

TEORIA E PRASSI
DELL'ESPERIENZA GIURIDICA
In ricordo di Francesco Gentile

a cura di
ALBERTO SCERBO



Edizioni Scientifiche Italiane

SCERBO, Alberto (*a cura di*)
Teoria e prassi dell'esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia
dell'Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro, Atti, Convegni, Miscellane, 62
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2021
pp. 268; 24 cm
ISBN 978-88-495-4443-5

© 2021 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

FRANCESCO VIOLA

PROSPETTIVE DELLA TEORIA DEL DIRITTO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Precomprensioni. – 3. L'approccio filosofico di fondo. – 4. Dall'epistemologia all'ontologia del diritto. – 5. Teorie del diritto e teoria del diritto. – 6. I due compiti principali della teoria del diritto. – 7. Il diritto positivo come *corpus iuris*. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*. – L'evoluzione del diritto contemporaneo impone ed esige che si rimetta in discussione l'assetto attuale della teoria giuridica senza dimenticare i suoi meriti e le sue più rilevanti acquisizioni. La scienza giuridica deve essere in grado di render conto delle nuove formazioni giuridiche e dei mutamenti nella pratica del diritto senza cedere alla tentazione del riduzionismo, che è il rifugio del conservatorismo, malattia tipica degli studiosi di diritto.

Se gettiamo appena uno sguardo sugli studi attuali di teoria del diritto, si presenta questo panorama, anche se molto sintetico e approssimativo:

1) Persistenza delle teorie giuridiche consolidate nella seconda metà del Novecento. Il modello kelseniano nel suo assetto generale è chiaramente in declino, mentre il punto di riferimento obbligato è il modello hartiano di teoria giuridica. La maggior parte delle ricerche si occupa della purificazione interna di questi modelli, anche per far fronte alle nuove forme della giuridicità, dando vita a sofisticati, ma estenuanti, dibattiti di scuola. Lo scoglio più difficile da superare è dato dal fatto che per Hart, ben più che per Kelsen, il diritto statale rappresenta la forma più compiuta di diritto positivo, mentre il diritto contemporaneo sembra andare in tutt'altra direzione.

2) Proliferazione di indagini settoriali, causate dall'estrema difficoltà di abbracciare la complessità del diritto contemporaneo e dalla necessità

* Mi scuso con l'eventuale lettore della completa assenza di note bibliografiche, che ovviamente potrebbero essere molto numerose. Nel presente scritto ho cercato di riassumere in modo lapidario alcune considerazioni che sono state sviluppate in molti miei lavori già pubblicati.

di esplorare nuove piste di ricerca (come ad esempio, diritto e informatica), o di riscoprire l'importanza di antiche piste abbandonate (penso qui ad esempio agli studi di retorica giudiziaria e forense o, più in generale, a quelli di logica giuridica legati alla rinnovata attenzione per il ragionamento giuridico).

3) Teorie ideologicamente impegnate, che sono veri e propri “movimenti” culturali (come lo era la *Scuola di diritto libero*) e sono volte a difendere e a promuovere determinati orientamenti di valore e piani di azione. Queste teorie sono frutto del post-modernismo e del crollo del puro descrittivismo. Mi riferisco alla *Economic Analysis of Law*, ai *Critical Legal Studies*, alla *Critical Race Theory* e alla *Feminist Legal Theory*, nonché anche al *Law and Literature Movement*.

Questo quadro non è confortante, perché, se da una parte la teoria giuridica in senso proprio appare vetusta e poco aggiornata, dall'altro le indagini settoriali sono ben lungi dal produrre una compiuta teoria del diritto e tanto meno quelle ideologiche.

Per queste ragioni, piuttosto che esaminare queste direzioni di pensiero giuridico, mi sembra più istruttivo ed utile cercare d'intravedere quale potrebbe essere la configurazione che dovrebbe assumere una teoria giuridica del futuro, consapevole delle profonde trasformazioni del diritto contemporaneo. Avverto che si tratta di un'opera di pura fantasia.

2. *Precomprensioni*. – Prima di affrontare questo difficile tema, premetto per onestà intellettuale che assumo alcuni presupposti che sono oggi controversi, ma che condizionano la mia esposizione. Se non si accettano questi presupposti, non si accetterà neppure il discorso da essi dipendente. A me sembrano evidenze indiscutibili, ma per altri non lo sono. Ma qui questo non può essere discusso. Le enumero in modo apodittico.

1) Una teoria giuridica che abbia come obiettivo l'esplorazione del concetto di diritto in tutta la sua pregnanza non può fare a meno di una filosofia giuridica. Pertanto, tra teoria e filosofia del diritto c'è una stretta connessione. Il discorso filosofico non ha un carattere meta-teorico, ma è interno alla teoria stessa. Non c'è teoria del diritto che non porti in se stessa un'embrionale filosofia del diritto. Ciò deriva dall'oggetto di questa teoria. C'è una filosofia che il diritto porta in se stesso. Si tratta della filosofia che può essere tratta dal diritto e che è immanente nella pratica giuridica. È questo che Ulpiano intendeva quando considerava il diritto “*vera philosophia*”. Ed allora il genitivo di “filosofia del diritto” dovrebbe essere inteso in senso possessivo.

2) La teoria giuridica non è esterna al suo oggetto, ma contribuisce a formarlo. Questo è più evidente per la scienza giuridica intesa come conoscenza dei contenuti normativi. Ma è proprio anche della teoria giuridica che partecipa alla comprensione del diritto. Il diritto non è fatto solo di norme, ma anche di istituzioni, di dottrine e di teorie giuridiche e politiche. A meno di non intendere la teoria giuridica come una descrizione di ciò che fanno i legislatori, i giudici e i giuristi, ma questa sarebbe un'indagine sociologica, per la verità molto rara. In realtà i teorici del diritto sviluppano un orientamento critico nei confronti di ciò che fanno i legislatori, i giudici e i giuristi, fino al punto di assumere un atteggiamento apertamente prescrittivo. La teoria del diritto è e deve essere "impegnata".

3) Poiché il diritto appartiene al campo delle azioni umane, la sua conoscenza è propria della ragion pratica. Non è possibile distinguere il concetto di diritto dalle ragioni per cui è bene che vi sia il diritto. Il diritto non può essere compreso a prescindere da queste ragioni e questo vale per tutte le forme della conoscenza giuridica e, quindi, anche per la teoria del diritto.

4) Aristotele ha difeso la conoscenza pratica come campo autonomo del sapere e non già come una mera applicazione della teoresi. La ragion pratica non è una teoria applicata. Non solo tra le scienze speculative e quelle pratiche c'è una differenza nell'oggetto, perché nelle seconde questo è ciò che dipende dall'uomo in quanto autore di una scelta (*proairesis*), ma soprattutto c'è anche una differenza nel modo di rapportarsi all'oggetto, che nelle seconde è quello della partecipazione a qualcosa che in qualche modo ci riguarda in ragione della comune umanità. I giudizi di valore o di rilevanza sono parte costitutiva essenziale di tale scienza e come tali né eliminabili né neutralizzabili. Una scienza è pratica quando il fine del conoscere è parte integrante dell'oggetto da conoscere, mentre nelle scienze teoretiche è proprio il contrario. Di conseguenza, anche l'uso della ragione è differente.

Secondo Aristotele un ragionamento può considerarsi "pratico" non già per il solo fatto di riguardare le azioni umane, ma propriamente quando è volto a determinare l'azione da compiere. Il ragionamento pratico ha per conclusione non già una proposizione, ma un'azione. Di conseguenza la ragion pratica non è una riflessione *sull'*azione umana, ma una riflessione *per* l'azione umana.

Nel Libro II dell'*Etica Nicomachea* Aristotele sostiene che lo scopo dell'etica è quello non già di sapere cos'è la virtù, ma di sapere come di-

venire virtuosi. A sua volta Tommaso d'Aquino, nel suo Commento (n. 255), osserva che, mentre nelle scienze speculative si cerca la causa degli effetti, nelle scienze pratiche è importante conoscere quali effetti seguano ad una causa. Allo stesso modo possiamo dire che la *jurisprudence* non è volta a conoscere cos'è il diritto, ma ad imparare a praticarlo. D'altronde, se il diritto è una pratica sociale, come io sostengo, le due cose finiscono per coincidere: una pratica si conosce praticandola.

Com'è noto, nell'ambito della giurisprudenza analitica Bentham ha distinto quella espositoria da quella censoria. Questa distinzione è stata intesa come una separazione con risultati nefasti. In realtà le due ricerche sono tra loro strettamente connesse.

5) Può darsi che l'azione di cui si tratta non sia direttamente propria del soggetto che usa la ragion pratica, ma solo da questi preparata, ponendo le condizioni dell'azione di altri, come nel caso del legislatore, quando riconosce o attribuisce diritti in astratto, o del giurista che interpreta il materiale normativo. Nella dimensione sociale e politica la ragion pratica è un'impresa cooperativa. Il diritto è un'impresa cooperativa in cui l'agire degli uni può essere compreso solo prendendo in considerazione quello degli altri. A questa cooperazione prende (o dovrebbe prendere) parte a suo modo anche il teorico del diritto quando è alla ricerca del senso generale dell'impresa giuridica. La teoria giuridica non dovrebbe essere intesa come separata dalla pratica giuridica. Quando ciò avviene, la teoria giuridica diventa un'esercitazione meramente intellettuale; per quanto pregevole possa essere, diventa irrilevante per la conoscenza pratica del diritto, che è quella propria di quest'oggetto.

3. *L'approccio filosofico di fondo.* – Ogni teoria del diritto presuppone nel teorico un orientamento filosofico di fondo, che determina non solo il metodo dell'indagine, ma anche una visione generale dell'oggetto di studio.

I due approcci filosofici di fatto ancora presenti negli studi giuridici contemporanei sono – come tutti sanno – quello analitico e quello ermeneutico. Essi hanno in comune l'attenzione per il linguaggio (*linguistic turn*). Il diritto, infatti, non solo si presenta come linguaggio, ma è linguaggio. Tuttavia differiscono profondamente per il modo di considerare il linguaggio in generale e quello giuridico in particolare.

Accennerò solo a questa differenza di carattere generale.

L'approccio analitico insegue il modello della conoscenza "oggettiva" della scienza, senza mai abbandonare del tutto le sue lontane radici

che riposano nel positivismo logico. Questa conoscenza aspira ad affrancarsi dal tempo, anche quando è diretta a conoscere cose temporali. La conoscenza analitica stessa non può pensarsi come evento o come accadere storico.

L'approccio ermeneutico, invece, è segnato dal carattere temporale della comprensione. L'uomo non vive mai esperienze atomistiche (come pensava il neopositivismo), ma sempre connessioni di significato che implicano un incessante riordinamento retrospettivo e prospettico. La coscienza ermeneutica è una coscienza storica legata ai contesti e alle circostanze. L'oggettivazione introduce una distanziamento tra il mondo in cui vive l'interprete e quello del testo. Questa frattura deve essere ricomposta nella coscienza ermeneutica attraverso il principio della fusione degli orizzonti.

L'applicazione di questi due differenti approcci alla teoria del diritto ha prodotto un progressivo avvicinamento, se non addirittura una commistione, attraverso un processo di muto apprendimento. L'approccio analitico, specie in seguito all'influenza del secondo Wittgenstein, ha preso in considerazione la rilevanza dell'intendere e del comprendere come fenomeni linguistici. L'approccio ermeneutico, se non vuole cadere nell'ineffabile e nel fabulatorio, non deve ignorare gli strumenti della filosofia analitica e i temi da essa sollevati (il problema del segno, del senso, dell'analisi proposizionale, della referenza, dei rapporti tra semantica e pragmatica, della varietà dei giochi linguistici). Ma resta il fatto che la filosofia analitica mira ad una tecnica, mentre quella ermeneutica ad un'arte.

La situazione attuale è quella di un implicito riconoscimento dell'indispensabilità di entrambi gli approcci. Resta il fatto che possiamo ancora distinguere le teorie del diritto in quelle d'ispirazione prevalentemente analitica e in quelle d'ispirazione prevalentemente ermeneutica. Gli schieramenti intransigenti, nell'uno e nell'altro campo, sono spesso dettati da atteggiamenti fideistici di scuola.

Questa distinzione delle teorie giuridiche non coincide per nulla con quella tradizionale tra giuspositivismo e giusnaturalismo. È vero che la corrente analitica tende in generale al giuspositivismo, ma non si può affermare che quella ermeneutica sia orientata verso il giusnaturalismo. Al contrario la buona dose di storicismo, che essa contiene, sembrerebbe un ostacolo in questo senso, un ostacolo difficile da superare. D'altronde, come c'è un non-positivismo analitico (Alexy), così c'è un non-positivismo ermeneutico (Esser) e, come c'è un giusnaturalismo analitico (Finnis), così c'è anche un giusnaturalismo ermeneutico (Kaufmann).

4. *Dall'epistemologia all'ontologia del diritto.* – La situazione caotica del diritto contemporaneo non permette più di affermare la priorità del metodo sull'oggetto di studio. Questo è un punto a favore dell'ermeneutica. Infatti, il metodo presuppone già che si sia selezionato l'oggetto di studio, anzi l'adozione di un metodo è già un atto di selezione dell'oggetto.

Quando questo è chiaramente individuato, come avveniva nei sistemi giuridici di diritto codificato, in cui il diritto positivo è il prodotto dell'attività legislativa e del monopolio della forza da parte dello Stato, allora il discorso sul metodo si pone nei termini dell'analisi del linguaggio del legislatore e degli altri protagonisti del diritto. Il primato del metodo era dovuto all'intento di dare un volto scientifico alla giurisprudenza e alla precomprensione del diritto nell'età della codificazione. Ma ora, in ragione della pluralità delle fonti del diritto, delle loro mobili gerarchie, delle forme plurali che il diritto positivo assume, della varietà dei soggetti che sono coinvolti, dei processi di globalizzazione bisogna ritrovare l'oggetto-diritto non già con l'obiettivo di isolarlo dagli altri fenomeni sociali alla vana ricerca di una teoria pura, ma con quello di stabilire le relazioni fra i fenomeni giuridici e quelli che gli assomigliano (*law-like*). Oggi abbondano i casi di “*pre-law*”, “*post-law*” e “*para-law*”.

L'ontologia del diritto ha un carattere relazionale. Il diritto stesso è una questione di gradi, cioè tra il diritto e il non-diritto vi sono gradi intermedi in cui le finalità e il senso del diritto si realizzano con differenti intensità nelle garanzie, nell'indeterminatezza normativa, nel peso dell'autorità e così via. Una pratica sociale si può realizzare in modo più o meno pieno. Certamente c'è un limite minimo, che è dato dalla grave violazione dei principi del *rule of law*, senza i quali il diritto diventa arbitrio. Ma, anche se la piena legalità non è soddisfatta, ciò non significa che quello che è possibile raggiungere sia da gettare via. Il diritto è un *work in progress* e ha un suo corso orientato, una volta che si accetta di entrare nella sua logica.

5. *Teorie del diritto e teoria del diritto.* – Anche la teoria del diritto si realizza a vari gradi di comprensione e di estensione. L'elaborazione di una teoria del diritto positivo (e non già di un ordinamento giuridico particolare o di norme giuridiche particolari), se vogliamo intenderla al modo di Kelsen, richiederebbe che vi sia una struttura astratta del diritto positivo capace di abbracciare la molteplicità e la diversità dei fenomeni giuridici del nostro tempo. Per difendere quest'idea si cerca di

mostrare che la diversità è apparente. Ad esempio, sostenendo che non v'è una differenza sostanziale tra regole e principi, oppure che il *soft law* è un diritto spurio. Ma il passaggio dalla piramide giuridica kelseniana alla rete giuridica non permette più di pensare il diritto in questo modo. Bisogna accettare, ad esempio, il pluralismo irriducibile delle prescrizioni giuridiche: quelle tradizionali che hanno una fattispecie ed una sanzione (come le regole), quelle che non hanno fattispecie (come i principi costituzionali) e quelle che non hanno sanzione (come il *soft law*), quelle che sono trincerate rispetto alla discrezionalità interpretativa e quelle che chiamano in causa una deliberazione dell'interprete (come le clausole generali). Nessuna di queste distinzioni ha un carattere privilegiato.

Una teoria del diritto deve essere concepita piuttosto come una carta di navigazione nel mare della giuridicità. Come si sa, le carte di navigazione sono tanto più precise quanto più ristretto è il loro raggio di applicazione e di esercizio. È pertanto comprensibile che si sviluppino teorie settoriali, che possono essere formali, nel senso di particolari aspetti del diritto (teoria delle norme, delle sanzioni, delle istituzioni giuridiche...), o in senso contenutistico, cioè nel senso di ambiti circoscritti di spazio giuridico (teoria del diritto comunitario europeo, teoria del diritto internazionale dei diritti umani, etc.), dotate di maggiore rigore analitico.

C'è da pensare che una teoria comprensiva del diritto positivo in tutta la sua articolazione attuale, ammesso che quest'obiettivo ideale sia raggiungibile, non solo è necessariamente un'opera di cooperazione fra differenti competenze, ma dovrà occuparsi di gettare ponti di comunicazione fra i differenti fenomeni giuridici. Al posto della ricerca di un'unità sorgiva di tutta la normazione giuridica, qual era la dottrina della norma fondamentale, si pone il policentrismo giuridico con le sue gerarchie mobili, ma alla ricerca di corretti criteri di comunicazione.

Una teoria giuridica del futuro dovrà portare in sé in modo consapevole la dimensione filosofica, cioè una visione generale del senso del diritto. La coordinazione sociale è pervasiva di tutta l'impresa giuridica e riguarda anche gli stessi fenomeni giuridici. Il diritto mette ordine nella vita sociale innanzi tutto facendo ordine in se stesso.

6. *I due compiti principali della teoria del diritto.* – La teoria del diritto deve assolvere a due compiti fondamentali: a) il compito descrittivo-interpretativo e b) il compito normativo-argomentativo. Essi ricor-

dano in qualche modo le due parti della tradizionale dogmatica giuridica ottocentesca: quella esegetica e quella sistematica. Ma le differenze sono maggiori delle somiglianze, perché il compito descrittivo non è meramente esegetico e quello normativo ha una forte carica giustificatoria.

(A) *Il compito descrittivo-interpretativo*

Bisogna porre particolare attenzione a questa parte preliminare della teoria del diritto, perché è quella che oggi solleva difficili problemi in ragione della complessità del diritto contemporaneo: esso rende impossibile una descrizione totale. Non resta che una perlustrazione dei modi e delle forme in cui oggi si presenta il diritto. Prima bastava esibire un codice per mostrare un testo che racchiudeva tutto il diritto positivo statale. Per la *Scuola dell'esegesi* il diritto coincideva con il codice napoleonico. Ma il superamento di questa forma di giuspositivismo legalistico non deve significare che il diritto del passato sia stato cancellato. La storia del diritto c'insegna che la cultura giuridica procede per accumulazione, anche quando ci si illude di aver dato un colpo di spugna al passato, come credeva l'illuminismo giuridico. In realtà, le nuove forme giuridiche si aggiungono a quelle del passato in modo alluvionale, ma con ciò stesso ne cambiano il senso.

Questo compito descrittivo è al contempo anche interpretativo, in quanto deve evitare l'ideologia del mero descrittivismo. In realtà nel campo dei fenomeni sociali ogni descrizione presuppone una selezione di ciò che un interprete considera rilevante, anche se deve esibire adeguate giustificazioni.

Si tratta ovviamente di evidenziare le *res novae* presenti nell'esperienza giuridica contemporanea e di individuare le tendenze o gli orientamenti che suggeriscono, nonché le problematiche che sollevano nei confronti del concetto consolidato del diritto positivo dell'ancor recente passato.

Dopo l'epoca della codificazione del diritto e quella della decodificazione, oggi i due fenomeni culturali più macroscopici da interpretare sono quello della costituzionalizzazione del diritto e della sua internazionalizzazione, mentre l'evento più rilevante è quello dell'irrompere dei diritti umani nella coscienza giuridica contemporanea. Non si tratta di dati di fatto da registrare, ma di eventi da interpretare. Una teoria giuridica è condizionata da questa interpretazione. Le teorie giuridiche differiranno fra loro per il modo di interpretare il senso di queste *res novae*. Per questo anche gli accenni che qui farò prefigureranno in realtà una determinata interpretazione.

(a) I diritti umani

La prima cosa da notare è la seguente: i diritti umani fanno derivare il potere giuridico attribuito ai soggetti dalle ragioni che abbiamo per attribuire o riconoscere i diritti, poiché il potere relativo deve essere in grado di soddisfare le finalità per cui è attribuito. Queste ragioni sono produttive di poteri giuridici. I diritti umani, in quanto attribuzioni di poteri, implicano una giustificazione teleologica. I diritti umani, quindi, richiedono di capovolgere il rapporto tra volontà e ragione.

La distinzione tra *moral rights* e *legal rights* dice che la tutela giuridica ha la sua giustificazione ultima o il suo fondamento non già nella volontà del sovrano, ma nello statuto morale del soggetto. Il fatto che gli individui e i gruppi abbiano a disposizione certe forme di tutela non è il fondamento dei loro diritti, ma semmai il segno del riconoscimento che i beni in questione sono di tale importanza che sarebbe un torto grave negarli alla persona. Non *ubi remedium ibi ius*, ma *ubi ius ibi remedium*. Ciò significa che sono chiamate in causa fonti del diritto extra-giuridiche per giustificare e interpretare le fonti giuridiche “ufficiali” e che la stessa scienza giuridica deve guardare alle une e alle altre per comprendere il suo oggetto.

La positività dei diritti umani, che li distingue nettamente dai diritti naturali del giusnaturalismo moderno, sin dal primo atto di *soft law*, qual è la *Dichiarazione universale* del 1948, è il punto di arrivo dell’argomentazione che li giustifica e che l’interpretazione è chiamata a ripercorrere e a ricostruire. Questa argomentazione rende inevitabile l’ingresso di problematiche etiche all’interno del diritto positivo. Di conseguenza i dibattiti sulla connessione o sulla separazione fra diritto e morale diventano obsoleti e in pratica ben poco utili. La questione reale non è quella della contaminazione morale del diritto, perché questa è sotto gli occhi di tutti quelli che vogliono vedere, ma del modo in cui si sviluppa e dei metodi con cui deve essere gestita.

(b) Costituzionalizzazione del diritto

Non si tratta soltanto di segnalare la rilevanza giuridica delle Costituzioni del nostro tempo, ma di registrare la loro pretesa di informare di sé tutto il diritto positivo. Per questo è bene parlare di “processi di costituzionalizzazione”.

La legge costituzionale è formulata come un insieme di principi. Non si tratta semplicemente dell’aggiunta di un gradino superiore alla tradizionale gerarchia delle fonti del diritto, ma di una nuova forma di legge, che in ragione della sua priorità fa balzare i principi costituzionali dal

ruolo subordinato e derivato dei principi giuridici tradizionali al ruolo trainante di tutto il sistema giuridico.

Con la costituzionalizzazione del diritto la pratica dei principi è divenuta da sussidiaria chiaramente prioritaria. I principi costituzionali sono del tutto diversi dai *principia iuris* del diritto romano, dalle *regulae iuris* del diritto comune e dai principi generali del diritto della dogmatica giuridica e sono la traduzione giuridica di valori fondamentali. Il loro compito è quello di urbanizzare i valori. I valori presi in se stessi sono tiranni e secondo il politeismo weberiano confliggono tra loro come gli dei greci. I principi costituzionali aspirano a renderli praticabili in contesti sociali.

La costituzionalizzazione dei principi, pertanto, presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica. Tutto il contrario della codificazione che vede la regola come già confezionata prima della sua applicazione. Pertanto i giudici e i giuristi, e con loro la scienza giuridica, sono chiamati a contribuire alla formazione della regola, mentre il modello napoleonico di giurista è come la nottola di Minerva che si leva in volo a giochi fatti. Alla formazione del diritto contribuiscono anche i giuristi e i giudici. Il diritto non è la legge, ma la pratica a cui la legge dà impulso.

In conclusione, l'interpretazione alla luce della costituzione diventa un'attività complessa che ingloba in sé anche l'argomentazione e il ragionamento giuridico e si presenta nel suo insieme come un'attività deliberativa e non già meramente applicativa, sicché la sua distinzione dall'attività deliberativa (o politica) del legislatore non è quella tra due generi diversi, ma tra due specie diverse della stessa attività. In questo mi dissocio da Aristotele, che nella *Retorica* esclude la deliberazione dai discorsi giudiziari, riservandola a quelli politici. È vero che il giudice non è libero di scegliere le ragioni normative da applicare ai casi concreti, ma il contenuto di queste ragioni si evidenzia e si determina alla luce del caso concreto e dei dibattiti suscitati dalla sua soluzione. Per questo l'interpretazione giuridica parte dall'uso autoritativo, ma poi ha un carattere deliberativo che costruisce la regola per il caso concreto.

Al contempo ormai tutti si rendono conto che è in atto un mutamento nel costituzionalismo contemporaneo. Esso era nato e s'era sviluppato in senso statocentrico, essendo governato dall'idea di specifiche istituzioni che occupano il centro della vita politica ed economica e che sono rette da valori e principi fondamentali condivisi e praticati dalla comunità politica. La costituzione s'è offerta come un programma di

vita comunitaria e, quindi, come base dell'unità dell'ordinamento giuridico nazionale. Ma il concetto di "costituzionalismo" è camaleontico.

La costituzione va assumendo ora via via una priorità nei confronti dello Stato stesso. Come ha notato Maurizio Fioravanti: «non sono i diritti a dover presupporre lo Stato, ma è quest'ultimo a dover presupporre i primi, che per loro conto sono fondati sulla Costituzione». In più lo Stato vede progressivamente diminuita la sua sovranità, sia per l'espansione di poteri esterni di carattere internazionale e transnazionale, sia per l'accresciuto riconoscimento di poteri substatali e locali, delle minoranze e dei gruppi identitari. Entrambi questi rilevanti limiti al potere dello Stato ricevono legittimazione dalla stessa costituzione, che ora diventa il maggiore ostacolo alla possibilità di formulare un programma unitario di vita comune. Non c'è più una comunità politica basata su valori prepolitici condivisi, siano essi quelli della solidarietà o dell'individualismo liberale. Ma ora il fondamento di quella comunanza, che è necessaria in ogni vera e propria società politica, risiede nella stessa costituzione, che però a sua volta è fonte di conflitti interpretativi.

Questa forma di costituzionalismo è più adatta ad affrontare le sfide del pluralismo provenienti dall'esterno e dall'interno. Non si tratta solo di tener conto della schiera sempre più numerosa di immigrati, esiliati e rifugiati, ma anche del disaccordo crescente fra i cittadini sul modo d'interpretare e praticare i valori costituzionali. Lo Stato costituzionale deve prendere le distanze dalla nazione per affrontare tre tipi di conflitto: quello di interessi riguardanti il controllo e la distribuzione delle risorse, quello delle identità culturali e quello relativo ai valori. Le identità personali e collettive entrano in competizione e in conflitto con i valori e spesso si confondono con essi.

In tal modo la costituzione esprime e avvalora il conflitto latente in una società pluralistica e multiculturale, ma al contempo pretende di essere un modo per governarlo correttamente.

Uno dei tanti effetti, che derivano da questo stato di cose, è insieme semplice e sconvolgente. Si produce – come ha acutamente notato Coser – una frattura profonda tra l'organizzazione sociale del diritto quale potere e la struttura del diritto come significato. Il significato e il potere non corrispondono più. Il carattere indeterminato e, non di rado, incontrollato del significato esercita un'influenza destabilizzante sul potere. I precetti ricevono i loro significati dalla vita sociale e così sfuggono al controllo delle istituzioni, che non sempre riescono a conservare il loro statuto privilegiato. Il diritto apre le porte alla società,

permette che essa faccia sentire la sua voce, ma poi non è più in grado di padroneggiare questa nuova situazione con gli strumenti della cultura giuridica tradizionale.

(c) *Il diritto internazionale e il pluralismo giuridico*

Il diritto internazionale attuale limita la sovranità degli Stati, ma al contempo ha bisogno, sempre più bisogno, di essi per sviluppare pienamente la sua efficacia. Questa situazione è molto ambigua. Anche il concetto stesso di “diritto internazionale” è ormai divenuto comprensivo di una pluralità di sensi. C’è un diritto sovranazionale, che si trova tra il tradizionale diritto internazionale e quello nazionale, ma è più vicino al primo che al secondo.

Il mutamento nella dottrina delle fonti del diritto internazionale segue l’orientamento proprio dei diritti umani. Il riconoscimento di principi di *jus cogens*, cioè di norme perentorie ed inderogabili, implica una configurazione gerarchica delle fonti internazionalistiche stesse a differenza del passato.

Appare più evidente che vanno prendendo forma interessi, valori e beni comuni costitutivi e propri della Comunità internazionale e che intorno ad essi si va organizzando un nuovo modo d’intendere il diritto internazionale. Il modello di Westfalia, pur non essendo tramontato del tutto, sta lasciando il posto al modello cooperativo (che è volontario) e, più di recente, alla presa di coscienza di una sempre più accentuata interdipendenza degli Stati e delle comunità nazionali (che è involontaria), e non solo per quanto riguarda la protezione dei diritti umani, ma anche i settori dell’economia, della scienza e della tecnica e dell’ecologia. Oggi ci troviamo nel momento del passaggio dall’interdipendenza alla compenetrazione, perché la prima ancora presuppone un residuo di separazione e di autonomia e, quindi, resta ancora in qualche modo legata al sistema interstatale, mentre la seconda non solo indica nuove forme di relazione fra gli Stati, in seguito alla creazione di una miriade di organizzazioni e di nuove istituzioni, ma in più decreta la fine dell’autonomia della loro vita economica e politica. Paradossalmente, la nuova sovranità deve ormai essere intesa come la capacità di entrare in relazione con il resto del mondo e come l’abilità politica di essere attore nel disordine mondiale.

Per chi assuma il modello dello Stato di diritto (così come si è realizzato nei sistemi giuridici nazionali evoluti) a paradigma fondamentale della giuridicità, il diritto internazionale, e a maggior ragione quello sovranazionale, continua ad apparire come un diritto primitivo, accet-

tabile solo nei limiti in cui mostri in qualche modo di muoversi verso forme giuridiche più progredite. È evidente che è difficile richiedere alla normazione internazionalistica e sovranazionalistica un marchio di origine controllata (qual è rappresentata dalla teoria della validità formale). Tuttavia l'assetto complesso ed instabile del diritto internazionale è di estrema importanza come laboratorio giuridico del pluralismo, che – come si sa – non conosce la barriera delle frontiere. Ed allora c'è da chiedersi se non sia più primitivo un diritto come quello interno che non è ancora ben attrezzato ad affrontare la differenza e il dialogo fra diverse culture.

Una teoria giuridica del futuro ha bisogno di una teoria del pluralismo giuridico. Quando si parla di “pluralismo giuridico”, bisogna subito precisare in che senso se ne intenda parlare, altrimenti non è altro che uno slogan. Ci si può, infatti, riferire alla pluralità di tipi di prescrizioni giuridiche; oppure ci si può riferire ai problemi di risoluzione dei conflitti normativi fra ordinamenti giuridici differenti; oppure ai casi di coesistenza di ordinamenti giuridici concorrenti. Ma la vera e propria novità consiste nell'autonomizzazione di questo concetto. Il pluralismo giuridico è oggi una proprietà dei contesti sociali e non già dei sistemi giuridici. Esso designa il fatto che all'interno di uno stesso ambito sociale o di una stessa problematica giuridica sono operative norme giuridiche di differente provenienza, alcune prodotte dall'interno e altre da ambiti sociali esterni.

Pertanto, non è vero e proprio pluralismo giuridico riconoscere l'esistenza all'interno dello stesso sistema giuridico di differenti meccanismi normativi applicabili alla stessa situazione, perché questa è una pluralità *nell'*ordinamento o non già *degli* ordinamenti. Non è neppure sufficiente il criterio “esistenziale” che si appella alle persone soggette nella stessa situazione a ordini giuridici indipendenti l'uno dall'altro, perché la sfida del pluralismo consiste proprio nel concepire questi ordini giuridici insieme come collegati e concorrenti. Ed infine, non è neppure soddisfacente far ricorso al criterio geografico, perché non tutti gli ordini giuridici interessati hanno una dimensione territoriale, a meno che esso non s'intenda come uno “spazio vitale” o un ambito di estensione delle relazioni sociali entro cui s'incontrano e si scontrano differenti sfere normative.

In conclusione, il pluralismo giuridico è significativo quando designa una situazione normativa in cui differenti ordini giuridici concorrono e competono nella regolazione dello stesso corso di azione o di insieme

di azioni aventi lo stesso oggetto. Le rispettive competenze in linea di principio non sono esclusive e danno luogo a sovrapposizioni normative senza distinguibili gerarchie delle fonti del diritto e degli ordinamenti coinvolti.

Al contempo cresce la consapevolezza che i sistemi giuridici nazionali affrontano spesso problemi simili e che le soluzioni sono differenti modi di rispondere agli stessi problemi pratici. Noi sappiamo che nel campo pratico non esiste un'unica risposta giusta e che la varietà delle soluzioni normative dipende da fattori diversi, quali la propensione culturale a sottolineare alcuni valori rispetto ad altri, l'orientamento proveniente da particolari forme di vita comune e, non da ultimo, dalle circostanze storiche. La lunga esperienza accumulata nella pratica giuridica non è più un tesoro geloso che ogni sistema giuridico conserva per sé, ma confluisce in una sorta di serbatoio del pensiero giuridico da cui tutti possono attingere.

Non mi riferisco qui soltanto all'esperienza, del tutto particolare, del diritto comunitario europeo, in cui incontriamo forme complesse di ravvicinamento, armonizzazione e uniformizzazione degli ordinamenti giuridici che confluiscono nell'Unione Europea, e da ultimo anche forme di competizione o concorrenza di ordinamenti che presuppongono giudizi di equivalenza. Ho presente più in generale la circolazione degli istituti giuridici da un ordinamento giuridico ad un altro e la loro diffusione a livello globale. Di recente Sabino Cassese ha parlato a questo proposito di "universalità del diritto positivo", intendendo con ciò la straordinaria capacità che hanno gli istituti giuridici di convivere, sovrapponendosi, componendosi e persino integrandosi. Ciò significa che un ordinamento giuridico non è una tela senza cuciture (*a seamless web*), ma una composizione di parti differenti, che possono disarticolarsi e ricomporsi in vario modo. Queste parti possono valere ed essere significative anche in ambiti diversi da quelli in cui hanno avuto origine. Il diritto internazionale dovrà fare i conti con questo processo d'internazionalizzazione del diritto domestico.

(B) Il compito normativo-argomentativo

Questo compito della teoria giuridica ha un carattere normativo, perché si tratta di individuare i criteri corretti di coordinare tra di loro fonti giuridiche così diverse ed eterogenee e di gettare tra di esse ponti di comunicazione. Questa problematica è necessaria quando si tratta di risolvere casi concreti, che si collocano al crocevia di differenti ordinamenti. Certamente non è compito della teoria giuridica risolvere casi

concreti, che è la finalità *prossima* della scienza giuridica e la finalità *diretta* della giurisdizione. Tuttavia la teoria giuridica – come abbiamo sostenuto – è opera della ragion pratica e ne costituisce al contempo i primi passi e la verifica critica dei risultati. Di conseguenza, la teoria giuridica non deve perdere di vista come sua finalità *remota* che il diritto si realizza nella soluzione dei casi concreti. Per questo è suo compito dar conto della pratica giuridica nella sua forma migliore, ma questo implica un atteggiamento normativo.

Nel panorama complesso del diritto contemporaneo, a cui abbiamo appena accennato, è risultato evidente che il diritto non è solo opera della volontà, ma anche della ragione. In ciò consiste la sua “pretesa di correttezza”, che non avrebbe alcun senso senza la ragione. Le ragioni si fanno valere mediante l’argomentazione. Il ragionamento giuridico, e non solo il dettame dell’autorità, è parte integrante del processo di positivizzazione mediante cui si sviluppa la forza normativa del diritto.

L’argomentazione nel diritto è stata guardata con sospetto da coloro che difendono una prospettiva meramente esegetica, perché offre il fianco ad operazioni ideologiche e ad una produzione spuria del diritto. Persino la sua versione meramente deduttivistica è stata ritenuta deviante. Basti ricordare cosa Kelsen ha pensato della logica applicata alle norme. A maggior ragione quando si tratta della ragion pratica. L’azione umana è il regno del contingente e di ciò che deve essere fatto per lo più e non già sempre e in ogni circostanza. In più, spesso non v’è un’unica soluzione corretta o giusta e i giudizi di valore sono giudizi di rilevanza, che chiamano in causa la soggettività, le forme di vita e la cultura giuridica. E tuttavia possiamo distinguere quelli che possono esibire una giustificazione in termini di ragionevolezza da quelli ingiustificati.

Non è un caso che le più innovative teorie contemporanee del diritto mettono al loro centro l’argomentazione giuridica. A differenza del passato, in cui il ragionamento giuridico era un capitolo della teoria del diritto (e non di rado neppure il più importante), ora vi sono teorie del diritto come argomentazione (Alexy, Atienza, Carcaterra). Questa ingloba in sé anche l’interpretazione, che era maggiormente enfatizzata nel diritto codificato dei sistemi giuridici nazionali. Il fatto è che nel diritto contemporaneo, molto meno dominato dal principio della volontà del legislatore, il tasso di argomentazione cresce notevolmente, anche per la rilevanza delle conseguenze delle azioni nei confronti di un mondo divenuto sempre più poroso.

È bene ricordare che il ragionamento giuridico, a differenza del ragionamento *tout-court*, è vincolato da regole e procedure stabilite da un'autorità e deve esibire tra le proprie giustificazioni anche quella della conformità ad esse. E tuttavia l'argomentazione non può essere risolta tutta nella dimensione procedurale, perché deve anche tener conto del peso sostanziale degli argomenti.

L'argomentazione giuridica ha un carattere deliberativo, cioè è volta a concludersi con una decisione, il cui valore giuridico e la cui efficacia dipende dai soggetti che argomentano e decidono. Il compito della teoria del diritto è quello d'individuare i criteri generali di una buona pratica argomentativa in campo giuridico.

Da quanto s'è detto si può desumere che questi criteri hanno un carattere eterogeneo: il carattere autoritativo delle fonti normative, che però non coincide sempre con l'essere fonti ufficiali, poiché vi sono fonti non ufficiali molto autorevoli; il carattere mobile ed elastico delle gerarchie fra le fonti; l'adeguatezza delle procedure ai contenuti e alle finalità della regolamentazione normativa in oggetto; il rispetto dei principi del *rule of law*; la partecipazione dei destinatari delle norme giuridiche alla loro formazione ed implementazione; il rispetto del principio di ragionevolezza, di proporzionalità, di idoneità e delle modalità specifiche dell'argomentazione giuridica; l'efficacia della regolamentazione e il grado elevato della sua osservanza. Essendo una pratica sociale, il diritto s'identifica sulla base del suo uso piuttosto che sulla base di criteri meramente formali.

Il ragionamento giuridico non opera in un vuoto atemporale e aspatiale, ma, proprio in ragione dei vincoli normativi, ha sempre un suo ambito di validità circoscritto. Questo era rappresentato in passato dal concetto di "sistema giuridico". L'identificazione delle norme appartenenti ad un sistema è operativa quando è il presupposto necessario per risolvere i casi con le sole risorse normative interne al sistema normativo stesso, che si assume come "completo". Ma, quando queste risorse appartengono ad ordini normativi differenti, allora diventa più importante la nozione di "spazio giuridico", cioè della delimitazione dell'ambito normativo da cui di volta in volta si deve attingere la regolamentazione da applicare. Questo spazio giuridico è il risultato dell'interconnessione di ordini giuridici differenti. Di conseguenza ciò che tradizionalmente consideravamo come un sistema o un ordinamento giuridico viene de-rubricato a quella di "luogo" di realizzazione o di concretizzazione di un diritto che è stato individuato altrove.

Questa destrutturazione del diritto si può constatare anche all'interno stesso dell'ordinamento giuridico statale. Il primato della costituzione sullo Stato apre la strada alla tesi pluralistica degli ordini giuridici ufficiali e al problema del loro mutuo riconoscimento e della loro interconnessione instabile e complessa in riferimento ai casi concreti.

Per l'individuazione e la determinazione della regola giuridica da applicare al caso concreto, occorre tener conto di un doppio livello di "punto di vista interno": quello proprio dello "spazio giuridico", cioè della delimitazione della pluralità degli ordini giuridici interessati e dell'individuazione delle loro interconnessioni, e quello proprio dell'ordine giuridico particolare, cioè del "luogo" in cui il diritto si concretizza e si applica al caso concreto. La perimetrazione dello spazio giuridico non è compiuta una volta per tutte¹, ma dipende dalla natura delle questioni in gioco, dai soggetti coinvolti, dagli effetti dei comportamenti e delle decisioni (*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*). Le istituzioni interne agli ordini giuridici appartenenti ad uno spazio giuridico comune, e in primo luogo quelle giudiziarie, sono al contempo competenti ad amministrare le interrelazioni fra gli ordini giuridici coinvolti o la rilevanza che le regole prodotte altrove (*lex alius loci*) hanno per l'ordine giuridico interno. La nozione di "spazio giuridico" diventa più importante e decisiva di quella consueta di "sistema giuridico".

Se, ad esempio, consideriamo che – come s'è già accennato – in alcuni casi il cittadino dell'Unione europea ha la possibilità di scegliere di assoggettare alcuni rapporti giuridici alle regole dell'ordinamento nazionale che ritiene a sé più favorevoli, possiamo facilmente renderci conto che in tal modo viene meno la capacità di un ordinamento giuridico di dettare regole esclusive, cosa tradizionalmente ritenuta essenziale al suo concetto.

A questo proposito Natalino Irti ha osservato che il diritto europeo è uno «spazio senza frontiere interne», ma non è un luogo. Il diritto, al fine di essere accertato, applicato ed eseguito, ha bisogno di scendere dallo spazio ai luoghi, di prendere posizione sulla terra. «Qui si dà un'*alternativa*: o che gli autori dello scambio scelgano il luogo dell'atto economico, e così preferiscano uno ad altro tra i diritti possibili (i quali

¹ Ciò non esclude che vi possano essere casi di consolidazione dello spazio giuridico o di una sua istituzionalizzazione mediante trattati internazionali, come è proprio dell'Unione Europea. Ma non considererei il diritto comunitario come un "sistema giuridico" vero e proprio.

si offrirebbero come in competizione); o che il diritto, attraversando i territori mediante accordi inter-statali, inseguia e raggiunga l'atto economico, fissandolo in un dato luogo. *O l'economia sceglie il luogo del diritto; o il diritto determina il luogo dell'economia*».

Non resta allora che condividere quest'osservazione rassegnata di Gustavo Zagrebelsky: «il diritto come ordinamento non è più un dato, come era nell'Ottocento, ma, semmai, potremmo dire è diventato un problema, un gravissimo problema».

L'abbandono di una concezione statica dell'ordinamento giuridico a favore di una concezione dinamica, per cui l'ordinamento è inteso al modo di Ehrlich, cioè come *l'ordinarsi* di volta in volta del diritto in riferimento ai casi concreti, richiederà d'individuare tutto il materiale giuridico che serve per regolare una situazione o un rapporto² e ritrovare il suo principio d'unità, che non potrà sempre essere fondato puramente e semplicemente sulla sovranità dello Stato, ma dovrà tener conto delle interdipendenze, delle equivalenze e delle priorità. Questa configurazione dell'ordinamento sarà, dunque, un'opera congiunta, o una cooperazione diacronica, dei legislatori, dei giudici e dei giuristi, mentre quella del passato era dominata dal ruolo prioritario del legislatore ovvero della politica. Dobbiamo, infine, notare che gli stessi soggetti privati partecipano ora in una qualche misura con le loro scelte e le loro iniziative alla costruzione degli ordinamenti che attingono a questo *corpus* giuridico e che ne assicurano la funzionalità. Il privato acquista un ruolo attivo nell'edificazione dell'ordinamento che nel passato era appannaggio esclusivo della sfera pubblica.

7. *Il diritto positivo come corpus iuris*. – L'obsolescenza del concetto di sistema giuridico, proprio della scienza giuridica nell'epoca della codificazione, aiuta a riattualizzare un aspetto significativo della tradizione giuridica occidentale, un aspetto che è stato smarrito a causa della progressiva politicizzazione del diritto. L'intendere il diritto positivo come un *corpus iuris*, relativamente indipendente dalle strutture politiche e dotato di una certa compattezza e capacità evolutiva attraverso i secoli e le generazioni, è un'idea proveniente – come ha ben notato Berman – dai canonisti europei del dodicesimo e tredicesimo secolo e dai romanisti che insegnarono il diritto giustiniano nelle università europee.

² Questo – mi sembra – è il modo più realistico d'intendere il “*tota lege perspecta*”.

Questo *corpus* non è organico, ma tenuto insieme dalla pratica giuridica, ed è fatto di norme e di dottrine, di principi e di concetti. La sua configurazione è strettamente legata al nascere della scienza giuridica e del ceto dei giuristi. In altre parole, il diritto comprende non solo i comandi e le decisioni dell'autorità politica, ma anche le dottrine e i concetti elaborati dai giuristi, le interpretazioni e le decisioni dei giudici. Ciò significa che il diritto come pratica sociale possiede al suo interno i criteri per la propria sistemazione e per la propria valutazione.

Non bisogna confondere quest'idea con quella kelseniana dell'unità di un sistema normativo discendente da una norma fondamentale, che è una visione riduzionistica generata da esigenze di razionalizzazione portate weberianamente al loro estremo. In epoca medioevale il diritto come *corpus* era il risultato dell'integrazione di sistemi giuridici differenti. Tale integrazione fu favorita dalla dottrina della gerarchia delle fonti del diritto e dai criteri dottrinali per la soluzione dei conflitti fra norme appartenenti o non a regimi giuridici differenti. Tuttavia oggi essa ovviamente non può più essere intesa nello stesso modo.

Se, ad esempio, consideriamo la *Concordanza dei canoni discordanti* del monaco Graziano (1140), il problema era quello di risolvere il conflitto fra ordinamenti giuridici di diversa origine: tra il diritto proveniente dalla società (consuetudine), quello proveniente dal superiore politico (legge scritta), quello della ragione (diritto naturale) e quello proveniente dalla rivelazione divina (diritto divino). Ma ora questo *corpus iuris* è composto da principi comuni di civiltà giuridica, quali i diritti umani e i principi del *rule of law* e del costituzionalismo, ma anche dalla comunicazione interculturale di forme giuridiche di vita che hanno dato buona prova di sé consolidandosi in istituti giuridici, e soprattutto da pratiche interpretative e argomentative, che hanno una relativa indipendenza dai luoghi in cui si attuano e possono comunicarsi in altre parti del mondo. Non si tratta di un corpo uniforme e sistematico di principi e di orientamenti giuridici, ma di un serbatoio di forme giuridiche di vita comune, che hanno retto la prova della storia e sono in qualche modo universalizzabili e intercambiabili, cioè non prigioniere delle *enclaves* culturali. La ragionevolezza, che è anche giustificazione dell'efficacia, rende in qualche modo universale lo stesso diritto positivo.

In questa luce possiamo anche leggere altri fenomeni giuridici contemporanei, questa volta non legati al diritto europeo, che però hanno in comune con quello della "concorrenza degli ordinamenti" lo stesso orientamento di fondo.

Penso, primo fra tutti, al processo in atto di mondializzazione della funzione giudiziaria, di cui non bisogna però sottovalutare i rischi. La moltiplicazione dei rapporti fra le giurisdizioni nazionali e l'attivismo giudiziale oggi diffuso non debbono essere intesi come l'emergere di una "global community of courts" o come il segno di un nuovo ordine mondiale. Al contrario sono rivelative di una situazione di disordine e dell'esigenza ancora insoddisfatta di un pluralismo ordinato. Più in profondità si tratta di far fronte ad un nuovo modo d'intendere i rapporti fra i sistemi giuridici e lo stesso diritto positivo in generale.

Se intendiamo il diritto positivo come una pratica di regole e principi consolidata e diffusa all'interno di un gruppo sociale, potremmo pensare che essa valga solo per esso e non già al di fuori di esso. Ma possiamo constatare che settori di questa pratica, regole giuridiche, metodi interpretativi e argomentativi e concetti giuridici sono comunicabili da un gruppo sociale all'altro. Se un modo giuridico di fare le cose offre buona prova di sé per la sua efficacia o per il rispetto di significativi valori, allora entra a far parte di un patrimonio giuridico a cui tutti i popoli e tutti gli ordini giuridici possono attingere. La ragion pratica nella sua applicazione al diritto ci presenta nella sua lunga storia una grande varietà di pratiche giuridiche concernenti lo stesso oggetto e differenti fra loro per il modo di risolvere il conflitto di valori e per le tecniche usate. Tra di esse quelle dei sistemi giuridici più sviluppati hanno un particolare valore e una particolare capacità di trascendere gli ambiti territoriali o culturali in cui sono sorte e in cui sono giunte a maturazione.

Bisogna ritenere che questa sporgenza di una pratica giuridica al di là dell'ordinamento giuridico in cui è nata sia anche merito dell'applicazione del tradizionale *rule of law*, che ha reso affidabili le procedure giuridiche. Questo patrimonio giuridico consolidato, costituito da pluralistiche forme giuridiche di vita comune, è l'effetto della secolare applicazione del *rule of law* nei sistemi giuridici nazionali evoluti. Si spiega così anche la circolazione del diritto, il trapianto o la trasmissione di principi e istituti giuridici da un ordine giuridico all'altro, nonché il progressivo avvicinamento tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*.

Il *rule of law* stesso è una buona pratica del diritto piuttosto che una lista di requisiti formali o un ideale politico, sicché dovrebbe essere ritenuto come un aspetto essenziale dello stesso concetto di diritto se questo è inteso come un modo di produrre e di usare quelle regole sociali che consideriamo giuridiche. Certamente resta il problema del modo in

cui la costituzionalizzazione e l'internazionalizzazione del diritto inducono ad una riformulazione del *rule of law*, affinché questo assolva meglio la sua funzione di meta-regola sull'uso delle regole giuridiche, poiché si tratta di una concezione normativa della pratica giuridica che riguarda sia le effettive condizioni di praticabilità delle regole, sia la presenza di istituzioni apposite di carattere politico e giurisdizionale.

Appare sempre più evidente – lo ripeto ancora una volta – che il diritto positivo non è fatto solo di norme, ma anche, *allo stesso titolo*, di dottrine, di principi, di concetti e di istituzioni. Ciò significa che la scienza giuridica non può essere concepita come scienza pura di norme, semmai lo è veramente stata, e che l'educazione del giurista deve farsi attenta tra l'altro al ragionamento morale, ai valori e alle tecniche della democrazia, alle dinamiche del mutamento e dell'integrazione sociale, del pluralismo e del multiculturalismo, alle politiche pubbliche, ai problemi del *welfare* e all'evoluzione dell'economia.

Un altro esempio emblematico è rappresentato dai casi sempre più frequenti in cui il diritto straniero è usato dalle corti nazionali per interpretare il diritto domestico e colmare le sue lacune. Nell'ottica di una concezione chiusa del sistema giuridico per cui esso deve vivere delle risorse che trova in se stesso, un argomento tratto dal diritto straniero ha ben poco senso e non permette quella predittività delle conseguenze giuridiche che era ritenuta un elemento essenziale della certezza del diritto. Esso può essere accettato solo a condizione che si abbandoni una concezione del diritto come insieme di norme dettate dalle autorità costituite per considerarlo come in effetti è, cioè un insieme di pratiche interpretative e argomentative per risolvere problemi della vita comune. Poiché tali problemi sono in qualche modo ricorrenti in tutte le società e sono risolti in modo diversificato ma comunicabile, specie tra le società che hanno raggiunto un grado consimile di civilizzazione, allora è sensato apprendere dall'esperienza degli altri popoli.

Se il diritto fosse soltanto una questione di volontà legislativa, allora non si vede cosa mai potrebbero insegnarci i comandi giuridici propri degli altri popoli e le norme proprie dei sistemi giuridici stranieri. Ma, se il diritto è essenzialmente una *problem-solving enterprise*, cioè è materia di ragion pratica, allora ha senso osservare come gli altri hanno affrontato gli stessi problemi e indagare quali relazioni razionali vi siano fra il caso che dobbiamo risolvere e il modo in cui casi simili sono stati risolti in altre parti del mondo. Questo è compito della giurisdizione e della dottrina giuridica. La comunanza di norme giuridiche e di istituti

giuridici è resa possibile dalla comunanza nel ragionamento giuridico e nella ragion pratica.

Se il diritto deve essere trattato come un'attività guidata dalla ragion pratica, allora si deve abbandonare una concezione mentalistica della regola a vantaggio di una sua visione prammatica, e in più l'attenzione per la norma statuita, privilegiata dalla teoria della validità, non deve oscurare l'importanza della norma statuyente, cioè della regola nel suo formarsi, che porta alla ribalta del diritto la rilevanza del suo contenuto e della sua ragionevolezza. Il processo di positivizzazione è ben più significativo della positività del diritto, che ne è il risultato transeunte, e il diritto giurisprudenziale più vitale della statica concezione legicentrica del diritto.

8. *Conclusioni.* – La conclusione di questa approssimativa esplorazione è la seguente: una teoria giuridica che voglia attribuire peso all'evoluzione del diritto contemporaneo deve rimettere in discussione anche il modo stesso di concepire se stessa.

Questa considerazione non deve stupire se è vero che la teoria è parte del diritto, cioè se è parte del diritto la conoscenza che si ha di esso. Se cambia il diritto, cambia pure la dottrina e la teoria del diritto. Ma ora questo mutamento non riguarda soltanto (e neppure fundamentalmente) i contenuti, ma l'assetto generale del diritto per cui la tradizionale teoria del diritto era stata pensata.

Dopo il tramonto della teoria generale del diritto intesa come sistematica dei contenuti di un sistema giuridico nazionale, a causa del tramonto del monopolio statale della produzione del diritto, ora dobbiamo ammettere anche il declino delle teorie del diritto generate dal ceppo kelseniano, cioè di quelle che presuppongono l'esistenza di una persistente struttura formale del diritto positivo in tutte le sue tradizionali componenti: le norme, le sanzioni, le fonti, la struttura a gradi, lo stesso principio di delegazione.

Non voglio dire che questi punti di riferimento siano stati spazzati via, ma che la formulazione di un assetto stabile dei loro rapporti riesca a render conto della varietà di forme del diritto contemporaneo.

La tradizionale teoria del diritto non ha più una stabile o solida base empirica ed è diventata una speculazione puramente logica. Bisogna congedarsi da essa senza perdere la sua preziosa eredità.

L'avvento del pluralismo ha investito in pieno anche tutte le componenti del diritto. Le norme giuridiche sono una famiglia ben poco ordi-

nata; le sanzioni più efficaci non sono più quelle violente; la produzione del diritto non ha più un luogo privilegiato e così via.

L'unica via per individuare il diritto è quella del suo uso e, quindi, quella d'individuare i criteri corretti della pratica giuridica per ben distinguerli da quelli che non lo sono. Non è cosa facile, lo ammetto, ma è una via obbligata.

Tutto ciò evidenzia l'orientamento prescrittivo della teoria giuridica contemporanea, che per la verità era già presente, pur se in modo nascosto, nel passato.

Non so dire se questa nuova configurazione della teoria giuridica sia da qualificarsi in senso analitico o ermeneutico. Certamente c'è bisogno di entrambi gli approcci. Sicuramente non si potrà fare a meno della rilevanza del contesto e del principio dell'attualità del comprendere. Ma il diritto si comporta nei confronti della filosofia allo stesso modo che nei confronti dell'etica. Se ne serve, perché ne ha bisogno necessariamente, ma se ne serve a suo modo.

GLI AUTORI

Salvatore AMATO, Professore Ordinario di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Catania.

Elvio ANCONA, Professore Associato di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze giuridiche*, Università degli Studi di Udine.

Luisa AVITABILE, Professore Ordinario di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze giuridiche*, Università degli Studi La Sapienza di Roma.

Gian Pietro CALABRÒ, già Professore Ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi della Calabria.

Daniele M. CANANZI, Professore Associato di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane*, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

Federico CASA, Ricercatore confermato di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Diritto privato e critica del diritto*, Università degli Studi di Padova.

Marco COSSUTTA, Professore Associato di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Studi umanistici*, Università degli Studi di Trieste.

Federico COSTANTINI, Ricercatore di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze giuridiche*, Università degli Studi di Udine.

Andrea FAVARO, Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze giuridiche*, Università degli Studi di Verona.

Paola B. HELZEL, Professore Associato di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze aziendali e giuridiche*, Università degli Studi della Calabria.

Antonio PUNZI, Professore Ordinario di Metodologia della Scienza giuridica, *Dipartimento di Giurisprudenza*, Università degli Studi Luiss Guido Carli di Roma.

Gianluca TRACUZZI, Ricercatore t.d.a. di Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze giuridiche e dell'impresa*, LUM di Casamassima (Bari).

Antonio VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE, Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, *Dipartimento di Scienze giuridiche*, Università degli Studi di Udine.

Francesco VIOLA, Professore Emerito di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.

INDICE SOMMARIO

ALBERTO SCERBO <i>Introduzione</i>	5
GIAN PIETRO CALABRÒ <i>La dialettica sapere scientifico e filosofia alle radici del pensiero di F. Gentile</i>	9
FRANCESCO VIOLA <i>Prospettive della teoria del diritto</i>	15
SALVATORE AMATO <i>La politica come statistica e il potere degli algoritmi</i>	39
PAOLA B. HELZEL <i>Brevi riflessioni sul principio di sussidiarietà quale connubio tra diritti e doveri</i>	59
ANDREA FAVARO <i>Autonomia del singolo quale «germe» dell'esperienza giuridica</i>	73
ANTONIO PUNZI <i>Giudizio Mediazione Conversione. Francesco Gentile e la filosofia della controversia</i>	91
ELVIO ANCONA <i>Alle fonti della concezione dell'esperienza giuridica nel pensiero di Francesco Gentile. La nozione aristotelica di esperienza nell'interpretazione di Marino Gentile.</i>	105

MARCO COSSUTTA	
<i>La prospettiva processuale del diritto quale critica del diritto naturale della forza</i>	127
GIANLUCA TRACUZZI	
<i>Anatomia del delitto in Adriano Tilgher: «un filosofico irrocervo»?</i>	145
FEDERICO COSTANTINI	
<i>L'esperienza giuridica nella società dell'informazione contemporanea: il problema della «norme sperimentali»</i>	165
LUISA AVITABILE	
<i>Suum cuique tribuere. Alcune riflessioni con Francesco Gentile</i>	185
DANIELE M. CANANZI	
<i>L'esperienza giuridica alla luce della doppia lettura del moderno di Augusto Del Noce</i>	195
FEDERICO CASA	
<i>Derive ermeneutiche dell'interpretazione processuale della filosofia dell'esperienza giuridica</i>	199
ANTONIO VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE	
<i>La filosofia dell'esperienza giuridica fra esistenzialismo, filosofia dei valori e metafisica classica. Francesco Gentile a confronto con Giuseppe Capograssi ed Enrico Opocher</i>	221
<i>Gli Autori</i>	255