

MARIO JORI\*

*Risposte agli interventi su “Del diritto inesistente”*

1. Manero – 2. Villa – 3. Diciotti – 4. Fuselli

1. *Manero*

Nel suo intervento Manero sintetizza esattamente le tesi centrali del libro; inoltre approva tali tesi nel loro complesso e le considera significative; e infine solleva qualche punto che andava chiarito, specialmente uno. C'è poco da replicare a un intervento come questo, se non ringraziando.

Ricordo che la tesi centrale del libro è che il pensiero tecnico giuridico è incapace di *individuare* il diritto vigente. Tale individuazione è compiuta dal senso comune, mentre spetta ai giuristi la *determinazione* dei confini del diritto elaborando una “teoria delle fonti”.

Mi pare che Manero colpisca nel segno anche con l'argomento critico presentato alla fine del suo intervento. Con esso coglie davvero un fondamentale problema della intera teoria del diritto e certamente della mia analisi. Manero esprime un dubbio che mi accompagna da sempre e a cui nel libro ho dedicato specificamente le considerazioni della seconda parte, quelle che ruotano intorno alla nozione di concezioni idiosincratiche del diritto. Senza questo dubbio e una mente aperta su di esso quanto alla soluzione, penso che la teoria del diritto perda letteralmente la busso-

la. Concordo quindi che la osservazione di Manero individui una grave e generale difficoltà per la teoria del diritto che riguarda anche quanto vado dicendo nel libro. Tuttavia credo ci sia una risposta alla osservazione finale di Manero. Comunque eccola, con le sue parole:

«Si tengo razón en mis intuiciones, y estas dan cuenta, efectivamente, de creencias compartidas en la comunidad jurídica, tales creencias son incompatibles con la opción de Mario por una propuesta de metodología jurídica como la “hecha por Hans Kelsen con su acostumbrada claridad, y continuada por los Bobbio, los Hart y los Scarpelli, que impone a la ‘ciencia jurídica’ detectar u declarar la indeterminación, y a la jurisprudencia manifestar el ejercicio de su propia discrecionalidad ineliminable” (p. 120). Optar por esta propuesta implica considerar que nuestras comunidades jurídicas están equivocadas en un punto central de su manera de entender su propia práctica, y esto, a su vez, es incompatible con entender, como entiende Mario en un pasaje que ya he citado, que la práctica de nuestras comunidades jurídicas “en su conjunto hace lo que dice hacer y lo hace en el modo en que piensa que lo hace” (p. 15). Pues las discusiones que en nuestras comunidades se generan en torno a las decisiones judiciales parecen suponer, a mi modo de ver y por decirlo con Robert Alexy, la aceptación de la idea de la “única respuesta correcta” como idea regulativa».

La osservazione di Manero evidentemente si applica a gran parte della teoria generale del diritto in quanto contenga un certo tipo di critica al pensiero giuridico. Sono al riparo da essa solo le teorie che concludono che va tutto bene nel modo di operare dei giuristi o quelle che all'opposto concludono che tutto va male ed è superstizione nel pensiero giuridico. Del resto è proprio questo l'argomento del saggio di Hart, *The Nightmare and the Noble Dream*. L'incubo di cui parla

Hart in questo saggio è il sospetto che i giuristi riescano a svolgere la loro funzione nella società solo in quanto fingono di fare quello che non fanno e fanno quello che non si deve sapere che fanno. Soprattutto inventandosi nel momento della applicazione una parte considerevole del diritto che invece fingono di ritrovare già formato in norme generali. Infatti se i giuristi si inventano le risposte in sede di applicazione, se il metodo giuridico non è una cinghia di trasmissione delle decisioni di un potere politico considerato legittimo perché opera tramite la legge, allora i giuristi esercitano un potere nascosto, nascosto in piena luce, che non può essere considerato legittimo *iusta sua principia* e in particolare che non è legittimato dal principio democratico. Giudici e giuristi rientrebbero nella categoria dei piccoli tiranni di cui parlava Montesquieu. A ovviare questo pericolo mirano tutte le risposte della *right answer*, per esempio la versione di Dworkin. L'inconveniente della risposta dworkiniana è che non sappiamo che farcene di una risposta giusta che c'è, ma che nessuno riesce mai a dimostrare e forse neppure a raggiungere. Per motivi opposti, ugualmente al riparo dai dolori del *Nightmare* sono le teorie interamente scettiche, al modo del giusrealismo scettico, le quali sostengono che il pensiero giuridico è una forma di superstizione il cui funzionamento sociale dipende dalle illusioni o dal cinismo dei partecipanti. Che sia socialmente utile o dannoso tale pensiero può solo essere descritto, non accettato e applicato.

Vorrei ricordare in proposito il titolo di un mio vecchio articolo *Il giurista selvaggio*<sup>1</sup>, che fu ispirato alla discussione che rivoluzionò l'antropologia culturale post-vittoriana, ma non risolve il nostro problema. Il pensiero selvaggio per l'antropologia post-vittoriana può essere internamente coerente ai suoi principi e in questo senso razionale. Può essere

<sup>1</sup> JORI 1974, 85 ss.

anche socialmente utile, ma coerenza interna e utilità lo rendono accettabile? Dobbiamo concludere che il giurista è come il selvaggio mentre il teorico del diritto è come l'antropologo vittoriano? Le credenze giuridiche sarebbero infondate, cioè false, ma funzionerebbero svolgendo una funzione sociale utile, operando sulle illusioni dei giuristi selvaggi che vi credono? Come uno stregone presenta le pratiche magiche come efficaci ma queste sono efficaci solo sulla psiche e le emozioni dei selvaggi che vi credono. Il tutto funziona nella misura in cui non si sa che non funzionano nel modo in cui pretendono di funzionare. In tal modo la teoria del diritto, come l'antropologia e la civiltà che vi sta dietro, insieme spiegherebbe le operazioni giuridiche e le minerebbe se fosse conosciuta. La diffusione delle spiegazioni corrette porta con sé inevitabilmente la rovina delle pratiche "selvagge" descritte. Naturalmente posto che teorie analitiche "vittoriane" e società selvagge vengano effettivamente a contatto. L'antropologo vittoriano poteva essere pressoché certo che gli Ashanti da lui descritti non avrebbero letto i suoi tomi scritti in inglese e pubblicati a Londra, e lo stregone Ashanti poteva continuare tranquillamente ad esercitare la sua professione. Forse il teorico del diritto può essere ugualmente certo che nessun operatore giuridico si curerà mai delle sue teorie<sup>2</sup>, ma ovviamente si tratterebbe di una risposta piuttosto paradossale alla osservazione di Manero.

Una risposta diversa potrebbe basarsi sulla distinzione tra metodologia descrittiva e prescrittiva; la metodologia descrittiva a cui è dedicato il mio libro ha il compito di descrivere il meglio possibile quanto avviene nel pensiero giuridico, e per

<sup>2</sup> Se giudichiamo dal destino teorico del più illustre di essi, Kelsen, costantemente qualificato tuttora come formalista interpretativo e imperativista, quando la critica dell'una e dell'altra posizione sono elementi fondanti della sua dottrina pura.

raggiungere questo obiettivo non può e non deve certamente curarsi delle conseguenze sociali della conoscenza che produce, siano esse improbabili o meno. Inoltre è parte inerente di ogni metodologia descrittiva anche la descrizione o ricostruzione della ossatura normativa di un pensiero, e questo certamente rende spesso assai difficile tracciare la distinzione stessa. La descrizione di un linguaggio deve comprendere la descrizione di cosa costituisce il modo giusto e sbagliato di parlare, cioè delle sue regole; senza di essa la descrizione è radicalmente incompleta. Per descrivere il complesso di regole che insistono su una pratica si parla di solito di sistema, ma sarebbe più appropriato in questi casi il concetto di ordinamento (dinamico) di cui parla la teoria del diritto: di questi argomenti ho parlato *ad nauseam* altrove<sup>3</sup>. Alla metodologia prescrittiva, di cui nel libro non mi occupo, spetta di proporre le soluzioni *migliori* sul piano del metodo; che cosa voglia dire in questo caso migliori dipende dai presupposti filosofici e dalle scelte etiche del proponente e tra questi c'è indubbiamente la scelta tra le strade della utopia metodologica e strade invece parzialmente riformiste. La scelta sarà anche tra cercare o meno di convincere gli operatori giuridici, considerando o meno anche le difficoltà psicologiche e sociali del cambiamento e gli inconvenienti che questo potrebbe procurare agli individui coinvolti nelle operazioni giuridiche.

Un'altra linea di risposta viene suggerita dagli atteggiamenti di due classici, Hart e Scarpelli. Entrambi credevano (come del resto Kelsen) nel ruolo parzialmente creativo della giurisprudenza, ma non per questo pensavano che il mondo giuridico dovesse rinunciare alla sua tradizionale funzione, né che essa potesse aver luogo solo al riparo della superstizione. È particolarmente significativo a questo proposito, ed è stato sempre per me una costante materia di

<sup>3</sup> Più di trent'anni fa: JORI 1978, 149 ss.

riflessione, il saggio di Scarpelli in cui egli si dichiara giuriospositivista pentito. In esso Scarpelli, di fronte alla insufficienza del legislatore italiano, dichiara di essere giunto a preferire una Corte costituzionale che si presenti come un organo creativo, giudiziario-politico, e quindi che operi come una aristocrazia di giudici e si aggiunga alla democrazia degli eletti, condividendo attraverso la interpretazione dei testi costituzionali di una parte del potere politico, legislativo e costituzionale. È una proposta consapevole di giurisprudenza prescrittiva. Scarpelli riconosce appieno il problema posto dalla presenza di una interpretazione creativa e politica, e propone un rimedio al livello appropriato cioè politico, piuttosto che al livello immaginario e onirico a cui lo colloca un Dworkin e in genere i vari esponenti della tesi della risposta giusta. Il primo e indispensabile elemento di tale rimedio istituzionale è di riconoscere la realtà piuttosto che nascondersela sotto una ideologia che dia delle istituzioni una immagine di comodo. Fino a qui Scarpelli si muove parallelamente a Hart e alla teoria hartiana della interpretazione delle aree grigie, ambedue gli autori ispirati da Kelsen naturalmente. Ma la seconda parte è tipica del solo Scarpelli, di riconoscere che quando la interpretazione è discrezionale abbiamo a che fare con un elemento di potere politico nell'applicazione del diritto, di un potere che non essendo democratico può essere (al meglio) aristocratico, il governo dei migliori, cioè in un organo che non è formato col meccanismo della democrazia rappresentativa e del voto popolare. La presenza di una aristocrazia del merito naturalmente è soluzione tutt'altro che nuova nel mondo e nella storia: molti stati del passato riconoscevano un'aristocrazia del merito o di servizio, dall'Impero cinese allo stato ottomano. Il "merito" variava quanto a contenuto e procedura di riconoscimento, spesso era il merito militare al servizio del potere centrale, più raramente venivano ricompensati funzionari, ma era uno dei classici mezzi con cui il potere monarchico

centrale cercava di tenere a bada la aristocrazia ereditaria dei proprietari terrieri. In tutti questi casi era costante la tendenza al ristabilirsi del principio aristocratico ereditario, si pensi per tutti al caso della *noblesse de robe* dell'Ancien Regime francese.

Quale lezione si può trarre dalla proposta di Scarpelli coniugata con le esperienze della storia? Che gran parte della accettabilità di queste formule in quanto parziale limitazione al principio democratico dipende dai criteri con cui sono selezionati i componenti degli organi e dalle regole che li garantiscono. Nel caso dei giudici, i problemi da esaminare sono molti. Riguardano criteri e modalità di scelta dei giudici, le modalità della loro selezione e formazione, le modalità e la durata della carica. Il punto principale probabilmente è quello della garanzia di indipendenza, condizione indispensabile perché si possa anche solo prendere in considerazione una soluzione del genere. Personalmente penso che il modello della Corte suprema degli Stati Uniti dovrebbe essere considerato attentamente. I dettagli in queste cose sono importanti, se vogliamo considerare un dettaglio, per esempio, la pubblicità delle *dissenting opinions*, senza dimenticare naturalmente che il trapianto di diritto straniero nella nostra società non avrà necessariamente gli stessi effetti. Su tutto questo si dovrebbe dunque discutere con la massima attenzione per rendere possibile una giurisprudenza e un diritto realistici. Cosa che non avviene al riparo non tanto del formalismo giuridico, cui neppure la Corte di cassazione pare più credere, ma piuttosto dell'opposto scetticismo realistico, che asserisce di limitarsi a descrivere ciò che accade di fatto.

## 2. Villa

Nella relazione di Vittorio Villa mi pare di dover leggere una reazione negativa, nonostante i complimenti iniziali,

alla tesi centrale del libro, accolta invece da Manero. Non deve averlo convinto, mi pare di capire, dal fatto che non viene neppure menzionata e tanto meno discussa.

La mia tesi centrale è nella sostanza una revisione della teoria hartiana del concetto di diritto e della norma di riconoscimento e una critica implicita alla discussione post-hartiana; come nota Fuselli nel suo intervento, che commenterò più sotto, è sintetizzata in questa frase: «A mio avviso [...] il problema per tutte queste teorie è sempre lo stesso. Esse collocano la individuazione del diritto vigente in una fase della pratica giuridica in cui essa non ha luogo (le operazioni sulle fonti), perché in questa fase l'operazione è già avvenuta». Insomma la tesi centrale del libro è la distinzione tra individuazione e determinazione del diritto, con il corollario della distinzione tra pensiero giuridico tecnico e di senso comune, con le relative necessarie connessioni. Una seconda tesi centrale, derivata da questa è il modo in cui è tracciata la distinzione tra pensiero comune sul diritto e pensiero tecnico, che si accompagna a una categorizzazione degli utenti come persone comuni o tecnici; essa è basata su una specifica nozione di pensiero o linguaggio tecnico.

Villa di tutto questo non tratta nel suo intervento, ma muove alcune critiche a qualche punto secondario del mio lavoro, che mi paiono interessanti ma appunto secondarie. Inoltre mi attribuisce una tesi che non ho sostenuto. Così Villa mi approva per aver affermato che fa parte dell'atteggiamento di senso comune sul diritto una qualche nozione di giustizia. Nell'argomento del libro il punto è secondario e quindi ha poco spazio; inoltre a mio parere questi aspetti nel senso comune sono sempre confusi e sfumati. Ho detto comunque che il senso comune in genere sembra dare per certo che la giustizia sia un criterio oggettivo e che il diritto dovrebbe tenerne conto. I discorsi di senso comune sul diritto sono pieni di affermazioni di giustizia, tale giustizia spesso è menzionata a sostegno della causa di



chi parla. Ma poi non si è in grado di chiarire con qualche significativa precisione il concetto di giustizia a cui si fa riferimento e tanto meno di fondarlo. Ciononostante il non-cognitivismo non è, a mio parere, una nozione del senso comune, anzi mi pare di poter sostenere che per il senso comune è difficilmente comprensibile e digeribile. Se accettiamo l'opinione di Bobbio che l'elemento essenziale del giusnaturalismo è la tesi dell'oggettività della giustizia, allora il senso comune è in questo senso prevalentemente giusnaturalista. Un po' come il senso comune considera la terra come piatta. Se intendiamo invece per giusnaturalismo la tesi per cui se qualcosa non è giusto non è diritto, allora il senso comune certamente non lo è, perché è comunissima l'idea della ingiustizia del diritto.

Villa dunque a torto mi attribuisce l'opinione che il senso comune consideri diritto ciò che è «dotato delle caratteristiche: i) della coattività organizzata e della gestione coattiva del potere mediante norme; ii) del riferimento alla giustizia». Sostengo solo il primo punto. Ho anche sostenuto che il senso comune solo secondariamente si pone problemi di cosa sia il diritto in generale, limitandosi di solito a identificare il singolo diritto vigente; le caratteristiche del diritto e la sanzione organizzata, secondo il senso comune qualificano l'area giuridica, quella che ho chiamato identificazione del diritto nei casi non frequentissimi in cui implicitamente o esplicitamente ci si deve interrogare sul giuridico in generale; per esempio nel caso in cui la nozione di diritto impiegata tacitamente nella vita comune è messa in questione dalla presenza del matto alla stazione; ovvero dalla presenza di diritti stranieri; o nel caso ben più grave di incertezza sociale sul diritto in vigore, come avviene nella guerra civile. Peraltro secondo me queste nozioni hanno confini poco precisi e molto variabili di caso in caso e soggetto in soggetto. Se qualcuno fa il *barrister* in materia fiscale nella pacifica Londra del secondo dopoguerra più facilmente darà connotazioni positive al diritto; non così un ebreo nella Ger-

mania della presa di potere nazista del 1933. Dunque il senso comune piuttosto che giusnaturalista è rassegnato alla presenza della ingiustizia nel diritto in vigore.

Non vorrei però fare un *casus belli* di questo punto. Come ho detto è invece centrale alle mie teorie la tesi di cui Villa non si occupa, la distinzione tra identificazione, individuazione e determinazione del diritto. Questa tripartizione concettuale mira a risolvere le aporie delle teorie del riconoscimento e delle fonti del positivismo giuridico e segnatamente di Hart (e Kelsen). La identificazione del diritto in generale, quello che in teoria si chiama il concetto di diritto, secondo una delle tesi centrali del libro, è secondaria nel senso comune rispetto alla individuazione del diritto vigente ed emerge solo quando nell'esperienza comune emergono altri diritti. Il senso comune non opera come un ben ordinato trattato filosofico, individuando prima il diritto in generale e poi il diritto vigente. Viene forgiato dalle esigenze interne della prassi, e nella pratica giuridica normale la presenza di altri diritti è secondarissima. Spinto dalle esigenze della vita di tutti i giorni, il senso comune individua direttamente il diritto vigente attraverso il meccanismo di indizi concreti che funzionano bene solo quando di diritto in circolazione ce ne è uno solo. Sarebbe peraltro interessante esaminare più da vicino, cosa che non ho fatto, il caso di diritti plurimi coordinati, nella misura naturalmente in cui la percezione di tale situazione non è limitata ai giuristi e ai comparatisti ma è avvertita nella vita quotidiana.

La giustizia non ha dunque molto rilievo nell'analisi del libro. Il momento para-concettuale della identificazione del concetto di diritto in generale, cioè i criteri impliciti con cui il senso comune identifica l'area del giuridico, è secondario in tutti i sensi rispetto alla individuazione del singolo diritto vigente, un passo che ciascuno si trova continuamente dinanzi nell'agire quotidiano, con tutte le sue disperse e pervasive evidenze concrete. Il diritto positivo vigente si pre-

senta di fronte al distratto utente di senso comune con la sua evidenza para-oggettuale, fatta di una pluralità di cose ed eventi molto concreti: di qui la mia insistenza sulle uniformi e i simboli dell'apparato e cose visibili del genere. Forse ho sbagliato retoricamente su questo punto e avrei dovuto fare uso della scena iniziale degli ominidi del film *2001: Odissea nello Spazio*. Nel film la civiltà umana viene fatta iniziare con l'uso del bastone; anch'io avrei potuto mettere in primo piano, come simbolo dell'autorità giuridica, il manganello, uno dei modi in cui il senso comune identifica quale sia il diritto positivo. Se ci si riflette un istante, ci si accorge che la connessione tra diritto e manganello è profonda, il manganello è strumento riservato alla coazione "civile", a differenza della spada.

Il "concetto" di senso comune di diritto viene fuori, in forma implicita, solo quando ci sono problemi, come nel caso del matto, cioè di diritti inesistenti; o di diritti stranieri. Metto il termine tra virgolette perché un concetto è solo presente in forma esplicita nella analisi di chi descrive le operazioni del senso comune. I criteri del senso comune funzionano solo quando di diritto in circolazione ce n'è uno solo e non ci sono seri dubbi su chi nel complesso impugni legalmente il suddetto manganello. Per questo non c'è bisogno di basarsi su indagini sociologiche di effettività, che del resto nessun giurista conduce.

Si potrebbe anche pensare che una tesi del genere tradisca la mia ascendenza giuspositivista piuttosto che giusnaturalista. Questa conclusione sarebbe, a mio avviso, ingiustificata nella misura in cui sottovaluterebbe la distinzione tra un approccio descrittivo e prescrittivo al metodo giuridico. Qui sto descrivendo e, secondo me, questa è la descrizione più plausibile, indipendente dalla concezione idiosincratica normativa che sostengo.

Su queste mie tesi centrali nel libro, forse errate, Villa non dice nulla. Sostiene però che non parlo abbastanza del

momento della individuazione. Tuttavia essa è ovviamente un'idea centrale nelle mie pagine. Alla luce della osservazione di Villa ho riletto le pagine del mio libro nei punti in cui ne parlo e posso dire che credo di aver dedicato a questo argomento gran parte del libro (peraltro piccolo) e mi pare di aver tracciato un quadro sufficientemente comprensibile, in questo confortato dalle reazioni, critiche o adesive, degli altri commentatori di questo *panel*. Certo ho solo abbozzato l'argomento e spero che altri voglia riprendere e sviluppare e criticare queste idee.

Villa di passaggio mi rimprovera anche di non avere affrontato il problema di cosa siano le credenze (degli utenti del diritto). Ha perfettamente ragione. Il tema delle credenze però è uno dei più intricati e controversi della filosofia analitica, e sono lieto che nella mia teoria non debbano comprendere una analisi del concetto di credenza in generale, e penso di essermela potuta cavare con uno scarno accenno alle credenze in quanto incorporate in una pratica, la pratica giuridica.

Nell'intervento di Fuselli ci sono importanti accenni a una delle direzioni in cui questo tema andrebbe sviluppato. E ce ne sono altre. Ho creduto di poter evitare di inoltrarmi in questo tema complesso e controverso senza indebolire le tesi centrali dell'analisi perché penso che sia indifferente quale tipo o contenuto di credenze abbiano coloro che partecipano alla pratica. E quindi che l'analisi della natura specifica delle credenze giuridiche possa essere lasciata nel generico nella analisi generale della pratica. Non occorre neppure parlare di credenze ma più astrattamente di significati. Così non ho dovuto affrontare problemi come la natura mentale o psicologica o pubblica delle credenze riguardanti il diritto. Personalmente ritengo che queste credenze siano fenomeni di natura e contenuto estremamente vario. Su una cosa evidentemente ho preso posizione, pur senza menzionare la letteratura in materia di credenze e descrizione sociale, di cui peraltro mi sono occupato molti anni fa. Ritengo in linea generale che la considerazione dei significati

non possa essere espunta dalla descrizione del comportamento umano e che in specie esse siano essenziali a spiegare la pratica giuridica. Quale è il rapporto tra i significati e le credenze? Cosa sono le credenze? Ho ritenuto però che una più dettagliata analisi concettuale e psicologica della credenza non siano necessarie a spiegare le strutture fondamentali del pensiero giuridico (individuazione del diritto vigente), seguendo in questo la strada presa da Hart nella sua famosissima analisi del punto di vista interno. Se le credenze sono aspetti della psicologia individuale essi sono variabili e poco conoscibili, quello che conta è la loro emersione nel comportamento verbale, non verbale e alla fine nei significati incorporati nei concetti della pratica.

Ciò non significa che uno studio analitico sul concetto di credenza e di credenza giuridica non possa essere utile o indispensabile per chiarire altri punti. Mi incuriosiscono e interessano prima di tutto le differenze negli atteggiamenti verso il diritto in diverse società e paesi e nella storia. Nelle mie conversazioni con Hart, ricordo di aver sostenuto che alcune sue idee di teoria del diritto sembravano influenzate dal fatto di essere un cittadino di un paese meglio governato e più rispettoso della legge del mio. Certamente mi auguro che qualcuno affronti il tema in modo più minuto di quanto non si faccia nelle mie pagine, alla luce delle distinzioni che ho proposte. Continuo a pensare di esser riuscito a precisare a sufficienza le mie tesi evitando di precisare anche a che tipo o a quale concetto di credenza il diritto faccia riferimento per funzionare nel senso comune. In particolare, con l'espedito della storiella del matto alla stazione mi pare di esser riuscito ad evitare con una certa eleganza di incagliarmi nel gigantesco problema della psicologia del diritto.

Ancora da Villa:

«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 *critical-reflexive attitude*) espressi dai partecipanti».

Dissentito, non mi pare che Hart differenzi così nettamente le due posizioni e in altri scritti di metagiurisprudenza prescrittiva ho del resto esposto in strabordante abbondanza le mie tesi sulla differenza tra le varie sfumature dei punti di vista interni ed esterni, di cui ce ne sono vari (i miei scritti sono anteriori a quelli di MacCormick sul tema). Tali argomenti a mio avviso sono appropriati in una analisi di metodologia prescrittiva, che riguarda le distinzioni che si dovrebbero fare tenendo ferme distinzioni analitiche come quella tra atteggiamento conoscitivo e valutativo, esterno e di partecipazione, almeno due sensi di esterno moderato ed estremo, tra metodologia descrittiva e prescrittiva. Osservo che il presunto osservatore studioso di cui parla Villa è una figura fittizia nel mondo giuridico attuale, è una esigenza scientifico-filosofica non la descrizione di una pratica diffusa o di un tipo professionale. Nessuna figura di operatore giuridico ha questo ruolo indipendente nel mondo del diritto, nessuno rileva davvero gli atteggiamenti effettivi e tanto meno le credenze effettive dei giuristi per poi usare esplicitamente questa conoscenza nelle operazioni giuridiche di determinazione delle fonti. Spero di aver manifestato questa tesi con sufficiente chiarezza anche nelle pagine del libretto, con la critica alla nozione di effettività come base del pensiero giuridico e in particolare come presunto criterio di individuazione del diritto vigente.

Mentre la effettività (un senso o l'altro di effettività coniugato in uno dei molti modi possibili) *potrebbe* essere il fondamento di una conoscenza giuridica, prescritta da una metodologia prescrittiva e da un concetto di diritto idiosincratico, così non avviene nel metodo giuridico come è. Quando

si dichiara o presuppone quale sia il diritto vigente nessuno attende che siano (state) compiute le ricerche empiriche psico-sociologiche e le precisazioni concettuali che renderebbero possibile un fondamento sociologico alle affermazioni giuridiche, ovvero è disposto a modificare il proprio giudizio sulla composizione del diritto vigente qualora arrivino tali informazioni. Ci si limita, in sede di teoria di diritto, ad appiccicare la etichetta di effettività a un diritto che si considera già ovviamente quello vigente. La cosa emerge bene dalle aporie della teoria di Kelsen, il quale richiede questa qualifica di effettività solo a una norma ipotetica, la norma fondamentale, dicendo che è la sola a dover essere effettiva. Kelsen come al solito è illuminante anche nell'errore.

Se la norma fondamentale fosse davvero selezionata per la sua effettività, non potrebbe ovviamente funzionare nel modo a cui Kelsen allude e neppure come funziona attualmente nella teoria (normativa) delle fonti del diritto l'episodico riconoscimento della consuetudine giudiziaria o commerciale. Non si tratterebbe di mettere alla prova una norma fondamentale presupposta dai giuristi in base ai loro pregiudizi o immaginazione per vedere se è (un po') effettiva o invece se non lo è per niente nel qual caso si passa a ipotizzarne un'altra, secondo la teoria kelseniana della rivoluzione giuridica. In questo modo la questione è già pregiudicata, vengono sottoposte al vaglio solo norme prestabilite. Perché? In realtà una norma fondamentale o di riconoscimento effettiva, in quanto norma ipotetica e ricavabile dalla pratica, dovrebbe essere costruita e messa insieme sulla base delle pratiche normative effettive e quindi dal basso aggiungendo alla norma di riconoscimento (alle fonti del diritto) quelle componenti di significato necessarie a giustificare le pratiche normative effettive e togliendo dalla norma stessa quelle parti (fonti) che non fanno riferimento a pratiche normative effettive. Il risultato non potrebbe essere bianco/nero e andrebbe debitamente sfumato con opportuni indici quantitativi di effettività secon-

do vari parametri sociologici. Un atteggiamento più correttamente sociologico che però non corrisponde al metodo giuridico come praticato. Comunque nella nozione kelseniana di sottoporre al vaglio di una generica effettività una norma presupposta ci sono molti elementi della mia nozione di identificazione del diritto vigente, non imputati peraltro da Kelsen al senso comune ma primariamente al pensiero giuridico.

Il punto che Villa non tratta né per accettarlo né per confutarlo è la tesi che le teorie della individuazione del diritto vigente sono sbagliate nella misura in cui nessuno, tanto meno i giuristi, compie una ricerca sulla effettività della norma di riconoscimento. Una ricerca del genere non può essere condotta seriamente ma lasciata interamente implicita. Se la necessità di questa ricerca fosse presa sul serio diventerebbero anche necessarie precauzioni che i sociologi e gli storici conoscono benissimo, per esempio confrontare (un confronto molto problematico) la norma di riconoscimento esplicita nelle dichiarazioni dei giuristi e quella implicita nelle loro pratiche per vedere se e quanto divergono e quale è da preferire come descrizione effettiva del loro comportamento. Su questi problemi mi sono dilungato altrove.

Il modello kelseniano della norma fondamentale effettiva, prevede una norma che non è una norma prodotta di un atto di volontà ma un'ipotesi del pensiero giuridico; questo *monstrum* peraltro ha sufficiente parentela con quanto avviene nel senso comune da apparire plausibile, se è vero, come sostengo, che né il senso comune né i giuristi compiono studi di effettività e non sarebbero in grado di compierli, ma prendono in esame il diritto che è "davanti a loro", una situazione approssimativa basata sulla lettura di molteplici indizi sociali che può essere catturata da varie espressioni in cui compare la parola "effettività", purché evitiamo di prestare alla parola indebitamente un significato sociologico.

Un altro punto delle osservazioni di Villa in cui non mi ritrovo è il rimprovero di aver trascurato Hart. Temo ora di



aver peccato di insufficienza retorica, di aver lasciato troppo implicito il mio continuo dialogo con Hart; ho però il conforto degli interventi di Manero e di Diciotti che rilevano i continui riferimenti espliciti e impliciti e il mio continuo dialogo con le tesi di Hart. Tutto il mio libretto è un colloquio con le idee hartiane, viste attraverso le tesi di Scarpelli. Non sono lontano dalle posizioni di Hart. Niente di totalmente nuovo in questo: anche in scritti ormai vecchi di metodologia prescrittiva sostenevo che le tesi di Hart sulla effettività sociale della norma di riconoscimento fossero una descrizione errata di quanto avviene nel pensiero giuridico e al più costituiscano una proposta di metodologia normativa innovativa. Tuttavia in Hart si possono trovare gli accenni nella direzione che io considero corretta, anche se nascosti e talora contraddetti, come del resto si può dire per Kelsen. L'insufficiente attenzione su questi punti provoca una serie di incongruenze tra cui la notoria circolarità dell'argomento giudici/giudici (i giudici individuano il diritto ma chi è giudice è determinato dal diritto) di cui parla Manero nelle sue osservazioni, che condivido pienamente; ovvero dà spazio alle critiche alla Dworkin che usa un approccio in realtà fortemente normativo, come osserva anche Hart nel *Postscript*.

Hart non rileva il gradino di senso comune su cui poggia il pensiero giuridico e su cui, secondo me, è necessario appoggiarsi per far stare in piedi tutta la costruzione hartiana delle fonti del diritto e della norma di riconoscimento. Villa ricorda anche i tentativi di MacCormick e Nino di porre rimedio alle incongruenze della teoria delle fonti. Avrei potuto ricordare le mie analoghe osservazioni anche anteriori, ma ho cercato invece di sviluppare nella massima brevità una idea che mi sembrava finora non esplicitata, senza mettere in nota tutti coloro che hanno detto quasi la stessa cosa senza però dirla.

Villa mi rimprovera anche di non distinguere tra categorie diverse di giuristi. È vero, perché sostengo che la pratica giuridica è una delle pratiche sociali caratterizzate dalla confluenza

di senso comune e pensiero di chierici, i giuristi, e questi ultimi stanno tutti insieme nella categoria di chi compie operazioni tecniche di determinazione del diritto vigente individuato dal senso comune e come tecnici hanno gli strumenti concettuali e l'interesse pragmatico per determinare un più preciso elenco di fonti del diritto vigente, dopo averlo appunto individuato con il senso comune, come tutti. La categoria dei giuristi non corrisponde a quella hartiana degli *officials*. Che la parola inglese sia intraducibile dovrebbe metterci in guardia: non credo di poter stipulare che gli *officials* di un qualunque diritto che non sia quello inglese degli anni sessanta abbiano, in ogni società, emozioni e lealtà particolari o particolari sentimenti di partecipazione o di distacco. Ciò che mantiene in funzione la pratica giuridica in una società non patologica è proprio questa approssimativa coincidenza tra atteggiamento dei giuristi e del pubblico generico. La concordanza tra senso comune e immagine tecnica del diritto non è il frutto del caso e non è mantenuta dai diversi atteggiamenti dei giuristi, ma imposta dalla pressione del normale funzionamento del diritto. Delle sottigliezze metodologiche sulla giurisprudenza cognitiva o valutativa mi pare di avere parlato anche troppo altrove, qui l'argomento non mi pare richieda un ulteriore sviluppo, ma ho ricordato la mia posizione di fondo, la posizione scarpelliana, che la giurisprudenza non è scienza, ma attività e conoscenza al servizio della pratica giuridica; conoscere il diritto è inevitabilmente partecipare all'attività giuridica.

Villa mi rimprovera infine una critica troppo veemente al realismo giuridico, a suo parere motivata dal fatto che questa posizione mi è troppo vicina. Ancora una volta, ha largamente ragione, del resto le posizioni del giusrealismo e giuspositivismo sono state spesso assimilate (per esempio da Alf Ross); potrei anche osservare che è filosoficamente opportuno differenziarsi con enfasi da quanti ci sono più vicini perché questo è il modo migliore di precisare una posizione. Si chiama metodo della opposizione. La diver-

genza con il giusrealismo, che sottolineo anche nel libro, secondo me è decisiva e irrinunciabile perché è al centro delle mie tesi, giuste o sbagliate che siano. L'idea che alla base del diritto possa esserci una nozione generale di effettività sociale è sbagliata. Il giusrealismo propone una conoscenza e una pratica giuridica basata sulla effettività e sulla descrizione di fatti sociali e questa proposta incorre nel problema che la pratica giuridica come è non opera in questo modo. Qualcosa del genere c'è, ma non è la rilevazione della effettività sociale di un diritto. Come è possibile che il diritto sia fondato sulla credenza della sua effettività sociale senza che nessuno si curi mai di accertarla e senta mai il bisogno di fare delle ricerche per porre rimedio a questa mancanza? Quella del giusrealista è sociologia immaginaria. Questo mi sembra l'errore di fondo del realismo giuridico, ma non solo suo, se è vero che in grado minore è comune ai teorici giuspositivisti, Hart e allo stesso Kelsen da cui Hart non è molto lontano. Nel caso del giuspositivismo kelseniano il problema è meno grave perché non presenta la giurisprudenza come una scienza empirica. Che il diritto sia (più o meno) effettivo è una conseguenza della pratica giuridica, non una sua condizione.

Il centro della pratica giuridica e del metodo giuridico non è dunque una credenza ma la partecipazione a una pratica in atto i cui segni sono tutto intorno a noi, in forme diverse e variabili. Hart, come ho già detto sopra, osserva che l'individuazione del diritto valido dipende da una "genericissima accettazione sociale" dei partecipanti. Non sappiamo cosa possa voler dire accettazione in questo contesto e la discussione di decenni su *The Concept of Law* mostra chiaramente come sia stata equivocata a significare accettazione morale. Alla fine "accettazione" mi sembra un termine infelice per le sue connotazioni morali e volontaristiche; ma non si possono ignorare le qualificazioni di Hart sul punto per poi accusarlo di incoerenza. Hart si rende conto che nella pratica

giuridica non sappiamo se e chi accetti che cosa e che alla fine questo non è rilevante. Hart si rende conto del problema della accettazione di un diritto largamente ignoto tramite una norma di riconoscimento ancora meno nota. Per spiegarla introduce la differenziazione tra funzionari-giudici e gente comune. Questa risposta purtroppo non risolve il problema di chi siano questi funzionari e giudici (*officials*), e può apparire soddisfacente solo in una situazione di pace sociale. Secondo me non è accettazione su cui si fonda il diritto, ma partecipazione a una pratica necessariamente collettiva, una partecipazione compatibile con molti diversi atteggiamenti personali interni ed esterni che al massimo potrei chiamare qualche volta ma non necessariamente accettazione. Certo non accettazione morale. Se accompagnamo questo con l'abituale ignoranza del diritto, che cosa accetta l'uomo comune? L'uomo comune nella mia opinione individua e considera come diritto vigente qualcosa e non qualcosa d'altro. Le differenti sfumature riguardanti il tipo di "accettazione" prevalente o maggioritaria possono piuttosto spiegare le differenze di "spirito civile" tra un paese e l'altro, tra un gruppo sociale e l'altro. Bisogna trovare il meccanismo comune, che possa spiegare il diritto anche in una situazione diversa dal tranquillo e *law abiding* Regno Unito di Herbert Hart e per categorie di persone diverse da un *London solicitor*. Nel libro accenno alla differenza tra il folle e il rivoluzionario. Il rivoluzionario individua correttamente il diritto vigente nella sua società, tanto che vuole abatterlo. Sa chi impugna il manganello. Questo non si può chiamare di certo accettazione. Ci sono decine o centinaia di varianti e sfumature del genere. Il rivoluzionario continua a individuare lo stesso diritto vigente perché c'è un solo candidato-diritto in circolazione. Vuol fare la rivoluzione, non passare per matto.

Quanto al concetto di diritto ho sostenuto che qualcosa che può essere ricondotto a un concetto di sorta è implicito ed emerge, per esempio, nelle dichiarazioni sul diritto inesisten-

te. Le affermazioni in negativo sono le più rivelatrici, come accade spesso. In specie il senso comune rivela dove si cerca il diritto vigente, nelle aree sociali della coazione organizzata.

Un' ultima osservazione di Villa a cui devo rispondere è il rimprovero di tenermi ai classici principi o distinzioni della analiticità, nonostante che tutto nella mia analisi illustri la difficoltà di tenervicisi. In tali principi Villa non crede. Questa osservazione è importante. Per esempio le affermazioni sul diritto del senso comune sono analitiche o sintetiche o di un terzo tipo? Ci dice Villa che simili classiche distinzioni (analitico e sintetico, descrittivo e prescrittivo linguaggio e metalinguaggio) sono un letto di Procuste quando si affronta la realtà e in particolare il senso comune e il linguaggio ordinario. Non potrei essere più d'accordo. Ma proprio la tormentosa necessità di far andare d'accordo l'analisi con i principi che la informano credo mi abbia spinto a vedere delle questioni che altrimenti mi sarebbero sfuggite. Posto naturalmente che non mi sia sbagliato di grosso. Per esempio è la teoria delle definizioni basata sulla distinzione analitico/sintetico rende evidente la circolarità nel concetto di giudice come criterio per individuare il diritto vigente (rilevata anche nell'intervento di Diciotti), perché 'giudici' è usato in due sensi diversi, il diritto è quello che dicono i giudici, i giudici sono quelli che dice il diritto.

Naturalmente non ho mai affermato che il senso comune sia analitico, nel senso che segua i principi filosofici che caratterizzano gli argomenti della filosofia analitica. Questi non sono superflui ma indispensabili ad evitare che la argomentazione filosofica perda i suoi caratteri analitici, cioè si lasci sfuggire elementi e scelte fondamentali in tutte le discussioni filosofiche; l'esperienza insegna che questi elementi facilmente rimangono non detti e la loro omissione rende la discussione una discussione tra sordi, perché quello che conta resta nascosto e fuori dagli argomenti. Per fare l'esempio più classico in filosofia, l'eventuale dissenso tra due teorici che

non usino una teoria delle definizioni analitica, basata sulla distinzione tra giudizio sintetico e analitico, comporterà certamente l'uso dei termini chiave in sensi diversi e pertanto non dovrebbe limitarsi alla questione in discussione ma dovrebbe costantemente chiamarne in causa i presupposti concettuali. Cosa che richiede una teoria della definizione che costringa ad esplicitare e tenere fermi gli elementi di significato, cioè i concetti con cui si discute e di cui si discute e ci dà la speranza che non stiamo parlando di cose diverse usando la stessa parola in significati diversi o crucialmente indeterminati. Il filosofo analitico è abituato a sottoporre a critica definitoria i propri concetti e quelli dell'interlocutore per vedere se sono significativamente diversi o indeterminati. Sa che la discussione non deve incominciare con il discutere che cosa sono il diritto o la libertà o la democrazia, ma cosa ciascuno degli interlocutori intende con queste parole e di quali significati sono portatori i termini impiegati.

Sono cose di questo genere che rendono l'analisi un esercizio fecondo anche se difficile e spesso tormentoso. Le realtà del linguaggio e pensiero ordinari spesso non corrispondono ai principi analitici o non in modo costante. Si tratta di principi che l'analista usa, ma non si aspetta di ritrovare ogni volta negli oggetti della propria analisi. Un ovvio esempio è quello della chiarezza e univocità dei concetti usati nella teoria che spesso non si ritrovano nei concetti oggetto di analisi. Un altro esempio è quello della distinzione, alla base di questo libro, tra metodologia normativa e descrittiva. È una distinzione complicata e impegnativa perché ovviamente implica tutte le tre principali distinzioni analitiche. È difficile e precaria, perché ogni metodologia descrittiva, dovendo semplificare e scegliere, avrà sempre residui elementi normativi, che vengono dalla sua natura di metodologia. Metodologia vuol dire occuparsi di un metodo e non semplicemente delle occorrenze più frequenti. Ma se si rifiuta la distinzione tra descrizione e

prescrizione metodologica, in teoria giuridica diviene impossibile di principio distinguere tra il modo di parlare che riteniamo il migliore e quello che ritroviamo nei fatti e nelle società, ci piaccia o no. Diviene impossibile in linea di principio distinguere tra il concetto di diritto altamente idiosincratico di un Dworkin e quanto si può ricavare dalle pratiche giuridiche. Diviene in linea di principio impossibile distinguere tra quello che secondo un Dworkin devono essere gli aspetti importanti o essenziali del diritto e quelli che sono gli aspetti importanti o essenziali del diritto. Diviene impossibile dirimere il dissenso su questi punti, salvo che tramite una scelta normativa. Nella discussione analitica invece si cerca di sostenere la metodologia normativa con argomenti normativi e di fondare quella descrittiva dimostrando che sono una buona descrizione dei fatti.

Come mostra la storia della filosofia analitica del linguaggio ordinario, non deve neppure sorprenderci la possibilità di compiere “scoperte” in questo campo, cioè di scoprire aspetti che sono presenti nella semantica del senso comune, ma che il senso comune e i filosofi non avvertono pienamente e non sanno esplicitate. Queste scoperte sono possibili solo applicando le distinzioni analitiche che permettono che la descrizione di cose non troppo chiare non sia però altrettanto poco chiara. È quello che ho cercato di fare analizzando un aspetto molto comune del senso comune, la pratica giuridica di individuazione del diritto. Mi pare di avervi scoperto degli aspetti nascosti, perlomeno nascosti ai filosofi, non di essermeli inventati.

### 3. *Diciotti*

«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».

È una osservazione centrata, a cui credo però di avere una risposta. Non credo che un tentativo di descrizione metodologica voglia dire l'abbandono del tentativo di ridefinire teoricamente il diritto. Penso che non sia possibile parlare di ridefinizione teorica del diritto e fermarsi lì. Ridefinire teoricamente in quale senso e per quale scopo? L'inizio di una risposta dovrà incominciare dalla distinzione tra descrizione e prescrizione metodologica, senza fermarsi a questo. Per esempio, secondo quale modello metafisico prescrivere un metodo? Secondo quale modello epistemologico descrivere un metodo? Penso inoltre che anche la descrizione metodologica sia pur sempre metodologia, e questo la renda una descrizione molto particolare, la descrizione di un insieme in qualche modo connesso di regole metodologiche. Penso inoltre che la mancata distinzione tra descrizione e prescrizione metodologica sia il mezzo principale della ideologia dei teorici, quando cercano di influenzare la realtà metodologica e attraverso di essa i comportamenti, senza dichiararlo e quindi senza giustificare una tale proposta di riforma: esempio principe di questo nella teoria del diritto di oggi è Ronald Dworkin.

Non sono neppure d'accordo sulla qualifica di descrizione sociologica che Diciotti attribuisce al mio tentativo di analisi del pensiero giuridico, comune e tecnico. È comunque una *vexata questio* nella teoria del diritto analitica. Una metodologia descrittiva non è una descrizione sociologica ma analisi filosofica, anche se si può dire come Hart che ogni indagine concettuale è in un certo senso anche una indagine sociologica. Hart ha dichiarato di aver avuto occasione di pentirsi di questa *boutade* la cui oscurità ha genera-



to infiniti fraintendimenti e nel libro mi sono sforzato di essere un poco più chiaro di Hart. Sociologico, quantomeno nelle intenzioni, è invece l'atteggiamento del realismo giuridico che prescrive di basare il pensiero giuridico su una nozione sociologica di effettività. Che ha due difetti strettamente connessi, se è vero che non riproduce il modo in cui funziona il pensiero giuridico e che non viene usato seriamente neppure da chi lo propone, perché se venisse applicato e riuscisse a superare la difficoltà di accertare i dati rilevanti, produrrebbe un risultato molto diverso dall'attuale: in specie non ci sarebbero confini netti e stabili per gli ordinamenti giuridici e per il significato delle singole norme. L'inconveniente in questo caso non è, come sostengono i giusrealisti, semplicemente di produrre una rivoluzione metodologica di tipo galileiano nel senso di sostituire una scienza fallace con una descrizione scientifica del mondo, ma di cambiare profondamente una pratica sociale.

Credo dunque che le cose non il problema non sia, come sembra implicare Diciotti, una opposizione tra analisi concettuale e sociologica. La distinzione qui è tra analisi concettuale a fondamentale impostazione descrittiva oppure a fondamentale impostazione prescrittiva. Quello che Diciotti sembra chiedere è una teoria prescrittiva, cioè che prescriva il concetto teorico migliore. Migliore alla luce di qualche criterio da precisare, per esempio di scientificità empirica delle descrizioni. Ho fatto del mio meglio in altri scritti per dire la mia sul modo di "migliorare" il concetto di diritto e correlati alla luce dei parametri della filosofia analitica, soprattutto identificando e separando elementi e scelte possibili.

Nel mio libro tento di fare metodologia descrittiva, e la mossa è stata segnalata chiaramente, fin dal titolo. La esplicita distinzione tra metodologia descrittiva e prescrittiva, come illustrata e praticata da Bobbio e Scarpelli, è peraltro intrinsecamente innovativa in un campo dove la commistione tra questi due discorsi è tuttora normale.

A quanto dice Diciotti avrei anche un'altra risposta. Molte delle esigenze che sembrano essere implicite nella sua osservazione sono rispettate dalla distinzione tra individuazione e determinazione del diritto. È insieme una distinzione concettuale, che individua due operazioni distinte che comportano responsabilità e scelte distinte, e antropologica perché distingue tra un pensiero comune e specialistico nonché tra due gruppi, giuristi e non giuristi. In questo modo la distribuzione dei compiti mi sembra fattualmente vera e compatibile con i valori giuspositivisti, perché la determinazione dei confini del giuridico viene liberata del compito della individuazione e identificazione del giuridico, operazioni che comportano caratteri tendenzialmente incompatibili con la determinazione del diritto moderno, cioè la non soggettività, certezza e normatività dei criteri a cui, penso, tiene Diciotti.

Secondo Diciotti io sostengo anche che l'atteggiamento di senso comune verso il diritto comprende l'accettazione. Come ho già detto sopra, io *non* lo sostengo. Dal senso comune viene considerato diritto anche un diritto malvagio; quindi non necessariamente accettato come guida del comportamento dal singolo che compie il giudizio implicito "Questo è il diritto", e tanto meno accettato in senso morale. È irrilevante quindi che il diritto nazista sia stato (purtroppo) assai accettato dai tedeschi del periodo.

Quanto alla domanda se il senso comune sia giusnaturalista, devo essermi espresso davvero male se Villa e Diciotti mi leggono nello stesso modo: come ho detto sopra, contrariamente a quando mi fanno dire Villa e Diciotti, non sostengo che il senso comune accetti il giusnaturalismo. Esso è giusnaturalista solo a metà, la metà peraltro che Bobbio considerava più importante, nel senso che il senso comune normalmente ritiene che il diritto sia ingiusto, in tutto o in parte, ma è in prevalenza oggettivista. Mi pare sia opinione prevalente che da qualche parte ci sia una giustizia che sia

obbiettivamente tale, anche se troppo spesso è quella che viene in quel momento a vantaggio di chi parla. Ma non viene fornito alcun criterio che permetta di fondare, a torto o a ragione, questo tipo di affermazione. Quindi il senso comune a ben vedere non è né giuspositivista né giusnaturalista (comunque li intendiamo).

A un certo punto Diciotti esamina il caso del diritto immaginario e osserva che ogni norma porta con sé una idea di accettazione, e una norma immaginaria richiede l'idea di accettazione immaginaria. Sono, nella sostanza, d'accordo. Ma ciò di cui parla Diciotti è semplicemente un elemento del significato normativo, l'accettazione eventualmente immaginaria di cui parla è un modo icastico per indicare un aspetto essenziale dell'atteggiamento non di una persona che *accetta* una norma ma di una persona che *comprende* qualcosa come norma. Una norma, come significato, non sarebbe tale se non avesse senso accettarla, cioè se non proponesse un modello di azione. Ancora una volta posso rifarmi a una fondamentale tesi scarpelliana, che il momento di controllo della sussistenza di un significato normativo è quello della potenziale accettazione, e ancora più inequivocabile il momento negativo del possibile rigetto. Più precisamente, hanno significato di norma solo quei significati di cui è possibile dire che sono stati osservati/violati, proprio come hanno significato di descrizione solo significati di cui è possibile dire che sono veri/falsi. In questo senso dunque Diciotti ha ragione nel dire che il concetto di norma non è indipendente da quello di accettazione. Questo non vuol dire ovviamente che qualunque norma sia accettata da qualcuno e ancor meno da chiunque. Dal canto mio, ho sostenuto che nell'approssimativo concetto di diritto del senso comune è essenziale la nozione di diritto inesistente, di diritto-non-in-vigore-qui-adesso; è essenziale ma tenuta per così dire di riserva. Nelle situazioni normali il senso comune si occupa solo del diritto vigente, si occupa solo del grosso e cattivo rinoceronte con cui convive. Solo quando il

senso comune si trova davanti alla storia, alla geografia o a un matto alla stazione è costretto a usare la nozione di “altro diritto” fatto di norme accettate da pochi o da nessuno. Naturalmente ogniqualvolta la situazione sociale diviene patologica e la normalità del diritto unico viene meno, allora ogni diritto diviene “altro diritto”. A mio avviso sarebbe interessante esplorare secondo questa linea di riflessione le eventuali differenze tra il diritto e la morale, tra i diritti e le morali. La singola morale ha di solito pretese incorporate di universalità potenziale e una notevole “resistenza” alla non accettazione; nello stesso spirito si potrebbero confrontare le regole di diritto internazionale sui rapporti tra i diritti contemporanei e le regole morali sul riconoscimento delle regole di diverse morali. Il pluralismo morale confrontato insomma con il pluralismo giuridico alla luce di una teoria di senso comune della individuazione del diritto, facendo riferimento anche al concetto in qualche senso intermedio di morale sociale.

Infine Diciotti commenta l’uso valutativo e descrittivo della parola “diritto”:

«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».

Secondo Diciotti non metto abbastanza in evidenza la differenza tra questi due usi. A me non sembra che l’accostamento tracciato da Diciotti sia costante, ma soprattutto ritengo che la sua distinzione tra uso prescrittivo e descrittivo di un termine sia troppo semplice per rendere conto adeguatamente dei complessi rapporti a più strati che rendono la pratica giuridica quello che è. Nella pratica giuridica abbiamo un uso funzionalmente congiunto di prescrizioni, descrizioni di prescrizio-

ni, descrizioni di fatto inquadrare da prescrizioni, descrizioni le cui modalità sono prescritte con gradi diversi di effettività, prescrizioni di prescrizioni, e così via. La compresenza di tutto questo fa “funzionare” la pratica giuridica. In termini astratti la distinzione tra prescrittivo e descrittivo deve essere insomma coniugata con la distinzione tra livelli di discorso. Questa distinzione, non è una mania filosofica ma semplicemente il mezzo formale per analizzare chi è l'autore, ovvero ha la responsabilità di ciascuna particolare scelta discorsiva. Talora è una attribuzione difficile, ma nessuna analisi può prescindere, tra l'altro perché in mancanza diviene impossibile distinguere tra scelte trovate nelle cose e proposte dal teorico. Tenendo presente che spesso gli attori non sono consapevoli di queste distinzioni analitiche e talora, come ha giustamente osservato Manero nel punto commentato sopra, la mancata distinzione sembra necessaria al funzionamento della macchina giuridica (non è la mia opinione come ho detto sopra rispondendo a Manero).

Devo anche aggiungere che quanto dice Diciotti sugli usi descrittivi e prescrittivi della parola diritto non riguarda il senso della parola, ma delle frasi in cui la parola ricorre. Perché si possano accostare due usi della stessa parola, come in “Il diritto nazista conteneva norme razziste” e “Il diritto nazista era immorale”, occorre che la parola abbia lo stesso significato. È vero che parole possono assumere nella loro definizione contenuti valutativi, come nella concezione giusnaturalistica classica, ma questa è una particolare tecnica definitoria, che in presenza di giudizi intrinsecamente contestati rende la discussione tra giudizi morali diversi assai difficile, perché l'elemento di valore va estratto o isolato o “spacchettato” dalla definizione complessiva del concetto.

Diciotti si interroga a questo punto sulla effettiva presenza di un concetto unico di diritto, interrogandosi sulla necessità della caratteristica della sanzione e proponendo come possibilità alternativa qualcosa che rientri nella nozione

wittgensteiniana di somiglianza di famiglia. Credo di essere d'accordo sui margini assai sfrangiati del concetto di diritto di senso comune, ma vorrei sottolineare in questo caso un elemento aggiuntivo rispetto ai concetti "corda" di cui parla Wittgenstein: esiste dietro al concetto di diritto una pratica giuridica e ciò significa una forte pressione sociale a mantenere la nozione di diritto entro un ambito non troppo sfrangiato; quando il senso comune e/o influenti nozioni colte di diritto mancassero di sufficiente sovrapposizione, quantomeno estensionale, per esempio su un elemento radicale come la sanzione, la pratica giuridica rischierebbe di crollare in una sorta di generalizzato "matto alla stazione". Con tutto ciò le nozioni chiave come quella di sanzione e di gestione della coazione sono sufficientemente vaghe da tollerare un notevole grado di varianti, variazioni e incertezze. È un fenomeno comune a tutte le pratiche sociali, che impongono una relativa coincidenza di regole anche concettuali. Il caso più importante è quello della lingua del linguaggio ordinario che mantiene le proprie regole di comprensibilità perché abbiamo fortemente bisogno di capirci; nonostante le teorie scettiche che cercano di dimostrare che ciò non può avvenire e che in realtà non ci capiamo. Per questo le teorie scettiche del linguaggio ordinario hanno l'aspetto del paradosso e della follia consequenzialistica. Invero Diciotti conclude la sua critica alle mie pagine con una mozione in favore del totale scetticismo interpretativo e alla incapacità del diritto a minimamente determinare le decisioni giudiziarie. E dei giuristi a minimamente circoscrivere l'ambito di un ordinamento. Come accade per tutti gli scettici, si tratta di una mozione estrema ma un po' esitante, che accompagna dichiarazioni inequivocabilmente estreme con altre che le contraddicono in parte, che presuppongono la tesi meno estrema che *non tutti* gli aspetti delle decisioni sono determinati dalle regole. Insomma Diciotti secondo me conclude esitando sul bordo dell'abisso, del classico giusrealismo estremo

ben caratterizzato dal *nightmare* hartiano. Secondo questa posizione la posizione del matto alla stazione è indistinguibile a quella di qualunque giurista, giudice o funzionario, salvo che il poveretto viene ostracizzato e il giurista viene creduto. Accettare questa posizione vuol dire sostenere che la posizione del matto alla stazione è equivalente a quella di qualunque detentore di un (presunto) potere giuridico. L'imperatore è nudo.

#### 4. *Fuselli*

Nella ricostruzione dei miei argomenti Fuselli è preciso. Ma poi ricorda le differenze metafisiche tra noi, dove con metafisica intende e intendo i presupposti e principi fondanti di una filosofia. Fuselli dice giustamente che i nostri principi sono diversi. Secondo me l'impostazione di Fuselli è opportuna. In questi casi infatti bisogna discutere i presupposti o principi, perché le discussioni sui problemi puntuali altrimenti rischiano di essere poco proficue.

Il punto che Fuselli affronta è il fondamento della epistemologia, la natura delle idee in filosofia linguistica.

«In secondo luogo, però, è difficile sottrarsi all'impressione che questa impostazione in qualche modo patisca quello stesso limite che viene continuamente imputato anche ai tecnici e ai teorici del diritto, ossia: di servirsi di un criterio che in tanto può funzionare in quanto sia già stato acquisito quanto esso dovrebbe fornire.

«Se, infatti, è l'abitudine a farci dire che ciò che vediamo sono gli indizi del giuridico, allora bisogna che tale abitudine – a leggere come indizi del giuridico certi fenomeni – sia stata in qualche modo acquisita. Ma, l'acquisizione dell'abitudine ad associare a certi indizi il diritto vigente presuppone già all'opera una certa idea di diritto e di diritto vigente, non-

ché del suo modo di esistere.

«Così come in genere un'abitudine è necessaria per sviluppare una certa capacità, abilità, propensione, ma non può ingenerarla, altrettanto l'abitudine ad associare certi indizi al concetto di diritto vigente non può ingenerare l'idea – anche se vaga – che ci sia qualcosa come il diritto vigente e che esso si manifesti attraverso certi segni. L'abitudine non fa che rinforzare e consolidare qualcosa che, in forma embrionale, deve già essere presente.

«L'abitudine spiega *come* si svolge il processo di individuazione, ma non dice nulla sulle sue *condizioni* di possibilità e sulla sua *origine*».

Questo mi pare al nocciolo l'argomento platonico della reminiscenza. Probabilmente la tesi più nota della intera storia della filosofia. Fuselli sostiene che il diritto del senso comune, come da me (vagamente) delineato appare necessariamente un universale, pur con tutta la sua imprecisione quanto ai suoi confini intensionali ed estensionali. Luogo dei conflitti e della loro "soluzione" nel processo e con il processo sarebbero le sue caratteristiche universali.

Sono d'accordo quanto alla centralità di forza e processo nel diritto. Se c'è un universale forma giuridica il suo nocciolo duro non può essere che questo. Non so cosa dire però della origine delle forme e della presenza di un universale. Non sono interamente sicuro che ci siano idee universali, di quelle idee che secondo Strawson compongono in questo senso la metafisica del senso comune. Strawson invero pensava a idee più fondamentali di quella di diritto, come quella di individuo. E le pensava universali rispetto al *nostro* modo di pensare, senza pregiudizi per altri mondi possibili. Il diritto, l'idea di diritto, secondo me è un discreto candidato ad essere un universale, non credo si possa considerarla un'idea imprescindibile al pensiero umano *per se* ma probabilmente possiamo considerarlo un'idea presente almeno in ogni



civiltà umana della scrittura (sulla questione c'è una lunga discussione con e nella antropologia di ispirazione marxiana). Hart faceva osservazioni germane quando parlava dei caratteri del diritto naturale, con cui intendeva in realtà i caratteri naturali del diritto. In tale natura (umana) potremmo aggiungere forse anche un carattere solo implicitamente suggerito da Hart, la presenza costante del diritto stesso, almeno nella sua forma primitiva.

Da filosofo del linguaggio mi preoccupa che l'impressione di universalità (transtorica) possa originare dalla grande vaghezza dei contorni del concetto e dalla nostra disponibilità ad applicare la parola ad approssimativi equivalenti estensionali, cioè all'area della coazione organizzata, a qualche tipo di procedura che sta per processo. Mi preoccupa, da empirista, che l'universale sia ottenuto a spese dell'analiticità, cioè trascurando le eventuali differenze. Da empirista potrei suggerire di cercare delle conferme dell'universalità in aree diverse da quelle a cui probabilmente pensa Fuselli, nell'esame della nostra natura biologica e animale-evolutiva e naturalmente nella interazione sociale e dei processi di apprendimento. Una qualche forma di gestione collettiva della sanzione è indubbiamente radicata nella nostra natura biologica di primati sociali, come si vede dalle interazioni di ogni branco di primati, e se l'evoluzione ci ha indubbiamente formato come animali sociali, ebbene nel branco la forza *deve* essere gestita e processata. Questo è ovviamente un imperativo di sopravvivenza del gruppo e in questo senso troveremo questa "idea" in ogni società e raggruppamento stabile. Ci sono in senso opposto seri dubbi che il raggruppamento sociale umano al di là della tribù, cui si riferisce il diritto, sia un gruppo nel senso dei primati, che nelle nostre società sarebbe piuttosto rappresentato dalla famiglia. Questi ragionamenti e analisi ci consentirebbero di concludere a favore di una universale idea di diritto? E sarebbe un universale che soddisfaccerebbe Fuselli? Il confron-

to, opportunamente indirizzato da Fuselli anche ai suoi presupposti filosofici di fondo, trattando di un problema specifico come quello del diritto ha comunque i vantaggi dell'equilibrio riflessivo, l'esame critico dei principi alla luce delle loro conseguenze e delle conseguenze alla luce dei principi che dovrebbero fondarle.

Mi pare di dover distinguere dal problema che ho appena menzionato un altro problema posto da Fuselli, quando egli osserva che dopotutto la mia ricostruzione dell'operato del senso comune in materia giuridica richiede l'abitudine già in atto, il diritto già in vigore, e senza una forma universale che lo sostenga cade nello stesso difetto di circolarità di chi fonda il diritto sui giudici e i giudici sul diritto. Anche questo argomento suggerisce la supposta necessità di una forma a priori e di un universale precedente all'esperienza, ma questa volta il terreno non è la presenza necessaria e a priori di una idea (universale) di diritto, ma la individuazione di fatto operata del diritto vigente attraverso comportamenti abitudinari. Il primo argomento era a favore della reminiscenza platonica, il secondo è in qualche modo contrario alla possibilità delle consuetudini sociali se non in presenza di una forma mentale che le precede e trascende. Per formare un'abitudine dobbiamo avere un'idea guida, in questo caso una nozione del tipo della seguente: ecco-qui-una-possibile-istanza-di-diritto-vigente-qui-adesso. La sua versione minimale, come dicevo sopra è probabilmente la comprensione "universale" del senso civico del manganello.

Non so con precisione come queste abitudini si formino nella specie umana, nelle culture e negli individui. È peraltro evidente che le abitudini nascono durano e si estinguono. Nella storia delle singole culture è possibile vederle nascere precisarsi e consolidarsi e sparire. Nei bambini è abbastanza facile vederle formarsi davanti ai nostri occhi. Siamo tutti stati bambini e abbiamo quindi un certo ricordo di questo tipo di esperienza, anche del formarsi di abitudini nuove o

seminuove, come quella di andare al cinema il sabato sera. Possiamo naturalmente “eternizzare” una abitudine col genericizzarne la descrizione. Se invece di “andare al cinema” diciamo “una qualche forma di divertimento” possiamo dire che l’abitudine ce l’avevano anche gli uomini del’l’Antico Regno in una forma o nell’altra.

Non mi sento di dire che Fuselli abbia torto, comunque. La “forma diritto vigente” è in circolazione in tutte le culture, quello che semmai manca nel paese lacerato dalla guerra civile, è il diritto vigente. È attraverso un pulviscolo di indizi, con varianti determinate dalla situazione storica, che il senso comune alla fine si allinea e prende atto che “ora” c’è un diritto vigente. Non è necessaria una abitudine diuturna, anche se in qualche società è richiesta: a tensione intrinseca in una simile richiesta di solito genera miti di padri fondatori. L’abitudine alla obbedienza può variare largamente nei dettagli senza minacciare la pratica, purché non ci siano diritti concorrenti. Per innescare una abitudine può bastare, ad esempio, una brevissima esaltante liberazione. I modi e i motivi politici etici di interesse di paura etc. etc. per cui i popoli si “allineano” quanto al diritto vigente variano all’infinito nella storia. Una volta che l’abitudine si è messa in moto, si tratta di una “quasi percezione” perché avvertita da tutti o quasi e per questo ho parlato del diritto come di un rinoceronte invisibile. Intendendo che, come in presenza di un rinoceronte tendiamo a dimenticarci di ogni scetticismo epistemologico (ma esiste davvero questa bestia?), così in presenza di questo bestione sociale immateriale ma realissimo ci dimentichiamo di ogni scetticismo giuridico. Mentre la comunanza dell’apparato percettivo tra gli umani offre il terreno su cui sviluppare una conoscenza del mondo comune non privata e non interamente idiosincratica, il senso comune svolge la stessa funzione per comportamenti che sono una pratica sociale collettiva; le spinte centripete della prassi comune mantengono l’essere e la quasi-percezione

del diritto. Quando tali spinte vengono meno è la prassi che entra in crisi, l'imperatore appare di colpo davvero nudo. Come dice Fuselli:

«Se invece il diritto non è il prodotto della pratica, ma è la pratica stessa [“la pratica coincide con la cosa stessa”], allora tale pratica è già in sé giuridica ed è individuabile in quanto tale. Cioè: ha in se stessa il principio, il tratto costitutivo della sua giuridicità, che non è altro da ciò che si manifesta e si dispiega nella pratica. Il modello di attività non è qui quello poetico-produttivo, ma piuttosto quello della *praxi*».

*Riferimenti bibliografici*

JORI M. 1978. *Dalla teoria dell'ordinamento giuridico verso la teoria generale degli ordinamenti normativi*, in Id. *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, Milano, 2, 1978, 149-171.

JORI M. 1974. *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*, in «Sociologia del Diritto», 1, 1974, 85 ss.