

*Un recente convegno palermitano di Filosofia del diritto**

Giorgio Pino

La Società italiana di Filosofia del diritto incoraggia, da ormai da quasi un quinquennio, incontri a cadenza annuale nei quali gli studiosi (specialmente, ma non solo, i più giovani) possano presentare e discutere i loro lavori più recenti.

L'idea che sta sullo sfondo di questo seminario – così come di quelli già organizzati in precedenza – è di favorire la diffusione e la conoscenza delle opere recenti degli studiosi della materia, in particolare degli studiosi giovani o comunque di quegli studiosi che intendano invitare i colleghi alla discussione delle proprie opere più recenti. L'intento del progetto in cui si iscrive questo seminario è quindi anche di promuovere il consolidarsi di una comunità scientifica effettivamente tale, cosa che può reggersi solo sul confronto tra prospettive diverse e sulla presa di coscienza, da parte di tutte le sue componenti, almeno delle principali linee di ricerca perseguite al suo interno; la fecondità di tale approccio sembra peraltro confermata dalla circostanza che a questi incontri si registra la presenza non soltanto di filosofi del diritto, ma anche di filosofi della politica, giuristi ed economisti.

I lavori monografici presentati in questo tipo di seminari vengono introdotti da relatori scelti tra gli studiosi più rappresentativi della materia e, a partire da questa relazione introduttiva, si apre un dibattito che consente un confronto proficuo tra studiosi anche di diversa impostazione.

Per quel che riguarda specificamente il Seminario del 4 Ottobre, si è compiuto uno sforzo per assicurare la presenza di relatori particolarmente qualificati delle principali Università italiane e per evitare il rischio di una certa insularità del dibattito. A tal riguardo ci preme segnalare che i temi delle opere discusse sono stati di ampio respiro ed in grado di interessare studiosi di altre discipline e, più precisamente, giuristi positivi, filosofi morali ed economisti.

Il seminario di Palermo è stato aperto dalla discussione, introdotta dal Prof. Mario Jori dell'Università statale di Milano, sul libro di Aldo Schiavello *Il Positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica* (Giappichelli, Torino, 2004).

L'opera in questione propone una puntuale ed informata ricostruzione critica del dibattito che ha movimentato il positivismo giuridico a seguito, in particolare, delle penetranti, originali, ma spesso anche confuse, critiche mosse da Ronald Dworkin a questa tradizione di ricerca giusfilosofica.

Questo libro colma una evidente e grave lacuna della letteratura italiana di filosofia del diritto; mancava infatti, prima della sua pubblicazione, una articolata ed organica opera monografica che rendesse conto delle trasformazioni e dei ripensamenti interni al positivismo giuridico a partire dalla fine degli anni '60 del Novecento. Tale lacuna risalta in modo ancor più evidente se si compara l'esangue letteratura italiana sul tema

* In questa breve nota si dà conto del Seminario della Società italiana di Filosofia del diritto "*Discussione a partire da alcune opere recenti*", organizzato a Palermo il 4 Ottobre 2005 dai Proff. Aldo Schiavello e Vittorio Villa con la collaborazione del Prof. Bruno Montanari, coordinatore della Società italiana di Filosofia del diritto, grazie ai fondi messi a disposizione dal "Dipartimento Studi su politica, diritto e società", dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo e dall'Università di Palermo.

con quelle – ben più fiorenti e vivaci – di area anglosassone o spagnola. Peraltro, il taglio prescelto dall'autore, che rifugge da inutili tecnicismi ed emenda il dibattito sul positivismo giuridico contemporaneo dall'evidente autoreferenzialità che lo caratterizza, consente di ipotizzare che il libro in questione possa interessare una cerchia di lettori ben più ampia rispetto a quella dei cultori e degli specialisti di filosofia del diritto.

Lasciando da parte le osservazioni di carattere generale, è opportuno entrare nel merito e presentare, sia pure brevemente, la struttura e le principali linee argomentative del libro. Il lavoro consta di sette capitoli.

Il primo capitolo è dedicato ad una breve, ma necessaria, presentazione dello statuto metateorico del positivismo giuridico – metodologico o concettuale – della prima metà del secolo scorso, tenendo nel debito conto l'eterodossia rappresentata da Uberto Scarpelli.

Il secondo capitolo introduce le tesi centrali del positivismo giuridico di Herbert Hart che rappresenta, per così dire, l'anello di congiunzione tra giuspositivismo "vecchio" e "nuovo". La tesi di fondo che viene argomentata in questo capitolo è che il giuspositivismo hartiano può essere considerato, al tempo stesso, una delle versioni più sofisticate ed evolute di questa tradizione giusfilosofica ed uno dei segni dell'inizio della sua crisi.

Nel terzo capitolo vengono esplicitate le principali critiche rivolte da Ronald Dworkin al positivismo giuridico hartiano. La scelta di dedicare un intero capitolo alla contrapposizione tra Hart e Dworkin non è casuale. È proprio l'esigenza di replicare all'"attacco" dworkiniano, infatti, ad avere indotto i seguaci di Hart (ma anche lo stesso Hart del *Postscript*) a porre in essere un approfondito ripensamento dei presupposti filosofici di fondo del positivismo giuridico. Già in questo capitolo si perviene ad alcune conclusioni, originali ed argomentate, che vale la pena di sottolineare. Innanzitutto, a partire da una rigorosa dissezione analitica delle molteplici obiezioni di Dworkin al positivismo giuridico, vengono chiaramente distinte le critiche effettivamente rilevanti da quelle che sono frutto di fraintendimenti e/o di ingenerose semplificazioni o banalizzazioni della concezione giuspositivista del diritto. In secondo luogo, viene chiarito che il tentativo di Dworkin di individuare una "terza via" al diritto, che si ponga a metà strada tra giuspositivismo e giusnaturalismo è destinato al fallimento. Tali conclusioni rappresentano un valido punto di partenza dell'analisi critica delle versioni del giuspositivismo post-hartiano (precisamente: il c.d. "giuspositivismo esclusivo" ed il c.d. "giuspositivismo inclusivo"), analisi che viene affrontata nei capitoli quarto, quinto e sesto.

In breve, la tesi di Dworkin che, in effetti, crea maggiori difficoltà al positivismo giuridico è quella secondo cui non c'è soluzione di continuità tra principi morali e principi giuridici. È proprio su tale questione che il positivismo giuridico post-hartiano ha appuntato la sua attenzione e si è profondamente diviso. L'*inclusive legal positivism* sostiene che i principi morali genuini possano essere "incorporati" nel diritto, a condizione che la regola di riconoscimento sia sufficientemente complessa ed articolata e, in particolare, che essa preveda, oltre a criteri formali di validità, anche criteri sostanziali. L'*exclusive legal positivism* sottoscrive l'affermazione di Dworkin secondo cui i principi morali genuini non possano essere ricondotti alla regola di riconoscimento ma, a differenza di Dworkin, ritiene che l'impossibilità di incorporare i principi morali genuini nel diritto – *via* la regola di riconoscimento – non costituisca un problema per il positivismo giuridico: il fatto che tali principi non possano essere considerati "diritto valido" non implica che essi non siano vincolanti per i giudici.

La tesi che viene argomentata nella menzionata opera di Schiavello è che entrambe tali versioni di giuspositivismo non offrono, per ragioni diverse, una soluzione adeguata

alla crisi del positivismo giuridico. Da un lato, il positivismo esclusivo, oltre ad essere internamente incoerente, riesce a preservare l'ortodossia del positivismo giuridico tradizionale ad un prezzo troppo alto, cioè quello di semplificare artificialmente, sulla scorta di distinzioni opinabili, i rapporti tra diritto e morale e tra teoria del diritto e teoria dell'interpretazione giuridica. Dall'altro, il positivismo inclusivo potrebbe accreditarsi come una versione plausibile di giuspositivismo (piuttosto che come una forma inconsapevole di anti-giuspositivismo) soltanto a condizione di fondare le proprie assunzioni teorico-generaliste su una concezione epistemologica e, per così dire, su un'ontologia delle fonti sociali, adeguate. Ed è proprio su questo piano che anche i giuspositivisti inclusivi filosoficamente più avvertiti segnano il passo.

Nel settimo e conclusivo capitolo, vengono riprese alcune delle tesi centrali del positivismo giuridico hartiano e post-hartiano discusse nei capitoli precedenti e si tenta quantomeno di indicare una possibile soluzione alla crisi del positivismo giuridico contemporaneo.

Concludendo su questo punto, si rimandano coloro che fossero interessati ad approfondire le tematiche qui accennate alla lettura non solo dell'ottimo libro di Schiavello, ma altresì della relazione presentata al seminario dal Prof. Mario Jori, recentemente pubblicata sulla rivista *Notizie di Politeia* (XXI, 2005, 79, pp. 110-121).

Il seminario è proseguito con la presentazione, affidata al Prof. Bruno Montanari, del libro di Fabio Macioce *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale* (Giappichelli, Torino, 2005).

L'obiettivo del libro è quello di proporre una riflessione filosofica sulla lealtà processuale a partire dall'art. 88 c.p.c. che espressamente sancisce l'illiceità del comportamento processuale sleale. Come nota opportunamente Macioce, l'interesse degli studiosi di procedura civile nei confronti di questa norma è stato quasi nullo. Tale scarso interesse è probabilmente conseguenza di una concezione del processo poco idonea a rendere conto della lealtà imposta dal legislatore alle parti processuali. A prima vista, la lealtà sembra, per dirla con l'autore, un corpo estraneo rispetto al processo. Una riflessione sulla lealtà processuale non può essere dunque disgiunta da una riflessione sulla natura, le caratteristiche e la funzione del processo.

Nel libro, Macioce passa in rassegna diverse concezioni del processo. Nel primo capitolo, analizza la prospettiva di Calamandrei e di Huizinga secondo cui il processo è un gioco, una interazione agonale. Come scrive Huizinga, «il processo è una lotta per diritto o ingiustizia, per ragione o torto, per vincere o perdere» [J. Huizinga, *Homo ludens*, ed. it. p. 92]. Accogliere questa immagine del processo implica appiattare la nozione di lealtà su quella di *fair-play*. La lealtà cui fa riferimento l'art. 88 c.p.c. non sarebbe altro che un richiamo al rispetto delle regole processuali e all'importanza dell'obbligo di non barare.

Macioce, pur riconoscendo ed analizzando le molte analogie ed affinità tra processo e gioco, rileva anche una differenza significativa, che suggerisce di non optare per una completa assimilazione dei due ambiti dell'esperienza umana. Nel caso del gioco, l'altro soggetto, colui con (o contro) il quale si gioca, rileva soltanto come “azione-in-un-contesto”, come individuo che agisce, e che interagisce con l'azione altrui, ma non come persona. Ciò che conta, in altri termini, è la capacità dell'avversario di giocare.

Nel processo, invece, a dispetto di quello che una analisi superficiale potrebbe indurre a ritenere, non sono importanti tanto (o soltanto) le mosse della controparte, quanto le richieste che essa avanza, le sue pretese. Da questa osservazione, Macioce giunge alla conclusione che nel processo, a differenza di quanto avviene nel caso dei giochi, si produce «una relazione tra un Io e un Tu, e non semplicemente tra un Io e un

ostacolo» [F. Macioce, *La lealtà*, p. 246]. Questa intuizione viene opportunamente sviluppata nei capitoli secondo e terzo.

Il processo è il luogo in cui pretese confliggenti si confrontano su un piano di ragione e non di forza. La lealtà, in questa prospettiva, diviene un presupposto imprescindibile per la realizzazione del discorso comune che è il fine e l'obiettivo principale del processo.

A questa prospettiva va ricondotto anche il quarto e conclusivo capitolo, in cui si sottolinea la connessione necessaria tra il dovere di lealtà, espresso dall'art. 88 c.p.c., ed un inespresso dovere di verità: «essere leali ed essere veridiche...per le parti significa fondamentalmente la stessa cosa, e cioè rispettare la struttura dialogica, comunicativa e pacificante dell'interazione processuale.» [F. Macioce, *La lealtà*, p. 249].

Il libro di Lorenzo Passerini Glazel, *La forza normativa del tipo. Teoria della categorizzazione e pragmatica dell'atto giuridico* (Quodlibet, Macerata, 2005) è stato presentato dal Prof. Amedeo G. Conte.

L'autore persegue un duplice obiettivo: in sede filologica, ricostruire i diversi sensi dei concetti di "tipo", "tipicità", "atipicità" nella pragmatica dell'atto giuridico. In sede filosofica, proporre "declinazioni concettuali" di questi concetti al fine di illuminarne l'uso nella pragmatica dell'atto giuridico e di «contribuire all'indagine di che cosa un atto giuridico sia» [L. Passerini Glazel, *La forza normativa del tipo*, p. 249].

Passerini Glazel prende le mosse dalla osservazione della mancanza di unitarietà o univocità del concetto di "tipo". Sono tre infatti le aree semantiche alle quali possono essere ricondotti i significati del termine 'tipo': quella della *esemplarità*, quella della *classificazione* e quella della *specificità*. L'autore costruisce la sua teoria del tipo nella pragmatica dell'atto giuridico a partire da due paradigmi: "tipi cognitivi vs. tipi normativi" e "tipi istituzionali vs. tipi non-istituzionali". I tipi cognitivi descrivono gli oggetti come sono, mentre i tipi normativi prescrivono come debbano essere. Esempi di tipi normativi sono i tipi di contratto disciplinati dalla legge. Il secondo paradigma non riguarda la funzione del tipo ma la natura dell'atto che viene tipizzato. Seguendo la definizione proposta da Searle, Passerini Glazel chiama istituzionali i fenomeni la cui esistenza presuppone l'esistenza di certe istituzioni umane. Gli atti giuridici sono casi paradigmatici di tipi istituzionali. Tipi non-istituzionali denotano quei fenomeni che esistono e sono riconoscibili al di fuori di qualsiasi sistema istituzionale.

Il saggio di Passerini Glazel è suddiviso in sette parti. La prima indaga il ruolo che una teoria del tipo può rivestire nell'ambito della pragmatica dell'atto giuridico. Nella seconda parte vengono ricostruite undici declinazioni lessicali del termine 'tipo' e sette declinazioni epistemologiche del concetto di "tipo". La terza parte si occupa della teoria della categorizzazione a partire dal concetto di "prototipo" che è una possibile declinazione del concetto di "tipo". Nella quarta parte vengono distinte sei differenti concetti di tipo operanti nella pragmatica dell'atto giuridico. Nella quinta parte vengono analizzati diversi sensi che la tipicità e la atipicità possono assumere nella pragmatica dell'atto giuridico. La sesta parte si occupa della contrapposizione tra "spazi giuridici tipizzati chiusi" e "spazi giuridici tipizzati aperti". La settima parte si occupa della distinzione tra atti istituzionali ed atti non-istituzionali, di cui si è già detto.

Infine, il libro di Enrico Graziani *Il mercato tra diritto economia e politica. Considerazioni sull'analisi economica del diritto* (Giappichelli, Torino, 2005) per la sua natura dichiaratamente interdisciplinare è stato presentato dalla Prof. Teresa Serra, che si è soffermata sugli aspetti del libro più marcatamente giusfilosofici, e dal Prof. Luciano D'Amico che ha discusso i passaggi del lavoro più collegati all'analisi critica di modelli economici.

L'idea di fondo del libro di Graziani è che la comprensione dell'individuo contemporaneo richiede l'individuazione della linea comune che unisce diritto, economia e politica.

Il lavoro è strutturato in tre capitoli. Il primo è sostanzialmente dedicato ad una analisi giuseconomica delle modalità di assegnazione dei diritti. In questo capitolo, l'autore passa in rassegna la prospettiva di molti filosofi ed economisti, tra i quali Pigou, Fuller, Rawls e Sen.

Nel secondo capitolo vengono analizzati diversi possibili fondamenti normativi dell'economia. In particolare vengono discusse la teoria economica della responsabilità, *Law and Economics* e la teoria della *Public Choice*.

Nel terzo e conclusivo capitolo si affronta, sulla scorta degli strumenti approntati nei capitoli precedenti, la problematica specifica dei rapporti tra diritto, economia e politica dalla prospettiva privilegiata costituita dalla teoria della scelta costituzionale.