

VITTORIO VILLA

*Credenze di sfondo, senso comune
ed esistenza del diritto.*

A proposito di un recente libro di Mario Jori

1. Introduzione – 2. Il ruolo pervasivo delle credenze di sfondo – 3. *Background assumptions* e teoria del diritto – 4. “Analitico-sintetico”, “descrittivo-prescrittivo”, e credenze di senso comune – 5. Credenze di senso comune e realismo giuridico.

1. *Introduzione*

Il libro di Mario Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di meta-giurisprudenza descrittiva*¹, offre una felice occasione di discussione, perché illumina un punto molto importante, che è oggi al centro delle discussioni in sede di filosofia analitica, in particolare negli ambiti della epistemologia e della filosofia del linguaggio, e che dovrebbe essere oggetto di maggiore attenzione da parte della filosofia del diritto analitica. Intervengo con molto piacere nel dibattito che il libro ha suscitato, anche perché mi sono già occupato dei temi sollevati da Jori nel libro *Costruttivismo e teorie del diritto*².

¹ ETS, Pisa, 2010.

² V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 9-35.

Questo mio breve scritto consisterà di quattro parti. Nella prima farò alcune considerazioni di carattere generale sul tema delle credenze di senso comune, esaminato da Mario Jori con esclusivo riferimento all'ambito giuridico, considerazioni che mi offriranno lo spunto per alcuni commenti critici e per alcuni approfondimenti.

Nella seconda parte discuterò la questione della individuazione del diritto vigente e del ruolo che ha in essa la teoria del diritto, esaminando criticamente quanto dice Jori in proposito.

Nella terza parte sottoporro ad analisi critica alcune premesse filosofiche del discorso di Joori, premesse, peraltro, che egli esplicita molto chiaramente alla fine del libro.

Nella quarta parte sollevorò molto brevemente la questione se ci siano –ed eventualmente quali siano le– reali differenze fra la posizione di Jori e quella del realismo giuridico scandinavo (questione che forse Jori liquida troppo sommariamente), a proposito del rapporto fra credenze di senso comune ed esistenza del diritto. L'occasione del confronto è data anche dalla recente pubblicazione del libro di Pattaro, intitolato, non per caso, *Opinio Juris*³.

2. *Il ruolo pervasivo delle credenze di sfondo*

Nel suo libro Mario Jori diffida giustamente della *metafora ontologica*, che ci spinge a guardare al diritto come “cosa”⁴, e sostiene che l'individuazione del diritto (del *diritto in generale*, non del *diritto vigente*), da parte dei membri laici

³ E. PATTARO, *Opinio Juris. Il diritto è un'opinione: chi ne ha i mezzi ce la impone. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁴ M. JORI, *Del diritto inesistente...*, cit., pp. 135-136.

di una comunità di riferimento (individuazione che anche i giuristi pongono in essere usando il senso comune⁵), non costituisce *l'apprensione diretta di un oggetto*, ma è il frutto dell'intervento di alcune *credenze di senso comune*, che rappresentano il diritto come dotato delle caratteristiche: i) *della coattività organizzata* e della gestione coattiva del potere mediante norme; ii) *del riferimento alla giustizia*⁶.

Sono convinto che questa tesi è corretta dal punto di vista sia del *contenuto*, che della sua *premessa epistemologica*, ma che tuttavia sia per altri versi criticabile. Mi spiego meglio.

Dal punto di vista del *contenuto*, credo per davvero che nelle nostre intuizioni di senso comune di membri di una comunità sociale (in ipotesi non particolarmente competenti in questioni giuridiche), siano presenti entrambe le idee: di un diritto che sia insieme *efficace* (in quanto in grado di ricorrere alla forza) e *giusto* (secondo una delle possibili concezioni della giustizia): fa parte, credo, delle nostre intuizioni di senso comune che non siamo disposti ad accontentarci di avere *un diritto efficace ma non giusto*, ovvero *un diritto giusto ma non efficace*⁷.

La tesi è corretta anche dal punto di vista *epistemologico*, perché sono parimenti convinto che l'operazione con cui si individua e si descrive il diritto non possa essere equiparata ad alcuna forma di "presa d'atto" o di "rispecchiamento", ma rappresenti l'intervento di uno schema concettuale a carattere ricostruttivo (che ha caratteri diversi a seconda se parliamo di conoscenza di senso comune o di conoscenza scientifica o comunque specialistica).

⁵ *Ibid.*, p. 69.

⁶ *Ibid.*, pp. 30-32.

⁷ Svolgo queste osservazioni nel mio *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 69.

Jori, in fondo, sta qui esprimendo, limitatamente al campo giuridico e, forse, con un più ampio riferimento alle pratiche sociali normative, una tesi *costruttivistica*, e proprio perché ritiene che il diritto non faccia parte di una supposta “realtà in sé” cui noi possiamo avere accesso, ma sia parzialmente costruito da chi ne prende conoscenza⁸.

Eppure questa tesi, pur essendo doppiamente corretta, lascia un forte senso di insoddisfazione. Cercherò adesso di spiegare perché.

Jori rimane molto sul vago a proposito del fondamento di queste credenze di senso comune (ma rimane anche sul vago, come vedremo in seguito, anche a proposito del loro contenuto): non ne chiarisce lo status *logico* (sono analitiche o sintetiche?), né lo status *epistemico* (sono prodotto di attività conoscitiva, oppure no?); né, del resto, salvo qualche raro esempio di altre pratiche sociali (ad esempio, quella del “saluto”), egli sviluppa delle connessioni con altri tipi di credenze aventi le stesse caratteristiche, per provare a svilupparne una qualche forma di classificazione. Tutto questo rimane fondamentalmente non chiarito, e finisce per indebolire l’impianto della sua tesi, che ha invece elementi di grande interesse.

In estrema sintesi, il rilievo che muovo a Jori non riguarda la *correttezza*, ma piuttosto le *restrizioni* cui questa tesi è sottoposta; e sono restrizioni di due tipi, che riguardano sia il *modo di intendere e di classificare* queste credenze che il loro *campo di estensione*.

Riguardo al *primo tipo di critica* (“il modo di intendere e di classificare queste credenze”), Jori non tiene conto del fatto che le credenze di senso comune sul diritto cui lui fa

⁸ La formulazione a mio avviso più chiara, ma anche più coerente e radicale, di una concezione costruttivistica della conoscenza la troviamo in N. GOODMAN, *Ways of Worldmaking*, Hackett, Indianapolis, 1978.

riferimento non stanno in una sorta di autonomo compartimento stagno, ma costituiscono una porzione di un insieme molto più ampio di *credenze di sfondo* o *background assumptions*, che ricomprendono tutte quelle idee, di carattere molto *generale* (che riguardano cioè più culture, al limite la comunità degli esseri umani), oppure di carattere *locale* (che riguardano un singolo contesto culturale ovvero una singola comunità scientifica), che da una o più comunità vengono tenute *contingentemente* per certe, vengono considerate, in un dato momento e in un dato contesto, come “sottratte al dubbio”. Esse, nella loro versione più estesa, rappresentano un ampio “serbatoio condiviso” di informazioni sul mondo e su noi stessi, e ci garantiscono il successo reciproco delle nostre interazioni linguistiche.

Non è qui il caso di soffermarsi sulla discendenza filosofica di questa impostazione (il debito con il lavoro di Wittgenstein *Sulla certezza* è evidente⁹). Mi limito ad osservare che di queste *background assumptions* fanno parte, è vero, credenze di senso comune, ma anche, contrariamente a quanto pensa Jori, anche credenze di carattere scientifico.

Sul tema delle credenze di senso comune il lavoro più importante è, a mia memoria, quello di Anthony Grayling¹⁰. A proposito di queste credenze, Grayling osserva che esse sono disposte gerarchicamente su strati diversi, per ordine di importanza. Egli distingue lo strato delle *basic beliefs*, e cioè le credenze che condividiamo in quanto esseri umani (indipendentemente dalla comunità alla quale apparteniamo), e che esprimono una sorta di *common core* (l'antropologo Donald Brown li chiama *universali antropologici*¹¹) di elementi che si

⁹ L. WITTGENSTEIN, *On Certainty*, Blackwell, Oxford, 1969.

¹⁰ A. GRAYLING, *The Refutation of Skepticism*, Ducworth, London, 1985, pp. 2-14.

¹¹ D.E. BROWN, *Human Universals*, Mac Graw-Hill, New York,

suppone siano condivisi in tutte le culture (ad esempio, alcuni principi del ragionamento, alcune affermazioni sulle caratteristiche del mondo esterno e degli oggetti che lo compongono, e così via¹²). Poi lo stesso Grayling individua lo strato delle *perceptual beliefs* (che sono le credenze sugli stati di cose all'interno dell'ambiente percettivo di qualcuno); e infine introduce le *general beliefs*, che rappresentano l'abbozzo di una sorta di *teoria generale del senso comune*. Di queste ultime credenze fanno parte, ad esempio, le credenze sull'esistenza di alcune fondamentali leggi che regolano gli eventi, non solo del mondo naturale (ad esempio "l'acqua può estinguere il fuoco"), ma anche del mondo sociale¹³.

Alle credenze di senso comune di carattere più generale andrebbero poi aggiunte le *credenze locali o idiosincratiche*, quelle che condividiamo in quanto membri di una o più comunità culturali (ad esempio, la credenza sulla *esistenza di diritti umani universali* è senz'altro una credenza unanimemente condivisa nella costellazione delle comunità culturali del mondo occidentale).

Un impiego importante di queste *background assumptions* è stato fatto nella filosofia del linguaggio degli anni '80 del secolo scorso con i lavori pionieristici di Searle e Travis (che sono alla base del *contestualismo* contemporaneo) sul grande ammontare di credenze di senso comune (generale e locale) che condividiamo, che non mettiamo in discussione, e che non abbiamo bisogno di esplicitare, ma che rendono possibili

1991, pp. 142-144. Cfr. in proposito anche R. HORTON, *Tradition and Modernity Revisited*, in *Rationality and Relativism*, ed. by M. Hollis and S. Lukes, Blackwell, Oxford, 1982, pp.256-257.

¹² Propongo una classificazione di questa sorta di "universali antropologici" nel mio *Relativismo: un'analisi concettuale*, in "Ragion Pratica", 28, 2007, pp. 70-72.

¹³ A. GRAYLING, *The Refutation of Skepticism*, cit., pp. 10-11.

le nostre comunicazioni linguistiche e rendono stabili (sino a quando quelle credenze rimangono immutate) le interpretazioni dei significati convenzionali delle parole che usiamo¹⁴.

Non posso soffermarmi ulteriormente, nello spazio di questo breve scritto, su questo tema, estremamente complesso e affascinante. Mi limito a rilevare che sarebbe stato opportuno che Jori, nell'avanzare le sue tesi sul rapporto fra credenze di senso comune ed esistenza del diritto, avesse tenuto in qualche modo conto di questa discussione di carattere generale, anche per cercare di dare una risposta (che, come ho già detto, egli purtroppo non dà) alla questione dello *status logico* (sono credenze *sintetiche*, posto che non sono *analitiche*?) ed *epistemico* (sono affermazioni conoscitive oppure no?) di queste credenze.

All'interno di questo tipo di classificazione avrebbero potuto trovare una adeguata collocazione le credenze di senso comune sul diritto in generale e sul diritto vigente in particolare: molto probabilmente le credenze sul diritto in generale avrebbero potuto essere inserite all'interno delle *general beliefs*, mentre le credenze sul diritto vigente avrebbero trovato posto nelle *credenze locali*.

Concludo sul punto dicendo che quello che a Jori manca è lo sforzo di collocare e classificare queste credenze, includendole in una categoria più generale e valorizzandone le connessioni e le interazioni con le altre credenze dello stesso tipo. Il possesso di un quadro di insieme di questo tipo avrebbe certamente favorito, nel lavoro di Jori, un maggiore approfondimento della natura e della funzione di queste credenze.

¹⁴ Cfr. J. SEARLE, *The Background of Meaning*, in *Speech Act Theory and Semantics*, ed. by J. Searle, F. Kiefer and M. Bierwisch, Springer, Dordrecht, 1980, pp. 221-232, e C. TRAVIS, *The Use of Sense. Wittgenstein's Philosophy of Language*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Riguardo al *secondo tipo di critica*, quello legato alla *ristrettezza nel campo di estensione* della tesi di Jori, ebbene, egli non tiene conto del fatto che esistono *background assumptions* anche nelle scienze empiriche, a sentire perlomeno le concezioni epistemologiche post-positivistiche¹⁵. Anche nelle scienze empiriche, infatti, non si dà alcuna apprensione diretta di oggetti. Il rapporto con la realtà, o meglio con uno specifico campo di esperienza, è mediato da schemi concettuali, all'interno dei quali ("al cuore" di questi schemi) stanno *background assumptions*, che esprimono idee "metafisiche" sulla composizione del campo di esperienza, sul tipo di processi che in esso hanno luogo, e sui principi che presiedono alla spiegazione di quei processi (si pensi, ad esempio, all'ideale *deterministico* nella scienza del XIX secolo). Si tratta di idee che nelle tradizioni di ricerca o paradigmi delle scienze naturali vengono opportunamente protette dalla falsificazione¹⁶.

3. Background assumptions e teoria del diritto

Quanto detto nel paragrafo precedente sulla doppia presenza, all'interno delle *background assumptions*, di credenze di senso comune e di credenze di carattere scientifico mi

¹⁵ Nel mio *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie* (Giuffrè, Milano, 1984, cap. IV) cerco di mostrare il ruolo svolto da queste *background assumptions* nelle scienze naturali.

¹⁶ Fra i filosofi della scienza che più autorevolmente si diffondono a parlare del ruolo queste *background assumptions* nelle scienze naturali, si possono menzionare: H. PUTNAM, *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers, Vol. I*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, pp. 38-46; S. TOULMIN, *Human Understanding, Vol. I. General Introduction and Part I*, Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 79; e T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Second Edition Enlarged, University of Chicago Press, Chicago, 1970, pp. 175-184.

permette ora di passare alla questione del rapporto che Jori instaura fra questi due tipi di credenze in ambito giuridico.

Mi soffermo in particolare sulla questione della individuazione del diritto vigente: qui, in effetti, malgrado l'importanza del punto, Jori fa delle affermazioni piuttosto scarse, disperse lungo tutto il corso del libro. Provo a metterle insieme.

Jori dice, in primo luogo, che il meccanismo concettuale che permette alla pratica giuridica di individuare il diritto vigente appartiene al senso comune¹⁷; in seguito afferma, in verità molto rapsodicamente, che ciò che, da parte del senso comune, consente di individuare l'area sociale del diritto vigente, nelle situazioni normali, è una *genericissima accettazione sociale*¹⁸.

Vediamo adesso qual è, secondo Jori, il ruolo dei giuristi in questo contesto. Apro qui una breve parentesi, perché Jori usa intercambiabilmente le espressioni “giurisprudenza”, “scienza del diritto”, “teoria del diritto”, “giuristi”, senza chiarire bene se con ciò si riferisce alla “dogmatica giuridica in senso stretto”, ovvero ai presupposti teorici impliciti della dogmatica (la “teoria del diritto dei giuristi”), ovvero, ancora, alla “teoria del diritto dei giusfilosofi”. Si tratta di attività diverse, fra le quali sarebbe stato opportuno che Jori avesse operato una distinzione più chiara.

Ma torniamo al ruolo dei giuristi rispetto all'individuazione del diritto vigente. Jori sostiene che i giuristi non sono autonomi, rispetto a questo compito, nei confronti del senso comune¹⁹. Anch'essi individuano il diritto vigente in base al senso comune e in modo atecnico; si servono, cioè, della intuizione del senso comune basata sulla *condivisione della*

¹⁷ M. JORI, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁹ *Ibid.*, p. 46.

*pratica giuridica*²⁰. I giuristi sono invece autonomi nella *determinazione dei confini del diritto*, processo che essi compiono utilizzando le fonti del diritto²¹.

Jori non dice molto altro sulla individuazione del diritto vigente, cosa sorprendente, non appena si pensi che questo è un punto centrale della sua teoria; si limita a richiedere una “genericissima accettazione sociale”²² (che immagino voglia dire “una accettazione non colorata eticamente”). Da queste affermazioni si desume, comunque, che i giuristi, nei limiti in cui utilizzano il senso comune per l’individuazione del diritto vigente, *partecipano* anch’essi alla pratica giuridica. Jori lo dice chiaramente più volte, richiamando le tesi del suo maestro, Uberto Scarpelli²³: «la teoria del diritto deve accostare il diritto da un punto di vista interno... come... qualcosa a cui partecipa»²⁴; «la ...scienza giuridica è partecipazione e collaborazione, con gli strumenti della descrizione e della conoscenza, ad un’attività la cui funzione è prescrittiva»²⁵. Dunque i giuristi condividono con gli utenti normali la partecipazione alla pratica.

In sede di commenti critici, vi è subito da rilevare che Jori, nell’analisi del processo di individuazione del diritto vigente, per certi versi segue le piste di Hart, ma per altri versi se ne distacca molto. Egli, tuttavia, non riconosce, sul punto specifico, l’ispirazione parzialmente hartiana di questa sua specifica tesi; fatto piuttosto strano in un testo dove Hart è citato ad ogni pie’ sospinto!

²⁰ *Ibid.*, p. 59.

²¹ *Ibid.*, p. 61-62.

²² *Ibid.*, p. 28.

²³ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 49 ss.

²⁴ M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 15.

²⁵ *Ibid.*, p. 145.

Jori, come ho già detto sopra, osserva comunque che l'individuazione del diritto valido dipende da una "genericissima accettazione sociale" dei partecipanti. A ben guardare, una cosa non dissimile è sostenuta da Hart quando sviluppa, in *The Concept of Law* la sua teoria delle regole sociali, all'interno delle quali trovano posto le regole giuridiche²⁶.

L'analisi di Hart è troppo nota perché io debba qui ripeterla. Due elementi voglio però mettere in evidenza: il primo esprime una idea comune ad Hart e Jori; il secondo ne mette invece in evidenza una differenza molto rilevante.

In primo luogo, vi è una tesi hartiana che viene condivisa, nelle sue linee generali, anche da Jori: quella secondo cui la conoscenza di senso comune della regola sociale (*rectius*, del contenuto della regola) è un presupposto della sua esistenza; secondo Hart senza la *critical-reflexive attitude* esibita dai partecipanti la regola non esisterebbe. Da questo punto di vista, dunque, non c'è molta differenza, quantomeno dal punto di vista epistemologico, fra la posizione di Hart e quella di Jori. Per entrambi, perché si dia l'esistenza del diritto, come insieme di regole, ci vuole la concorrenza di due elementi: i) la conoscenza del partecipante (per Hart la conoscenza del modello di comportamento, per Jori alcune credenze generali sulle caratteristiche del diritto; ii) la sua accettazione della regola.

In secondo luogo, per converso, Hart, a differenza di Jori, differenzia nettamente la posizione del partecipante da quella dello studioso: in sostanza è l'osservatore-studioso a dare, collocandosi dal punto di vista esterno, la risposta definitiva circa l'esistenza della regola, anche se nel fare ciò deve tener necessariamente conto degli atteggiamenti (la

²⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Second Edition with a Postscript (First Edition 1961), Clarendon Press, Oxford, 1994; trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 67-70, 105-108.

critical-reflexive attitude) espressi dai partecipanti. Da questo punto di vista, la domanda circa l'esistenza del diritto è una domanda che, secondo Hart, va posta dall'osservatore e non dal partecipante: è una domanda che riguarda le condizioni che devono darsi, nell'ottica di un osservatore esterno, perché egli possa dire che, all'interno di un certo contesto sociale, sono presenti regole invece che abitudini.

Hart, insomma, a differenza di Jori, recupera su questo punto estremamente rilevante (l'identificazione del diritto vigente) lo spazio autonomo della teoria: lo studioso-osservatore non è obbligato ad appiattirsi sulle acquisizioni del senso comune, né, cosa ancora più importante, è a tutti gli effetti un partecipante alla pratica; naturalmente lo studioso (in quanto giurista) sarà anche un partecipante della pratica giuridica in corso di svolgimento all'interno della sua comunità, ma dovrà comunque mettere fra parentesi, nei limiti in cui svolge il ruolo di osservatore, la sua qualifica di partecipante alla pratica.

Nella posizione di Jori si può riscontrare, invece, un appiattimento, su questo punto centrale, dello studioso sul partecipante, appiattimento al quale corrisponde, come curioso contrappasso, l'appellativo di "idiosincratice"²⁷ dato alle grandi tradizioni di ricerca del pensiero giuridico, che, però, in quanto produttrici di teorie, non possono ovviamente fare a meno di allontanarsi dal senso comune (anche se ne tengono conto).

In conclusione, su questo punto estremamente rilevante mi pare che la posizione di Hart, più correttamente di quella di Jori, permetta una quanto mai opportuna separazione fra la collocazione del partecipante e quella dello studioso: separazione che non vuol dire sminuire il ruolo centrale delle credenze di senso comune del partecipante, credenze che sono, appunto, oggetto di indagine da parte dello studioso.

²⁷ M. JORI, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 78.

4. “Analitico-sintetico”, “descrittivo-prescrittivo”, e credenze di senso comune

In questo paragrafo sviluppo un terzo ordine di considerazioni, che riguardano due questioni filosoficamente molto più dense, suscitate dalle affermazioni di Jori²⁸ circa le quattro grandi distinzioni che, a suo avviso, caratterizzerebbero tuttora la filosofia analitica, e la distinguerebbero da altre tradizioni di ricerca egualmente attente ai problemi del linguaggio: le distinzioni fra *analitico e sintetico*, *descrittivo e prescrittivo*, *linguaggio e metalinguaggio*, *contesto di scoperta e contesto di giustificazione*.

Non ho mai condiviso, e l’ho anche scritto²⁹, questa caratterizzazione così *forte* della filosofia analitica; ma, anche a prescindere da ciò, trovo che perlomeno tre di queste distinzioni (esclusa quella fra linguaggio e metalinguaggio) sono state contestate in modo direi decisivo da autorevoli filosofi appartenenti alla tradizione analitica. Se dovessi oggi precisare i requisiti per l’iscrizione al “club della filosofia analitica”, propenderei per requisiti più deboli; probabilmente oggi ispirarsi alla “filosofia analitica” vuol dire riconoscersi in un comune orizzonte di ricerca, e cioè considerare alcuni problemi filosofici come fondamentali, condividere un metodo di analisi filosofica basato, anche se non esclusivamente, sull’analisi del linguaggio, eccetera³⁰.

Si tratta, comunque, di un tema troppo ampio e filosoficamente denso per poter essere affrontato in queste pagine.

²⁸ *Ibid.*, p. 129.

²⁹ V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 44-45.

³⁰ Concordo in proposito con le osservazioni di R. RORTY, *Consequences of Pragmatism (Essays 1972-1980)*, Harvester Press, Brighton, 1982, p. 217.

Qui voglio sottolineare due possibili incoerenze in cui mi pare si imbatta Jori, nel senso che alcune sue tesi sviluppate nel volume si pongono in contrasto con due fra i principi fondamentali cui lui pure presta ossequio: la *distinzione analitico-sintetico* e la *distinzione descrittivo-prescrittivo*.

Cominciamo dalla distinzione “analitico-sintetico”. Ho detto precedentemente che Jori rimane molto sul vago sulla natura delle assunzioni di senso comune sull’esistenza del diritto, che pure hanno un ruolo così centrale nella sua impostazione: non ne chiarisce, in particolare, né lo *status logico*, né lo *status epistemico*.

Vorrei cominciare con il primo punto. Mi pare che potremmo tutti essere d’accordo nel negare che a queste assunzioni possa essere riconosciuto lo *status* di *affermazioni analitiche*: le credenze di senso comune sul diritto parlano evidentemente del mondo, dicono qualcosa sul diritto e sulle sue caratteristiche. Mi pare altrettanto problematica, però, la loro collocazione come *affermazioni puramente sintetiche*: esse non sembrano essere un prodotto dell’esperienza, in quanto stanno “sullo sfondo” delle altre affermazioni scientifiche o comunque descrittive sul diritto, vengono tenute per certe da tutti i partecipanti: si può dire che sia la loro presenza *presupposizionale*³¹ a consentire di aprire un discorso conoscitivo sul diritto.

E allora? Credo che non si esce da questo *empasse* logico se non si riconosce che assunzioni di questo tipo non appartengono a nessuna delle due categorie (“analitico” e “sintetico”), ma costituiscono piuttosto un *tertium genus*, come ha ben mostrato Putnam³² (un filosofo di indubbia

³¹ Cfr. in proposito H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p. 17.

³² *Ibid.*, pp. 16-17. Cfr. anche J. MARGOLIS, *Pragmatism without Foundations. Reconciling Realism and Relativism*, Blackwell, Oxford,

tradizione analitica). Penso si possa dire, se ci si muove in questa scia, che esse appartengono alla dimensione del *trascendentale*, nel senso che attengono alle condizioni di possibilità della nostra conoscenza di un certo campo di esperienza; ma di una dimensione del trascendentale che non è indipendente dall'esperienza, nel senso che è pur sempre legata ad un contesto esperienziale, e alle sue caratteristiche tutto sommato contingenti (cambiamenti rilevanti nel campo di esperienza potrebbero determinarne dei mutamenti, nel senso, ad esempio, di *declassamenti di status*).

Credo che anche Jori sarebbe d'accordo su questo tipo di analisi che ho sviluppato sullo *status* di queste credenze di senso comune; tutto quello che dice nel suo libro sul ruolo di queste credenze lo porta in questa direzione. Ma allora dovrebbe anche riconoscere che l'esistenza di queste credenze produce un controesempio non facilmente confutabile alla dicotomia "analitico-sintetico"

Collegata a questo tipo di analisi c'è poi la questione dello *status epistemico* di queste credenze. Anche qui Jori non dice molto sul punto: afferma³³ che queste assunzioni non esprimono una forma di conoscenza diretta, ma una conoscenza "molto più complicata". In seguito sostiene³⁴ che, nel momento in cui interviene la teoria del diritto, allora si passa dalla conoscenza secondo il linguaggio ordinario ad una conoscenza tecnica. Da queste affermazioni sembrerebbe allora potersi desumere che per Jori queste assunzioni sono comunque *oggetto di conoscenza*.

Da quanto detto sullo *status logico* di queste assunzioni, tuttavia, emerge una tesi del tutto alternativa: come ha

1986, pp. 294-295.

³³ M. JORI, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 29.

³⁴ *Ibid.*, p. 41.

mostrato Wittgenstein³⁵, credenze che vengono considerate, sia pure contingentemente, come sottratte al dubbio, come condizioni di possibilità della conoscenza, non possono essere esse stesse oggetto di conoscenza: esse rappresenteranno un *presupposto* piuttosto che un *prodotto* della conoscenza stessa. Quest'ultima, del resto, non è concepibile senza il "dubbio".

Un altro ordine di considerazioni riguarda la praticabilità, nell'ambito della metodologia giuridica, della distinzione "descrittivo-prescrittivo", che Jori dichiara non solo di accettare, ma anche di praticare. In ambito metodologico Jori³⁶ formula la distinzione nei termini di una opposizione fra, *da una parte* la descrizione di come di fatto funziona un metodo, e, *dall'altra* la approvazione o condanna riferita ad una certa pratica metodologica. Sempre ad avviso di Jori, ignorare la distinzione vorrebbe dire schierarsi dalla parte opposta, e privilegiare la "prescrizione mascherata e selvaggia"³⁷ delle proprie preferenze, trasferite in dati.

Anche qui mi pare di notare che alla dichiarazione ufficiale di adesione a questa contrapposizione segua poi, nel concreto dipanarsi della pratica metodologica seguita da Jori, una posizione del tutto differente; e non potrebbe essere diversamente, aggiungo, perché quando si tratta di descrivere pratiche, questa dicotomia diventa una sorte di "letto di Procuste" difficilmente sopportabile.

Ma confrontiamoci con le affermazioni di Jori. Egli dice³⁸, con riguardo alle fonti del diritto, che esse sono formulate in un linguaggio non rigoroso, e che quindi le idee della cultura giuridica possono facilmente divergere,

³⁵ L. WITTGENSTEIN, *On Certainty*, cit., pp. 115, 125, 163, 337, 341.

³⁶ M. JORI, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 91.

³⁷ *Ibid.*, p. 130.

³⁸ *Ibid.*, p. 82.

operando in una sorta di “zona grigia”, senza aver bisogno di affrontare la spinosa questione se tali idee stanno *descrivendo* la pratica giuridica, ad esempio come operano i giudici, oppure se stanno *prescrivendo* come essi dovrebbero operare. I dubbi di Jori continuano poi a persistere (e come potrebbe essere diversamente!) quando dice apertamente che ogni descrizione è anche un intervento di semplificazione, selezione e preferenza³⁹. Ancora più avanti⁴⁰, Jori rileva che nessuna descrizione in campo giuridico riesce mai ad essere completamente neutrale, essendo funzionale alla pratica; non lo è nemmeno la sua, che è basata sulla scelta non neutrale che sia bene cercare di chiarire tutte le scelte implicite nel metodo giuridico.

Le conclusioni che traggio da questo discorso è, in primo luogo, che Jori non sviluppa coerentemente, nel suo discorso sulla metodologia giuridica, le indicazioni metodologiche di carattere generale che dice di privilegiare; e non potrebbe essere diversamente perché sono le caratteristiche stesse dell’oggetto da descrivere che lo portano lontano dal modello. Il suo diventa un continuo invito, a mescolare, sia pure con molta cautela, descrizioni e prescrizioni. Penso a questo punto che, invece di rimanere vincolato ad una meta-prescrizione (quella di separare nettamente descrizioni e prescrizioni) non più proponibile, sia per lui una decisione molto più coerente con la pratica metodologica che dice espressamente di voler perseguire quella di cambiare il quadro metodologico “di sfondo”; il che non significa affatto, naturalmente, rinunciare alle opportune distinzioni fra discorsi metodologici diversi.

Cercherò adesso di esplicitare la mia posizione sulla questione, cercando di condensare in poche battute un discorso che è molto complesso.

³⁹ *Ibid.*, p. 130-

⁴⁰ *Ibid.*, p. 144.

Il presupposto fondamentale della mia impostazione, che diverge in questo radicalmente da quella di Jori, viene espresso, a livello epistemologico generale, dalla tesi dell'impossibilità che un linguaggio, in qualche senso, conoscitivo sia qualificabile come un linguaggio descrittivo "puro"⁴¹; e mi pare che nel contesto di questo libro Jori lo mostri molto chiaramente. A mio avviso "descrivere fatti" è sempre un processo costruttivo e selettivo, profondamente permeato di teoria.

Le cose si complicano ulteriormente quando oggetto di indagine sono pratiche sociali estremamente complesse⁴². Descrivere una pratica vuol dire trovarsi di fronte ad un numero sterminato di dati, che richiedono interventi selettivi molto drastici; e la selezione dipende ovviamente dal tipo di teoria (del metodo, del diritto, dell'interpretazione) dalla quale partiamo. Da questa selezione verranno fuori, nel caso della metodologia, le mosse o pratiche metodologiche che riteniamo "migliori", sempre, naturalmente, dal punto di vista della teoria adottata. Mi sembra un passo inevitabile, e non è affatto un difetto di una metodologia che adotti apertamente questa strategia, come sembra ritenere Jori, a patto che la selezione riguardi criteri metodologici impiegati effettivamente nella pratica e non criteri importati dall'esterno. Da questo discorso metametodologico discende anche, e inevitabilmente, la tesi

⁴¹ Per un esame critico della concezione descrittivistica, rinvio al mio *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., pp. 133-152.

⁴² Sulla impossibilità di una descrizione "pura", completamente svuotata di ogni implicazione prescrittiva e valutativa, di una pratica metodologica, mi sono soffermato più volte nei miei scritti. Cfr. in modo particolare *La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello, Volume II, Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 617-665, e da ultimo, il capitolo III del volume *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in corso di pubblicazione presso Giappichelli.

secondo cui i discorsi metodologici, così strutturati, presentano anche una componente *normativa*: infatti selezionare alcune elementi, mettere in evidenza alcuni criteri, ad esempio su come trattare le fonti, su come interpretare e applicare le disposizioni che fanno parte di un ordinamento, eccetera, implica anche portarli all'attenzione della pratica giuridica stessa, suggerire ai vari giocatori (a giudici e giuristi in particolare) le mosse da compiere nel gioco che si sta giocando.

Bisogna tuttavia precisare, onde evitare equivoci, che scegliere questa strategia metodologica non vuol dire affatto disporsi a prescrivere in modo "mascherato e selvaggio" i propri criteri; vuol dire assegnare alla metodologia un *compito prescrittivo debole*, all'interno del quale non si prescrivono modelli metodologici o teorie buone in sé, ma si suggeriscono mosse e strategie già presenti nella pratica, mettendole in maggiore evidenza.

5. *Credenze di senso comune e realismo giuridico*

All'inizio del volume⁴³ Jori, forse non casualmente, sottopone ad una critica molto dura le posizioni dei realisti, e segnatamente del realismo giuridico scandinavo, e soprattutto la tesi secondo cui il diritto, dal punto di vista della sua "esistenza normativa", è mera illusione, e quella secondo cui fuori dalle effettive decisioni e dai rapporti di potere ci sono solo *credenze fittizie*. Secondo Jori i realisti temono che il pensiero giuridico rimanga intrappolato dalle sue metafore, dal riferimento a forze inesistenti, e che questo finisca per nascondere i reali rapporti di potere e le reali forze sociali che determinano le decisioni giuridiche⁴⁴.

⁴³ M. JORI, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 14.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 14.

Ora a me pare leggermente sospetta la grande veemenza con cui Jori, ad inizio del libro, critica il realismo scandinavo; questa critica, che è pregiudiziale rispetto allo sviluppo delle sue tesi nel merito, potrebbe forse essere il segno del tentativo di distinguere più nettamente la sua posizione da quella dei realisti, che potrebbe sembrare troppo vicina, e in modo imbarazzante, alle sue tesi. Questa impressione viene confermata dal fatto che Jori stesso, nel concludere il discorso critico nei confronti dei realisti, ribadisce una tesi che ha un ruolo centrale nel suo libro, ma che non è affatto diversa da quella che sostengono i realisti: la tesi secondo cui una pratica sociale esiste e continua ad esistere anche se basata su credenze che sono fallaci, ma che sono però reali in quanto fattori sociali⁴⁵. Ma questa tesi non è per nulla differente da quella che sostengono i realisti scandinavi. Lo stesso Pattaro, nel volume precedentemente citato, afferma che il mondo delle norme esiste perché c'è una credenza sociale sufficientemente diffusa che esso esista⁴⁶.

Cosa bisogna pensare, allora del rapporto fra le tesi di Jori e quelle del realismo scandinavo? La mia prima impressione, ma, lo ammetto, non sufficientemente meditata, è che realismo giuridico scandinavo e giuspositivismo post-hartiano e post-Scarpelliano di Jori sono due concezioni senza dubbio diverse: la prima svaluta il linguaggio e le attività giuridiche tradizionali "su norme" poste in essere dai giuristi e auspica una profonda trasformazione, che porti alla luce, alternativamente, linguaggi, metodi, teorie che siano tutte empiricamente fondate; la seconda dà un giudizio molto positivo su queste pratiche, e accetta di descriverle dall'interno. Mi sembra, però, che entrambe le teorie partano da un presupposto epistemologico comune, l'idea

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶ E. PATTARO, *Opinio iuris...*, cit., pp. 8, 16.

che sono le credenze (di senso comune) a dar vita all'oggetto diritto, che non esisterebbe, come oggetto di studio, senza il loro intervento.