

CAPITOLO PRIMO

NOZIONI PRELIMINARI

SOMMARIO: 1.1. Considerazioni introduttive. – 1.2. Giusnaturalismo e giuspositivismo. – 1.3. (*segue*) Normativismo, decisionismo, realismo ed istituzionalismo. – 1.4. Opzione a favore di un approccio formale. – 1.5. La norma giuridica. – 1.6. L'interpretazione. – 1.6.1. Questioni preliminari e definitorie. – 1.6.2. Le teorie dell'interpretazione giuridica. – 1.6.3. Argomenti interpretativi e tecniche interpretative. – 1.6.4. La certezza del diritto. – 1.7. I principî. – 1.8. L'ordinamento giuridico. – 1.9. Le partizioni del diritto. – 1.10. La nozione di Costituzione. – 1.11. Il costituzionalismo moderno.

1.1. *Considerazioni introduttive*

Nell'iniziare una trattazione manualistica del diritto costituzionale è necessario porre alcune premesse di carattere generale, precisando il quadro teorico di riferimento all'interno del quale si collocano tutti gli sviluppi più specifici. Ed in tal senso, assolutamente preliminare è fornire una definizione di cosa s'intenda per 'diritto', sebbene si tratti di una questione prevalentemente affrontata dalla filosofia, per la quale non si pretende certo di fornire qui una soluzione esaustiva, essendo per noi sufficiente individuarne una anche molto semplice e meramente operativa, purché utile a proseguire il nostro discorso.

Al riguardo, si può partire dal brocardo secondo la quale *ubi societas ibi jus* («dove esiste una società, lì esiste pure il diritto») per affermare che il diritto è, per lo meno in un senso ampio e preliminare, un fenomeno sociale. Del resto, già Aristotele aveva posto in luce il carattere tendenzialmente *socievole* della natura umana (egli definisce l'uomo «animale sociale», *zoon politicòn*). Ma a tale tendenza *centripeta* (socievole) fa da contraltare la tendenza *centrifuga* (egoistica), presente in ogni essere umano, che ne determina le azioni in funzione dell'*esclusivo* ed *immediato* soddisfacimento dei propri bisogni (anche) *a scapito* degli altri consociati. Ed appunto a neutralizzare gli impulsi del secondo tipo è preordinato lo strumento che noi chiamiamo 'diritto', la cui funzione precipua è, quindi, quella d'impedire, tramite l'incoraggiamento di comportamenti considerati "buoni" e la disincentivazione di quelli considerati "cattivi", la disgregazione della società.

Partiamo pure dall'esempio più banale. Pensiamo al gruppo di bambini che si accinge a giocare. La loro prima attività sarà quella di definire le *regole del gioco*. Stabiliranno che cosa ciascuno di loro *deve* o *può fare* e che cosa *non deve* o *non può fare*. Nel *mare magnum* dei fenomeni sociali, dunque, il *diritto* appare e si caratterizza, innanzitutto, come *regola, insieme di regole*. Non fatto (e neppure semplice descrizione di un *fatto*), ma *strumento di misurazione del fatto*. La *prescrizione* che agisce sul *fatto* vuole imprimere ad esso una determinata direzione. Non *essere*, dunque, ma *dover essere*.

Solo per dare una vaga idea del lunghissimo cammino compiuto dal diritto e dalla legge – che ha molto faticosamente proceduto attraverso interminabili e talvolta pure contraddittorie tappe – ricordiamo come già intorno al 2000 a.C. esistesse in Babilonia il *codice di Hammurabi* (ritrovato nelle rovine di Susa), nel quale si trattava dei diritti e dei doveri concernenti i sudditi, i governatori delle province, i membri di ogni famiglia, i contadini, i servi e gli stranieri.

Ed ancora, si possono menzionare, tra i momenti salienti della civiltà giuridica, le *Tavole della Legge* (1360 a.C.), custodite nell'*Arca dell'Alleanza* sita nel Tempio di Gerusalemme, in cui, per certi versi, vengono regolati i rapporti sociali quando si sanzionano gli attentati alla vita, alle cose ed alla proprietà altrui; la *Legge delle XII tavole* (450 a.C.), incise su bronzo ed affisse a Roma nel Foro per la pubblica consultazione, in cui venivano sanciti i principî dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, la sovranità popolare e le regole sulla famiglia; il *Corpus Juris Iustinianum* (533) che rappresenta il più insigne monumento giuridico dell'umanità, comprendendo, tra l'altro, i principî generali del diritto romano, le *Pandette* (50 libri che raccolgono indagini, responsi sulle leggi di Roma e le più importanti sentenze), il *Codice* (12 libri contenenti le leggi imperiali antecedenti al regno di Giustiniano) e le *Novelle* (nuove leggi pubblicate sotto il regno Giustiniano).

Per quanto concerne, invece, la tutela dei diritti fondamentali, ci si limita a segnalare, in epoche più recenti, la *Magna Charta* (Inghilterra 1215), inquadrabile quale vero e proprio primo documento in cui vengono sancite le libertà dei singoli e si pongono limiti al potere assoluto sia in campo fiscale, sia per quanto riguarda la giustizia; il *Bill of Rights* (Inghilterra 1689), che costituiva una sorta di carta costituzionale concernente diritti, doveri e libertà (ad eccezione di quella religiosa), rappresentò un primo esempio di costituzione scritta e consuetudinaria, divenendo il modello di tutte le successive costituzioni europee; la *Dichiarazione dei Diritti* (America 1776) in cui si sancivano il principio d'uguaglianza e d'indipendenza, il diritto al godimento della vita e della libertà nonché il diritto al conseguimento della felicità e della sicurezza. Si proclamava inoltre il principio della sovranità popolare rispetto a tutti i poteri dello Stato; la *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino* (Francia 1789) costituita da 17 articoli di natura fortemente ideologica, in cui si affermano i principî di libertà e di uguaglianza, quelli della sicurezza personale, della resistenza alle ingiustizie, della sovranità popolare, della libertà di associazione e di discussione nonché il diritto di proprietà. Tale dichiarazione rappresentò la base per quelle battaglie risorgimentali combattute per la libertà e l'uguaglianza.

Documenti, questi, che, per molti versi, sono serviti da modello di riferimento, per una serie di atti approvati dopo il secondo conflitto mondiale per imprimere un ulteriore sviluppo sotto il profilo civile, giuridico e politico, quali la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1948, contenente la prima enunciazione a livello internazionale di un catalogo completo dei diritti fondamentali; la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* firmata a Roma nel 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa;

la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza nel 2000, cui fa ora riferimento il Trattato di riforma, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. E, sempre nel secondo dopoguerra, alla radice delle Costituzioni francese ed americana ci s'è ispirati nell'approvare nuove Carte Costituzionali come quella della Repubblica italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948 in luogo del vecchio Statuto albertino, o quella tedesca, che fece séguito alla Costituzione di Weimar del 1919, considerata, nel primo dopoguerra, il più serio tentativo di creare una Repubblica veramente democratica.

S'è così fornita una prima, per quanto scarna e meramente convenzionale (come impone il carattere introduttivo dei rilievi che si stanno effettuando), definizione del 'diritto', rispetto alla quale, pur senza voler invadere il territorio di altre discipline, non si può comunque fare a meno di spendere qualche parola a chiarificazione, in quanto essa (definizione) dà per acquisiti almeno due elementi che non sono stati pacificamente recepiti nella dottrina giuridica e nella speculazione filosofica. Si allude:

a) all'identificazione della *regola* con la *regola positiva* (cioè posta dagli uomini e non recepita da una realtà metafisica);

b) alla spiegazione *deontologica* (cioè in termini di "dover essere" e non di "essere") del fenomeno giuridico, che non può quindi essere inteso come fenomeno meramente *esistenziale*.

Pertanto, i prossimi paragrafi saranno dedicati all'esposizione dei principali approcci teorici al riguardo, ciascuno dei quali porta con sé una differente soluzione di tali due questioni e quindi una (più o meno) diversa visione del fenomeno giuridico.

In effetti, la ricerca d'una definizione del diritto sia in chiave *strutturale* (cos'è il diritto?) che in chiave *funzionale* (a che serve il diritto?) è nata, si può dire, con l'uomo, e le risposte che di volta in volta sono emerse sono numerose, diversificate, incompatibili, ma tutte caratterizzate dalla convinzione di essere, in qualche modo, "superiori" alle altre e, quindi, in un certo senso, più "vere" e più "definitive". Il rapporto tra diritto e filosofia si è, tuttavia, bruscamente interrotto all'inizio di questo secolo ed un contributo decisivo è venuto, in tale direzione, dall'affermarsi del c.d. *relativismo* filosofico, che non poteva non investire anche il versante giuridico del pensiero umano. Il diritto ha così perso il suo alone di a-temporalità e la sua sacralità, divenendo puro strumento umano, totalmente *immanente* ed impiegabile in vista di bisogni e scopi sociali anche (contingenti e) mutevoli. A ciò si aggiunga la "crisi" della filosofia come scienza globale (soppiantata da altre forme di sapere più specifiche ed autonome, come, ad es., la sociologia e la psicologia) e l'attenzione con cui si comincia a guardare al diritto non solo e non tanto nel suo versante "attivo" (chi fa ed impone il diritto), bensì, soprattutto, nel suo lato "passivo" (chi subisce il diritto: il deviante, il rivoluzionario). Di conseguenza, le moderne teorie del diritto guardano alle nuove scienze sociali particolari (specialmente alla sociologia) per ricercare la risposta alle antiche domande ed un simile approccio analitico genera un duplice effetto: «quello di concepire il diritto quale fenomeno sociale *empirico* e quello di considerarlo preminentemente in un'*ottica descrittiva* (rimettendo ad un altro momento o ad altra sede le considerazioni di natura valutativa)» (Gavazzi, i corsivi sono miei). Se, quindi, si getta uno sguardo a tutte le concezioni del diritto più importanti di questo secolo (Kelsen,

Schmitt, Pound, Hart, Ross, Olivecrona, Santi Romano eccetera), si può riscontrare come esse, pur nella loro diversità, tendano tutte a coagularsi intorno a due concetti fondamentali ed a registrare alcuni elementi *costanti*: tutte per diritto intendono «un sistema di *controllo sociale* dei comportamenti intersoggettivi dei membri di un gruppo mediante un insieme, più o meno articolato, di *prescrizioni*, tutte o in parte coercitive» (*Idem*, i corsivi sono miei).

1.2. *Giusnaturalismo e giuspositivismo*

In merito all'identificazione della *regola* con la *regola positiva* (*retro*, § 1.1. *sub a*), va ricordato che essa è stata avversata sin dall'antichità classica, in cui la definizione del diritto come *ars boni et æqui* è stata autorevolmente (Celso) opposta a quella ulpiana per cui il diritto era quello (e solo quello) che scaturiva dalla volontà del *princeps* (*quod principi placuit legis habet vigorem*). L'identificazione del diritto con l'«arte del buono e dell'equo» ha posto capo ad una spiegazione del fenomeno giuridico come insieme di precetti (positivizzati o meno dall'autorità concreta non importa) corrispondenti ad un ordine naturale ed universale. Tale ordine naturale ed universale è stato variamente individuato nel corso dei secoli (Abbagnano), ora nell'insieme dei precetti che sono extrapolabili dall'osservazione empirica dei comportamenti sociali (diritto naturale dell'antichità greco-romana); ora nell'insieme dei precetti dettati da una divinità trascendente (diritto naturale del medioevo come *proveniente da Dio*); ora nell'insieme dei precetti enucleabili in base ad un retto uso della ragione umana (diritto naturale dell'età moderna come *altro da Dio*, giusrazionalismo).

È quest'ultimo il giusnaturalismo cui generalmente si allude nella contrapposizione al giuspositivismo. Il suo inizio viene tradizionalmente fatto risalire all'opera del giurista olandese Huig de Groot (Grozio), che scrisse un trattato intitolato *De iure belli ac pacis* (1625) nel quale veniva sostenuta l'esistenza di principî *universalmente ed eternamente validi* di *giustizia* individuabili a partire dall'indole *naturalmente socievole* dell'uomo. Il tratto fondamentale del pensiero di Grozio è stato individuato nella *laicità* del suo approccio a tali principî universali di giustizia, e ciò spiega perché sia stato proprio lui ad essere considerato il fondatore del giusnaturalismo moderno, e tale merito non sia stato invece ascrivito ad altri pensatori (precedenti) che pure avevano sostenuto identiche posizioni, ma a partire da un contesto religioso, come, ad esempio, il teologo gesuita Gabriel Vázquez. Gli esponenti più conosciuti della c.d. Scuola del diritto naturale del XVII secolo sono, oltre a Grozio, Thomas Hobbes, John Locke e Samuel von Pufendorf. Si tratta di pensatori che hanno in comune, generalmente, una posizione *laica*, un atteggiamento *individualistico* e, soprattutto, il *metodo razionalistico* cartesiano. Tuttavia, sono spesso le *differenze* tra loro a risaltare, tanto che s'è rilevato come rappresenti una *forzatura* parlare di «scuola» del diritto naturale, quasi che vi fosse un'intima *unità* dell'ispirazione di fondo (Fassò).

Ad esempio, mentre Grozio assumeva a punto di partenza della propria speculazione la *socievolezza* dell'uomo, Hobbes riteneva che gli uomini, quando entrano in relazione reciproca, non lo fanno per collaborare (socializzare), bensì per sopraffarsi l'uno con l'altro. Ne discende che la ragione che fonda il diritto naturale non è, come

in Grozio, la *simpatia* (intesa come “sentire assieme”) bensì la *paura*, la quale spinge gli uomini a coalizzarsi e sottomettersi al potere assoluto del sovrano, il quale si limita a garantire la loro permanenza in vita e la pace sociale. In questo senso, quindi, le posizioni di Hobbes sono assai vicine al *positivismo (ultra)*, anche se rimane ferma l'*universalità* e la *a-temporalità* del diritto all'auto-conservazione ed alla pace.

Ancóra, se analizziamo il pensiero di Locke, notiamo che egli riprende la definizione groziana del diritto naturale nei termini di una regola di condotta fissa ed eterna dettata dalla ragione, e tuttavia si discosta da Hobbes nella misura in cui ritiene che l'uomo, attraverso il diritto positivo, intende *salvaguardare* diritti naturali già esistenti (*in primis*, la proprietà privata – e nel dire ciò egli si distanzia da Grozio, che, come gli altri giusnaturalisti, non considerava la proprietà privata un diritto naturale –) e non, come quello (Hobbes) riteneva, *costituirli* (auto-conservazione e pace).

Infine, Pufendorf sostiene, a differenza di Grozio, che sussiste sempre e comunque *conformità* del diritto positivo al diritto naturale, per cui non è immaginabile un diritto positivo *ingiusto*, ossia incompatibile col diritto naturale. Conseguentemente, mentre in Grozio (e negli altri giusnaturalisti) il parametro della (in)giustizia o meno di un'azione umana resta comunque agganciato – in ultima analisi – all'ordinamento del diritto naturale, in Pufendorf, stante il postulato della necessaria conformità dei due piani (giuspositivo e giusnaturale), l'aggancio al diritto naturale è meramente *formale*.

Nel secolo seguente (XVIII), l'influenza della filosofia illuministica si riverberò anche sulla riflessione giusnaturalistica, accentuandone ulteriormente la componente razionalistica. I pensatori più significativi dell'epoca furono Kristian Thomasius (Tomasio), Kristian Wolff ed Emerich de Vattel.

A Tomasio si deve soprattutto il raffinamento e la precisazione dell'idea giusnaturalistica del diritto naturale come prodotto della ragione umana riferito alla *giustizia*, intendendo peraltro con quest'ultima un qualcosa di *diverso e separato* dai precetti *morali*.

Da parte sua, Wolff riprese la classica concezione giusnaturalistica che vedeva nel diritto naturale una manifestazione del divino tesa ad elevare l'uomo verso la perfezione, ma applicò a tale concetto tradizionale una chiave di lettura squisitamente individualistica: fine del diritto naturale, cioè, non è la conservazione della società bensì la perfezione del singolo. Il pensiero di Wolff ebbe grande séguito e popolarità tra i giuristi del suo tempo, soprattutto grazie all'opera di diffusione e specificazione di essa effettuata dal suo allievo Vattel.

Con la crisi dell'illuminismo si registrò anche il declino del giusnaturalismo (che con Kant aveva raggiunto la sua formulazione teorica più compiuta e con le codificazioni del primo Ottocento la sua più fulgida realizzazione positiva), al quale, da più parti e con diversi accenti, venne imputata, ora una scarsa attenzione alla *storicità* del fenomeno giuridico (Vico, Bacon e Leibniz), ora l'eccesso di *astrattismo* nella costruzione del sistema delle regole (Montesquieu).

Il postulato fondamentale di questo filone di pensiero è, in tutti i casi, dato dalla convinzione che, così come v'è un ordine *naturale* del mondo fisico (di cui sono espressione le leggi della fisica, valide in egual misura per chiunque, in ogni luogo ed in ogni tempo), così vi sarebbe un ordine *naturale* dei rapporti umani (di cui sarebbero espressione le leggi del diritto naturale che, parallelamente, dovrebbero anch'esse valere in egual misura, in ogni luogo ed in ogni tempo). Tali leggi del diritto naturale, inoltre, proprio perché universalmente valide, dovrebbero essere *necessariamente giuste (imparziali ed adeguate*, in una parola: *eque*). Pertanto, il diritto *positivo* prodotto da un concreto legislatore, da un concreto giudice o da una concreta comunità, qualora contrastante col diritto *naturale*, risulterebbe necessariamente *ingiusto*, e quindi *invalido*,

perdendo così lo stesso carattere della sua giuridicità (diritto positivo ingiusto = non-diritto: Radbruch).

In verità, il diritto naturale può astrattamente porsi di fronte al diritto positivo in tre modi (Wolff):

a) *esclusivo*, nel senso che esso non ammette l'esistenza di alcuna altra forma giuridica (quindi, neanche del diritto positivo) che non sia il diritto naturale stesso;

b) *condizionante*, nel senso che il diritto naturale costituisce *fondamento* e *giustificazione* del diritto positivo;

c) *separato*, nel senso che il diritto naturale *coesiste* col diritto positivo ma disciplina ambiti di rapporti *diversi*.

È evidente che il problema di un rapporto tra diritto naturale e diritto positivo ha senso soltanto nell'ipotesi *sub b)*, in quanto sia in quella *sub a)*, sia in quella *sub c)* un rapporto tra i due non è nemmeno immaginabile.

Un simile schema di ragionamento rappresenta la declinazione, sul terreno delle regole giuridiche, del c.d. *assolutismo filosofico*, il quale consiste, sostanzialmente, nella convinzione che, rispetto ad un dato problema, esista una sola risposta *vera*, e che qualunque altra risposta diversa da quella considerata vera rappresenti un *errore*, in quanto tale (errore) da eliminare perché dannoso.

Da una simile versione "estrema" del giusnaturalismo – detto giusnaturalismo *ontologico* (Cotta) – si distinguono due versioni "moderate" di giusnaturalismo: il giusnaturalismo c.d. *fenomenologico* ed il giusnaturalismo c.d. *deontologico* (*idem*). Il primo, tuttavia, si limita a precisare che il diritto positivo *deve* avere un necessario legame con la "natura della cosa" che esso va a disciplinare, e siccome la "natura della cosa" ha carattere *storico* e *contingente*, la differenza col giusnaturalismo ontologico si riduce ad ammettere che il diritto naturale può non essere immutabile, in quanto storicizzato. Parimenti, il giusnaturalismo *deontologico* non parla di "natura della cosa", ma collega la validità del diritto positivo al rispetto ed alla realizzazione di *valori etico-sociali voluti* da una data compagine sociale e di cui le norme giuridiche devono costituire attuazione. Un diritto positivo che non realizzi tali scopi è *ingiusto* (*rectius: inadeguato*), e quindi è non-diritto. Anche in tal caso, peraltro, l'unica significativa differenza rispetto alla versione più pura della dottrina del diritto naturale (quella ontologica) pare consistere in una mera storicizzazione e relativizzazione dello stesso (diritto naturale), ragion per cui tutte le declinazioni di tale dottrina possono essere analizzate e commentate in modo tendenzialmente unitario.

Diversamente dall'approccio giusnaturalistico, quello giuspositivistico si pone di fronte alla giustizia, alla "natura della cosa", ai valori, in una posizione di *agnostica neutralità*, e non considera l'esistenza del diritto positivo in termini di *giustizia*, ma solamente in termini di *conformità formale* alle regole previste per la sua *posizione*, cioè in termini di *validità* (Kelsen, Hart). Conseguentemente, per il giurista non c'è altro diritto – o, meglio, non esiste altro diritto *rilevante* nella sua attività di scienziato – che non sia quello positivo, *a prescindere* da ogni suo "aggancio" con la morale o con l'etica.

Il positivismo (che nasce nel XIX secolo), quindi, applica al fenomeno giuridico il medesimo metodo (scientifico) che la filosofia positivista generale aveva adottato (Darwin)

in opposizione alle altre teorie scientifico-filosofiche del suo tempo, che ricercavano nei fenomeni naturali un fondamento metafisico: così come i fenomeni fisici sono spiegabili in base a regole immanenti, conoscibili esclusivamente per mezzo dell'osservazione e dell'esperimento, così anche il diritto ritrova le sue regole in se stesso, in quanto fenomeno storico e concreto osservabile senza ausili trascendentali, morali o spirituali (Spencer). Tuttavia, il positivismo in quanto filosofia non ritiene, coerentemente con le proprie premesse, che sia possibile studiare un fenomeno sociale avulso dal proprio contesto (Comte), per cui il diritto sarebbe un fenomeno osservabile esclusivamente in chiave sociologica (c.d. sociologia del diritto: Ehrlich). Viceversa, il positivismo giuridico propriamente inteso non riduce lo studio del diritto alla sua sola dimensione sociale, ma ritiene possibile uno studio scientifico di esso (diritto) come fenomeno a sé (c.d. scienza del diritto: § 1.4). Ed è in questo secondo significato che noi, come giuristi e non come filosofi, parleremo di positivismo giuridico o giuspositivismo.

Il positivismo giuridico nel senso sopra precisato è, dunque, una dottrina molto più recente del giusnaturalismo, dal quale, peraltro, trae origine. In effetti, le *codificazioni* della prima metà dell'Ottocento – su cui si basa l'approccio esclusivista al diritto del positivismo – furono il risultato dell'azione riformatrice sugli antichi diritti condotta alla luce dei principî giusrazionalistici. La sua nascita (del positivismo giuridico) può essere fatta risalire alle critiche mosse dalla c.d. Scuola storica del diritto (Hugo) e dalla c.d. Pandettistica (Gerber) agli antistorici ed astratti principî di ragione illuministici. Il diritto, cioè, non sarebbe ricostruibile ed interpretabile in termini astrattamente razionalistici, come pretendevano gli illuministi, bensì, o alla luce dei *concreti accadimenti storici* – per cui il diritto altro non sarebbe che la formalizzazione della coscienza popolare (Savigny) –, o come risultato dell'elaborazione in termini generali di concetti ottenuti a partire da norme concretamente esistenti (Jellinek), come paradigmaticamente avvenuto con la categoria del *negozio giuridico*, indotta dall'esegesi delle fonti del diritto romano a partire da figure più particolari quali i *contratti*, il *matrimonio*, il *testamento* eccetera (Laband). Dunque, non vi sarebbe un diritto *naturale*, valido in ogni luogo ed in ogni tempo, ma esisterebbero soltanto i *concreti diritti positivi*, validi in un dato luogo ed in un dato tempo (Austin, sulla scia del pensiero utilitaristico del suo maestro Bentham).

A partire da questi presupposti, il positivismo giuridico conobbe la sua stagione migliore a cavaliere tra il XIX ed il XX secolo, grazie all'opera di numerosi studiosi (Windscheid, Mayer, Merkel, Thon e Zitelmann). Tuttavia è bene rilevare che, analogamente a quanto detto per la c.d. Scuola del diritto naturale, anche per quanto concerne la Scuola del diritto positivo sono soprattutto le differenze tra i diversi autori ad emergere, avendo essi in comune soprattutto (ed in molti casi soltanto) il *metodo*. Così, se la maggior parte dei giuspositivisti formali concepisce la norma giuridica come *imperativo* (Thon), altri privilegiano una sua ricostruzione nei termini di *giudizio ipotetico generale* (Zitelmann). Ancóra, se la maggior parte di questi studiosi propendeva per la riconducibilità del diritto esclusivamente nella dimensione statutale (Windscheid, Austin), non mancò chi ritenne che *qualunque* collettività potesse produrre diritto (Thon, Bierling, al quale si deve la prima formulazione della teoria della c.d. norma di riconoscimento – *Anerkennung* – che tanti consensi ha riscosso nella dottrina seguente: Hart).

Va da sé che ragionare di tal guisa significa collocarsi, filosoficamente, sul terreno del c.d. *relativismo filosofico*, il quale si basa sulla convinzione che, rispetto ad un dato problema, non esista alcuna risposta sicuramente *vera*, che qualunque risposta sia quindi potenzialmente vera ed, in quanto tale, meritevole di essere accolta in seno al sistema.

La scelta di collocarsi in tale secondo filone di pensiero (giuspositivismo) de-

riva per l'appunto, (i) da un lato, dalla constatazione che, soprattutto nelle moderne società complesse, un atteggiamento di assolutismo filosofico rischia di essere incompatibile con uno sviluppo pacifico ed ordinato della vita sociale (in cui non sembra ormai seriamente sostenibile l'esistenza di un'unica verità a scapito di tutte le altre) e, (ii) dall'altro lato, dalla convinzione della *fallacia* del presupposto di partenza della dottrina del diritto naturale, cioè l'analogia tra leggi di natura e leggi sociali (giuridiche). Più precisamente, si sostiene che se le scienze naturali sono governate dal principio di necessaria causalità, quelle sociali rispondono a diversi principî (quello della probabilità statistica e quello dell'imputazione). Inoltre, mentre le scienze naturali si muovono sul piano dell'*essere* (ontologico) il diritto si pone su quello del *dover essere* (deontologico).

In questa chiave, peraltro, non s'intende, come si vedrà nel paragrafo successivo, rigettare integralmente il giusnaturalismo, ma soltanto recuperarlo e reinterpretarlo alla luce del rapporto che esso *deve* necessariamente intrattenere col diritto positivo e che esso ha *storicamente già intrattenuto* (si pensi alle codificazioni del XIX secolo, poco sopra ricordate): acclarato, infatti, che oggi nessuno dubita del carattere relativo e storicizzato dei valori etico-sociali, la pretesa giusnaturalistica di formulare "giusti" precetti vincolanti da qui all'eternità (e quindi sempre prevalenti su) i diritti positivi è insostenibile. Il diritto *valido*, una volta formulato, è *solo* quello positivo, e solo ad esso si è oggettivamente sottoposti come consociati, a prescindere dalla sua congruenza coi valori etico-sociali. Viceversa, il diritto naturale (o quello di volta in volta considerato tale) non cesserà mai di far sentire la sua azione di *spinta* e di *impulso* per l'*adeguamento* del diritto positivo a quei valori al fine di pervenire, *nelle sedi proprie*, ad una *nuova formulazione* della regola *positiva* (Cotta).

1.3. (segue) *Normativismo, decisionismo, realismo ed istituzionalismo*

Il rilievo sul carattere *deontologico* della regola giuridica (*relativizzata* e *storizzata* e quindi *positiva*: § 1.1 *sub b*) introduce alla seconda questione irrisolta, cui avevamo accennato in chiusura del primo paragrafo, ossia quella relativa alla spiegazione *deontologica* (e non meramente *ontologica*) del fenomeno giuridico.

In particolare, la concezione del diritto da noi recepita è definibile *formale*, o *normativa*, in quanto caratterizzata, in ultima analisi, dal fatto che la *regola di diritto* (che, come vedremo più avanti, prende il nome di '*norma*': § 1.5) è considerata un *prius*, logico ed effettivo, rispetto alla realtà che essa (regola di diritto) deve disciplinare. Tuttavia, numerose altre concezioni del diritto muovono dal presupposto esattamente contrario, e cioè considerano la *realtà* da disciplinare, *il fatto*, come *prius*, (logico ed effettivo) rispetto alla regola, e perciò sono dette teorie *realistiche*, o *sostanziali*, od *istituzionali* (da "istituzione": Santi Romano e Hauriou). Presupposto al quale, per ragioni di semplificazione, possono essere ricondotte, ai *solî fini di una loro opposizione alle teorie normative*, anche le teorie *decisionistiche* del diritto.

A dire il vero, una partizione più rigorosa dei tipi di pensiero giuridico dovrebbe condurre ad una suddivisione in tre dei modi d'intendere il diritto: *normativistico, istituzionalistico e decisionistico*, in quanto «mentre il normativista puro pensa attraverso norme impersonali ed il decisionista stabilisce il giusto diritto attraverso una decisione personale in una situazione politica correttamente conosciuta, il pensiero giuridico istituzionale si articola in istituzioni e conformazioni sopra personali» (Schmitt).

A proposito di tali teorie, per distinguerle dal *positivismo formale*, potremmo parlare di *teorie antiformalistiche* in modo da evidenziarne il comune atteggiamento critico verso il formalismo giuridico (Fassò).

Va peraltro sottolineato che le teorie formaliste e quelle antiformaliste presentano almeno un elemento comune: tutte prendono in considerazione il diritto “positivo”, ossia “posto in essere”, nonostante poi i diversi autori identifichino tale “posizione” vuoi con la c.d. validità del diritto (Kelsen), vuoi con la c.d. effettualità storica (Santi Romano) dello stesso, vuoi con la volontà decisiva del sovrano (Schmitt). Più precisamente, caratteri salienti del diritto positivo, comunque inteso, sono:

a) dal punto di vista *temporale*, che esso vive nel tempo, e pertanto può subire alterazioni; a differenza, ad esempio, del diritto “naturale” (giusnaturalismo), che “vale” ed “è dato” a prescindere dalla sua concreta applicazione in quanto frutto di un processo di astrazione mentale, posto al di sopra del tempo, il diritto positivo è strettamente collegato sia al contesto in cui sorge, sia alle vicende inerenti alla sua concreta efficacia: vi sono obiettivi “di fondo” che ogni sistema giuridico fa propri e cerca di perseguire, ma tali obiettivi possono variare nel corso degli anni o dei secoli (si pensi ad esempio, per limitarsi al nostro paese, al mutamento avvenuto negli anni '70 circa l'atteggiamento del sistema giuridico italiano verso il principio dell'indissolubilità del matrimonio); ed, all'opposto, può verificarsi che, pur permanendo invariati nel tempo gli obiettivi (ed i valori di fondo) del sistema giuridico, questo perda la capacità di perseguirli (si consideri, ad esempio, l'istituto della schiavitù, assai praticato nel diritto romano ed oggi caduto in disuso). Da tale carattere del diritto positivo discende la c.d. relatività dei valori giuridici;

b) dal punto di vista *spaziale*, che il diritto positivo necessita, per la sua esplicazione, di uno “spazio giuridico”: l'azione umana (*lato sensu*), infatti, è sempre riferita ad un dato ordinamento ed avviene sempre in un certo luogo, che però può essere “altro” dal “territorio”, come dimostra, ad esempio, il caso del volo dei satelliti artificiali, che è rilevante per il diritto pur svolgendosi in un “elemento” *nullius* (di nessuno) (v. *infra*, § 2.2);

c) dal punto di vista *modale*, che il diritto positivo stabilisce *ex se* «il modo di formazione e manifestazione delle strutture» (Frosini), cioè individua e disciplina le sue c.d. “fonti” (atti e fatti idonei a produrre diritto) autonomamente; in altre parole ancora, regola la sua stessa produzione, stabilendo a quali manifestazioni esteriori della realtà sensibile debba riconoscersi il carattere della “giuridicità”.

Il positivismo formale si caratterizza per l'idea che il diritto e la scienza del diritto non siano *totalmente* riconducibili ad una dimensione fattuale («se si analizza uno qualunque dei fatti considerati come diritto [...] si possono distinguere due elementi: l'uno è l'atto sensorialmente percepibile che si svolge nello spazio e nel tempo [...]; l'altro elemento è il *significato giuridico di tale atto*»: Kelsen). Ad esempio, l'uccidere un uomo (fatto) ha un *significato* diverso se l'azione è compiuta da un sicario di un'organizzazione criminale (= omi-

cidio), ovvero in esecuzione di una sentenza capitale legalmente pronunciata da un giudice, in vista della punizione di chi abbia tenuto un comportamento non conforme al diritto (= erogazione di una sanzione). Ciò significa che il diritto, in quanto fenomenologia autonoma, da un lato, non si limita a *descrivere* (come fanno le scienze naturali) ma *qualifica* (i fatti) e *prescrive* (un comportamento a dei soggetti, collegando al comportamento *opposto* delle conseguenze *negative* che prendono il nome di ‘*sanzioni*’); dall’altro lato, e conseguentemente, (significa) che la “dimensione” propria del diritto viene individuata nel *dover essere* (*Sollen*) e non nell’*essere* (*Sein*), ed il principio di funzionamento dello stesso (diritto) in quello di *imputazione* (*Zurechnung*) – e cioè di ascrizione di un fatto ad un soggetto (*infra*, § 1.4) – e non in quello *causale* – e cioè di meccanica determinazione del rapporto che lega tra loro due fatti naturali (*ibidem*) –: il discorso giuridico avviene, cioè, secondo lo schema “dato A deve essere B” (che B, poi, avvenga o meno è un altro discorso), e non secondo quello, proprio delle scienze naturali, per cui “dato A è B” (non “deve essere B”).

Il *principio d'imputazione* è un criterio ordinatore che l'uomo ha scoperto ed utilizzato fin dagli albori della civiltà per spiegare anche i fenomeni naturali. Esso è collegato con l'idea di *retribuzione* (se ci si comporta *bene* si ottiene un *premio* e se ci si comporta *male* si subisce un *castigo*) ed è stato frequentemente applicato pure con riferimento agli eventi che trascendono la volontà umana. Una disgrazia quale la morte di un congiunto o un'inondazione, ad esempio, non viene spiegata causalmente, ma quale retribuzione (castigo) per aver tenuto un comportamento riprovevole (si pensi all'animismo dei primitivi) ed il superamento di tali concezioni avviene proprio in séguito alla trasformazione del *principio di retribuzione* in principio causale. Trasformazione verificatasi allorché l'uomo ha “scoperto” che «i rapporti tra le cose (a differenza dei rapporti tra gli uomini) sono indipendenti da una volontà umana o sovrumana ovvero che non sono determinati da norme (Kelsen).

In altri termini, si contrappone ciò che il diritto è (*what the law is*) e ciò che dovrebbe essere (*what the law ought to be*). Nel primo caso si ha una teoria del diritto «espositiva» (*expository jurisprudence*), nel secondo una teoria del diritto «censoria» (*censorial jurisprudence*), ovvero un'«arte della legislazione» (Bentham).

La regola di diritto *può* essere violata dal destinatario – e ciò rende necessario, appunto, il ricorso alla *sanzione* (*infra*, § 1.5) per scoraggiare i consociati dal compiere azioni contrarie a quelle prescritte –; al contrario, la regola di natura è *necessariamente rispettata*, ovvero, detto in altro modo, non esiste per il destinatario della regola alcuna possibilità di sottrarvisi e/o di comportarsi diversamente: dato calore ad un metallo, questo si dilaterà, sempre e comunque, perché ciò prevede la legge causale della fisica che descrive le conseguenze della somministrazione del calore, coerentemente con i postulati della termodinamica.

Essere e *dover essere* restano, dunque, concettualmente distinti: infatti, mentre un giudizio (di fatto) può essere *vero* o *falso*, una norma può solamen-

te essere *valida* o *invalida*, ossia (esistente e) idonea o meno a produrre effetti nell'ordinamento giuridico considerato (a seconda che sia stata *prodotta* o *meno in conformità* ad un'altra norma del medesimo sistema, detta norma sopraordinata). E proprio un simile concetto di validità fonda la caratteristica costruzione normativistica dell'ordinamento giuridico per *livelli gerarchici* (c.d. *Stufenbau*).

Quello che rileva, per un normativista, è cioè innanzitutto la *struttura* della *singola norma* (da cui l'etimologia della parola 'normativismo'), il cui studio è l'obiettivo principale di chi segue tale metodo. In questa chiave, ciò che conta è *individuare*, nel *genere* delle norme *sociali* (§ 1.5), quella *specie* che *strutturalmente* presenti il carattere della *giuridicità*. A questo punto, il *sistema giuridico* nel suo complesso non sarà altro che l'insieme delle reciproche relazioni *formali* di tali *strutture omogenee di base* (norme).

È quindi evidente che, se ogni norma giuridica trova il suo fondamento in una norma superiore, ciò porta necessariamente con sé due corollarî logici ineludibili:

a) da un lato, si deve ammettere che quella superiore sarà semplicemente uno *schema* che regolerà *in parte* il contenuto della norma inferiore, lasciando però a quest'ultima, per l'altra parte, uno spazio di autodeterminazione (ché, altrimenti, si avrebbe una mera *duplicazione* di norme);

b) dall'altro lato, la costruzione per gradi (*Stufenbau*) postula, per non sfiocciare in un *regressus ad infinitum*, l'esistenza di una *norma di chiusura*, c.d. *norma fondamentale* (*Grundnorm*), la quale, oltre a fondare la validità di tutto l'ordinamento, detti, *quanto meno*, le regole prime (procedurali) per la produzione di tutte le altre norme. Il diritto, nell'ottica normativistica, è dunque un fenomeno autonomo (in quanto governato dal *principio d'imputazione*) e di indole *prescrittiva* (deontologica); si attua tramite un procedimento di *progressiva specificazione*, che procede dall'alto verso il basso, attraverso schemi normativi sempre più *concreti*, sino ad arrivare, nell'ultimo gradino della scala gerarchica, a quelle prescrizioni (normative) individuali che sono la sentenza giudiziaria, il provvedimento amministrativo ed il negozio giuridico.

Filosoficamente, la teoria positivista formale è quindi una filiazione del pensiero relativista, in quanto, da un lato, mantiene concettualmente separati la norma ed il (giudizio di) valore, e, dall'altro, non aggancia la qualificazione di "giuridico" dei fenomeni reali ad alcun parametro *contenutistico*, essendo necessario e sufficiente il rispetto della sola *Grundnorm* (che è norma *formale* e *procedurale*), come tale rinvenibile in *qualsiasi* ordinamento giuridico *concreto*. Detto altrimenti, non è scientificamente plausibile, per un normativista, associare l'esistenza del fenomeno giuridico al rispetto di determinati valori, per quanto "alti" essi possano essere o per quanto "ovvî" possano sembrare, in quanto ciò equivarrebbe a sostenere che è diritto solo quello che noi consideriamo "buono", mentre ciò che consideriamo "cattivo" non è diritto. Un simile argomentare, infatti, sarebbe un chiaro esempio di assolutismo filosofico – gli unici valori *veri* sono i miei – e di scarso rigore scientifico, dato che esistono solo norme valide o invalide (non interessa se buone o cattive): è la c.d. *avalutatività* della teoria normativa.

Non solo, ma, essendo la norma giuridica, in ultima analisi, uno “schema qualificativo” della realtà (*supra*), essa deve *necessariamente preesistere* alla realtà stessa (norma come *prius* rispetto al *fatto*), in quanto, in caso contrario, non è nemmeno pensabile una qualificazione giuridica dei fenomeni reali.

All’interpretazione formale del positivismo giuridico appena esposta se ne contrappongono altre che danno la priorità logica ed assiologica, nel divenire del diritto, al *fatto* sulla norma. Ciò in quanto, sia pure con diversi accenti, tutte tali teorie ritengono insufficiente l’approccio meramente formale (cosa che, come detto *supra*, ne determina la qualificazione come *antiformalistiche*).

Già nel XIX secolo erano emerse, infatti, le prime critiche nei confronti del giuspositivismo formale. Il nuovo indirizzo (in realtà una molteplicità di indirizzi differenti: *oltre*) nasceva dalla constatazione dei limiti della *concezione giuspositivistica normativa* considerata non in grado – per il suo formalismo – di cogliere la complessità delle dinamiche sociali. In altre parole, se il *diritto positivo* è *forma*, la *realtà*, l’*effettività* dell’*ordinamento giuridico* non è riducibile a quella sola *forma*.

Così, nel secolo scorso, specie nell’ambito della dottrina tedesca, s’assiste alla contrapposizione tra la c.d. giurisprudenza dei *concetti* (*Begriffsjurisprudenz*), formalistica, e la c.d. giurisprudenza degli *interessi* (*Interessenjurisprudenz*), antiformalistica. Contrasto esemplificato dal percorso intellettuale di Jehring, dapprima teorico della *Begriffsjurisprudenz*, quindi fondatore della *Interessenjurisprudenz*. In questa logica, si sogliono contrapporre al positivismo formalistico anche le varie correnti della *Scuola Storica* (Savigny), del movimento della *libera ricerca del diritto* (Kantorowicz), della *sociologia del diritto* (Ehrlich) ed, infine, della *giurisprudenza dei valori* (Esser). In particolare, le teorie antiformalistiche criticano come illusorio il metodo giuridico formale che pretenderebbe di conferire al dato positivo l’aureola della *logica* invece di ammettere che il diritto avrebbe giustificazione nella *necessità storica*, pratica od etica (Jhering), per cui il primato della logica dovrebbe essere soppiantato dal primato dello studio e della valutazione della vita (Heck). In una simile ottica, la legge non produrrebbe di per se il diritto, ma semplicemente ne costituirebbe la *preparazione* che giungerebbe a completamento solamente con la sentenza del giudice (Bülow). Conseguentemente, si rivendica un vero e proprio primato sul diritto positivo del “diritto” scaturente dall’opinione dei giudici e dei giureconsulti (Kantorowicz), ovvero (scaturente) dalla “natura delle cose” (Gény), ovvero ancora dalle manifestazioni della vita comune degli uomini (Gierke).

Ed, in base alla medesima logica, nel XX secolo, alla dottrina pura del diritto (*reine Rechtslehre*) di Kelsen, fanno da controcanto gli studi di Max Weber sul *potere* e sulla *legittimazione* del *potere*, mentre, nella dottrina giuridica italiana, si deve a Santi Romano la celebre definizione dell’*ordinamento giuridico* quale *istituzione* (da cui, evidentemente, i termini di ‘*istituzionismo*’ o di ‘*istituzionalismo*’), sulla quale ci soffermeremo qui di séguito.

La congerie di dette teorie giuridiche, cui può aggiungersi il peculiare ed originale apporto del *pensiero decisionista*, in particolare, ritiene che «la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustezza della decisione» (Fioravanti).

La avalutatività ed il formalismo della dottrina tradizionale paiono, lo si è detto, insufficienti, soprattutto nel secondo dopoguerra e dopo l’esperienza di Weimar, in cui si

è avuta l'instaurazione "legale" della dittatura nazista: diviene, pertanto, necessario recuperare il giudizio di valore come momento qualificante il diritto, occorre *partire dal fatto* per *arrivare alla norma* (fatto come *prius* rispetto alla norma) e per ristabilire l'*ordine concreto* violato.

Per i giuristi "sostanziali" e "decisionisti" il diritto nasce, si origina, esclusivamente dalla *decisione* del detentore del potere sovrano («sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», dice Carl Schmitt): il diritto, l'ordinamento giuridico, il *concreto* ordine giuridico non possono che essere frutto di una decisione *personale* del sovrano presa in una concreta situazione correttamente conosciuta.

Emerge quindi *ictu oculi* che la profonda diversità di Schmitt e Kelsen nella visione del fenomeno giuridico (per l'uno viene prima il *fatto* – la decisione –, per l'altro la *norma*) affonda le sue radici nella scelta del punto di osservazione: Kelsen analizza il diritto nel suo versante *fisiologico*, mentre Schmitt ricerca una risposta alle sue domande nel momento della *patologia*.

Quando si sia in presenza del fatto non riconducibile all'ipotesi generale (c.d. *stato di eccezione*), allora emerge il momento giuridico per eccellenza, il momento fondativo del diritto stesso, cioè la decisione del sovrano, da rispettarsi non perché *giusta* ma perché *provviene* dal sovrano (Hobbes aveva sintetizzato l'essenza di tale pensiero nella massima *auctoritas non veritas facit legem*). Tutto ciò con l'ulteriore conseguenza che viene eliminato dal discorso ogni elemento dialettico (su cui, al contrario, Kelsen aveva basato tutta la sua costruzione, dal momento che la avalutatività della dottrina pura – *rectius*: la sua indifferenza verso i *contenuti* della norma valida – trova logico corollario nel riconoscimento e nella legittimazione del *conflitto sociale* quale *procedimento* ottimale per prendere le decisioni – *rectius*: per arrivare ai *contenuti* –): il decisionismo non può ammettere la discussione, che viene considerata non un valore, bensì un disvalore.

In tal senso, è significativo che un esponente del pensiero decisionista come Donoso Cortés definisca spregiativamente la (allora dominante) borghesia ottocentesca (con cui identifica il supporto sociale della teoria giuspositivistica formale) come «*clasa discutidora*» (classe che discute), che tramite la discussione cerca solo di sottrarsi alla decisione: il *diritto*, la *norma* è per lui il *prodotto* della decisione, non viceversa, e la decisione non può derivare da una discussione, la quale presuppone un confronto di opinioni *divergenti*, cioè un *conflitto*.

Approccio, questo, sostanzialmente ribadito dal c.d. *realismo giuridico*, in cui il momento decisivo viene semplicemente individuato in capo ad un soggetto diverso: *non* il *sovrano* ma il *giudice*. È diritto, dice Ross, autorevole esponente di quest'orientamento, quello e solo quello statuito in una sentenza, e compito della scienza giuridica è semplicemente quello di prevedere, in un dato caso concreto, in quale direzione s'orienterà la scelta del giudice. Vale a dire che anche il giudice è un soggetto che *decide*, e, come il sovrano decide

nello stato d'eccezione, così pure la decisione giudiziale interviene *non* nell'ambito della *fisiologia* del diritto, ma solo qualora esso sia stato *concretamente violato (patologia)*. Cómputo del giudice (come del sovrano) è *ristabilire l'ordine con la giusta decisione*, per questo il diritto coincide col loro (dei giudici) comportamento (Holmes).

Va chiarito, per evitare equivoci, che non esiste un unico approccio *realistico* al diritto, bensì ve ne sono almeno due, l'uno di matrice americana, l'altro di matrice nord-europea, che vengono in questa sede considerati unitariamente solo per la loro comune ispirazione antiformalistica. Tuttavia, vi sono significative differenze tra l'antiformalismo statunitense e quello scandinavo: in particolare, quest'ultimo possiede una certa vocazione alla sistematicità che invece manca del tutto nel primo. Così, se il diritto viene comunque definito dagli scandinavi come un sistema di regole, immaginarie e fittizie (Olivecrona), dirette agli organi dello stato per assicurare vantaggi agli individui (Hägerström), gli americani non esitano ad affermare che «difficilmente le norme giuridiche possono servire come guida per la vita» (Llewellyn), per cui anche tale minimale funzione del diritto (organizzazione della vita collettiva) viene negata.

E forti analogie col decisionismo e col realismo presenta pure, ai fini della nostra contrapposizione tra priorità del fatto e priorità della norma, il c.d. *istituzionalismo*, o *istituzionismo*, che ha avuto quali esponenti principali, in Francia, Maurice Hauriou, e, in Italia, Santi Romano.

Lo stesso Schmitt, d'altronde, non nasconde le sue simpatie verso la teoria istituzionale (ed il suo atteggiamento è comune alla quasi totalità dei pensatori decisionisti) in quanto forte è l'affinità concettuale consistente nel concepire la *norma* come *posterius* rispetto ad un *fatto* (nonché nella tendenziale eliminazione del conflitto sociale; l'istituzione è infatti una totalità organica che favorisce l'occultamento delle tensioni sociali: Bobbio). La differenza tra gli orientamenti si coglie semplicemente nel *diverso grado di personalizzazione del fatto* generatore del diritto: eminente e massimo per Schmitt e Ross (la decisione di un sovrano o di un giudice è *unipersonale*); assai più sfumata, per non dire assente, in Hauriou e Santi Romano (l'organizzazione sociale, l'*istituzione*, è, come detto in apertura, concetto ed entità chiaramente *sovrapersonale*).

In particolare, l'essenza della teoria istituzionale consiste nell'asserita *irriducibilità* del fenomeno giuridico alla *sola norma*. Innanzitutto, il concetto di diritto viene ricondotto a quello di *società* (Santi Romano); esso deve poi comprendere in sé il concetto di *ordine sociale*: *non* però come le (sole) norme dicono che *dovrebbe essere*, ma come i *concreti rapporti sociali* lo fanno *effettivamente* essere. Più precisamente, all'interno di tale dimensione ontologica (e non deontologica), la norma si limita ad essere *uno degli elementi* (nemmeno il più importante) tra quelli che determinano l'ordine sociale, mentre punto centrale e decisivo è quello di *definire* cosa debba intendersi e che caratteristiche debba avere la c.d. *istituzione*, nella quale viene risolto lo stesso concetto di diritto.

La norma, cioè, viene percepita dall'istituzionalista non nella sua dimensione *singolare e strutturale* (v. *supra* normativismo), bensì in quella *organica e funzionale* dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato. Per cui, quale che sia la *struttura* del

singolo comando, l'analisi dello studioso che segua tale metodo si focalizzerà sull'*attitudine* di quel comando, assieme a tutti gli altri elementi che compongono l'istituzione, a perseguire determinati obiettivi od a soddisfare determinati bisogni: ecco perché si dice che, mentre il normativista studia la *norma* (§ 1.5), l'istituzionalista studia l'*ordinamento* (§ 1.8). Ciò, però, non significa che il normativista non studi l'ordinamento o che l'istituzionalista non studi la norma. Il normativista, infatti, studia la (struttura della) norma *al fine* di poter costruire un ordinamento, mentre l'istituzionalista studia (la struttura e la funzione del)l'ordinamento per ricavarne norme.

L'istituzione è dunque, per Santi Romano: 1) ogni ente o corpo sociale chiuso, fermo e permanente; 2) dotato di un'individualità reale e visibile dall'esterno; 3) che sia manifestazione della natura sociale dell'uomo.

Deve rilevarsi tuttavia (Bobbio) come proprio la parola-chiave della teoria istituzionale – 'organizzazione' – non sia mai chiaramente ed univocamente definita e, conseguentemente, come tale concetto non sia mai compiutamente delineato. Il diritto, infatti, in alcuni casi viene *identificato* con l'organizzazione, (ma questa, a sua volta, non viene definita se non con altri termini di significato generico quali 'struttura', 'sistema' eccetera), mentre, in altri casi, viene rappresentato come «principio vitale di ogni istituzione», e questa (istituzione) viene definita «scopo caratteristico del diritto». Evidenzia Bobbio come, non appena venga meno l'identificazione piena di 'diritto' ed 'organizzazione', ed a meno di non voler considerare l'istituzionalismo nient'altro che una variante della dottrina realistica e della sociologia giuridica, non si possa non concludere che lo *sbocco della teoria istituzionale è il normativismo*: «se l'organizzazione non è il diritto ma lo scopo del diritto, che cosa è allora il diritto? In altre parole il diritto è organizzazione o è qualche cosa che sta dietro e prima dell'organizzazione? Ma se sta prima dell'organizzazione, non ne segue che il diritto viene prima ... del diritto? [...] in realtà ciò che viene prima dell'organizzazione o è qualcosa di pregiudicato [...] oppure è e non può essere altro che il *sistema normativo complesso* [...]» (Bobbio), cioè l'ordinamento giuridico in senso normativistico.

Al versante *istituzionistico* appartiene anche quell'impostazione dottrinale che ruota intorno ai concetti di *costituzione materiale* o *reale* (§ 1.10). Sulla base di tale dottrina (che si deve, inizialmente almeno, agli studi condotti da Mortati fra gli anni '40 e '50, ma che ha successivamente raccolto largo séguito presso la dottrina italiana) la *Costituzione* non viene più in considerazione come insieme di norme prescriventi un *dover essere* all'ordinamento, bensì come *specchio* degli *effettivi rapporti di forza* emersi in concreto (ecco chiarito perché l'accoglimento di tale nozione presuppone una *scelta di fondo* a favore dell'*istituzionalismo*). Nel loro complesso, le *teorie antiformalistiche* (al di là delle loro molteplici varianti) ruotano intorno alla considerazione della *realtà* degli *ordinamenti giuridici*. Non studiano il loro *dover essere* e si occupano, invece, di *ciò che essi concretamente sono*. Al centro del discorso si pone il *principio di effettività*, ovvero il criterio per cui «*il fatto diviene diritto, se, come e quando riesca a farsi valere effettivamente come tale*» (Fois, *i corsivi sono miei*).

Il *differente approccio* al fenomeno giuridico complessivamente considerato di cui si diceva sopra potrebbe essere sintetizzato come segue: la teoria normativa analizzerebbe le *strutture* del diritto (le norme), mentre quella istituzionale guarderebbe alla *funzione* dello stesso; funzione identificabile con la *giustizia* del diritto. Il che sembrerebbe alludere ad un disinteresse della teoria normativa per la

funzione. Per contro, tale suggestione trascura che anche il normativismo considera la *funzione* del diritto, che riconosce, a differenza dell'istituzionalismo, nella *certezza* (dei rapporti giuridici), non già nella *giustizia*. Cioè, la teoria normativa, nel momento stesso in cui analizza le (sole) strutture, ha già esaurito la ricerca della *funzione*, identificandola col perseguimento di un ideale di *certezza* (oggettiva e soggettiva) del sistema giuridico. Viceversa, la teoria istituzionale, con l'individuare la funzione del diritto nel perseguimento di un ideale di *giustizia*, non ha ancora precisato né *cosa* intenda per 'giustizia' (che, molto più della 'certezza', necessita di essere definita, in quanto non è ad essa attribuibile un significato univoco), né *quale metodo* (alternativo all'analisi strutturale) intenda seguire per ottenerla.

Nonostante le divergenze segnalate, esiste però un certo grado di *complementarietà* fra le diverse impostazioni (formalistiche ed antiformalistiche), come evidenziato da Bobbio nel passo riportato *supra*.

Da una parte, l'*indirizzo normativistico* non è in grado di risolvere ogni questione relativa al fenomeno giuridico. Kelsen raffigura l'*ordinamento giuridico* come un *sistema di norme ordinate per gradi*. All'interno di tale sistema le *norme* di grado inferiore traggono origine dalle *norme* di grado superiore, e così a ritroso fino ad individuare la *norma normarum*, da cui tutte le altre sono derivate. Ma da dove trae origine la *Grundnorm*, la *norma fondamentale*? L'*indirizzo normativistico* non è in grado di offrire una risposta esauriente a quest'interrogativo, se non appoggiandosi in una certa misura al criterio di *effettività* (*ultra*, § 3.18) che permea l'intera interpretazione istituzionalistica del diritto.

Dall'altra parte, l'*indirizzo istituzionalistico*, se in qualche modo completa quello normativistico, non riesce a sostituirlo. Esso antepone alla *regola* il *potere*, ma, a meno di non volersi fermare alla considerazione del *potere di fatto*, deve porsi il problema della sua *legittimazione*. E come tracciare un solco definitivo fra *potere di fatto* e *potere legittimo*, se non all'insegna della *regola*, del *dover essere*?

Qui si tocca, cioè, il problema cruciale di ogni teoria giuridica, ovvero quello della giustificazione del legittimo uso della forza: il giusnaturalismo ha variamente rinvenuto tale giustificazione in principi di ragione universalmente ed eternamente validi; il giuspositivismo fa coincidere la giustificazione con la sola dimensione della validità formale. E quest'ultima è stata la soluzione a lungo vincente nel corso del XX secolo: il formalismo giuridico ha infatti prosperato con relativa tranquillità sino a pochi decenni or sono con la diffusione del pensiero di Hart, sostenuto, a livello epistemologico, dalle argomentazioni di Wittgenstein, tese ad escludere dal ragionamento scientifico tutti gli enunciati valutativi, in quanto insuscettibili di essere ordinati in un discorso sensato: «su ciò di cui non si può parlare, si deve tacere».

Oggi, dopo Hart, numerosi studiosi del diritto hanno abbandonato l'approccio avalutativo implicito nelle proposizioni di Wittgenstein per sostituire al criterio della validità formale quello della giustizia sostanziale nello studio degli assetti sociali (Rawls).

La c.d. «apertura ai valori etico-politici» (Faralli) s'è concretizzata prevalentemente nelle due correnti del *neocostituzionalismo* e della *nuova teoria del diritto naturale*.

Il *neocostituzionalismo* afferma la necessità di "correttezza morale" o comunque di una «pretesa di giustizia» (*Anspruch auf Richtigkeit*) di ogni diritto positivo non giustificabile esclusivamente in termini formali, e per lo più bisognoso di un "bilanciamento" ad opera del giudice tra i diversi principi coinvolti da esercitare in sede di applicazione concreta del diritto (Dworkin, Alexy). Tale teoria giuridica affonda le sue radici in quella più generale dell'agire comunicativo (Habermas), secondo la quale l'azione umana ed il giu-

dizio sulla stessa operano non solo in base alle regole formali della logica, ma anche a quelle della responsabilità morale degli individui titolari della giuridicità.

Ancor più decisamente in tal senso muove la *teoria del nuovo diritto naturale*, secondo la quale certi principî morali sono parte essenziale della società, tanto che calpestarli equivarrebbe a minarla nelle sue stesse basi (Finnis).

Apprendo, invece, il mondo del diritto ai fatti, si sono sviluppate alcune correnti come il c.d. *neoistituzionalismo*, il quale, riprendendo, in buona sostanza, le teorie istituzionalistiche classiche di Hauriou e Santi Romano, considera le norme giuridiche sullo stesso identico piano dei fatti empirici (McCormick, Weinberger). Né diversamente si atteggiavano, in definitiva, quelle correnti *miste* del positivismo che cercano di recepire, all'interno della teoria formalistica, tali istanze di *conformità sostanziale* dell'ordinamento ai valori etico-sociali, ora facendo rientrare (Waluchow) nel concetto di validità *formale* non solo regole procedurali ma anche principî di carattere morale (c.d. *positivismo inclusivo*), ora accettando (Mitrophanous) il richiamo alla morale solo in funzione di mero riconoscimento della giuridicità di una regola (c.d. *positivismo debole*).

Tutte tali "aperture" (ai fatti, ai valori) hanno però finito con l'allontanare sensibilmente il positivismo formale da se stesso, e ciò non ha mancato di suscitare, a sua volta, reazioni dottrinali tese a riaffermare la *avalutatività* del ragionamento giuridico.

Altre correnti di pensiero, infine, si sono inserite nel dibattito in oggetto, apportandovi ulteriori nuove istanze: si pensi agli studi sul ragionamento giuridico (Aarnio) e sulla logica giuridica (Bulygin), sull'informatica giuridica (Kowalski, Sergot), sulla bioetica (Scarpelli, Passmore), sul femminismo (Smart, McKinnon), sul multiculturalismo (Taylor, Raz).

Un'osservazione di chiusura sul grande proliferare delle tendenze del diritto odierno potrebbe essere la seguente: pur riconoscendo merito alla vitalità ed alla multiformità della società contemporanea, che stimolano gli studiosi del diritto a ricercare soluzioni sempre più nuove e sempre più creative – anche sotto il profilo terminologico – non si può sottovalutare il rischio di una deriva verso uno sterile «novitismo» (Sartori), ossia verso un cambiamento fine a se stesso, derivato semplicemente dall'ansia di essere nuovi ad ogni costo, e costi quel che costi. «Certo, il destino dell'uomo è di andare avanti, non di restare fermo, e tantomeno di tornare indietro. Ma "avanti" e "indietro" rispetto a quale punto di riferimento?» (*Idem*).

1.4. Opzione a favore di un approccio formale

Giunti a questo punto, sembra opportuno, anche per fornire un'indispensabile chiave di lettura degli svolgimenti che seguiranno relativamente alle problematiche specifiche del diritto costituzionale a cominciare dal prossimo capitolo, dichiarare (e, per quanto è possibile, giustificare) la nostra preferenza per un'analisi di tipo formale. Quali le ragioni?

In proposito, occorre subito precisare che, prendendo questa strada, s'intende compiere non tanto una scelta *di valore*, quanto, piuttosto, una scelta *metodologica*. Pur consapevoli della non esclusività e, quindi, della parzialità di una simile *ottica*, riteniamo che essa sia comunque il punto di riferimento essenziale per avvicinarsi allo studio del diritto, e del *diritto costituzionale* in particolare, nella misura in cui, anche solo per dar conto di un eventuale allon-

tanamento dal dato positivo, è necessario averlo prima analizzato e descritto, così come nessuno pretenderebbe di spiegare la geometria dei frattali o la formula dell'entropia a chi non conoscesse i decimali, le tabelline, le ascisse e le ordinate! In altri termini, considerazioni anche e soprattutto di *opportunità didattica e scientifica* inducono a preferire un approccio di tipo classico.

A ciò s'aggiungono ulteriori rilievi.

Supponendo se non altro *possibili* – come, almeno di primo acchito, parrebbe difficile negare – il carattere “empirico” dell’oggetto (i vari *documenti normativi* e, in casi eccezionali, i *comportamenti umani* da cui si ricavano le norme) di un’indagine sul diritto, nonché il carattere ricognitivo della *finalità* della stessa (indagine), sembrerebbe rispondere a una logica più lineare – nell’ottica d’una proficua ed ordinata distinzione d’ambito delle molteplici discipline di studio – che l’inclinazione del giurista (in quanto particolare studioso del diritto) sia quella d’occuparsi esclusivamente dell’oggetto (empirico) previamente individuato, come pure di escludere ogni finalità diversa da quella ricognitiva.

Per quel che attiene al carattere empirico dell’oggetto, basterà qui indicare in esso (carattere) la proprietà dei documenti (o testi) normativi – ai quali sono soliti ricondursi la più gran parte delle norme del nostro attuale ordinamento giuridico (*infra*, § 3.1 ss.) – di appartenere al mondo della realtà percepibile con i sensi. L’indagine del giurista, in tale prospettiva, avrà pertanto ad oggetto questi (*e solo questi*) dati empirici, gli unici a poter essere definiti giuridici in senso proprio.

Per quel che attiene al carattere ricognitivo della finalità (dell’indagine), esso parrebbe segnatamente distinguere l’attività di studio del diritto (oggetto dell’indagine, nell’accezione appena precisata) operata dal giurista, dalle attività pure di studio del diritto – rispetto alle quali, peraltro, la coincidenza con la nozione di ‘diritto’ qui stipulata potrebbe risultare dubbia – esercitate nell’ambito di altre discipline, quali la filosofia, la sociologia, la storia del diritto, e così avanti. L’indagine del giurista, in tale prospettiva, sarà svolta in funzione del solo interesse di conoscenza, con esclusione d’ogni ulteriore finalità (di tipo speculativo, valutativo, decisorio e via enumerando), se non altro per quanto concerne la simultaneità metodologica e cronologica.

In altre parole, appare del tutto condivisibile il rilievo secondo cui «certamente il giurista non può ignorare i risultati delle singole discipline, rivolte ad aree che possono apparire di volta in volta connesse con quella posta ad oggetto della ricerca giuridica, ma non può confonderli né sostituirli con quelli cui perviene con la propria ricerca o, il che è lo stesso, pretendere che egli, come giurista, possa o debba perseguire con le proprie indagini le finalità di quelle discipline ed essere contemporaneamente filosofo, sociologo, storico, politologo e così via» (A. Pino).

Se è vero che il compito dello studioso – o, in un senso meno impegnativo, del giurista quale particolare studioso del diritto – *non* è quello *di dare giudizi*

di valore, bensì quello di comprendere (Weber), si spiega la preferenza per un percorso che, a nostro credere, offre *maggiori strumenti di verifica*. Una *concezione formale*, accogliendo la *dimensione deontologica del diritto*, consente di confrontare continuamente il *fatto* con la *regola* per coglierne così il *significato*, le *tendenze* più nascoste. Solo ammettendo che esista un *dover essere* dell'*ordinamento* ha senso chiedersi se un determinato *fatto* sia o meno *lecito* (ovvero rispettoso della *regola*, del *dover essere*). Una *concezione formale*, detto altrimenti, sembra offrire *elementi di valutazione del fatto più sicuri*. E del resto, anche a voler riconoscere alla natura umana e sociale la presenza di caratteri costanti, sarebbe in ogni caso impossibile far discendere prescrizioni normative dall'analisi descrittiva di quei caratteri, dato che da premesse descrittive non è dato, compiendo un inaccettabile salto logico, giungere a conclusioni normative (Hume): se anche il teorico credesse nell'esistenza di un'incoercibile natura che costringe i pesci grossi a mangiare i più piccoli, egli non sarebbe infatti logicamente tenuto a riconoscere in ciò un "diritto" normativo dei pesci grossi (Spinoza). Le *concezioni antiformaliste*, invece, tendendo a *ridurre il diritto a fenomeno esistenziale*, si muovono, non di rado, in senso contrario: abbandonato il piano del *dover essere* resta unicamente quello dell'*essere*, che è, solo perché esiste, *legittimo*.

Il che non toglie che le istanze di cui si sono fatte carico le teorie antiformalistiche siano (doverosamente) recuperabili in occasione della determinazione *iniziale*, nelle sedi e con le procedure previste dal diritto (Hart), (almeno) delle regole che possono limitare la voracità dei pesci più grossi, facendo bene attenzione a far sì che esse, una volta poste, non divengano poi oggetto di continua ed *informale* rimeditazione (e conseguente rimodulazione). Il rischio, una volta intrapresa una strada del genere, sarebbe infatti quello di consegnare la riformulazione della regola semplicemente alla misura dell'appetito dei pesci più grossi, elevando quell'appetito al rango di *giustizia*.

Più precisamente, il modello teorico (formale) adottato:

a) coglie il fenomeno oggetto di studio in modo, per così dire, "autoreferenziale", perché la trasfigurazione del concetto di 'diritto' in quello di 'regola' o di 'insieme di regole' ne consente una descrizione ed uno studio con categorie "interne" alla disciplina stessa, senza necessità di rinvi a concetti propri di altre branche del sapere, ad esempio, dell'etica, come avviene quando si identifichi 'diritto' con 'giustizia', o della sociologia, se per 'diritto' si intende la c.d. 'istituzione';

b) permette, inoltre, di trovare un criterio sufficientemente chiaro su cui fondare l'autonomia degli studi giuridici rispetto ad altri settori del sapere più o meno contigui (in particolare, rispetto alle scienze c.d. naturali). Come s'è visto (§ 1.3), infatti, le discipline naturalistiche si caratterizzano – per lo meno *tradizionalmente*, ma non sembra che il paradigma probabilistico della fisica quantistica infici il ragionamento qui svolto – per descrivere il loro oggetto secondo il *principio di causa-effetto*: compiere una data azione comporta ne-

cessariamente il verificarsi di un dato risultato (= carattere *ontico-descrittivo*). L'autonomia degli studi giuridici postula, invece, la *possibilità* di descrivere la materia sottoposta ad indagine tramite il *principio d'imputazione* (*Zurechnung*), in base al quale si possono formulare proposizioni del tipo: se si tiene un dato comportamento *deve* verificarsi una data conseguenza.

In altri termini, il significato giuridico di un fatto non è comprensibile e rilevabile sul piano naturalistico come una caratteristica *fisica* (quali la durezza od il colore), ma è il risultato di un'operazione intellettuale complessa di cui bisogna distinguere due varianti. Si parla di significato giuridico (*sensu*) *soggettivo*, per indicare il significato che il soggetto agente attribuisce all'atto che compie, ma *quel* significato (*soggettivo*) può non coincidere col significato (*oggettivo*) che il medesimo atto ha per *tutti* gli altri membri del gruppo sociale organizzato (per l'*ordinamento*). Ad esempio, Tizio indica con uno scritto la destinazione dei suoi beni per quando egli sarà defunto. Il senso soggettivo dell'atto, per Tizio, è quello di un testamento, ma può accadere che l'ordinamento non riconosca a quell'atto il medesimo significato (cioè: il senso oggettivo dell'atto non è che Tizio ha fatto testamento) in quanto, ad esempio, Tizio può non averlo datato e sottoscritto (per cui esso, giuridicamente, non viene preso in considerazione *come testamento*). Orbene, il fatto esteriore *in sé* non è altro che un frammento di natura, che diviene rilevante per (e valutabile da) il diritto in quanto v'è una *regola* preconstituita, che a quel fatto è in grado di attribuire un *sensu* *oggettivo*, un significato giuridico. In altri termini, il diritto è il "trasformatore" attraverso cui determinati fatti naturali (i comportamenti umani) vengono sottoposti ad una valutazione "giuridica", (valutazione = giudizio di valore) che intende imprimere agli stessi una determinata *direzione* (vietandoli, prescrivendoli, facoltizzandoli).

Le considerazioni fin qui svolte, particolarmente per quanto concerne la distinzione tra le discipline giuridiche e quelle naturalistiche, sottendono peraltro una problematica di carattere più generale, concernente la stessa possibilità di qualificare lo studio del diritto in termini di scienza, coerentemente con l'impostazione sostenuta, a suo tempo, dal positivismo giuridico. Ed in effetti, se in molti casi il giurista sembra svolgere attività (almeno in larga prevalenza) conoscitive (come quando accerta la validità o meno di una determinata norma: vedi *infra*, § 1.8) rientranti nel modello delle scienze indiscusse, in altri casi (come quando interpreta disposizioni giuridiche: *infra*, § 1.6, ovvero si applica alla sistematizzazione del diritto: *infra*, § 1.8) esso può assumere talvolta – con particolare riguardo all'ipotesi in cui il diritto venga interrogato (non in astratto, ma) per la soluzione di particolari casi concreti – un atteggiamento (più o meno) direttivo, cioè non si limita a descrivere un fenomeno (normativo), ma effettua ed esprime (anche) scelte di valore. Vale a dire, lo studio del diritto, tenuto conto che i due profili appena evidenziati risultano spesso inscindibili nella pratica, corrisponde solo in misura parziale al canone della avallutatività tipico delle scienze indiscusse (ad esempio, la matematica e la fisica), le quali richiedono sempre di essere espresse tramite proposizioni apofantiche (vere o false), mentre qui siamo, non di rado (ma neppure tanto spesso come molti vorrebbero), in presenza di proposizioni né vere né false, ma, al limite, più o meno sostenibili.