



BALDASSARE PASTORE
FRANCESCO VIOLA
GIUSEPPE ZACCARIA

Le ragioni del diritto

il Mulino

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it

ISBN 978-88-15-27222-5

Copyright © 2017 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito **www.mulino.it/edizioni/fotocopie**

Redazione e produzione: Edimill srl - www.edimill.it

Indice

| | |
|---|-----------|
| Prefazione | 7 |
| <hr/> | |
| I. Le funzioni del diritto | 11 |
| 1. La conoscenza del diritto | 11 |
| 2. L'approccio filosofico al diritto | 13 |
| 3. Le regole giuridiche | 16 |
| 4. La sanzione giuridica | 24 |
| 5. Istituzioni e procedure giuridiche | 28 |
| 6. L'azione giuridica | 34 |
| 7. Coordinazione e cooperazione | 41 |
| 8. Cooperazione e conflitto | 48 |
| 9. Perché abbiamo bisogno del diritto? | 55 |
| ■ Temi principali e riferimenti bibliografici | 58 |
| <hr/> | |
| II. I fini e i valori del diritto | 71 |
| 1. La giustizia in generale | 71 |
| 2. Le forme della giustizia | 82 |
| 3. I diritti in generale | 87 |
| 4. I diritti umani | 94 |
| 5. La tradizione del diritto naturale | 103 |
| 6. Il diritto naturale nel tempo della secolarizzazione | 112 |
| 7. Il diritto naturale nel tempo del pluralismo | 117 |
| ■ Temi principali e riferimenti bibliografici | 125 |

| | |
|---|------------|
| III. I mezzi e gli strumenti | 147 |
| 1. L'autorità: giustificazione e legittimità | 147 |
| 2. Il concetto giuridico di autorità | 157 |
| 3. Diritto e politica | 164 |
| 4. Ordinamento e sistema giuridico | 170 |
| 5. Le fonti del diritto positivo | 174 |
| 6. Le forme dell'organizzazione giuridica: Stato di diritto, costituzionalismo, Stato sociale, comunità internazionale | 189 |
| ■ Temi principali e riferimenti bibliografici | 209 |

| | |
|--|------------|
| IV. Le pratiche giuridiche | 221 |
| 1. Il diritto come pratica sociale interpretativa | 221 |
| 2. Il diritto consuetudinario come pratica giuridica | 223 |
| 3. L'interpretazione come attività | 227 |
| 4. Interpretazione e argomentazione | 238 |
| 5. Il ragionamento giuridico | 244 |
| 6. La giurisprudenza | 249 |
| 7. La concezione ermeneutica del diritto | 258 |
| ■ Temi principali e riferimenti bibliografici | 266 |

| | |
|--|------------|
| V. Le trasformazioni del diritto | 279 |
| 1. La complessità della rete | 279 |
| 2. Il <i>soft law</i> | 287 |
| 3. Verso una giuridicità graduata | 291 |
| 4. Lo spazio giuridico globale | 296 |
| 5. Espansione giudiziaria e dialogo tra le corti | 301 |
| 6. Ritorno dello Stato? | 312 |
| 7. L'unità di senso del diritto | 317 |
| ■ Temi principali e riferimenti bibliografici | 320 |

| | |
|------------------------|------------|
| Indice dei nomi | 333 |
|------------------------|------------|

Prefazione

Il presupposto generale di questo libro, di cui si propone una nuova edizione aggiornata e ampliata, è che ogni opera umana ha le sue ragioni e che queste riguardano il suo senso. La loro comprensione è necessaria per definire un campo della vita pratica e per riconoscerne i percorsi all'interno della complessità dell'agire umano. Al contempo bisogna stare attenti a non trattare le distinzioni come se fossero separazioni e i concetti come se fossero concezioni. Il risultato sarebbe quello di cadere nell'astrattezza, cosa particolarmente esiziale per la filosofia pratica, essendo ogni azione particolare e contingente. Anche il diritto ha le sue ragioni, non sempre nobili e accettabili, ma comunque sempre degne di essere prese in considerazione. Bisogna cercarle nelle pieghe dell'esigenza generale di dare ordine e sicurezza alla vita sociale, sottoponendo l'esercizio del potere pubblico e privato a vincoli di vario genere. Quest'impresa di ordinamento e di contenimento può essere compiuta in diversi modi, alcuni dei quali non sono rispettosi della dignità delle persone e delle loro legittime aspettative. Pertanto, la riflessione sull'esperienza giuridica ha come obiettivo principale un'opera incessante di autocorrezione, affinché il diritto sia come deve essere. Ma ciò esige che si conoscano le modalità proprie dell'agire giuridico e le sue finalità generali.

È compito di questo libro perlustrare queste basi elementari del sapere giuridico, rendendole nella misura del possibile accessibili a coloro che si accostano per la prima volta allo studio del diritto. L'intento generale è quello di permettere un approccio al modo in cui il diritto opera realmente, anche a costo di sacrificare l'approfondimento delle nozioni giuridiche fondamentali, perché il diritto è alla fin dei conti una prassi e non già un castello di norme o di concetti.

Il **capitolo 1** si occupa delle ragioni per cui la vita associata ha bisogno anche del diritto. Non si tratterà soltanto di riconoscere funzioni che solo il diritto può svolgere, ma anche e soprattutto di sottolineare il modo peculiare in cui

il diritto opera nel perseguimento di obiettivi che sono propri anche degli altri ambiti della vita pratica.

Nel **capitolo 2** ci si interrogherà sui beni e sui valori che solo il diritto permette di realizzare nella vita associata. Queste finalità sono intese come interne al diritto positivo e costitutive della sua ragion d'essere, rigettando con ciò tutte quelle concezioni che vedono nel diritto una mera tecnica di controllo o di direzione sociale. Se così fosse, resterebbero inevase le domande: «controllo, a che fine?» e «direzione, verso dove?». Questi sono interrogativi di cui il diritto non può lavarsi le mani.

Il **capitolo 3** è dedicato alle modalità strutturali e storiche proprie del diritto positivo. L'evoluzione dei sistemi giuridici permette facilmente di distinguere alcune istanze persistenti – che rendono utile per noi l'apprendimento dell'esperienza giuridica di un passato anche molto lontano – dagli assetti giuridici contingenti – segnati dalle circostanze storiche e culturali. Tuttavia possiamo renderci meglio consapevoli delle prime solo prendendo coscienza del modo di operare del diritto positivo del nostro tempo e imparando a discernere come il diritto cerca di perfezionare il suo intervento nella vita associata e di adattarlo incessantemente alle mutevoli circostanze.

Nel **capitolo 4** si getta uno sguardo al modo stesso di operare del diritto in quanto pratica sociale interpretativa e argomentativa. Qui si riuniscono tutti i temi che per necessità analitica sono stati presentati nei capitoli precedenti, cioè le funzioni, i fini, i mezzi e gli strumenti del diritto. Qui essi perdono la loro precisa delimitazione e vengono osservati in quanto appartenenti ad un unico flusso d'azione che è diretto alla determinazione della regola giuridica propria del caso concreto, poiché questa e non altra è l'impresa del diritto. Infine, il **capitolo 5** tratta delle trasformazioni del diritto contemporaneo, che diventa sempre più complesso; si articola in plessi normativi interdipendenti, che vedono protagonisti diversi soggetti (nazionali, sovranazionali, internazionali, transnazionali); si caratterizza per la proliferazione di nuove fonti di produzione giuridica. Queste ridisegnano le forme in cui il diritto oggi trova espressione, ne ridefiniscono la struttura, segnano l'emergere di differenti modalità di regolamentazione. Tutto ciò si ripercuote su molte delle categorie concettuali utilizzate, negli ultimi due secoli, dalla cultura giuridica.

Alla fine di ogni capitolo si troverà una bibliografia relativa ai temi di volta in volta affrontati all'interno dei singoli paragrafi. L'elencazione di tali temi serve anche da schema generale dei vari paragrafi e come tale permette di seguire meglio lo sviluppo del discorso.

I testi citati sono funzionali al percorso teorico seguito e, quindi, sono elencati in quest'ordine e non già secondo la loro rilevanza. La bibliografia non ha alcuna pretesa di completezza, anche perché si è cercato di ridurre al minimo i testi non reperibili in lingua italiana. L'intento principale della bibliografia è quello di poter essere usata per costruire un percorso personalizzato di studio al fine di approfondire un tema specifico del testo.

Questo libro non ha un taglio storico, ma teorico. Tuttavia – com'è comprensibile – sono stati necessari richiami al pensiero filosofico generale e alla storia

del pensiero giuridico e del pensiero politico. Se essi non sono soddisfacenti o se si desiderano ulteriori chiarimenti, è consigliabile consultare la mirabile *Storia della filosofia del diritto* di Guido Fassò (3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2015), a cui qui si rinvia una volta per tutte.

I capitoli 1 e 2 sono stati scritti da Francesco Viola, i capitoli 3 e 4 da Giuseppe Zaccaria, il capitolo 5 da Baldassare Pastore. Cionondimeno, tutti e tre gli autori si assumono, nel bene e nel male, la responsabilità di ciò che è contenuto in tutto il libro.

è giustificato dalla difesa nei confronti dell'intolleranza e dalla protezione delle condizioni necessarie per un discorso pubblico quanto più inclusivo. E tuttavia – come vedremo – l'indeterminatezza delle regole giuridiche, specie a proposito dei valori costituzionali essenziali, pone questioni di verità a cui il diritto stesso non può sottrarsi.

Cooperazione e conflitto sono tra loro così strettamente connessi che l'una presuppone l'altro e questo richiede la prima. D'altronde anche per litigare bisogna avere qualcosa in comune, fosse soltanto la stessa lingua o comunque la comprensione di segni inequivocabili (il che è già molto più di quanto si creda). Il diritto affronta a suo modo la cooperazione e il conflitto e il suo intervento è necessario, anche se non sufficiente.

9. PERCHÉ ABBIAMO BISOGNO DEL DIRITTO?

È ora opportuno raccogliere in modo molto sintetico le acquisizioni concettuali finora conseguite a proposito del fenomeno giuridico.

Il diritto deve essere qualcosa di cui si ha estremo bisogno, perché a prima vista ha un aspetto arido e ingombrante: le leggi giuridiche sono ciò che di meno poetico esista e poi sono moltissime (più di 150 mila in Italia senza tener conto delle norme regionali e comunitarie), le istituzioni giuridiche sono complesse e molto burocratiche, i processi durano a lungo. Insomma molti si augurano di non incappare nella macchina del diritto per non esserne stritolati. Ci sono anche inconvenienti di carattere morale. Basti pensare che ogni legge è inevitabilmente una limitazione della nostra libertà, anche quando ci consente di fare una cosa, perché spesso impone come farla e quando farla. Più sono le leggi più è limitata la nostra libertà e questo è insopportabile. In più ci sono le pene, le sanzioni, le tasse, gli oneri e questo è molto fastidioso e deprimente. Ci sono per finire inconvenienti di carattere psicologico: il giudice e il poliziotto (forse più il giudice che il poliziotto) incutono timore e inducono a uno stato di sudditanza, non possiamo trattarli come pari. In generale la presenza dell'autorità impedisce di considerare la società come una società di eguali. Insomma, ci devono assolutamente essere ragioni molto rilevanti per aver bisogno del diritto, altrimenti ci facciamo del male senza motivo. Ci devono essere dei vantaggi tali da compensare ampiamente tali disagi. Ma quali sono questi beni che il diritto porta con sé?

Nel perlustrare questi beni bisogna distinguere quelli che sono esterni al diritto da quelli che sono interni al diritto stesso. Finora abbiamo parlato dei **beni esterni**, cioè di quelli per cui il diritto è un mezzo necessario per raggiungerli, e abbiamo esaminato gli strumenti e le modalità con cui cerca di raggiungerli. Nel prossimo capitolo tratteremo dei **beni interni**, cioè di quelli per cui il diritto è un fine in se stesso.

Dal punto di vista dei beni esterni abbiamo visto che, innanzi tutto, **il diritto promuove la socialità**, anzi rende possibile la vita sociale. Non è il caso di soffermarsi sui vantaggi che porta con sé una società ordinata. Basti pensare

che senza la cooperazione con altri non potremmo neppure sopravvivere e, a maggior ragione, neppure fiorire. È stato obiettato che nel lontano passato le società si reggevano piuttosto sulla religione o sulle regole consuetudinarie della parentela. Ciò non significa affatto che fosse assente il diritto, ma solo che nelle società arcaiche era confuso con la religione e in generale con le regole sociali. L'evoluzione sociale ha portato con sé la necessità di una specializzazione del diritto come sfera pratica autonoma, con istituzioni apposite, con un personale addetto ai lavori (legislatori, giudici, giuristi, avvocati e poliziotti) e con un linguaggio appropriato. Perché mai ciò è stato necessario?

Le risposte sono molte, indico solo quella che a mio parere è emersa come una delle più importanti: le società si sono evolute, passando dal clan familiare alla convivenza tra clan differenti e a un'inclusione della diversità sempre più allargata. Questo processo non ha fine, dura infatti fino ai nostri giorni con il fenomeno dell'immigrazione. Gente differente sotto molti punti di vista per convivere ha bisogno di un linguaggio della comunanza che non si basi sulle particolari credenze, consuetudini e modi di vivere. Quanto più avanza il pluralismo, tanto più c'è bisogno del diritto come linguaggio specializzato dell'interazione sociale. Da qui la necessità della progressiva autonomizzazione del diritto, della sua separazione (anche se relativa) dai legami personali basati sulla consanguineità, sull'amicizia, sul dono. Il diritto è un mezzo necessario per *far convivere persone estranee fra loro*. Questi estranei possono affidarsi a un linguaggio comune e così stringere rapporti rischiosi ma assicurati dal diritto. Questo linguaggio tende ad espandersi sempre più. Fin dalla sua origine il diritto romano ha avuto bisogno d'inventarsi accanto al *jus civile* il *jus gentium* e oggi accanto ai sistemi giuridici nazionali si allarga l'importanza del diritto transnazionale e internazionale. La vita sociale in tutte le sue principali direzioni ha bisogno di allargarsi sempre di più e di far ricorso a un linguaggio giuridico sempre più globale. Tuttavia il diritto, favorendo i rapporti fra estranei, a sua volta crea legami nuovi e nuove appartenenze che devono a loro volta essere oltrepassate sempre servendosi del diritto. Il diritto supera i legami formati dal diritto stesso. In questo senso il diritto ha insieme un aspetto culturale e le risorse per il suo superamento.

In quello che abbiamo detto è contenuto un altro fine per cui serve il diritto. Una delle ragioni per cui ricorriamo al diritto nella vita sociale è quella della **tutela delle aspettative** dei consociati e della continuità della vita sociale nel succedersi delle generazioni. Ogni essere umano dovrebbe poter scegliere liberamente il proprio piano di vita e cercare di realizzarlo. Ma questo non è possibile se non viene garantita la sicurezza e la stabilità nei rapporti sociali ed economici. Se contrattiamo, dobbiamo essere sicuri che gli accordi verranno onorati e le promesse mantenute. Senza la stabilità nelle proprietà nessuno potrebbe progettare il proprio futuro. La fiducia sociale non riposa sulla benevolenza degli uomini (come diceva Adam Smith: non riposa sulla generosità del fornaio o del birraio), ma sul buon funzionamento delle leggi e delle istituzioni. Abbiamo, dunque, bisogno di un sistema giuridico stabile e ben funzionante. In sintesi, possiamo dire che questo bene che il diritto as-

sicura è quello di un *ordine sociale* che comprenda tutti i profili fondamentali della vita umana: la proprietà e i contratti, la famiglia, i rapporti economici, la difesa della vita, il lavoro, per non parlare del diritto pubblico e per finire con il testamento. La distinzione tra le differenti materie giuridiche riflette ancora oggi questa antropologia di base e si è andata affinando e specializzando nel tempo. Fin dai tempi di Cicerone ciò era ben chiaro.

Se cerchiamo di osservare un po' più da vicino il concetto di ordine sociale, constatiamo che esso è molto complesso. Cosa viene messo in ordine? Ovviamente le azioni umane, ma il diritto non si occupa di tutte queste azioni. Sarebbe impossibile e, seppur tentasse di farlo, sarebbe molto invasivo. Si occupa solo delle azioni sociali, cioè di quelle che implicano una qualche relazione fra almeno due individui. Il diritto si occupa solo delle azioni che richiedono l'intervento di altri o che possono avere effetti sugli altri. Queste azioni possono essere ordinate nelle forme della mera coordinazione o in quelle della cooperazione. Questa distinzione è alla base della grande dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico, ma anch'essa è soggetta a continui mutamenti e commistioni. L'ordine sociale si realizza secondo modalità differenti e il diritto abbraccia procedimenti differenziati in ragione del fine da raggiungere. Un'ultima finalità esterna al diritto è quella della **protezione** di coloro che ad esso affidano la loro sicurezza e la loro libertà. Qualora non venissero puniti coloro che violano le regole giuridiche, allora verrebbero vanificate le ragioni per cui gli altri le osservano. La sicurezza verrebbe meno e la libertà sarebbe gravemente minacciata. Non si potrebbe più parlare di ordine giuridico. Ma ciò non significa che il diritto sia rivolto solo agli uomini cattivi o a coloro che intendono sfruttare a loro vantaggio la cooperazione sociale senza pagarne i costi. Anche gli uomini buoni, o coloro che sono almeno formalmente rispettosi delle regole giuridiche, hanno bisogno del diritto, perché non c'è un solo modo corretto di fare le cose e allora sono necessarie direttive comuni. L'ordine deve essere difeso sia dai comportamenti antisociali sia dai comportamenti disordinati.

Finora ci siamo occupati dei beni o dei vantaggi che il diritto permette di raggiungere, ma che sono esterni ad esso. I fini per cui si contrae interessano normalmente i singoli contraenti e i fini delle azioni cooperative interessano normalmente la società civile e la politica. Ma ora è venuto il momento di chiedersi se vi sono beni interni al diritto stesso ovvero valori giuridici che siano degni di essere perseguiti per se stessi.

Questo interrogativo è importante e decisivo, perché le finalità della coordinazione e della cooperazione si possono perseguire anche in altri modi, non di rado più efficaci del diritto. Anche la politica, la religione e l'economia si occupano della coordinazione delle azioni sociali. Dunque, queste finalità non sono strettamente proprie del diritto. Se dovessimo limitarci a scegliere quel modo che sia più utile ed efficace, allora non sempre il diritto sarebbe prescelto. Si preferisce a volte comporre le liti con altri mezzi (tra cui quello mafioso). Le società arcaiche erano più ordinate delle nostre. Alcuni hanno pensato, e altri ancora coltivano questa speranza, che il diritto scomparirà

nelle società tecnologicamente evolute. I robot sono ben più imparziali di giudici emotivi. Per ora debbo dire che non ci sono segni di questo genere, anzi il diritto aumenta la sua influenza. Allora, perché non solo abbiamo, ma avremo sempre più bisogno del diritto? La risposta è semplice: perché non solo è importante raggiungere certi risultati, ma raggiungerli in un certo modo e non già a ogni costo.

Abbiamo bisogno di un ordine sociale, ma non di qualsiasi ordine possibile. Anche nel campo di concentramento c'è molto ordine, ma non desidereremmo mai che quello sociale fosse tale. Non cerchiamo l'ordine a tutti i costi, ma un ordine che sia *giusto*. Eccoci, dunque, arrivati al bene interno del diritto, cioè a quello della giustizia. La finalità primaria del diritto non è quella dell'efficacia, ma, se deve scegliere tra questa e la giustizia, preferisce la seconda. Così soltanto si può spiegare la complessità delle procedure giuridiche e il moltiplicarsi delle garanzie, delle sanzioni e delle stesse regole. È vero, spesso si esagera, permettendo il proliferare degli azzeccarbugli, e dello sfruttamento delle regole giuridiche per propri vantaggi o dell'abuso del diritto. Ma il fine non è soltanto quello di risolvere in qualsiasi modo le questioni giuridiche, ma di farlo in modo giusto. Quest'istanza pervade tutto il diritto, è presente nelle regole e nella loro applicazione. Il giudice ha il compito di decidere chi ha ragione e chi ha torto e non soltanto di mettere fine a una lite comunque sia. Con questo non voglio assolutamente dire che il diritto sia giusto per definizione, ma soltanto che percepiamo come un suo grave difetto quello di essere ingiusto. Il diritto propriamente contiene nel suo stesso concetto una promessa di giustizia, purtroppo spesso non mantenuta.

È ben difficile tenere sempre presente negli studi giuridici questo valore centrale del diritto; è facile smarrirlo e dimenticarlo, travolti dai meccanismi di una tecnica. Ma solo ricordandosene sempre si potrà sopportare l'arido tecnicismo degli studi giuridici e anche comprenderne il senso. La giustizia è un valore appassionante, ma si deve perseguire con molta costanza e fatica. Dobbiamo, pertanto, gettare ora uno sguardo sul valore giuridico della giustizia.

TEMI PRINCIPALI E RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

1. La conoscenza del diritto

► SCIENZA GIURIDICA

N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* [1937], Milano, Giuffrè, 1962; G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto* [1958], a cura di D. Pasini, Torino, Giappichelli, 1961; J.H. VON KIRCHMAN ed E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, trad. it. di P. Frezza e A. Baratta, Milano, Giuffrè, 1964; K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, trad. it. parziale a cura di S. Ventura, Milano, Giuffrè, 1966; E. LASK *et al.*, *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1989; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967; G. TARELLO, *Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi*, in «Rivista internazionale di