

ENRICO DICIOTTI

Sei osservazioni su *Del diritto inesistente*  
di Mario Jori

1. *Dalle ridefinizioni teoriche alla descrizione sociologica* – 2. *Il concetto di diritto e l'individuazione del diritto vigente* – 3. *Usi descrittivi e usi valutativi di 'diritto'* – 4. *Le teorie "idiosincratiche" del diritto* – 5. *Usi valutativi di 'diritto' e concezioni di sapore giusnaturalistico* – 6. *Accordi, conflitti, norma di riconoscimento.*

Nel suo recente libro, intitolato *Del diritto inesistente*<sup>1</sup>, Mario Jori affronta più di una questione fondamentale della teoria generale del diritto, tra cui principalmente le questioni della definizione del diritto, dell'identificazione di questo, dell'individuazione delle norme giuridiche valide, del valore delle diverse concezioni del diritto elaborate dai filosofi e dai giuristi. E, nel dare ad esse una soluzione, svolge una analisi non solo acuta e interessante, ma anche, almeno ai miei occhi, quasi sempre condivisibile.

Tranne che in un caso, le osservazioni che espongo qui di seguito non sono dunque da intendere come obiezioni rivolte alle tesi di Jori: esse infatti mirano solo a chiarire

<sup>1</sup> M. JORI, *Del diritto inesistente*, Pisa, Ets, 2010 (d'ora in avanti semplicemente *DDI*).

aspetti che nel suo libro paiono trascurati o non adeguatamente messi in evidenza. Ciò però non toglie che queste osservazioni potrebbero anche essere considerate l'abbozzo di una critica all'immagine del diritto fornita da Jori: non per ciò che in essa compare, ma per ciò che non vi compare.

### 1. *Dalle ridefinizioni teoriche alla descrizione sociologica*

Una parte piuttosto ampia del libro di Jori ruota intorno a un problema posto dalla tesi della norma di riconoscimento di Herbert Hart<sup>2</sup>.

Come è noto, secondo questa tesi l'esistenza e l'individuazione del diritto dipendono, ove si trascurino gli ordinamenti giuridici primitivi, da una norma che indica i criteri per individuare le norme giuridiche valide. Questa norma, denominata norma di riconoscimento, deve la sua esistenza e il suo contenuto alle attività dei giudici (o meglio, come puntualizza Jori<sup>3</sup>, alle attività di un insieme di funzionari che comprende sia i giudici sia le forze di polizia): nell'individuare le norme da applicare ai casi concreti, costoro utilizzano infatti i medesimi criteri, motivati dall'idea che sia corretto utilizzarli, cosicché si può ritenere che concordemente seguano una norma, di origine consuetudinaria o convenzionale, che indica quei criteri.

Questa tesi ha avuto una grande influenza nel pensiero giuridico dell'ultimo mezzo secolo, ma, come talvolta è stato segnalato, tra i suoi meriti non vi è certamente quello di rendere chiaro il modo in cui il diritto di una certa società viene o può essere individuato. Infatti, se si assume che

<sup>2</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; 2<sup>a</sup> ed. 1994), Torino, Einaudi, 2002, pp. 112-130.

<sup>3</sup> *DDI*, pp. 97-98.

l'esistenza e il contenuto della norma di riconoscimento dipendano dalle attività dei giudici, bisogna ammettere che per individuare questa norma è necessario avere prima individuato i giudici; ma individuare i giudici è possibile solo una volta che siano state individuate le norme giuridiche in base alle quali determinati individui sono giudici; ma per individuare queste norme è necessario utilizzare i criteri di individuazione delle norme giuridiche valide, cioè avere già individuato la norma di riconoscimento<sup>4</sup>. La tesi della norma di riconoscimento, ove sia intesa come una tesi relativa al modo in cui il diritto è o può essere individuato, si rivela dunque insostenibile per il circolo vizioso al quale conduce. Hart, non indicando il modo di evitare questo circolo vizioso, finisce col rendere oscura o addirittura enigmatica l'attività di individuazione del diritto vigente.

Ebbene, l'idea di Jori è che per risolvere questo enigma sia necessario distinguere tra le operazioni di senso comune compiute per l'individuazione del diritto vigente e le attività della giurisprudenza finalizzate alla delimitazione del diritto vigente, ossia alla esatta individuazione delle norme giuridiche valide.

Il senso comune, nota Jori, è perfettamente in grado di individuare il diritto vigente, almeno nelle situazioni normali, cioè quando ad esempio non sia in corso una guerra civile. I suoi criteri di individuazione sono quanto mai indeterminati e frammentari, e tuttavia risultano quasi sempre

<sup>4</sup> Intorno a questo tema, vedi E. BULYGIN, *Alcune considerazioni sui sistemi giuridici* (1991), in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 231-256, alle pp. 253-256; MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981, pp. 108-115; C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Torino, Giappichelli, 1996, pp. 112-116; J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 124-134.

soddisfacenti perché, considerando che «in tutte le società “normali” c’è un solo diritto», appaiono «sufficienti per puntare la nostra attenzione verso l’unico candidato per la nostra selezione»<sup>5</sup>. E bisogna peraltro notare che l’elasticità e la vaghezza di questi criteri sono da un certo punto di vista proprietà apprezzabili, grazie alle quali il concetto di diritto vigente è in grado di mantenere una certa forma di comunicazione tra soggetti provvisti di interessi e/o convinzioni confliggenti: se tali criteri «non fossero abbastanza indeterminati ed elastici, i conflitti si ripercuoterebbe direttamente sul linguaggio stesso che diventerebbe oggetto primario di controversia invece che servire a formulare le eventuali controversie. La elasticità e vaghezza del senso comune sono l’accorgimento principale con cui il linguaggio ordinario e i suoi concetti si mantengono, fino a un certo punto, fuori dalla mischia e mantengono la possibilità di comunicare tra persone con opinioni diverse»<sup>6</sup>.

Per quanto concerne l’individuazione del diritto vigente, Jori rileva che la giurisprudenza non utilizza criteri propri, per così dire scientifici, né tenta di elaborarli, ma si affida ai criteri del senso comune. Infatti, il suo lavoro è un altro, che il senso comune non è in grado di svolgere: il lavoro consistente nel “delimitare” il diritto vigente, cioè nel distinguere nel dettaglio ciò che fa parte del diritto da ciò che non ne fa parte, ossia le norme giuridiche valide da norme spurie che potrebbero trarre in inganno un occhio inesperto. E questa delimitazione è resa possibile dalla norma di riconoscimento che può rinvenirsi in quell’area del diritto vigente individuabile utilizzando i criteri del senso comune<sup>7</sup>. Il giurista, in

<sup>5</sup> *DDI*, p. 28.

<sup>6</sup> *DDI*, p. 39.

<sup>7</sup> Emergono dunque differenze molto significative tra la concezione di norma di riconoscimento di Hart e quella di Jori. Diversamente da

quanto manca di criteri propri per l'individuazione del diritto vigente, ma è in grado di svolgere l'attività di delimitazione del diritto vigente, è secondo Jori come un verme nella mela: «sa perfettamente muoversi all'interno della sua mela, del *suo* diritto; ma non sa arrivarci; per esercitare la sua conoscenza deve esserci già»<sup>8</sup>.

Con la sua analisi del senso comune Jori fornisce indubbiamente un contributo importante alla teoria del diritto. Mi sembra però che il problema dell'individuazione del diritto, nel quale è stata coinvolta anche la teoria della hartiana norma di riconoscimento, sia sorto e sia stato solitamente affrontato da una prospettiva diversa da quella adottata da Jori nel momento in cui propone una soluzione; e mi sembra anche che questo cambiamento di prospettiva avrebbe meritato di essere segnalato e discusso.

Il problema dell'individuazione del diritto che la teoria hartiana della norma di riconoscimento solleva o manca di risolvere è il problema delle proprietà empiriche del diritto, indicate o desumibili da una definizione di questo, ossia dei criteri empirici che consentono l'individuazione del diritto vigente presso una determinata comunità. Il problema è cioè quali osservazioni di quali fenomeni sociali renderebbero possibile questa individuazione; quale definizione del diritto consentirebbe a un marziano, privo del nostro apprendistato

Hart, infatti, Jori assume che la norma di riconoscimento serva non per individuare il diritto vigente, ma solo per precisarne il contenuto; che essa non costituisca il prodotto dell'attività giudiziale di individuazione del diritto, ma venga trovata dai giudici nei materiali giuridici individuabili tramite operazioni di senso comune; che essa possa essere presente o non esserlo in ordinamenti giuridici diversi (*DDI*, p. 105).

<sup>8</sup> *DDI*, pp. 52-53.

linguistico e culturale, di individuare il nostro diritto vigente tramite un'indagine puramente fattuale.

Questo non è però esattamente il problema affrontato da Jori. Jori, infatti, non cerca una definizione del diritto ed offre invece una brillante descrizione del modo in cui la giurisprudenza perviene all'individuazione del diritto: una descrizione che mostra come di fatto la giurisprudenza operi, ragioni e, in parte, rifiuti di ragionare, lasciando nella sfera del vago e del non detto i criteri di senso comune utilizzati per individuare il diritto vigente. Una descrizione, cioè, al termine della quale si può affermare che anche Jori lascia nel vago e nel non detto i criteri per l'individuazione del diritto vigente.

Si potrebbe sostenere che in effetti Jori non elude il problema di una definizione del diritto che fornisca criteri adeguati per l'individuazione del diritto, ma mostra che questo problema è intrinsecamente sbagliato, perché nessuna indagine può consegnarci una definizione rigorosa che consenta di separare con precisione quello che appartiene a un certo diritto vigente da quello che non gli appartiene: ciò in quanto l'individuazione del diritto vigente avviene sulla base di un insieme vago e confuso di idee e aspettative condiviso da molti individui, dal quale non possono essere tratti criteri precisi, se non al prezzo di compiere scelte che apparirebbero inaccettabili a una parte di coloro che partecipano alla pratica del diritto o che comunque avrebbero l'effetto di deformare ciò che viene solitamente riconosciuto come diritto.

Però, se davvero Jori intende qui compiere la mossa di abbandonare ogni tentativo di ridefinizione teorica del diritto in favore di una descrizione sociologica delle idee e delle pratiche tramite le quali gli individui di una certa comunità pervengono alla individuazione del diritto, mi pare che questa mossa avrebbe meritato una chiara segnalazione e una qualche discussione.

## 2. *Il concetto di diritto e l'individuazione del diritto vigente*

Jori ritiene che i criteri, vaghi e confusi, del senso comune riguardino e consentano distintamente di risolvere due questioni diverse: la questione della “identificazione” del diritto, cioè la questione di che cosa è il diritto, e la questione della “individuazione” del diritto, cioè la questione di quali norme compongono il diritto vigente. Secondo Jori, se man-cassimo di rilevare questa distinzione e di tenerne adeguatamente conto, non saremmo in grado di «spiegare alcuni discorsi comunissimi sul diritto, tra essi i discorsi, normalis-simi, sul diritto immaginato, immaginario, futuro o estinto»<sup>9</sup>, e neppure potremmo spiegare come e perché nella stazione di Pavia, ai tempi in cui Jori era studente, tutti qualificassero come un pazzo un anziano signore che pretendeva di far partire i treni sbracciandosi platealmente subito dopo il fischio del capostazione. Quel signore, dice Jori, mostrava di comprendere che cosa è il diritto, e più precisamente che sulla base del diritto vi sono capistazione provvisti di determinate competenze, ma agiva come se il diritto vigente gli conferisse competenze che di fatto non gli spettavano: l'errore per il quale era considerato un pazzo riguardava il contenuto del diritto vigente (credeva di essere un capostazione) e non il concetto di diritto (sapeva che il diritto conferisce ad alcuni e non ad altri la qualifica di capostazione).

Jori afferma che nell'insieme di idee vaghe e confuse che consentono l'identificazione del diritto spicca per la sua rilevanza l'idea della coattività, che poi non a caso si ritrova nella gran parte delle definizioni proposte dalla teoria del diritto. Afferma inoltre che l'individuazione del diritto vigente dipende dall'accettazione, cioè che comunemente viene individuato come diritto vigente un complesso di norme

<sup>9</sup> *DDI*, p. 29.

percepito come generalmente accettato. E asserisce infine che l'accettazione «non può essere una caratteristica definitoria del diritto *tout court*, cioè della identificazione del giuridico, perché non può caratterizzare anche i diritti non vigenti»<sup>10</sup>.

Ebbene, mi pare che questa distinzione tra la questione dell'identificazione del diritto e la questione dell'individuazione del diritto sollevi forti perplessità, che mi provo a chiarire brevemente con le seguenti considerazioni.

Nei limiti in cui la parola 'diritto' è usata in senso descrittivo e non per fare riferimento al diritto naturale o comunque a norme alle quali si attribuisca carattere vincolante, un certo grado di effettività o di accettazione sembra necessario per qualificare come diritto un determinato insieme di norme. Anzi, il concetto stesso di norma, e ancor più quello di norma giuridica, paiono avere una qualche relazione con l'effettività o l'accettazione. Infatti, se io formulo un insieme, anche molto complesso e articolato, di enunciati normativi simili a quelli che compaiono nei testi di legge, non sembrerà poi appropriato dire che io abbia prodotto delle norme; e tantomeno sembrerà appropriato dire che io abbia prodotto un complesso di norme giuridiche e che quel complesso costituisca un diritto ovvero un ordinamento giuridico. Potrebbe apparire appropriata l'affermazione che quel complesso di enunciati, o meglio il complesso delle prescrizioni che essi esprimono, costituisca un diritto immaginario; mi sembra però (secondo ciò che mi suggeriscono le mie intuizioni linguistiche) che quel complesso di enunciati o prescrizioni possa essere pensato come un diritto immaginario solo quando se ne immagini o se ne finga l'accettazione. Da questa prospettiva un diritto è cioè simile a un re o uno stato: qualcosa che può essere reale o immaginario, ma che porta con sé l'idea dell'effettività o dell'accettazione.

<sup>10</sup> *DDI*, p. 25.



Da questa prospettiva molto simile al concetto di diritto sembra, in particolare, il concetto di morale sociale, cioè un concetto che innegabilmente implica l'idea dell'effettività o dell'accettazione. La morale sociale, infatti, si distingue dalla morale ideale, critica o autonoma proprio per il fatto di essere composta da norme effettivamente accettate in un determinato tempo e luogo. E tuttavia da ciò non segue che sia impossibile parlare di morali sociali immaginarie, future (ove si vogliono azzardare profezie) o estinte: non è dunque chiaro perché si dovrebbe invece ritenere che la possibilità di parlare di diritti immaginari, futuri o estinti sia assicurata solo da un concetto di diritto indipendente dai concetti di effettività o di accettazione.

D'altra parte, sembra in generale sbagliato ritenere che una parola esprima due concetti diversi se può essere usata per riferirsi da un lato a cose o fatti effettivamente esistenti e dall'altro lato a cose o fatti immaginari, ancora da venire ad esistenza o estinti. In altri termini, non pare esservi alcuna differenza concettuale tra un tavolo (o un gatto, o un albero, ecc.) attualmente esistente e uno immaginario: le loro proprietà definitorie sono plausibilmente le stesse. E ciò che vale per i tavoli (e i gatti, e gli alberi, ecc.) pare valere anche per gli ordinamenti giuridici. Volendo riprendere l'esempio del matto alla stazione, si può qui notare che, pur avendo i tavoli esistenti le stesse proprietà dei tavoli immaginari, ciascuno saprebbe riconoscere un matto che non si sbaglia sul concetto di tavolo, ma che cerca di utilizzare tavoli inesistenti, insistendo ad appoggiare a mezz'aria piatti e bicchieri.

### *3. Usi descrittivi e usi valutativi di 'diritto'*

Come ho già detto, trovo molto interessanti le osservazioni di Jori riguardo all'indeterminatezza del concetto di diritto proprio del senso comune e al modo slegato e

frammentario con cui il senso comune procede all'individuazione del diritto. Mi sembra però che queste osservazioni siano incomplete e che pertanto non sia del tutto convincente la rappresentazione, o il modello, delle attività di identificazione, individuazione e delimitazione del diritto che da esse deriva. Più precisamente, mi sembra che, nel riportare al senso comune e al linguaggio ordinario il concetto di diritto, Jori manchi di rilevare come in quest'ambito la parola 'diritto' sia in effetti usata in sensi diversi.

In primo luogo, si potrebbe a mio avviso sostenere che l'uso della parola 'diritto' segua lo schema delle wittgensteiniane somiglianze di famiglia, ovvero che il significato di questa parola soffra di quella specie di vaghezza che è stata denominata vaghezza combinatoria. Come è noto, Wittgenstein introdusse la nozione di somiglianze di famiglia esaminando gli usi della parola 'gioco' e notando come sia impossibile individuare un insieme di caratteri comuni a tutte le attività indicate con questa parola, per il fatto che esse sono legate l'una all'altra da somiglianze di volta in volta diverse<sup>11</sup>. Questa stessa intuizione sta alla base della nozione di vaghezza combinatoria, introdotta da William Alston per render conto del significato di parole provviste di una pluralità di criteri di applicazione. Alston nota come moltissime di queste parole abbiano casi paradigmatici di applicazione, che presentano *tutti* i caratteri rilevanti di un certo genere di cose o fatti, e casi non paradigmatici di applicazione, che presentano *solo alcuni* di quei caratteri, senza che sia possibile individuare un insieme di caratteri rilevanti presenti in tutti i casi di applicazione<sup>12</sup>. Ad esempio,

<sup>11</sup> L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche* (1953), Torino, Einaudi, 1967, pp. 46-47.

<sup>12</sup> W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio* (1964), Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 135-152.

se esaminiamo i diversi fenomeni ai quali ci riferiamo con la parola 'religione', possiamo distinguere alcuni casi paradigmatici, come il cattolicesimo, l'ebraismo e le forme principali di islamismo, che presentano tutti i caratteri tipici della religione, e alcuni casi non paradigmatici, come il buddismo, il teismo e certe forme di animismo, che presentano solo alcuni di quei caratteri; e siccome i caratteri tipici presenti nei casi non paradigmatici sono variabili, non è possibile individuare una lista di condizioni necessarie per l'uso della parola 'religione'.

Ebbene, Jori afferma che la coattività è il carattere distintivo di quegli insiemi di norme cui si applica il termine 'diritto'. Si può però notare che questo carattere è indubbiamente distintivo degli ordinamenti giuridici statali, che potremmo considerare come casi paradigmatici di 'diritto', ma è dubbio che sia presente o indubbiamente manca in altri insiemi di norme che vengono indicati con questa stessa parola e che potrebbero essere considerati come casi non paradigmatici di applicazione: il diritto internazionale, il diritto canonico, il diritto sportivo, oltreché il diritto naturale<sup>13</sup>. D'altra parte, il fatto che la parola 'diritto' sia usata per indicare cose che non condividono uno stesso insieme di caratteri distintivi non può sorprendere quando si consideri il fatto che le parole hanno una storia nel corso della quale può facilmente accadere che il loro significato muti, si restringa o si espanda non secondo una logica, ma in modo

<sup>13</sup> Per un accostamento di questo tipo al problema della definizione di 'diritto', vedi M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 103-105; E. DICIOTTI, *Il concetto e i criteri della validità normativa*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 303-351, alle pp. 311-313.

piuttosto casuale, seguendo la traccia di somiglianze di volta in volta variabili.

In secondo luogo, mi pare evidente che la parola ‘diritto’ possa essere usata in due sensi distinti: in un senso puramente descrittivo, del quale mi sono occupato fin qui, oppure in un senso valutativo o prescrittivo. È usata in senso meramente descrittivo quando è usata per designare una o più norme che presentano determinate proprietà, come ad esempio la proprietà di appartenere a un sistema di norme accettate; è invece usata in senso valutativo o prescrittivo quando è usata per indicare norme che, per il fatto di presentare determinate proprietà, è bene che siano obbedite o devono essere obbedite<sup>14</sup>.

In riferimento al diritto statale, a sostegno di questi due sensi di ‘diritto’ sono impegnati due tradizionali schieramenti della filosofia del diritto: a sostegno del senso puramente descrittivo lo schieramento giuspositivista, o più precisamente quello del cosiddetto giuspositivismo metodologico o concettuale, cioè lo schieramento di coloro che definiscono il diritto come un insieme di norme (provvisto di determinati caratteri) la cui esistenza dipende unicamente da determinati comportamenti umani; a sostegno del senso valutativo o prescrittivo lo schieramento giusnaturalista, cioè lo schieramento di coloro che propongono di chiamare diritto non tutti gli insiemi di norme che sono chiamati ‘diritto’ dai giuspositivisti, ma solo alcuni di questi, e per la precisione quegli insiemi che risultano conformi a determinati principi di giustizia oggettivamente validi e che dunque, per la loro conformità a questi principi, hanno carattere vincolante, ossia meritano obbedienza, devono essere osservati.

<sup>14</sup> Vedi al riguardo C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, cit., pp. 9-38.

Vale la pena di notare che, diversamente da quanto afferma Jori, il senso comune non rifiuta la concezione giusnaturalista e gli usi linguistici che essa implica: ricorrendo alla mia esperienza, posso testimoniare come almeno una parte degli studenti che seguono le mie lezioni non respingano come insoliti o estranei al proprio linguaggio, e anzi accolgano molto benevolmente, il significato che alla parola 'diritto' è attribuito dai giusnaturalisti.

Comunque sia, ciò che più importa è che, sebbene non sia sempre chiaro il senso in cui un parlante sta usando la parola 'diritto', si può ragionevolmente affermare che tanto gli usi descrittivi quanto gli usi valutativi o prescrittivi di questa parola sono frequenti e diffusi sia nel discorso ordinario sia nel discorso dei giuristi. Ad esempio, appaiono come ovviamente descrittivi gli usi dei parlanti che mettono in luce contraddizioni o lacune "del diritto", oppure che cercano di chiarire i contenuti "del diritto" in una determinata materia limitandosi a indicare i modi, anche diversi e contrastanti, in cui i giudici hanno inteso e applicato determinate disposizioni. Appaiono invece come ovviamente valutativi o prescrittivi gli usi di parlanti che pretendono, in contrasto l'uno con l'altro, che determinate norme, poniamo una norma N1 che permette un certo comportamento e una norma N2 che vieta quello stesso comportamento, siano osservate o applicate in quanto parte "del diritto". L'atteggiamento ascrivibile ai giudici e, molto frequentemente, ai giuristi non è quello di chi aspira a una descrizione obiettiva o spassionata di una realtà approssimativamente circoscritta dal concetto di diritto, così come questo può ricavarsi dal complesso degli usi effettivi di questa parola: è invece quello di chi aspira a convincere che solo alcune delle norme che potrebbero essere chiamate giuridiche, secondo un qualche uso effettivo di questa parola, appartengono davvero al diritto e pertanto vanno osservate o applicate.

All'osservazione che vi sono due usi della parola 'diritto', uno descrittivo e uno valutativo, bisogna poi associarne un'altra: nei suoi usi descrittivi, anche quando sia riferita al solo diritto statale vigente, questa parola mostra un significato vago, mentre nei suoi usi valutativi mostra un significato contestato o controverso. Nei suoi usi descrittivi mostra un significato vago in quanto questi usi, con le loro incertezze e oscillazioni, rivelano da un lato l'assenza di criteri precisi e comunemente seguiti per distinguere ordinamenti giuridici da insiemi di regole che non costituiscono ordinamenti giuridici (ad esempio, per distinguere società provviste di un ordinamento giuridico da società che non ne sono provviste), e dall'altro lato l'assenza di criteri precisi e comunemente seguiti per distinguere ciò che fa parte di un ordinamento giuridico da ciò che non ne fa parte (ad esempio, tra le regole che fanno parte del nostro ordinamento, possiamo includere le consuetudini costituzionali?). Nei suoi usi valutativi si può invece ritenere che la parola 'diritto' abbia un significato contestato o controverso per il fatto che viene utilizzata in modo conflittuale, cioè utilizzata da individui diversi per sostenere che norme diverse e incompatibili, in quanto diritto, sono vincolanti, ossia devono essere osservate o applicate. Da un lato, cioè, accade che alcuni individui avanzino la pretesa che faccia parte del diritto, e debba quindi essere osservata o applicata, una certa norma N1, e dall'altro lato altri individui avanzino pretesa che faccia parte del diritto, e debba quindi essere osservata o applicata, non la norma N1, ma una norma N2 (parzialmente) contrastante con N1; e, se si assume che tutti questi individui operino sulla base di ragioni, questo contrasto sull'appartenenza al diritto di singole norme non può che presupporre un altro, relativo al concetto di diritto, cioè alle proprietà che determinate norme devono presentare per essere qualificate come

giuridiche (e dunque da osservare o applicare)<sup>15</sup>.

Ciò che accade nell'uso della parola 'diritto' non è dunque diverso da ciò che accade comunemente nell'uso di altri termini valutativi, come ad esempio 'coraggioso', 'onesto', 'democrazia', 'libertà'<sup>16</sup>. Questi termini vengono infatti usati da ciascun individuo in riferimento a cose o fatti verso i quali va il suo apprezzamento, cosicché accade spesso che sorgano conflitti evidenti sul modo in cui essi devono essere intesi, cioè sui concetti da essi connotati.

Bisogna ammettere che gli usi valutativi di 'diritto' presuppongano anche una qualche attività non valutativa di individuazione di una sfera o un'area, magari molto indeterminata, del giuridico. Infatti, se ognuno seguisse solo le proprie valutazioni, accadrebbe probabilmente che molti individuerebbero come norme giuridiche valide, nel senso in cui 'valido' significa provvisto di carattere vincolante, norme stravaganti, completamente estranee a ciò che tutti gli altri intendono per diritto. Pertanto, Jori ha certamente ragione nel sostenere che vi è un certo modo comune di circoscrivere approssimativamente una certa area del giuridico; se commette un errore, lo commette solo in quanto non evidenzia gli usi valutativi di 'diritto', lasciando quasi intendere che i discorsi in cui trovano espressione le attività di individuazione del diritto siano tutti tendenzialmente conoscitivi.

<sup>15</sup> Il fenomeno può essere chiarito ricorrendo alla nozione di concetto essenzialmente contestato (W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, pp. 167-198) oppure a quella di definizione persuasiva (C.L. STEVENSON, *Persuasive Definitions* (1938), in ID., *Facts and Values*, New Haven (Mass.), Yale University Press, 1963, pp. 32-54).

<sup>16</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Il «Poscritto» di Hart e il senso della filosofia politica* (2004), in ID., *La giustizia in toga* (2006), Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 153-203, alle pp. 159-166.

Secondo una delle belle immagini di Jori, «il diritto, non diversamente da una lingua naturale, è [...] nello stesso tempo qualcosa che guardiamo e descriviamo dall'esterno e qualcosa che tutti insieme facciamo»<sup>17</sup>. Ebbene, credo che a questa immagine dovrebbe essere aggiunta una precisazione: se assimilato a una lingua naturale, il diritto è come una lingua le cui parole siano quasi tutte provviste di significato valutativo e i cui vocabolari, cioè le opere prodotte dagli studiosi della lingua naturale, vengano prevalentemente scritti allo scopo di avvalorare determinati usi di queste parole a preferenza di altri, ossia prevalentemente contengano definizioni persuasive.

#### 4. *Le teorie "idiosincratiche" del diritto*

Se questo è stato detto fin qui è corretto, allora non si può condividere pienamente la caratterizzazione di Jori delle teorie del diritto che talvolta vengono elaborate dalla giurisprudenza.

Queste teorie, afferma Jori, «contengono come elemento principale una presa di posizione normativa su quello che il diritto deve essere e su come deve essere trattato, contengono parzialmente diverse concezioni della interpretazione, della funzione giudiziaria, dei rapporti costituzione/legge», ecc.<sup>18</sup>. E, in quanto propongono concezioni particolari o "parziali" del diritto o di alcuni dei suoi aspetti, esse sono "idiosincratiche", cioè almeno in parte estranee all'idea del diritto propria del senso comune.

Se però ammettiamo che anche nel discorso ordinario e in quello della giurisprudenza siano individuabili usi

<sup>17</sup> *DDI*, p. 146.

<sup>18</sup> *DDI*, p. 83.



valutativi o prescrittivi di ‘diritto’, ossia prese di posizione normative su quello che il diritto deve essere, e se assumiamo che queste prese di posizione presuppongano concezioni “parziali” del diritto, sulle quali si troverebbero in disaccordo molti di coloro che pure fanno uso della parola ‘diritto’, allora bisogna concludere che teorie “idiosincratiche” aleggino anche sul discorso ordinario e sul discorso comune dei giuristi. Bisogna cioè concludere che, elaborando teorie del diritto, la giurisprudenza prosegua, seppure con mezzi e in modi diversi, un’attività che è già insita nelle operazioni con cui abitualmente procede alla delimitazione del diritto e che non è estranea al senso comune, ovvero alle pratiche sociali di individuazione del diritto.

##### 5. *Usi valutativi di ‘diritto’ e concezioni di sapore giusnaturalistico*

Un’osservazione mi sembra poi opportuna riguardo a una particolare teoria del diritto, o meglio a una particolare famiglia di teorie, che Jori denomina *concezioni di sapore giusnaturalistico*, chiarendo che esse «mirano a “migliorare” o “colorare” il risultato della applicazione delle fonti del diritto mediante una lettura del diritto attraverso determinati principi etici o morali»<sup>19</sup>.

Ebbene, l’osservazione è che se le concezioni alle quali Jori si riferisce indicano espressamente determinati principi morali effettivamente utilizzabili per rendere migliore il diritto vigente, allora queste concezioni possono giustamente essere considerate “parziali”, ovvero non accettabili da tutti i giuristi, stante l’odierno pluralismo nel campo dei valori. Se invece queste concezioni si limitano ad attribuire

<sup>19</sup> *DDI*, p. 123.

ai giuristi il compito di migliorare, sulla base di principi morali, il contenuto del diritto vigente, allora si può ritenere che esse semplicemente esplicitino ciò che in un certo senso è già implicito nella comune attività dei giuristi e, soprattutto, dei giudici. Infatti, se è vero che l'attività di delimitazione del diritto comporta una certa quantità di scelte discrezionali, allora si deve ritenere che queste scelte possano trovare il loro fondamento solo in principi morali.

Jori ha certamente ragione quando rileva che di fatto l'attività della giurisprudenza «è caratterizzata dall'uso di argomentazioni *ad hoc*», ovvero sia «che è considerato accettabile e comunque normale che un giurista, sia egli avvocato o giudice, quando ciò sia utile a sostenere conclusioni specifiche che sembrano desiderabili, utilizzi di volta in volta o anche contemporaneamente teorie e concetti che un filosofo del diritto sarà invece tentato di riportare a concezioni del diritto diverse e incompatibili»<sup>20</sup>. Ed a ciò si può aggiungere che i motivi per cui giudici e giuristi argomentano in modo da avvalorare un determinato risultato dell'applicazione del diritto invece di un altro, possono essere i più vari e non necessariamente aventi a che fare con alti ideali o comunque con l'adesione a principi morali.

Però, se dall'esame dei fatti, ovvero da un discorso di tipo sociologico o psicologico sulle motivazioni che determinano le scelte di giudici e giuristi, si passa a un discorso teorico sulle ragioni che potrebbero consentire una giustificazione di queste scelte, cioè a una riflessione teorica sul cosiddetto contesto della giustificazione, credo che si debbano accettare le seguenti conclusioni: anzitutto, le scelte di cui parliamo possono trovare un fondamento unicamente in principi morali oggettivamente validi; inoltre, principi di questo genere sono presupposti dalle argomentazioni

<sup>20</sup> *DDI*, p. 122.

della giurisprudenza. La prima conclusione deve essere accettata per le seguenti ragioni: le scelte da compiere nella delimitazione del diritto, cioè per individuare le norme giuridiche valide, non possono essere giustificate sulla base del diritto, cioè sulla base di norme giuridiche valide; tali scelte potranno dunque trovare una giustificazione solo sulla base di norme, principi o valori morali; e poiché accade quasi sempre, se non sempre, che ad una scelta giustificabile adducendo determinati principi morali sia contrapposibile una scelta diversa giustificabile adducendo principi morali differenti, si deve allora concludere che queste scelte siano fondate solo se giustificate da norme, principi o valori morali oggettivamente validi. La seconda conclusione deve essere accettata per questa ragione: se, come sembra, ogni giudice o giurista avanza giudizi di validità sulle norme giuridiche pretendendo che tali giudizi siano corretti e che siano invece da respingere i giudizi contrastanti con essi eventualmente avanzati da altri giudici e giuristi, allora ogni giudice o giurista pretende che le scelte che egli ha compiuto per individuare le norme giuridiche valide siano le sole corrette e dunque trovino il fondamento in norme, principi o valori morali oggettivamente validi.

Ovviamente si può essere scettici riguardo all'esistenza di principi morali oggettivamente validi, però bisogna fare chiarezza su un aspetto molto importante della questione: essere scettici a questo riguardo significa ritenere che le pretese di correttezza dei giudici e giuristi siano insensate e che le controversie tra giudici e giuristi siano o illusorie o dipendenti solo da una divergenza di atteggiamenti razionalmente irrisolvibile<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Intendo una divergenza di atteggiamenti nel senso stevensoniano di «contrasto fra propositi, aspirazioni, esigenze, preferenze, desideri» (C.L. STEVENSON, *Etica e linguaggio* (1944), Milano, Longanesi, 1962, p. 17).

## 6. *Accordi, conflitti, norma di riconoscimento*

Come ho già ricordato, tra coloro che fanno un uso valutativo o prescrittivo della parola 'diritto' sorgono molto frequentemente controversie sulle norme giuridiche valide: mentre alcuni sostengono che è valida un certa norma N1, altri sostengono che è invece valida una certa norma N2 (parzialmente) contrastante con N1. Poiché queste controversie, o la gran parte di esse, mostrano che giudici e giuristi non condividono gli stessi criteri per la delimitazione del diritto, la tesi hartiana della norma di riconoscimento pare sbagliata o fuorviante.

Hart e Jori sembrano sottovalutare l'importanza dell'interpretazione giuridica nell'attività di delimitazione del diritto, cioè nella individuazione delle norme giuridiche valide. E qui, dunque, in primo luogo è opportuno evidenziare che per svolgere questa attività non è sufficiente individuare le fonti del diritto e disporle in una gerarchia, ma è anche necessario interpretare i documenti che appartengono a queste fonti. In secondo luogo, occorre richiamare l'attenzione sul fatto che l'attribuzione di significato agli enunciati contenuti in questi documenti, ossia l'interpretazione di essi, è un'attività che quasi sempre, se non sempre, sembra poter condurre a risultati contrastanti, cioè un'attività con cui sempre o quasi sempre pare possibile pervenire all'individuazione di norme parzialmente contrastanti. Pertanto, se la norma di riconoscimento viene definita come la norma che indica i criteri per individuare le norme giuridiche valide, pare corretto assumere che essa contenga non solo i criteri per individuare le fonti del diritto e per disporle in una gerarchia, ma anche criteri interpretativi, ossia un'indicazione delle tecniche da utilizzare per trarre norme valide dai documenti giuridici<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> L'idea che una norma di riconoscimento, per consentire l'indivi-

Detto questo, bisogna poi rilevare che la quasi totalità delle controversie sulle norme giuridiche valide dipende da disaccordi, ancorché non dichiarati, sui criteri di delimitazione del diritto e in particolare da disaccordi sui criteri interpretativi. Pertanto, ove si dia una rappresentazione plausibile della norma di riconoscimento, secondo cui questa norma contiene *tutti* i criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide, bisogna poi immediatamente concludere che i giudici e i giuristi, in quanto mostrano continuamente di dissentire sui criteri di delimitazione del diritto, non condividono una stessa norma di riconoscimento.

Per evitare questa conclusione, ossia per rendere plausibile l'idea che i giudici seguano una stessa norma di riconoscimento nell'individuazione delle norme giuridiche valide, si potrebbe cercare di sostenere che la norma di riconoscimento sia o vaga o generica quanto basta per spiegare le controversie giurisprudenziali<sup>23</sup>. Idee di questo genere non sembrano però convincenti.

duazione del diritto valido, debba contenere anche i criteri interpretativi, può trovarsi in A. BARATTA, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 57-59; J.C. BAYÓN, *Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 47-63, alla p. 61; N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie* (1968), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 175-197, alle pp. 187-188; G. CARCATERRA, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, pp. 5-6; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, nota 96, p. 393.

<sup>23</sup> La prima idea, quella della vaghezza della norma di riconoscimento, pare la più diffusa. Tra i suoi sostenitori, oltre allo stesso H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 147-154, vedi: G. CARRIÒ, *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in «Rivista di filosofia», 61,

L'idea secondo cui la regola di riconoscimento ha un contenuto in qualche misura vago non è convincente per il fatto che da una norma di riconoscimento dal contenuto vago dovrebbe seguire l'impossibilità di risolvere alcune questioni concernenti la validità di norme giuridiche e non controversie sulla validità di norme giuridiche come quelle in cui sono coinvolti giudici e giuristi<sup>24</sup>. Né si può pensare che queste controversie dipendano dalle diverse interpretazioni che possono essere date di una norma di riconoscimento dal contenuto vago. Due osservazioni sono qui opportune: la prima è che interpretazioni diverse di una stessa norma danno luogo a norme diverse, per cui si dovrebbe ammettere che, una volta interpretata diversamente una norma di riconoscimento dal contenuto vago, giudici diversi utilizzino norme di riconoscimento parzialmente diverse<sup>25</sup>; la seconda è che l'idea di un accordo

1970, pp. 127-148, alle pp. 144-145; M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 326-327; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 407-410; ID., *A che cosa serve la norma di riconoscimento? Un'analisi funzionale*, in «Ragion pratica», 2003, n. 21, pp. 449-461, alle pp. 454-461; J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 94; J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 149-152.

<sup>24</sup> Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Fuzziness of Legal System*, in U. KANGAS (a cura di), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, Vammala, 1983, pp. 313-330, alla p. 326. D'altra parte, una norma di riconoscimento vaga non potrebbe svolgere la funzione (consentire l'individuazione delle norme giuridiche valide) per cui è stato elaborato il concetto di norma di riconoscimento: cfr. C. SAMPFORD, *The Disorder of Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1989, pp. 36-37.

<sup>25</sup> Per contro, secondo Jules Coleman sarebbe controintuitivo ritenere che, laddove sorgano controversie sull'applicazione di una regola sociale, non vi sia in effetti una regola sociale, ma più regole sostenute da individui diversi: ritenere ciò, infatti, equivarrebbe a

iniziale su una stessa norma di riconoscimento, cui seguano disaccordi determinati da una diversa interpretazione di essa, non sembra corrispondente alla realtà. In genere accade infatti che i disaccordi vadano e vengano, si manifestino e si ricompongano, senza avere necessariamente una tendenza ad accrescersi nel tempo.

E neppure appare convincente idea che la norma di riconoscimento sia generica e indichi una pluralità di criteri alternativamente utilizzabili, così da rendere possibili giudizi di validità contrastanti. Se vi fosse una siffatta norma di riconoscimento, i giudici avrebbero infatti la possibilità di esprimere giudizi di validità con contenuto diverso, ma non

ritenere che non vi siano regole sociali, dato che tutte queste regole sono plausibilmente vaghe e la loro vaghezza dà inevitabilmente origine a controversie sulla loro applicazione (J.L. COLEMAN, *Positivismo giuridico "negativo" e positivismo giuridico "positivo"* (1982), in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 259-285, alla p. 279). Riguardo a questa argomentazione, mi limito a fare tre osservazioni: a) in contrasto con ciò che asserisce Coleman, sembrano in effetti esservi regole sociali seguite senza che emergano contrasti socialmente significativi riguardo al loro preciso contenuto; b) sembra corretto affermare che, se due individui precisano diversamente il contenuto di una regola sociale indeterminata, delimitando insieme parzialmente diversi di occasioni in cui un certo comportamento deve essere tenuto, allora costoro in effetti sostengono che due regole, parzialmente diverse e contrastanti, debbano essere seguite; c) la situazione in cui individui diversi propongono modi diversi di precisare il contenuto di una regola sociale indeterminata, cioè di una regola sociale la cui applicazione è incerta per un limitato numero di casi marginali, pare piuttosto diversa dalla situazione in cui tutti coloro che partecipano a una certa pratica sociale, come la pratica dell'interpretazione giuridica, si trovano continuamente in disaccordo su che cosa fare.

contrastanti, dato che la norma di riconoscimento renderebbe egualmente ammissibili tanto un giudizio secondo cui è valida una norma N1 quanto un altro giudizio secondo cui è valida una norma N2 contrastante con N1. Per contro, i giudici avanzano giudizi di validità che ritengono non solo diversi, ma anche contrastanti: ciascuno di essi mostra cioè di utilizzare criteri di individuazione delle norme valide che concepisce non come utilizzabili al pari di altri, ma come da utilizzare a preferenza degli altri.

Queste considerazioni portano dunque alla conclusione che i giudici e i giuristi seguano norme di riconoscimento per così dire private e parzialmente diverse l'una dall'altra<sup>26</sup>. Cioè che essi seguano norme di riconoscimento che, essendo prive dell'esistenza sociale determinata da una generale condivisione, appartengono all'universo delle loro proprie morali autonome.

Questa non è però la conclusione che, a mio parere, chiude la discussione. Essa, infatti, appare soddisfacente solo se la questione è esaminata da una certa prospettiva, e cioè dalla prospettiva di un'indagine relativa alle norme in base alle quali potrebbero essere giustificati i risultati dell'attività di delimitazione del diritto condotta dai diversi giudici e giuristi. Ad una diversa conclusione si deve invece pervenire se la questione viene esaminata da un'altra prospettiva, e cioè se ci poniamo l'intento di chiarire il modo in cui effettivamente si svolge questa stessa attività.

Da questa prospettiva possiamo infatti asserire che giudici e giuristi non seguono in effetti alcuna norma di riconoscimento, cioè alcuna norma che indichi i criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide: né una

<sup>26</sup> Una posizione di questo tipo può trovarsi in U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), in ID., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 179-203, alle pp. 189-192.



norma condivisa e dunque provvista di esistenza sociale, né una norma puramente privata e dunque appartenente all'universo della propria morale autonoma<sup>27</sup>. L'osservazione dell'attività di individuazione delle norme giuridiche valide svolta da giudici e giuristi sembra infatti mostrare che i singoli giudici e giuristi, invece di utilizzare con regolarità determinati criteri di individuazione del diritto valido, utilizzano i criteri che di volta in volta paiono loro adeguati per ottenere i risultati che desiderano. E questa osservazione sembra almeno in parte condivisa dallo stesso Jori, che riguardo alle attività dei giudici e giuristi scrive: «per lo più [...] le loro idee e i loro interessi sono sparpagliati e incoerenti e comunque giudici e avvocati, operatori del diritto manifestano una forte tendenza a scegliere *ad hoc* quelle idee e concezioni che fanno loro più comodo in una determinata circostanza»<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Mi sono soffermato su questo aspetto in E. DICIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in G. MANIACI, G. PINO, A. SCHIAVELLO (a cura di), *Coerenza e retorica nel diritto*, Palermo, :duepunti edizioni, 2008, pp. 9-42.

<sup>28</sup> *DDI*, p. 77.