

da *Filosofia e diritto in Alessandro Argirotti*,
a cura di L. Avitabile, Giappichelli, Torino
2017, pp. 23-27.

Francesco Viola

Una discussione sull'effettività del diritto

Ho già avuto modo di ricordare la personalità scientifica e la persona di Alessandro Argirotti, che è stato per me un indimenticabile amico¹. Preferisco ora soffermarmi su un aspetto particolare della sua riflessione filosofico-giuridica, ma non si tratta di un tema marginale.

La vocazione squisitamente filosofica che Alessandro aveva lo conduceva spesso verso esplorazioni lontane da quelle che siamo soliti attribuire alla filosofia e alla teoria del diritto. Tuttavia, quando cercavo di ricondurlo a temi più immediatamente vicini alla nostra disciplina, era sempre in grado di mostrarmi che non ero lungimirante e che mi fermavo all'apparenza dei fenomeni. C'era però sicuramente una problematica che lo interessava moltissimo e che toccava direttamente il concetto di diritto, cioè quella riguardante il principio di effettività. Ricordo che su questo tema abbiamo discusso a lungo senza peraltro arrivare ad un vero e proprio accordo.

Nell'ottobre del 2003 Alfonso Catania organizzò a Salerno un interessantissimo convegno sull'effettività giuridica, a cui partecipai insieme ad Alessandro. Il suo corposo intervento riguardava il principio di effettività nella scienza giuridica e nella teoria del diritto². Mi chiese di leggerlo prima del convegno e ne discutemmo

¹ F. VIOLA, *In ricordo di Alessandro Argirotti (1958-2015)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 2015, 1, pp. 1-5.

² A. ARGIROFFI, *Teorie del diritto e principio di effettività: esempio di fictio juris?*, in *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto* (Atti del convegno, Salerno, 2-4 ottobre 2003), a cura di A. Catania, Milano, 2005, pp. 359-374.

a lungo. Debbo confessare che, al di là dei rapporti amicali, avevo un interesse personale per l'argomento in quanto avrei dovuto partecipare alla tavola rotonda di chiusura del convegno ed avevo ancora le idee molto confuse. Alessandro, invece, non aveva dubbi e continuò a non averne anche dopo la nostra discussione. Era sempre così, non riuscivo proprio a smuoverlo di un millimetro dalle sue posizioni.

La sua tesi derivava da un'applicazione dell'ermeneutica gadameriana dell'effettività all'effettività giuridica così com'era pensata dalla scienza del diritto. Ero completamente d'accordo con lui nel considerare insufficiente una considerazione meramente sociologica dell'effettività, cioè ridotta a pura fatticità intesa come registrazione della conformità al diritto da parte dei consociati e degli organi di applicazione. Questo semmai è proprio il fenomeno da spiegare e non già la sua stessa spiegazione. Ero ancora d'accordo con lui nel considerare l'effettività come una qualità essenziale del concetto di diritto e, quindi, non soltanto come un dato di fatto. Un diritto ineffettivo non è diritto o non lo è più, mentre una legge morale disattesa non per questo cessa di essere valida. L'accordo si fermava qui, ma debbo riconoscere che la tesi di Alessandro era ben argomentata e si accordava a suo modo con una visione giuspositivistica del diritto e della scienza giuridica qual era autorevolmente sostenuta da Kelsen e da Santi Romano. In sostanza Alessandro sembrava suggerire che una prospettiva gadameriana letta alla luce del pensiero di Heidegger è illuminante per la comprensione del ruolo "effettivo" del principio di effettività nella stessa scienza giuridica.

Alessandro distingue l'effettività come fenomeno dal principio di effettività, che è già una transvalutazione del fenomeno in un criterio interno della scienza giuridica. In quanto fenomeno l'effettività appartiene alla pura fatticità, che non è trasparente al comprendere, cioè che come dato di fatto resiste ad ogni tentativo di comprensione totale, poiché – come nota Gadamer – «resta sempre qualcosa di inespriabile e di inspiegabile». Questa prospettiva è suffragata dal concetto heideggeriano di fenomeno, che nel manifestarsi in realtà nasconde, che pare essere come in realtà non è. A me sembrava che ci fosse una rilevante differenza fra la prospettiva di Gadamer e quella di Heidegger, in quanto il primo

sottolinea piuttosto l'aspetto epistemologico dell'incomprensibilità, quasi richiamando la famosa vanga di Wittgenstein quando urta contro la roccia e si piega, mentre il secondo è più attento all'aspetto ingannevole del fenomeno che induce ad intenderlo artificialmente in modo diverso da quello che è. Ma – com'è noto – Alessandro è stato un incallito heideggeriano, persino quando dissentiva da Heidegger. Sotto questo aspetto non c'era nulla da fare. Tuttavia il punto centrale non era quello di un'interpretazione corretta di Gadamer o di Heidegger, ma quello del concetto di effettività e del suo ruolo all'interno del concetto di diritto.

Alessandro giustamente rivolgeva la sua attenzione non già alle singole norme, per cui si parla più correttamente di efficacia, ma all'effettività dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Questo prende forma nel colpo di Stato e nella rivoluzione, ma dobbiamo aspettare il suo stabilizzarsi per considerarlo un ordinamento legittimo. Tutto quello che è avvenuto prima di questa stabilizzazione interessa ben poco alla scienza giuridica e alla teoria del diritto. Esse lavorano sul presupposto di trovarsi all'interno di un ordinamento giuridico già nato e vitale. Anzi fanno retrodatare la sua nascita fin dagli inizi del processo di formazione quando ancora a rigore l'ordinamento giuridico non esisteva ancora. Si tratta di una legittimazione *ex post* che per la scienza giuridica diviene *ex ante* o *ex tunc*.

In questa prospettiva l'effettività diviene un principio di legittimazione usato dalla scienza giuridica come una vera e propria *fictio juris*. Questo, infatti, è il nucleo centrale della tesi di Alessandro. A suo parere in tal modo il fenomeno dell'effettività viene deformato, proprio nel senso heideggeriano di una manifestazione che nasconde la sua reale natura, e assume un carattere di principio di legittimazione con ovvia portata deontica. Il carattere fittizio del principio di effettività non consiste soltanto nel pensarlo come un dover essere, ma anche nell'intenderlo come originario per evitare l'accusa di un indebito passaggio dalla datità fattuale al dover essere normativo. Questa finzione della scienza giuridica è nella sostanza quella stessa kelseniana della norma fondamentale in quanto il principio di effettività assume un volto normativo, lasciando in ombra la sua dimensione fattuale. Si opera, pertanto, una scissione fra l'effettività come fenomeno meta-

giuridico o extragiuridico e l'effettività come principio giuridico. Il primo esula dalla presa del giurista ed è di competenza dello storico, del teologo o del filosofo *tout-court*, mentre il secondo è usato dal giurista come postulato secondo la logica del "come se", che per Alessandro sulle orme di Kelsen, ma con una certa qual commiserazione di questa metodologia, è la logica propria del giurista.

Quest'approccio al problema dell'effettività illustra bene l'orientamento generale di Alessandro nei confronti del concetto di diritto e di scienza giuridica. Essendo questa fondata su un processo logico o mentale puramente "immaginato o inventato" per fini pratici o strumentali, è priva di una dimensione veritativa e si deve intendere come una tecnica sociale sorretta da una logica funzionale. Questa considerazione della teoria del diritto è, almeno apparentemente, del tutto conforme alla visione giuspositivista che guarda al diritto come un mondo chiuso in se stesso e auto-giustificantesi. Tuttavia, c'è una differenza di grande rilievo. Alessandro non pensa che a questo punto i giochi siano fatti e che non ci sia altro da dire. Il problema veritativo si sposta ora dal diritto positivo e dal suo funzionamento al mondo metagiuridico o extragiuridico da cui provengono le presupposizioni e le finzioni della scienza giuridica. Infatti, solo attraverso una delucidazione non giuridica dell'effettività si può mettere in luce la deformazione giuridica del principio di effettività. Con questo Alessandro, tra l'altro, voleva mostrare quanto fossi ingiusto nel rimproverargli di occuparsi troppo poco del diritto e della scienza giuridica. Se questa era la logica del giurista, allora bisognava cercare il vero e proprio senso del diritto nel non diritto o nel non ancora diritto. La filosofia del diritto doveva diventare filosofia della storia e, in ultima istanza, teologia della giustizia.

Da parte mia, non ero d'accordo con questa dissoluzione del senso intrinseco al diritto positivo in quanto tale e obiettavo che l'effettività poteva essere riscattata dall'essere una mera legittimazione del fatto compiuto ed essere letta come fondata sul valore di una stabilità necessaria alla vita umana per distendersi nel tempo e alla società per garantire la continuità nel succedersi delle generazioni. Aggiungevo anche che la concezione della scienza giuridica di Alessandro era superata anche nei fatti dall'evoluzio-

ne del diritto contemporaneo, in cui era evidente il ruolo costruttivo del giurista e del giudice nella stessa formazione del diritto positivo, che quindi non doveva essere concepito come un mondo chiuso e già compiuto. Ma non voglio soffermarmi sulle serie perplessità che suscitavano in me le tesi di Alessandro, perché ora purtroppo non potrebbe più difenderle, come faceva, con la sicurezza e il piglio del filosofo che guarda nel fondo delle cose. D'altronde il suo orientamento di pensiero poteva esibire un pedigree di tutto rispetto. Ognuno avrà riconosciuto in quest'approccio all'effettività giuridica l'orma agostiniana per cui il diritto è un male necessario e i suoi obblighi sono un mero simulacro di giustizia. Però non posso esimermi dal ricordare, in conclusione, un punto su cui – come ricordo – si chiuse la nostra discussione di allora intorno al principio di effettività.

Io obiettavo che in ultima istanza le tesi di Alessandro conducevano al primato della violenza e del potere in quanto, anche se dal diritto ci spostiamo al non diritto o al non ancora diritto, resta sempre che il senso del fenomeno è inesprimibile e inspiegabile – come diceva Gadamer – o irrimediabilmente velato, come sosteneva Heidegger. Quindi in questo spostamento di sguardo si guadagna ben poco. Certamente si denuncia la finzione della scienza giuridica, ma non si conosce la vera natura di ciò che è stato deformato nell'auto-inganno del giurista. E se dietro questo misterioso fatto dell'effettività non vi fosse altro che il volto della Gorgone o del potere? Alessandro non escludeva questa possibilità ed era questa forse la ragione dei suoi crescenti interessi per la teologia, che non significava affatto un rifugio nella fede, ma una ricerca della risposta nella teodicea che riflette sull'immenso mistero del male. Per Alessandro solo il fondo del barile aveva importanza, tutto il resto era parvenza ingannevole.