

FRANCESCO VIOLA*

DALLA FILOSOFIA DEL DIRITTO ALLA FILOSOFIA PER IL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Un *enfant terrible*. – 2. Il sospetto e la meraviglia. – 3. Il compatibilismo. – 4. Il primato dell'effettività. – 5. Il giurista perfetto.

1. Un *enfant terrible*

Poiché sono stato invitato a rendere omaggio al pensiero di Luigi Lombardi Vallauri, non posso parlarne male e anzi ci si aspetta che ne parli bene. D'altronde sento in me una forte propensione che va proprio in questa direzione e non vedo perché non dovrei assecondarla.

Ho sempre considerato Luigi Lombardi come l'ultimo dei Mohicani, cioè come il più giovane tra i membri di quella piccola tribù costituita dai nostri grandi Maestri della filosofia del diritto italiana del secondo dopoguerra. Se vogliamo ricordare solo il gruppo di testa, penso a studiosi quali Norberto Bobbio, Amedeo G. Conte, Sergio Cotta, Enrico Opocher, Renato Treves, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello. La loro rilevanza non consiste tanto o soltanto nelle tesi sostenute o nelle concezioni sviluppate, quanto piuttosto nell'aver determinato quali sono i temi principali nell'ambito della filosofia e della teoria del diritto e nell'aver indicato quali sono gli approcci e i metodi a tal fine più adeguati, condizionando così i nostri discorsi sul diritto. Sotto questo aspetto la loro influenza travalica la divisione delle scuole e si estende fino ai nostri giorni, nel bene come nel male, perché le eredità se da una parte arricchiscono, dall'altra possono costituire un condizionamento che impedisce di vedere le cose nuove, di essere creativi, di esplorare nuovi sentieri di ricerca

* Professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

nel campo filosofico-giuridico strettamente inteso. Ma di questo non sono certamente loro ad essere responsabili.

Oggi in Italia le ricerche filosofico-giuridiche si possono distinguere in due gruppi che si sviluppano in senso parallelo, cioè non convergente. Da una parte vi sono nuovi filoni di ricerca quali, ad esempio, quelli della bioetica e delle biotecnologie, dell'ecologia, dell'informatica giuridica, della deontologia professionale, dei rapporti fra diritto e letteratura, e più in generale dei diritti umani. Dall'altra, vengono rivisitati i temi tradizionali della teoria del diritto (ora con una maggiore attenzione al costituzionalismo) e, in minor misura, quelli più strettamente filosofici. Ma non si può ancora dire che il primo gruppo di ricerche conduca ad un rinnovamento della riflessione sul concetto di diritto, che è alla resa dei conti la ragion d'essere dei nostri studi, né per converso si può dire che il secondo gruppo di ricerche sia di rilevante utilità per le altre. Il meno che si possa dire è che nella filosofia del diritto italiana del nostro tempo è presente un certo strabismo o una carente messa a fuoco. Dico questo perché credo che una rilettura degli scritti di Lombardi possa aiutare a trovare la strada per superare questa divisione.

Ho conosciuto Luigi durante il nostro X Convegno nazionale, che si tenne a Bari nell'ottobre del 1974. Uno dei temi in discussione era quello del «diritto come ordinamento». I due relatori erano entrambi giovani filosofi del diritto, Luigi Lombardi di poco più giovane del quarantenne Giovanni Tarello. La loro designazione da parte del direttivo della «Società italiana di filosofia giuridica e politica», come allora si chiamava, era già di per sé significativa, perché specie a quell'epoca la scelta dei relatori avveniva all'interno di una cerchia ristretta di professori ordinari già ben noti e affermati.

I due giovani relatori, appartenenti a contrapposte correnti di pensiero, avevano ciononostante in comune una tendenza insopprimibile alla provocazione e alla critica graffiante che segnava, pur se non esattamente allo stesso modo, la loro personalità scientifica. Tarello già apparteneva alla neonata Scuola analitica di filosofia del diritto, che si andava raccogliendo intorno a Bobbio e a Scarpelli, ma non tollerava certamente alcuna disciplina di scuola e si muoveva in piena autonomia. Lombardi, pur essendo in qualche modo vicino a Sergio Cotta, non si poteva dire che per la sua formazione di studioso a rigore appartenesse alla sua Scuola. Era il classico «cane sciolto», se posso usare quest'espressione che sicuramente Lombardi prenderà

come un complimento essendo un ben noto animalista. In realtà egli faceva confluire nella riflessione filosofico-giuridica la sua formazione pregressa di studioso del diritto romano e di storia del diritto. Il risultato era quello di un approccio alla filosofia del diritto del tutto inusuale rispetto a quelli correnti segnati o dalla riflessione puramente filosofica o da quella puramente metascientifica. Pertanto, veniva considerato dai *seniores* come un *enfant terrible*, come un eterodosso rispetto a tutte le possibili ortodossie e come del tutto incurante dei vincoli posti dalla tradizione degli studi filosofico-giuridici. Non si può dire che a Luigi dispiacesse di essere considerato così, anzi ne era contento e faceva di tutto per rafforzare questa sua rappresentazione sociale, riuscendovi perfettamente.

2. Il sospetto e la meraviglia

Se si confrontano le due relazioni sull'ordinamento giuridico, si potrà capire meglio l'originalità dell'approccio di Lombardi. La relazione di Tarello, dopo un'introduzione dedicata all'uso della locuzione «ordinamento giuridico» in alcune lingue europee, così come si addice ad un filosofo analitico, esamina di seguito la dottrina di Santi Romano e quella di Hans Kelsen per finire con l'analisi di tale concetto nella teoria generale italiana. Dal contesto si capisce chiaramente che egli non parla dell'ordinamento giuridico come tale o del diritto come ordinamento, ma di ciò che s'è pensato a tal proposito, cioè delle teorie che si sono elaborate a questo riguardo. Conseguentemente, Tarello s'impegna in un'analisi interna di queste teorie, mettendone acutamente in luce le eventuali difficoltà interne legate all'uso ambiguo del linguaggio e soprattutto il loro carattere ideologico volto ad occultare lacune, fratture, antinomie e incompiutezze del diritto positivo al fine di salvarlo, autonomizzandolo dai contesti storico-politici di provenienza ora in crisi. La conclusione è che la locuzione «ordinamento giuridico» è una tecnicizzazione «sorretta da una forte carica ideologica», che è preferibile abbandonare come tale per tornare all'uso ordinario (cioè non tecnicizzato) dell'espressione, che però è meglio usare il meno possibile. La relazione di Lombardi va in tutt'altra direzione, nonostante qualche punto di contatto.

Per esprimere in poche parole questa differenza di approcci, posso dire che, mentre Tarello vedeva le teorie dell'ordi-

namento come costruzioni ideali che nascondevano la realtà del diritto o la manipolavano per fini ideologici, Lombardi le criticava in quanto defettive o riduttive, cioè incapaci di cogliere non solo tutti gli elementi costitutivi del diritto come ordinamento, ma soprattutto di mettere a fuoco il suo dinamismo interno. Il discorso di Tarello era una critica puramente epistemologica del diritto come ordinamento, mentre quello di Lombardi era una critica prettamente ontologica delle teorie dell'ordinamento giuridico. Conseguentemente, Tarello era sospettosamente scettico nei confronti dell'ontologia del diritto e Lombardi era diffidente nei confronti dell'epistemologia giuridica o, comunque, la subordinava al primato dell'ontologia. Questa mi sembra ancora oggi la caratteristica fondamentale della filosofia del diritto di Luigi Lombardi (ed in generale di tutta la sua personalità scientifica ed umana), cioè l'attrazione per l'essere del diritto in tutta la varietà e la molteplicità delle sue forme o, più in generale, per la realtà delle cose così come esse possono essere colte da uno sguardo puramente contemplativo ben più propenso alla meraviglia che al sospetto. Ciò vale per tutte le forme dell'essere, dagli enti naturali a quelli di ragione, e quindi anche per quelle forme del reale che hanno un'esistenza culturale e storica, com'è propriamente il diritto. In questi casi la consistenza ontologica dipende dalla presenza di costanti storiche che permettono d'identificare mediante il suo *logos* una realtà culturale, nonostante la sua continua trasformazione dalle sue forme più arcaiche a quelle più evolute. Non si può dire che dietro quest'approccio vi sia una ben precisa concezione filosofica se non un vago realismo metafisico, probabilmente una traccia remota di quella filosofia scolastica che Lombardi aveva avuto modo di conoscere nei suoi studi giovanili presso l'Università Gregoriana, ovviamente trasferita ai fatti della storia a cui quella filosofia era notoriamente insensibile. Comunque sia, resta il fatto che i fenomeni storici e sociali, come quelli naturali, possono essere identificati e qualificati solo se hanno qualcosa di rilevante in comune di carattere strutturale e funzionale. Tra storia del diritto e definizione di diritto v'è, pertanto, una circolarità continua in quanto ognuna si alimenta dell'altra per giustificare se stessa.

Articolerò queste brevi riflessioni intorno a tre domande: 1) se e in che senso la definizione lombardiana del diritto possa essere considerata come una vera e propria teoria del diritto; 2) se la teoria lombardiana dell'esistenza del diritto sia

soddisfacente; 3) se e in che senso la teoria lombardiana della scienza giuridica sia integrabile nella teoria ontologica.

3. Il compatibilismo

Se ora prendiamo in considerazione la definizione del diritto che incontriamo nel *Corso di filosofia del diritto*¹ e a cui direttamente si rivolgono tutte queste mie osservazioni, notiamo subito che essa non è proposta come assoluta, cioè valevole per tutte le formazioni giuridiche in tutti i tempi, ma è ritagliata in riferimento al diritto statale, cioè alla forma dello Stato di diritto che è quella propria della nostra civiltà giuridica. Tuttavia questa definizione circostanziata contiene non solo elementi costitutivi che sono in qualche modo propri di tutte le altre definizioni circostanziate del diritto, ma anche l'esigenza di un dinamismo interno che è propria della pratica giuridica di tutti i tempi.

Il punto di partenza si trova – come abbiamo già visto – nella constatazione elementare, ma irrinunciabile, del carattere ordinamentale del diritto, il cui ruolo è quello di rendere possibile la vita associata, organizzandola in modo da consolidare un corpo sociale. Si tratta ovviamente dell'antica massima: *ubi societas, ibi ius; ubi ius, ibi societas*². Ma ciò che è rilevante è il modo in cui il diritto dispiega la sua forza organizzativa e a quale fine. Il modo è quello della produzione di norme di condotta e di struttura, che a loro volta istituiscono organi di applicazione per rendere effettive le norme prodotte. Tuttavia questi organi di fatto partecipano al processo di produzione normativa nel senso che alla fin dei conti sono da considerarsi norme giuridiche tutte quelle che questi organi «ritengono» applicabili. I fini di questa complessa macchina normativa sono quelli del rispetto o della realizzazione di alcuni valori fondamentali, poiché anche la stessa esistenza di un corpo sociale non può di per sé considerarsi come il fine ultimo del diritto.

Salta agli occhi il carattere ampio di questa definizione, diremmo anzi «pleromatico» per usare un termine caro a Luigi. È una grande rete che non vuole lasciarsi sfuggire niente di irriducibile ad altri aspetti dell'esperienza giuridica. È una perlustra-

¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 120.

² *Ibid.*, p. 125.

zione di come vanno le cose sul piano struttural-funzionale e non già il tentativo riduzionistico d'individuare ciò che è strettamente ed esclusivamente specifico del diritto e neppure una prospettazione di come le cose dovrebbero andare nel diritto. Proprio sulla base dell'ampiezza di questa definizione del diritto Lombardi può facilmente mostrare com'essa inglobi in sé tutte le principali teorie del diritto, valorizzando la loro anima di verità ed emendandole dalla deriva riduzionistica. In questa luce le differenti teorie, ben lungi dal contrapporsi e dall'escludersi mutuamente, si pongono in relazione dialettica o, comunque, diventano compatibili.

L'asse portante è costituito – come già s'è notato – dalla congiunzione fra il normativismo kelseniano-bobbiano e l'istituzionalismo romaniano con la conseguente tensione dialettica fra validità formale ed effettività della norma, che, ben lungi dall'escludersi, si sostengono l'una con l'altra. Le altre teorie, tra cui anche quella sanzionatoria, hanno in realtà la parte di comparse incapaci di giocare il ruolo di protagoniste³.

Una definizione del diritto può essere criticamente esaminata da due punti di vista: in riferimento al suo contenuto e in riferimento al suo statuto epistemologico. Qui mi limiterò ad alcune osservazioni che riguardano solo l'analisi del secondo profilo, anche perché condivido quasi interamente il contenuto della descrizione proposta da Lombardi. Ma bisogna chiedersi quale portata concettuale essa abbia. Lombardi la considera come l'espressione di una teoria del diritto sullo stesso piano o dello stesso genere di tutte le altre e segnatamente di quelle di Hans Kelsen e di Santi Romano. Proprio su questo punto sorgono alcune perplessità.

Com'è noto, lo statuto epistemologico della «teoria del diritto», se vogliamo riferirci rigorosamente a quell'insieme di ricerche sul diritto positivo così denominate a partire dalla fine dell'Ottocento, è stato contrassegnato dall'intento di dare alla conoscenza giuridica una dimensione scientifica allo stesso modo delle scienze naturali e sociali. Ciò vuol dire che un concetto di diritto deve rispettare alcuni vincoli cognitivi se vuole soddisfare le esigenze della scientificità. Come primo requisito, esso deve riguardare il diritto com'è piuttosto che il diritto come deve essere secondo la ben nota prescrizione di Austin. Il compito deontologico o valutativo viene demandato alla filosofia del di-

³ *Ibid.*, pp. 131-143.

ritto, considerata come una forma di conoscenza non scientifica, cioè di rango inferiore. Il secondo requisito richiede l'applicazione rigorosa di un metodo scientificamente testato. Non è, infatti, la verità dei suoi asserti a costituire una scienza, ma il rigore con cui procede. A sua volta il rigore metodico risulterebbe violato non solo da un'applicazione non coerente o non conseguente del metodo scientifico, ma anche dal ricorso ad una pluralità di metodi o da una commistione fra metodi differenti.

Questi due requisiti, che rendono possibile una teoria del diritto, al fine di focalizzare o di delimitare ciò che di esso è accessibile da parte di una conoscenza scientifica producono una duplice separazione all'interno di quel campo d'indagine ancora vago e imprecisato che viene presuntivamente considerato come «diritto». La prima separazione è quella tra diritto com'è e diritto come deve essere, tra diritto come fatto e diritto come valore. La seconda separazione è quella tra ciò che del diritto è possibile conoscere in modo scientifico e ciò che sfugge alla presa cognitiva della scienza. Queste due separazioni non s'identificano, perché ciò che sfugge alla presa cognitiva della scienza non è soltanto il diritto come deve essere, ma anche tutti quei fatti che il metodo prescelto non è in grado di rilevare e che invece risulterebbero sensibili alla luce di un metodo differente. Kelsen non pensa che il metodo sociologico non sia scientifico e non possa essere applicato al diritto, ma ritiene che i fatti in grado di rilevare non siano significativi ai fini di una conoscenza del diritto in quanto tale, cioè della teoria pura del diritto. Altri pensano che il metodo normativo kelseniano oscuri la radice psicologica o sociologica della normatività giuridica. Quindi, rivolgersi alla conoscenza del diritto come fatto, dopo aver epurato la scienza giuridica dal diritto come valore, non è ancora la soluzione definitiva, perché ai fini della scelta del metodo bisogna «decidere» quali fatti sono rilevanti per il diritto e quali non lo sono. Questo discernimento non può essere compiuto dalla teoria stessa in quanto è il suo presupposto o la sua condizione di possibilità. Conseguentemente bisogna rivolgersi ad un livello superiore, che viene chiamato «metascienza» (in questo caso «metagiurisprudenza») per evitare che la tradizionale filosofia (del diritto) cacciata dalla porta rientri dalla finestra. Ma il guaio è che anche per la meta-teoria si ripropongono gli stessi problemi della teoria e così all'infinito. Bisogna uscire da questo avvita-mento su se stessi.

Un'alternativa per la teoria del diritto è quella di abbandonare la pretesa di fornire una definizione del diritto, riconoscendo più modestamente o più ragionevolmente il suo carattere settoriale legato alla inevitabile tendenza riduzionistica della scienza. Ad esempio, è senza dubbio molto istruttivo ed utile analizzare il linguaggio del legislatore come compito precipuo di una teoria del diritto, ma certamente il linguaggio del legislatore non è il diritto o non è tutto il diritto, anche se concorre in qualche misura a dar forma ad esso. Una teoria del diritto settoriale deve riconoscere di aver rinunciato alla pretesa delle sue origini, cioè quella di elaborare un concetto di diritto, sostituendosi alla tradizionale filosofia del diritto. La mia conclusione è che il diritto positivo nel suo complesso non è cosa di cui può darsi un concetto «scientifico».

Dopo questa lunga digressione è venuto il momento di chiedersi se e in che senso quella di Lombardi può essere considerata una teoria del diritto. Appare evidente che essa non appartiene a questo filone di pensiero, che ha preso l'avvio nel 1874 con Adolf Merkel e si prolunga per la verità un po' stentatamente fino ai nostri tempi. Non vi appartiene non già perché abbia un carattere deontologico, poiché – come abbiamo già notato – è diretta a cogliere la dimensione ontologica del diritto, il suo essere e la sua esistenza. Anche il riferimento ad imprecisati valori fondamentali come parte integrante di questa definizione del diritto è volutamente generico ed è pienamente compatibile con la definizione kelseniana del diritto come tecnica sociale e con quella romaniana del diritto come organizzazione, cioè del diritto come mezzo per fini che comunque devono avere una qualche importanza o essere ritenuti tali.

Ciò che rende del tutto eterogenea la teoria lombardiana del diritto rispetto alle teorie scientifiche del diritto di cui abbiamo parlato è proprio il suo carattere pleromatico che conduce a far ricorso ad una pluralità di metodi per registrare fatti di tipo diverso. Organizzazione sociale, produzione di norme, applicazione di norme che ridefinisce il parco normativo, realizzazione di valori, da una parte, e dall'altra il concorso del metodo normativo, sociologico, psicologico e teleologico. Ve n'è più che a sufficienza per far inorridire un seguace della teoria pura del diritto ed anche per lasciare a bocca asciutta coloro che esigono dalle teorie il rispetto del rigore analitico. «Pleromatico» non vuol dire «analitico», ma neppure «sintetico». Per questo anche i filosofi del diritto restano a bocca asciutta e Lombardi deve far

fronte ad un fuoco incrociato, di cui per la verità ben poco si cura. «Pleromatico» vuol dire «inclusivo» o «non esclusivo», forse più esattamente si dovrebbe parlare di «compatibilismo» che è una tendenza generale del pensiero di Lombardi sensibile al contempo al giuspositivismo e al giusnaturalismo, ai fatti e ai valori, al misticismo spiritualistico e al realismo materialistico e, comunque, insofferente nei confronti delle rigide dicotomie della modernità. Lombardi sa bene che il compatibilismo richiede di essere controllato da un metodo dialettico e di essere, di volta in volta, ben circoscritto, altrimenti rischia di essere tanto ospitale quanto l'arca di Noè. Ma padroneggiare il compatibilismo è cosa ben difficile e non sempre ha successo.

Bisogna infatti riconoscere che nella definizione di Lombardi la recezione della teoria kelseniana e di quella romaniana non va oltre i loro aspetti più esteriori in cui sono certamente compatibili, mentre non lo sono proprio per quanto riguarda il loro assetto teorico. È facile osservare che una teoria dell'ordinamento include in sé una teoria della norma, ma non si può dire che la teoria romaniana dell'ordinamento giuridico possa includere la teoria kelseniana della norma, che non può ridursi alla distinzione fra norme di condotta e di organizzazione tra l'altro non certamente kelseniana in origine. Bisogna, dunque, constatare che in questa operazione d'inclusione delle teorie del diritto nel corpo della definizione di Lombardi esse ne risultino così trasformate da apparire irricognoscibili per quanto riguarda la loro identità teorica.

Non credo, pertanto, che la definizione lombardiana del diritto possa essere considerata né come una teoria delle teorie del diritto né come una teoria del diritto nel senso già detto. Aggiungo anche che è meglio così. Infatti, non è scritto nel cielo che la teoria del diritto debba essere necessariamente concepita come sostitutiva della filosofia del diritto o alternativa a questa, a meno di non abbracciare lo scientismo che è una metafisica ben poco adatta alla comprensione del diritto.

Ed allora come dobbiamo considerare la definizione del diritto di Lombardi? Credo che non sia propriamente una definizione, ma una «descrizione» dell'ordinamento giuridico in cui vengono evidenziati gli elementi costitutivi e ricorrenti dell'esperienza giuridica: le norme, la finalità sociale, i processi di applicazione. Si tratta di una buona base per una riflessione filosofico-giuridica e per una o più teorie del diritto, ma nulla di più. In ogni caso dubito che si possa considerare come propria-

mente un concetto di diritto. Non è qui che dobbiamo cercare o possiamo trovare l'apporto originale del pensiero di Lombardi.

4. Il primato dell'effettività

Un passo avanti viene compiuto con la distinzione tra l'essere del diritto e la sua esistenza. Vi sono teorie o concezioni volte a distinguere il diritto dalle altre sfere della vita pratica e teorie o concezioni volte a stabilire quando il diritto può essere considerato come vigente. Questa distinzione è meno importante di quello che sembri, perché anche la vigenza appartiene all'essere del diritto o al suo concetto in quanto non si vede che senso abbia un diritto non vigente. Potrà non essere attualmente vigente, ma sarà diritto solo se e in quanto è stato vigente in qualche momento della storia. D'altronde in ragione della sua positività il diritto è tale solo in quanto esiste o è in forza. Allora ha senso distinguere le teorie dell'esistenza da quelle dell'essere del diritto solo in quanto cambi la prospettiva dell'osservatore: dal punto di vista esterno a quello interno. Mentre il diritto vigente nel passato è cosa già compiuta e un problema chiuso (anche se non sempre del tutto), e quindi può essere oggetto di indagine storica o sociologica, quello in atto vigente è un problema aperto e in continuo divenire, sicché si richiede non solo l'individuazione di criteri d'identificazione ma anche la determinazione della loro interazione in concreto. Per questo ha rilievo il punto di vista di coloro che partecipano in qualche modo ai processi di positivizzazione del diritto perché hanno un ruolo specifico, come i giudici e i giuristi, o perché sono i destinatari ultimi delle norme giuridiche, come i semplici cittadini. In quest'ottica le teorie dell'esistenza del diritto si distinguono da quelle dell'essere del diritto anche per la presenza di una dimensione pratica che è assente nelle seconde.

A questo proposito Lombardi sviluppa una vera e propria teoria dell'esistenza del diritto, che – com'è ben noto – è felicemente sintetizzata dalla formula: «primato dell'effettività, priorità della validità»⁴. Non starò qui a discuterla, anche perché in linea di massima la condivido. Tuttavia vorrei avanzare solo due osservazioni: una riguardante il suo contenuto e l'altra relativa alla portata di questa teoria della vigenza attuale del diritto.

⁴ *Ibid.*, pp. 164 ss.

Ciò che stupisce è l'assenza nella suddetta formula di qualsiasi riferimento ai valori come fattore in qualche modo concorrente con gli altri due nel determinare l'esistenza del diritto. È vero che si nota che possono esserci valori anche nell'effettività e che sia la validità sia l'effettività hanno bisogno di un giusnaturalismo minimo⁵, ma alla fin dei conti la teoria dell'esistenza giuridica come valore non fa parte della teoria lombardiana della vigenza giuridica. Qui non si tratta ovviamente di richiamare in causa il diritto naturale inteso in senso astorico, perché vi sono anche valori storici o positivi come quelli costituzionali. Essi non possono essere ricondotti né alla validità formale di tipo kelseniano, perché riguardano il dover essere sostanziale del diritto positivo, e neppure all'effettività del realismo giuridico, perché la loro validità normativa non solo ha la priorità ma anche il primato sulla stessa effettività. Lo stupore nei confronti di quest'assenza di valori non formali nella teoria lombardiana dell'esistenza del diritto si accresce ulteriormente quanto più ci si accorge della particolare sensibilità di Lombardi per la presenza dei valori nel diritto e di veri e propri valori giuridici. Sembra che nella teoria dell'esistenza del diritto Lombardi sia particolarmente interessato ai fatti, a quelli che alla resa dei conti rendono vigente il diritto, piuttosto che alla loro giustificazione normativa in cui è ben difficile evitare il ricorso a giudizi di valore. Ma mi chiedo se una teoria del diritto possa esimersi dall'affrontare a viso aperto la questione della giustificazione normativa degli atti o fatti che rendono vigente il diritto, come d'altronde lo stesso Alf Ross ha fatto, pur se in senso causale o non normativo, con la sua teoria dell'ideologia normativa di tipo socio-psichico. Ovviamente Lombardi è ben consapevole del problema, ma – come vedremo presto – lo affronta in un altro luogo.

La seconda osservazione riguarda la reale portata di questa teoria dell'esistenza del diritto. È evidente che si tratta di una teoria generale della vigenza giuridica e, quindi, valevole in linea di principio per tutti gli ordinamenti giuridici o almeno per quelli più evoluti. Ed allora non ci sarebbe più ragione di distinguere dalle teorie dell'essere del diritto, poiché – come s'è già detto –, per il diritto positivo la distinzione tra essere ed esistenza non è possibile in quanto per definizione esso è sempre vigente, anche quando ancora non è definitivamente vigente, cioè

⁵ *Ibid.*, p. 161.

tale *tutto considerato*. Il diritto formalmente valido, infatti, è vigente anche se ancora non è diritto effettivo. La positività è un processo che condiziona e controlla l'ultima parola, quella del decisore finale che formula e applica la regola del caso concreto. D'altronde nella descrizione del diritto che abbiamo esaminato è già inclusa la problematica dell'esistenza quando si accenna alla produzione di norme a tutti i livelli, da quello della legislazione a quello della giurisdizione. Vi sarebbe, invece, un motivo per distinguere la teoria dell'esistenza da quella dell'essere del diritto qualora si adottasse per la prima il punto di vista interno dei partecipanti alla pratica giuridica che sono al contempo artefici del farsi del diritto e obbligati a rispettarlo. Anche se nella teoria di Lombardi vi sono spunti rilevanti che vanno in questa direzione (specie riguardo alla sottolineatura di quella che è chiamata «effettività dinamica»), non si può dire che essa sia elaborata dal punto di vista interno. Il suo intento è chiaramente quello di fornire i criteri per un'identificazione fattuale del diritto vigente come assetto (momentaneamente) definitivo dell'ordinamento giuridico.

5. Il giurista perfetto

L'ultimo passo, quello decisivo, è – com'è noto – quello della teoria della scienza giuridica come politica del diritto. Ovviamente considero anche questa una teoria del diritto a tutti gli effetti non solo perché l'oggetto della giurisprudenza è il diritto, ma soprattutto perché la giurisprudenza stessa è parte integrante e costitutiva del diritto, che è fatto di norme, di istituzioni, di principi e di dottrine. Parlare della giurisprudenza e parlare del diritto *in action* sono la stessa cosa. Questo è un dato di fatto di cui bisogna tener conto quando si riflette sulla scientificità della giurisprudenza. I tentativi di costruire la scienza giuridica seguendo modelli presi dalle scienze naturali o dalle scienze sociali sono gravemente fuorvianti, sia perché la scienza giuridica, a differenza di quella naturale, fa parte del suo oggetto, sia perché il fine del conoscere giuridico fa parte integrante dell'oggetto da conoscere, a differenza della scienza naturale e di quella sociale. La scienza giuridica è, dunque, una scienza normativa e pratica. Non è una riflessione *sull'azione* umana, ma *per* l'azione umana. Conseguentemente ha quel grado di scientificità che è proprio della ragion pratica, nulla di più ma

anche nulla di meno. Di tutto ciò Lombardi è pienamente consapevole, anzi io l'ho appreso anche e soprattutto dal suo splendido *Saggio sul diritto giurisprudenziale* del 1967 che continuo a considerare ancor oggi la sua opera migliore.

Secondo Lombardi il ruolo fondamentale della giurisprudenza, intesa nel suo senso più lato e riguardante sia il momento dottrinale del giurista sia quello applicativo del giudice, s'impone nei nostri sistemi giuridici per l'inevitabile incompletezza e indeterminazione del diritto positivo nei confronti della regolamentazione del caso concreto, che è la destinazione ultima del diritto e la sua stessa ragion d'essere. Il ricorso ad una logica deduttiva puramente neutrale non risolve questi problemi e, dunque, bisogna riconoscere un compito in qualche modo «creativo» della giurisprudenza. Questi sono dati di fatto, ma da questo momento in poi c'è bisogno di una deontologia del giurista, cioè di un'etica di ruolo che per definizione è questionabile. A questo proposito mi limiterò soltanto a due osservazioni critiche.

Il primo rilievo prende le mosse dal carattere chiaramente assiologico della teoria lombardiana della scienza giuridica. Qui non si dice ciò che effettivamente fanno i giuristi e i giudici, ma ciò che dovrebbero fare, quale ruolo dovrebbe svolgere la giurisprudenza nella formazione di un ordinamento giuridico. D'altronde, se dovessimo osservare i contorcimenti della dottrina e le fantasiose decisioni giudiziarie, ne vedremmo delle belle. Come direbbero i teorici analitici, quella di Lombardi è un fulgido esempio di metagiurisprudenza prescrittiva al quadrato, perché non prescrive di descrivere (come quella analitica), ma prescrive di prescrivere. Ma da parte mia non ne sono scandalizzato, perché concordo con Lombardi nel vedere nella giurisprudenza il luogo della ragione nel diritto positivo, di una ragion pratica che attraverso il ragionamento e l'argomentazione in barba ad Hume prescrive, perché sceglie in modo giustificato tra alternative giuridicamente rilevanti. Ciò che critico è il distacco di questa teoria assiologica della scienza giuridica dalla teoria ontologica dell'esistenza del diritto per assicurare a quest'ultima la sua autonomia teorica. In tal modo, infatti, si accetta implicitamente la separazione tipicamente positivista tra il diritto com'è e il diritto come deve essere, il diritto come fatto e il diritto come valore. Questa separazione fa perdere al diritto positivo in quanto tale la sua anima o la sua finalità pratica unitaria, che è quella di essere una promessa (non importa qui quanto mantenuta) di giustizia. Non dico che nella concezione

di Lombardi una riunificazione sia impossibile, ma essa richiede che non sia eliminato il valore tra i criteri dell'esistenza del diritto. Probabilmente Lombardi, come tutti noi, non è stato insensibile al fascino della teoria bobbiana del diritto. Ma, se non si salva sul piano ontologico il dover essere valorativo del diritto positivo, è ben difficile giustificare il compito assiologico della scienza giuridica.

L'ultima osservazione riguarda l'obiettivo della scienza giuridica, così com'è definito da Lombardi: «la formulazione del migliore diritto possibile»⁶, espressione insieme felice ed ambigua. Se ci si chiede: migliore rispetto a che cosa?, la risposta viene subito dopo quando si definisce la giurisprudenza come «la scienza della giustizia positiva (o positivizzabile)»⁷. Tutto ciò solleva problemi enormi, perché anche un cognitivista etico, qual è Lombardi, deve riconoscere che di fatto le opinioni sulla giustizia sono molte, anzi moltissime. Il giurista dovrebbe saper discernere tra di esse quelle dotate di fondamento legale e razionale al contempo. Per questo il giurista non può limitarsi ad essere un tecnico del diritto, ma deve allargare i suoi orizzonti culturali fino al limite dell'impossibile. Se si getta un'occhiata alle competenze che Lombardi richiede al giurista, dalla filosofia politica alla filosofia generale, dalla sociologia alle scienze per approdare infine alla sapienza e all'armonia universale, il famoso giudice Ercole di Dworkin apparirà come un analfabeta. A parte queste esagerazioni, che comunque aiutano gli studenti a comprendere che niente è in linea di principio precluso al potere occhiuto del diritto, progettare una filosofia *per il diritto*, cioè un insieme di ricerche su tematiche etiche e politiche che si pongano criticamente nei confronti del diritto positivo e aiutino a cercare un diritto giusto o più giusto, mi sembra una proposta del tutto condivisibile, d'altronde già propria della tradizione anglosassone della *jurisprudence*. Gran parte della produzione scientifica di Lombardi si può catalogare come filosofia *per il diritto* fino a *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto* del 2002. Ma questa è cosa che non si può chiedere al povero giurista, al massimo si può esigere da lui che non sia soltanto un tecnico del diritto e che sappia affrontare in modo adeguato la problematica dei valori. Si può chiederla, invece, al filosofo del diritto, ma a patto che resti tale

⁶ *Ibid.*, p. 179.

⁷ *Ibid.*, p. 180.

(semmai lo è stato), cioè che non abbandoni il diritto per la filosofia pura e semplice o, peggio, per l'ideologia. Questo ridimensionamento del ruolo del giurista rispetto all'immagine del grande saggio raffigurata da Lombardi mi aiuta a comprendere meglio il punto su cui sommessamente dissento.

Giustamente Lombardi nota che il compito del giurista non riguarda soltanto il *ius conditum* ma anche il *ius condendum*, ferma restando la differenza fra una giustizia possibile e praticabile con le sole risorse interne dell'ordinamento e un diritto ideale. Tuttavia poi si dice espressamente che la distinzione fra una politica del diritto rivolta al *ius conditum* e quella rivolta al *ius condendum* è solo quantitativa e non qualitativa⁸ in quanto il *ius conditum* è sempre *condendum*. Io credo, invece, che la distinzione debba mantenersi rigorosamente qualitativa. Il dover essere interno del diritto positivo vigente non deve confondersi con il dover essere del diritto ideale, come la ricerca della giustizia praticabile è cosa ben diversa da quella rivolta alla giustizia ideale. Solo così si può riconoscere al diritto un'autonomia relativa rispetto alle altre sfere della vita pratica e si può distinguere la giustizia giuridica da quella assoluta. D'altronde il giurista non è il solo a cercare la giustizia effettivamente praticabile. Questo è compito di tutta la comunità politica. Il giurista partecipa a suo modo a questa ricerca, gettando ponti di comunicazione tra interessi contrapposti e tra differenti visioni del mondo mediante l'uso di quel linguaggio tecnico dell'interazione sociale che è il diritto e contribuendo così alla deliberazione pubblica. Forse è un compito più modesto di quello prefigurato da Lombardi, ma più realistico e più democratico.

Queste mie sono solo punture di spillo nei confronti di una elefantiaica concezione generale del diritto che – come ho già ripetutamente detto – in buona parte condivido. Una volta ho sentito Bobbio affermare che Luigi Lombardi Vallauri è un filosofo del diritto che ha l'anima. Vuol dire che pensava che non tutti i filosofi del diritto ce l'hanno. Così in quell'occasione non ebbi il coraggio di chiedergli cosa pensava di me per paura della risposta. Ma cosa in effetti Bobbio voleva dire? Penso che volesse dire che la concezione lombardiana del diritto è frutto non già della solita esteriore costruzione di concetti ma di una personale meditazione interiore, di uno sguardo ammirato e stupefatto rivolto a «questa flessibile essenza».

⁸ *Ibid.*, pp. 180 e 189.