alle premesse date, non tutte le tesi intuitive sono vere e non tutte le tesi vere sono intuitive (Ferrajoli 2012, 239).

In questo senso, il compito della filosofia del diritto sarebbe quello di favorire la realizzazione di quello che Ferrajoli chiama "modello integrato di scienza giuridica": «[...] la teoria generale del diritto può diventare il terreno di incontro non solo tra le diverse discipline giuridiche, ma anche tra i diversi approcci allo studio del diritto - tra il punto di vista assiologico esterno della filosofia politica, il duplice punto di vista giuridico interno, quello costituzionale e quello legislativo, delle discipline dogmatiche positive, e il punto di vista empirico esterno della sociologia del diritto - ai quali offre una rete comune di concetti, da ognuno di essi diversamente interpretato in funzione critica oltre che esplicativa: la critica del diritto ingiusto dal punto di vista assiologico esterno, del diritto invalido dal punto di vista giuridico interno e del diritto ineffettivo dal punto di vista sociologico esterno». La perplessità rispetto a questa impresa è che sia possibile costruire una sintassi comune in modo artificiale e dall'alto, tanto più che, come riconosce lo stesso Ferrajoli, le fondamenta di questo linguaggio comune non sono neutrali né avalutative (cfr. par. 2.1.2).

La filosofia analitica del diritto "dura e pura" tende a presentare la distinzione tra giurisprudenza e meta-giurisprudenza e quella tra questioni concettuali e questioni interpretative (in senso lato) come distinzioni nette. Tuttavia, che le cose stiano così è ampiamente dibattuto. Qui mi limito a un paio di esempi che consentono di mettere in discussione il metodo giusanalitico.

Il primo esempio riguarda le "lacune immaginarie" e le «norme apocrife» (nonché la presunta omosessualità di *Oliver Twist*). Secondo Riccardo Guastini l'enunciato 'Oliver Twist è omosessuale' non è né vero né falso (al limite, senz'altro falso) perché Charles Dickens non scrive nulla di esplicito al riguardo nel suo romanzo. Allo stesso modo, l'art. 87, comma 5 cost. che dispone: «[il Presidente della Repubblica] emana i decreti aventi valore di legge» è stato (ed è) oggetto di dispute «interpretative» relative alla individuazione dei limiti del potere del Presidente della Repubblica di emanare decreti. Eppure, «enunciati del tipo 'il Presidente della Repubblica non può rifiutare l'emanazione di decreti-legge se non in circostanze così-e-così'» (Guastini 2011, 448-449) non sono né veri né falsi (al limite, senz'altro falsi) o devono essere convertiti da enunciati interpretativi in formulazioni di una norma apocrifa.

Pur non potendo entrare nel merito, anche in questi casi vengono presupposte tutte una serie di opzioni meta-interpretative, che hanno peraltro evidenti risvolti ideologici e, nel caso del diritto, politici in senso stretto. Peraltro, a voler seguire fino in fondo questa impostazione, bisogna concedere che, se, ad esempio, una norma vieta di dormire nelle stazioni ferroviarie, il giudice che assolve il distinto signore che si era assopito, da seduto, aspettando l'arrivo del suo treno, sta ignorando il diritto vigente; invece, l'altro giudice che condanna il vagabondo che si era sdraiato con un cuscino sotto la testa su una panchina della stazione ma che era ancora sveglio al momento dell'arresto, sta usando, come premessa maggiore della sua decisione, una norma apocrifa (Fuller 2005, 161-168). E questa non sembra affatto una ricostruzione soddisfacente della vicenda.

Pierluigi Chiassoni (Chiassoni 2013, 78), a proposito della contrapposizione tra il normativismo (*à la* Hart) e l'interpretazionismo (*à la* Dworkin) osserva: «la scelta tra l'uno o l'altro modo di vedere [...] non potrà che dipendere, in conclusione, se non dall'accettazione dell'una o l'altra opzione teorica di fondo e da fattori extra-teorici ...». Questa osservazione può essere letta come uno *spot* per una scienza giuridica interpretativa o, in altri termini, come il riconoscimento che, a livello meta-teorico, Dworkin ha ragione ed i sostenitori di una scienza giuridica avalutativa e descrittiva (tra i quali, anche Hart), torto.

### 3. INDETERMINATEZZA E DIRITTO: DUE PIANI DEL DISCORSO

Nella concezione del metodo giuridico di Ciaramelli l'indeterminatezza ricopre due ruoli che è bene tenere distinti. In generale, l'indeterminatezza è una caratteristica ontologica degli atti umani e spiega perché il metodo causale delle scienze naturali non si attaglia alle scienze umane: «i processi trasformativi messi in moto dagli atti umani hanno effetti che non realizzano mai totalmente (e neanche esclusivamente) i propositi in vista dei quali sono stati presi di mira. Eppure, benché di fatto almeno in parte si discostino dai progetti che li hanno preceduti, gli artefatti sociali restano pur sempre il risultato d'un intervento umano, tenuto a risponderne e perciò, nei limiti del possibile, a prevenirne la discordanza rispetto alle intenzioni originarie» (Ciaramelli 2021, 8)<sup>3</sup>. In questo senso il diritto, in ogni sua manifestazione fenomenica, non può che essere ontologicamente indeterminato e dunque refrattario al metodo causale.

<sup>3</sup> E ancora: «I presupposti da mettere in discussione per pensare il problema del metodo nella sua origine riguardano il radicamento degli atti umani in una dimensione che la riflessione filosofica nel suo insieme ha il più delle volte emarginato e trascurato. Mi riferisco allo spazio dell'*indeterminazione*, caratterizzato dalla contingenza, instabilità e mancanza di capisaldi immutabili. Proprio in un contesto del genere è immerso l'insieme delle faccende umane, di cui si occupano tanto la filosofia pratica quanto le scienze sociali» (Ciaramelli 2021, 53, corsivo nell'originale).

In un senso più circoscritto e specifico, l'indeterminatezza rappresenta una caratteristica distintiva degli stati costituzionali di diritto contemporanei. Una riflessione sul metodo non può non tematizzare il problema dell'incertezza del diritto contemporaneo (cfr. Ciaramelli 2021, cap. V).

Dopo aver dedicato i primi paragrafi di questo lavoro a una analisi critica di alcune prospettive che si sono cullate nell'illusione di potere aggirare il problema dell'indeterminatezza nella sua prima accezione, qui provo a tematizzare brevemente il problema dell'incertezza negli stati costituzionali contemporanei.

### 3.1 *Due modelli di Rule of Law*

Con una certa approssimazione, tutte le concezioni del *rule of law* possono essere ricondotte a due modelli che declinano in modo diverso l'alternativa tra *rule of men* e *rule of law* (Schiavello 2019).

Il primo modello pone l'accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek (1995, 123) quando difende l'ideale della sovranità della legge: «messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l'autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza».

La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller (1986, cap. 2). Secondo questo autore, affinché il diritto possa perseguire il suo scopo deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che il diritto dichiara ed il modo in cui esso viene, di fatto, amministrato. Fuller è convinto che il soddisfacimento di questi otto *desiderata* e, in particolare, l'assenza di contraddizioni e la congruenza abbiano "maggiore affinità" con ciò che è buono piuttosto che con ciò che è malvagio.

Joseph Raz è meno ottimista rispetto a Fuller. La funzione primaria del diritto è quella di guidare la condotta umana. Il *rule of law* garantisce che questo compito venga svolto in modo efficiente, che venga arginato l'arbitrio del potere e che, come osserva Hayek, venga tutelata la libertà individuale. Così come il coltello serve a tagliare, il diritto serve a dirigere i comportamenti; un coltello affilato taglia meglio di un coltello non affilato e un diritto che rispetta l'ideale del *rule of law* guida



meglio i comportamenti rispetto ad un diritto che non lo rispetti (Raz 1977, 225). Un coltello affilato, tuttavia, può essere utilizzato per tagliare il pane o la gola di un essere umano e, allo stesso modo, un diritto che rispetti l'ideale del *rule of law* può tutelare i diritti umani e la dignità umana così come calpestarli entrambi.

Il secondo modello di *rule of law* è collegato – almeno originariamente – al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria “ragione giuridica” i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica ed immodificabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti (Palombella 2012).

Con il passaggio dallo stato moderno allo stato contemporaneo questo secondo modello è stato rivalutato, anche dai giuristi e dai giusfilosofi appartenenti a paesi di *civil law*. Ciò dipende in larga misura proprio dalle differenze socio-istituzionali tra queste due forme di stato. Se infatti la sovranità è il tratto distintivo dello Stato moderno, la “crisi della sovranità” lo è dello Stato contemporaneo (Ferrajoli 1997). Dopo la fine della seconda guerra mondiale, la sovranità degli stati nazionali viene duplicemente limitata. All'interno, la sovranità del parlamento è negata attraverso l'introduzione di Costituzioni rigide, cioè modificabili solo attraverso un procedimento aggravato rispetto a quello previsto per la formazione della legge, e lunghe, contenenti cioè una dichiarazione dei diritti. All'esterno, la fine della sovranità assoluta degli stati «è sanzionata [...] dalla Carta dell'Onu varata a San Francisco il 26 giugno 1945 e poi dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite» (Ferrajoli 1997, 39).

In breve, se lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici limiti alla sovranità statale le “procedure” che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti “sostanziali”, di “contenuto”, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. Nello stato costituzionale, la dialettica tra *gubernaculum* e *jurisdictio* appare ineludibile.

Da un lato, i due modelli di *rule of law*, proprio in quanto modelli, esercitano una forza normativa *a priori*: delineano un ideale, non “descrivono” ciò che è. La preferenza per l'uno o per l'altro è dunque collegata a ragioni riconducibili all'ambito ideologico-politico. Dall'altro lato, non si può sottacere che, soprattutto

nell'ambito della razionalità pratica, lo *zeitgeist* e i mutamenti nella realtà rivestono un ruolo non trascurabile nell'orientare le scelte a vantaggio di certe visioni del mondo e non di altre. Questo significa, in breve, che il prevalere di certi modelli su altri dipende almeno in parte dalla capacità che questi modelli hanno di leggere la realtà.

Per usare le categorie di Ciaramelli, si potrebbe dire che l'ordine simbolico eserciti una funzione poetica nei confronti di una realtà che, però, non è inerte né modellabile a piacimento. È in questo spazio che bisogna muoversi per sfuggire agli opposti estremismi dell'oggettivismo e dell'*anything goes*.

### 3.2 *L'età dei diritti e i suoi limiti*<sup>4</sup>

Un presupposto della fiducia che connota(va) l'età dei diritti è l'idea che una volta che i diritti umani sono stati riconosciuti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere era trovare un accordo universale su quali diritti dovessero essere riconosciuti. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli. La centralità dell'accordo universale sui diritti umani è testimoniata anche dal fatto che la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea evita consapevolmente di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani.

La rimozione sistematica della questione del fondamento dei diritti dell'uomo è rivendicata da più parti come la strategia da seguire.

Jacques Maritain, nell'introduzione ad un volume sui diritti umani patrocinato dall'Unesco nell'occasione della promulgazione della Dichiarazione universale e pubblicata originariamente nel 1949, nota con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte siano d'accordo sui diritti umani, ma solo a condizione di non domandarsi il perché. I diritti umani sono espressione di una convergenza pratica delle più diverse ideologie e delle più svariate tradizioni spirituali. E non è possibile, e neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica.

Se l'osservazione di Maritain può essere considerata come una espressione di entusiasmo per la conclusione del conflitto mondiale e per l'imminente promulgazione della Dichiarazione universale, più difficile appare applicare la medesima chiave di lettura all'osservazione analoga di Bobbio (1992, 16, corsivi dell'autore) - tratta da una relazione sul tema del fondamento dei diritti tenuta ad un Convegno nel 1964 - che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quelli di *giustificarli*, quanto quelli di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico».

<sup>4</sup> Ho esposto in modo più circostanziato le tesi di questo paragrafo in Schiavello (2013), al quale rimando anche per una bibliografia più completa.

A trent'anni di distanza dalla riflessione di Bobbio, Richard Rorty (1994) ripercorre il medesimo sentiero. Egli riprende dal filosofo argentino Eduardo Rabossi l'espressione "cultura dei diritti umani" – espressione che ricorda da vicino la bobbiana "età dei diritti" – ed afferma che questa cultura è «un evento nuovo e positivo del mondo del dopo-olocausto». Nel medesimo saggio, citando Rabossi, Rorty (1994, 132) osserva che «il mondo è cambiato, e che il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico».

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio. Vari argomenti possono essere addotti a sostegno di questa conclusione. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito ad elencare alcuni tra gli argomenti che considero preminenti.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato in quanto vago e generico<sup>5</sup>; di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Tutti, ad esempio, consideriamo l'eguaglianza un valore e siamo disposti a sottoscrivere il diritto di ciascuno ad essere trattato – per dirla con Dworkin – con eguale considerazione e rispetto. Tuttavia, questa condivisione unanime del valore dell'eguaglianza non impedisce che ci si divida in modo radicale quando si tratta di stabilire in concreto come tutelare il diritto di ciascuno ad essere trattato in modo eguale.

In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Quale è il corretto temperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile.

In terzo luogo, un altro aspetto che non bisogna sottovalutare è il costo del diritto. Holmes e Sunstein (2000, 231) osservano: «I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole; non necessariamente producono egoismo e irresponsabilità; non implicano affatto che ciascuno possa tutelare la propria libertà senza la collaborazione altrui, e non danno luogo a pretese irrefutabili». Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate. La giustificazione di scelte politiche inerenti alla tutela dei diritti (o, meglio, alla tutela di un diritto a discapito di un altro) è, almeno in una certa misura, interna al "linguaggio dei diritti" e, dunque, presuppone

<sup>5</sup> Sulla distinzione tra vaghezza e genericità cfr. C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012. Sull'indeterminatezza dei diritti cfr. T. Mazza, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, "Ragion Pratica", 35, 2010, pp. 509-547, in particolare pp. 528-541.

un'attività interpretativa volta alla determinazione del contenuto dei diritti, una qualche forma di bilanciamento o contemperamento e così via. Per le ragioni viste in precedenza, ciò chiama in causa la questione del fondamento.

In quarto luogo, una questione collegata indirettamente al problema del fondamento filosofico dei diritti riguarda la complessa relazione tra diritti e democrazia. Innanzitutto va presa sul serio la tesi, sostenuta da una minoranza combattiva, che il proliferare delle Carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici (ovviamente intendendo 'democrazia' come 'democrazia procedurale' e non come 'democrazia dialogica o deliberativa') perché riducono, al limite anche fino a farlo scomparire, l'ambito delle materie oggetto di una scelta discrezionale da parte della maggioranza. C'è chi oggi parla, non a caso, di diritti insaziabili.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esiste un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo e dal multiculturalismo. Entrambi questi fenomeni evocano l'idea di una potenziale incommensurabilità tra i piani di vita individuali. Per dirla con Amy Gutmann «...su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle considerazioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l'esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti».

La crisi dell'età dei diritti non significa svalutare il ruolo che essi ancora svolgono nel dibattito pubblico contemporaneo, piuttosto, essa ci impone di prendere coscienza che i diritti non rappresentano il nucleo di certezza su cui si regge il discorso giuridico oggi. Il linguaggio dei diritti è l'idioletto attraverso il quale avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre abbiano delle *chance* di essere accolte. Parafrasando Jon Elster, si potrebbe considerare l'uso pervasivo del linguaggio dei diritti come un caso emblematico di quella "forza civilizzatrice dell'ipocrisia" che ci porta a travestire i nostri interessi particolari da ragioni universalizzabili.

Commentando un saggio di Letizia Gianformaggio, Ciaramelli (2021, 180, corsivo aggiunto) osserva: «Nella democrazia costituzionale esiste un vincolo giuridico delle deliberazioni collettive, tale che l'accettabilità sociale, culturale e morale di queste ultime non può violare gli standard sostanziale, fissati dai diritti fondamentali. *Evidentemente, la percezione del significato di questi standard muta nel tempo e l'unica garanzia d'una loro persistenza che fronteggi il sempre possibile rischio d'una dissolvenza dei loro contenuti è la vigilanza critica non solo della cultura giuridica ma anche e soprattutto del senso comune*».

Con maggiore inclinazione all'ottimismo rispetto alla mia, Ciaramelli giunge a conclusioni non dissimili. Ci sono degli argini alla discrezionalità assoluta e

all'arbitrio del potere. Questi argini possono essere costruiti a partire da una presa di coscienza metodologica e da una assunzione di responsabilità collettiva che passa per la partecipazione alla pratica sociale argomentativa in cui si sostanzia il diritto contemporaneo.

## BIBLIOGRAFIA

Bobbio, Norberto, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo* (1964), ora in Id., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 5-16

Bobbio, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (1961), Giappichelli, Torino, 1996.

Burazin, Luka, *Indirectly and Directly Evaluative Legal Theory: a Reply to Julie Dickson*, "Diritto & questioni pubbliche", 12, 2012, 182-210.

Chiassoni, Pierluigi, *Positivismo giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 32-83.

Ciaramelli, Fabio, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, Giappichelli, Torino, 2021.

Dickson, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing Oxford-Portland Oregon, 2001.

Dickson, Julie, *Methodology in Jurisprudence: a Critical Survey* (2004), *Legal Theory*, 10, 2004, 117-156.

Ferrajoli, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

Ferrajoli, Luigi, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, (2010), "Giurisprudenza costituzionale", 3, 2010, 2771-2816.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Ferrajoli, Luigi, *La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, "Rivista di filosofia del diritto", 2, 2012, 229-252.

Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Finnis, John, *Legge naturale e diritti naturali* (1992), tr. it. Fulvio Di Blasi, Giappichelli, Torino, 1996.

Fuller, Lon L., *La moralità del diritto*, ed. italiana a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986

Fuller, Lon L., *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart* (1958), ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, 136-170.

- Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Guastini, Riccardo, *Manifesto di una teoria analitica del diritto*, "Rivista di filosofia del diritto" 1, 2012, 51-65.
- Hart, Herbert L. A., *Il concetto di diritto* (1961; 1994<sup>3</sup>), tr. it. M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002.
- Hart, Herbert L. A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, 48-79.
- Hayek, Friedrich A. *La via della schiavitù* (1944), ed. it. a cura di D. Antiseri, R. De Mucci, Rusconi, Milano, 1995.
- Holmes, Stephen, Sunstein, Cass R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), trad. it. di E. Caglieri, Il Mulino, Bologna, 2000
- Jori, Mario, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Ets, Pisa, 2010.
- Leiter, Brian, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, (2003), "The American Journal of Jurisprudence", vol. 48, 17, 2003, 17-51.
- Palombella, Gianluigi, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino Bologna, 2012.
- Paulson, Stanley L., *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (ed. by), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino, 1990, 11-47.
- Pino, Giorgio, *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, "Diritto & questioni pubbliche", 14, 2014, 56-110.
- Raz, Joseph, 1977, *The Rule of Law and Its Virtue* (1977), ora in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 210-229.
- Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics. Revised Edition*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Rorty, Richard, *Diritti umani, razionalità e sentimento* (1993), in S. Shute e S. Hurley (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, trad. it. di S. Lauzi, Garzanti, Milano, 1994, pp. 128-151.
- Ross, Alf, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1961), in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, 137-158.
- Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.

Scarpelli, Uberto, *Dalla legge al codice dal codice ai principi* (1987), ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005<sup>a</sup>, 96-103.

Scarpelli, Uberto, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1987), ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005<sup>b</sup>, 104-113.

Schiavello, Aldo, *La lungimirante 'eterodossia' del positivismo giuridico di Scarpelli*, "Notizie di Politeia", XX/73, 2004, 77-89.

Schiavello, Aldo, *La fine dell'età dei diritti*, in "Etica & politica", 15, 2013, 1, pp. 120-145.

Schiavello, Aldo, *Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto*, "Diritto & questioni pubbliche", 16, 2016, 83-97.

Schiavello, Aldo, *La botte piena e la moglie ubriaca, ovvero: i limiti del positivismo giuridico di Bruno Celano*, in M. Maldonado, P. Luque (a cura di), *Discutendo con Bruno Celano*, Vol. I-Contributi, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019, pp. 253-276.

Schiavello, Aldo, *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, "Ars Interpretandi", IX/2020 n. 2, 45-66.

Searle, John, *La costruzione della realtà sociale* (1995), tr. it. A. Bosco, Edizioni di Comunità, Milano, 1996.

Squella, Agustín, *Legal Positivism and Democracy in the Twentieth Century*, "Ratio Juris", Vol. 3, No. 3, 1990, 407-414.

Villa, Vittorio, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positive. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

Viola, Francesco, *Presentazione*, "Rivista di filosofia del diritto", 1/2012, 3-12.

Viola, Francesco, Zaccaria, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

Zaccaria, Giuseppe, *Sul concetto di positività del diritto*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, 329-358.