

OMAR CHESSA

*La validità delle costituzioni scritte.
La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*

PARTE I. *Il dovere di obbedire alla costituzione e la Grundnorm. 1.1 Il dovere di obbedire alla costituzione – 1.2. La Grundnorm quale «norma suprema presupposta come estremo fondamento di validità» – 1.3. La Grundnorm come «fondamento condizionato e ipotetico» – 1.4. Chi presuppone la norma fondamentale? – 1.5. La presupposizione inconsapevole – 1.6. Riepilogo – 1.7. La dubbia normatività della Grundnorm – 1.8. La sovranità celata – 1.9. L'effettività necessaria.*

PARTE II. *La rule of recognition come fondamento della validità costituzionale 2.1. La distinzione tra norma di riconoscimento e costituzione – 2.2. La rule of recognition come fatto sociale e come norma giuridica – 2.3. Norme ipotetiche e norme reali – 2.4. Il «punto di vista interno» come «atteggiamento critico riflessivo» – 2.5. Atteggiamento critico riflessivo ed effettività – 2.6. La rule of recognition come causa dell'effettività – 2.7. La norma di riconoscimento è una regola normativa o concettuale? – 2.8. La fuorviante analogia con le regole dei giochi e con le regole grammaticali – 2.9. I due sensi in cui può essere normativa la norma convenzionale di riconoscimento.*

PARTE III. *La normatività della rule of recognition tra «attività cooperative condivise» e presupposti istituzionali – 3.1. Il punto di vista interno come «capacità darsi ragione per agire» – 3.2. La normatività della rule of recognition e le attività cooperative condivise – 3.3. Il modello della SCA e i suoi limiti – 3.4. I presupposti istituzionali della rule of recognition.*

PARTE IV. *Dalla teoria dei «fatti istituzionali» al «criterio di reciprocità» – 4.1. Fatti «bruti» e fatti «istituzionali» nel pensiero di J. Searle – 4.2. Regole costitutive e intenzionalità collettiva – 4.3. L'impossibile solitudine delle regole costitutive – 4.4. Segue: dove inizia lo Stato? – 4.5. Intenzionalità collettiva e principio d'imputazione – 4.6. La norma di riconoscimento come regola costitutiva – 4.7. L'ultimo tassello: il criterio di reciprocità – 4.8. Riepilogo finale e conclusione.*

PARTE I

*Il dovere di obbedire alla costituzione
e la Grundnorm*

1.1. *Il dovere di obbedire alla costituzione*

Abbiamo il dovere di obbedire alla costituzione? Indubbiamente sì, se riteniamo che il testo costituzionale sia fonte di norme giuridiche obiettivamente vincolanti. Tuttavia questa premessa ha bisogno, a sua volta, di essere fondata. Perciò dobbiamo chiederci per quale ragione il testo costituzionale è giuridicamente vincolante, ossia valido.

Mentre di una norma giuridica qualsiasi possiamo dire che è valida, e quindi vincolante, se è conforme a un'altra norma giuridica che ne determina il modo di produzione (la quale a sua volta è valida per la medesima ragione, e così via), possiamo ribadire questo schema gradualistico anche per le norme costituzionali e ritenere che mutuino la propria validità da una norma o insieme di norme precostituzionali?

A seguire Kelsen, la risposta non può che essere positiva: è dovuta obbedienza alla costituzione – e questa è quindi valida – perché una *Grundnorm* lo prescrive. Il maestro praghese trae questa conclusione dalla scelta metodica di tenere sempre ferma la distinzione tra *Sein* e *Sollen*, tra *essere* e *dover essere*:

«alla domanda sul motivo per cui una norma è valida (cioè sul motivo per cui un uomo si deve comportare in quel certo modo), non si può rispondere con una constatazione su di un fatto reale (...) il fondamento della validità di una norma non può essere tale fatto. Dal fatto che qualcosa è non si può dedurre che qualcosa *deve* essere, così come, dal fatto che qualcosa *deve* essere non si può dedurre che qualcosa è. Il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un'altra norma»¹.

Perciò, se vogliamo dire che la costituzione è valida giuridicamente e che è dovuta una condotta ad essa conforme, dobbiamo necessariamente presupporre una norma fondamentale.

Resta però da capire donde provenga questa norma e quale ne sia la natura.

¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 217.

1.2. La Grundnorm quale «norma suprema presupposta come estremo fondamento di validità»

Kelsen scrive che la norma fondamentale

«non è posta mediante un atto giuridico positivo, bensì è presupposta (...) In questo presupposto si trova l'estremo fondamento della validità dell'ordinamento giuridico; tale fondamento è però, per sua natura, soltanto condizionato e, in questo senso, ipotetico»².

Come si vede, in poche righe si addensa una quantità notevole d'informazioni, su cui occorre fare chiarezza.

Kelsen dice che: a) la *Grundnorm* non è *posta*, ma *presupposta*; b) che è «l'estremo fondamento» di validità della costituzione e dell'ordinamento; c) che, però, è un fondamento «condizionato e, in questo senso, soltanto ipotetico».

Possiamo trattare congiuntamente i punti a) e b), perché identificano profili complementari della norma fondamentale: questa è presupposta proprio perché è «l'estremo fondamento» di validità; ed è «l'estremo fondamento di validità», proprio perché non è posta. Difatti,

«come norma suprema deve essere *presupposta*, in quanto non può essere *posta* da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso»³.

In altre parole, se fosse *posta*, non sarebbe suprema, cioè fondamentale. In tal caso, infatti, sarebbe stata un'autorità a parlarla, la quale – a sua volta – avrebbe agito in base a un'altra norma, e così via. Per arrestare il *regressus ad infinitum* occorre, dunque, definire la norma fondamentale come *presupposta*, ossia come esistente nel pensiero e non già sul piano delle volizioni concrete, degli atti umani percepibili coi sensi nel mondo reale. In quanto norma fondativa presupposta, la *Grundnorm*

«istituisce la fattispecie fondamentale per la produzione del diritto; in questo senso, la si può designare come costituzione in senso logico-giuridico, per distinguerla dalla costituzione in senso giuridico-positivo. È il punto di partenza di un procedimento: il procedimento di produzione del diritto positivo»⁴

² H. KELSEN, *op. cit.*, 59.

³ H. KELSEN, *op. cit.*, 218-219.

⁴ *Ibidem*, 223.

La norma fondamentale convalidante è la «costituzione in senso logico-giuridico», mentre la costituzione *tout court*, convalidata dalla prima, viene detta «costituzione in senso giuridico-positivo». Entrambe sono giuridiche. La prima, però, è giuridica «in senso logico», mentre la seconda lo è in «senso positivo». La giuridicità logica della *Grundnorm* è un altro modo di ribadire che essa è una norma presupposta, cioè non «voluta» bensì «pensata», ipotizzata logicamente⁵.

Oltre che come «costituzione in senso logico-giuridico» Kelsen, richiamando la terminologia della gnoseologia kantiana, definisce la *Grundnorm* anche come «condizione logico-trascendentale» dell'ordinamento e della sua interpretazione come insieme di «norme giuridiche obiettivamente valide»⁶.

1.3. *La Grundnorm come «fondamento condizionato e ipotetico»*

Kelsen inoltre aggiunge – e siamo al punto c) – che questa norma suprema presupposta come estremo fondamento di validità è un fondamento «condizionato e, in questo senso, soltanto ipotetico».

Ma a cosa, precisamente, sarebbe condizionata la norma fondamentale? All'esistenza effettiva di un ordinamento coercitivo efficace nelle grandi linee. Se c'è questo, allora occorre formulare l'ipotesi di una norma fondamentale. Essa, infatti, «si riferisce direttamente ad una certa costituzione, realmente statuita (...) ed efficace nelle sue grandi linee, e indirettamente all'ordinamento coercitivo prodotto conformemente a questa costituzione». La *Grundnorm* è ipotetica perché è condizionata all'effettività della costituzione (e dell'ordinamento) che convalida. Per dirlo ancora una volta con le parole di Kelsen, «la funzione della norma fondamentale è di dare un fondamento alla validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè di un ordinamento coercitivo statuito con atti della volontà umana ed efficace nelle sue grandi linee»⁷.

⁵ «La norma fondamentale non può essere una norma voluta (ma) può essere soltanto una norma pensata» (*ibidem*, 230).

⁶ «Soltanto presupponendo la norma fondamentale è possibile interpretare il senso soggettivo dell'atto costituente e degli atti statuiti conformemente alla costituzione come loro senso oggettivo, cioè come norme giuridiche oggettivamente valide (...) la norma fondamentale può essere definita la *condizione logico-trascendentale* di questa interpretazione» (*ibidem*, 227, corsivo mio). E in modo ancora più chiaro: «solo quando si presuppone questa norma fondamentale riferendola a una certa costituzione, cioè solo quando si presuppone di doversi comportare conformemente a questa ben determinata costituzione, si può interpretare il senso soggettivo dell'atto costituente e degli atti statuiti in conformità alla costituzione come loro senso oggettivo, cioè come norme giuridiche oggettivamente valide, ed i rapporti basati su queste norme possono essere definiti rapporti giuridici» (*ibidem*, 226).

⁷ *Ibidem*, 226, 227. Da quanto riportato nel testo parrebbe, dunque, che la nozione di

Poiché la norma fondamentale è sempre condizionata all'effettività di un ordinamento dato, cioè poiché «si riferisce soltanto ad una costituzione effettivamente statuita»⁸, la sua formulazione dovrà sempre e necessariamente essere la seguente: «ci si deve comportare secondo la costituzione effettivamente statuita ed efficace»⁹. Questa, secondo Kelsen, è la «proposizione normativa» che la descrive, l'enunciato che ne articola il contenuto necessario.

Resta, allora, da capire chi enuncia questa proposizione normativa.

«norma fondamentale *presupposta*» non sia identica a quella di «norma fondamentale *ipotetica*». In teoria, infatti, ciò che è *presupposto* dovrebbe essere condizione di ciò che è *posto*, costituendone il substrato necessario senza il quale non potrebbe esistere. Al contrario, ciò che è *ipotetico* dovrebbe essere, per definizione, condizionato da qualcos'altro. Di qui il dilemma se la norma fondamentale sia condizionante ovvero condizionata, appunto: *presupposta* ovvero *ipotetica*. Il dilemma, però, è solo apparente. Anzitutto va detto che nell'uso linguistico comune non ci sono grandi differenze tra la situazione di chi agisce presupponendo che una data norma sia esistente e la situazione di chi agisce ipotizzandola come esistente: in entrambi i casi si agisce come se quella data norma ci fosse. In secondo luogo va detto che la norma fondamentale è il presupposto logico-trascendentale di ciò che è posto e non già un suo presupposto esistenziale. Ciò che è posto, ed «efficace nelle grandi linee», per essere tale non ha affatto bisogno della *Grundnorm*, giacché sussiste già in sé e per sé: la *Grundnorm* è (solo) il presupposto perché possa essere pensato come appartenente al fenomeno giuridico, ossia come diritto obiettivamente valido. E quindi, mentre l'esistenza di ciò che è posto ed effettivo non deriva dal presupposto di una norma fondamentale (poiché da tale presupposto deriva soltanto la sua pensabilità come diritto), al contrario l'esistenza della norma fondamentale (anche se la sua esistenza è solo intellettuale e non empirica, fattuale) è condizionata dall'esistenza effettiva di un ordinamento «efficace nelle sue grandi linee». Insomma, (contrariamente a quanto sostenuto da B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna 1999, 376 ss.) non c'è nessuna contraddizione logica intrinseca tra la definizione della *Grundnorm* come norma *presupposta* e la sua definizione come norma *ipotetica*. Semmai, come vedremo in seguito, il problema è se essa possa giustamente definirsi in termini normativi, cioè se essa sia una norma.

⁸ *Ibidem*, 237.

⁹ *Ibidem*, 242. Da ciò si evince, inoltre, che la norma fondamentale, per necessità logica dettata dal suo essere condizionata al principio di effettività, «non contiene altro che l'istituzione di una fattispecie produttiva di norme, l'autorizzazione di un'autorità legiferante» (*ibidem*, 220), ossia non contiene altro che l'autorizzazione dell'autorità costituente che ha prodotto una costituzione efficace nelle grandi linee. Sicché non può aggiungere a quest'autorizzazione dei contenuti normativi di tipo sostantivo o addirittura consistere di una norma o principio sostantivo diverso da quello consistente nell'autorizzare l'autorità costituente effettiva. Infatti, se la norma fondamentale avesse un contenuto sostantivo, non potrebbe svolgere la sua funzione tipica, consistente nel convalidare una costituzione od ordinamento effettivi, perché potrebbe invalidare l'ordinamento o la costituzione che, pur effettivi, non si conformassero a tale contenuto. A tale proposito Kelsen dice assai chiaramente che «la norma fondamentale fornisce soltanto il fondamento della validità, non però anche il contenuto delle norme che costituiscono questo sistema» (*ibidem*, 221).

1.4. Chi presuppone la norma fondamentale?

Kelsen scrive che «la norma fondamentale non può essere il senso soggettivo di un atto di volontà (...) può essere soltanto il contenuto di un atto intellettuale»: non può essere, cioè, «una norma voluta», perché «può essere soltanto una norma pensata»¹⁰.

Se la presupposizione della norma fondamentale è il «contenuto di un atto intellettuale», allora è un evento psicologico che si produce nella mente di qualcuno: chi, precisamente, compie l'atto di presupporre la *Grundnorm*?

Kelsen non chiarisce mai se l'atto intellettuale di presupporre la norma fondamentale è compiuto (da qualcuno) o se *deve essere* compiuto; e sembra accogliere indifferentemente entrambi i corni dell'alternativa. Inoltre non dice neppure se a presupporre, o a dover presupporre, la norma fondamentale siano gli scienziati del diritto ovvero i giudici (insieme a tutti gli altri che con i propri atti applicano e creano diritto).

Si prenda come esempio questo passo:

«la norma fondamentale è quella norma che *si presuppone* quando (...) l'atto costituente (...) è *interpretato* come una fattispecie produttiva di diritto (corsivi miei)»¹¹.

Lo si confronti col seguente:

«la validità della costituzione, la convinzione che essa sia una norma vincolante, *deve essere presupposta*, se si vuole che *sia possibile interpretare* gli atti posti in essere conformemente ai suoi principi come produzione ed applicazione di norme giuridiche generali e valide e gli atti posti in essere nell'applicazione di queste norme giuridiche generali come la produzione o l'applicazione di norme giuridiche individuali oggettivamente valide (corsivi miei)»¹².

Nel primo passo si dice che «si presuppone» la norma fondamentale quando l'atto costituente «è interpretato» come produttivo di una costituzione valida. Ciò significa che chi interpreta e, quindi, applica la costituzione come norma giuridica vincolante, presuppone la *Grundnorm*: almeno i giudici, perciò, compirebbero l'atto intellettuale di pensare la norma fondamentale ogni volta che applicano il diritto.

Nel secondo passo, invece, si dice che la validità della costituzione – ossia la *Grundnorm* che ne prescrive la validità, la prescrittività – «deve essere

¹⁰ *Ibidem*, 228.

¹¹ *Ibidem*, 223.

¹² *Ibidem*, 225.

presupposta», se si vuole che «sia possibile interpretare» come diritto gli atti compiuti in esecuzione della costituzione (effettiva). Non si descrive pertanto un processo intellettuale che si produce fisiologicamente per il solo fatto di agire come operatori del diritto, non si afferma che l'evento psicologico consistente nel pensare la *Grundnorm* si realizza ogniqualvolta un giudice applica la costituzione e gli atti validi in base ad essa: si sottolinea, invece, la necessità di pensare la norma fondamentale (di presupporla, d'ipotizzarla), affinché la costituzione e l'ordinamento siano concepibili come diritto obiettivo e non già come una serie di mere volizioni soggettive. Insomma si dice solo che è necessario pensare la *Grundnorm*, non già che qualcuno lo faccia veramente. Non è una differenza da poco: se la norma fondamentale esistesse soltanto se i giudici la pensano effettivamente, si porrebbe una condizione particolarmente impegnativa alla giuridicità di un ordinamento dato. La mera effettività dovrebbe accompagnarsi alla diffusa credenza che una norma fondamentale imponga la doverosità dell'ordinamento efficace nelle grandi linee. Ma è questo ciò che Kelsen voleva dirci?

Si prenda in esame il seguente passo:

«Alla domanda: “Chi presuppone la norma fondamentale?”, la dottrina pura del diritto risponde: “chiunque interpreti il significato oggettivo dell'atto costituente e degli atti statuiti conformemente alla costituzione, come loro senso oggettivo, cioè come norma oggettivamente valida”. Quest'interpretazione è funzione della conoscenza, non della volontà. Poiché la scienza del diritto può soltanto descrivere norme, e non prescriberle»¹³.

L'atto di presupporre la norma fondamentale è compiuto dalla «scienza giuridica». E questa scienza appartiene a chiunque interpreti e descriva come giuridico un dato ordinamento effettivo: non solo, perciò, ai giuristi accademici – gli scienziati del diritto *tout court* – ma anche ai giudici, nella misura in cui intendono la costituzione effettiva come «norma oggettivamente valida». Qui però si palesa il problema di prima: la dottrina pura del diritto pone come condizione di possibilità, di esistenza ed effettività stessa del diritto la necessità che chi lo applica e produce lo faccia *pensando* la norma fondamentale?

Se si risponde di sì, le conseguenze non sarebbero di poco momento. Se chi applica una costituzione presupponendo necessariamente di doverlo fare, la rende in questo modo effettiva, allora è come se si dicesse che non solo la validità ma pure l'effettività dell'ordinamento dipende dalla norma fondamentale: l'atto psicologico di presupporre una norma fondamentale sarebbe, dunque, non solo il prodotto ma anche la *causa* dell'effettività dell'ordinamento?

¹³ *Ibidem*, 231, nt. 1.

1.5. *La presupposizione inconsapevole*

Se si rispondesse di sì all'ultima domanda, sarebbe difficile per Kelsen tenere fermo che la *Grundnorm* non è una norma voluta ma solo conosciuta e che «la scienza del diritto può soltanto descrivere norme, e non prescriberle». Ma soprattutto – come vedremo meglio in seguito – le differenze tra la norma fondamentale kelseniana e la norma di riconoscimento hartiana tenderebbero a sfumare fino quasi a svanire. Ma andiamo con ordine, esaminando quest'altro passaggio decisivo della *Reine Rechtslehre*:

«Con la sua teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto non inaugura affatto un nuovo metodo della conoscenza giuridica. Non fa che rendere consapevole quello che tutti i giuristi compiono per lo più inconsapevolmente»¹⁴.

Quindi tutti i giuristi, compresi i giudici e funzionari vari, presuppongono «inconsapevolmente» la *Grundnorm*. Cosa significa?

Può significare che i giudici, quando applicano la costituzione, non sono consapevoli di farlo obbedendo a una norma fondamentale. Tuttavia, ciò equivarrebbe a postulare l'esistenza di una norma fondamentale che guida il comportamento dei giudici, i quali però della qual cosa non sarebbero a conoscenza: il che, nella prospettiva kelseniana, è inaccettabile, perché la *Grundnorm* è solo una norma pensata e se neanche è pensata, non si può certo dire che sia esistente e operante.

In alternativa “presupporre inconsapevolmente la norma fondamentale” può significare che i giudici applicano la costituzione assumendo *irriflessivamente* di doverlo fare. Fanno quel che fanno perché ritengono di doverlo fare, anche se poi non s'interrogano a fondo sul perché siano destinatari di quest'obbligo (o sull'esistenza effettiva di quest'obbligo). In questo senso la dottrina pura del diritto porta a consapevolezza «quello che tutti i giuristi fanno perlopiù inconsapevolmente».

La «presupposizione inconsapevole» è dunque la regola nella pratica giuridica: è fisiologico che sia così. Solo la scienza giuridica più avvertita, cioè la dottrina pura del diritto, compie questa presupposizione consapevole.

Da ciò si ricava inoltre che per Kelsen l'effettività dell'ordinamento non sorge assieme alla sua validità e non è il frutto di un diffuso «atteggiamento critico riflessivo» dei giudici e dei funzionari in genere¹⁵. Tutti coloro che praticano una «scienza positivista del

¹⁴ *Ibidem*, 231.

¹⁵ La formula «atteggiamento critico riflessivo» è notoriamente di H.L.A. Hart, su cui ci tratteremo a lungo nel prosieguo.

diritto», ivi compresi i giudici, non producono la *Grundnorm*, ma si limitano soltanto ad «accertare che questa norma (...) è presupposta come norma fondamentale nell'attribuire un fondamento alla validità oggettiva delle norme giuridiche e nell'interpretare un ordinamento coercitivo, efficace nelle sue grandi linee, come un sistema di norme giuridiche oggettivamente valide»¹⁶.

La «scienza positivista del diritto» di cui parla Kelsen è quella scienza che non tratta di un ordinamento ideale (o passato o futuro o immaginario), ma dell'ordinamento coercitivo ed efficace nelle grandi linee qui e ora. Essa costata l'effettività e registra che questo o quell'atto è una costituzione effettiva o una legge adottata in base a una costituzione effettiva o un regolamento valido in base a una legge conforme a una costituzione effettiva. Conosce questi atti come fonti socialmente efficaci; e quindi, per poterne trarre norme oggettivamente valide deve alfine presupporre una norma fondamentale. A sua volta questa *Grundnorm* è pensata, conosciuta e non già voluta, per la stessa ragione per cui la scienza giuridica non vuole che determinati atti siano costituzioni, leggi, regolamenti, ecc., ma li conosce, registra come tali¹⁷.

Insomma, la scienza giuridica non vuole la norma fondamentale, ma solo la pensa, la conosce come fondamento di validità dell'ordinamento. C'è dunque una scissione tra chi conosce (o presuppone) la costituzione come valida e chi vuole che lo sia: se i primi sono i giudici, i funzionari e gli scienziati del diritto, chi sono invece gli altri? Sono tutti coloro che formano l'autorità politica cui si deve l'imposizione dell'ordinamento coercitivo efficace nelle grandi linee. L'effettività è il prodotto di chi è politicamente sovrano, di chi detiene la forza prevalente. La validità, invece, è il prodotto del ceto dei giuristi, al quale spetta solo una funzione dichiarativa, ossia riconoscere come giuridico (e obiettivamente valido) ciò che è soggettivamente voluto e imposto come effettivo dall'entità politica più forte.

L'effettività di un ordinamento è, dunque, un dato obiettivo prodotto dall'assetto di potere esistente e di cui la scienza giuridica solo prende atto. Alfine il pensiero giuridico non può che riflettere l'esito dei rapporti politici di forza, pensando come valido ciò che è effettivo e disinteressandosi del modo in cui quest'effettività si costituisce.

¹⁶ *Ibidem*, 229

¹⁷ Certo, una volta conosciuti, pensati come atti appartenenti a un tipo, queste fonti vengono applicate e quindi il loro contenuto viene specificato, concretizzato per mezzo di un'attività creativa, produttiva di nuovo diritto (attività produttiva che si aggiunge e affianca a quella conoscitiva sopradetta). Il giudice conosce il codice civile come legge valida e poi determina creativamente il significato delle norme codicistiche generali.

1.6. Riepilogo

Riepiloghiamo. La *Grundnorm* eleva l'effettività dell'ordinamento a sua «condizione di validità», creando il seguente «sillogismo normativo su cui si fonda la validità di un ordinamento normativo»:

«la proposizione normativa che descrive la norma fondamentale (“ci si deve comportare secondo la costituzione effettivamente statuita ed efficace”) costituisce la premessa maggiore; la proposizione enunciante un fatto concreto (“la costituzione è stata effettivamente statuita ed è valida”), cioè le norme poste in essere conformemente ad essa sono applicate e seguite nelle loro grandi linee) costituisce la premessa minore; la proposizione normativa (“ci si deve comportare conformemente all'ordinamento giuridico”, cioè l'ordinamento giuridico è in vigore) costituisce la conclusione»¹⁸.

Abbiamo detto che questa norma fondamentale non è *posta* ma *presupposta*. E precisamente, deve necessariamente essere presupposta da chi applica effettivamente la costituzione (o comunque fa valere l'ordinamento complessivo che promana dalla costituzione). La presupposizione della norma fondamentale è la condizione logico-trascendentale perché le norme dell'ordinamento siano concepibili come «oggettivamente valide» e non già solo come «soggettivamente statuite».

Ma ciò – *repetita iuvant* – a condizione che questa volizione soggettiva (o serie di volizioni soggettive) sia inserito in un ordinamento coercitivo che complessivamente, «a grandi linee», abbia la forza, la capacità materiale di imporsi sulle volizioni contrarie.

Dunque, la norma fondamentale è presupposta o ipotizzata, perlopiù inconsapevolmente, da chi asserisce che talune norme giuridiche sono valide. E se non la presupponesse o ipotizzasse, non potrebbe formulare tali giudizi di validità. Di qui la valenza logico-trascendentale della *Grundnorm*, la quale pertanto esiste – *deve* esistere – nel pensiero di chi assume che determinate norme sono obiettivamente valide, cioè facenti parte dell'ordinamento normativo che è coercitivo, «efficace nelle grandi linee».

1.7. La dubbio normatività della Grundnorm

Il diavolo, però, si cela nei dettagli.

Quando Kelsen parla di effettività dell'ordinamento, precisa sempre che deve essere intesa «a grandi linee». Ebbene, se un ordinamento è «efficace nelle

¹⁸ *Ibidem*, 242.

grandi linee», allora significa che non lo è nella sua interezza, perché possono esserci delle sacche di resistenza. Non è, quindi, impensabile che accanto a quei giudici e funzionari che applicano effettivamente la costituzione e gli altri criteri di validità, ve ne siano altri che invece hanno un comportamento recalcitrante e che non contribuiscono per nulla all'effettività dell'ordinamento complessivo nel quale operano. I primi, ovviamente, saranno la stragrande maggioranza, diversamente l'ordinamento non potrebbe essere «efficace a grandi linee»; i secondi, invece, saranno una minoranza, più o meno sparuta.

Ora, trattandosi di una minoranza, è presumibile che siano sempre destinati a soccombere, almeno fintantoché non saranno maggioranza (in tal caso, l'ordinamento coercitivo, «efficace nelle grandi linee», diverrà un altro). Ma fintantoché saranno minoranza non può certo dirsi che anche per loro valga la *Grundnorm* come norma vincolante presupposta. Questo è un punto assai delicato, su cui conviene soffermare l'attenzione in modo particolare. Se la norma fondamentale dice che «si deve obbedire alla costituzione effettivamente statuita ed efficace» e se questa norma – come dice Kelsen – «esiste solo nel pensiero» e, in particolare, nel pensiero di coloro che assumono le norme costituzionali come valide, allora non potrà certo esistere nel pensiero di chi, invece, non le assume come tali. È chi applica la costituzione (assumendola come norma giuridica valida) a dover presupporre la norma fondamentale: chi non la applica e, quindi, non la assume come norma giuridica valida, non dovrà presupporre alcunché. Insomma, il dovere di obbedire alla costituzione efficace si rivolge soltanto a coloro che già la osservano: la *Grundnorm* offre una giustificazione logico-trascendentale del perché la seguono come norma, ma non si può certo dire che essi fanno ciò perché una *Grundnorm* chiede loro di farlo.

La norma fondamentale non è, dunque, una ragione per obbedire alla costituzione; non è una regola autenticamente normativa. Semmai, è ciò che occorre presupporre, in modo logico-trascendentale, affinché abbia senso assumere la costituzione come norma vincolante. Pertanto non offre risposta alla domanda se abbiamo il dovere di obbedire alla costituzione. Ci dice solo che se di fatto obbediamo alla costituzione, dobbiamo presupporre il dovere di farlo. È l'effettività della costituzione a produrre il dovere di presupporre che all'origine di quest'efficacia ci sia una norma vincolante. Tuttavia questo dovere di presupporre una norma fondamentale varrà soltanto per coloro che già agiscono come se la costituzione fosse fonte di norme valide. Nei confronti di chi non è allineato con questa credenza, non può logicamente sortire alcun vincolo: semplicemente sarà inesistente.

In definitiva, ci troviamo di fronte a un'eterogenesi dei fini: se si sviscerano coerentemente le assunzioni della teoria kelseniana della *Grundnorm*, nessuno ha il dovere di obbedire alla costituzione. Non ce l'hanno coloro che già vi prestano osservanza, perché la norma fondamentale non è la causa del loro comportamento, ma solo ciò che lo rende concepibile su un piano meramente logico-trascendentale. E *a fortiori* non

ce l'hanno coloro che disattendono la costituzione, *a meno che non si voglia asserire che c'è il dovere di obbedire alla costituzione quando si è sanzionati se non lo si fa.*

1.8. *La sovranità celata*

L'ultima considerazione solleva problemi formidabili.

Se il dovere di obbedire alla costituzione si fonda sulla minaccia di una sanzione, allora significa che sopra la norma fondamentale primaria «si deve obbedire alla costituzione effettiva», c'è una norma fondamentale secondaria che dice “se non si ubbidisce alla costituzione effettivamente applicata, s'incorre in una sanzione”? In realtà la seconda può ritenersi implicitamente incorporata nella prima, laddove accenna alla «costituzione effettiva»: ma in tal caso la *Grundnorm* sarebbe “si deve obbedire alla costituzione effettiva, se non si vuole essere sanzionati per non averlo fatto”. Ciò significa che la *Grundnorm* è una norma coercitiva?

Data la coercitività ed effettività complessiva dell'ordinamento, una norma giuridica è tale non solo perché appartiene all'ordinamento, ma anche perché è una norma la cui violazione può essere sanzionata. Sicché, norma valida di un ordinamento effettivo e norma coercitiva coincidono: Kelsen non avrebbe nulla da eccepire rispetto a quest'identificazione.

Tuttavia, una cosa è dire: «si deve ubbidire alla costituzione effettivamente osservata»; un'altra è dire: “se non si ubbidisce alla costituzione effettivamente applicata, si incorre in una sanzione” o, più icasticamente, “è sanzionata l'inosservanza della costituzione”. Solo la prima proposizione può figurare come norma fondamentale presupposta. La seconda, invece, non può certo essere una presupposizione logico-trascendentale: al massimo potrà essere una norma positivamente stabilita dall'ordinamento presupposto come valido (una norma che, precisamente e tra le altre cose, definisca cosa valga per sanzione dell'inosservanza costituzionale).

Ma in realtà è assai presumibile che sia un'altra cosa ancora. Difatti, la proposizione “è sanzionata l'inosservanza della costituzione”, in assenza di statuizioni positive che l'adottino come norma giuridica, non è altro che la previsione di un evento futuro. È un richiamo alla cogenza della effettività delle cose: chi devia dalle prescrizioni del potere dominante rischia di rimanere intrappolato nelle maglie della coercizione.

Vista da quest'ottica, la teoria della *Grundnorm* o è del tutto inutile, non potendo fondare obblighi di nessun tipo, o non è altro che una più sofisticata formulazione della “legge del più forte”. In ogni caso si tratterebbe di una dottrina che, contro l'intendimento del suo Autore, non riesce a liberarsi del dogma invadente della sovranità: anche se dissimulato dietro il paravento della *Grundnorm*, sarebbe pur sempre la

presupposizione di un potere sovrano – quali ne siano le fattezze e l'interna articolazione – a spiegare la genesi e l'essenza del diritto.

A tutto questo può replicarsi che la dottrina della norma fondamentale non si preoccupa affatto di spiegare se sia proprio la volontà del più forte a dettare legge o come vi riesca. Ciò sarebbe, del resto, in perfetta consonanza con le assunzioni metodologiche della dottrina pura del diritto. L'effettività, insieme alla sua consistenza, articolazione interna, modi di formazione ed espressione, è al di là dell'indagine giuridica. Interessa, semmai, la sociologia, la scienza politica e altre scienze sociali o naturali comunque distinte dalla scienza giuridica.

A Kelsen, dunque, non interessa se l'effettività che la norma fondamentale presupposta eleva a condizione di validità della costituzione sia la «decisione fondamentale» di un'entità politica esistente o la «costituzione materiale», cioè l'indirizzo di un gruppo politico dominante che agisce in vista di un fine ideologico fondamentale. Comunque tali fatti sociali e soggetti reali non fonderebbero la validità della costituzione, ma al massimo ne costituirebbero la «condizione di validità», cioè la fattispecie concreta o l'insieme delle concrete volizioni soggettive cui la norma fondamentale imputa l'effetto dell'obbligatorietà obiettiva.

Dal punto di vista kelseniano, teorie come quella schmittiana o mortatiana (o smendiana o helleriana) sono solo tentativi, più o meno riusciti e corretti, di precisare la natura della fattispecie concreta cui la *Grundnorm* si applica sillogisticamente. Kelsen si preoccupa solo della premessa maggiore del sillogismo della validità, lasciando ad altri il compito di identificare quella minore.

Difatti, se – come abbiamo visto – la premessa maggiore del sillogismo della validità, ossia la norma fondamentale, è la proposizione «si deve obbedire alla costituzione effettivamente applicata», la premessa minore può essere, indifferentemente, “è costituzione effettiva, cioè data *esistenzialmente*, la decisione fondamentale di (cioè il testo deciso da) un popolo unito politicamente” oppure “è costituzione effettiva il documento che codifica il fine politico fondamentale del gruppo politico dominante”. In ogni caso, non possono valere come obiezioni alla fondatezza della premessa maggiore: questa può ospitare, potenzialmente, più formulazioni alternative della premessa minore.

Insomma, dal punto di vista di Kelsen, teorie come quella di Schmitt e Mortati possono essere teorie sulla effettività e non sulla validità delle costituzioni.

1.9. *L'effettività necessaria*

Resta, però, da stabilire se la teoria kelseniana della norma fondamentale sia veramente in grado di distinguere validità ed effettività della costituzione.

Abbiamo detto che chi applica effettivamente la costituzione la assume come norma e ne deve sempre presumere logicamente la validità, cioè la sua derivabilità da una norma fondamentale presupposta. Ciò significa che, alla luce delle stesse premesse kelseniane, una costituzione effettiva è, per definizione, una costituzione valida: dove c'è una costituzione effettiva, per necessità logica deve esserci una costituzione valida (in base a una norma fondamentale). Non per caso lo stesso Kelsen scrive che «la norma fondamentale si riferisce soltanto a una costituzione effettivamente statuita ed efficace»¹⁹. Da un lato un ordinamento effettivo o costituzione effettiva debbono sempre accompagnarsi a una norma fondamentale presupposta perché possano intendersi come validi e obiettivamente giuridici; dall'altro, la norma fondamentale è sempre la norma fondamentale di una costituzione effettiva: e se non fosse così, sarebbe o la *Grundnorm* di un ordinamento giuridico del passato ovvero quella di un ordinamento che non è giuridico (perché, ad esempio, puramente immaginario). Insomma, l'effettività e la validità della costituzione *simul stabunt simul cadent*. Ciò è già la dimostrazione del fatto che la dottrina pura del diritto non riesce a distinguere tra effettività e validità?

Kelsen, ovviamente, risponderebbe di no.

Nella *Reine Rechtslehre* si legge che «l'efficacia è una condizione della validità, ma non è la validità stessa» e che «questo deve essere posto in particolare rilievo, poiché di continuo si ripete il tentativo di identificare la validità del diritto con la sua efficacia»²⁰. In particolare, come già si è detto, l'effettività non è «fondamento di validità» ma «condizione di validità» dell'ordinamento (o della costituzione): se fosse il primo, l'effettività fonderebbe la validità, con ciò dimostrando che tra i due termini non potrebbe esserci distinzione. Fondamento di validità sarebbe invece la *Grundnorm*, la quale eleverebbe – per l'appunto – l'effettività a condizione di validità della costituzione (o dell'ordinamento).

¹⁹ *Ibidem*, 237. E ancora, quando accenna al fenomeno della sostituzione rivoluzionaria di una costituzione con un'altra, scrive che «coll'entrata in vigore della nuova costituzione muta la norma fondamentale, cioè il presupposto in presenza del quale l'atto costituente e le fattispecie previste conformemente alla costituzione si possono interpretare come fatti in cui si creano o in cui si applicano norme giuridiche». In altre parole, se un atto costituente rivoluzionario produce una nuova costituzione effettiva, la cui validità giuridica non sia derivabile dalla costituzione precedente, allora dobbiamo presupporre, sempre in modo logico-trascendentale, che sia mutata la relativa norma fondamentale: «la modificazione della norma fondamentale è successiva alla modificazione dei fatti che si considerano produzione ed applicazione delle norme giuridiche valide» (p. 237). Sicché, «dal momento in cui la vecchia costituzione ha perso la sua efficacia e la nuova è entrata in vigore (...), gli atti che si presentano con il senso soggettivo di produrre o di applicare norme giuridiche vengono interpretati non più alla luce della vecchia norma fondamentale, bensì della nuova».

²⁰ *Ibidem*, 243.

Sarebbe dunque la norma fondamentale, e non l'effettività, a trasmettere validità all'ordinamento (o alla costituzione). Non per caso Kelsen ribadisce continuamente che occorre una norma per assegnare all'essere del fatto il *dover essere* del diritto valido; e precisamente una norma fondamentale che dica: "è giuridicamente doverosa, e quindi valida, la costituzione effettiva".

Il punto, però, è se la norma fondamentale che assegna validità all'efficacia possa non farlo. E – come abbiamo visto – la risposta è negativa: la *Grundnorm* non può non prevedere che l'ordinamento effettivo deve essere valido. Non sarebbe sbagliato dire che la formulazione necessaria della norma fondamentale potrebbe essere la proposizione: "l'ordinamento effettivo deve essere valido": ma questa sarebbe veramente una proposizione normativa? In particolare, sarebbe una proposizione diretta ad ascrivere validità all'efficacia secondo il «principio d'imputazione»?

Kelsen ci ha insegnato a distinguere tra il principio di causalità e quello d'imputazione, fondando su questa distinzione quella tra scienza causale e scienza normativa, legge naturale e legge giuridica.

In base al principio di causalità, la causa e il suo effetto, A e B, sarebbero collegati in modo necessario, ossia in modo tale che al verificarsi dell'uno (A) segue il verificarsi dell'altro (B) indipendentemente da qualsiasi intervento umano esterno. In altre parole, il collegamento tra A e B (tra il verificarsi dell'uno e il verificarsi dell'altro) non è creato artificialmente dalla volontà umana (normativa), ma è determinato dalla necessità naturale o sociale.

Al contrario, secondo la logica del principio d'imputazione, che è propria della scienza normativa e della legge giuridica, in una proposizione normativa non si afferma che «dato A, è B, bensì che, dato A, deve essere B»²¹. La volontà umana, quindi, può decidere di collegare A e B e, quindi, di connettere al verificarsi di un certo evento un determinato effetto; oppure può decidere, con eguale libertà, di non collegare affatto A e B. Insomma, in base al principio d'imputazione la volontà umana può ricondurre a un fatto A una conseguenza B, anche se nessuna legge di causalità connetterebbe i due termini. Ebbene, può dirsi lo stesso per la norma fondamentale?

A ben vedere, no. La proposizione "l'ordinamento effettivo deve essere valido" è una proposizione necessaria, perché nessun'altra formulazione normativa potrebbe disporre diversamente: e ciò esattamente allo stesso modo in cui nessuna norma umana, costruita secondo il principio d'imputazione, potrebbe disporre, contro la necessità naturale, che un «metallo riscaldato non si dilati» (per stare all'esempio kelseniano di rapporto causale²²). Invero, in

²¹ *Ibidem*, 95

²² *Ibidem*, 93.

questo caso dire che “l’ordinamento effettivo *deve essere* valido” e dire che “l’ordinamento effettivo *è* valido” sono la medesima cosa. Rovesciando la formula kelseniana, dobbiamo dire che nel caso della norma fondamentale non è vero che «dato A, deve essere B, bensì che, dato A, è B». Non c’è, dunque, imputazione ma qualcosa che somiglia parecchio alla causalità.

Infine, quali sarebbero i due elementi A e B collegati dalla *Grundnorm*? Posto che nella proposizione “l’ordinamento effettivo è valido” A è l’effettività dell’ordinamento, B cos’è, la sua validità? Se così fosse, la formulazione della norma fondamentale si ridurrebbe a questo: “se (A, cioè se) un ordinamento è, allora (B, cioè) deve essere”. Ma che senso avrebbe dire che qualcosa che è deve pure essere? A ben guardare, potrebbe significare soltanto questo: che «ciò che esiste (...) è – giuridicamente considerato – meritevole di esistere»; formula, quest’ultima, che non è coniata da Hans Kelsen, ma dal suo grande rivale Carl Schmitt²³.

²³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928; trad. it., *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, 40.

PARTE II

La *rule of recognition* come fondamento della validità costituzionale

2.1. La distinzione tra norma di riconoscimento e costituzione

Kelsen non è stato il solo a teorizzare che la validità ultima dell'ordinamento riposa su una norma fondativa. Anche il pensiero di Herbert L.A. Hart può leggersi come il tentativo di individuare la scaturigine dell'ordinamento in una regola suprema originaria anziché sulla mera esistenza di un assetto di potere.

Difatti, in polemica con le tesi di John Austin, Hart afferma che

«il fondamento di un ordinamento giuridico non consiste in una generica abitudine all'obbedienza a un sovrano giuridicamente illimitato, ma in una norma definitiva di riconoscimento che stabilisce dei criteri per l'individuazione delle norme valide dell'ordinamento»²⁴.

La prima questione da affrontare è se la *rule of recognition* sia qualcosa di diverso da una costituzione scritta. Abbiamo visto che in Kelsen la *Grundnorm* e la costituzione scritta non coincidono²⁵. In Hart questo non emerge con altrettanta chiarezza.

I passi nei quali si tratta del problema non sono numerosi. In uno di questi Hart rileva che, di solito,

«in un ordinamento giuridico moderno, in cui vi è una varietà di “fonti” del diritto, la norma di riconoscimento è più complessa: i criteri per individuare il diritto sono molteplici e comunemente comprendono una costituzione scritta»²⁶.

²⁴ Ne consegue che «dire che una data norma è valida significa riconoscere che essa ha superato tutte le prove stabilite dalla norma di riconoscimento, e che è quindi una norma dell'ordinamento»: così H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1961; trad. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1991 (II edizione), 291, nt. 118.

²⁵ E difatti, la prima è la «costituzione in senso logico-giuridico», la seconda è la «costituzione in senso giuridico-positivo».

²⁶ *Ibidem*, 119. In altre parole, la norma di riconoscimento fornisce i criteri per l'individuazione delle norme valide e questi criteri possono comprendere il riferimento «a un testo dotato di autorità, a un provvedimento legislativo, alla pratica consuetudinaria (...) o a decisioni giudiziarie» (*Ibidem*, 118, 119).

La norma di riconoscimento delle norme valide può dunque comprendere il riferimento a una costituzione formale. Da ciò pare evincersi la distinzione tra la prima e la seconda: dire che tra i criteri d'individuazione del diritto valido offerti dalla *rule of recognition* c'è pure, o vi può essere pure, il riferimento alla costituzione scritta, significa postulare che questa *non* è la norma di riconoscimento ma *presuppone* la norma di riconoscimento (quale regola fondativa della sua validità)²⁷.

Tuttavia, si tratta di un'interpretazione che altri passi del lavoro hartiano possono sconfessare. Uno in particolare accredita l'impressione che la costituzione scritta, ove esistente, sia la norma di riconoscimento e che, pertanto, sia un'inutile ripetizione postulare al di là e prima del documento costituzionale l'esistenza di una norma ulteriore dalla quale questo tragga la sua validità:

«se una costituzione che stabilisce le varie fonti del diritto è una realtà vivente, nel senso che i tribunali e i funzionari dell'ordinamento individuano il diritto in accordo con i criteri che essa stabilisce, allora la costituzione è accettata ed esiste realmente. Sembra una ripetizione inutile suggerire che vi sia un'ulteriore norma secondo la quale la costituzione (...) deve essere obbedita»²⁸.

Qui l'obiettivo polemico dichiarato è la teoria kelseniana della *Grundnorm*, e Hart sembra suggerire che se la costituzione scritta opera come norma di riconoscimento effettivamente praticata non c'è bisogno di interrogarsi sulla sua validità, pretendendo di ricavarla da una norma

²⁷ In uno scritto di rapide osservazioni a questo mio lavoro Simone Pajno mi obietta che il passo hartiano riportato nel testo può interpretarsi diversamente. A suo giudizio Hart voleva dirci che: «a) solitamente, nei moderni ordinamenti c'è una costituzione scritta; b) che solitamente, nei moderni ordinamenti ci sono varie altre fonti del diritto; c) che solitamente, dunque, nei moderni ordinamenti costituzionali la norma di riconoscimento del diritto valido è composita, poiché comprende sia la costituzione che queste altre fonti che vanno "riconosciute" in base ad essa». Di talché non potrebbe evincersi certo la distinzione tra *rule of recognition* e testo costituzionale. Non escludo che Hart intendesse dire esattamente quello che il prof. Pajno scorge nelle sue parole (come del resto sembra emergere dall'altro passo hartiano che riporto dappresso nel testo). Credo, però, che una volta asserto che la norma di riconoscimento è complessa perché può comprendere diversi criteri, tra cui pure il riferimento a una costituzione scritta, si debba conseguentemente distinguere tra la *rule of recognition* e ciò che da essa si ricava. In altre parole, dire che la norma di riconoscimento comprende la costituzione scritta equivale a dire che essa indica come doveroso usare il testo costituzionale come criterio di validità: ed evidentemente, la norma secondo cui è doveroso usare la costituzione è altra cosa dall'insieme delle norme costituzionali che si evincono dal testo costituzionale e che operano come criterio di validità. Ma sul punto si veda quanto scrivo dappresso nel testo.

²⁸ *Ibidem*, 292, nt. 3.

fondamentale presupposta. Ma la tesi non convince, proprio alla luce delle premesse teoriche da cui Hart stesso prende le mosse.

Per avvedersene, è utile prendere in esame l'esempio offerto dall'ordinamento inglese. Qui la norma di riconoscimento effettivamente praticata dai giudici è "la volontà del Parlamento (espressa così e così) è legge": ciascun atto adottato dal Parlamento così e così è dunque diritto valido perché soddisfa la norma di riconoscimento. Ora, dal punto di vista di Hart sarebbe scorretto affermare che non ha senso porsi il problema della validità della legge se questa è effettivamente applicata: il punto è che essa è effettivamente applicata proprio perché è stata preliminarmente individuata come diritto valido secondo il criterio offerto dalla norma di riconoscimento. Ebbene, lo stesso ragionamento deve riproporsi pari pari per la costituzione scritta: questa viene applicata effettivamente proprio perché è stata preliminarmente riconosciuta come diritto valido. In questo caso, la norma di riconoscimento è "le prescrizioni del documento costituzionale sono diritto valido" (oppure: "la volontà dell'assemblea costituente incorporata nel documento costituzionale è diritto valido", ecc.)²⁹.

In definitiva, la *rule of recognition* di Hart non può non svolgere la medesima funzione della *Grundnorm* di Kelsen: fondare la giuridicità della costituzione e, a cascata, di qualsiasi altra norma dell'ordinamento.

Ciò precisato, la teoria hartiana costituisce una valida alternativa alla teoria kelseniana della norma fondamentale? In particolare, è in grado di fondare il dovere di obbedire alla costituzione su una base diversa dal mero richiamo alla volontà del più forte e, infine, di chiarire il rapporto tra fatti e norme, *essere e dover essere*?

²⁹ Lo schema di ragionamento qui proposto è analogo a quello di R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992); trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 2007, 104, 105, secondo il quale «due sono le tesi da tenere ferme. La prima sostiene che il partecipante a un sistema giuridico deve presupporre una norma fondamentale se vuole dire che la costituzione è giuridicamente valida o che è giuridicamente dovuta una condotta ad essa conforme. La seconda che, se non si vuole interrompere arbitrariamente la questione della validità, deve essere possibile dire in quanto partecipanti che la costituzione è giuridicamente valida o che è giuridicamente dovuta una condotta ad essa conforme. Il che presuppone una norma fondamentale».

Che la norma di riconoscimento non possa identificarsi concettualmente con la costituzione è asserito pure da J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, New York 2009, 333-334, secondo cui «there are plenty of independent reasons which establish that constitutions are not the rules of recognition of their countries (...) For examples, most constitutions may be amended or even repealed and replaced by others in accordance with procedures that they themselves provide. This means that they can be amended or repealed by enactment. The rule of recognition cannot be repealed or amended by an enactment. It can change only as the practice that it is changes».

Per rispondere a queste domande occorre, anzitutto, ricostruire le differenze tra la teoria hartiana e quella kelseniana.

2.2. *La rule of recognition come fatto sociale e come norma giuridica*

Per un lungo tratto lo schema di riferimento comune alla teoria hartiana e a quella kelseniana è il gradualismo di Adolf Merkl. La giuridicità di una norma equivale alla sua validità; e una norma è valida se è stata prodotta secondo i modi di produzione previsti da una norma sopraordinata che si atteggia così a regola sulla normazione. Per quest'ultima vale il medesimo ragionamento della precedente: è valida/giuridica se è riconducibile allo schema di produzione disciplinato da un'altra norma, di rango ancora più elevato. E così via, fino a giungere all'ultimo gradino (o al primo, dipende dai punti di vista dal quale si guarda alla piramide), cioè alla costituzione, la fonte dei criteri supremi di determinazione del diritto valido³⁰.

Giunti però a questo punto, i percorsi divergono e la natura della norma fondativa della validità costituzionale viene caratterizzata in termini assai differenti. Hart, infatti, ricostruisce la norma di riconoscimento come regola sociale, effettivamente praticata dai giudici/funzionari. Non è quindi né *posta*, perché non è la volizione di un'autorità accentrata, né tantomeno *presupposta*, perché non esiste solo come condizione logico-trascendentale del fenomeno giuridico, come realtà soltanto pensata (o che deve essere necessariamente pensata affinché ci sia "diritto"). La *rule of recognition* non è un'ipotesi ma un dato di realtà. Difatti,

«l'asserzione che essa esiste può essere soltanto un'affermazione fattuale esterna. Infatti, mentre una norma inferiore dell'ordinamento può essere valida e, in questo senso, "esistere", anche se viene generalmente

³⁰ Per il vero l'atteggiamento di Hart nei confronti dello schema gradualistico è ambivalente. Da un lato lo considera «una linea di ragionamento giuridico assai familiare» e «il miglior modo per comprendere il significato in cui la norma di riconoscimento è la norma *definitiva* di un ordinamento» (*Il concetto di diritto*, 126). In un altro passo, però, sembra confessare l'idea che la gerarchia tra norme e, quindi, tra criteri di validità possa sempre descriversi nei termini di una necessaria *derivazione* della regola inferiore da quella superiore, giacché in taluni casi la gerarchia si atterrebbe come mera *subordinazione*. In particolare, Hart offre l'esempio dell'ordinamento inglese, dove «la consuetudine e i precedenti sono subordinati alla legislazione, dato che norme consuetudinarie e della *common law* possono venire private della loro natura giuridica ad opera della legge. E tuttavia esse devono la loro natura giuridica (...) non a un esercizio "tacito" di potere legislativo ma all'accettazione di una norma di riconoscimento che attribuisce loro questa posizione indipendente per quanto subordinata» (*Il concetto di diritto*, 119).

disobbedita, la norma di riconoscimento esiste soltanto come una prassi complessa, ma di solito concorde dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a certi criteri. *La sua esistenza è una questione di fatto (corsivo mio)*³¹.

Diversamente dalle altre norme dell'ordinamento, che esistono in quanto siano valide, la norma di riconoscimento esiste non perché sia stata prodotta sulla base di una preesistente regola sulla normazione, ma perché scaturisce da una pratica convenzionale dei giudici/funzionari. Di essa pertanto non si può dire che sia valida:

«abbiamo bisogno della parola “validità”, e in generale la usiamo, soltanto per risolvere questioni che sorgono *all'interno* di un ordinamento di norme, nel quale la qualità di parte dell'ordinamento di una norma dipende dal fatto che essa soddisfa a certe condizioni stabilite dalla norma di riconoscimento. Nessuna questione di questo tipo può sorgere in relazione alla validità della norma stessa di riconoscimento che stabilisce questo criterio: *questa non può essere né valida né invalida ma viene semplicemente accettata come adatta per essere usata in questo modo*»³².

La norma di riconoscimento è un fatto (sociale). La sua esistenza è una questione empirica che si risolve verificando quali sono le regolarità effettive di comportamento dei giudici. Tuttavia, alla luce dell'equazione giuridicità = validità si può obiettare che la *rule of recognition* non è giuridica perché di essa non può predicarsi, appunto, la validità. Ma è lo stesso Hart ad anticipare l'obiezione e a replicare:

«L'argomento in favore della attribuzione del termine “giuridica” alla norma di riconoscimento consiste nel fatto che la norma la quale stabilisce i criteri per l'individuazione delle altre norme dell'ordinamento può essere benissimo considerata un elemento della definizione di ordinamento giuridico, e così merita di essere chiamata “norma giuridica” essa stessa»³³.

Esisterebbero perciò due modalità in cui una norma può intendersi come “giuridica”. La prima è quella di qualsiasi norma dell'ordinamento diversa da quella di riconoscimento e identifica la giuridicità con la validità. La seconda è quella che è propria solo della norma di riconoscimento ed è quella che identifica la giuridicità con l'idoneità, fattualmente comprovata, a fornire i

³¹ H.L.A. HART, *op. cit.*, 130.

³² *Ibidem*, 128.

³³ *Ibidem*, 131, 132.

criteri per determinare tutte le altre norme. La *rule of recognition* è giuridica perché senza di essa non sapremmo come determinare la validità delle altre regole dell'ordinamento: quindi è parte integrante di quest'ultimo.

In sintesi, la *rule of recognition* sarebbe, nello stesso tempo, un fatto sociale obiettivo e una norma giuridica.

2.3. Norme ipotetiche e norme reali

A questo punto parrebbe che sia definitivamente chiarito in cosa consista la differenza tra la *Grundnorm* e la *rule of recognition*: mentre la prima è una norma presupposta e ipotetica, invece la seconda sarebbe una norma sociale effettivamente operante. In realtà questa conclusione è meno scontata di quanto sembri.

Sia Kelsen che Hart rilevano un fatto sociale obiettivo: i giudici/funzionari applicano la costituzione e gli altri criteri di validità, cioè agiscono in modo da rendere effettivo un certo ordinamento coercitivo. Kelsen dice che il fatto di applicare la costituzione è qualificato da una norma (la *Grundnorm*) che, per l'appunto, imporrebbe il dovere di farlo. Anche Hart asserisce che tale fatto è qualificato da una norma (la *rule of recognition*) come doveroso. Fin qui lo schema di ragionamento è il medesimo. C'è un fatto sociale consistente nell'applicazione diffusa e continuata della costituzione e si suppone che tale fatto debba necessariamente accompagnarsi a una norma suprema che lo qualifica come doveroso.

Ora, mentre Kelsen descrive questa norma suprema come ipotetica, Hart invece la descrive come reale. Dove sta, precisamente, la differenza? Posto che una norma ipotetica è una norma pensata, cioè presupposta (necessariamente anche se spesso inconsapevolmente) dal pensiero giuridico, che cosa avrebbe in più la *rule of recognition* in quanto norma reale? Di più avrebbe che essa è la ragione, la causa per cui la costituzione viene effettivamente applicata.

La questione veramente cruciale, dunque, è capire perché la norma di riconoscimento è una norma reale nel senso sopra detto. Che i giudici, e gli altri funzionari, traggano regolarmente dal documento costituzionale i criteri supremi di validità delle altre norme giuridiche può essere soltanto un'abitudine: una regolarità di comportamento non è (ancora) seguire una regola. Il mero fatto che i giudici riconoscano nella costituzione la fonte delle fonti dimostra soltanto che all'interno del corpo giudiziario c'è una pratica sociale convergente: ma ancora non dimostra che la ragione per cui tale pratica è attuata sia l'obbedienza a una norma, cioè che consista nel seguire una regola vincolante (così come il regolare e copioso afflusso di persone in un supermercato a metà giornata o di autovetture nelle strade durante le ore di punta non è l'osservanza di una regola vincolante, ma soltanto una pratica sociale convergente dettata da abitudini diffuse). In

altre parole, sappiamo che c'è un *usus*, ma dobbiamo essere consapevoli che ciò che lo rende normativo, ossia fonte dell'obbligo di perpetuarlo, deve essere un elemento ulteriore rispetto allo stesso *usus*.

E dunque, cosa rende normativa la pratica di riconoscimento del testo costituzionale? Per mezzo di cosa l'*essere* può tramutarsi in *dover essere* e un comportamento effettivo divenire un modello di condotta dovuto?

2.4. *Il «punto di vista interno» come «atteggiamento critico riflessivo»*

Per rispondere alla domanda è d'importanza strategica prendere in esame la distinzione tra «punto di vista esterno» e «punto di vista interno».

Un osservatore del nostro ordinamento direbbe che l'applicazione giudiziale della costituzione scritta è una regolarità, un fatto sociale dimostrabile empiricamente. Questo è quanto è attestato da un mero giudizio esterno. Invece il punto di vista interno indica l'«atteggiamento critico riflessivo» del giudice che applica la costituzione: ossia, questo giudice non si limita a rilevare il fatto che gli altri giudici diano costante applicazione alla costituzione – questo infatti sarebbe un giudizio fattuale esterno che lo accomuna a tutti coloro che osservano l'ordinamento dall'esterno – ma altresì assume tale dato di realtà come se fosse provvisto di una valenza normativa, sia per sé che per gli altri giudici.

In quanto «atteggiamento critico riflessivo», il punto di vista interno non esprime perciò una generica disponibilità all'obbedienza. Quest'ultima può bene riferirsi al comportamento di un soggetto privato rispetto alla cogenza della norma giuridica, ma è

«fuorviante come descrizione dell'atto che i legislatori compiono quando si conformano alle norme che attribuiscono il loro potere, e dell'atto che i tribunali compiono quando applicano una norma di riconoscimento definitiva accettata»³⁴.

Secondo Hart, infatti, la norma di riconoscimento

«deve essere considerata dal punto di vista interno come un criterio pubblico e comune per una sentenza corretta, e non come qualcosa che ogni giudice si limita, per quanto lo riguarda, ad obbedire»³⁵.

Ciò significa che

³⁴ *Ibidem*, 136.

³⁵ *Ibidem*, 137.

«i singoli tribunali dell'ordinamento, per quanto possano, in certe occasioni, deviare da queste norme, devono, in generale, avere un atteggiamento critico verso queste deviazioni, considerandole come degli errori rispetto ai criteri, che sono essenzialmente comuni e pubblici»³⁶.

Per Hart il punto di vista interno, l'atteggiamento critico riflessivo, assurge a condizione logica necessaria affinché sia possibile un ordinamento giuridico:

«se alcuni giudici agissero “soltanto per quanto li riguarda” (...) e non criticassero per nulla coloro che non rispettano questa norma di riconoscimento, scomparirebbero l'unità e la continuità caratteristiche dell'ordinamento giuridico. Queste infatti dipendono dall'accettazione, in questo punto essenziale, dei criteri comuni di validità giuridica»³⁷.

Dunque, chi palesa un atteggiamento critico riflessivo tratta come doveroso il fatto sociale consistente nell'applicare la costituzione: nell'opinione che parrebbe posseduta da chi assume il punto di vista interno l'*usus* acquista normatività, perché diventa «un criterio pubblico e comune per una sentenza

³⁶ *Ibidem*, 137.

³⁷ *Ibidem*, 137. Per completezza e per sgombrare il campo da equivoci dichiaro di condividere la tesi di chi sostiene che la nozione di «punto di vista interno» o «atteggiamento critico riflessivo» non ci dice nulla di risolutivo sulle ragioni soggettive che possono indurlo: queste possono essere le più diverse (come rileva da ultimo S. PAJNO, *Internal point of view, ragioni per agire e interpretazione costituzionale*, in questo numero di *Diritto e questioni pubbliche*, parr. 8-9). Almeno nel mio caso, la precisazione è d'obbligo perché in un mio precedente lavoro (*Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 263 ss.) avanzavo la tesi che l'accettazione della pratica di riconoscimento come regola vincolante fosse di tipo morale, cioè eticamente motivata dal convincimento della giustizia materiale delle pratiche accettate. Sostenevo perciò che il giudice aderisse alla pratica di applicazione della costituzione perché convinto della giustizia dei contenuti costituzionali. Postulavo che la doverosità e positività del diritto si fondasse, in ultima istanza, sulla doverosità di una morale intersoggettivamente condivisa. Ora non sono più convinto della correttezza di questa tesi. È vero che molti giudici, probabilmente la gran parte, applicano la costituzione perché aderiscono al suo *ethos*; ma questa circostanza non può valere come spiegazione generale. Del resto, chi è partecipe della prassi giudiziale non ha difficoltà a percepirla come legittima e come rispondente a criteri di moralità sostanziale: da essa infatti dipende il suo potere e il suo prestigio sociale; e sarà quindi psicologicamente propenso a guardarla nella migliore luce possibile. Bisognerebbe chiedersi se in qualità di osservatore esterno sarebbe disposto a giustificare moralmente la pratica cui aderisce in qualità di partecipante. Insomma, non bisogna dimenticare che l'appartenenza ad una struttura di potere, con i benefici vari che ne discendono, può rendere poco inclini a interrogarsi sulla giustificatezza morale delle pratiche che ne derivano: questo fatto indubbia la possibilità di un giudizio morale disinteressato.

corretta»; cioè da mera condotta, rilevante solo sul piano dei fatti e delle semplici regolarità di comportamento, si tramuterebbe in una condotta che non solo è praticata ma che altresì è dovuta.

Sotto questo profilo, però, l'impostazione hartiana pare coincidere con quella kelseniana. Infatti, la presupposizione di una norma fondamentale e l'assunzione di un punto di vista interno rispetto alla condotta praticata sembrano descrivere il medesimo fenomeno: il giudice/funziionario che applica la costituzione lo fa ritenendo che tale *usus* sia doveroso (dal punto di vista interno), cioè lo fa presupponendo di doverlo fare (in forza di una norma fondamentale).

Dunque presupporre una *Grundnorm* è la medesima cosa che assumere un *internal point of view*? E in che modo l'atteggiamento critico riflessivo converte un *usus* in *regula*, ossia trasforma quello che, *subiettivamente*, ritengo doveroso per me in un «criterio pubblico e comune», cioè *obiettivamente* prescrittivo per tutti?

A ben guardare, quest'ultima domanda individua la stessa difficoltà che ci pone la *Grundnorm* kelseniana. Sia il dovere di presupporre una norma fondamentale che l'*internal point of view*, ossia l'assunzione della pratica come doverosa, varranno – evidentemente – soltanto per chi già agisce come se la costituzione fosse fonte di norme valide: e non potrebbe certo elevare quest'agire, questa pratica a «criterio pubblico e comune», cioè a criterio che sia obiettivamente vincolante pure per chi non adotta la pratica né tantomeno presuppone di doverlo fare.

Esiste, allora, un'interpretazione possibile e plausibile del punto di vista interno che consenta di ottenere il risultato precluso alla *Grundnorm* kelseniana e che permetta, quindi, di accreditare la *rule of recognition* come la norma che fonda il dovere obiettivo di obbedire alla costituzione?

2.5. Atteggiamento critico riflessivo ed effettività

Abbiamo detto che l'*internal point of view* si manifesta soprattutto nei confronti dei comportamenti che disattendono l'*usus* di applicare certi criteri di validità. Indubbiamente l'atteggiamento critico riflessivo che accompagna l'*usus* di applicare certi criteri di validità (o la costituzione) non può non incorporare la critica di chi segue un *usus* diverso o non ne segue alcuno. Ma in che modo s'articola ed esprime questa denuncia o reazione?

Non si apporterebbe un grande contributo alla pregnanza della teoria in esame se quest'atteggiamento critico fosse identificato con la manifestazione di generiche doglianze, espresse nelle forme più varie, quali possono essere una denuncia fatta a voce, lo sparlare nei corridoi di un tribunale o, nei casi più eclatanti, una lettera al giornale. In realtà è ragionevole pensare che se un giudice è critico nei confronti del modo in

cui un altro giudice applica i criteri della validità, ne riformerà le pronunce, sempre che ovviamente abbia la possibilità di farlo. Se è una giurisdizione superiore o d'appello a criticare il giudice inferiore che disattendesse l'*usus* di applicare certi criteri di validità, è ragionevole pensare che tale reazione di denuncia non si limiti a un mero «comportamento linguistico critico» (Pajno), ma si spinga fino al punto di annullare, cassare le decisioni non conformi alla norma di riconoscimento.

Senonché potrebbe obiettarsi che, a seguire questa ricostruzione dell'atteggiamento critico riflessivo, non si aggiungerebbe granché al modo in cui Kelsen caratterizza l'effettività di un ordinamento.

Infatti, se è vero che i giudici/funzionari, a stragrande maggioranza ossia «nelle grandi linee», applicano la costituzione o certi criteri di validità, allora è vero che fanno ciò anche e soprattutto sanzionando chi non lo fa. Se c'è una costituzione effettiva o se certi criteri di validità sono «efficaci nelle grandi linee», è perché sono diffusamente applicati per sanzionarne le violazioni. Sicché è un'informazione superflua aggiungere che chi applica effettivamente certi criteri di validità critica e sanziona i comportamenti di chi ne applica altri incompatibili: se applico *A*, per ciò stesso non applico *non-A* e sempre per ciò stesso imporrò la mia decisione a chi applica *non-A*. Insomma, la stessa idea di effettività della costituzione conterrebbe necessariamente pure l'idea che chi contribuisce al consolidamento di tale effettività sanziona il comportamento di chi non vi contribuisce. La nozione di *internal point of view* non conterrebbe nulla di più di quanto potrebbe già ricavarsi pianamente dalla teoria kelseniana.

Inoltre, se l'atteggiamento critico riflessivo che accompagna l'applicazione della costituzione effettiva non è nulla di più che la sanzione dei comportamenti devianti (sanzione che, a sua volta ed evidentemente, è qualcosa di più di una semplice reazione di denuncia), l'obiettivo doverosità della *rule of recognition*, ossia la sua vincolatività anche per chi non segue l'*usus* di applicare la costituzione effettiva, poggierebbe sull'imposizione del più forte, esattamente come abbiamo visto succedere alfine per la *Grundnorm* kelseniana.

Stringi stringi, tutto si ridurrebbe a questa conclusione: c'è diritto quando i giudici/funzionari applicano le medesime regole giuridiche, criticando e sanzionando – ovviamente – chi non lo fa. Vale a dire: c'è diritto quando un gruppo di persone è tanto forte da imporre le proprie regole agli altri.

Dobbiamo alfine concluderne che la teoria hartiana della *rule of recognition* non fa altro che esplicitare in modo più analitico quello che già sarebbe implicito nella teoria kelseniana della *Grundnorm*?

2.6. *La rule of recognition come causa dell'effettività*

Nonostante per un lungo tratto la teoria hartiana paia convergere nell'ipotesi kelseniana, in realtà ne rovescia la prospettiva.

L'accettazione della norma di riconoscimento – ossia la sua adozione come schema di comportamento doveroso – e la critica/sanzione dei comportamenti devianti rispetto a quanto prescrive, testimoniano che nella prassi dei giudici/funzionari c'è un elemento volitivo, attivo, produttivo che invece è assente nel modo in cui Kelsen caratterizza la scienza giuridica. La nozione di «atteggiamento critico riflessivo» dimostra che chi segue la norma di riconoscimento non solo la conosce ma altresì la vuole. Al contrario – come già si è detto – la norma fondamentale kelseniana non può essere «una norma voluta», perché «può essere soltanto una norma pensata»³⁸.

Il punto di vista interno non s'appiattisce su una mera attività dichiarativo-conoscitiva, ma si caratterizza come attività critico-riflessiva, potenzialmente comprensiva sia del profilo conoscitivo che di quello volitivo. L'effettività dell'ordinamento non è, perciò, un dato esterno rispetto all'attività compiuta dal ceto dei giuristi (latamente inteso) e che dobbiamo semplicemente limitarci a conoscere: al contrario, l'effettività deriva *anche* dal fatto che il ceto dei giuristi applichi costantemente e sistematicamente determinati criteri in luogo di altri.

Se l'obiettivo della teoria della *rule of recognition* è illustrare il concetto di diritto, essa non solo può utilmente rispondere alla domanda “perché la costituzione è valida?”, ma anche alla domanda “perché la costituzione è effettiva?”. Dal punto di vista hartiano un ordinamento (o una costituzione) c'è se le sue regole soddisfano i criteri di validità applicati dai giudici. Sicché il fatto che i giudici applichino determinati criteri di riconoscimento del diritto valido, convinti di doverlo fare, è parte della spiegazione del perché un certo ordinamento è effettivamente vigente: esso è «efficace nelle grandi linee» anche perché i giudici lo riconoscono come tale e ne sanzionano le violazioni³⁹.

Ovviamente, anche se da Hart si evince che un testo costituzionale e un ordinamento possono conseguire una vigenza effettiva solo a condizione che vi sia una norma fondamentale di riconoscimento che guida il comportamento

³⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 228.

³⁹ Prova ne sia che l'ordinamento effettivo sarebbe diverso se la norma di riconoscimento fosse un'altra: se cambiano i criteri in base ai quali si riconoscono le norme valide, è presumibile che cambi pure il contenuto di queste ultime. Senza dubbio, alcune di quelle norme che sarebbero state valide in base ai vecchi criteri di validità, probabilmente lo sarebbero pure in base ai nuovi; ma altre può darsi di no. In ogni modo, credo sia palese la differenza rispetto all'impostazione di Kelsen, per il quale – come già si è detto – è la nuova effettività a produrre la nuova *Gundnorm* e non viceversa.

dei giudici/funzionari, ciò non è ancora la dimostrazione che la *rule of recognition* è la causa della vigenza effettiva dell'ordinamento. Soprattutto perché in primo luogo occorre chiarire cosa significa asserire che la norma di riconoscimento è la causa dell'effettività dell'ordinamento.

Ora, un ordinamento è effettivo se è vigente qui e ora, cioè se le sue disposizioni sono soddisfatte da una media osservanza e se eventuali violazioni sono sanzionate dalle decisioni dei giudici/funzionari: insomma, se c'è un corpo di giudici/funzionari che sistematicamente assicurano, con le loro decisioni, il ripristino della legalità violata, allora non c'è dubbio che l'ordinamento è effettivamente vigente.

A ben vedere, però, sarebbe troppo semplicistico affermare che i giudici/funzionari assicurano l'effettività dell'ordinamento ripristinando la legalità violata. In realtà il loro ruolo è più penetrante, perché anzitutto contribuiscono a identificare l'ordinamento, usando la *rule of recognition* come test per individuare le norme che possono farne parte validamente e per scartare quelle che invece non possono farne parte.

Indubbiamente la vigenza di un ordinamento non si riduce a questo appena detto, perché invero è l'esito di un'inesausta produzione di atti da parte di numerosi organi, posti tra loro in rapporti vari, ora di equiordinazione ora di gerarchia. Le decisioni dei giudici sono tra questi atti e quindi non sono la sola fonte di produzione dell'ordinamento. E tuttavia le pronunce dei giudici – soprattutto di quelli che siedono nelle giurisdizioni superiori – in qualche modo confermano il fatto che le altre fonti di produzione sono fonti dell'ordinamento, ossia confermano il fatto che corrispondono ai criteri di validità ultima dell'ordinamento. Se il sistema delle fonti è quello fondato in costituzione e se questa viene applicata perché i giudici seguono una regola sociale non scritta che chiede loro di farlo, allora non è sbagliato sostenere che la teoria hartiana è anche il tentativo di spiegare in che modo un sistema di norme diventa un ordinamento giuridico effettivo; o perlomeno è il tentativo di illustrare la condizione necessaria – anche se forse non sufficiente – perché questo esito si produca.

Diversamente dall'approccio kelseniano, per Hart l'effettività e i modi della sua formazione non sono un problema estraneo al dominio della scienza giuridica⁴⁰.

⁴⁰ Anche J.L. COLEMAN, *The Practice of Principles. In Defence of a pragmatic approach to legal theory*, (2001); trad. it., *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna 2006, 144-145, interpretando Hart, afferma che «il diritto esiste (è effettivo) quando c'è una regola di riconoscimento, e le regole valide in base ad essa sono generalmente seguite dalla maggioranza della popolazione» e che «il diritto non è possibile a meno che i funzionari non accettino la regola di riconoscimento dal punto di vista interno; cioè, il diritto è possibile soltanto se i funzionari considerano la regola come la ragione per ottemperare ad essa».

2.7. La norma di riconoscimento è una regola normativa o concettuale?

Se pensiamo che ci sia un nesso tra norma di riconoscimento ed effettività, non è possibile eludere una serie cruciale di domande: la *rule of recognition* causa l'agire dei giudici, guida e governa il loro comportamento? I giudici fanno quel che fanno – ossia, applicano la costituzione, con tutto quel che ne consegue – perché c'è la *rule of recognition*? O invece dobbiamo supporre che la norma di riconoscimento soltanto descriva il loro comportamento e che, quindi, non svolga alcun ruolo nel causarlo?

Non c'è ombra di dubbio che non possiamo asserire con ragionevole sicurezza quali siano le ragioni che, più di altre, inducono i giudici ad agire conformemente alla norma di riconoscimento: potrebbero essere, infatti, le più diverse e non disponiamo di basi solide per dire che talune sono più determinanti di altre. Sotto questo profilo si equivalgono tutte⁴¹.

Ora, da questa conclusione potrebbero germinarne altre due.

La prima sarebbe l'impossibilità di descrivere la norma di riconoscimento nei termini di una regola convenzionale: seguire la *rule of recognition* perché pure gli altri lo fanno è una ragione come le altre per uniformarsi a essa; e, pertanto, non possiamo dire che è più determinante delle altre. In altre parole, se una regola convenzionale è quella che si segue perché gli altri la osservano e se è vero che non possiamo dire con certezza che si segue la norma di riconoscimento perché gli altri la osservano, allora non possiamo asserire con ragionevole sicurezza che la norma di riconoscimento sia una regola convenzionale.

La seconda conclusione – che è poi quella che interessa più da vicino l'alternativa posta all'inizio del paragrafo – è che neanche possiamo dire che la stessa *rule of recognition* sia una ragione determinante del perché i giudici si comportano come si comportano. Siccome non possiamo dire con sicurezza perché i giudici agiscono conformemente alla norma di riconoscimento, neppure possiamo dire se questa è la causa del loro comportamento oppure no. Dovremmo, perciò, accontentarci di dire che la *rule of recognition* è solamente la formulazione descrittiva di ciò che i giudici fanno quando identificano le norme valide di un ordinamento.

Tuttavia, l'idea che la norma di riconoscimento non giochi alcun ruolo nella causazione del comportamento dei giudici sembra difficilmente conciliabile con l'idea dell'*internal point of view* come «atteggiamento critico riflessivo»: se questo è la critica nei confronti di chi dimostra di ignorare o di non voler seguire la norma di riconoscimento, è perché si assume che tale regola contenga uno schema di comportamento doveroso.

⁴¹ È la tesi della «equipollenza delle ragioni (ER)», su cui vedi S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Perché non possiamo fare a meno del punto di vista interno*, in corso di pubblicazione, cap. III, e la bibliografia ivi riportata.

Non sappiamo se coloro che normalmente agiscono conformemente alla prassi di riconoscimento lo facciano perché vi sono indotti dalla stessa *rule of recognition*. Indubbiamente, però, la reazione di chi è caratterizzato dal punto di vista interno dimostra che la norma di riconoscimento è la causa del fatto che sia criticato ed eventualmente sanzionato il comportamento di chi mostra di non seguirla: insomma, non è detto che ciò spieghi e produca il comportamento di chi la osserva, ma sicuramente spiega e produce il comportamento di coloro che reagiscono di fronte al comportamento di chi non la osserva.

Non c'è dubbio, pertanto, che la *rule of recognition* sia la causa del comportamento di chi la applica per sanzionarne le violazioni: infatti, non la applicherebbe e non ne sanzionerebbe le violazioni, se ritenesse di non doverla seguire. Ed è altresì fuor di dubbio che ritenere di dover seguire una regola (della cui esistenza si è consapevoli) equivale ad asserire che essa è una guida del comportamento.

In definitiva non è possibile negare sensatamente che la *rule of recognition* sia la guida del comportamento di chi manifesta l'atteggiamento critico riflessivo: almeno per un nucleo necessario di giudici/funzionari essa è una regola normativa e non meramente concettuale.

Inoltre, se la *rule of recognition* non fosse una regola normativa che pretende di governare e guidare il comportamento dei giudici/funzionari, ma fosse (solo) una regola concettuale, ossi la sintesi descrittiva di quello che fanno i giudici/funzionari (quando individuano le norme valide), non ci troveremmo di fronte a un vero e passo in avanti rispetto alla teoria kelseniana. Sarebbe, infatti, solo la riformulazione analitica della nozione di effettività. Semplicemente è come se si dicesse: "c'è un ordinamento effettivamente vigente, ossia diritto positivo, quando i giudici/funzionari convergono su determinati criteri condivisi di validità (criticando e sanzionando coloro che non lo fanno)"⁴².

È chiaro che tutto questo sarebbe qualcosa di più del *dictum* "c'è diritto quando c'è diritto", cui sostanzialmente si riduce l'intera costruzione della *Grundnorm*. Tuttavia non sarebbe molto di più. È infatti quasi scontato che un ordinamento effettivo è quella situazione in cui (la gran parte dei) giudici/funzionari applicano la medesima costituzione (e il medesimo sistema delle fonti), criticando e sanzionando

⁴² Peraltro la proposizione riportata nel testo non afferma che questa convergenza dei giudici/funzionari su determinati criteri di validità – ossia la *rule of recognition* – sia la causa dell'effettività dell'ordinamento, perché altrimenti si riconoscerebbe implicitamente che la norma di riconoscimento struttura causalmente i comportamenti, governandoli e spingendoli in una direzione anziché in altre. In realtà la suddetta proposizione solo descriverebbe in modo più analitico l'articolazione dell'effettività, senza però offrire spiegazioni di cosa la generi.

coloro che invece se ne discostano. A ben vedere, tutto ciò è implicito nella nozione di «ordinamento efficace nelle grandi linee».

2.8. *La fuorviante analogia con le regole dei giochi e con le regole grammaticali*

La tesi che assegna alla norma di riconoscimento soltanto una funzione identificativa (e non anche prescrittiva) della pratica giuridica è diffusa.

Andrei Marmor, ad esempio, scrive che

«the existence of a social practice, in itself, does not provide anyone with an obligation to engage in the practice. The rules of recognition only define what the practice is, and they can say nothing on the question of whether one should or should not engage in it. But of course, once one does engage in the practice, playing the judge, as it were, there are *legal* obligations defined by the rules of the game»⁴³.

Secondo Marmor la *rule of recognition* non sarebbe in sé normativa: soltanto definirebbe la pratica giuridica nella quale si è impegnati, ossia solo identificherebbe l'ordinamento nel quale si opera. Di conseguenza, se io sono un giudice di *questo* ordinamento, sono tenuto a seguirne e applicarne le regole, allo stesso modo in cui sono tenuto a seguire e applicare le regole del calcio, se mi cimento con questo gioco:

«the judge in a soccer game is equally obliged to follow the rules of his game, and the fact that the game is conventional poses no difficulty from this (...) “internal player’s” perspective. But again, the constitutive rules of soccer cannot settle for me the question of whether I should play soccer or not. Similarly, the rules of recognition cannot settle for the judge, or anyone else for that matter, whether they should play by the rules of law, or not. They only tell judges what the law *is*»⁴⁴.

L'arbitro di una partita di calcio (*soccer*) deve applicarne le regole; e lo stesso vale per chi partecipa al gioco. Tuttavia le regole costitutive del gioco del calcio non offrono risposta alla questione *se* si debba giocare al

⁴³ A. MARMOR, *Positive law and Objective Values*, New York, 2001, 22. Prima di Marmor, già E. BULYGIN, *Sulla regola di riconoscimento* (1976), ora in *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino 1995, 19 ss., asseriva che la *rule of recognition* dovesse intendersi come una «regola concettuale» e non «normativa».

⁴⁴ A. MARMOR, *op. cit.*, 22.

calcio: solo ci dicono di cosa consiste questo gioco, se si è disposti a giocarlo. Le *rules of recognition* – secondo Marmor – opererebbero nello stesso modo: cioè, solo direbbero ai giudici cosa è diritto.

Ora, non c'è alcun dubbio che chi partecipa a una pratica giuridica determinata è – per necessità logica – tenuto a compiere ciò che tale pratica esige affinché se ne possa essere partecipi: questa è quasi una tautologia. Inoltre è scontato che ciò non fonda la doverosità di quella pratica giuridica: che vincoli chi ne faccia parte è fuori discussione. Ma la vera questione è: cosa fonda il dovere di farne parte? Possiamo dire di avere la libertà di entrare e uscire dalla pratica giuridica ogni volta che lo vogliamo? E che i vincoli del diritto esistono soltanto per chi decide di parteciparvi?

Può risponderci che un individuo qualsiasi, a suo rischio e pericolo, potrebbe liberamente decidere di collocarsi dentro o fuori la pratica giuridica. E può aggiungersi che questo varrebbe anche per il giudice: se, infatti, si colloca al di fuori della pratica giuridica che impegna tutti gli altri giudici, può rischiare di essere sanzionato (oltre che criticato). In ogni modo le sue pronunce potranno essere riformate (a meno che tale giudice non sia una giurisdizione superiore: in tal caso sarà lui a determinare la pratica giuridica...).

Se tutto questo è corretto, è sbagliato sostenere – come fa, ad esempio Eugenio Bulygin – che «è falso che la regola di riconoscimento stabilisca un obbligo per i giudici»⁴⁵. Né può valere come argomento a sostegno della tesi criticata l'analogia con le regole grammaticali, come si tenta di fare nel seguente passo:

««un giudice che non applichi la regola di riconoscimento in uso – per ignoranza o per altre ragioni – è un cattivo giudice, come un uomo che non sappia usare correttamente le regole della grammatica non sa parlare bene la lingua in questione. Ma in nessuno dei due casi sarebbe appropriato parlare di disobbedienza»⁴⁶.

Sta di fatto, però, che se un giudice non si adegua alla regola (concettuale) che identifica la costituzione come diritto valido (cioè alla *rule of recognition*), la sua decisione è viziata. E dunque può essere riformata per erronea applicazione del diritto. Tra l'altro la differenza tra un errore concettuale (dovuto a imperizia, ignoranza, scarsa attenzione, ecc.) e l'inadempimento di un dovere di condotta è impalpabile: bisognerebbe poter scandagliare il foro interno di chi pone in essere la pratica viziata. E avere violato per imperizia ovvero per spirito ribelle una regola che dice

⁴⁵ E. BULYGIN, *op. cit.*, 28.

⁴⁶ E. BULYGIN, *op. cit.*, 28.

cosa dobbiamo fare (per identificare il diritto valido) non è circostanza che incide sulla sua normatività⁴⁷.

In conclusione, la pratica giuridica è normativa – finanche coercitiva – pure per chi decide di non farne parte. Anche l’anarchico non può sfuggire alle prescrizioni del diritto, le quali – per definizione stessa – si applicano anche contro la volontà dei destinatari.

Sennonché, a seguire questo percorso argomentativo, ritorniamo a quanto si era già detto a proposito di Kelsen: ossia, all’idea secondo cui il fondamento del diritto, la fonte prima della sua validità (cioè della sua pretesa di prescrivere modelli di condotta, schemi di comportamento), riposerebbe infine nella nuda effettività della forza.

Se fondassimo la normatività della norma di riconoscimento solo sulla circostanza che chi è animato dall’atteggiamento critico riflessivo critica e sanziona chi invece ne fosse privo e non si adeguasse alla prassi di riconoscimento, ricadremmo fatalmente nella vecchia teoria della “legge del più forte”.

È indubbio che il più forte non sarebbe, in questo caso, il sovrano austriaco (che riceve da tutti abituale obbedienza, senza darne a nessuno), ma sarebbe il gruppo dei giudici/funzionari che, a stragrande maggioranza o perché occupano posizioni di vertice nell’apparato giudiziario e genericamente statale, contribuiscono col loro comportamento a rendere effettiva una certa costituzione o certi criteri di validità.

Ovviamente ciò lascia impregiudicato se il comportamento dominante dello Stato-persona (perché di questo si tratterebbe, a ben vedere...) sia, ad esempio, l’esecuzione della decisione fondamentale di un popolo politica-

⁴⁷ Simone Pajno – che ha letto una prima versione di questo mio saggio facendomi pervenire alcune osservazioni critiche per iscritto – mi obietta che le reazioni alle violazioni di regole concettuali e di regole normative «si differenziano sensibilmente quanto alla componente “critica” del punto di vista interno. Nel senso che le pratiche linguistiche “critiche” che si svilupperanno a seguito di un errore concettuale saranno molto differenti da quelle che si svilupperanno a seguito della violazioni di un errore di condotta». Può darsi che il comportamento linguistico critico di chi assiste alla violazione di una regola di condotta sia diverso, forse più severo, da quello di chi assiste invece alla violazione di una regola concettuale. Ma può darsi anche di no. Peraltro non possiamo neppure escludere che in taluni casi la violazione di regole concettuali susciti reazioni più ferme e intransigenti di quelle generate dall’inosservanza di regole di condotta; né, quindi, possiamo ordinare la gravità delle reazioni, ponendo sicuramente al primo posto quelle che scaturiscono dalla violazione di regole di comportamento. In ogni modo, come già si è detto, assai spesso l’espressione dell’«atteggiamento critico riflessivo» avviene per mezzo di pronunce giudiziali che sanzionano condotte lesive della norma di riconoscimento o riformano le decisioni di altri giudici (se e nella parte in cui non tengono conto della norma di riconoscimento): all’atto pratico, dunque, non sarà possibile distinguere quelle violazioni della *rule of recognition* che sorgono da errori concettuali e quelle che, invece, dipendono da altro. In entrambi i casi le violazioni saranno sanzionate, così come saranno annullate le decisioni che avranno realizzato tali violazioni.

mente unito ovvero l'epifania dell'indirizzo politico del partito di regime (di cui i giudici/funzionari non sarebbero che membri organici). In ogni modo, sarebbe un errore o una mistificazione asserire che la validità della costituzione sia il prodotto di una norma di riconoscimento condivisa dai giudici/funzionari, perché sarebbe invero nient'altro che la nuda volontà di chi, *di fatto*, può imporre la propria linea di condotta nei confronti dei recalcitranti.

Ritorna, allora, la domanda iniziale: è possibile un'interpretazione plausibile della *rule of recognition* e dell'*internal point of view* che consenta di non ridurre la normatività del diritto a nient'altro che la volontà del più forte? E che permetta, altresì, di fondare, per tutti e senza rapporti di sovra e sotto-ordinazione, il dovere obiettivo di obbedire alla costituzione?

La risposta è positiva, ma a condizione di approfondire più analiticamente in che senso la norma di riconoscimento è una regola normativa.

2.9. *I due sensi in cui può essere normativa la norma convenzionale di riconoscimento*

Nel paragrafo 2.6. si è accennato fuggacemente alla nozione di "regole convenzionali" e alla possibilità che la *rule of recognition* potesse ricondursi entro questa categoria.

È lo stesso Hart, nel *Postscript* all'ultima edizione de *Il concetto di diritto*, a usare lo schema convenzionalista per caratterizzare la norma di riconoscimento, distinguendo tra

«un consenso derivante da convinzioni autonome dove l'adesione degli altri non è parte del motivo per cui ciascuno condivide tale consenso, e invece un consenso frutto di convenzione dove le adesioni degli altri sono parte di questo motivo. (Ebbene) la norma di riconoscimento (...) è trattata come fondata su una forma convenzionale di consenso giudiziale. Che essa abbia tale fondamento appare del tutto chiaro almeno nel diritto inglese e americano; infatti certamente il motivo di un giudice inglese per considerare la legislazione del Parlamento (o di un giudice americano per considerare la Costituzione) come una fonte di diritto avente la supremazia sulle altre fonti, comprende il fatto che i giudici suoi colleghi concordano in questo, come hanno fatto i loro predecessori»⁴⁸.

E dunque, le adesioni degli altri sono parte del motivo per cui si aderisce alle prescrizioni di una regola convenzionale. La ragione per cui si segue una prassi convenzionale è il fatto che pure gli altri facciano altrettanto.

⁴⁸ H.L.A. HART, *Postscript a Il concetto di diritto*, Torino 1995, 340.

Contro questa caratterizzazione della norma di riconoscimento in termini convenzionali sono state mosse diverse obiezioni. Bruno Celano, in particolare, ha sostenuto che non vi sarebbe «alcun senso determinato, informativo, interessante, illuminante, nel quale la regola di riconoscimento possa dirsi una convenzione», con ciò escludendo che dallo schema convenzionalista possano trarsi indicazioni utili per spiegare la specifica normatività della *rule of recognition*⁴⁹.

Per inquadrare in termini analiticamente più precisi l'intera questione, propongo di tenere ben distinti due problemi che vengono spesso confusi quando ci si interroga sulla normatività di una norma di riconoscimento avente natura convenzionale.

Tale normatività, infatti, può indicare due fenomeni diversi, cui corrispondono due differenti ordini di questioni.

In un primo senso possiamo dire che la regola convenzionale è normativa perché il fatto che gli altri agiscano in un certo modo costituisce per ciascuno una ragione per fare altrettanto: sicché la natura convenzionale spiegherebbe perché si è indotti ad assumere liberamente la norma di riconoscimento come schema di comportamento. Siccome generalmente succede che le persone facciano qualcosa soltanto perché la fanno gli altri (vuoi per conformismo, vuoi perché si è più disposti ad assoggettarsi a uno schema di condotta a condizione che pure gli altri facciano lo stesso), ciò spiegherebbe perché i giudici/funzionari assumono la *rule of recognition* come ragione per agire.

In un secondo senso, invece, la regola convenzionale di riconoscimento è normativa perché i giudici/funzionari hanno l'obbligo di seguirla, che lo vogliano oppure no⁵⁰.

Nel primo caso si focalizza l'attenzione sul comportamento di chi si adegua alla norma di riconoscimento e si cerca di spiegare cosa possa generare questa prestazione spontanea di conformità. Nel secondo caso si esamina la situazione di chi non è disposto ad adeguarsi spontaneamente alla norma di riconoscimento e ci si chiede se abbia il dovere di farlo.

Trattandosi di questioni distinte, la risposta non può essere la medesima per entrambe. Per un verso la natura convenzionale della norma di riconoscimento può essere (ma non necessariamente lo è) una ragione

⁴⁹ B. CELANO, *La regola di riconoscimento è una convenzione?* (2003), ora in ID., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma 2010, 326.

⁵⁰ Bisogna dire che anche J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 162, ritiene importante distinguere «fra la tesi che la regola di riconoscimento può essere una *ragione per agire*, e la tesi, molto diversa, che il genere di ragione che essa fornisce è un *dovere* – specificamente il dovere di valutare la condotta alla luce di tutte e soltanto quelle norme che soddisfino determinati criteri di validità».

per adeguarvisi, per l'altro è la ragione per cui si è tenuti a farlo (con tutte le precisazioni del caso, che illustrerò nel prosieguo).

Lasciamo per ora da parte il primo profilo – che tutto sommato è il più pacifico, perché è indubbio che tra le ragioni per agire in un certo modo può esserci il fatto che pure gli altri facciano altrettanto – e soffermiamoci sul secondo, ponendoci una domanda cruciale: è il punto di vista interno, l'atteggiamento critico riflessivo di chi assume la norma di riconoscimento come schema di comportamento a fondare la doverosità obiettiva della *rule of recognition*?

Sì e no.

Sì, perché – come vedremo – l'*internal point of view* è, insieme ad altri elementi, parte di una spiegazione convenzionale complessiva che alla fine riesce a giustificare il carattere obiettivamente normativo della regola di riconoscimento. No, perché in se e per se considerato l'atteggiamento critico riflessivo, nella misura in cui sfocia oltre che nella critica pure nella sanzione dei comportamenti che non si adeguano alla norma di riconoscimento, può spiegare soltanto perché taluni talvolta *sono obbligati* a seguire la norma di riconoscimento e non già a spiegare perché *hanno l'obbligo* di farlo.

In sintesi, il fatto che A, B e C seguano la norma di riconoscimento può essere una ragione perché pure D faccia lo stesso; può essere, inoltre, la ragione per cui D, se recalcitrante, può essere talvolta obbligato a conformarsi alla *rule of recognition*; ma non può essere, infine, la ragione per cui D ha il dovere di seguire la regola di riconoscimento, a meno che non ricorrano e non siano illustrate altre condizioni che la nozione di punto di vista interno non fornisce direttamente e neppure spiega.

PARTE III

La normatività della *rule of recognition*
tra «attività cooperative condivise»
e presupposti istituzionali

3.1. *Il punto di vista interno come «capacità di darsi ragioni per agire»*

La nozione di «punto di vista interno» è ad un tempo uno dei contributi più importanti del pensiero di Hart e uno dei punti più controversi della sua speculazione teorica.

Jules Coleman ricorda che «molti studiosi hanno criticato l'affermazione secondo cui il punto di vista interno potrebbe trasformare un fatto comportamentale (una regolarità di comportamento) in un fatto normativo (l'esistenza di una regola regolativa)»⁵¹. E difatti, «come può una regola fornire ragioni o imporre un obbligo solo perché le persone la trattano come se lo facesse?». Ne discende una conclusione inescapabile: il punto di vista interno invero non spiega «come le regole convenzionali possano imporre doveri»⁵². Peraltro Hart stesso non vi avrebbe mai fatto riferimento per spiegare in che modo la regola di riconoscimento possa essere una fonte o una spiegazione di doveri dei giudici⁵³.

Ma allora qual è il ruolo del punto di vista interno nella teoria hartiana della norma di riconoscimento e quale infine il suo corretto significato?

Secondo Jules Coleman non deve intendersi «semplicemente come la credenza da parte dei funzionari che il loro comportamento sia governato da una regola»⁵⁴. Peraltro, intendendolo così, non si capirebbe «come questa credenza possa dare origine a una regola regolativa o a una ragione per agire»⁵⁵: difatti, «come potrebbe (...) la convergenza di

⁵¹ J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 161. Ma prima ancora vedi quanto asseriva U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965, 81-82: «tra l'affermazione dell'effettività di un sistema di diritto positivo e l'accettazione dal punto di vista interno del principio fondamentale del sistema c'è un salto, una frattura. La proposizione fattuale affermando l'effettività di un sistema di diritto positivo non implica la proposizione regolativa esprimente il principio fondamentale del sistema, e considerando dal punto di vista interno il principio fondamentale si rimane, pur avendo riconosciuto l'effettività del sistema, logicamente liberi di accettarlo o non accettarlo».

⁵² J.L. COLEMAN, *op. cit.* 161.

⁵³ *Ibidem*, 162.

⁵⁴ *Ibidem*, 163.

⁵⁵ *Ibidem*, 163.

comportamenti unita alla credenza che il comportamento è governato da una regola creare tali ragioni?»⁵⁶.

Ciò precisato, sempre secondo Coleman può essere utile intendere il punto di vista interno come «l'esercizio della importante e basilare capacità psicologica degli esseri umani, consistenti nell'adottare una pratica o un tipo di comportamento come norma»⁵⁷.

Si prenda ad esempio la pratica delle flessioni: posso farle per abitudine e senza sforzo alcuno di volontà oppure posso impormi come regola di farne un *tot* ogni giorno e alla solita ora. In questo secondo caso ho assunto un comportamento come norma e così facendo mi sono dato una ragione per agire che è «aggiuntiva e differente rispetto alle ragioni relative alla forma fisica o alla salute che già avevo»⁵⁸. Questo è un punto importante. All'origine del fatto che ho assunto un certo comportamento come norma ci possono essere le motivazioni più diverse: nel caso delle flessioni può essere la volontà di acquisire un forma fisica migliore: questa è la ragione per cui mi sono dato la regola di eseguire giornalmente *tot* flessioni. Una volta però che mi sono imposto tale norma di comportamento e che ho assunto tale impegno con me stesso, ho creato una ragione per fare le flessioni che è ulteriore rispetto al desiderio di migliorare la mia forma fisica e che a un certo punto, se costantemente osservata per un lasso di tempo sufficientemente lungo, tenderà ad acquistare rilievo autonomo rispetto alla motivazione salutistica iniziale: una ragione ulteriore che a un certo punto si autogiustificherà, vivrà di vita propria, traendo sostegno dal rafforzarsi della volontà, dal bisogno che questa matura di conservarsi coerente con se stessa nel tempo.

Così interpretato, il punto di vista interno, cioè la capacità di darsi una ragione per agire, è un atto di fiducia nell'autonomia individuale. Pone l'accento sulla libera volontà individuale di assumere obblighi e di rispettarli nel tempo: darsi regole da sé e riuscire ad osservarle solo in forza della propria volontà, lo stoico dominio di sé, sono forse la massima espressione di libertà personale. La tesi del punto di vista interno muove pertanto da un approccio d'individualismo metodologico.

C'è però un tasto dolente. Se il punto di vista interno è la capacità di darsi ragioni per agire, di imporsi un comportamento come norma, fa riferimento ad impegni che si possono liberamente assumere ma anche liberamente revocare. Supponiamo che la mia forma fisica abbia tratto giovamento dall'esercizio regolare delle flessioni che mi sono imposto come regola e che tuttavia tale giovamento abbia comportato uno sviluppo muscolare asimmetrico che

⁵⁶ *Ibidem*, 163.

⁵⁷ *Ibidem*, 164.

⁵⁸ *Ibidem*, 164, 165.

sarebbe bene correggere, vuoi per ragioni estetiche vuoi per ragioni salutistiche (la necessità di correggere la postura, ad esempio): in tal caso occorrerà eseguire esercizi diversi dalle abituali flessioni e la precedente ragione per agire dovrà essere sostituita da una nuova e diversa. Dovrò cioè revocare la regola precedente per sostituirla con una differente. Non è la volontà e la capacità di seguire una regola che è venuta meno: anzi, in questo caso forse sarà necessario uno sforzo di volontà superiore per acquisire un modello di comportamento cui non sono ancora abituato. Insomma è evidente che la capacità di darsi ragioni per agire non crea il dovere di agire. Il punto di vista interno dunque non crea doveri, perché questi per definizione sono qualcosa cui non ci si può sottrarre liberamente.

La conclusione non è differente anche se uno stesso comportamento è assunto come norma da miriadi di persone. La somma del punto di vista interno di ciascuna di queste non crea un dovere irrevocabile, non trasforma nel suo contrario la capacità individuale di darsi una e di liberarsi da una ragione per agire. Anche se il punto di vista interno di tutti o di moltissimi si orienta nella medesima direzione, ciò non lo tramuta in una strada a senso unico e si conserva sempre la capacità individuale di revocare quanto ci si è imposto⁵⁹.

Ma allora come può la *rule of recognition* imporre un dovere? In che senso possiamo sostenere che dispiega una forza regolativa obiettiva nei confronti di chi partecipa alla pratica di riconoscimento?

3.2. *La normatività della rule of recognition e le attività cooperative condivise*

Per sciogliere il dilemma si è sostenuto che non bisogna guardare al punto di vista interno in forza del quale ci diamo personalmente una determinata regola, ma alla «struttura della pratica che la regola governa»⁶⁰.

Se il comportamento che assumo come norma, creando così una nuova ragione per agire, è un'attività solitaria che non prevede alcuna forma di cooperazione con altre persone (e le flessioni ricadono in questa categoria), sicuramente non ci troviamo di fronte a un dovere,

⁵⁹ Come osserva lo stesso Coleman (*Ibidem*, 167), «se fra mille persone ciascuna decide di fare flessioni quotidianamente, allora vi sono mille nuove regole personali, ciascuna delle quali fornisce una nuova ragione per agire all'individuo che adotta la regola, e ciascuna delle quali è estinguibile, come ragione per agire, da ognuno di questi individui».

⁶⁰ Sempre J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 167.

Una recente esposizione critica delle teorie di Coleman è stata proposta da A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Ets, Pisa 2010, cap. IV.

perché in qualsiasi momento è possibile l'estinzione unilaterale della regola suddetta. Diverso è il caso se il comportamento che assumo come norma è un'attività cooperativa condivisa, una *Shared Cooperative Activity* (SCA). In tale ipotesi – sempre seguendo il filo del ragionamento di Coleman – si aggiungerebbe un'altra ragione per agire oltre a quella consistente nell'impegno che ho assunto con me stesso di partecipare all'attività condivisa: precisamente quella ragione per agire costituita dal comportamento altrui. Al punto di vista interno, alla ragione per agire che mi sono dato personalmente si affiancherebbe, come ulteriore ragione, il comportamento cooperativo di coloro che svolgono insieme a me l'attività alla quale mi sono impegnato a partecipare.

Senonché l'argomentazione di Coleman si regge sull'assunto che la nuova ragione per agire – l'altrui comportamento cooperativo – non derivi dal mio punto di vista interno e non consista perciò di una regola che mi sono dato. Ma invero ciò è difficile da sostenere, perché in realtà io non mi sono dato come regola quella di fare semplicemente *qualcosa*, bensì quella di fare *qualcosa insieme ad altri*; e da un punto di vista logico questa regola può essere estinta unilateralmente come qualsiasi altra uno voglia darsi liberamente.

Certo, si può consentire che la decisione di estinguerla è psicologicamente più impegnativa perché incide fatalmente sull'impegno e l'interesse di coloro che hanno fatto affidamento sul nostro contributo e perché una nostra defezione può compromettere irrimediabilmente il successo dell'impresa collettiva; ma ciò non toglie che da un punto di vista logico la *ragione per agire insieme* non sia diversa dalla *ragione per agire individualmente* quanto alla sua derivazione dal punto di vista interno: insomma non ci troviamo di fronte a due diverse ragioni per agire che si cumulano rafforzandosi reciprocamente (e cioè la ragione consistente nell'avere assunto il comportamento cooperativo come norma e quella consistente nello stesso comportamento cooperativo posto in essere dagli altri partecipanti).

Non si giunge ad un esito condivisibile neppure se s'interpreta il discorso di Coleman come se volesse dirci che una pratica cooperativa condivisa ha una forza vincolante obiettiva e strutturale che scoraggia le defezioni singolari: si vuole forse suggerire che la normatività della *rule of recognition* deriva infine dalla vischiosità discreta del conformismo? Se fosse così, sarebbe difficile far quadrare i conti con il punto di vista interno e addirittura arduo sostenere che questo non avrebbe nulla a che vedere con la «credenza di dovere ubbidire a una regola», come Coleman stesso intende sostenere. Se l'insieme dei giudici che (già) partecipano alla pratica di riconoscimento è una «massa aperta» che attrae quanti ancora non ne fanno parte e che manifesta la tendenza irresistibile e sovraindividuale a raggiungerne il più alto numero

possibile⁶¹, cade il presupposto metodologico individualistico che sorregge la costruzione teorica del punto di vista interno, profilando la seguente alternativa: o la *rule of recognition* presuppone l'«atteggiamento critico riflessivo» di coloro che pongono in essere la pratica di cui consiste oppure fonda la propria normatività sul presupposto opposto e cioè sul presupposto che il comportamento altrui massificato neutralizzi la capacità individuale di darsi una ragione per agire e di sottrarsi ad essa.

A ben vedere, la vera questione è proprio quella di vedere se si possono tenere assieme i due corni dell'alternativa illustrata, quasi fossero parti complementari di una spiegazione complessiva, o se invece non si escludano vicendevolmente, giacché originanti da premesse di metodo radicalmente divaricate: da una parte l'individualismo metodologico e dall'altra una qualche forma di istituzionalismo od organicismo.

3.3. *Il modello della SCA e i suoi limiti*

In un certo senso Coleman interpreta Hart come se nella sua opera ci fosse lo sforzo di combinare assieme i due termini dell'alternativa descritta prima:

«egli di fatto ha offerto due tipi di diversi di argomenti riguardo a queste differenti dimensioni normative della regola di riconoscimento: una che enfatizza il punto di vista interno, l'altra le caratteristiche coordinative della regola di riconoscimento»⁶².

Insomma l'intento hartiano era quello di caratterizzare la norma di riconoscimento alla stregua di una «convenzione di coordinazione»⁶³. Questa avrebbe un pregio: permetterebbe di tenere assieme il punto di vista interno con la forza regolativa obiettiva dell'attività cooperative di riconoscimento. Il comportamento altrui dunque potrebbe essere una ragione per agire senza che ciò escluda la capacità di darsi autonomamente proprie ragioni per agire; cosicché entrambe le ragioni – quella che ci si è dati da sé e quella indotta dall'esterno – risulterebbero costitutive ad eguale titolo della regola di riconoscimento.

Ebbene, secondo Coleman tale «convenzione di coordinazione» coinciderebbe col fenomeno descritto dal modello teorico della SCA

⁶¹ È il fenomeno descritto da E. CANETTI, *Masse und Macht*, Hamburg 1960; trad. it., *Massa e potere*, Adelphi, Milano 2006 (XII ed.), 19 ss.

⁶² J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 168.

⁶³ *Ibidem*, 169.

(*Shared Cooperative Activity*) elaborato da Michel Bratman⁶⁴.

Esempi di «attività cooperativa condivisa» (SCA) sono: eseguire insieme un duetto canoro, dipingere insieme le pareti di una casa, fare insieme un viaggio, costruire insieme qualcosa, ecc.⁶⁵ Ora, perché ci sia una SCA occorrono «appropriate behaviours», comportamenti appropriati. Difatti si possono dipingere le pareti di una casa senza dare luogo a un agire cooperativo condiviso: ciò accade, ad esempio, se nessuno è al corrente dell'attività dell'altro (mi prendo cura delle pareti del piano superiore ignorando che Tizio fa lo stesso con quelle del piano inferiore) o se, pur essendoci conoscenza reciproca dell'attività intrapresa, ciascuno non si cura di ciò che fanno gli altri.

E dunque cosa occorre perché ci sia una SCA? Almeno tre elementi:

- 1) *Mutual Responsiveness*, cioè ciascuno dei partecipanti cercherà di tenere un comportamento “rispondente” alle intenzioni e azioni di tutti gli altri, sapendo che gli altri faranno altrettanto. Insomma una sorta d'interdipendenza cognitiva.
- 2) *Commitment to the Joint Activity*, cioè ciascuno avrà interesse all'attività comune, condividendone gli scopi, anche se non è detto che tale interesse comune e condivisione siano motivati dalle stesse ragioni per tutti.
- 3) *Commitment to the Mutual Support*, cioè ciascuno s'impegna a supportare gli sforzi degli altri ben sapendo che questi faranno altrettanto⁶⁶.

In difetto di una di queste tre condizioni non si avrà un'attività cooperativa condivisa. In particolare merita di essere esaminato il secondo elemento, il *Commitment to the Joint Activity*.

Come si è detto, ai fini dell'esistenza di una SCA è necessario che vi sia un impegno, interesse o intenzione favorevole all'attività comune. Tuttavia possono essere diverse le ragioni che lo motivano. Per rimanere all'esempio di prima, Tizio s'impegna nell'attività di dipingere le pareti perché la casa è la sua e desidera che questa abbia un aspetto rinnovato e più gradevole. Caio invece partecipa all'impresa comune, profondendo tutto l'impegno di cui è capace, perché si aspetta un corposo compenso. Sempronio lo fa per il bisogno d'esercizio fisico e per mantenersi in forma o perché vuole apprendere al meglio l'arte di dipingere le pareti, e così via. L'intenzionalità collettiva che struttura il punto di vista interno dei partecipanti alla pratica condivisa può dunque sorgere quale sintesi e

⁶⁴ *Ibidem*, 175 ss. Il modello della SCA è in M.E. BRATMAN, *Shared Cooperative Activity*, in *The Philosophical Review*, Vol. 101, N. 2, 1992, 327-341.

⁶⁵ Sono tutti esempi tratti dallo stesso M.E. BRATMAN, *Shared Cooperative Activity*, 327.

⁶⁶ *Ibidem*, 328.

risultante di differenti ragioni soggettive. Gli esempi portati da Bratman si riferiscono a SCA cui i partecipanti aderiscono volontariamente, assumendo liberamente l'impegno comune come ragione del proprio agire: ed è chiaro che chi è privo di motivazioni per farlo non aderirà alla SCA, nel senso che questa di per sé non crea nessun vincolo per nessuno in assenza di ragioni soggettive che inducono a parteciparvi.

Ciò precisato, quanto di questo modello può essere utilmente riferito al fenomeno descritto dall'hartiana *rule of recognition*? Posto che Coleman abbia ragione e che la prassi di riconoscimento della costituzione scritta sia perciò una SCA, giacché ricorrono tutte e tre le condizioni descritte da Bratman, è sufficiente questa categorizzazione al fine di spiegare perché tale pratica sia normativa cioè vincolante per chi vi partecipa? Il modello teorico della SCA è veramente in grado di spiegare la normatività della prassi giudiziale di riconoscimento?

Ritorniamo al solito esempio. Una volta aderito all'impresa comune di dipingere le pareti, ciascuno dei partecipanti ne osserverà le regole, magari assoggettandosi alle disposizioni impartite dal partecipante più esperto (o dal partecipante che ha le risorse da cui dipendono le ragioni soggettive che motivano la partecipazione di tutti gli altri) e magari criticando le deviazioni dalle suddette regole da parte di questo o quel partecipante. Resta però inteso che se viene meno la ragione soggettiva che motiva l'assunzione del vincolo cooperativo, viene meno pure l'impegno del partecipante. Se questo schema viene riferito pure alla prassi di riconoscimento, se ne deve concludere che ciascun giudice partecipante deve avere una ragione soggettiva per farlo, cosicché col venir meno di questa viene meno altresì la sua partecipazione. È chiaro perciò che anche assumendo il modello della SCA come teoria esplicativa, la partecipazione giudiziale alla pratica di riconoscimento deve inevitabilmente interpretarsi come l'assunzione volontaria di un vincolo, sicché è scontato che ciascun giudice possa liberamente sottrarsi una volta appurato che non ha alcuna ragione soggettiva per osservarlo. Ancora una volta la normatività della *rule of recognition* della costituzione scritta si risolve in un autovincolo liberamente assunto e revocabile.

Secondo l'individualismo metodologico di Bratman, un'attività cooperativa condivisa non nasce dall'esecuzione impersonale di una regola oggettiva, non è l'effetto strutturale di un codice operativo che guida le azioni umane come se fossero quelle di burattini alla mercé di un sistema che li sovrasta. Al contrario una SCA non solo prende sempre le mosse da motivazioni e volontà individuali, ma di queste s'alimenta senza sosta dal principio alla fine. Una SCA è fondamentalmente un atto di libertà, una manifestazione d'autonomia individuale. È evidente dunque che appiattare il fenomeno della *rule of recognition* sul modello teorico di Bratman (come fa Coleman) non consente di spiegarne la normatività, cioè non permette di spiegare perché la prassi di

riconoscimento è un'attività che per ciascuno funzionario partecipante è eteroguidata. La SCA infatti non è in sé una ragione per agire, ma è il prodotto del fatto che ciascun partecipante abbia una propria ragione per agire. Al contrario la tesi della normatività della *rule of recognition* afferma che questa è in sé una ragione per agire. Se la pratica convenzionale di riconoscimento è una SCA, allora non può vantare l'autorità che è implicata dalla sua definizione come "regola" di riconoscimento: cioè non può fornire ragioni per agire che siano diverse rispetto a quelle che ciascuno autonomamente si dà.

3.4. I presupposti istituzionali della rule of recognition

Sebbene non riesca a svelare il mistero della normatività della *rule of recognition*, comunque il modello pur individualistico della SCA conferma che far leva sul punto di vista interno, sull'atteggiamento critico riflessivo, sulla capacità soggettiva di darsi ragioni per agire, ecc., non basta e che occorre volgere l'attenzione su processi, presupposti e situazioni che in qualche modo hanno carattere sovraindividuale e che allo stesso tempo precedono l'operare del punto di vista interno.

La SCA non è in sé una ragione per agire perché la decisione di parteciparvi dipende *interamente* da ragioni soggettive: dipingere una parete non è un'attività in sé vincolante; lo è solo nella misura in cui assumo soggettivamente la decisione di parteciparvi e, di conseguenza, non lo è più se decido di ritirare la mia partecipazione. Lo stesso deve dirsi per la pratica giudiziale di riconoscimento della costituzione scritta, se questa è una SCA⁶⁷.

⁶⁷ La stessa obiezione può muoversi anche al modo in cui C. LUZZATI, *A che cosa serve la norma di riconoscimento? Un'analisi funzionale*, in *Ragion Pratica*, n. 21, 2003, 449 ss., spec. 460, sembra caratterizzare la doverosità della *rule of recognition*. Egli infatti asserisce che gli «impegni impliciti di chi partecipa a una determinata pratica sociale sono quelli che riguardano gli atti senza i quali la pratica stessa non potrebbe sussistere (...) è irragionevole andare dallo psicoanalista e nel medesimo tempo rifiutarsi di associare liberamente, o consultare la cartomante e nel medesimo tempo ostinarsi ad alzare le carte con la mano sbagliata o, infine, dedicarsi alla meditazione yoga e nel medesimo tempo non fare alcuno sforzo di imparare la respirazione e le posture corrette». Tutto ciò è vero: chi partecipa a una determinata pratica sociale è, per ciò stesso, impegnato a compiere quegli atti senza i quali la pratica stessa non esisterebbe. Se non si compiono tali atti, ritenendo di non soggiacere all'impegno di compierli, o ci si ostina a compierne altri, semplicemente non si sta partecipando a quella pratica o si sta partecipando a una pratica diversa. Epperò tale conclusione non sfugge alla critica di essere una tautologia, perché è come se dicesse: "chi partecipa alla pratica di riconoscimento è – per necessità logica – tenuto a compiere ciò che tale pratica esige affinché se ne possa essere partecipi". A ben vedere, ciò non fonda affatto la doverosità della pratica di riconoscimento: che questa vincoli chi ne faccia parte è indubbio e scontato.

Il punto però è che, a ben vedere, la regola di riconoscimento sembra presupporre *qualcosa di* più rispetto agli elementi individuati da Bratman. Ed è esattamente questo *qualcosa* che in feconda interazione col punto di vista interno può sciogliere il nodo problematico della normatività della prassi di riconoscimento.

Per introdurre la descrizione di questo *quid* è utile la seguente distinzione: mentre la SCA è una coordinazione, la *rule of recognition* invece risolve un problema di coordinazione⁶⁸. Non si decide di dipingere casa insieme con altri o di partecipare ad un viaggio insieme con altri per risolvere un preesistente problema di coordinazione: semmai il problema di coordinazione sorge dopo avere preso la decisione di partecipare al viaggio o ai lavori di pittura. Al contrario si partecipa all'attività di riconoscimento della costituzione scritta (di *questa* o *quella* costituzione scritta) allo scopo di risolvere un ben preciso e preesistente problema di coordinazione: quello di coordinare l'attività dei giudici/funzionari in modo che tutti applichino i medesimi criteri d'individuazione del diritto valido. Ed è precisamente in vista di tale scopo che la *rule of recognition* può coordinare i giudici verso o attorno un documento costituzionale scritto (oppure su altro o ancora su questo e altro insieme).

Ora, se c'è un obiettivo di coordinazione condiviso da tutti i partecipanti e se questo consiste nel fare in modo che tutti applichino gli stessi criteri di validità, allora non c'è dubbio che il comportamento di coloro che si rifanno al documento costituzionale può costituire anche per gli altri una ragione per agire in tal senso⁶⁹.

Ma il dato più interessante su cui riflettere sono i postulati di fondo: l'esistenza di un obiettivo di coordinazione condiviso da tutti i partecipanti e quindi l'esistenza di una pratica da coordinare.

In primo luogo va notato che tale pratica non è la pratica di riconoscimento della costituzione (perché questa seconda è propriamente ciò che consente la coordinazione dell'altra), ma è la più generica pratica

Ma la vera questione è: cosa fonda il dovere di farne parte? E infatti la doverosità della pratica di riconoscimento esprime, esattamente, il dovere di parteciparvi (e non il dovere per colui che già è partecipe di fare quanto tale partecipazione richiede).

⁶⁸ Anche J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 170, asserisce che la regola di riconoscimento risolve «il problema di coordinazione che deve essere risolto affinché il diritto sia possibile». Tuttavia non coglie quanto ciò differenzi la pratica di riconoscimento dalla SCA di Bratman e perciò non ne porta alla luce tutte le importanti implicazioni che se ne possono estrarre, come invece si cercherà di fare qui.

⁶⁹ Ovviamente lo stesso potrà dirsi del comportamento di coloro che non si rifanno al documento costituzionale o che si rifanno a un testo diverso: anche questo potrà costituire una ragione per agire, dal carattere alternativo rispetto alla precedente. Si tratterà allora di una *lotta per la costituzione* e alfine la contesa si risolverà in termini quantitativi: il comportamento più diffuso sarà più efficace nel fornire ragioni per agire rispetto al comportamento meno diffuso.

giudiziale, cioè la generica attività dei giudici consistente nel dire cosa è diritto al fine di dirimere controversie concrete. In secondo luogo si deve osservare che tale generica pratica giudiziale bisognosa di coordinazione a sua volta può esistere se tutti coloro che la realizzano (i giudici) condividono l'obiettivo della sua coordinazione, cioè se tutti condividono l'idea che tutti debbano applicare il medesimo sistema normativo. Questa condivisione però non è tanto il frutto di una libera scelta, trattandosi piuttosto di un'idea connaturata al ruolo stesso del giudice e che si presume che ciascun giudice abbia per il solo fatto d'essere tale.

Tutto ciò non solo deve essere già dato prima del processo formativo della *rule of recognition*, quale suo complesso presupposto istituzionale, ma è altresì qualcosa che si dà prescindendo dal punto di vista interno: il giudice è tale non perché assume con se stesso l'impegno di esserlo e il suo compito è applicare il diritto anche se egli non assume volontariamente ciò come ragione del suo agire. Il punto di vista interno, l'atteggiamento critico riflessivo viene perciò in rilievo solo in un secondo momento: non per spiegare il sorgere della pratica giudiziale, essendo questa *istituzionalmente* preesistente, ma per spiegare l'adesione alla pratica che la coordina.

Il formarsi di una pratica di riconoscimento non si realizza nel vuoto ma sempre dentro un ambiente connotato da un certo livello d'istituzionalizzazione. Occorre che vi sia una pratica giudiziale i cui partecipanti condividano l'obiettivo della coordinazione. Ma ciò presuppone che vi siano "giudici", vale a dire funzionari con un ruolo ben definito. Ed è tale ruolo a far sì che l'obiettivo della coordinazione sia connaturato al fatto d'essere giudici⁷⁰.

Ciò inoltre permette di spiegare la questione di fondo che è sottesa alla domanda "la norma di riconoscimento crea doveri?" e che a sua volta può articolarsi nelle domande: "cosa deve intendersi in questo caso per *dovere*?", "a quale tipo di doveri appartiene?" e "cosa succede se viene trasgredito?". Non è sbagliato ritenere che in larga misura il dovere di rifarsi alla costituzione quale

⁷⁰ Ecco perché, contrariamente a quanto sostiene B. CELANO, *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, in *Ragione pratica*, 21, 2003, 351, alla domanda: «si può ritenere che, presso ogni gruppo sociale, i funzionari si trovino ad affrontare un problema di interazione fondamentale, suscettibile di essere specificato indipendentemente dalla, e anteriormente alla, regola di riconoscimento?», si deve rispondere: "sì", senza temere che tale problema di coordinazione possa essere ridotto caricaturalmente all'esclamazione: «Ehi, mettiamo su un sistema giuridico!». Il punto di vista di Bruno Celano era già in A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., 12, 13, che esclude la possibilità di definire la *rule of recognition* come la soluzione di un preesistente problema di coordinazione; diversamente – sempre a giudizio di Marmor – dovremmo supporre che «"Let's have a just Constitution!"» sia un «coordination problem»: ma ciò sarebbe assurdo, così come sarebbe assurdo immaginare che le regole costitutive del gioco degli scacchi presuppongano un «coordination problema» del tipo «"Let's have a competitive intellectual game"».

fonte dei criteri supremi di validità sia assistito da sanzioni istituzionalizzate consistenti nei rimedi che l'ordinamento offre nei confronti delle decisioni giudiziali. Se un giudice risolve un caso tralasciando di costruire la *regula* anche sulla base del parametro costituzionale, c'è sempre la possibilità che la sua decisione sia rovesciata da un altro giudice. Lo stesso se omette di sollevare la questione di legittimità costituzionale: può sempre farlo un altro giudice al suo posto⁷¹. In sostanza, la normatività della pratica di riconoscimento della costituzione scritta è in qualche modo sostenuta e alimentata dalla presenza di rimedi istituzionalizzati contro le decisioni giudiziali.

È anche grazie alla presenza di questo contesto istituzionale dato (il cui grado d'istituzionalizzazione può essere più o meno elevato ma non così poco elevato da risultare inesistente) che è possibile spiegare come sia possibile che la *rule of recognition* produca doveri. Se non si combina l'individualismo metodologico della teoria del punto di vista interno e della SCA con un approccio di tipo istituzionalistico, la normatività della pratica di riconoscimento rimane un mistero insoluto⁷².

Tutto questo, inoltre, consente di spiegare come sia possibile che i giudici/funzionari divengano tali solo dopo che la *rule of recognition* si è formata. Già Coleman si era cimentato con questo problema:

«in primo luogo, un certo gruppo di individui – non li chiameremo funzionari e non è necessario identificarli in riferimento al diritto – sceglie di far guidare il proprio comportamento da una certa regola (...) Se quella regola prende piede nel senso di stabilire criteri di appartenenza ad un sistema di regole, e se tali regole vengono generalmente osservate, e se vengono quindi create istituzioni di un certo tipo, e così via, allora si può dire che esiste un sistema giuridico. Se esiste un sistema giuridico, allora la regola che guida il comportamento del nostro gruppo iniziale di individui è correttamente descritta come la regola di riconoscimento per quel sistema giuridico. E quegli individui che

⁷¹ Se poi nessuno corregge la decisione del primo giudice o solleva la questione di legittimità costituzionale in luogo del secondo, ciò può significare due cose: o che nessuna norma costituzionale fosse pertinente rispetto al caso trattato o che non si sia formata una prassi di riconoscimento del documento costituzionale che si vorrebbe fosse invocato.

⁷² Per certi versi è lo stesso H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 170-171, a suggerire questa chiave di lettura, quando osserva che «ogni singolo giudice che giunge alla sua carica (...) trova una norma, come la norma secondo la quale i provvedimenti del Parlamento sono diritto, stabilita come una tradizione e accettata come un criterio di condotta per quella data carica». È vero, sempre seguendo Hart, che «tali criteri non potrebbero in verità continuare ad esistere se la maggior parte dei giudici del tempo non aderisse ad essi, dato che la loro esistenza in ogni dato momento consiste semplicemente nell'accettazione e nell'uso di essi come criteri di giudizio corretto». Senonché «l'adesione del giudice è necessaria per conservare questi criteri, ma il giudice non li crea».

guidano il loro comportamento secondo la regola sono allora correttamente concepiti come “funzionari”. Sono, in un certo senso, funzionari in virtù di quella regola, ma non sono funzionari anteriormente (sia in senso fattuale, sia in senso logico) ad essa. Il loro comportamento rende possibile la regola; ma è la regola che li rende funzionari»⁷³.

Coleman, però, non considera il grado preesistente di formalizzazione dell'attività dei (non ancora) funzionari che «guidano il loro comportamento secondo la regola di riconoscimento»: la pratica di riconoscimento si svolge per mezzo di atti – sentenze, ordinanze di rinvio, ecc. – che già vengono riconosciuti come appartenenti a un tipo e che già presuppongono un certo grado d'istituzionalizzazione della pratica giudiziale.

Pertanto lo stesso punto di vista interno, l'«atteggiamento critico riflessivo», ossia la denuncia e la reazione contro quei comportamenti che deviano dalla *rule of recognition*, non sarebbe pensabile senza un dato grado d'istituzionalizzazione della pratica giudiziale: in che modo si palesa, infatti, quest'atteggiamento critico riflessivo? Attraverso quali atti? Non solo con una generica denuncia fatta a voce o con una lettera al giornale. È soprattutto una reazione che si esprime per mezzo di atti giudiziali tipici: sentenze, ordinanze di rinvio, impugnazioni, ecc. Si critica la deviazione del giudice Tizio dalla norma di riconoscimento impugnandone o riformandone la pronuncia; si criticano le deviazioni legislative dalla Costituzione, e quindi dalla retrostante norma di riconoscimento, adottando ordinanze di rimessione (anche il legislatore, infatti, rientra nella generica categoria hartiana dei «funzionari» cui s'imputa la pratica di riconoscimento della costituzione scritta).

Quale prima conclusione può dunque trarsene?

Questa: nonostante Andrei Marmor sostenga che la *rule of recognition* sia una «costitutive convention», diretta appunto a costituire una pratica, e non già una convenzione diretta a risolvere il problema di coordinazione di una pratica preesistente⁷⁴, tuttavia è ben possibile sostenere che la *rule of recognition* può essere, nello stesso tempo e senza generare contraddizioni logiche, una regola convenzionale costitutiva e una regola convenzionale diretta a risolvere un «coordination problem».

Ma il punto sarà più chiaro – spero – dopo aver introdotto un confronto con un altro utile modello esplicativo: la teoria dei «fatti istituzionali» di John Searle.

⁷³ J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 181, 182.

⁷⁴ A. MARMOR, *op. cit.*, 13, 14.

PARTE IV

*Dalla teoria dei «fatti istituzionali»
al «criterio di reciprocità»*

4.1. *Fatti «bruti» e fatti «istituzionali» nel pensiero di J. Searle*

Siamo circondati da fatti. Fuori di noi c'è un mondo obiettivo la cui esistenza prescinde dalla nostra. Oggetti fisici come gli alberi o il libro che ora si offre alla nostra vista esisterebbero anche se noi non li guardassimo o ne ignorassimo la presenza. Non dipendono da noi se non nella misura in cui il fatto della loro esistenza diventa oggetto di asserzione e quindi di comunicazione: ma un fatto appartenente alla realtà fisica è anche se *non è detto*; un fatto asserito non è più reale di un fatto taciuto o sconosciuto.

Per dirlo con le parole di John Searle:

«che il monte Everest present(i) ghiaccio e neve sulla cima o che gli atomi di idrogeno hanno un elettrone: questi sono fatti totalmente indipendenti da ogni opinione umana»⁷⁵.

Da questi fatti «bruti» vanno tenuti distinti i fatti «sociali» o «istituzionali»⁷⁶. Questi ultimi dipendono da un accordo tra gli esseri umani.

«In un certo senso, ci sono cose che esistono soltanto perché noi crediamo che esistano, (...) come il denaro, la proprietà, i governi e i matrimoni»⁷⁷.

Che i fatti istituzionali/sociali dipendano dall'accordo umano non inficia la loro oggettività, come se fossero «una questione connessa alle (nostre) preferenze, valutazioni o atteggiamenti morali»⁷⁸. Significa invece che essi non esisterebbero se non esistessero gli uomini. Diversamente dai fatti bruti, «che non richiedono, per la loro esistenza, nessuna istituzione umana», i fatti istituzionali «vengono così chiamati perché richiedono per la loro esistenza istituzioni umane»⁷⁹.

⁷⁵ J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995; trad. it., *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino 2006, 7.

⁷⁶ J. SEARLE, *op. cit.*, 7.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

Tuttavia tra fatti bruti e istituzionali non c'è dualismo e scissione ma continuità, perché l'ontologia sociale dei fatti istituzionali non è staccata dall'ontologia fondamentale della realtà fisica.

Per chiarire il concetto, si prenda ad esempio questo libro. In quanto agglomerato di particelle e molecole è spiegabile e descrivibile con il linguaggio della fisica e della chimica; quindi è un oggetto fisico, un fatto bruto, né più né meno come qualsiasi albero di qualsiasi foresta sulla faccia della Terra (o di qualsiasi pietra di qualsiasi montagna sul pianeta Marte). Tuttavia non è solo questo. È anche un oggetto sociale, perché alle intrinseche caratteristiche chimico-fisiche ne aggiunge delle altre che dipendono dal fatto di essere un oggetto usato da uomini e funzionalizzato ad utilità umane.

Ma forse l'esempio più efficace è proprio quello adoperato da Searle: il denaro. Le banconote che abbiamo in tasca sono un pezzo di carta, cioè un fatto bruto rappresentabile in termini chimico-fisici, ma sono pure un fatto istituzionale, cioè un oggetto sociale con una funzione istituzionale impensabile al di fuori di un contesto umano⁸⁰. Insomma, tra fatti bruti e istituzionali non c'è iato o cesura:

«il mondo delle decisioni della Corte Suprema e del crollo del comunismo è lo stesso mondo della formazione dei pianeti e del collasso della funzione d'onda nella meccanica quantistica. Uno degli scopi (...) è quello di mostrare come ciò possa essere così, come il mondo delle istituzioni sia parte del mondo "fisico". Una tassonomia gerarchica mostrerà il luogo della realtà sociale, istituzionale e mentale nell'ambito di un'unica realtà fisica»⁸¹.

Resta da capire come siano possibili i fatti istituzionali e quale sia la loro struttura. Grazie a che cosa si tengono assieme l'oggetto fisico e l'oggetto sociale, il pezzo di carta e la banconota?⁸²

⁸⁰ Tra l'altro che questi pezzi di carta siano banconote, moneta corrente, è un fatto obiettivo che non dipende dalle preferenze valutative mie o vostre. Ripeto: che un fatto sociale sia tale in virtù di un accordo umano non significa che non sia oggettivo.

⁸¹ *Ibidem*, 138.

⁸² Secondo Searle (*ibidem*, 10) la struttura dei fatti istituzionali è invisibile: «impariamo a percepire e usare automobili, vasche da bagno, case, denaro, ristoranti e scuole senza riflettere sulle speciali caratteristiche della loro ontologia e senza essere consapevoli che esse possiedono un'ontologia speciale. Esse ci sembrano naturali come le pietre, l'acqua e gli alberi. A dire il vero, semmai, nella maggior parte dei casi è più difficile vedere gli oggetti soltanto come fenomeni naturali, svincolati dal loro ruolo funzionale, di quanto sia vedere il nostro ambiente nei termini delle sue funzioni definite socialmente. Così i bambini imparano a vedere le automobili che si muovono, le banconote in dollari e le vasche da bagno piene; ed è solo in forza dell'astrazione che

4.2. Regole costitutive e intenzionalità collettiva

È evidente che il passaggio dall'oggetto fisico all'oggetto sociale, dal pezzo di carta alla banconota, è scandito da un'assegnazione di funzione. Perché quel pezzo di carta, fatto così e così, possa valere come denaro è necessario assegnargli tale funzione.

Ora, la funzione del pezzo di carta (l'oggetto fisico o fatto bruto) di contare come denaro (l'oggetto sociale o fatto istituzionale) non deriva ovviamente dalle intrinseche caratteristiche naturali dell'oggetto fisico: queste possono facilitare il processo d'assegnazione della funzione (è più comodo far circolare come denaro dei pezzi di carta anziché dei blocchetti di cemento), ma di per sé non sono in grado di produrla spontaneamente senza l'intervento umano. Come dice Searle,

«le funzioni non sono mai intrinseche alla fisica di nessun fenomeno, ma sono assegnate dal di fuori da osservatori e utilizzatori coscienti. *Le funzioni, in breve, non sono mai intrinseche, ma sono sempre relative all'osservatore*»⁸³.

L'imposizione della funzione che consente ad un fatto bruto (o oggetto fisico) di divenire un fatto istituzionale (o oggetto sociale) avviene per mezzo di una «regola costitutiva». Questa, diversamente dalle «regole regolative», non regola «attività esistenti in precedenza», ma crea «la stessa possibilità di certe attività»⁸⁴. L'esempio più classico è il gioco degli scacchi:

«non si dà il caso che ci sia un mucchio di gente che ordina pezzi di legno sui tavoli, e allo scopo di impedire che si urtino l'un l'altro tutto il tempo e creino ingorghi, sia sia dovuto regolare la loro attività. Piuttosto, le regole degli scacchi creano la possibilità stessa di giocare a scacchi. Le regole sono *costitutive* degli scacchi, nel senso che giocare a scacchi è costituito in parte dall'agire in accordo con le regole»⁸⁵.

Dunque, i fatti istituzionali, gli oggetti sociali, derivano sempre da regole costitutive; e queste si strutturano sempre secondo la formula:

X conta come Y in C

essi possono vedere ciò come masse di metallo in traiettorie lineari, fibre cellulose con coloranti verdi e grigi o cavità di ferro smaltato contenenti acqua».

⁸³ *Ibidem*, 22.

⁸⁴ *Ibidem*, 37.

⁸⁵ *Ibidem*, 37.

dove *X* sta per l'oggetto fisico (o fatto bruto), *Y* per l'oggetto sociale (o fatto istituzionale) e *C* per il contesto dato⁸⁶. È grazie ad una regola costitutiva siffatta che il pezzo di carta (*X*) conta come denaro (*Y*) nel contesto dato (*C*), cioè, ad esempio, nel sistema di transazioni che si svolgono nell'area europea della moneta unica detta Euro.

In particolare, ciò che determina il passaggio da *X* a *Y*, dal fatto bruto al fatto istituzionale, è segnalato dalla formula verbale *conta come*, cioè da ciò che Searle chiama «intenzionalità collettiva»: è questa ad imporre ad *X* lo status, la funzione *Y* (ovviamente sempre in *C*).

Ma cos'è l'intenzionalità collettiva?

Comunemente per "intenzione" s'intende il proposito o desiderio di compiere un determinato atto o la disposizione d'animo verso un fine. Ma questi significati usuali non colgono esattamente le sfumature di senso del concetto d'intenzionalità elaborato da Searle. Questa infatti è

«un termine tecnico che sta a significare quella caratteristica delle rappresentazioni grazie alla quale esse sono *riguardo a* qualcosa o *dirette a* qualcosa. Le credenze e i desideri sono intenzionali in questo senso perché per avere una credenza o un desiderio dobbiamo credere che questo e quest'altro accada o desiderare che questo e quest'altro accada. L'intenzionalità, così definita, non ha nessuna speciale connessione con l'avere intenzione»⁸⁷

L'intenzionalità è dunque «la capacità della mente di rappresentare oggetti e stati di cose del mondo altro da sé»⁸⁸.

Detto ciò, sembrerebbe che l'intenzionalità non possa che essere individuale, cioè un fenomeno circoscritto alla mente del singolo. Quando due o più persone intendono collettivamente fare qualcosa, per esempio suonare in una *band* musicale o partecipare ad un gioco di squadra, in realtà ci troveremo dinanzi a una mera somma di intenzioni individuali, del tipo "io intendo fare qualcosa con la credenza che anche tu intenda farlo; e viceversa, tu intendi farlo con la credenza che anch'io intenda farlo". Tuttavia, Searle ammonisce contro il tentativo, proprio dell'individualismo metodologico, di ridurre l'intenzionalità collettiva a quella individuale: non si può ridurre «l'intenzionalità del noi» all'«intenzionalità dell'io», sempre costruendo la prima come un prodotto della seconda.

«Nessun insieme di "coscienza dell'io" anche integrato da credenze, equivale a una "coscienza del noi". L'elemento cruciale nell'intenzionalità

⁸⁶ *Ibidem*, 53 ss.

⁸⁷ *Ibidem*, 13.

⁸⁸ *Ibidem*.

collettiva è un senso del fare (volere, credere, ecc.) qualcosa insieme, e l'intenzionalità individuale che ogni persona possiede è derivata dall'intenzionalità collettiva che essi condividono»⁸⁹.

Per tornare agli esempi di prima: l'intenzione individuale di eseguire a tempo la linea di basso nella mia *band* è parte, e prodotto, della nostra intenzione collettiva di eseguire correttamente il pezzo; l'intenzione individuale di scattare improvvisamente in avanti per mettere fuori gioco l'avversario durante una partita di calcio non ha senso di per sé ma solo dentro l'intenzione collettiva di difendere con efficacia la nostra porta e la nostra metà campo⁹⁰.

L'importanza dell'intenzionalità collettiva nella costruzione dei fatti istituzionali è basilare. È grazie ad essa che oggetti fisici, fatti bruti, ricevono significati e funzioni che non potrebbero acquistare e svolgere solamente in virtù della loro fisica e chimica. La locuzione *conta come* segnala precisamente il passaggio dal fatto bruto al fatto istituzionale, svelando

«la linea continua che va dalle molecole e dalle montagne ai cacciavite, alle leve e ai tramonti incantevoli, e poi alle leggi, al denaro e agli stazionamento. La campata centrale del ponte che va dalla fisica alla società è l'intenzionalità collettiva e il movimento decisivo su quel ponte nella creazione della realtà sociale è l'imposizione intenzionale collettiva di funzione su entità che non possono svolgere quella funzione senza quell'imposizione»⁹¹.

Sorge però un'obiezione: com'è possibile che il denaro sia denaro anche se, putacaso, io e il negoziante di fronte non intendessimo riconoscere che questi pezzi di carta sono banconote? Chi sono coloro la cui intenzionalità collettiva è decisiva per l'attribuzione di una funzione di status *Y*? Per rispondere a questa domanda – che pretende di sferrare un colpo formidabile alla nozione di intenzionalità collettiva e all'intera costruzione searlina – si deve però fare ancora qualche passo avanti.

⁸⁹ *Ibidem*, 34.

⁹⁰ Secondo Searle è difatti possibile distinguere con chiarezza «il caso in cui c'è un vero comportamento cooperativo con i casi in cui, per così dire, accidentalmente a due persone accade di scoprire che il loro comportamento è sincronizzato. C'è una grande differenza tra due violinisti che suonano in un'orchestra, o lo scoprire che, mentre sto provando la mia parte, qualcuno nella stanza accanto sta provando la propria parte, e scoprire così che, per caso, stiamo suonando lo stesso pezzo in sincronia» (*Ibidem*, 34-35).

⁹¹ *Ibidem*, 50.

4.3. *L'impossibile solitudine delle regole costitutive*

Si è detto che senza intenzionalità collettiva un oggetto fisico non potrebbe diventare un oggetto sociale (cioè X non potrebbe contare come Y). Rovesciando la prospettiva, ciò significa che *sempre* un oggetto sociale ne presuppone uno fisico? Che *sempre* alla base di un fatto istituzionale c'è un mero fatto bruto?

Sì e no.

Indubbiamente sì, se soffermiamo l'attenzione sul fatto che un oggetto sociale è sempre veicolato da un evento percepibile dai nostri sensi. Ciò vale anche per il linguaggio, oggetto simbolico e quindi sociale per eccellenza, cui non sembrerebbe corrispondere alcun fatto bruto. Difatti, che un certo suono articolato dalla voce umana o un certo segno impresso su un foglio continuo come "Sì!" nella lingua italiana deriva sicuramente da una regola costitutiva del tipo X conta come Y in C ; dove per X s'intende, per l'appunto, l'oggetto fisico costituito da *quel* particolare suono emesso da corde vocali umane e percepibile dal nostro udito ovvero l'oggetto fisico costituito da *quelle* particelle d'inchiostro poste a contatto in un certo modo con una certa superficie, e anch'esso percepibile dai nostri sensi e in particolare dalla nostra vista; per Y il significato "Sì!" che a quel suono o segno è attribuito dall'intenzionalità collettiva; e per C il contesto della lingua italiana, il solo dove quel suono o segno X possa contare come Y , cioè come un "Sì!".

Tuttavia, è anche vero che non sempre X è soltanto un mero fatto bruto; assai spesso è già, a sua volta, un fatto istituzionale. Vale a dire: è ciò che figura come Y in una precedente regola costitutiva. Ciò significa che le regole costitutive e i fatti istituzionali non si presentano mai da soli, ma sempre insieme a molti altri, organizzati in sistemi complessi:

«un fatto istituzionale non può esistere in isolamento, ma solo in un insieme di relazioni sistematiche con altri fatti. Così, per esempio, affinché qualcuno in una società possa avere denaro, quella società deve avere un sistema per scambiare beni e servizi con il denaro. Ma affinché essa possa avere un sistema di scambio, deve avere un sistema di proprietà e di possesso»⁹².

Questo è un passaggio particolarmente importante del pensiero searliano. Siccome la struttura X conta come Y in C può essere «iterata», molto spesso – se non praticamente sempre – ciascuna regola costitutiva ne presuppone a sua volta delle altre, dando vita a «sistemi interconnessi di tali struttura iterate operanti nel corso del tempo»⁹³.

⁹² *Ibidem*, 44.

⁹³ *Ibidem*, 92-93.

Per chiarire meglio il concetto, è utile l'esempio del matrimonio. È noto che l'atto linguistico "Sì!", cioè il classico enunciato performativo, conta come assunzione del vincolo matrimoniale nel corso di una cerimonia nuziale che si svolge davanti a un pubblico ufficiale che la presiede: vale a dire, *X conta come Y in C*. Il matrimonio è dunque un fatto istituzionale scaturente da una regola costitutiva: è quest'ultima infatti che assegna alla parola "Sì!" (*X*) pronunciata nel contesto *C* (la cerimonia) una ben precisa funzione di status (*Y*).

Ora, è evidente che affinché si produca tale fatto istituzionale – occorrono tutti e tre gli elementi della formula: senza *X*, cioè senza l'atto linguistico consistente nel pronunciare il suono "Sì!", e senza l'intenzionalità collettiva consistente nell'intendere quel "Sì!" come costitutivo di un vincolo nuziale, non potrebbe esserci *Y*, cioè la creazione del vincolo matrimoniale e nessun fatto istituzionale classificabile come matrimonio. Inoltre, è evidente che fuori dal contesto *C*, cioè in assenza di un pubblico ufficiale che presenzi al compimento dell'atto linguistico *X*, quest'ultimo non potrebbe mai contare come *Y* (rispondere "Sì!" alla proposta di matrimonio formulata al di fuori di una cerimonia nuziale non equivale ancora a contrarre un vincolo matrimoniale).

A sua volta, però, sia *X* che *C* presuppongono altri fatti istituzionali e altre regole costitutive. Dire "Sì!" è, prima ancora che l'espressione di un consenso matrimoniale in *C*, un suono che nella lingua italiana esprime affermazione. Ma che quel suono lì (*X*) conti come "Sì!" (*Y*) nella lingua italiana (*C*) è, a sua volta, l'effetto di una regola costitutiva. Insomma, prima ancora che "Sì!" conti come consenso matrimoniale, occorre che quel suono lì emesso dalla voce umana conti, appunto, come "Sì!" nella lingua italiana.

E ancora, si prenda in esame l'elemento *C*. Senza un pubblico ufficiale non c'è matrimonio, ma ciò presuppone un'altra regola costitutiva in virtù della quale il sig. Rossi (*X*) conti come pubblico ufficiale (*Y*), e così via.

4.4. Segue: dove inizia lo Stato?

La necessaria pluralità delle regole costitutive e dei fatti istituzionali spiega perché gli oggetti sociali complessi non possiedono un corrispettivo fisico evidente e puntuale. Prendiamo ad esempio l'università o lo stato: volendo percorrere a ritroso il cammino della regola costitutiva e quindi passare dall'oggetto sociale *Y* (l'università o lo stato) all'oggetto fisico *X*, chi o cosa si cela precisamente dietro questa *X*? Qual è il fatto bruto che fa da substrato materiale al fatto istituzionale complesso chiamato università o stato? La persona fisica del rettore, nel caso della prima, e la persona fisica del monarca (o comunque del Capo di Stato) nel caso del secondo?

Forse Hobbes e Luigi XIV sottoscriverebbero l'asserzione che il Re (*X*) conta come Stato (*Y*). Ma è indubbio che affermare – come fece il

sovrano francese testé ricordato – che «lo Stato sono io» tiene fuori dalla definizione una miriade di oggetti senza i quali non solo non sarebbe possibile capire di cosa effettivamente consiste uno stato, ma neppure sarebbe possibile asserire che uno stato vi sia: penso a cose come i carabinieri, le loro dotazioni belliche, le caserme, le innumerevoli persone che risolvono controversie in nome dello stato, ecc.

E allora, quale oggetto fisico corrisponde precisamente all'oggetto sociale chiamato stato? Anche Heidegger sembra chiederselo:

«anche uno Stato è. In che consiste il suo essere? Nel fatto che la polizia arresta un sospetto, oppure nel fatto che alla cancelleria strepitano tante macchine da scrivere che ricevono quanto dettano i segretari e i consiglieri di Stato? Oppure lo Stato è nel colloquio che il capo dello stato intrattiene col ministro degli esteri inglese? Lo Stato è. Ma dove si trova l'essere? E, in generale, si trova in qualche posto?»⁹⁴.

Seguendo coerentemente il metodo searliano, dovremmo concludere che lo stato non è altro che un sistema esteso e altamente complesso di regole costitutive, funzioni di status e fatti istituzionali stratificati e interconnessi. E se, con un certo margine d'approssimazione, possiamo affermare che ad esempio l'atto di promulgazione di una legge (un oggetto fisico che a sua volta è già un fatto istituzionale) conta come volontà dello Stato, alla domanda «che cosa conta come volontà dello Stato?» non possiamo rispondere indicando solo l'atto di promulgazione di una legge, ma invero una pluralità indefinita di atti differenti: il che dimostra che delimitare i confini esatti di oggetti sociali complessi, dire cioè dove iniziano e dove finiscono, è impresa ardua se non impossibile⁹⁵.

⁹⁴ M. HEIDEGGER, *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen 1966; trad. it., *Introduzione alla metafisica*, Mursia, Milano 1990, 45.

⁹⁵ Ma lo stesso, invero, si può dire di parecchi oggetti fisici. Ismael Bartleboom, un personaggio del romanzo di ALESSANDRO BARICCO, *Oceano mare* (1993), dedica la sua vita al progetto improbabile di individuare il punto esatto dove il mare finisce (o inizia): «studiava l'esatto punto in cui l'onda, dopo essersi rotta una decina di metri più indietro, si allungava (...) risalendo la delicata china della spiaggia e finalmente si arrestava»; tuttavia, «la perfezione di quel moto oscillatorio formulava promesse che l'irripetibile unicità di ogni singola onda condannava a non esser mantenute. Non c'era verso di fermare quel continuo avvicinarsi di creazione e distruzione. I suoi occhi cercavano la verità descrivibile e regolamentata di un'immagine certa e completa: e finivano, invece, per correre dietro alla mobile indeterminazione di quell'andirivieni che qualsiasi sguardo scientifico cullava e derideva».

Ovviamente, in Searle non ritroviamo una compiuta dottrina dello stato, ma piuttosto una teoria generale della realtà sociale. In ogni modo, applicando lo schema searliano all'oggetto sociale «stato», si possono già evincere conclusioni teoretiche di tutto rispetto; conclusioni

4.5. Intenzionalità collettiva e principio d'imputazione

Il fenomeno della necessaria e indefinita pluralità delle regole costitutive sdrammatizza parecchio la questione dell'intenzionalità collettiva sollevata prima. Come è possibile che questo pezzo di carta colorata continui ad essere una banconota anche se io che la possiedo e il negoziante che ho di fronte non intendiamo riconoscerla come tale?

Ebbene, l'intenzionalità collettiva che fa di parole e gesti una pratica sociale non necessariamente deve essere quella di coloro che concretamente vi partecipano. Può invero discendere indirettamente dal complesso delle regole costitutive e dei conseguenti fatti istituzionali che fanno da contorno e presupposto alla pratica sociale considerata: questi condizionano e a volte impongono una certa intenzionalità o, più spesso, la surrogano facendo in modo che sia data per presupposta o implicitamente sussistente anche laddove l'uso concreto di un oggetto sociale non muove da un atto intenzionale di riconoscimento dello stesso come tale.

Sotto questo profilo, c'è un'evidente analogia tra la teoria searlina dell'intenzionalità collettiva e quel «principio di imputazione» di cui Kelsen asserisce la centralità nel campo delle scienze sociali e giuridiche, in contrapposizione al «principio di causalità» proprio delle scienze naturali.

«La forma grammaticale del principio di causalità così come quella del principio di imputazione è un giudizio ipotetico che collega un fatto considerato come condizione a un fatto considerato come conseguenza. Ma il significato del collegamento, nei due casi, è diverso. Il principio di causalità afferma: se c'è *A*, c'è (o ci sarà) *B*. Il principio di imputazione afferma: se c'è *A* deve esserci *B* (...) La differenza tra la causalità e l'imputazione è che la relazione tra la condizione che nella legge di natura è presentata come causa, e la conseguenza che è presentata come effetto, è indipendente da ogni atto umano o sovrumano, mentre la relazione tra la condizione e la conseguenza che si trova in una legge morale, religiosa o giuridica, è stabilita da atti di esseri umani o sovrumani; appunto quello specifico carattere della connessione fra condizione e conseguenza che viene espresso dal termine "dover essere"»⁹⁶.

che, ad esempio, si discostano dall'impostazione kelseniana, sebbene l'idea che lo stato sia un sistema di regole costitutive appaia simile alla tesi che identifica stato e ordinamento giuridico. Difatti, mentre si può dire dove inizi e finisca un sistema normativo *a là* Kelsen – anche se sfido chiunque a fare l'inventario preciso delle norme che lo costituiscono – lo stesso non si può dire, invece, dell'agglomerato di fatti istituzionali connessi e presupposti che, a seguire il suggerimento tratto dalla teoria di Searle, costituirebbero lo stato.

⁹⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pure del diritto*, cit., 216-217.

Così come l'intenzionalità collettiva trasforma un oggetto fisico in un oggetto sociale, parimenti è grazie al principio d'imputazione che un fatto naturale acquista un significato giuridico (e quindi sociale):

«Se si analizza un qualsiasi fatto considerato come diritto, per esempio una deliberazione parlamentare, un atto amministrativo, una sentenza giudiziaria, un negozio giuridico, un delitto, si possono distinguere due elementi: l'uno è un *atto sensibilmente percepibile il quale procede nello spazio e nel tempo*, un accadimento esteriore, per lo più un comportamento umano, l'altro è un significato, uno specifico significato quasi immanente o aderente a quest'atto o accadimento (corsivo mio)»⁹⁷.

Insomma, nel caso di regole costitutive prodotte da fonti del diritto l'intenzionalità collettiva che consente di assegnare a *X* la funzione di status *Y* non è altro che la forza stessa dell'atto normativo, cioè non è altro che l'operare del principio d'imputazione.

«In una sala si riuniscono degli uomini, tengono dei discorsi, gli uni si alzano dai posti, gli altri rimangono seduti: questo è un accadimento esteriore. Il suo senso è che una legge è stata votata. Un uomo in toga pronuncia da un seggio elevato determinate parole a un uomo che gli sta dinanzi. Questo accadimento esteriore significa sentenza. Un commerciante scrive una lettera con un determinato contenuto a un altro, l'altro invia una risposta: ciò significa che hanno concluso un contratto. Qualcuno cagiona con un'azione qualsiasi la morte di un altro: ciò giuridicamente significa un omicidio»⁹⁸.

Ciò non significa però che la teoria di Searle accrediti più la teoria kelseniana che non quella hartiana. Tutt'altro. E per avvedersene si deve ritornare sul binario della riflessione hartiana e verificare così in che misura la teoria della *rule of recognition* possa trarre giovamento e conferma dall'apporto della riflessione searliana.

4.6. La norma di riconoscimento come regola costitutiva

La norma hartiana di riconoscimento è una tipica regola costitutiva *a la* Searle, perché riproduce esattamente la formula *X conta come Y in C*.

Infatti, se *X* è la pratica dei giudici di riconoscere in quel testo chiamato Costituzione la fonte dei criteri di validità dell'ordinamento, tale

⁹⁷ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 48.

⁹⁸ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 48.

pratica X conta come Y , cioè come regola vincolante per tutti i giudici; e conta come Y in C , cioè nel contesto che è dato dal nostro ordinamento e dal fatto che siano dei giudici a porre in essere tale pratica. Il «conta come», ossia l'intenzionalità collettiva, equivale esattamente al «punto di vista interno» di Hart.

Si è detto che ogni regola costitutiva ne presuppone molte altre. Ciò vale anche per la norma di riconoscimento. Vediamo perché.

La pratica di riconoscimento (X) consiste di un atto linguistico o di una serie d'atti linguistici scritti: ad esempio, l'indicazione del parametro costituzionale violato nell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* o il richiamo alla norma costituzionale nell'operazione d'interpretazione adeguatrice della legge o, ancora, l'applicazione diretta della disciplina costituzionale ai casi della vita. Questo atto linguistico scritto (X) è a sua volta il prodotto (Y) di una regola costitutiva presupposta: ad esempio, esso *conta come* ordinanza di rimessione (Y) in C . Prima ancora che conti come riconoscimento della Costituzione quale fonte di validità, occorre perciò che quell'atto linguistico conti come ordinanza di rimessione o come sentenza di un giudice.

La conclusione è chiara: la norma di riconoscimento – come qualsiasi altra regola costitutiva – non si libra miracolosamente nel vuoto, ma è circondata e sostenuta da una miriade di fatti istituzionali presupposti. Non è l'evento primigenio, il primo motore immobile da cui scaturisce l'intero ordinamento, ma è ciò che spiega, infine, la validità dell'ordinamento, presupponendo però, in qualche modo, che un ordinamento già ci sia.

Ciò esclude la natura fondativa della norma di riconoscimento e quindi la sua utilità come teoria della validità costituzionale?

In verità, la pluralità indefinita dei fatti istituzionali e delle regole costitutive che compongono un ordinamento sociale (e giuridico) complesso si presuppongono e si sostengono reciprocamente. Perché ci sia una norma di riconoscimento occorre una regola costitutiva in virtù della quale una determinata attività conti come attività giudiziale e un determinato soggetto conti come giudice. Tali regole costitutive, a loro volta, devono molto della loro esistenza alle norme che disciplinano l'ordinamento giudiziario, ma queste a loro volta presuppongono il potere di adottarle, cioè altre regole costitutive in virtù delle quali un testo (X) conta come legge (Y). Regole, quest'ultime, che discendono infine da disposizioni costituzionali: con il che il cerchio si chiude, determinando un nuovo scambio di ruoli tra presupponente e presupposto, costitutivo e costituito⁹⁹.

⁹⁹ Per certi versi, quella descritta nel testo è la medesima circolarità di cui parla N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999; trad. it., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione*

Alla fine, asserire che la validità della costituzione scritta è un fatto istituzionale equivale a dire che tale validità è data dal fatto o consiste nel fatto che l'ordinamento complessivo, quale insieme di norme, ruoli, competenze, ecc., si svolge e operi conformemente alla costituzione.

4.7. *L'ultimo tassello: il criterio di reciprocità*

Giunti a questo punto, possiamo finalmente ritornare al nostro problema di partenza, riassumibile nella seguente domanda: com'è possibile che la norma convenzionale di riconoscimento possa essere obiettivamente normativa e fondare, in questo modo, il dovere obiettivo di obbedire alla costituzione scritta?

Come già si è ricordato, è lo stesso Hart a descrivere la *rule of recognition* come una «forma convenzionale di consenso giudiziale»: l'adesione degli altri alla pratica di riconoscimento del testo costituzionale sarebbe «parte del motivo per cui ciascuno condivide tale consenso»¹⁰⁰. I giudici applicano la norma di riconoscimento perché la ritengono normativa (o perlomeno si comportano come se tale la ritenessero) e questo convincimento può sorgere per il solo fatto di constatare che anche altri giudici ce l'hanno.

A mo' di obiezione Bruno Celano ha sostenuto che: a) tra le tante e diverse ragioni che si possono avere per obbedire alla norma di riconoscimento, può, sì, figurare l'*aspettativa* che anche gli altri si comportino allo stesso modo, ma non è detto che ciò accada necessariamente: e questa forma di convenzionalismo "debole" non può certo valere come spiegazione generale del perché i giudici osservano la *rule of recognition* (e quindi neppure della sua obiettiva normatività)¹⁰¹; e che b) il fondamento di siffatto obbligo convenzionale sarebbe il principio morale della «tutela dell'affidamento», sicché «non è *in quanto convenzione* (...), ma solo in virtù di

nel "commonwealth" europeo, il Mulino, Bologna 2003, 26-27, a proposito del rapporto tra «norma» e «giudizio»: «quel che rende definitivo il giudizio è una norma dell'ordine normativo che rende in ogni caso imperativo il rispetto del giudizio stesso. Tuttavia il giudizio secondo cui tale norma, o qualsiasi altra, appartiene all'ordine normativo, è di per sé un giudizio che con effetto definitivo può essere pronunciato esclusivamente da un giudice o corte idonei ad operare in tal senso. Ed è lo stesso ordine normativo cui si fa rinvio a rendere idoneo un dato giudice o corte di giustizia, ovvero (per usare un'espressione più tecnica) a rendere tale giudice o corte "competente" a giudicare la controversia».

¹⁰⁰ Vedi nt. 16.

¹⁰¹ Secondo B. CELANO, *op. cit.*, 352, il fatto che taluni seguano la convenzione perché gli altri fanno altrettanto «non implica che non vi siano *altre* ragioni, di carattere nient'affatto convenzionale, per le quali ciascuno dei membri del gruppo ritiene che (se seguita dagli altri) la linea di condotta in questione debba essere seguita».

considerazioni ulteriori, di ordine morale, che la regola di riconoscimento assume carattere normativo»¹⁰².

Ora, per quanto concerne la tesi che individua la ragione per obbedire alla norma di riconoscimento nell'*aspettativa* che anche gli altri si comportino allo stesso modo, il vero problema non è stabilire se questa ragione per agire possa caratterizzare solo taluni giudici/funzionari o, al contrario, li caratterizzi necessariamente tutti. Chi può dire se il giudice Tizio applica la norma di riconoscimento perché così fanno gli altri giudici (o perché *si aspetta* che così facciano gli altri giudici)? E anche se fosse possibile affermare con sicurezza che Tizio così ha fatto per le ragioni sopraddette, possiamo generalizzare questa constatazione e riferirla a tutti i giudici, indistintamente? Certo che no: si tratta di eventi psicologici, emotivi, soggettivamente culturali, ecc., che sono relegati nel foro interiore e che, pertanto, rimangono inaccessibili ad analisi concettuali del tipo qui affrontato.

Il vero problema, invece, è capire non già se il giudice Tizio si senta vincolato oppure no da una norma convenzionale di riconoscimento, ma stabilire se tale norma lo vincoli, che lui lo voglia oppure no. Per rispondere a questo problema cruciale occorre sottolineare, ancora una volta, come la norma di riconoscimento e il punto di vista interno presuppongano taluni postulati *istituzionali* di fondo: il formarsi di una prassi di riconoscimento della costituzione scritta non si realizza nel vuoto, ma sempre dentro un ambiente connotato da un certo livello d'istituzionalizzazione. In particolare, questo caso è caratterizzato istituzionalmente dall'esistenza di un obiettivo di coordinazione e di una pratica da coordinare: quest'ultima è, precisamente, la pratica giudiziale, ossia l'attività dei giudici consistente nel dire cosa è diritto al fine di dirimere controversie concrete. Insomma, i giudici – proprio perché *istituzionalmente* tali – condividono tutti il problema di coordinazione consistente nel dover applicare lo stesso sistema normativo¹⁰³.

¹⁰² B. CELANO, *op. cit.*, 356. In particolare Celano critica un passo di J.L. COLEMAN, *op. cit.*, 178, dove si cita adesivamente la tesi di Kenneth Himma, secondo cui «non è un mistero (...) in che modo impegni congiunti possano dare origine ad obblighi; nella misura in cui tali impegni inducono (esplicitamente o meno) affidamento da parte degli altri e un insieme di aspettative giustificate, essi possono dare origine ad obblighi». A giudizio di Celano, se Coleman riferisce l'obiettiva vincolatività della convenzione al fatto che essa crea «affidamento da parte degli altri e un insieme di aspettative giustificate», allora se ne deve trarre la conclusione che la doverosità giuridica della norma convenzionale di riconoscimento si confonde necessariamente con la doverosità morale del principio che impone la tutela dell'affidamento, con ciò smentendo la premessa di partenza da cui lo stesso Coleman muove: ossia, che la doverosità del diritto sia autonoma dalla doverosità morale.

¹⁰³ Contrariamente a quanto sostiene B. Celano, *op. cit.*, 351, non è sbagliato, perciò, ritenere che in un certo senso «i funzionari si trovino ad affrontare un problema di

Ciò precisato, non c'è alcun dubbio che ci si assoggetta a una convenzione al fine di risolvere un problema di coordinazione; né può dubitarsi che chi partecipa alla coordinazione, assoggettandosi alla convenzione, abbia la ragionevole *aspettativa* che anche gli altri partecipanti facciano lo stesso. Tra la convenzione e la possibilità della coordinazione c'è un nesso interno profondo che è assicurato dal criterio della *reciprocità* (in virtù del quale ciascuno si assoggetta ai vincoli di tutti, a condizione che pure gli altri facciano altrettanto). Di conseguenza, il vincolo convenzionale non solo non è distinto dal criterio di reciprocità ma neppure sarebbe pensabile senza di esso: gli obblighi convenzionali derivanti dalla *reciprocità* e la tutela dell'*affidamento* sono, quindi, tutt'uno¹⁰⁴.

Indubbiamente, questo insistere sulla tutela del *reciproco affidamento* dimostra che è assai difficile distinguere un obbligo convenzionale da un obbligo di tipo morale. Saranno, perciò, giustamente preoccupati coloro che hanno a cuore la conservazione del programma hartiano e l'obiettivo di tenere sempre rigorosamente distinti il diritto e la morale. Ma al sottoscritto interessa poco difendere la purezza delle originarie intenzioni teoriche del pensatore inglese. In questa sede ciò che mi preme è verificare se il criterio di reciprocità (che sta al nucleo delle convenzioni che risolvono problemi di coordinazione) sia in grado di fondare l'obiettivo normatività della *rule of recognition*.

A tale proposito può obiettarsi che non è affatto detto che il criterio di reciprocità e il principio dell'*affidamento* siano in grado di fondare veramente obblighi convenzionali. Ad esempio, il fatto che i giudici A, B e C agiscano di concerto in un certo modo e si aspettino che pure il

interazione fondamentale, suscettibile di essere specificato indipendentemente dalla, e anteriormente alla, regola di riconoscimento».

¹⁰⁴ Se si focalizza l'attenzione sul nesso concettuale interno tra convenzione e criterio della reciprocità, viene meno altresì la possibilità di distinguere tra «L-convenzioni» e «CD-convenzioni» (come invece propone B. CELANO, *op. cit.*, 349, 352). Secondo Celano (che sul punto riproduce il pensiero di D. LEWIS, *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford 1969) una «L-convenzione» è «una regolarità di comportamento sostenuta da un insieme di aspettative *reciproche* di condotta (corsivo mio)»; invece, una «CD-convenzione» (che secondo Celano esprime il senso in cui Hart stesso, nel *Postscript*, intende la natura convenzionale della *rule of recognition*) sussiste «quando ciascuno dei membri del gruppo (vi) si conforma (...) perché così fanno gli altri: il fatto che gli altri (vi) si conformano (...) è, per ciascuno, una ragione per conformarvisi». Ora, a me sembra che in realtà le due definizioni facciano riferimento al medesimo fenomeno. Se il criterio di reciprocità è quello in virtù del quale ciascuno si assoggetta ai vincoli di tutti a condizione che pure gli altri facciano altrettanto, non vedo grande differenza (anzi non ne scorgo alcuna) tra dire che c'è un'*aspettativa reciproca* di condotta (L-convenzione) e dire che ciascuno segue una certa condotta perché lo fanno pure gli altri e, quindi, *a condizione* che lo facciano pure gli altri (CD-convenzione).

giudice D faccia lo stesso, è una ragione sufficiente per ritenere che D abbia l'obbligo di adottare quello stesso schema di comportamento?

Sembrirebbe che all'ultima domanda non possa risponderci che in termini negativi. In realtà la risposta non può essere né seccamente negativa né seccamente positiva, perché dipende da come si è comportato D in passato. Se fino ad ora ha agito conformemente allo schema di comportamento condiviso da A, B e C, è corretto sostenere che questi ultimi hanno la ragionevole aspettativa che continui a farlo: e questa aspettativa merita di essere tutelata in forza del criterio di reciprocità (e di fatto viene tutelata mediante un «atteggiamento critico riflessivo» dagli effetti sanzionatori...). Se, invece, lo schema di coordinazione di A, B e C è nuovo rispetto a quello adottato da D fino a quel momento (per effetto, ad esempio, di un mutamento costituzionale radicale), allora non ci sono ragionevoli aspettative da tutelare e il criterio di reciprocità non può fondare obblighi convenzionali.

Ma in che modo si può ricostruire il comportamento passato di D? Qui viene in soccorso, ancora una volta, il postulato *istituzionale* di fondo. Se D è un giudice alla stregua di A, B e C, il modo in cui è organizzato il suo ruolo e gli atti attraverso i quali questo si è finora espresso, insieme a tutto quello che attiene alla pratica giudiziale che lo ha impegnato, confermeranno che egli, fino a questo momento, ha agito come se ritenesse valide le leggi e, quindi, la costituzione (che hanno informato quell'ambiente istituzionale complessivo da cui la sua attività ha tratto senso). Per il solo fatto di essere un giudice operante in *questo* ordinamento, è *in re ipsa* che D abbia agito finora conformemente allo schema di comportamento condiviso da A, B e C: ossia, coerentemente con quanto prescritto dalla *rule of recognition*. Egli, pertanto, non potrà disattendere l'aspettativa che continui a comportarsi come un giudice di *questo* ordinamento; aspettativa che, però, in tanto merita di essere tutelata in quanto sia manifestata da chi, operando conformemente al criterio di reciprocità, palesi a sua volta la disponibilità ad associarsi ai medesimi vincoli¹⁰⁵.

¹⁰⁵ È interessante osservare che pure G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, 153-154, sostiene che «la forza obbligatoria delle costituzioni pluralistiche deriva da una *convenzione costituzionale* fondamentale», aggiungendo che le convenzioni debbono intendersi come «aspettative stabilizzate di reciprocità, sulla base della previsione della altrui reazione, nell'ambito di un calcolo di utilità». In particolare Zagrebelsky sottolinea «l'importanza della stabilizzazione, che è il prodotto della ripetizione di comportamenti coronati dal successo, cioè che determinano la *prevista* altrui reazione»: insomma, «la stabilizzazione produce un legame di spirituale di reciproco affidamento, un legame che può dirsi di fiducia». Come si vede, gli ingredienti sono sempre i medesimi: criterio della reciprocità e stabilizzazione delle aspettative. Ciò che cambia è il fatto che Zagrebelsky riferisce il suo ragionamento non già (soltanto) ai giudici/funzionari, ma al complesso degli attori politici e costituzionali; e il fatto che non specifichi in cosa consista

4.8 Riepilogo finale e conclusione

Per comodità del lettore riepilogo sinteticamente per punti i risultati di questa mia indagine, aggiungendovi qualche conclusione finale:

- il «punto di vista interno» che accompagna (e struttura) la norma di riconoscimento consiste nell'assumere la prassi (di riconoscimento del testo costituzionale), l'*usus*, come schema di comportamento, come ragione per agire, criticando (e sanzionando) chi non lo fa.

- Si può svolgere analiticamente questa definizione aggiungendo che l'*internal point of view* consiste nel seguire la *rule of recognition* come se fosse doveroso farlo, aspettandosi – nello stesso tempo – una reciprocità di condotta. Poiché non soltanto seguo l'*usus* ma critico e sanziono chi non lo fa, nel mentre assumo di dover seguire la norma di riconoscimento, assumo altresì che anche gli altri debbano fare altrettanto. In altre parole, è lo stesso «atteggiamento critico riflessivo», ossia lo stesso atteggiamento di critica e sanzione di chi devia dalla norma di riconoscimento, a dimostrare che se assumo la *rule of recognition* lo faccio presupponendo che pure gli altri facciano altrettanto: assumo X, presupponendo che pure Tizio assuma X; di qui la critica di Tizio qualora non seguisse X.

- Tuttavia la mia aspettativa che pure gli altri seguano come doveroso lo stesso mio schema di comportamento intanto può produrre vincoli obiettivi in quanto pure gli altri lo abbiano finora seguito, maturando a loro volta un'aspettativa di reciprocità. La mia aspettativa che Tizio segua X non produce di per sé alcun obbligo per Tizio, a meno che Tizio non abbia finora agito dimostrando di seguire X. Insomma, se qualcuno si è dato liberamente una ragione per agire – cioè se ha assunto di dover seguire la norma di riconoscimento – poi non può, altrettanto liberamente, revocarla; o meglio, non può revocarla senza violare il criterio della reciprocità.

- Ma cosa dimostra che qualcuno si è dato quella ragione per agire consistente nel seguire la norma di riconoscimento (e consistente, quindi, nell'assumere il vincolo della reciprocità)? Lo dimostra il fatto di ricoprire un certo ruolo istituzionale – quello di giudice – nel contesto di un ambiente altamente istituzionalizzato, ossia di un ordinamento che corrisponde ai criteri di validità indicati dalla *rule of recognition*. Chi agisce come giudice di *questo* ordinamento ne conferma la vigenza e contribuisce a inverare i criteri ultimi della sua validità: pertanto, per non violare il criterio della reciprocità deve mantenersi fedele a questo ruolo e alla *rule of recognition* cui rimanda.

esattamente il fenomeno della stabilizzazione delle aspettative. Nella mia ricostruzione, invece, questa stabilizzazione interessa le reciproche aspettative giudiziali e coincide, quindi, con la *istituzionalizzazione* del ruolo giudiziale.

Questo significa che, seppure per il tramite del criterio della reciprocità, si afferma il principio secondo cui è sempre moralmente doveroso obbedire all'ordinamento effettivo e che «il reale è razionale», secondo la prospettiva di un giuspositivismo ideologico?

No, perché il criterio della reciprocità che sta all'origine degli obblighi convenzionali può registrare declinazioni e intensità diverse: e si può quindi contestare l'ordinamento vigente ed effettivo in nome di una realizzazione più intensa del criterio della reciprocità. Ad esempio, si può contravvenire alla reciprocità nei rapporti tra giudici/funzionari in nome di una reciprocità estesa ai rapporti tra tutti gli individui. Se la reciprocità nei rapporti tra giudici/funzionari si traduce nell'assenza di reciprocità nei rapporti tra i membri della comunità politica, se cioè conferma un ordinamento che complessivamente contravviene in modo programmatico ai doveri della reciprocità tra le persone, allora in nome di una reciprocità correttamente intesa, ossia estesa a tutti i rapporti politici interpersonali, è ben possibile e doveroso denunciare l'antigiuridicità dell'ordinamento vigente, criticarne la contrarietà al diritto.

Ovviamente questo riferimento finale al *criterio di reciprocità* apre numerosi altri problemi: non nascondo che adopero questa formula esattamente nella medesima accezione attribuita da John Rawls¹⁰⁶. Con l'inevitabile risultato di connettere la riflessione giusfilosofica e di teoria costituzionale alle questioni fondative della filosofia politica moderna e contemporanea; e di presumere, altresì, l'esistenza di un inscindibile legame tra obblighi giuridici e doverosità morale.

¹⁰⁶ J. RAWLS, *Political Liberalism*, 1993; trad. it., *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano 1999, 58-67, 183-214; ID., *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, 1999; trad. it., *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Milano 2001, 175-239, spec. 182, dove si legge che «il criterio di reciprocità richiede che, nel proporre certi termini di cooperazione come i più ragionevoli, chi li difende pensi che anche gli altri possano per buone ragioni accettarli».

Peraltro la nozione di *reciprocità* (e l'intera complessa tematica della *Public Reason*) si ricollega alla nozione rousseauviana di *volontà generale* (come cerco di illustrare nel saggio in corso di pubblicazione *Alcune brevi riflessioni su libertà e volontà generale nel pensiero di Rousseau*): ne svela, infatti, la logica interna. Nel *Contrat social* (CS, II, IV) J.J. Rousseau scrive che la volontà generale «obbliga e favorisce egualmente tutti i cittadini» e che «parte da tutti per applicarsi a tutti», sicché «ognuno si sottomette necessariamente alle condizioni che impone agli altri». Ogni volta che viene meno questa reciprocità viene meno pure la volontà generale. E difatti, «dandosi ognuno tutto intero (alla volontà generale), tale condizione è la stessa per tutti; ed essendo eguale per tutti, nessuno ha interesse di renderla più grave agli altri».