

Fabio Ciaramelli

L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo



Giappichelli

Introduzione

Il problema del metodo giuridico nell'età dell'incertezza

sommario

Il metodo e il suo contesto

L'instabilità degli atti umani e le categorie dell'ordine simbolico

L'esperienza giuridica nella democrazia costituzionale

Le mutazioni dell'ordine simbolico e il ruolo istituyente dell'immaginario sociale

Sulla struttura del libro

Il metodo e il suo contesto

L'esistenza d'un nesso stringente tra la ricerca d'una giustificazione pubblica della legalità istituita, divenuta irrinunciabile nel contesto delle odierne democrazie costituzionali, e i problemi sollevati della metodologia giuridica – tendente a rendere rigorose ma soprattutto controllabili la produzione e l'esecuzione del diritto – costituisce l'ipotesi di fondo da cui parte questo libro e innanzitutto ciò che il suo stesso svolgimento si propone di far emergere.

Il problema del metodo giuridico è qui analizzato con un procedimento a spirale, implicante talora la ripresa dei medesimi contenuti, per approfondirne ulteriori aspetti o conseguenze da prospettive diverse, dal momento che una riflessione sul metodo non può mai prescindere dall'esplicitazione del suo contesto e dei suoi presupposti, sulla cui base si lasciano riconoscere le poste in gioco delle questioni affrontate.

Mentre stavo ultimando la stesura del libro, mi sono imbattuto nell'ultimo volume di Francesco Viola, nel cui efficacissimo *incipit* si legge quanto segue: “Questa non è una storia delle teorie del diritto naturale, ma delle ragioni che le giustificano, e che possono trovarsi anche in teorie non giusnaturalistiche negli intenti”¹. Queste parole hanno avuto l'effetto di chiarire *a posteriori* a me stesso

¹F. VIOLA, 1900-2020. *Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino 2021, p. IX.

il metodo di lavoro che avevo seguito nella stesura di questo scritto. *Mutatis mutandis*, e anche *si parva licet componere magnis*, potrei dire anch'io qualcosa di analogo, avendo mirato non tanto alle diverse teorie del metodo e al succedersi delle controversie che le hanno animate, quanto piuttosto alla ragione fondamentale capace di giustificare la persistenza e l'attualità del problema sollevato dalla metodologia giuridica, sia pur attraverso battute d'arresto e conseguenti trasformazioni del modo d'intenderla e d'elaborarla.

Le pagine seguenti, senza nessuna pretesa di riuscire sistematiche ed esaustive, si propongono di contribuire alla delucidazione di questa ragione, che dal canto suo non è oggetto esclusivo delle teorie del metodo giuridico ma attraversa buona parte dell'autocomprensione del diritto contemporaneo, che anima l'attuale dibattito filosofico-giuridico.

La ragione fondamentale in grado di giustificare l'attualità dell'istanza metodologica attiene a mio avviso all'impossibilità, nel contesto delle nostre democrazie costituzionali, di sottrarre produzione ed esecuzione del diritto – e soprattutto gli effetti concreti delle prestazioni giuridiche nella vita sociale – al dibattito pubblico, dal quale esse traggono origine. Ed è sempre il dibattito pubblico il contesto a partire dal quale emerge l'esigenza ricorrente del loro controllo, cioè della loro legittimazione, per definizione sprovvista d'una formulazione ultima e definitiva, di cui unicamente un sapere incontrovertibile e perciò indiscutibile potrebbe essere in possesso.

In realtà, la pretesa di esibire un fondamento preliminare e inoppugnabile della legittimità dell'ordinamento vigente (fondamento che si potrebbe presumere radicato

nella natura delle cose o nella rivelazione divina o nella stessa logica del diritto) non regge più in una società democratica, secolarizzata e pluralista, che viceversa – per citare subito Claude Lefort, un autore su cui ritorneremo a più riprese – “s’istituisce e si mantiene nella dissoluzione dei capisaldi della certezza [*dissolution des repères de la certitude*]”².

Tuttavia, la nostra ormai acclarata appartenenza all’età dell’incertezza³ non esime la teoria e la pratica giuridiche dal compito di render conto e ragione delle proprie prese di posizione, tralasciando il riferimento ai fatti psicologici capaci di causarle, e concentrandosi invece sulle ragioni in grado di giustificarle⁴.

²C. LEFORT, *Essais sur le politique. XIXe et XXe siècles*, Seuil, Paris 1986, p. 29. Per un’accurata analisi complessiva dell’opera di Claude Lefort, si veda ora la bella monografia di D. MALINCONICO, *L’incertezza democratica. Potere e conflitto in Claude Lefort*, La Scuola di Pitagora, Napoli 2020.

³Com’è noto, è questo il titolo d’un fortunato libro degli anni Settanta del Novecento, scritto dall’economista John K. Gbraith, che tra le altre cose era stato consigliere di Roosevelt e di Kennedy (cfr. J.K. GALBRAITH, *L’età dell’incertezza*, trad. G. Dosi e M. Bianchi, Mondadori, Milano 1977). In anni a noi più vicini il tema dell’incertezza è stato al centro di molte analisi sociologiche (mi limito a citare Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza*, trad. L. Marchisio, S.L. Neirotti, Il Mulino, Bologna 2014). Sulle “ricadute” giuridiche della questione, oltre alle riflessioni di Paolo Grossi, (cfr. P. GROSSI, “Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto”, in *Giustizia civile*, n. 4, 2014, pp. 921-946, ora in ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015, pp. 51-95), ho avuto particolarmente presente A. ABIGNENTE, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

⁴“I motivi sono i fatti psicologici che *causano* una decisione. Le

Per quanto sia in realtà impossibile definire *ex ante* criteri universali e neutrali, aventi “l’incauta pretesa” di rendere “corretto e scientifico, razionale e logico l’oggetto della nostra indagine”⁵ e, di conseguenza, convalidarne i risultati in nome della fedeltà al metodo, resta comunque indispensabile il ricorso all’istanza metodologica come messa in discussione critica della legalità istituita. Le ragioni che giustificano un tale ricorso non sono ovviamente più quelle che derivavano dall’indiscussa fiducia nel carattere sistematico della scienza giuridica, a sua volta garantito dal rispetto di preventivi canoni metodologici. Per questa ragione, la vigilanza critica sulla legalità istituita non può fare a meno d’incontrare l’istanza metodologica nel senso della “funzione civile della metodologia”, riprendendo la formula molto felice utilizzata alcuni anni fa da Letizia Gianformaggio⁶, sulla cui base è possibile reimpostare il nucleo centrale della problematica metodologico-giuridica in termini di ricerca – necessariamente retrospettiva – della legittimità, intendendo fondamentalmente quest’ultima come “accettabilità sociale della decisione”⁷.

ragioni sono argomenti, ossia enunciati, che fanno parte di ragionamenti nelle vesti di premesse, e che (non già causano, ma) *giustificano* una decisione”, R. GUASTINI, *Prima lezione sull’interpretazione*, Mucchi, Modena 2019, p. 65.

⁵ Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 24.

⁶ L. GIANFORMAGGIO, “Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico” (1983) in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, ristampa riveduta da S. Zorzetto, Giappichelli, Torino 2018, p. 93.

⁷ *Ivi*, p. 86.

Delucidare il significato e la ragione della dimensione necessariamente retrospettiva della metodologia giuridica, che s'opponne all'ormai impraticabile visione d'un metodo che dovrebbe preliminarmente guidare e orientare le prestazioni giuridiche, è uno dei fili conduttori del libro. Radicata nell'assenza d'una determinatezza ontologica sulla cui base fondare la legittimità della legge, questa dimensione retrospettiva costituisce la ragione che giustifica la già accennata rinuncia alla pretesa d'uno svolgimento sistematico ed esaustivo del problema del metodo giuridico. E tuttavia, venuta meno la rigorosa deducibilità logica delle sue procedure, ciò che continua a tenerlo in vita è l'esigenza imprescindibile d'un controllo critico delle prestazioni giuridiche. Per questa ragione, nelle pagine seguenti verranno tenute ben distinte la versione scientifico-sistematica d'un metodo giuridico preventivo – contemporaneo del paleo-positivismo giuridico, all'apice nello Stato legislativo di diritto – e l'accezione critico-riflessiva dell'istanza metodologica, connessa alla richiesta di legittimazione democratico-costituzionale della legalità istituita.

L'instabilità degli atti umani e le categorie dell'ordine simbolico

Sul piano filosofico generale, va aggiunto subito che l'indeterminatezza ontologica or ora segnalata comporta la radicale impossibilità d'una determinazione necessaria ed esaustiva degli atti umani in base a leggi causali, impossibilità senza di cui non vi sarebbe l'istituzione storico-sociale d'un ordine simbolico e normativo, e di conse-

guenza non si porrebbe neanche il problema del metodo, che viceversa nasce esattamente dall'esigenza di convivere con l'instabilità dell'indeterminato (benché poi, per farvi fronte, si corra il rischio di disconoscerla, nella vana speranza di annullarla).

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.

Nasce da qui l'esigenza del metodo, cioè di procedure preliminarmente stabilite che, diffidando dell'improvvisazione, dell'estro o dell'intuizione, prevedano una serie ripetibile di operazioni finalizzate al raggiungimento d'un determinato risultato, cercando di evitare gli imprevisti, o perlomeno di attenuarne l'impatto. Si tratta di un'aspirazione non solo ben comprensibile, ma sicuramente anche insopprimibile, benché si debba immediatamente aggiungere che una simile aspirazione non può non fare i conti con l'impossibilità d'un suo pieno esaudimento, a causa del carattere incancellabile della contingenza.

Quest'ultima va certo intesa, *prima facie*, come l'ineliminabile alone di imprevedibilità che sempre accompagna le attività umane; ma più radicalmente, va poi riconosciuta, alla base di questa stessa imprevedibilità degli atti umani, la *contingenza* nel suo senso originario, da intendersi come assenza di necessità, ossia mancanza d'un fondamento che li possa determinare in base a nessi causali, disattivandone l'intrinseco *poter-essere-altrimenti*.

Eppure – ed ecco il già accennato punto decisivo –, questa impossibilità non conduce alla liquidazione (e neanche al superamento) del problema del metodo, bensì ad una sua trasformazione che ne mantenga ferma l'esigenza fondamentale: un'esigenza non solo conoscitiva ma anche etico-politica, impossibile però da soddisfare attraverso il diniego dell'indeterminatezza degli artefatti sociali.

Da quest'indeterminatezza il problema del metodo prende le mosse, ma essa è anche la ragione fondamentale dell'insuccesso di qualunque metodo nell'esercitare preventivamente un controllo efficace sul mondo umano. Di conseguenza, senza l'irriducibilità delle diverse attività umane alla messa in opera d'una qualche preliminare verità necessaria, non vi sarebbero né il problema del metodo né l'irrealizzabilità della sua pretesa al dominio totale sul mondo istituito dall'operare umano.

In realtà, il carattere innovativo e imprevedibile degli atti umani si radica nell'instabilità ontologica di questi ultimi, cioè nella mancanza d'un loro fondamento universale, capace di fissarne lo statuto conoscitivo, ricondurli a nessi causali necessari e prevederne tutte le conseguenze. Il disconoscimento teorico della contingenza tende a rimuovere il *poter-essere-altrimenti* caratteristico dell'ambito antropologico, che invece scaturisce dall'inesauribile capacità umana – riscontrabile tanto sul piano individuale quanto sul piano collettivo – di dare origine a qualcosa di nuovo di propria iniziativa, capacità mediante la quale sempre di nuovo si trasforma e si rinnova il paesaggio storico, sociale e culturale. Ciò che in tal modo viene a istituirsi è il mondo dei significati, dei valori e delle norme che danno senso alla vita, anzi che ne costituiscono la dimensione propriamente umana. Quest'ultima non può

certamente fare a meno del sostrato naturale, cioè della vita biologica che condividiamo con tutti i viventi non umani, ma non vi si riduce né vi ritrova il modello capace di determinarla in tutti i suoi dettagli in base a leggi causali.

Ciò che fa umana la vita è dunque l'istituzione di specifiche – e assai variegate – connessioni di senso studiate dalle scienze storico-sociali, il cui metodo di ricerca, perlomeno a partire da Max Weber (1864-1920), si rivela irriducibile alla metodologia in voga nelle scienze della natura, basata sul modello della spiegazione causale. Il metodo delle scienze storico-sociali sostituisce questo modello con lo schema della spiegazione condizionale, secondo il quale la “determinazione delle condizioni di un avvenimento” ne consente la “comprensione del significato”. Il tal modo, 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”⁸.

Si fraintenderebbe completamente il senso di questa analisi, se sulla sua base si asserisse affrettatamente l'estra-

⁸ Cfr. P. ROSSI, “Max Weber e la metodologia delle scienze storico-sociali”, in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, n. s. 16 (1957), p. 13 e p. 7. Gli scritti metodologici di Max Weber sono raccolti in M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura e con Introduzione di P. Rossi, Il Saggiatore, Milano 2001. L'influenza del modello weberiano sulla scienza giuridica, in modo particolare su Kelsen, è discusso da R. MARRA, “Scienza giuridica e sociologia. Kelsen e Weber a confronto”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVI, 2016, pp. 81-106.

neità delle “forme strutturali della vita” rispetto al processo storico-sociale. Al contrario, queste forme scaturiscono dalla capacità istituyente degli artefatti umani, cioè dalla loro attitudine a produrre connessioni di senso che non possono venir considerate come semplici conseguenze necessarie d'uno stato di cose precedente. Come ha scritto Paolo Rossi, “nel porre in luce una serie finita di fenomeni – diversa a seconda del punto di vista dell'indagine – da cui dipende un certo fenomeno considerato nella sua individualità, le scienze storico-sociali non ne stabiliscono i fattori determinanti, ma ne individuano un certo gruppo di condizioni che, accanto ad altre, lo rendono possibile. Alla relazione di causa-effetto, interpretata come relazione necessaria, subentra un rapporto di condizionamento”⁹.

Da quanto appena detto, emerge chiaramente che l'ordine sociale, condizionato dagli atti umani e studiato dalle scienze storico-sociali, ha uno statuto contemporaneamente simbolico e istituito. Al suo interno, hanno luogo connessioni di senso che non costituiscono in alcun modo l'effetto automatico dello stato di cose antecedente, ma comportano un *quid novum* che va compreso nella sua specifica individualità.

L'esperienza giuridica nella democrazia costituzionale

Nell'orizzonte degli atti umani e della loro creatività che culmina negli artefatti sociali, l'esperienza giuridica

⁹P. ROSSI, “Max Weber e la metodologia delle scienze storico-sociali”, cit., p. 18.

costituisce un caso a sé, che va analizzato nella sua particolarità e nelle sue specifiche ripercussioni sul problema del metodo.

Superfluo precisare che anche il diritto, in quanto fenomeno sociale e storico, è costituito da atti umani. Se però, nella loro generalità, tutti gli atti umani sono spontaneamente produttivi di quell'insieme di significati, valori e norme, che costituisce l'ordine simbolico della convivenza sociale, la dimensione istituyente degli atti produttivi di effetti giuridici propriamente detti – come avremo modo di vedere più dettagliatamente nel capitolo terzo – risulta essere l'unica che viene regolamentata e istituzionalizzata in maniera esplicita. Infatti, il diritto (tutto il diritto, e non soltanto il diritto moderno, che è prevalentemente diritto legale e statuale) istituisce in maniera esplicita la normatività giuridica, distinguendola dalla normatività morale, culturale, religiosa o genericamente sociale, creando in tal modo quelli che Juan-Ramón Capella denomina metaforicamente “giochi giuridici”, che non hanno nulla di ludico, ma consentono di “di strutturare e stabilizzare le relazioni interpersonali e sociali per mezzo del diritto”¹⁰. Capella distingue, per esempio, il “gioco giuridico normativo”, caratterizzato dall’emanazione di norme coercitive da parte dei vertici politici, dal gioco “puramente giurisdizionale”, consistente “non già nell’emanare norme, ma nell’istituzionalizzare tribunali per

¹⁰J.-R. CAPELLA, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid 2008, p. 45. “‘Gioco’ si usa qui metaforicamente, nel senso, ad esempio, di ‘dispositivo’, ‘meccanismo’ o ‘modo di funzionare’. Si potrebbe anche parlare di ‘tecniche giuridiche’, anche se abitualmente questa espressione ha un altro senso”, *ibidem*.

giudicare determinati comportamenti”¹¹. Tuttavia, va subito precisato che la nozione di “gioco giuridico” è un’astrazione, in quanto nel mondo reale, nella medesima situazione “coesistono al tempo stesso giochi diversi. L’analisi introduce differenze dove la dinamica di un diritto mostra continuità. Differenziare analiticamente questi giochi ha il vantaggio di rendere esplicite le loro distinte regole di funzionamento”¹².

Senza dubbio, all’origine dei “giochi giuridici”, nella loro stessa molteplicità e distinzione, vi sono stati e vi sono ancora atti non intenzionalmente e non consapevolmente produttivi di norme giuridiche, come gli usi e le consuetudini. E tuttavia, nelle stesse esperienze giuridiche premoderne o in quelle puramente consuetudinarie, siamo in presenza di ciò che s’è convenuto di chiamare diritto¹³, se e solo se anche alla base di questo tipo di esperienze è riscontrabile una forma di istituzionalizzazione esplicita che renda riconoscibile la normatività giuridica propriamente detta. In merito, ha scritto Luigi Ferrajoli: “Una meta-norma – non sulla produzione, ma direttamente sull’appartenenza delle altre norme all’ordinamento – è presente anche nei sistemi giuridici nomostatici: tali, per esempio, sono la norma ‘*veritas, non auctoritas facit legem*’, o, se si preferisce, ‘sono norme giuridiche tutte le norme ritenute giuste o ragionevoli’, o anche quella sul carattere normativo dei soli ‘precedenti’, che contrassegnano le esperienze giuridiche premoderne

¹¹ *Ivi*, p. 46

¹² *Ivi*, p. 45.

¹³ Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, nuova edizione, Einaudi, Torino 2017.