

ALJS VIGNUDELLI

*“Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...”*

Parte prima. *Presupposti teorici e metodologici*

*“Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...”*

Part one. *Theoretical and Methodological Assumptions*

#### ABSTRACT

Il saggio costituisce la prima delle due parti di un più ampio studio sulla correttezza in ambito giuridico, e di essa approfondisce i presupposti teorici e metodologici. La tesi di fondo è che sia possibile qualificare tutte le attività in cui si articola il ragionamento giuridico in termini di conformità/difformità a regole che ne attestino (o neghino) la correttezza oggettiva. Tanto vale anzitutto per la individuazione del concetto di “diritto” da parte dei giuristi per il tramite di opportune stipulazioni, rispettose del principio di autonomia disciplinare. Né la scienza giuridica pare necessariamente “vittima” di una inarrestabile aspirazione “pragmatica” che, introducendo a ogni livello giudizi soggettivi di valore, la priverebbe del requisito della avalutatività. Quest’ultima, infatti, risulta insostenibile alla luce della moderna epistemologia solo se intesa come principio *costitutivo*, mentre può ancora sopravvivere come valido principio *regolativo* dell’attività del ricercatore.

This essay introduces the first half of a broad study on correctness in the juridical domain and its goal is to address its theoretical and methodological assumptions. Its fundamental thesis is that it appears possible to qualify every assessment concerning juridical reasoning in terms of conformity/dissimilarity from rules which attest (or deny) objective correctness. This is true, first of all, in regards of the concept of “law” itself, whose notion has been defined by jurists according to parameters concerning individual fields of study. Nor does legal knowledge appear to have become a “victim” of an unstoppable aspiration towards “pragmatism”, which would have introduced subjective views and, therefore, denied its requirement, being the idea of freedom from all form of subjective judgment. This concept, Wertfreiheit, would be impossible to assert in light of a modern epistemology only if intended as a constitutive principle, whereas it could still survive as a valid regulative principle for researchers’ activity.

#### KEYWORDS

Correttezza, ragionamento giuridico, concetti essenzialmente contestati, concetto di diritto, stipulazioni, avalutatività, epistemologia giuridica, pragmatica

Correctness, juridical reasoning, essentially contested concepts, concept of law, Wertfreiheit, juridical epistemology, pragmatic

ALJS VIGNUDELLI\*

“*Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...*”  
Parte prima. *Presupposti teorici e metodologici*

1. *Roma locuta, causa finita est?* – 2. Una parentesi meta-metodologica – 3. (*segue*) *Essentially contested concepts* tra scienza e meta-scienza del diritto – 4. Il *vademecum* di Adamo – 4.1. Stipulare, denominare, (ri-)definire – 4.2. Inclusività vs. selettività (ovvero: le stipulazioni tra Scilla e Cariddi) – 5. Il “diritto” dei giuristi – 6. La scienza giuridica tra tentazioni pragmatiche e *Wertfreiheit* – 6.1. *Scientia juris vs. juris prudentia* – 6.2. Scienza del diritto e giudizi di valore tra metodologia e ideologia – 6.3. La pragmatica giuridica come approccio semiotico al diritto (*rinvio*) – 6.4. *À la recherche du temps perdu?*

1. *Roma locuta, causa finita est?*

Recita un aforisma apocrifo, talora ricondotto all’antica saggezza proverbiale cinese, che «imparare è come remare controcorrente: se smetti, torni indietro».

Sono quindi molto grato all’amico Agostino Carrino, il quale, nel penultimo numero della Rivista che ho il piacere di co-dirigere insieme a lui, ha avuto la gentilezza di accordare alcune pagine di commento al mio *Interpretazione e Costituzione*<sup>1</sup>. Trattasi di un saggio<sup>2</sup> (parlare di «appunti a margine di un libro sull’interpretazione costituzionale», come da sottotitolo, è a dir poco riduttivo) non soltanto elegante, intelligente e colto – come sempre sono gli scritti di Agostino – ma anche estremamente stimolante per riconsiderare alcune questioni sotto una nuova angolatura e, così, per non smettere... di remare un altro po’ controcorrente, *parfois à la diable*.

Tra tutti i rilievi che – all’interno della prospettiva “realistica” e forse anche “decisionistica” propria del mio recensore<sup>3</sup> – mi vengono mossi, uno in particolare mi ha colpito non soltanto per il suo (perfido) acume, ma anche e soprattutto per gli effetti potenzialmente dirompenti e autodistruttivi che, se esso si rivelasse fondato, ne discenderebbero per la “mia” posizione (o, quanto meno, per la posizione che mi viene “imputata” dal mio interlocutore). La critica di Agostino merita peraltro d’essere esaminata attentamente poiché essa riassume e sviluppa al meglio, credo, l’opinione di molti amici – giuristi e teorici del diritto – con cui ho già avuto la fortuna di discorrere o “duellare” sul tema<sup>4</sup>.

L’obiezione, che evidenzerebbe nel percorso argomentativo da me proposto una “eterogenesi dei fini” tanto esiziale quanto logicamente inevitabile, si può riassumere nei termini seguenti.

\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia. E-mail: [aljs@vignudelli.it](mailto:aljs@vignudelli.it).

<sup>1</sup> VIGNUDELLI 2011.

<sup>2</sup> CARRINO 2015b.

<sup>3</sup> Egli stesso si definisce «autore scettico in filosofia e relativista in politica (dove la necessità della potenza, della *decisione*, meglio se illuministicamente argomentata)». Così CARRINO 2015b, 238.

<sup>4</sup> Cfr. almeno BARBERIS 2012a e BARBERIS 2012b, PINO 2013 e 2014b.

Non sarebbe proprio un'impostazione epistemicamente “forte” – giuspositivista in teoria del diritto e formale in teoria dell'interpretazione – ad imporre, all'interno d'un ordinamento che conferisca “forza di legge” alla sentenza (e massimamente alla sentenza costituzionale), di considerare le decisioni giudiziali non più impugnabili a loro volta un dato giuridico “positivo”, a prescindere dal percorso ermeneutico e logico che ha portato alla loro emanazione<sup>5</sup>?

Non mi sono reso conto, insomma, che tutta la fatica profusa in mille e più pagine per argomentare la possibilità (e l'opportunità) d'una interpretazione dei documenti normativi epistemicamente non compromessa, e insieme la possibilità (e l'opportunità) di distinguere attribuzioni di significato semanticamente ammissibili da quelle che tali non sono, sarebbe teleologicamente frustrata nei suoi intenti dalla necessità giuridico-positiva di considerare testo giuridicamente vincolante – al pari di quello del Legislatore o del Costituente e se del caso anche in sostituzione di essi – qualsiasi decisione degli organi giurisdizionali d'ultima istanza e in particolare della Corte delle leggi?

Da qui anche il paradosso – che, alla partenopea, si potrebbe battezzare del “cornuto e mazziato” – per cui, pensando di difendere lo Stato (costituzionale) di diritto, altro non avrei “combinato” se non fornire la più formidabile delle giustificazioni teoriche proprio a quel *Richterstaat* caldeggiato dai neocostituzionalisti e per il quale certo io non parrei mostrare un trasporto particolarmente caloroso<sup>6</sup>.

Ebbene, i rilievi qui riassunti ripropongono – e lo ripropongono a mio avviso imperiosamente, assai al di là delle loro intenzioni – un problema che reputo tanto più cruciale per il diritto e la sua scienza quanto più oggi esso rischia d'essere sacrificato sull'altare del più crudo effettivismo: quello della *correttezza* del ragionamento (praticato) e delle decisioni (assunte) in ambito giuridico.

Sull'esigenza di distinguere le *interpretazioni* (= individuazioni/ricostruzioni del significato) *corrette* dei documenti normativi da quelle che tali (= interpretazioni *corrette* o interpretazioni *tout court*) non sono ho già insistito nei miei precedenti scritti, fin dal primissimo paragrafo della non breve monografia del 2011<sup>7</sup>. La questione della *correttezza* e del suo rapporto con l'universo giuridico, tuttavia, pur esprimendosi in modo assai significativo – oltre che forse preponderante, almeno dal punto di vista “mediatico” – anche sul piano dell'interpretazione, in alcun modo si limita ad esso *soltanto*, e ne pervade viceversa pressoché ogni snodo.

Dall'operazione sommamente astratta d'individuare il proprio concetto di diritto fino all'attività massimamente concreta di qualificare giuridicamente la singola condotta umana *x* o *y* in termini di prescritta, vietata o permessa, infatti, *ciascuna* delle scelte che s'effettuano nell'itinerario giuridico

<sup>5</sup> Tale parrebbe, pur all'interno di un'impostazione per molti versi e complessivamente assai simile a quella qui sostenuta, l'opinione anche di RÜTHERS 2014, ribadita anche in PEDRINI 2015b, dove in proposito si richiama l'hobbesiano «*Auctoritas, non veritas facit legem*».

<sup>6</sup> Cfr. CARRINO 2015b, 241: «Ora, però, la sentenza è “legge”. Cosa accade? È da criticare la sentenza perché potrebbe essere il risultato di un'interpretazione sociologizzante della “costituzione”, intesa appunto in senso non formale? [...] Può essere, anche se [...] il problema è che nell'impostazione formale di Vignudelli proprio la sua prospettiva epistemica, giuspositivista in senso formale, impone – né potrebbe essere altrimenti in forza del principio di legalità – di considerare “testo” la sentenza della Consulta, anche se fondata su quel criterio di ragionevolezza che egli critica per molte pagine (e devo dire con argomenti più che fondati, anche se praticamente impotenti). Sicché, a posteriori, la sua testualità formale si ribalta su tutto ciò che l'ha preceduta e dà senso positivo a tutto il procedimento che positivo nel senso di Vignudelli forse non era, ma proprio solo sociologico ed ermeneutico [...]. Voglio dire che la mancata relativizzazione della proposta di Vignudelli finisce con l'avere proprio l'effetto analogo ed omologo agli effetti della proposta neocostituzionalista. Le due montagne si guardano in cagnesco, ma contemplano pacificate la valle dove continuerà a dominare, sempre più sovrano, il potere del giudice, che entrambe le posizioni, pur opposte, non possono (e quella neocos non vuole) mettere in discussione. Il superamento dello Stato di diritto in nome dei diritti e la sua tutela in nome della scienza validamente obiettiva confluiscono in una giustificazione dell'esistente, che ad alcuni piace, a Vignudelli invece no. Ma tutto deve restare com'era».

<sup>7</sup> VIGNUDELLI 2011, 14 ss.

pone il problema metodologico della sua conformità a regole. Regole – per esser chiari – che consentano di qualificare le relative opzioni e/o inferenze secondo una logica binaria che ne predichi (o ne neghi) la sostenibilità non soltanto dal punto di vista *pratico e politico*, ma anche da quello più strettamente *scientifico e giuridico*.

Proverò dunque nelle pagine qui appresso ad argomentare proprio la tesi – che a me continua ad apparire tutto sommato ovvia, ma che evidentemente per molti oggi parrebbe costituire un atteggiamento a mezza via fra l'ingenuità e il sacrilegio<sup>8</sup> – secondo cui anche le sentenze degli organi giudicanti d'ultima istanza possono essere utilmente criticate. E criticate, aggiungo, non solo perché ideologicamente non se ne condividano i contenuti, o perché altri sarebbero “ragionevolmente” da preferirsi, o ancora perché conseguenze differenti sarebbero pragmaticamente auspicabili, bensì in quanto esse (sentenze) si possono dimostrare scientificamente e giuridicamente *scorrette*, nonostante la forza vincolante da cui sono assistite nel nostro ordinamento.

Come si può notare, si tratta d'una problematica che, all'interno dello *skyline* generale della ricerca giuridica, potremmo definire “collinare”: a metà strada, insomma, tra le alture della filosofia e della teoria generale del diritto e la sterminata prateria dei quesiti di diritto positivo che quotidianamente sorgono nella *routine* ordinamentale.

L'obiettivo che qui ci si prefigge – dal canto suo – non si presta ad essere realizzato isolatamente, disgiunto da una panoramica d'insieme sulla riflessione giuridica complessiva. Viceversa, esso impone necessariamente di gettare uno sguardo tanto alle montagne (alle premesse culturali e meta-scientifiche), quanto al fondo valle (alle concrete ricadute sul piano giuridico positivo) del *core business*. Cioè a dire, implica di ripercorrere criticamente, se non proprio *tutta* la “filiera” logica, per lo meno i passaggi concettuali *essenziali* che – su un piano ideale, sebbene non sempre su quello storico o della consapevolezza del singolo – ogni giurista compie nello svolgimento delle proprie analisi.

Ciascuno può facilmente immaginare quanto impervia si presenti questa scalata speculativa e affinché essa non si trasformi inopinatamente in un'utopica sfida a *décrocher la lune* s'è pensato di suddividere il saggio in due Parti, com'è ovvio strettamente collegate dal punto di vista logico e concettuale ma al tempo stesso – almeno agli occhi di chi scrive – utilmente fruibili anche nella loro singolarità e autonomia.

In una prima parte – che qui si offre al lettore – s'affronteranno, per riprendere un'espressione di Enzo Melandri, i «presupposti del presupporre»<sup>9</sup>, vale a dire le radici teoriche e metodologiche, sovente inesprese, che fondano (o pretendono di fondare) le ordinarie “implicature conversazionali” dei giuristi, sottoponendole ad un'analisi critica e mostrando come esse consentano di elevare *razionalmente* un “*Anspruch auf Richtigkeit*”<sup>10</sup> all'interno del ragionamento giuridico.

Nella seconda parte di questo studio – che la gentilezza dei nostri Ospiti ci consente d'affidare al prossimo numero di *Diritto&QuestioniPubbliche* – s'analizzeranno invece i profili più strettamente legati alla pratica concreta del giurista e del giudice, trattando così in modo più frontale l'intreccio fra la tematica della *correttezza* e quella dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto.

<sup>8</sup> Davvero “balsamico” e in salutare controtendenza, in questa chiave, m'è parso l'accurato studio critico – e sottolineo *critico*, non meramente *prescrittivo* – di LUCIANI 2016, part. sez. I, che ho potuto leggere in bozze per gentile anticipazione dell'A.

<sup>9</sup> MELANDRI 1961.

<sup>10</sup> Il riferimento è qui ovviamente al pensiero di Robert Alexy, il quale anche, pur nelle differenze con l'impostazione qui sostenuta, mostra di ritenere che la citata “pretesa di correttezza” si mantenga intatta anche in presenza di un opposto orientamento dei tribunali di ultima istanza: cfr. recentemente PEDRINI 2014, 161 s. Sul pensiero di Alexy in tema di correttezza (intesa in senso razionale e non meramente retorico) vedi più in generale ALEXY 1978, ALEXY 1994 e ALEXY 2003.

## 2. Una parentesi meta-metodologica

Per procedere nel senso indicato, è anzitutto indispensabile dedicare qualche breve cenno al particolare “taglio” del discorso che ci si accinge a svolgere e che, trattando d’alcune avvertenze *di* metodo riferite a una riflessione *sul* metodo giuridico, potremmo definire di carattere *meta*-metodologico.

Non sfugge a chi scrive come probabilmente, in molti altri contesti disciplinari, tutto questo potrebbe apparire (nel migliore dei casi) come un barboso “esercizio di stile” e (nel peggiore) magari pure come il sintomo di verosimili compiacimenti solipsistici. Credo tuttavia si debba ormai riconoscere apertamente che, purtroppo, così *non* è nelle scienze giuridico-sociali.

In esse, infatti, l’odierno e apparentemente inarrestabile *trend* di crescente confusione e *camouflage* ha reso tale momento una pre-condizione pressoché “forzata” d’ogni ulteriore svolgimento che quantomeno *aneli* alla serietà. Per dirla ironicamente (ma non troppo) con Giovanni Sartori, infatti,

«non sappiamo più a che gioco stiamo giocando, perché ogni giorno ci troviamo con un mazzo di carte diverso. Il metodologo viene spesso visto, sbrigativamente, come lo studioso perennemente indaffarato nei preliminari e che non arriva mai al punto. Ma, forse, è arrivato il momento di ribaltare questa considerazione, perché è il metodologo a doversi spazientire per la sterilità del lavoro dei ricercatori»<sup>11</sup>.

Ebbene, il *punctum dolens* è costituito anzitutto dal fatto che il ragionamento che qui ci si propone d’articolare, coinvolgendo tra gli oggetti discussi nozioni *ab immemorabili* notoriamente scivolosissime – come appunto quella di “scienza”, “diritto”, “giurista”, fino alla stessa “correttezza” –, parrebbe sin dal principio soggiacere a un’ipoteca potenzialmente assai gravosa in ordine alla sua (proficua) praticabilità.

Da qui, fatalmente, la domanda: un’indagine che batta queste rotte può avere speranza di successo – e, se sì, con quali possibili accorgimenti per trasformarla in plausibile realtà? – oppure essa è già *a priori* destinata ad arenarsi nelle secche di quelle che con sagacia sono state definite «dispute razionalmente interminabili»<sup>12</sup>?

Espressamente e nettamente di questo secondo avviso parrebbe ad esempio, se bene intendo, anche l’amico Carrino, il quale – inserendosi in quella nobile tradizione filosofica relativista che spazia da Protagora a Spengler – osserva:

«la prospettiva puramente epistemica di Vignudelli non va dunque presa per quello che non potrebbe essere, cioè una rivendicazione di un discorso di verità nel campo del diritto. Le verità sono tante e non solo nel mondo moderno. Non a caso gli Antichi non pensavano che potesse esserci un unico dio, ma che gli dèi fossero tanti, che ogni popolo avesse i suoi, anche se tutti riconoscibili pur sotto nomi diversi. La “verità” è dunque sempre solo la ricerca della verità quale risultato di forze plurali, tra le quali anche la stessa posizione di Vignudelli e del suo libro, che per così dire influiscono e confluiscono sulla e nella definizione dei termini del problema»<sup>13</sup>.

Segnatamente ciò, del resto, varrebbe poi a fondare la tesi – peraltro non nuova e già sostenuta anche da studiosi che, contrariamente a Carrino, ritengono possibile una descrizione del diritto assiologicamente *adiafora*<sup>14</sup> – secondo cui io non articolerei (né potrei articolare) un discorso (sul diritto e

<sup>11</sup> SARTORI 1975, 96 s.

<sup>12</sup> BARBERIS 2007.

<sup>13</sup> CARRINO 2015b, 240. Analogamente vedi anche AZZARITI 2010, 211: «La fine della storia non può essere mai decretata e dunque non possono che essere espressione di scarsa capacità prospettica quelle ricostruzioni che assumono un unico e definitivo orizzonte entro cui costringere le proprie analisi».

<sup>14</sup> Vedi infatti molto chiaramente PINO 2014b, 198: «sarebbe del tutto possibile, plausibile, e legittimo difendere una posizione affine a quella di Vignudelli se intesa come dottrina dell’interpretazione, o, se si preferisce chiamarla così,

sull'interpretazione) animato soltanto dalla ricerca della verità, esponendo semmai una “mia” «presa di posizione», una «politica», una «ideologia»<sup>15</sup>. Rilievo che porterebbe, infine, “fatalmente” alla conclusione secondo cui «se si vuol capire il senso profondo e fortemente partecipato di questo lavoro di Aljs Vignudelli, il primo errore da evitare è quello di fingere che l'Autore voglia veramente opporre la verità alla menzogna, la serietà scientifica all'ideologia fondata su scelte di parte, l'imparzialità alla presa di posizione»<sup>16</sup>, laddove «questo “ragionamento stringente” è una posizione politica tra le altre, di cui occorre solo vagliare la forza pragmatica, in tutti i suoi aspetti»<sup>17</sup>.

#### *No Way Out?*

Io mi ostino (testardamente?) a credere che *non* sia così. S'intende, non nego affatto che l'argomento sostenuto da Carrino – secondo cui le “verità” sono molte e solo dal loro confronto plurale può sperare di giungersi a conclusioni verosimili, eppure mai assolute, mai definitive – sia *per certi versi* anche molto sensato e ragionevole. Esso, tuttavia, continua ad apparirmi *soltanto in parte* da condividere e mi pare vada a sua volta... “relativizzato”.

Ciò non soltanto perché (1), come risulterà immediatamente chiaro al lettore che abbia un po' di dimestichezza filosofica, il mio recensore s'espone così al classico “paradosso dello scettico”, che dal punto di vista logico è circolarmente chiamato a dubitare anche del proprio scetticismo. (Se ogni posizione – sul diritto o addirittura, più in generale, sul mondo – è relativa, e se non sussiste *alcuna* verità incontrovertibile, non sarà allora necessariamente relativa e controvertibile anche l'opinione di Carrino *circa l'insussistenza di tale verità?*).

Più importante ancora, infatti, è a mio avviso comprendere (2) che l'assunto *de quo* – secondo il quale «nel campo del diritto» è precluso l'accesso a ogni «discorso di verità» –, se inteso in modo rigoroso, si appalesa subito come scarsamente “eco-sostenibile”. In parole più semplici, certamente si può (e si deve) concedere che alcuni snodi del ragionamento giuridico non siano inquadrabili in termini di secca alternativa “vero/falso”. Altrettanto ineludibile, tuttavia, parrebbe poi ammettere che in moltissimi altri contesti dell'attività del giurista il problema del riconoscimento, se non della (unica, solitaria) *verità*, quanto meno della (più evidente) *menzogna* e della (più sfacciata) *mistificazione* risulti tutt'altro che trascurabile. E affossare questo secondo aspetto al solo fine d'affermare meglio il primo parrebbe evocare il proverbiale bambino che viene buttato insieme all'acqua sporca.

Dunque, potremmo dire: relativisti sì, ma *cum iudicio*.

Se, nondimeno, una lezione significativa può essere tratta dalla critica di Carrino, essa è certamente quella inerente alla (indubbia) esigenza di non confondere – ed anzi d'analizzare nel modo più esplicito e preciso – i *diversi livelli* a cui si verrà qui ad articolare il discorso sulla *correttezza*. Nel quale (discorso), insomma, c'è non soltanto convenienza, ma autentica necessità di mantenere concettualmente separati i problemi relativi alla *verità* con quelli concernenti la semplice *plausibilità*

come una proposta di politica dell'interpretazione: cioè, non come una indagine concettuale sulla definizione di interpretazione, ma come una serie di direttive su come fare o non fare “buona” interpretazione».

Ma in analogo ordine di idee cfr. già BARBERIS 2013, 23, dove si parla di «proposta di politica dell'interpretazione avanzata da Vignudelli», dove l'Autore osservava criticamente (rispetto alle mie presunte intenzioni): «La chiamo una proposta di politica dell'interpretazione solo perché indulgo a un'interpretazione caritatevole, anzi dichiaratamente simpatetica nei suoi confronti; so benissimo che lo stesso Vignudelli la ritiene un semplice richiamo al diritto italiano vigente» (*ibidem*).

<sup>15</sup> CARRINO 2015b, 238: «Vignudelli vuole (o diciamo che io ritengo che egli voglia), di fatto, opporre una presa di posizione ad altre prese di posizione, una politica ad altre politiche, un'idea ad altre idee, se si preferisce un'ideologia ad altre ideologie (non ritengo che l'ideologia sia di per sé qualcosa di negativo). Naturalmente, a suo modo di vedere, una buona idea ad altre idee meno buone, se non cattive».

<sup>16</sup> CARRINO 2015b, 238.

<sup>17</sup> CARRINO 2015b, 239.

degli assunti, così come di separare logicamente le istanze che possono dirsi *dimostrazione* in senso proprio da quelle di semplice *argomentazione* delle tesi esposte.

Tanto vale proprio a partire dal modo in cui si vengono ad elaborare criticamente quei delicatissimi *Grundbegriffe* cui si faceva cenno all'inizio di questo paragrafo, e sui quali ora converrà concentrare l'attenzione per coglierne le caratteristiche e per comprendere con quali cautele maneggiarli.

### 3. (segue) Essentially contested concepts *tra diritto, scienza e meta-scienza giuridica*

La questione non è certamente nuova. In ogni disciplina scientifica che si rispetti, infatti, si ritrovano termini che d'istinto – quando non incutano direttamente timore – suggeriscono quanto meno abbondanti dosi di prudenza a chi ci entri in contatto (o, *a fortiori*, intenda farne uso). Anche circoscrivendo il dominio del discorso al solo ambito giuridico, l'elenco è lungo. Io stesso mi sono imbattuto in alcuni di essi – in modo più o meno frontale – nel corso di precedenti studi. Basterà qui citare, a titolo d'altrettanti esempî, i brividi che tuttora mi si generano quando vedo scritte o sento anche solo bisbigliare parole come “pluralismo”<sup>18</sup>, “valori”<sup>19</sup> e, *non least*, “interpretazione”<sup>20</sup>.

Potremmo chiamarli, volendo ricorrere a un'etichetta celebre forse pure al di là dei suoi meriti effettivi, «concetti essenzialmente contestati»<sup>21</sup>. Sta di fatto che su di essi hanno nel corso del tempo finito per convergere tali e tante aspettative, diffidenze, esaltazioni e anatemi che le relative nozioni hanno fatalmente finito per subire un completo “*conceptual stretching*”<sup>22</sup>. La conseguenza è che, se non adeguatamente ridefinite prima dell'uso (“a monte”), queste ultime sono poi foriere di grave confusione, pressoché inevitabili equivocazioni e interminabili dispute *sulle parole* prima ancora che *sul concetto* (“a valle”).

Ad un piano più alto e antecedente dal punto di vista logico rispetto a questa problematica – che palesa dissidi in tema di *teoria* e d'*analisi* giuridica – si collocano poi ulteriori passaggi a nord-ovest sul piano della *meta-teoria* e della *epistemologia* giuridica. Le difficoltà, insomma, riguardano anche lo statuto logico dei discorsi sul diritto e della stessa ricerca scientifica in campo giuridico. Qui rileva la costellazione di parole – che più da vicino ci riguarda in queste pagine – come “scienza giuridica”, “teoria del diritto” e (*a fortiori*) soprattutto “diritto”.

I problemi *generali* della riflessione meta-scientifica, infatti, curiosamente si aggravano allorché si provi a declinarli all'interno della scienza *del diritto*, dove parrebbe ancora attualissimo il commento espresso da Kant nella *Transzendentaler Methodenlehre* della sua *Critica della ragion pura* per cui «a tutt'oggi i giuristi cercano ancora una definizione del loro concetto di diritto»<sup>23</sup>.

La questione, com'è noto, s'è trascinata per lungo tempo<sup>24</sup>, fino a essere avvertita come un'autentica costante disciplinare. Per quanto insomma – come è stato segnalato – «in letteratura giuridica si [sia] cercato lungamente di dare una definizione di diritto che ne cogliesse la “vera” essenza o la propria natura,

<sup>18</sup> VIGNUDELLI 2011, cap. III (626-1167).

<sup>19</sup> Vedi VIGNUDELLI 2005 e 2013c.

<sup>20</sup> VIGNUDELLI 1988, VIGNUDELLI 2011, VIGNUDELLI 2012a, VIGNUDELLI 2012b, VIGNUDELLI 2012c, VIGNUDELLI 2013d, VIGNUDELLI 2014a e VIGNUDELLI 2014b.

<sup>21</sup> GALLIE 1956. Solleva dubbî circa la reale consistenza scientifica della categoria PINTORE 2003, 3 ss.

<sup>22</sup> SARTORI 1970.

<sup>23</sup> KANT 1781, 1787, 759, 731, nt. 562.

<sup>24</sup> Cfr., in analogo ordine di idee ancora centocinquant'anni più tardi, anche ARNOLD 1935, 216: «ogni tentativo di definire questa parola ci conduce in un labirinto di letteratura metafisica, più vasto forse di quanti abbiano mai circondato alcun altro simbolo nella storia del mondo».

e trovare quindi una unica definizione corretta, come se esistesse un unico uso vero e appropriato»<sup>25</sup>, l'operazione non parrebbe mai approdata a un porto sicuro e soprattutto stabile. *Au contraire*, proprio l'insuccesso sembrerebbe ormai da lungo tempo percepito da molti cultori della scienza giuridica come un fatale scherzo del destino, da patire con docile rassegnazione *bis ans Ende der Welt*<sup>26</sup>.

Il risultato di tale *impasse* sul piano conoscitivo – dal canto suo – parrebbe tanto chiaro quanto inesorabile: se non è chiaro *cosa* si vuole studiare, ovviamente, dal punto di vista logico sarà impossibile ragionare in modo univoco sul *come* studiarlo. *Ergo*, la necessità (ed entro certi limiti pure l'utilità) di moltiplicare, insieme ai concetti di “diritto”, anche i relativi metodi d'indagine. Come osserva Paolo Comanducci, insomma, «non può esistere un unico approccio epistemologico per accostarsi al fenomeno giuridico. Vi sono invece vari approcci, tutti, in qualche senso, adeguati»<sup>27</sup>.

Sì, tutto vero. E non sarò certamente io a negarlo se sono ormai svariati anni che insisto sull'inutilità di «iniziare una disputa sul *vero* concetto di diritto (e/o) di diritto costituzionale) da eleggere a oggetto delle proprie indagini»<sup>28</sup>, ammettendo che questo inevitabilmente condizioni le modalità con cui poi gli studiosi di diverse aree disciplinari (filosofo, sociologo, giurista eccetera) o anche gli studiosi della medesima area, ma di differente impostazione (giuspositivisti, giusnaturalisti, giusrealisti eccetera), ricostruiscono il fenomeno giuridico nei suoi elementi costitutivi<sup>29</sup>.

Dunque, una pluralità di possibili *concezioni* del *concetto* di diritto<sup>30</sup> – o, volendo rendere la questione sul piano linguistico, una pluralità di significati eterogenei concretamente associati al vocabolo “diritto” – nessuna “vera” o “falsa” in senso assoluto, ma tutte ugualmente relative, a ciascuna delle quali corrisponderebbe poi un diverso, e altrettanto relativo, metodo d'analisi<sup>31</sup>. Da qui la necessità *logica e pratica* per ciascuno di scegliere il “proprio” diritto<sup>32</sup>, e con esso il proprio ruolo

<sup>25</sup> HART 1967, 13.

<sup>26</sup> Cfr., emblematicamente, RADIN 1938, 1145: «Quelli che di noi hanno imparato ad essere umili hanno abbandonato ormai ogni tentativo di definire il diritto».

<sup>27</sup> COMANDUCCI 2008, 425.

<sup>28</sup> Così VIGNUDELLI 2012a, 1, e VIGNUDELLI 2013a, 36. Cfr. anche, in senso analogo, VIGNUDELLI 2014b, 1031: «Ci sono [...] “in cielo e in terra” molti più fenomeni direttamente o indirettamente “normativi” di quanti non ne possa sognare un'unica filosofia ed essendoci spazio per tutti non sembrerebbe davvero valer la pena d'imbarcarsi in feroci crociate per la liberazione d'un immaginario Santo Sepolcro del Diritto».

<sup>29</sup> L'osservazione effettuata in testo si presta peraltro ad essere almeno in parte riferita anche ai giuristi che condividano la medesima impostazione di fondo (ad esempio, giuspositivista), ma che si occupino di materie giuridiche diverse. Ci sarebbe insomma un approccio (epistemologico) differente al fenomeno giuridico pure tra i costituzionalisti e i civilisti, tra i penalisti e gli amministrativisti e via enumerando. In questo senso cfr. WINKLER 2014, 15 ss.).

<sup>30</sup> Per la differenza tra “concetti” e “concezioni” è d'obbligo il riferimento a RAWLS 1971, 25 ss.

<sup>31</sup> Come giustamente osserva VILLA 2004, 109, infatti, «l'assunzione di un metodo, in scienza come in filosofia, dipende in modo rilevante dal tipo di configurazione che viene data di ciò che rappresenta l'oggetto di carattere metodologico». Ma vedi già assai prima lo stesso WEBER 1922, 249: «in ogni lavoro professionale [...] l'oggetto in quanto tale reclama il proprio diritto, e dev'essere affrontato in base alle sue leggi».

Circa l'ovvio rilievo che anche il “mio” approccio al diritto, di stampo giuspositivista, non sarebbe il solo utilmente concepibile vedi peraltro VIGNUDELLI 2012b, 551, e VIGNUDELLI 2013b, 89 s.: «A scanso d'equivoci, è questo modo di concepire il diritto l'*unico* modo (o l'unico modo *fecondo*) di concettualizzarlo? Certamente no. Non nego vi siano altri modi d'analizzare il fenomeno giuridico in senso ampio, e non nego – ad esempio – che anche giusnaturalismo e giusrealismo abbiano qualcosa di significativo da dire in proposito, con importanti conseguenze pure sul piano della relativa teoria dell'interpretazione».

<sup>32</sup> Cfr. in proposito le riflessioni articolate da IRTI 2011, *passim*, ma part. 44 e ora riprese in PEDRINI 2015, 167: «Ciascuno di noi [...] non si trova in un diritto, ma sceglie il proprio diritto. Ossia sceglie la fonte “legittimante” un certo insieme di norme, alle quali decide di prestare obbedienza: fonte religiosa, o tradizionale e dinastica, o democratica ed elettiva. Nessuno può sostituirci nella scelta della “Grundnorm”, cioè di quel “Dio” weberiano, che assumiamo come dominatore del nostro cammino terreno. Una volta compiuta la scelta, non rimane che interpretare e applicare le “nostre” norme. Dietro il rifiuto di un metodo, o del metodo, si cela sempre la volontà di altro e diverso diritto. Scegliendo la

come studioso di quel diritto<sup>33</sup>, nonché la conseguente necessità *scientifica* di esplicitare tali scelte con espresse definizioni esplicative<sup>34</sup>, assegnando così anche un significato preciso e tecnico alla parola “diritto”<sup>35</sup>. Per dirla con Max Weber, infatti, «non è mai possibile proibire ad alcuno l’uso di un termine; si possono, in ultima analisi, evitare possibili fraintendimenti»<sup>36</sup>.

Anche qui, tutto vero. Ma non tutto qui.

Il fatto che il concetto di “diritto” possa ascriversi al novero di quelli che «inevitabilmente portano a infinite dispute tra chi li usa sul modo appropriato di adoperarli»<sup>37</sup>, insomma, suggerisce senz’altro d’acquisire consapevolezza circa la *relatività* di ciascuna specifica *concezione* del fenomeno giuridico. “Relatività”, tuttavia, non significa affatto automaticamente *sogettività* – che è soltanto uno specifico sottotipo di relatività: la relatività al singolo soggetto – e tantomeno implica l’*incommensurabilità*<sup>38</sup> tra e l’*equivalenza* di tutto ciò che è relativo<sup>39</sup>.

“Grundnorm”, e soggiacendo a tutte le leggi che da essa siano ricavabili, noi compiamo un processo di oggettivazione; e perciò il diritto, quel dato e concreto diritto, ci sta dinanzi – diremo con Gentile – come un volere già voluto, reso quasi estraneo alla nostra volontà, e suscettivo di analisi e studio e sistemazione concettuale».

<sup>33</sup> Cfr. ancora IRTI 2009, 9 s.: «la domanda sul significato giuridico dei fatti si risolve così nella *domanda sulla mia posizione di giurista*, sulla mia concezione o filosofia del diritto. Affinché il mio sguardo afferri il significato giuridico dei fatti, è necessario che esso sia già orientato secondo una prospettiva di diritto. Il significato giuridico dei fatti dipende dal mio sguardo giuridificante».

<sup>34</sup> V. SCARPELLI 1948, 89: «non ha senso discutere di un concetto, senza averlo previamente definito con la massima precisione. Non si può affermare la verità o la falsità di un asserto, senza avere specificato con esattezza il senso di esso, e soprattutto il senso da attribuirsi alla prova della verità o falsità del medesimo. Non si può discutere di un problema, finché resta un problema privo di un contenuto ben determinato. Il linguaggio comune, naturalmente, è ricco di ambiguità e di vaghezze, e ridurlo a rigor logico sarebbe impresa arduissima; ma, almeno, si tratta di impedire che tale ambiguità si rinnovi nel linguaggio scientifico, e, soprattutto, che le parole vengano introdotte in un sistema di linguaggio scientifico, serbando a tradimento il significato che loro viene dal modo in cui sono utilizzate in altro sistema, o nel linguaggio comune».

<sup>35</sup> Cfr. in tal senso il pionieristico contributo di WILLIAMS 1945.

<sup>36</sup> WEBER 1922, 292. In argomento cfr. anche SARTORI 1975, 133: «lo sfavore delle definizioni è davvero difficile da giustificare. Quando un autore evita di definire i suoi termini chiave, la probabilità è che la sua discussione verta sulla *parola*, non sul *concetto*. E in tal caso egli si espone, *inter alia*, al rischio di modificare i suoi significati nel corso della sua argomentazione. Questo non è un rischio da poco, a giudicare dal fatto che l’“incoerenza di significato” – l’errore di usare la stessa parola con significati diversi (fallacia dell’equivocazione) – è la più denunciata di tutte le fallacie».

<sup>37</sup> Secondo la definizione di ‘concetti essenzialmente contestati’ di GALLIE 1956, 169.

<sup>38</sup> Cfr. sul punto POPPER 1994, 57-59: «Una delle componenti del moderno irrazionalismo è il relativismo (la dottrina secondo cui la verità è relativa al nostro ambiente intellettuale, ambiente che si suppone determini in qualche modo la cornice all’interno della quale siamo in grado di pensare: che la verità possa cambiare da una cornice all’altra), e, in particolare, la dottrina che sostiene l’impossibilità della reciproca comprensione fra differenti culture, generazioni, o periodi storici – anche all’interno della scienza, e persino della fisica. [...] Il mito della cornice: una storia falsa ampiamente accettata, in particolare in Germania. Da qui ha invaso l’America, nella quale si è diffusa fra quasi tutti gli intellettuali, formando lo sfondo di alcune delle più fiorenti scuole filosofiche. È possibile formulare il mito della cornice in una sola frase nel modo seguente. Una discussione razionale e feconda è impossibile a meno che i partecipanti non condividano una cornice comune di assunzioni di base, o non concordino almeno su una tale cornice per il bene della discussione. [...] Per cornice intendo qui un insieme di assunzioni di base o di principi fondamentali – vale a dire, una cornice intellettuale».

<sup>39</sup> Cfr. già VIGNUDELLI 2014a, 214, dove si osservava come la compresenza di più possibili concetti di diritto «naturalmente non implica la necessità di ritenere tutte le prospettive di studio del fenomeno giuridico e dell’interpretazione dei documenti normativi come *parimenti feconde, ugualmente funzionali* al dato fine (descrittivo o pratico), e neppure *comparabilmente coerenti* con quel che si vede (e si ritiene rilevante) nel “mondo del diritto” (inteso qui in senso volutamente generico). A favore dell’una o dell’altra teoria, infatti, si potrà sempre *argomentare* in modo più o meno convincente mostrandone i pregi (o evidenziando le difficoltà di quelle contrapposte), la maggior funzionalità, la più consistente capacità esplicativa delle dinamiche rilevanti eccetera. Anche a essere d’accordo col Nietzsche delle

Individuato il problema, conviene dunque riflettere su come districarsi nel modo più sensato all'interno del ginepraio.

#### 4. *Il vademecum di Adamo*

Si osservava pocanzi come la sopraccennata situazione di stallo imponga certamente e prima di tutto d'esplicitare cosa s'intenda per "diritto" nel proprio percorso d'analisi. Detto altrimenti, per esigenza di chiarezza bisogna necessariamente e preliminarmente definire il "diritto" *de quo agitur*.

Un modo pratico per cavarsi d'impiccio parrebbe quello di *stipulare* il significato che si vuol assegnare alla parola nei discorsi a venire. Lettori e interlocutori sono così formalmente avvisati e possono decidere fin da subito se valga la pena d'impegnarsi in studi e/o discussioni che si dovranno a quel punto svolgere esclusivamente all'interno del perimetro semantico in tal modo (unilateralmente) "pattuito". *In parte qua siamo astrattamente nel mondo di Humpty Dumpty*.

Ma le cose, anche intuitivamente, *in concreto* non sono così semplici. Nessuno di noi, se vuol essere preso sul serio, gode più *davvero* di quell'assoluta e primigenia "libertà onomastica" descritta nel Libro (*Genesi*, 2, 19 s.) per il tempo in cui «L'uomo diede dei nomi a tutto il bestiame, agli uccelli del cielo e ad ogni animale dei campi»<sup>40</sup>.

Non c'è bisogno d'accedere alla credenza per cui *nomina sunt omina*, infatti, per concedere che certi termini (e non altri) sono ormai *storicamente* associati a certe cose e/o a certi fenomeni (e non ad altre/i) e viceversa. E il rilievo vale massimamente per quei nomi, tra cui rientrano a pieno titolo quello di "diritto" e i suoi derivati, di più antico conio e risalente tradizione, rispetto ai quali

«i significati non sono stipulazioni arbitrarie, ma *memoria di esperienze e sperimentazioni passate*. La maggior parte dei nostri concetti politici si è formata e ha acquisito il suo significato attraverso una sorta di lotta per la sopravvivenza dei più adatti. Termini come 'potere', 'autorità', 'violenza', 'coercizione', 'legge', 'costituzione', 'libertà', ecc. [...] riflettono esperienze, interazioni comportamentali e percezioni risultanti dall'apprendimento storico. Essi sono, per così dire, *promemoria esistenziali*»<sup>41</sup>.

*Considerazioni inattuali* secondo cui i fatti sarebbero sempre "stupidi" e solo le teorie potrebbero viceversa essere "intelligenti", insomma, questo parrebbe ben lungi dal rendere *tutte* le teorie intelligenti, e neppure intelligenti *nella stessa misura*.

<sup>40</sup> Cfr. SCARPELLI 1971, 568: «A certe condizioni i significati sono quelli che sono ed i procedimenti di trasformazione delle proposizioni devono essere quelli che devono essere; e chi non riconosce quei significati e non si attiene a quei procedimenti riesce soltanto a fare la figura del pazzo o dello stravagante. I segni, del resto, e fra essi i sistemi più complessi di segni, i linguaggi, assolvono in misure che sono spesso pragmaticamente soddisfacenti le funzioni della comunicazione e della costruzione logica del mondo, e tali funzioni non possono essere spiegate da posizioni strettamente humptydumplane. Come possiamo identificare quelle posizioni? Pressoché tutta la filosofia del linguaggio contemporanea, pur nella molteplicità delle sue prospettive ed articolazioni, è volta ad una concezione del linguaggio come uso. Che un segno è significativo significa che viene usato, cioè prodotto e ricevuto, in certe relazioni con altri segni e con enti non segnici, e le disposizioni ad usare il segno sono connesse, non soltanto al suo aspetto materiale, ma alle relazioni di cui è portatore. La natura del significato rende possibile, come gioco logico, il gioco di Humpty Dumpty: ognuno può divertirsi a cambiare con un suo comando, nell'ambito in cui il comando ha effetto, le relazioni costitutive del significato di un segno e mutare ed inventare sistemi di relazioni. Ma nella realtà dei rapporti sociali le relazioni segniche non dipendono da comandi individuali, bensì da regolarità e regole, su basi fisiche e biologiche, consuetudinarie e convenzionali».

<sup>41</sup> SARTORI 1975, 92.

Il novello Adamo del “diritto” che pensasse di prescindere del tutto da tale progresso nella sua attività “palin-battista”, dunque, si condannerebbe da solo al più sterile dei monologhi. *Stipulare*, insomma, non basta a risolvere i nostri problemi. Bisogna infatti anche stipulare *bene*, cioè – daccapo – occorre stipulare *correttamente*.

Quale può essere però il criterio per stabilire se una stipulazione è “buona” o “corretta”? In assenza di quello della *verità* – giacché purtroppo, per loro natura, le stipulazioni sono strumenti privi di valori aletici –, s’è soliti indicare a tale scopo il valore dell’*utilità*<sup>42</sup>. Il quale ultimo, tuttavia, se non adeguatamente specificato sotto il profilo oggettivo (utile *a cosa?*), ha la disgrazia di rimanere un antidoto troppo debole contro la potenziale arbitrarietà insita in ogni stipulazione.

Si tratta allora d’individuare una serie di condizioni più specifiche, idonee non soltanto a fungere da indicatori *quantitativi* del *grado* di utilità d’una stipulazione, ma anche e soprattutto a costituire un *vademecum* tascabile che consenta di distinguere preliminarmente sotto il profilo *qualitativo* le stipulazioni *oneste* da quelle *ingannevoli*. Un confronto *razionale* e non meramente *retorico* tra stipulazioni concorrenti, che soppesi le argomentazioni di supporto al fine di vagliare l’*utilità oggettiva* della proposta, invero, parrebbe proficuamente effettuabile soltanto tra entità (qualitativamente) *omogenee*, cioè tra stipulazioni entrambe *leali*<sup>43</sup>.

#### 4.1. *Stipulare, denominare, (ri-)definire*

Il primo requisito in tal senso è quello dell’*indole autenticamente esplicativa* della stipulazione. Una stipulazione corretta non si limita a *battezzare liberamente* qualcosa<sup>44</sup>, ma la *definisce*: «‘Definire’ qui non designa la scelta arbitraria di un segno verbale ma un’operazione che, pur appartenendo al piano del linguaggio, va oltre il denominare, in quanto ricava la descrizione di un fatto (*definiendum*) da quella di un altro (*definiens*): il che suppone una comunanza di elementi»<sup>45</sup>.

Messo in rapporto con quanto s’annotava poche righe più sopra a proposito del vincolo esercitato dal “*curriculum vitae*” delle parole, ciò impone anzitutto un’accurata ricostruzione della storia del relativo concetto.

«La ricostruzione concettuale è una terapia necessaria considerato lo stato di caos in cui versano le scienze sociali. In più, aiuta lo studioso a decidere cosa fare e come muoversi autonomamente. Senza una ricostruzione che preceda la costruzione, egli non soltanto rischia di perdere tempo ed energie nello scoprire qualcosa di già scoperto, ma anche di aggiungere un “cinquantunesimo significato” ad altri cinquanta significati preesistenti, aggiungendo, nel migliore dei casi, profusione a confusione»<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Cfr., ad esempio, PINO 2013, 364: «una stipulazione non ha valori di verità: non può essere confutata in quanto falsa, proprio perché non mira a descrivere la realtà. Tuttavia, una definizione stipulativa può comunque essere valutata sotto il profilo della sua maggiore o minore utilità, adeguatezza a fini teorico-esplicativi, e così via. E ad una stipulazione se ne può sempre contrapporre un’altra, se quest’ultima può rivelarsi più utile, più adeguata a fini teorico-esplicativi, e così via».

<sup>43</sup> Pure le stipulazioni sleali – a voler essere completi – possono risultare a loro volta *utili*, ma soltanto da un punto di vista *soggettivo*, a chi da esse trae profitto. Ma non si vede come tal genere di utilità possa rilevare dal punto di vista scientifico.

<sup>44</sup> V. sul punto CORDERO 2008, 141: «talvolta bisogna definire una parola ossia dire cosa significa o, in altri termini, in base a quale regola la dobbiamo usare. Ci sono molti metodi per farlo. In astratto, tutti si equivalgono, essendo ciascuno arbitrario, ma ciò non toglie che alcuni siano preferibili dal punto di vista di certe regole operative che semplificano il discorso, accrescono la possibilità di intendersi e sviluppano il nostro potere di analisi».

<sup>45</sup> CORDERO 2008, 143.

<sup>46</sup> SARTORI 1984, 184-185.

Laddove dunque le parole non siano di nuova creazione, bensì abbiano già una cornice di significato preesistente, è (tendenzialmente *solo*) *all'interno* di quest'ultima che vanno elaborate le stipulazioni. Detto altrimenti, quando – invece di coniarne uno *ex novo* – si scelga d'utilizzare un termine (o un sintagma) con un “trascorso”, quest'ultimo viene a rappresentare per le stipulazioni una sorta di “recinto prudenziale”<sup>47</sup>. In tal caso, infatti, mentre dal punto di vista metodologico le c.d. *ridefinizioni* – che si limitano a eliminare le ambiguità o a ridurre la vaghezza della cornice di significati già riscontrabili – vanno benissimo ed anzi sono spesso opportune, le c.d. *stipulazioni pure* – le quali viceversa assegnano a una parola non nuova un significato del tutto nuovo – costituiscono un'operazione metodologicamente opinabile e scientificamente pure un tantino sospetta<sup>48</sup>.

Per chiarire tale regola astratta con un esempio un po' paradossale, che senso avrebbe mai utilizzare la parola “diritto” (a) per designare quell'animale fantastico dal corpo di cavallo, barba da caprone, coda leonina, zampe pelose, zoccoli bovini e un corno in fronte già individuato dai termini “unicorno”, “liocorno” e “alicorno” o anche solo (b) associandola (sempre la parola “diritto”) a un nuovo elemento della tavola periodica di Mendeleev<sup>49</sup>?

Né gli esempi di siffatto modo di procedere sono soltanto di fantasia. Volendo citarne uno altrettanto concreto ma decisamente meno ipotetico all'interno dei discorsi che più da vicino ci interessano, valga il tentativo talora effettuato in seno a certa filosofia del diritto di “revisionare” il concetto di “diritto positivo” in un senso di fatto opposto a quello espresso storicamente da tale sintagma.

Riassumiamo i termini della *pièce*. La formula “diritto positivo” – com'è noto – nasce in epoca medievale<sup>50</sup> e continua ad essere utilizzata anche in séguito soprattutto in ambito *giuspositivistico*, in *espresa contrapposizione polemica col giusnaturalismo*, per indicare «il sistema coerente e completo delle leggi “volute dallo Stato” monopolista della forza»<sup>51</sup>. Questo però non impedisce a uno studioso autorevole come Francesco Viola di sostenere come «la prima nozione che deve essere interessata dal

<sup>47</sup> Cfr. SARTORI 1984, 173: «con la ricostruzione scaviamo nella storia di un concetto (se si tratta di un concetto antico) e valutiamo quale sia il suo attuale stato nella letteratura. Con la formazione, invece, formuliamo il *nostro* concetto o, si spera, un concetto migliorato».

<sup>48</sup> Per la terminologia evocata cfr. GUASTINI 2004, 43: «In seno alle definizioni stipulative, si può ulteriormente distinguere tra stipulazioni in senso stretto e ridefinizioni. 2.1. *Stipulazioni pure*. Costituisce stipulazione pura, o stipulazione in senso stretto, l'attribuzione ad un vocabolo o sintagma di un significato nuovo, che non trova alcun riscontro negli usi linguistici preesistenti, come pure l'attribuzione di un significato ad un vocabolo o sintagma di nuovo conio. 2.2. *Ridefinizioni*. Tutti (o quasi tutti) i vocaboli e sintagmi di uso comune hanno un significato impreciso: sono (spesso) ambigui e (sempre) vaghi. Ebbene, costituisce ridefinizione l'attribuzione ad un vocabolo o sintagma in uso di un significato non ambiguo e/o meno vago. La ridefinizione, in altre parole, non si allontana completamente dagli usi linguistici effettivi, ma ne elimina l'ambiguità e/o ne riduce la vaghezza».

<sup>49</sup> Nel nostro esempio abbiamo un termine antico (“diritto”) che nel primo caso viene associato a una “cosa” già denominata (unicorno), mentre nel secondo è utilizzato per indicare una cosa “nuova” (l'ipotetico elemento 119 della tavola periodica). In entrambe le ipotesi c'è qualcosa che non quadra, anche solo intuitivamente.

Proviamo allora a spiegare questo senso di disagio in modo un poco più analitico. Nel primo caso, giacché esistono già dei termini (“unicorno”, “liocorno” e “alicorno”) associati alla “cosa” che si vuol indicare, creare ulteriori sinonimi parrebbe decisamente uno “spreco di parole”. Nel secondo caso, invece, la stipulazione sembrerebbe infelice proprio perché, essendo la “cosa” (l'ipotetico elemento 119 della tavola periodica) del tutto nuova e non ancora denominata, utilizzare a tal fine una parola che già possiede un (diverso) significato si configura come il vizio opposto al precedente, vale a dire come una deprecabile “tirchieria verbale”. In ambedue i casi, infine, si finisce comunque per rendere ancor più ambigua la parola “diritto”, associandole significati ulteriori rispetto a quelli che essa già possiede nel linguaggio comune, dunque generando inevitabilmente ulteriore confusione.

<sup>50</sup> Cfr. BOBBIO 1996, 7 ss.

<sup>51</sup> CHIASSONI 2013, 10, dove pure (*ivi*, 11) si precisa come «ancora presso i giuristi continentali odierni, questo “positivismo giuridico” è “il” positivismo giuridico per antonomasia».

processo di revisione della problematica filosofico-giuridica è quella di “diritto positivo”<sup>52</sup>, e d’affermare di lì appresso d’essere «personalmente convinto che non vi sia altro diritto che quello positivo, eppure [di sentirsi] più vicino, proprio per quanto riguarda l’approccio al diritto e la teoria, ai giusnaturalisti che ai giuspositivisti»<sup>53</sup>.

Ebbene, qui non si tratta più di *precisare* un concetto riducendone l’ambiguità o la vaghezza e dunque operando una *ridefinizione* pur sempre all’interno del perimetro semantico “natale”, ma di *stravolgerlo* con una *stipulazione pura* dichiaratamente *antitetica* rispetto al significato originario della relativa locuzione.

Una volta, per svuotare concetti come “democrazia” o “libertà”, s’aggiungevano aggettivi come “popolare” o “sostanziale”. Oggi invece l’espressione chiave è “ridefinire”. L’effetto, tuttavia, è il medesimo che si otteneva con le citate *weasel words*:

«come una donnola [*weasel*] è apparentemente capace di svuotare un uovo senza lasciare un segno visibile, così queste parole possono privare di contenuto qualsiasi termine al quale sono applicate, lasciandolo apparentemente intatto. Una “*weasel word*” è usata per togliere i denti a un concetto che si è costretti a usare, ma dal quale si desidera eliminare tutte le implicazioni che mettono in discussione le proprie premesse ideologiche»<sup>54</sup>.

A scanso di equivoci, naturalmente in questa sede non è in questione la possibilità – e magari pure l’utilità per i fini che la ricerca giusfilosofica via via individui come propri – d’implementare un nuovo approccio al fenomeno giuridico, se così si desidera, anche distante da quello giuspositivistico (originario) e con esso anche una nuova stipulazione rispetto al “diritto”. Quel che metodologicamente si contesta è solo il *mezzo* prescelto a tale fine, vale a dire il (fastidioso) tentativo di (indebito) sfruttamento della “rendita di posizione” storicamente acquisita – non certo per mere simpatie *lessicali*, ma sul presupposto di ben precisi contenuti *concettuali* – dalla nozione di “diritto *positivo*”.

Né la vicenda può essere ridotta a semplice inconveniente terminologico, giacché in questo caso la scelta *formale* operata sul piano linguistico rinvia a una precisa *sostanza* teorica sul piano delle idee. Per dirla una volta ancora ottimamente con Giovanni Sartori, insomma,

«tutto ciò che sappiamo è mediato da un linguaggio, e più precisamente dal linguaggio attraverso il quale lo conosciamo. E se il linguaggio è lo strumento *sine qua non* del sapere, chi cerca il sapere ne dovrebbe controllare lo strumento. Un linguaggio sbagliato produce un pensare sbagliato; e un pensare sbagliato è dannoso per tutto ciò che il ricercatore farà in seguito»<sup>55</sup>.

#### 4.2. *Inclusività vs. selettività (ovvero: le stipulazioni tra Scilla e Cariddi)*

Il secondo requisito sovente ricordato come proprio del corretto stipulare è che non si *abusi* del “potere selettivo”, implicito e anzi necessario per ogni ridefinizione, procedendo in modo *arbitrariamente restrittivo*. La stipulazione, insomma, può certamente servire come un “rastrello” che seleziona

<sup>52</sup> VIOLA 1990, 107.

<sup>53</sup> VIOLA 1990, 110. Affermazione ripresa anche *ivi*, 133: «per mio conto vorrei partire dall’affermazione apparentemente giuspositivistica “tutto il diritto è diritto positivo” per mostrare come essa possa essere difesa in un’ottica giusnaturalistica».

<sup>54</sup> VON HAYEK 1988, 191.

<sup>55</sup> SARTORI 1984, 143.

in concreto soltanto alcuni tra i dati disponibili in astratto, ma non dovrebbe mai divenire una “man-naia” che stronchi *a priori* ogni possibile e valida alternativa.

Ciò, tuttavia, non significa *affatto* che una definizione è tanto migliore quanto più è ampia e inclusiva. Se inteso seriamente, invero, tale requisito suggerisce sì d’essere il più possibile parsimoniosi con le definizioni, soltanto però nella misura in cui esse continuino a essere *chiaramente individuabili* nei loro elementi costitutivi e *oggettivamente adeguate* rispetto alle necessità della disciplina all’interno della quale si muove lo stipulante.

Le stipulazioni *sfuggenti* od *oscure* e quelle *strutturalmente inefficaci* rispetto alle citate esigenze, infatti, non solo parrebbero strumenti intrinsecamente privi d’ogni utilità operativa, ma si sono sin troppo spesso trasformate in comode scorciatoie dialettiche per giungere alle conclusioni più varie e tuttavia prive di alcuna reale consequenzialità (= necessità logica) in rapporto alle premesse teoriche e ai dati d’esperienza.

Insomma,

«quando ci viene consigliato di evitare di impantanarci nelle definizioni, in realtà si vuole mettere in guardia contro la *chiusura prematura* e, in particolare, la chiusura prematura causata dalla “*riduzione* di significato derivante dalla definizione in senso stretto” (KAPLAN 1964, 70-73). Tuttavia, se per la scienza (o progresso scientifico) *nel suo insieme* la “chiusura prematura” è dannosa, per il singolo studioso giocare con l’“indefinitezza” è un errore che ha peggiorato, non migliorato, lo stato di salute delle scienze sociali<sup>56</sup>. Ancóra in altre parole, «le definizioni diventano quindi un problema solo quando ci inducono a risolvere i nostri problemi empirici, o le nostre questioni di fatto, *per definizione*. Ma l’errore di “risolvere” i problemi empirici per definizione non deve essere rettificato dal contro-errore di sbarazzarsi di qualsiasi definizione»<sup>57</sup>.

Proprio questa, del resto, parrebbe essere la ragione del sospetto – per non dire della sufficienza – con cui generalmente i giuristi guardano a quasi tutte le definizioni del “diritto” proposte in seno alle discipline filosofiche che studiano questo fenomeno<sup>58</sup>.

E non solo, a ben vedere, alle stipulazioni introdotte da quella che Norberto Bobbio<sup>59</sup> evocativamente chiamava la “filosofia del diritto *dei filosofi*”, con essa intendendo una complessiva concezione del mondo per così dire “imposta” al diritto “dall’alto”, all’interno della quale (concezione) il diritto s’inseriva come *uno dei tanti* elementi, spesso ancillare rispetto al più ampio “sistema di concetti”. La tendenziale incomunicabilità tra giurista e filosofo, invero, s’estende ancor oggi anche a larghe frange della c.d. “filosofia del diritto *dei giuristi*”, sia pure per ragioni diverse.

Esaminiamo a titolo d’esempio le ipotesi salienti delle due tipologie di stipulazione giusfilosofica.

La filosofia del diritto dei filosofi, e con essa le sue stipulazioni circa il “diritto”, ivi compreso quello “positivo”, suscita tipicamente l’indifferenza o addirittura l’ostilità del giurista perché è da questi percepita come il tentativo da parte di non professionisti del fenomeno giuridico d’imporre a quest’ultimo – plasmandone il concetto con piglio “deduttivo” – il “corpo estraneo” costituito dalle proprie idee massimamente generali sul mondo.

<sup>56</sup> SARTORI 1975, 133.

<sup>57</sup> SARTORI 1975, 133.

<sup>58</sup> V. JORI, PINTORE 1995, 35: «i giuristi positivi contemporanei tendono a vedere questo concetto [il concetto di “diritto”, *n.d.a.*] con sfavore (che essi esprimono dicendo che è un concetto filosofico e non giuridico), perché presuppongono che il diritto e lo studio del diritto *positivo* non abbiano bisogno alcuno di concetti di diritto, perché il diritto viene individuato da norme giuridiche positive, non da concetti filosofici».

<sup>59</sup> BOBBIO 1972, 43-46.

Ne costituisce oggi il paradigma verosimilmente più significativo l'assai generica definizione del "diritto" (positivo) in termini d'insieme di "ragioni per l'azione"<sup>60</sup> o di "pratica sociale"<sup>61</sup> rivolta alla "giusta soluzione dei conflitti"<sup>62</sup> o addirittura del "ben vivere"<sup>63</sup> che l'ermeneutica giuridica pretenderebbe di derivare dall'ermeneutica generale<sup>64</sup>, con particolare riferimento all'approccio filosofico "ontologico-esistenzialista" di Heidegger e Gadamer<sup>65</sup>.

Non parrebbe un caso allora se gli epigoni in ambito giuridico di questi nobili padri filosofici – troppo spesso, del resto, chiamati in causa assai oltre le loro dirette "responsabilità"<sup>66</sup> – hanno finito per generare anche in giuristi dall'indiscussa sensibilità culturale e dall'ampia proiezione filosofica la (sgradevole) impressione d'esser di fronte soltanto ad una «*philosophia pigrorum*, al comodo schermo di "pregiudizi" e "precomprensioni", in cui può nobilitarsi qualsiasi decisione giuridica. Il gergo dell'ermeneutica gadameriana si offre docilmente a ogni uso, rifiuta tutti i problemi o, meglio, li anega nell'indistinta "fusione di orizzonti", in cui il piccolo io può sempre recitare una qualche parte»<sup>67</sup>.

Niente di tutto ciò, invero, parrebbe succedere con la filosofia del diritto dei giuristi, la quale è stata sviluppata in ambito analitico da filosofi per lo più essi stessi esperti nel diritto positivo e che programmaticamente si muove per via induttiva a partire da problemi generatisi in seno alla stessa comunità dei giuristi.

Il "guaio" di tale approccio filosofico al diritto, semmai, è che sovente esso non fornisce affatto ai giuristi gli strumenti idonei a implementare un concetto di diritto *coerente* con le *loro* – degli stessi giuristi – premesse e assunzioni relative al diritto positivo, vale a dire con ciò che i giuristi *si prefiggono e pensano di fare* quando parlano, scrivono (di) o anche solo si riferiscono al "diritto".

Viceversa, tanta parte della filosofia del diritto dei giuristi contemporanea tipicamente si limita a descrivere, chiamandolo 'diritto', tutto ciò che i giuristi concretamente *fanno* – a prescindere dalla coerenza e dalla congruenza dei relativi comportamenti – nella loro attività di riformulazione degli enunciati legislativi. La sua principale assunzione di fondo, infatti, parrebbe essere quella secondo cui il diritto sia *costituito* in senso forte dal comportamento discorsivo dei giuristi, ed in particolare dei giudici (analogamente a come la filosofia verrebbe, secondo alcuni, ad esaurirsi nel contenuto dei discorsi dei filosofi, la fisica nei discorsi dei fisici e così avanti).

È questo, ad esempio, l'approdo "realistico" proprio di una parte significativa della filosofia e della teoria analitica del diritto italiana, la quale, sulle orme di Tarello, finisce per descrivere assai più la *scienza*

<sup>60</sup> Cfr. VIOLA, ZACCARIA 2003.

<sup>61</sup> V. VIOLA 1990.

<sup>62</sup> Cfr. VIOLA, ZACCARIA 2004, *passim*, ma part. 409 ss.

<sup>63</sup> Cfr. VIOLA 1989, 25: «se il diritto dice riferimento alla società nel senso che contribuisce a dare ad essa stabilità e a renderla luogo di realizzazione dei fini dell'uomo, vuol dire che la sua funzione primaria non è quella di salvaguardare un regime politico o di mettersi al servizio dei fini dello Stato, ma quella di rendere possibile ai singoli individui il ben vivere. La ragion d'essere del diritto è quella di contribuire ad assicurare tutte le condizioni di cui ha bisogno l'uomo per vivere bene».

<sup>64</sup> Per una riflessione critica sui problemi connessi all'importazione degli elementi costitutivi dell'ermeneutica filosofica in ambito giuridico rinvio a VIGNUDELLI 2011, cap. 2, part. 401 ss.

<sup>65</sup> Sul punto v. ZACCARIA 1984 e, più recentemente, BENEDETTI 2014.

<sup>66</sup> Cfr. infatti significativamente GADAMER 2001, 11: «quando penso all'enorme diffusione che ha avuto il mio insegnamento nel campo della giurisprudenza, rimango sempre sorpreso. Mai avrei immaginato che il mio pensiero potesse trovare tanta eco presso i giuristi, dando luogo a degli sviluppi che oggi spesso mi sfuggono per la loro complessità, e che non sempre hanno qualcosa a che fare col mio pensiero. In tal senso ho l'impressione che non vi sia alcun linguaggio che esaurisce la possibilità del dire. Non solo: una volta consegnata alla scena su cui viene pronunciata, la parola prende strade diversissime, trasformandosi a volte in falsa parola».

<sup>67</sup> IRTI 2011, 103 s.

*giuridica* (o la c.d. *dogmatica*) che non il *diritto*, dando così luogo a una *sociologia* del diritto, o per meglio dire a una particolare sociologia “giuristica”, “metagiuridica” o “metagiurisprudenziale”<sup>68</sup>.

Ma è anche il caso di tutti quegli approcci al fenomeno giuridico – pure talora proposti su sponda analitica – maggiormente “inclusivi” e latori di stipulazioni in cui, per dirla con Luigi Ferrajoli, «il diritto (ossia i discorsi del legislatore) è apertamente confuso, entro un unico oggetto o universo di discorso della teoria, con la giurisprudenza (i discorsi dei giuristi e degli altri operatori) e con la scienza del diritto»<sup>69</sup>. È questa la via attraverso cui si perviene a considerare rilevanti sul piano definitorio in termini di *input* (= come elementi rilevanti per il “diritto” in senso ampio) un “mix” massimamente fluido e in apparenza inestricabile di elementi e livelli discorsivi eterogenei, salvo poi anche qui rivelarsi tale intreccio invariabilmente sbilanciato sulla figura dei giudici in termini di *output* (= elementi rilevanti per il “diritto” in senso stretto)<sup>70</sup>.

Nel primo caso la stipulazione, più che descrivere il “diritto” *proprio dei* giuristi, si riferisce ad un “diritto” *fatto dai* giuristi, risultando sì sufficientemente precisa e selettiva sotto il profilo concettuale, ma al tempo stesso assai fuorviante, a partire dalla scelta di una rubrica che (con)fonde la scienza giuridica col suo oggetto (il diritto).

Nel secondo caso, invece, la stipulazione sul “diritto” se da un lato *appare* decisamente più “includente” e per principio non “riduzionista”, dall’altro lato si espone al duplice rischio, in alternativa: 1) o di rimanere perennemente ad uno stato troppo rarefatto e “gassoso” per raggiungere la soglia minima di chiarezza necessaria a svolgere un ruolo utile nelle analisi del giurista<sup>71</sup>; 2) o di recuperare surrettiziamente *in uscita* il riduzionismo che si era espressamente cercato di evitare *in entrata* nel momento in cui – spesso proprio per sopperire alla genericità (quando non addirittura all’inconcludenza) dei propri assunti di cui *sub* 1) – alla fine invariabilmente si indica il giudice come autorità “di chiusura” del sistema (sicché il difetto che si pensava uscito dalla porta rientra poi, quattro quattro, dalla finestra).

<sup>68</sup> Cfr. GUASTINI 2012, 39: «Tarello concepisce la filosofia del diritto come “metagiuridica”: con questo (sgradevole) aggettivo sostantivato egli si riferisce all’analisi linguistica, storiografica e sociologica delle dottrine dei giuristi. La metagiuridica, insomma, è quel che più comunemente si chiama meta-giurisprudenza». E cfr. ancora *ivi*, 41: «la teoria del diritto verte – malgrado il suo nome – non propriamente sul diritto, ma piuttosto sul discorso della dogmatica stessa». La medesima ricostruzione, con minime variazioni terminologiche, era già stata proposta precedentemente dall’A. in GUASTINI 1982, 6, e GUASTINI 1992, 292.

La concezione teorica di Tarello parrebbe peraltro essersi conservata intatta nella sostanza fino ai giorni nostri nelle frange “giusrealiste” della filosofia giuridica italiana, come attestato da GUASTINI 2014, 166, quando osserva come «il realismo giuridico [...] pretende di descrivere (o, meglio, ricostruire teoricamente) le pratiche interpretative dei giudici e dei giuristi: ciò che giudici e giuristi effettivamente fanno».

<sup>69</sup> Per dirla con FERRAJOLI 2004, 374, nt. 25.

<sup>70</sup> Questo tipo di approccio (e la relativa stipulazione) parrebbe, esplicitamente o implicitamente, seguito da una serie di autori, le cui basi teoriche non necessariamente coincidono in tutto e per tutto, salva la comune base costituita dall’approccio filosofico di taglio analitico.

Senz’alcuna pretesa di esaustività cfr. almeno BARBERIS 1990, CHIASSONI 2005, VILLA 1993, VILLA 1999, VILLA 2004 e 2012, PINO 2014a e 2016.

<sup>71</sup> Vizio rispetto al quale parrebbe sensato riportare il rilievo di SARTORI 1975, 141: «devo [...] anticipare l’obiezione per cui i fenomeni sono, in sé e per sé, senza limiti, continui e perennemente in flusso. Questo è stato detto prima da Eraclito ed è stato ripetuto innumerevoli volte nel corso dei millenni, ma senza nessuna conseguenza degna di nota per le nostre tecniche di ricerca o i nostri metodi di conoscenza. Naturalmente, sappiamo che la conoscenza deve essere non solo “statica”, ma anche “dinamica”. Inoltre, è innegabile che, come mai in passato, siamo in grado di far fronte ad una comprensione “continua” dei fenomeni, opposta ad una “discontinua”. Tuttavia, la premessa che la “realtà” è, in sé e per sé, uno stato di flusso non può in alcun modo avallare la conclusione che i nostri concetti debbano essere costruiti come un continuo senza confini».

### 5. Il “diritto” dei giuristi

Se si volesse indicare il principale problema comune alle stipulazioni ora ricordate – sviluppatasi in seno alla teoria e alla filosofia del diritto contemporanea e che talora affiorano (in tutto o in parte) anche nelle riflessioni più generali di alcuni giuristi –, esso parrebbe, in sintesi estrema, quello di puntare a descrivere molto più il fenomeno giuridico *nella sua complessità* che non l’ordinamento giuridico *in senso tecnico* al quale pensano i giuristi quando usano la parola “diritto”.

Così stando le cose, allora, la pungente annotazione di Riccardo Guastini secondo cui «di solito, della filosofia del diritto dei filosofi, i giuristi non sanno che farsene»<sup>72</sup> si potrebbe dunque forse provocatoriamente riferire pure a buona parte dell’attuale filosofia del diritto dei giuristi. Ma si tratterebbe probabilmente di un’estensione ingenerosa almeno quanto lo era il rilievo originario. Non parrebbe sussistere motivo, infatti, per negare un interesse (quanto meno possibile) del giurista a conoscere tutta una serie di “dimensioni” del fenomeno giuridico in senso lato – dalla filosofia della giustizia alla sociologia giuridica o giuristica – *ulteriori* rispetto a quella su cui egli professionalmente si concentra.

Altro però è sostenere che il giurista sarà culturalmente “più ricco” e giuridicamente “più completo” conoscendo *anche* queste dimensioni, indagabili a partire dalla relativa stipulazione di “diritto”<sup>73</sup>, altro è suggerire che egli debba rinunciare alla propria, magari alla luce d’una malintesa idea di interdisciplinarietà. Invero,

«svolgere indagini di altra disciplina significa condurle con la metodologia corrispondente e coltivare quindi quella disciplina. Se si pretendesse svolgerle con la finalità e la metodologia scelte per la propria ricerca, si retrocederebbe nella storia della scienza fino a negare o vanificare la autonomia disciplinare, e ridurla a una espressione meramente verbale»<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> GUASTINI 1994, 235 s.

<sup>73</sup> V. già BOBBIO 1955, 131: «è incredibile quanto sia difficile convincere uno studioso, seguace di un determinato metodo di lavoro, che altri studiosi, seguaci d’altri metodi, non sono nemici da sterminare, ma quasi sempre alleati con cui sarebbe assai vantaggioso mettersi d’accordo per aiutarsi reciprocamente. Nel nostro caso non riesco a vedere nessuna incompatibilità tra il punto di vista realistico-sociologico e quello logico-formale rispetto al fine della miglior conoscenza del fenomeno giuridico. Vedo semplicemente una possibilità di confusione nel dare a entrambi il nome di teoria generale del diritto. Ma è una confusione facilmente eliminabile, e in fin dei conti la scelta di un nome è questione di opportunità su cui non val la pena di provocare grosse dispute».

<sup>74</sup> Così PINO 1996, XX, dove poi si prosegue affermando come «non sembra esservi alcuna ragione per negare la autonomia disciplinare alla ricerca giuridica ed includervi ancora oggi problemi di pertinenza delle altre discipline [...]. Ve ne sono invece per escluderli: la “competenza” o, forse più correttamente, la inclinazione dello studioso in ordine alle indagini da svolgere, che, se ricognitiva, è incompatibile con la speculazione, quanto meno in termini di simultaneità metodologica e cronologica».

Gli indesiderabili effetti di tale promiscuità metodologica sono bene riassunti da DOGLIANI 1985, 3 s.: «il giurista (per quel che qui interessa, il giuspubblicista) tende ad assumere una materia di indagine che non è più identificata in un complesso di regole (scritte o non scritte, statuali o non statuali, naturali/razionali o positive... non importa), ma nella quale invece sempre più le regole sono soltanto *uno* degli elementi considerati; e vengono riguardate non come *pretese* (nemmeno – in ipotesi minima – come pretese al mantenimento della regolarità da loro espressa) nei confronti dei fatti (in un’ottica quindi loro espressa), ma esse stesse come facenti parte di quei fatti, oggettivate nella loro effettività: non affermazioni di un dover essere, ma elementi in un certo senso “storicamente” normativi, che regolano ciò che si dimostrano capaci di regolare. Il giurista le coglie in questa dimensione effettuale; non le assume come parametro primo (per lo meno dal suo punto di vista) per la valutazione della realtà, ma piuttosto le coinvolge in valutazioni complessive che esprime in base a criteri *lato senso* politici (attinenti cioè al modo con cui egli concepisce la dinamica di quella realtà), alla luce dei quali le norme vengono sottoposte a giudizi di congruità, di efficacia [...]».

È precisamente nell'esercizio della propria autonomia disciplinare che il giurista contemporaneo tipicamente adotta – anche se non sempre con piena consapevolezza e/o con completa coerenza<sup>75</sup> – una stipulazione di “diritto” di carattere “formale” e “ufficiale”, intendendo primariamente con esso l'insieme delle norme che costituiscono il diretto significato del discorso (= insieme degli enunciati) del legislatore<sup>76</sup>.

Cercheremo ora brevemente di mostrare come tale precisazione dello spettro d'indagine del giurista, sebbene ovviamente limiti l'estensione del suo sguardo rispetto all'interezza del fenomeno giuridico, al tempo stesso ne aumenti *corrispettivamente* ed *utilmente* la profondità rispetto alla porzione osservata. In altre parole, si motiverà come la menzionata restrizione (stipulativa) del dominio non costituisca affatto il frutto di un'operazione arbitraria o aprioristicamente formalistica<sup>77</sup>, rispondendo viceversa ai requisiti del “corretto stipulare” già ricordati in precedenza.

A tal riguardo, giova partire dalla constatazione – in sé fors'anche banale, ma non rispetto all'adeguatezza della stipulazione adottata – che i problemi professionali affrontati dai giuristi sono essenzialmente, se non esclusivamente, problemi di qualificazione del comportamento umano. Ne consegue che essi risultano utilmente affrontabili soltanto sulla base di *criteri di giudizio* consistenti in *precetti*. Non è per nulla casuale, dunque, se per il giurista, come ricorda egregiamente Norberto Bobbio, «il miglior modo per avvicinarsi all'esperienza giuridica e coglierne i tratti caratteristici è di considerare il diritto come un insieme di norme, o regole di condotta»<sup>78</sup>.

Se si conviene su questo punto, parrebbe tutto sommato ovvio che anche la stipulazione dei giuristi sul “diritto” ne risulti conseguentemente influenzata. In parole più semplici, se il giurista s'occupava in via *principale*, quando non addirittura *esclusiva*, del diritto *in senso stretto* inteso come insieme di regole (diritto<sub>1</sub>), qualsiasi stipulazione che definisca il diritto *in senso ampio* in termini di prassi sociale (diritto<sub>2a</sub>), istituzione (diritto<sub>2b</sub>), comportamento (diritto<sub>2c</sub>) e via enumerando (diritto<sub>2n</sub>), potrà

<sup>75</sup> Proprio su tale aspetto parrebbe insistere CARRINO 2015b, 252, quando osserva come «In altri termini – ed è un punto che nel libro di Vignudelli viene tralasciato – il diritto così come viene oggi considerato dalla maggior parte dei suoi studiosi è tutt'altro che un fenomeno oggetto di scienza giuridica, quanto, piuttosto, un oggetto moralizzato e moralisticamente pre-giudicato sulla base dell'ideologia dei diritti».

Il punto va chiarito. Io non escludo affatto che quanto osservato da Carrino possa coincidere con la percezione che i giuristi hanno del diritto *sociologicamente inteso* come fenomeno in senso ampio, o magari anche di certo diritto *giurisprudenziale* e neppure escludo che a tali concetti di diritto corrispondano alcuni *comportamenti* professionali di certi giuristi, soprattutto in ambito interpretativo. Nondimeno, io continuo a sostenere che nella stipulazione riportata in testo si possa riconoscere la maggior parte dei giuristi nel senso che questo sarebbe il concetto di “diritto” che la più gran parte dei giuristi sarebbe disposta a *dichiarare* esplicitamente e pubblicamente come proprio. Il che, semmai, pone un problema metodologico di chiarezza e di coerenza all'interno dei discorsi articolati dal giurista, ma non incide sui rilievi sulle scelte stipulative riportati in testo.

<sup>76</sup> “Legislatore” da intendersi come qualsiasi soggetto (tipicamente politico) chiamato a dettare prescrizioni giuridiche vincolanti per la collettività.

<sup>77</sup> Sul punto v. BOBBIO 1955, VI s.: «che questa insistenza sull'interesse di uno studio formale del diritto e sui vantaggi che offre la distinzione di questo studio da quello dei fini del diritto, o ideologico, e da quello del contenuto sociale, o sociologico, faccia cadere il giurista nelle braccia di un “vuoto e arido formalismo” è una preoccupazione infondata, a mio avviso, almeno per due ragioni. La teoria formale del diritto non è il modo unico ed esclusivo di studiare il fenomeno giuridico, ma semplicemente il modo di chi si interessa di come è fatto un ordinamento giuridico, cioè di ciò che è costante in tutti i sistemi giuridici non importa a quali ideologie siano informati. Ma lo studio della struttura formale del diritto non esclude né lo studio dei valori né quello delle fattispecie variabili da ordinamento a ordinamento. Certamente, lo stesso tipo di scatola può essere riempito di fiori e di esplosivi. E posto che il mestiere di fare le scatole è diverso da quello di chi le riempie, non c'è nessuna ragione di attribuire al fabbricante di scatole il proposito che queste debbano essere riempite degli stessi oggetti (“giusnaturalismo impenitente”), ma non gli si può muovere il rimprovero di volere che restino sempre vuote (“arido formalismo”)».

<sup>78</sup> BOBBIO 1993, 3.

interessare il giurista soltanto in via mediata, al patto cioè che ne sia *dimostrata* la necessaria strumentalità come mezzo di cognizione o d'accertamento del diritto in senso stretto (diritto<sub>1</sub>).

Sta di fatto che il giurista moderno, di solito, non avverte *minimamente* tale necessità<sup>79</sup> e, del resto – pur beneficiando spesso dell'appassionata *retorica* di qualche *peroratio causae* in favore di presunti “nessi inscindibili” che legherebbero anche dal punto di vista concettuale le diverse dimensioni dell'ordinamento giuridico<sup>80</sup> –, tantomeno s'è mai visto offrire la sua effettiva e stringente *dimostrazione*.

Egli intanto, a differenza del filosofo o magari dell'ipotetico studioso “globale” del fenomeno giuridico<sup>81</sup>, pacificamente riconosce di circoscrivere le proprie attenzioni al solo diritto *positivo*, del quale correttamente effettua – seguendo le direttive metodologiche a suo tempo ricordate – una semplice ridefinizione (tenendosi invece alla larga da stipulazioni “pure”). Ciò non implica *automaticamente* negare l'*esistenza* di un qualche possibile diritto naturale<sup>82</sup> (ma anche di un qualsiasi altro diritto filosofico, sociologico, sociale, reale... eccetera), che infatti ben potrà essere fruttuosamente studiato da altre discipline, ma soltanto ne esclude, fino a prova contraria, la *rilevanza* concettuale e metodologica per la scienza giuridica, a partire dalla relativa “stipulazione base”<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Come riconosciuto, del resto, anche da chi – critico nei confronti del positivismo – di ciò mostrerebbe di stupirsi. Cfr. emblematicamente BALDASSARRE 2005, 201: «Nella storia della cultura moderna è molto difficile trovare una fedeltà così duratura e così impermeabile ai cambiamenti come quella che si è manifestata nell'adesione della dottrina italiana del diritto costituzionale al positivismo giuridico. [...] La singolarità di tale fenomeno diventa ancor più sorprendente se si considera che l'adesione ormai secolare al positivismo giuridico è passata indenne attraverso regimi diversi e persino opposti (Stato liberale censitario, fascismo, democrazia pluralista), ambienti culturali collocati agli antipodi per ispirazione ideale e per conseguenze pratiche (idealismo, storicismo, materialismo, marxismo, umanismo cattolico, costituzionalismo liberale, socialismo democratico), trasformazioni sociali e tecnologiche di natura epocale (dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse, dalla società agraria a quella industriale e poi post-industriale, dal moderno al post-moderno, dal regno dell'*homo faber* a quello della *informational technology*, dell'economia liberista e da quella del *Welfare State* alla globalizzazione)».

<sup>80</sup> Per un recente tentativo in tal senso sul piano costituzionale cfr. ad esempio BARBERA 2015, 263-281.

<sup>81</sup> Sull'utilità del quale (studioso globale) molto ci sarebbe da discutere, ma che comunque nel caso seguirebbe un metodo d'indagine autonomo, che ben potrebbe affiancare e non sostituire quello (altrettanto autonomo) del giurista. Sul punto cfr. BOBBIO 1955, 131: «è incredibile quanto sia difficile convincere uno studioso, seguace di un determinato metodo di lavoro, che altri studiosi, seguaci d'altri metodi, non sono nemici da sterminare, ma quasi sempre alleati con cui sarebbe assai vantaggioso mettersi d'accordo per aiutarsi reciprocamente. Nel nostro caso non riesco a vedere nessuna incompatibilità tra il punto di vista realistico-sociologico e quello logico-formale rispetto al fine della miglior conoscenza del fenomeno giuridico. Vedo semplicemente una possibilità di confusione nel dare a entrambi il nome di teoria generale del diritto. Ma è una confusione facilmente eliminabile, e in fin dei conti la scelta di un nome è questione di opportunità su cui non val la pena di provocare grosse dispute».

<sup>82</sup> In tal senso (o quanto meno nel senso di negare l'autoevidenza di tale *Naturrecht*) vedi però il sempre efficace argomento di KELSEN 1934, 58, quando osserva come «il diritto positivo sarebbe allora del tutto superfluo e la sua esistenza del tutto inconcepibile. Di fronte all'esistenza d'un ordinamento sociale assolutamente buono risultante dalla natura o dalla ragione o dalla divina volontà, l'attività del legislatore statale sarebbe l'insensato tentativo di illuminare artificialmente la splendente luce solare».

<sup>83</sup> D'altro canto, parrebbe la stessa possibilità, caldeggiata dai giusnaturalisti di ogni tempo, che il diritto positivo in qualche modo o forma *si adegui* al diritto naturale, a *presupporre in senso logico* definizioni stipulative *separate e indipendenti* per i due concetti (“diritto positivo” e “diritto naturale”).

Dal punto di vista metodologico, insomma, quel che è concesso al filosofo sembrerebbe proscritto al giurista che voglia mantenersi tale, anche perché, come è stato osservato (PINO 1996, 32): «le norme naturali, “pensate” dai filosofi sono entità ideali [...]. Pur rilevandosi per il giurista aspirazioni ideologiche, concretamente inattuabili, le norme vengono trattate come fossero risultato di indagine ricognitiva, senza considerare che la elaborazione e la attribuzione dei contenuti operate dal filosofo, riportate sul terreno della ricerca rimangono filosofiche e, ricche di significato in filosofia, diventano, per la ricerca, invenzioni arbitrarie e fantasiose, prive di rigore razionale e sottratte alla procedura della verifica». E cfr. ancora *ivi*, 33: «in prospettiva giusnaturalistica non vi può essere ricerca, ma solo

Piuttosto, adottando come proprio diritto il (solo) diritto positivo in un senso fedele alla radice storica dell'espressione – dunque considerandolo, etimologicamente, (*jus*) “*positum*”: “posto” *da* qualcuno (su qualcun altro) – il giurista moderno ritiene che l'insieme di norme che ne costituisce il suo contenuto sia il prodotto (linguistico e comunicativo) di specifici atti di “volontà”, “volizione” o “deliberazione” che dir si voglia<sup>84</sup>, rivolti a generare effetti corrispondenti nel “mondo delle cose”.

Come efficacemente sintetizza Natalino Irti, «in tutti i fenomeni giuridici – dai più semplici ed elementari ai più solenni e complessi, dall'accordo fra privati alle norme legislative e costituzionali –, in tutti, noi incontriamo un *rapporto di volontà*. Una volontà esige che altri abbia una data condotta, e dunque che altri voglia in un certo modo. Il diritto è *dominio sulla volontà altrui*: dei governanti sulla volontà dei governati, del creditore sulla volontà del debitore, del proprietario sulla volontà di tutti i consociati (*erga omnes*, appunto), del giudice sulla volontà delle parti in causa, e così seguitando. Altrui volontà sono chiamate all'obbedienza, cioè ad accogliere in sé un volere dominante, ed a tradurne il contenuto in attuosa realtà»<sup>85</sup>.

In sistemi giuridici a “diritto scritto” come notoriamente sono pressoché tutti quelli contemporanei e come sicuramente è il nostro, del resto, tale volontà non rimane sospesa in una dimensione “volatile” di implicito o di non detto, ma s'esprime esplicitamente sul piano del linguaggio “stampato” per il tramite di specifici “vettori”, caratterizzati da contrassegni formali tipici. Il problema, altrimenti dal sapore vagamente metafisico, di rinvenire il “motore” di tale volontà giuridica parrebbe insomma oggi coincidere con quello decisamente più empirico dell'individuazione dell'autore (o degli autori, singoli o collettivi) dei varî documenti che fungono da mezzi di comunicazione, da “vettori” linguistici di questa volontà e che, proprio per questo, vengono a essere denominate “fonti del diritto”. Ed ecco spiegato il riferimento, proprio della stipulazione dianzi citata, agli enunciati scritti del legislatore.

Neppure qui, peraltro, sembrerebbe certo annidarsi un capriccio arbitrario del giurista-stipulatore, poiché tale scelta parrebbe semplicemente il frutto della constatazione per cui, all'interno delle attuali società, esiste un'espressa suddivisione dei còmpiti a livello istituzionale tra chi “crea” il diritto positivo – attraverso specifiche procedure che conducono alla produzione di enunciati – e chi tale diritto “applica”, “attua”, “integra”, “usa”, “osserva”, “trasgredisce” eccetera<sup>86</sup>. Una suddivisione dei còmpiti, giova ribadire, non soltanto espressamente sancita da tutti i documenti costituzionali dell'Occidente e pacificamente acquisita come base della convivenza politica dai comuni consociati, ma pure regolarmente presupposta, oltre che dai lavori dei giuristi, dallo stesso comportamento discorsivo dei giudici (e dei funzionari), i quali a tutt'oggi – a dispetto delle molte sirene giusrealistiche (o pseudo-tali) variabilmente *cool* – non rivendicano affatto di decidere liberamente, ma adducono pur sempre ineludibilmente a base formale d'ogni loro ragionamento applicativo gli enunciati del legislatore<sup>87</sup>.

speculazione e le indagini non possono essere ricognitive, ma solo valutative e operate con un parametro preso a prestito dalla filosofia».

<sup>84</sup> SCARPELLI 1989, 464 s.: «il positivismo giuridico [...] può essere caratterizzato in estrema sintesi come l'indirizzo della cultura giuridica che concepisce e propone il diritto quale diritto positivo, stabilito con atto di volontà, o di deliberazione (i giuristi spesso usano “volontà” a coprire anche il campo di referenza di “deliberazione”)».

<sup>85</sup> IRTI 2007a, 11. Cfr. anche IRTI 2007b, 15, laddove si indica «l'essenza del diritto nella volontà normativa, capace di dirigere e coercire l'altrui condotta, perseguendo scopi imprevedibili e incondizionati. Volontà libera da presupposti, poiché nulla le sta prima e di sopra (anche le Costituzioni, prese nel vortice dell'essere e del non essere, si rivelano “creature del tempo”)».

<sup>86</sup> Cfr. più ampiamente VIGNUDELLI 2006 e 2012c.

<sup>87</sup> *Non a caso*, dunque, «è tutt'ora corrente nel ceto dei giuristi, giudici e avvocati, la concezione del diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore (costituzionale e ordinario) in regime di monopolio, e della giurisdizione (*adjudication*) come attività logico-deduttiva rivolta all'applicazione della norma obiettivamente vigente al caso regolato, secondo lo schema del cosiddetto sillogismo normativo e senza alcuna necessità di integrazioni extra-legislative. I postulati minimi essenziali del positivismo legalista [...] quale si è sviluppato sul continente europeo,

A sostegno d'una stipulazione sul "diritto" (positivo) come quella testé sinteticamente illustrata, insomma, oltre al rispetto della storia della parola e alla più lineare adeguatezza per gli scopi della disciplina, parrebbe deporre una massa non certo trascurabile d'evidenza empirica all'interno dell'insieme degli elementi costitutivi del fenomeno giuridico in senso ampio.

Al giurista anche solo minimamente consapevole del contesto sociale all'interno del quale egli s'inserisce, certo, risulta perfettamente chiaro che una stipulazione come la propria non esaurisce *tutte* le dimensioni del fenomeno giuridico complessivo e che dunque essa (stipulazione), in ottica storica o sociologica, risulterebbe fatalmente incompleta<sup>88</sup>. Nondimeno, essa non risulta affatto inutile (= inutilmente/arbitrariamente restrittiva), giacché essa sola consente di portare avanti un'analisi formale del diritto positivo ufficiale, (analisi) di evidente interesse – conoscitivo, ma anche politico o pratico – e di cui nessun'altra disciplina di studio del fenomeno giuridico parrebbe farsi carico.

Anche coloro che ritenessero prevalenti, all'interno di una considerazione "olistica" del fenomeno giuridico, i vari diritti non ufficiali, del resto, sembrerebbero comunque costretti a riconoscere – per dirla simpaticamente con Mario Jori – che «l'ordinamento ufficiale esiste anche se non esiste»<sup>89</sup>. E che – aggiungo io – tale esistenza, tale realtà, merita di essere adeguatamente rappresentata<sup>90</sup>.

Tale scelta – giova qui ribadirlo – di per sé *in alcun modo* postula *a priori* l'adesione ideologica al contenuto del particolare diritto positivo studiato<sup>91</sup> o la prematura chiusura di fronte agli apporti di altre scienze<sup>92</sup>, mentre *a posteriori* esige soltanto il requisito scientifico minimo del rispetto del protocollo metodologico implementato dalla *propria* disciplina di studio in coerenza con l'oggetto così stipulato.

Il rilievo da ultimo effettuato, dal canto suo, non parrebbe rappresentare un problema né concettualmente così impervio, né particolarmente nuovo, essendo peraltro già stato evocato in queste pagine, eppure vale forse la pena di tornare a sottolinearlo in conclusione di questo paragrafo. È curioso, infatti, quanto spesso esso tenda a venire ciclicamente dimenticato, se non addirittura rimosso, in favore d'un disinvolto *mood* sincretistico<sup>93</sup> che, sin dalla scelta e dall'argomentazione delle proprie

sono così perfettamente rispecchiati nella considerazione che i giuristi hanno della propria attività». Così ZAGREBELSKY 2002, 866 s.

È ritornato recentemente a insistere, con pertinenza, su questo passaggio cruciale anche LUCIANI 2016, par. 6.: «Mai, in particolare, il giudice potrà osare presentare la propria attività come *Rechtsgebung* anziché *Rechtsfindung*, sicché le sue proposizioni dovranno essere strutturate come fondate sull'intermediazione del "voluto" di un'autorità esterna, che in genere è quella del legislatore. Le sue, dunque, devono essere almeno "presentate" come proposizioni descrittive di proposizioni prescrittive (normative)».

<sup>88</sup> Cfr. JORI 2004, 388: «la visione monocromatica o monoteistica dell'ordinamento giuridico data per scontata dalla giurisprudenza giuspositivistica non costituisce, da sola, una buona spiegazione della realtà sociologica o storica di nessun diritto, incluso quello moderno. Al diritto ufficiale si aggiunge o sostituisce il diritto non ufficiale o meglio diversi livelli di diritto non ufficiale».

<sup>89</sup> JORI 2004, 388.

<sup>90</sup> In questo senso anche JORI 2004, 388: «ovviamente la espressione "diritto ufficiale" richiede preventivamente di essere spiegata e analizzata mediante un preciso criterio di individuazione per potere essere utilmente contrastata ai diversi tipi di diritto non ufficiale, anch'essi da individuare mediante opportuni criteri».

<sup>91</sup> Il diritto positivo ufficiale si può utilmente studiare, infatti, non soltanto in caso di adesione o di consonanza con le sue finalità, ma anche all'opposto fine di cambiarne o di sovvertirne i contenuti, o se del caso di abbatterlo nel suo complesso.

<sup>92</sup> D'altro canto a tal proposito più di quarant'anni or sono Norberto Bobbio segnalava come (BOBBIO 1977, 43) «mai come oggi la scienza giuridica ha sentito il bisogno di stabilire nuovi e più stretti rapporti con le scienze sociali. [...] Ciò che caratterizza il momento attuale dello studio sul diritto è il fatto che i giuristi stanno uscendo dal loro splendido isolamento»<sup>92</sup>, per giungere poi alla conclusione secondo cui «che il giurista debba stabilire nuovi e più profondi contatti con psicologi, sociologi, antropologi, politologi, è diventata specie tra i giuristi della giovane generazione una *communis opinio* così diffusa che a voler dare indicazioni bibliografiche precise non si saprebbe da che parte cominciare».

<sup>93</sup> Ben ne riassume le caratteristiche essenziali LUCIANI 2015, 6, quando allude (non senza un filo di ironia, credo...) a «un certo eclettismo metodologico di successo, nel quale si coniugano realismo giuridico, filosofia analitica, teoria

stipulazioni più elementari, parrebbe strizzar l'occhio ad approcci in cui l'*anything goes* di Paul Feyerabend fa il paio col *whatever works* di Woody Allen.

Niente di male, dirà qualcuno: "basta che funzioni", appunto. Sarà. Ma dev'esser chiaro che il punto non è, come suggerisce Carrino, d'essere «troppo severo con i sociologi del diritto»<sup>94</sup>. L'autentica posta in palio, infatti, è piuttosto quella segnalata già svariati decenni or sono da Norberto Bobbio, le cui limpide parole mi piace qui riportare intatte e per intero:

«Nell'odierna tendenza sociologizzante della scienza giuridica quel che a mio parere occorre ribadire è [...] la differenza tra l'opera del giurista e quella dello scienziato sociale. C'è il rischio infatti che il giurista uscito dalla propria isola affoghi nel vasto oceano di una indiscriminata scienza della società. Avvicinamento non vuol dire confusione. L'interdisciplinarietà presuppone pur sempre una differenza tra diversi approcci. È incredibile come si passi facilmente da un estremo all'altro secondo che tira il vento: dal tecnicismo giuridico al sociologismo. Eppure, nonostante tutto l'aiuto che il giurista può e deve trarre dal sociologo, giurista e sociologo fanno due mestieri diversi. Non bisogna confondere i materiali di cui l'uno e l'altro possono disporre con il modo con cui questi stessi materiali vengono utilizzati. Si può dire, se pure con una certa approssimazione, che il giurista sta al sociologo, e in genere allo scienziato sociale, come il grammatico sta al linguista. Si faccia ricorso alla notissima distinzione kelseniana tra scienza giuridica come scienza normativa e sociologia come scienza esplicativa [...], la differenza, anche se non sempre percepita e continuamente rimessa in questione per mancanza di chiarezza o per desiderio di originalità a buon mercato, è nettissima. Il problema che il sociologo e il giurista hanno in comune è quello del rapporto tra regola e comportamento. Ebbene, il sociologo usa le regole di comportamento che trova sulla propria strada [ossia le regole (giuridiche) "sociologicamente intese", *n.d.a.*] per spiegare perché certi individui si comportano in un certo modo, adopera cioè le regole come una delle variabili del procedimento esplicativo ed eventualmente predittivo cui mira; il giurista usa le stesse regole [*rectius*, le *proprie* regole giuridiche, ossia quelle desunte da un'analisi formale dell'ordinamento, *n.d.a.*] per qualificare i comportamenti come leciti o illeciti, cioè per stabilire perché ci si *debba comportare* in un modo piuttosto che in un altro. Sociologo e giurista rispetto al rapporto tra regola e comportamento fanno un cammino inverso: il sociologo parte generalmente dal comportamento per arrivare alla regola che eventualmente lo possa spiegare; il giurista parte dalla regola per arrivare al comportamento che sia di quella regola l'attuazione [o l'inosservanza, *n.d.a.*]»<sup>95</sup>.

## 6. La scienza giuridica tra tentazioni pragmatiche e Wertfreiheit

Nei paragrafi precedenti s'è ragionato intorno al modo di trattare i concetti essenzialmente contestati, a partire da quello basilare (per il giurista, ma non solo) di "diritto" (positivo), arrivando a disambiguarlo e a ridurne la vaghezza per il tramite d'una opportuna stipulazione. Sebbene non esistano stipulazioni "vere" da contrapporre a stipulazioni "false" – infatti – s'è visto come, anche nel reame delle definizioni, esistano pur sempre dei criteri idonei a distinguere le proposte definitorie oneste da quelle sleali e quelle più utili da quelle meno utili (o schiettamente inutili). Segnatamente in tal senso s'è ritenuto di poter *correttamente* argomentare a favore della ri-definizione del "diritto" dei giuristi primariamente come insieme dei significati prescrittivi (= norme) del discorso (= complesso degli enunciati) legislativi<sup>96</sup>.

dell'argomentazione, dottrina ermeneutica».

<sup>94</sup> CARRINO 2015b, 240.

<sup>95</sup> BOBBIO 1977, 57 s.

<sup>96</sup> Come meglio si vedrà in séguito, infatti, solo *subordinatamente e con specifiche cautele* il giurista intende come "diritto" *anche* l'insieme delle norme che costituiscono il significato prescrittivo dei discorsi della giurisprudenza e, più in generale, di tutti gli applicatori istituzionali del diritto formale ufficiale.

Detto altrimenti, s'è osservato come tale stipulazione – che potremmo definire, tendenzialmente, come giuspositivista, normativista e prescrittivista –, pur evidentemente *non* includendo *tutti* i significati della parola “diritto” né tantomeno capace di fare il *fixing* del fenomeno giuridico nella sua interezza, risulta tuttavia (1) adeguatamente descrittiva d'un frammento significativo della realtà giuridica complessiva, (2) pienamente compatibile con le finalità operative (= qualificazione della condotta umana) della scienza giuridica e (3) coerente col principio dell'autonomia disciplinare di quest'ultima.

Tanto apparentemente dovrebbe bastare, a questo punto, per affrontare con minor affanno il distacco dalle sempre rinascenti chimere “olistiche” nello studio del diritto e per vivere tutto sommato serenamente pure la separazione – stipulativa e analitica –, oltre che tra il diritto naturale e quello positivo, anche tra il “diritto” (o meglio i varî diritti) dei filosofi, dei teorici, dei sociologi, degli storici, degli antropologi (e chi più ne ha più ne metta) e quello appunto (e finalmente) dei giuristi.

Poiché tali distinti “diritti” possono tutti *parallelamente* concorrere alla miglior comprensione dell’“gius-universo” in senso lato, infatti, non sembrerebbe davvero obbligatorio ricorrere a oscuri “sincretismi giuridici” sul piano della ricerca. Questi ultimi, dal canto loro, si appaleserebbero viceversa come fortemente inopportuni giacché, insieme al miraggio di cogliere con un sol sguardo *il* diritto *sans phrase* (quello con la D maiuscola...), riproporrebbero programmaticamente pure una fitta serie d'insanabili contraddizioni tanto a livello concettuale (definitorio) quanto su quello metodologico (conoscitivo).

Plasmata in rapporto al suo oggetto (il previamente ridefinito “diritto” dei giuristi), la scienza giuridica parrebbe pertanto potersi risolvere in un'autonoma disciplina di studio operante in prima battuta su specifiche entità linguistiche (gli enunciati del legislatore), delle quali sarebbe chiamata a indagare il significato prescrittivo, per poi qualificare logicamente alla luce delle norme così ricavate (secondo gli operatori giuridici del prescritto, vietato e permesso) la multiforme fenomenologia della condotta umana.

In questa chiave, dal canto suo, la tematica generale della correttezza nell'analisi giuridica sembrerebbe dunque potersi sviluppare tutto sommato linearmente nelle due direttrici principali – che, come anticipato, saranno oggetto della seconda parte di questo studio – della *correttezza* nell'*interpretazione* (nella significazione degli enunciati legislativi in senso stretto) e della *correttezza* nell'*applicazione* (nella sussunzione di fattispecie concrete nelle fattispecie normative astratte e nelle altre operazioni ad essa eventualmente prolettiche).

Il quadro ora sinteticamente tratteggiato, tuttavia, rischia oggidi d'essere da più parti percepito come una raffigurazione ingenua e irrimediabilmente *d'antan*, o magari *démodé*, dei giuristi e della loro scienza inscenata da logori *laudatores temporis acti*. Questi ultimi infatti non terrebbero conto che non soltanto il concetto di “diritto”, ma anche e soprattutto quello di ‘scienza’ giuridica “tradizionale” non costituirebbe più una costante universalmente condivisa e viceversa risulterebbe a sua volta fortemente controversa e per molti aspetti già condannata alla *damnatio memoriae*.

Alla concezione classica d'una scienza del diritto come istanza esclusivamente osservativa d'un oggetto preconstituito, infatti, si contrapporrebbero oggi con forza crescente visioni della scienza giuridica come disciplina invariabilmente “pratica”, al cui interno la vittima sacrificale sarebbe nientemeno che quel principio cardine dell'approccio positivista costituito dall'avalutatività nella ricerca<sup>97</sup>.

Il senso di tale (presunta) “svolta” sembrerebbe ben sintetizzato da Luigi Ferrajoli, quando egli osserva come

<sup>97</sup> Cfr. BOBBIO 1996, 250: «su questo punto non ci sono distinzioni da fare, e il discorso è molto breve. Siccome la scienza o è avalutativa o non è scienza, il metodo positivista è puramente e semplicemente il metodo scientifico, e quindi è necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica o della teoria del diritto: se non lo si accoglie non si fa della scienza, ma della filosofia o della ideologia del diritto».

«l'idea che i discorsi scientifici abbiano un'insopprimibile dimensione pragmatica è uno dei tratti distintivi dell'odierna epistemologia post-empiristica. Ormai da molti anni la riflessione epistemologica ha riconosciuto che non solo le scienze sociali e giuridiche, il cui oggetto include norme e valori, ma anche le scienze naturali non sono mai puramente e interamente assertive, ammettendo sempre un'inevitabile dimensione valutativa e normativa così nella costruzione dei concetti e delle teorie come nelle strategie della ricerca empirica. La vecchia illusione paleo-neopositivistica e per altro verso weberiana e kelseniana dell'avalutatività delle scienze, incluse quelle sociali e giuridiche, è stata conseguentemente abbandonata. Al punto che si è giunti ad affacciare l'ipotesi di una possibile assimilazione – se non unificazione – delle varie scienze su basi opposte rispetto a quelle del progetto, che fu proprio del Circolo di Vienna, di una scienza unificata dal carattere avalutativo, empiricamente verificabile e falsificabile dei suoi asserti: sulla base, appunto, della presenza di scelte, stipulazioni e giudizi di valore, e perciò di un'ineliminabile dimensione pragmatica in tutte le scienze empiriche, così nella ricerca sperimentale come nell'elaborazione teorica»<sup>98</sup>.

La questione, evidentemente, è assai complessa e qui non la si potrà trattare *ex professo* nella sua interezza. Al tempo stesso, per lo meno nei suoi tratti essenziali, essa appare ineludibile, poiché altrettanto evidenti sono le sue ricadute sul tema che qui ci occupa. Se ragioni strutturali impedissero d'eliminare, o quanto meno d'arginare efficacemente, i giudizi *sogettivi* di valore nel ragionamento giuridico, infatti, avrebbe poi decisamente poco senso parlare di *correttezza* in senso *oggettivo* nelle relative analisi (e *a fortiori* nelle sentenze degli organi giudiziari).

La tematica della “insostenibile” avalutatività e della corrispettiva “fatale” pragmaticità della scienza del diritto, peraltro, parrebbe declinabile in non meno di tre diverse prospettive, *ciascuna* delle quali solleva problemi degni di seria considerazione per la consapevolezza del giurista. Come ora si proverà a mostrare, tuttavia, *nessuna* di esse parrebbe disporre di argomenti stringenti o davvero conclusivi per revocare in dubbio il principio-base secondo cui il diritto dei giuristi può essere studiato e descritto per quello che (“oggettivamente”) è e non per quello che (per qualcuno, “sogettivamente”) *dovrebbe essere*<sup>99</sup>.

### 6.1. Scientia juris vs. juris prudentia

Una prima ri-lettura in tal senso della scienza del diritto è quella che, proponendo una rottura radicale con l'epistemologia scientifica moderna e un recupero della saggezza e/o del senso comune “pratici”<sup>100</sup>, si prefiggerebbe di rifondare lo studio del diritto su una razionalità “sostanziale”: non più

<sup>98</sup> FERRAJOLI 2004, 351, dove il paragrafo è significativamente titolato «l'illusione della avalutatività».

<sup>99</sup> Conformemente al noto programma della “dottrina pura del diritto”, la quale, secondo le parole del proprio autore (KELSEN 1934, 47), «come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto. Se viene indicata come dottrina “pura” del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei. Questo è il suo principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti».

<sup>100</sup> V. emblematicamente DE SOUSA SANTOS 1990, 21 s: «è necessario, prima di tutto, un nuovo atteggiamento epistemologico che superi la conoscenza scientifica moderna e la ponga al servizio di un nuovo senso comune. Definisco questo atteggiamento come *duplice rottura epistemologica*. La scienza moderna si costituisce contro il senso comune (prima rottura epistemologica). Questa rottura, divenuta fine a se stessa, ha reso possibile un portentoso sviluppo scientifico. Ma, da un altro lato, ha espropriato l'uomo della sua capacità di partecipare, come attività civica, allo svelamento del mondo e alla costruzione di regole pratiche per vivere saggiamente. Da qui la necessità di concepire questa rottura come un mezzo e non come un fine, così da godere dei suoi benefici incontestabili senza rinunciare all'esigenza di rompere con essa in favore della costruzione di un nuovo senso comune (seconda rottura epistemologica). [...] Si tratta, anzitutto, di proporre configurazioni

*scientia juris*, ma *juris prudentia*, per citare una fortunata coppia concettuale proposta da Gustavo Zagrebelsky<sup>101</sup>.

Concentrandoci su quel che qui maggiormente interessa, il tratto caratteristico di tale concezione del diritto come scienza pratica – rilevante, tra l'altro, anche perché sviluppata a partire dal piano *costituzionale* dell'ordinamento giuridico – sarebbe quello di considerare come inaccettabile (e comunque impossibile) “*deminutio*” del ruolo sociale dello scienziato in generale e in particolare del giurista (e al massimo grado del costituzionalista...) il divieto (metodologico) d'influire sulla conformazione del proprio oggetto di studio.

La necessità professionale del giurista d'entrare in contatto con entità assiologicamente connotate quali le norme giuridiche, ed in massima misura coi principî costituzionali, non gli permetterebbe di mantenere un asettico distacco. Se ai principî *si aderisce*<sup>102</sup>, anche solo per poterli comprendere all'interno del mondo culturale su cui insistono e dal quale traggono la loro linfa vitale, pretendere dall'osservatore del diritto un'autentica neutralità ideologica presupporrebbe improbabili scenari letterari à la José Saramago, il quale scriveva come «la possibilità dell'impossibile, il sogno o le illusioni sono il soggetto dei miei romanzi».

Sempre ricorrendo emblematicamente alle parole dell'Autore de *Il diritto mite*,

«poiché la costituzione dipende anche dal diritto costituzionale come scienza, poiché in questo campo la riflessione scientifica contribuisce a determinare il suo oggetto, qui non è questione di mera “conoscenza” ma di “comprensione” e il carattere di ciò che si denomina comprensione è precisamente *una partecipazione alla costruzione di ciò che è da comprendere*. I fini e i modi di questa partecipazione mutano perciò a seconda di ciò che i costituzionalisti percepiscono come proprio compito e come senso del loro agire. Il presupposto necessario per qualunque comprensione di diritto costituzionale è perciò la risposta a domande del tipo: “a che vale, qui e ora, una costituzione”, “a che, un diritto costituzionale?”. Le scienze puramente speculative [...] si pongono in posizione riflessiva di fronte a un oggetto a loro estraneo e sono quindi esonerate da un problema del genere. Per esse si tratta di conoscere, non di comprendere. Per il diritto non è così. La scienza giuridica è continuamente sollecitata sul terreno della identificazione di sé attraverso i propri compiti e il proprio senso. In questo modo, essa è attratta al mondo della variabilità e viene posta di fronte alla responsabilità di dare risposte storicamente adeguate – che cosa questa espressione significhi, è altra questione – ai problemi che le si vengono ponendo»<sup>103</sup>.

di saperi locali capaci di trovare applicazione in modo costruttivo affinché la politicizzazione dei suoi risultati non possa essere occultata attraverso pretese esigenze di applicazione tecnica. Questo nuovo senso comune teorico è, così, intrinsecamente pratico, dato che la sua validazione è sempre pragmatica».

<sup>101</sup> Cfr. ZAGREBELSKY 1992, 168: «viene qui naturale la contrapposizione [...] tra *scientia juris* e *juris prudentia*, la prima come razionalità formale, la seconda come razionalità materiale, orientata cioè ai contenuti. Aristotelicamente, *episteme* contro *phronesis*; scolasticamente, *ratio speculativa* contro *ratio practica*. Mentre il criterio delle prime è l'opposizione qualitativa vero-falso, tutto-niente, delle seconde è una progressione quantitativa dal meno al più appropriato, dal meno o più opportuno, dal meno al più adeguato e produttivo. Sono due mentalità che si confrontano in generale. Nel linguaggio oggi corrente, questa attenzione al possibile, nella realizzazione dei principî, si denomina “ragionevolezza”: una discutibile espressione per indicare ciò che classicamente si indicava come la “prudenza” nella trattazione del diritto. È chiaro che questo modo di porsi di fronte al diritto costituisce soltanto un atteggiamento iniziale, una predisposizione verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principî a proprio favore. Non è invece la “chiave” che serve a risolvere ogni problema giuridico, come una formula che consenta di arrivare alla soluzione di un problema matematico. Esso tende alla conclusione più adeguata per le aspettative legittime e, per questo, è aperto al confronto tra tutte le posizioni che si richiamano a principî vigenti nel diritto. Nei contesti pluralistici, si rende necessario rendere “discorsivo” e “persuasivo” il procedimento in vista del raggiungimento del punto di massima realizzazione dei principî in gioco».

<sup>102</sup> ZAGREBELSKY 1992, 149.

<sup>103</sup> ZAGREBELSKY 1996, 36 (corsivo mio). Cfr. anche AZZARITI 2010, 29 s.: «nel diritto, così come ormai in ogni scienza

Le proposizioni ora ricordate, a dire il vero, possono essere variabilmente intese, e tra le varie opzioni occorre preliminarmente distinguere. Se concepite come un semplice “appello morale” relativo a ciò che al giurista dovrebbe essere concesso in vista della propria realizzazione professionale e magari del suo “apporto pratico” al bene comune<sup>104</sup>, infatti, le suddette riflessioni costituirebbero soltanto una rivendicazione di “politica culturale” certamente rispettabile e meritevole di discussione, ma di scarsa rilevanza ai fini che qui ci occupano. Se viceversa è intesa come l’affermazione d’una irrimediabile diversità *genetica* della ricerca in ambito giuridico in quanto avente ad oggetto fatti (non “naturali”, bensì) “culturali”, allora tale impostazione rientra appieno nel *core business* del nostro discorso. Solo che, disgraziatamente, in questo caso essa dà pacificamente per ovvio proprio ciò che dovrebbe adeguatamente dimostrare: *en toute chose il faut considérer la fin!*

Invero, la *summa divisio* gnoseologica tra una conoscenza naturalistico-scientifica e la comprensione che sarebbe propria delle scienze umane della “cultura” o dello “spirito”, per quanto sovente (e a tratti pure ossessivamente) riproposta in numerosi cenacoli intellettuali dal comune stampo “storicistico”<sup>105</sup>, s’è da tempo segnalata come opzione epistemicamente *ben lungi* dalla solidità granitica che il sicuro “piglio” dei suoi *supporters* parrebbe orgogliosamente rivendicare<sup>106</sup>.

sociale, sono da ritenersi superate le illusioni scientiste, nonché – nello specifico dell’attività interpretativa – quelle legate alle visioni puramente epistemologiche. L’idea, che pure ha dominato la prima parte del Novecento, che tendeva a identificare la “verità” con il “sapere” delle scienze positive, appare ormai definitivamente tramontata; non solo a causa della critica radicale ed energica alla neutralità delle scienze, che pure ha reso instabile la rivendicazione di “verità” delle ricostruzioni logico-formali, ma anche grazie alla consapevolezza ormai acquisita che il momento dell’interpretazione del diritto è essenzialmente un’attività *pratica*, che produce una *trasformazione* del diritto stesso (della “disposizione” in “norma”). In quest’opera di trasformazione, il carattere sociale del diritto si colloca, rispetto alla regola giuridica posta, in un rapporto di condizionamento reciproco. Come è stato spiegato in sede di teoria dell’interpretazione dal padre dell’ermeneutica contemporanea – Hans Georg Gadamer – l’interprete si pone all’interno di un “circolo” che muove dalla norma, ma che deve trovare una sua mediazione con la “storicità della comprensione”».

<sup>104</sup> Per uno spunto in tal senso cfr. ZAGREBELSKY 1992, 163: «secondo il dualismo positivista, la “produzione” del diritto – cioè la normazione – sarebbe determinata puramente dalla volontà che crea; al contrario, la “conoscenza” del diritto – cioè la scienza giuridica – sarebbe determinata puramente dalla ragione che riflette. In questo modo, normazione e scienza del diritto sono ricondotte a due facoltà dello spirito umano tra le quali non sussisterebbe alcun punto di collegamento. La produzione di norme sarebbe attività a-razionale. A sua volta la riflessione scientifica, avendo come oggetto una volontà mera, trascritta in norme, potrebbe definirsi scienza solo in un senso secondario o servente. Sarebbe una scienza che non domina i propri fini. Più che di scienza giuridica, si dovrebbe parlare di tecnica giuridica, al servizio d’altro e d’altri». Per una critica articolata v. VIGNUDELLI 2011, 842 ss.

<sup>105</sup> Com’è stato esattamente osservato, infatti, «in difesa del naturalismo prevalente, furono in quel tempo intrapresi dei tentativi di giustificare, con argomenti ontologici o epistemologici, la pretesa autonomia delle scienze dello spirito o della cultura. In questi tentativi influì soprattutto il fatto che l’accentuazione della problematica storica fin dal periodo del romanticismo e dell’idealismo tedesco postkantiano – specialmente nel pensiero hegeliano – favorì il prevalere d’uno storicismo, che indusse non solo a respingere le inadeguate trascrizioni di modelli scientifico-naturali nell’ambito di un pensiero delle scienze dello spirito, ma anche a postulare una differenza radicale, anche sul piano metodologico, rispetto alle scienze naturali». Così ALBERT 1971, 142.

Cfr. anche *ivi*, 171: l’«intimo nesso fra storicismo e pensiero ermeneutico, un nesso rimasto fino ad oggi caratteristico della metodologia delle cosiddette scienze dello spirito. I fenomeni del mondo storico-sociale non si possono invero spiegare col ricorso alla conoscenza nomologica – quindi col metodo delle scienze naturali –; così si suol argomentare. Ma noi disponiamo di un altro metodo, adeguato all’analisi di questo mondo, cioè il metodo del comprendere, che rispetto al metodo scientifico-naturale ha inoltre il vantaggio di non doversi contentare dell’ordinamento estrinseco dei fatti, ma rivela l’intimo nucleo delle forze propulsive della vita storica, aprendoci gli occhi al loro senso».

<sup>106</sup> Per una critica articolata di tale impostazione complessiva e delle sue premesse si rinvia qui a VIGNUDELLI 2011, 551-625.

Fondate su un concetto di “cultura” sistematicamente “anfibo” e irrimediabilmente sospeso tra *Sein e Sollen*<sup>107</sup> e adottando modelli “dialettici” e/o “ermeneutici” di chiara ascendenza hegeliana<sup>108</sup>, infatti, le sopra citate impostazioni parrebbero invariabilmente abbeverarsi di tutti i difetti d’una certa *forma mentis* tipicamente “teutonica”<sup>109</sup> simpatetica al parlare oscuro<sup>110</sup> e nemica giurata degli ideali di chiarezza dell’illuminismo<sup>111</sup>.

Non è un caso, allora, se il mezzo (il prezzo?) necessario per ricondurre la scienza giuridica nell’alveo delle *Kultur-* o *Geist-Wissenschaften* parrebbe invariabilmente quello d’introdurre nel proprio percorso d’analisi proprio quel presupposto della “intrinseca contraddittorietà delle cose”<sup>112</sup> che costituisce la quintessenza di tutte le dottrine del venerabile Padre dell’idealismo tedesco.

<sup>107</sup> LUTHER 2002, 112: «tutti parlano di cultura, pochi la definiscono e molti la utilizzano come figura retorica. Chiunque cerchi di navigare nel mare delle definizioni finora proposte rischia di disperare per la vaghezza, il carattere inclusivo, anzi olistico, la confusione di elementi descrittivi e assiologici, le connotazioni valutative ed ideologiche del termine».

<sup>108</sup> ALBERT 1971, 109: «la *Hegel-Renaissance* ha reso ancor più evidente dopo la seconda guerra mondiale, il nesso fra il pensiero dialettico e quello ermeneutico. Anche in campo marxista essa ha favorito il ritorno a Hegel e nello stesso tempo il dialogo con l’Occidente. Da noi ha facilitato la comprensione del marxismo, nell’Est, invece, la comprensione dell’ermeneutica tedesca, tanto che si è giunti a fenomeni di convergenza quali il “materialismo comprendente” di Leszek Kolakowsky o la dottrina ermeneutica delle forme del sapere di Apel-Habermas, in cui la filosofia della storia ha preso il posto del sapere-di-salvezza e di-redenzione, di cui parlò Scheler».

<sup>109</sup> Cfr. ALBERT 1968, 10 s.: «Prevale ancora in Germania quella che si potrebbe chiamare l’“ideologia tedesca”, un pensiero, cioè, ancora dominato da Hegel e da Heidegger, e generalmente propenso a trascurare come irrilevante quanto non si lascia ricondurre in questo quadro di riferimento».

<sup>110</sup> V. ALBERT 1971, 108 s.: «il cliché della superficialità della filosofia anglosassone e della profondità di quella tedesca sembra particolarmente adatto a rivalutare delle formulazioni oscure, vaghe ed espresse in un linguaggio esoterico, e a difendere le medesime dall’indagine critica. Pare che in parte lo si conservi ancora. Il pregiudizio tedesco contro la chiarezza, tanto pericoloso anche sul piano politico, fa sì che le dottrine filosofiche meritino l’universale attenzione per il solo fatto che sono formulate in un linguaggio incomprensibile e profondo, in un linguaggio che si presta ottimamente a che banalità d’ogni genere vengano paludate come una sapienza superiore, sia che si tratti del gergo dell’autenticità, o di quello della reificazione e dell’alienazione. Considerati questi atteggiamenti, che hanno evidentemente profonde radici, non c’è affatto da stupirsi che il pensiero analitico sia ancora fortemente sotto-rappresentato nell’area linguistica tedesca».

<sup>111</sup> ALBERT 1971, 63: «è assai significativo il fatto che il periodo storico in cui da noi si affermò per la prima volta in modo decisivo la tradizione del pensiero critico, cioè il periodo dell’*illuminismo*, abbia goduto solo di rado nell’area linguistica tedesca di una valutazione positiva. Lo si qualifica volentieri con aggettivi d’effetto decorativo e di carattere peggiorativo, come “insipido” “astorico” “arido”. Gli si ascrive una sopravvalutazione del prettamente razionale. D’altro lato si documenta invece la propria superiorità per il fatto che si è pronti a dare ai risultati oscuri, incerti, contraddittori e ambigui dello sforzo mentale la preferenza, per una sua supposta profondità, rispetto ai risultati del pensiero chiaro, sobrio e critico».

<sup>112</sup> POPPER 1945, 51: «questa dottrina è appunto uno dei dogmi fondamentali dell’hegelismo. L’intento di Hegel è quello di operare liberamente con tutte le contraddizioni. “Tutte le cose sono contraddittorie in se stesse”, egli ribadisce, al fine di difendere una posizione che significa la fine non solo di ogni scienza, ma di ogni argomento razionale. E la ragione per cui desidera ammettere le contraddizioni è che egli vuole por fine all’argomentazione razionale e, con essa, al progresso scientifico e intellettuale. Rendendo impossibile l’argomentazione e la critica, egli intende rendere la propria filosofia impermeabile ad ogni critica, sicché essa possa instaurarsi come un *dogmatismo rinforzato*, al riparo da ogni attacco, e come vertice insuperabile di tutto lo sviluppo filosofico».

Cfr., *ivi*, 50 s. anche il rilievo secondo cui ordinariamente «la scoperta di una contraddizione costringe lo scienziato a fare ogni sforzo per eliminarla; e, infatti, una volta ammessa una contraddizione, la scienza crolla. Ma Hegel trae una lezione del tutto diversa da questa triade dialettica. Poiché le contraddizioni sono i mezzi grazie ai quali la scienza progredisce, egli giunge alla conclusione che le contraddizioni sono non solo ammissibili e inevitabili ma sono anzi sommamente desiderabili. Questa è una dottrina hegeliana che fatalmente distrugge ogni argomentazione e ogni progresso. Infatti, se le contraddizioni sono inevitabili e desiderabili, non c’è alcun bisogno di eliminarle e così ogni progresso deve cessare».

Espediente di per sé indiscutibilmente molto “pratico”, ma dalle conseguenze esiziali per ogni anelito alla razionalità delle argomentazioni, giacché – come ci ricorda limpidamente Karl Popper – «se le contraddizioni non possono essere evitate, allora qualsiasi critica e qualsiasi discussione diventano impossibili dato che la critica consiste sempre nel mettere in evidenza le contraddizioni o all’interno della teoria da criticare o fra essa e certi fatti dell’esperienza»<sup>113</sup>.

Le conseguenze *sans queue ni tête* di tale *habitus* intellettuale, a dispetto della sua perdurante popolarità in sinedrî variabilmente popolosi e autorevoli, sono ancor più angiograficamente illustrate nel loro “disegno esplosivo” da Hans Albert:

«si sviluppa così, col sostegno di argomenti metodologici, una “metafisica delle due sfere”, che, insieme con l’idea della doppia verità, è volta a proteggere dagli interventi critici certe concezioni tramandate, dando vita così a un’isola di verità inoppugnabili. A volte si è persino disposti a mettere fuori gioco la logica, pur di rendere accettabili contraddizioni evidenti, senza neppure accorgersi della portata di questa operazione e della sua assurdità. La sospensione del principio di non contraddizione a favore di un pensiero spesso qualificato come “dialettico” può essere estremamente comoda in certi casi, ma, come sappiamo, permette di inferire qualsiasi conseguenza; si tratta, insomma, di una catastrofe logica che implicherebbe la rinuncia ad ogni argomentazione dotata di senso. Questa operazione è tipica in tutto e per tutto di un modo di procedere dogmatico, anzi rappresenta un ritorno al dogmatismo più assoluto e, quindi, all’arbitrio totale. I motivi di una tale scelta sono evidenti: se anche ci si ritiene in possesso della verità, si ha, nondimeno, una certa ansia di fronte al controllo critico, e quindi si sacrifica di buon grado la morale elementare del pensiero – cioè la logica – piuttosto che questo possesso presumibilmente sicuro»<sup>114</sup>.

Se quanto appena esposto ha un senso, dunque, non soltanto non sembrerebbe potersi affermare che la tesi della scienza giuridica come disciplina necessariamente pratica e (dunque) valutativa sia l’*unica* idonea a concettualizzare l’attività di ricerca nell’ambito delle scienze sociali ed in particolare in campo giuridico. Considerando il suo dogmatismo ontologico<sup>115</sup> e i connessi effetti di schermatura da ogni critica esterna<sup>116</sup>, infatti, sembrerebbero davvero scarsi gli argomenti *razionali* per sostenere che tale modello ermeneutico dichiaratamente antipositivista<sup>117</sup> e tendenzialmente messianico<sup>118</sup>

<sup>113</sup> POPPER 1945, 257.

<sup>114</sup> ALBERT 1968, 132.

<sup>115</sup> Cfr. ALBERT 1971, 174 s.: «la negazione, sulla base di un’ontologia che procede in modo aprioristico, della possibilità che si diano per questo campo delle spiegazioni fondate nomologicamente non ha inoltre potuto avere mai una funzione critica, ma solo apologetica, per la prassi conoscitiva delle scienze dello spirito. Essa non ha giovato al chiarimento critico, ma solamente alla legittimazione di questa prassi conoscitiva e alla sua schermatura contro l’affermarsi di metodi non fidati – si potrebbe quasi dire: estranei al territorio».

<sup>116</sup> Cfr. ALBERT 1971, 185: «contro questa dottrina ermeneutica si può piuttosto sollevare anzitutto l’obiezione che essa ha di mira, o comunque produce l’effetto, di schermare il pensiero ermeneutico e le scienze che ricorrono a procedimenti ermeneutici contro argomenti critici e costruttivi provenienti da altri modi di conoscere, e quindi di isolarli da altre scienze che possono essere poste in rapporto fecondo col medesimo pensiero ermeneutico e con le suddette scienze».

<sup>117</sup> Cfr. ALBERT 1971, 122: «nel cosiddetto positivismo gli ermeneuti conservatori combattono la tradizione dell’illuminismo, mentre i dialettici radicali vedono in esso incarnata la razionalità, supposta limitata, del pensiero scientifico-naturale, che ad essi pare ugualmente soggetta a critica. Ad una più attenta considerazione appare che in entrambi i casi sta alla base del verdetto un elemento comune: un anti-modernismo, che solamente nel secondo caso s’è provveduto della maschera della modernità».

<sup>118</sup> Cfr. ALBERT 1971, 68: «in questo quadro si attribuisce autorità a una determinata fonte della conoscenza [...], e quindi anche a un’interpretazione dei contenuti associati alla medesima. Una verità rivelata e immutabile viene così una volta per tutte giustificata e sottratta a qualsiasi critica».

abbeveratosi alla fonte criptoteologica di Heidegger<sup>119</sup> possa essere anche solo il *migliore* tra quelli in competizione.

Anche ponendosi all'interno d'una tradizione metascientifica ampiamente "tollerante" in tema di metodo come quella di un Kuhn<sup>120</sup>, alla scienza giuridica "pratica" come sopra descritta mancherebbe comunque il "pedigree" scientifico minimo ancora costituito dall'esclusiva finalizzazione alla ricerca della *verità*<sup>121</sup>.

E se magari si può anche essere disposti a concedere – come fin troppo spesso accade con un entusiasmo un tantino preoccupante – che «un elemento arbitrario, composto di accidentalità storiche e personali, è sempre presente, come elemento costitutivo, nelle convinzioni manifestate da una data comunità scientifica in un dato momento»<sup>122</sup> o che i "mutamenti di paradigma" siano davvero assimilabili a "salti nella fede"<sup>123</sup> il cui successo sarebbe poi di fatto sancito dal numero (maggioritario) dei neo-adepti<sup>124</sup>, parrebbe davvero difficile negare gli effetti paradossali che finirebbero per discendere dalla subordinazione della finalità *epistemica* della scienza giuridica a vantaggio di altri valori *pratici*.

<sup>119</sup> Cfr. ALBERT 1971, 204: «lo spirito tedesco non ha mai potuto stringere una particolare amicizia con l'Illuminismo. Esso ne ha fatte valere le tendenze contrarie nel romanticismo e nell'idealismo tedesco, ed anche in quelle correnti filosofiche che intendono se stesse come critiche e alle volte anche come rivoluzionarie, e cercano di mettere a prova questa autoconcezione attraverso un corrispondente impegno politico, esso sembra ancora obbligato più alla sua eredità teologica che a quella tradizione del pensiero critico che è sorta nell'antichità greca e, dopo una lunga pseudomorfosi teologica, a cominciare dal Rinascimento è diventata di nuovo sempre più influente ed ha prodotto i suoi effetti in tutti i campi della vita. Dietro alla critica dell'ideologia, che i filosofi ermeneutici oggi si prospettano nello spirito dell'idealismo tedesco sulla base d'una filosofia della storia a scopo pratico, se si esamina bene il suo anti-naturalismo metodologico e ontologico e le tendenze che vi stanno dietro, si può a sua volta riconoscere un'ideologia, cioè quella nuova ideologia tedesca dell'idealismo ermeneutico, che deve gli impulsi decisivi alla radicalizzazione, da parte di Heidegger, del motivo del pensiero ermeneutico e che inoltre accoglie proprio quei motivi del pensiero hegeliano che originano dalla tradizione teologica».

Circa i riflessi di tali premesse epistemologiche di stampo teologico sulle attuali correnti del pensiero giuridico-costituzionale cfr. ora espressamente CARRINO 2015a.

<sup>120</sup> KUHN 1962.

<sup>121</sup> V. POPPER 1985, 217: «il fatto è che, in realtà, anche noi consideriamo la scienza come ricerca della verità e che, almeno dopo Taski, non abbiamo più timore di dirlo. In effetti, è soltanto in rapporto a tale scopo, la scoperta della verità, che possiamo affermare come, pur essendo fallibili, speriamo di imparare dai nostri errori. È soltanto l'idea della verità che ci consente di parlare sensatamente di errori e di critica razionale, e rende possibile la discussione razionale, cioè la discussione critica nella ricerca degli errori, con la seria intenzione di eliminarne quanti più possiamo, al fine di avvicinarci alla verità. Dunque, l'idea stessa di errore, e di fallibilità, comporta quella di una verità oggettiva, come modello che possiamo essere incapaci di eguagliare (in questo senso, l'idea di verità è *regolativa*)».

<sup>122</sup> KUHN 1962, 23.

<sup>123</sup> Cfr. ancora KUHN 1962, 121, laddove s'osserva come «la questione della scelta di un paradigma non può mai venire risolta inequivocabilmente dalla logica e dall'esperimento da soli». Per dirla con POPPER 1945, ad una decisione presa col metodo critico viene così a contrapporsi «quella che è stata chiamata "decisione" o "salto nel buio" da alcuni filosofi irrazionalisti o anti-razionalisti o esistenzialisti. Questi filosofi, probabilmente sotto l'influenza dell'argomento [...] dell'impossibilità di una critica senza presupposti, hanno elaborato la teoria che tutte le nostre convinzioni devono fondarsi su qualche decisione fondamentale, su una specie di salto nel buio. Dev'essere una decisione, un salto, che prendiamo per così dire ad occhi chiusi; infatti, poiché non possiamo "sapere" senza presupposti, senza aver già preso una posizione fondamentale, questa posizione fondamentale non può essere presa sulla base della conoscenza. Si tratta, invece, di una scelta, ma di una specie di scelta fatale e quasi irrevocabile, una scelta che facciamo ciecamente o istintivamente, o casualmente o per grazia di Dio».

<sup>124</sup> Lettura, peraltro, assai discutibile dello stesso Kuhn, che ha provveduto a smentirla direttamente. Vedi KUHN 1970, 316: «dire che gli scienziati professionisti sono, in tali questioni, la più alta corte d'appello non vuol dire fare l'apologia dell'autorità della massa, né sostenere che gli scienziati potrebbero aver deciso di accettare indifferentemente qualsiasi teoria». Cfr. anche *ivi*, 345: «si va dicendo che io abbia sostenuto che i membri di una comunità scientifica possono credere a tutto quello che vogliono se prima decidono su cosa concordare e poi s'impongono ai

Come ci ricorda la *reductio ad absurdum* di Carl Hempel, non è esattamente un caso che la prima soltanto costituisca un'autentica condizione *necessaria* di razionalità del ragionamento scientifico:

«se [...] avessimo lo scopo di costruire un sistema di credenze sul mondo che fosse emotivamente rassicurante o esteticamente soddisfacente, allora si dovrebbero considerare razionali dei principi procedurali diversi. Per favorire il raggiungimento dei nostri obiettivi, potremmo anche far bene a non ammettere tutte le conseguenze logiche degli enunciati che accettiamo e a non giudicare le credenze che si sono proposte alla luce di tutta l'evidenza pertinente raggiungibile – o magari, e meglio ancora, a tralasciare del tutto i controlli empirici»<sup>125</sup>.

In definitiva, forse solo una prospettiva “anarchica” e “dadaista” d'un Feyerabend<sup>126</sup> – per il quale, testualmente, «c'è un solo principio che possa essere difeso in tutte le circostanze e in tutte le fasi dello sviluppo umano. È il principio: *qualsiasi cosa può andar bene*»<sup>127</sup> – potrebbe risultare un fondamento metascientifico davvero compatibile con la dottrina della scienza “pratica” (e pertanto anche “valutativa”) del diritto.

Peccato però che, nel discorso di Feyerabend, la componente prescrittiva sembrerebbe – per lo meno all'attuale “stato dell'arte” – sopravanzare ampiamente quella osservativa, risolvendosi più in un (beneaugurante) programma di riforma che nell'accurata ricostruzione dell'effettiva “realtà media” della scienza. Altrimenti detto,

«perorando l'anarchia metodologica, Feyerabend si domanda se invece della “scienza come la conosciamo oggi (la scienza del razionalismo critico, liberata da tutti gli elementi induttivi)” non potremmo preferire una scienza “più anarchica e più soggettiva”. Sicuramente si possono preferire gli scopi proposti da Feyerabend e si può essere convinti, come (a quanto pare) lui, che per l'umanità sarebbe meglio abbandonare “la scienza come la conosciamo”; ma rimane il fatto che i modi di procedere adatti a perseguire gli scopi di Feyerabend non sono razionali per la scienza come è intesa di solito»<sup>128</sup>.

La conclusione del nostro *incursus* metascientifico è banale analisi logica. La scienza giuridica “pratica” sopra descritta da una parte non *dimostra* affatto *razionalmente*, bensì *presuppone* l'assioma per cui le *Geistwissenschaften* (tra cui anche quella del diritto) costituirebbero necessariamente una *maison particulière* metodologicamente distinta da tutte le altre, e dall'altra parte esorta *retoricamente* i giuristi (a mutare autocomprensione e) a interpretare la propria attività di ricercatori non soltanto in modo “alternativo”, ma pure schiettamente non scientifico.

Questo, beninteso, sempre che si voglia parlare ancora di ‘scienza’ in un'accezione un minimo consistente del relativo vocabolo<sup>129</sup>. Ma, del resto, se anche si pensasse d'eludere l'obiezione ricorrendo autoreferenzialmente alla già citata (e criticata) distinzione fra scienza (teoretica) e prudenza (pratica),

loro colleghi e alla natura. I fattori che determinano ciò che scelgono di credere sono fondamentalmente irrazionali, materia accidentale e di gusto personale. Nella scelta fra teorie non sono coinvolte né la logica, né l'osservazione, né le buone ragioni. Qualunque possa essere la verità scientifica, essa è da cima a fondo relativistica. Qualunque sia la mia responsabilità nell'averle rese possibili, queste sono tutte interpretazioni errate e dannose».

<sup>125</sup> HEMPEL 1989, 161.

<sup>126</sup> FEYERABEND 1975.

<sup>127</sup> FEYERABEND 1975, 25.

<sup>128</sup> HEMPEL 1989, 162.

<sup>129</sup> Cfr. NAGEL 1961, 8, là dove egli osserva come «le parole “scienza” e “scientifico” non sono così vuote di un contenuto determinato quanto potrebbero far pensare i loro usi spesso banalizzati; di fatto queste parole servono per designare sia un'opera identificabile e continua di ricerca, sia i suoi prodotti intellettuali, e vengono spesso impegnate per indicare quei tratti caratteristici che li distinguono da altri oggetti».

non si sarebbe risolto gran che. Lo sintetizza benissimo Herman Hesse quando scrive che «la scienza si può comunicare, ma la saggezza no»<sup>130</sup>. Sicché, daccapo, *tel qui rit vendredi, dimanche pleurera*.

## 6.2. Scienza del diritto e giudizi di valore tra metodologia e ideologia

Se il primo assalto al principio di avalutatività (e con esso alla possibilità stessa di parlare di correttezza in un senso forte) in ambito giuridico proviene dal fronte continentale ed ermeneutico, un secondo attacco parrebbe invece giungere da certi settori della filosofia analitica del diritto.

È in tali sedi che, sulla base del supposto superamento in sede metascientifica generale del paradigma “descrittivista”, si fa valere un apporto “costruttivista” che in ipotesi riuscirebbe a mediare tra le insostenibili pretese di un’ontologia oggettivista e le contrapposte tentazioni di un relativismo estremo di stampo soggettivista in sede conoscitiva<sup>131</sup>.

Non è neppure a dire come da tale “riconversione epistemologica”, idonea a respingere le richieste “disumanizzanti” elevate in nome di astratti ideali di neutralità osservativa, dovrebbe uscire necessariamente e profondamente riformata anche la scienza del diritto, nella quale la “svolta pragmatica”<sup>132</sup> nella filosofia (post-)analitica avrebbe ormai mostrato l’inevitabilità dei giudizi di valore a tutti i livelli dell’analisi giuridica.

Un’analisi dettagliata di tale complessa posizione teorico-giuridica e ancor più un’indagine approfondita sulla retrostante concezione epistemologica – la quale comunque, per lo meno quando pretende di riportare all’analisi giuridica paradigmi implementati per la fisica subatomica, parrebbe un tantino *sauter du coq à l’âne*<sup>133</sup> – esulano dalle ambizioni del nostro scritto e del resto eccedono pure i più ristretti obiettivi di questo breve approfondimento. Quali che siano gli obiettivi *complessivi* dell’impianto costruttivista, infatti, le conseguenze *specifiche* sul principio di avalutatività – che da Weber in poi ha avuto come manifesto programmatico la distinzione tra il *conoscere* e il *valutare*<sup>134</sup> – in apparenza non potrebbero essere più dirompenti.

Ne offrono uno scorcio le parole di Vittorio Villa, quando osserva come «il costruttivismo [...] dichiara il completo fallimento del progetto descrittivistico di distinguere tra “ciò che esiste” e “ciò che costituisce l’esito delle nostre rappresentazioni di ciò che esiste”»<sup>135</sup>, laddove lo stesso Autore veniva poco prima ancor più esplicitamente a precisare come

«l’abbandono della concezione del realismo scientifico, con le sue implicazioni descrittiviste, mette seriamente in crisi l’idea di avalutatività della conoscenza; se, infatti, il rapporto del soggetto conoscente con la realtà non è più assimilabile al modello della *descrizione neutrale*, ma piuttosto a quello della *lettura parziale e selettiva*, allora comincia a vacillare la barriera più forte che impediva ai giudizi di valore di penetrare all’interno delle teorie e degli schemi concettuali in cui si articola la conoscenza stessa»<sup>136</sup>.

<sup>130</sup> HESSE 1922, 186, dove pure si legge che «la saggezza che un dotto tenta di comunicare ad altri, ha sempre un suono di pazzia».

<sup>131</sup> Cfr. in particolare VILLA 1984, VILLA, 1999, VILLA 2004 e VILLA 2012, ma anche BIN 2013.

<sup>132</sup> V. recentemente LUZZATI 2016, 173 ss.

<sup>133</sup> In proposito non ha torto Omar Chessa, quando afferma (CHESSA 2014, 428) che «In realtà il piano della meccanica quantistica e della filosofia morale e politica (come impresa normativa) sono diversi e quello che può dirsi per uno non necessariamente vale anche per l’altro. Altrimenti bisognerebbe supporre che basti fare il nome di Heisenberg per fare piazza pulita del pensiero di Rawls, Nozick, Strauss, Putnam, Waltzer, Sandel, Habermas, Sen, ecc. (oltre che dello stesso Dworkin)».

<sup>134</sup> Cfr. WEBER 1922, 17: «la capacità di realizzare la distinzione tra il conoscere e il valutare, cioè tra il compimento del dovere scientifico di vedere la verità dei fatti ed il compimento del dovere pratico di difendere i propri ideali – questo è il programma al quale intendiamo mantenerci fermamente fedeli».

<sup>135</sup> VILLA 2004, 170.

<sup>136</sup> VILLA 2004, 165.

Questione a onor del vero non del tutto nuova, se lo stesso Villa già vent'anni prima aveva avuto modo d'evidenziare l'influsso inevitabile (e per certi versi anche potenzialmente fecondo) della metafisica – di una qualche metafisica quale insieme di assiomi indimostrati e tendenzialmente indimostrabili – su qualsiasi scienza, a partire da quelle naturali per arrivare a quella giuridica<sup>137</sup>.

Tutto molto interessante. Solo che – ora come allora – la grossa questione epistemologica del rapporto tra (e dell'eventuale riconducibilità di) un *esse* (oggettivo) a un *percipi* (soggettivo), per risultare plausibile, parrebbe a sua volta da relativizzare e, soprattutto, da precisare meglio, anche rispetto alle sue ricadute sul principio di avalutatività nella ricerca.

Ammettere che determinati schemi percettivi, storicamente e culturalmente condizionati, costituiscano le infrastrutture (metafisiche?) *necessarie* con le quali chiunque di noi si rapporta col mondo e con le quali soltanto può rappresentarlo, infatti, parrebbe per certi versi una premessa ragionevole e condivisibile, a patto però d'intendersi bene sui dettagli architettonici e sul grado di plausibilità di tali modelli di percezione e di lettura del reale<sup>138</sup>.

Più in particolare, in relazione a quanto qui ci occupa, dalla premessa secondo cui un qualche apporto metafisico è ineludibile per qualsiasi teoria scientifica, non parrebbe affatto discendere la conclusione per cui sia epistemologicamente indifferente o addirittura utile infarcire un ragionamento scientifico con una pletora di assunti metafisici dal qualsivoglia contenuto e conformazione.

Che il costruttivismo *non* possa ridursi a una banalizzazione del motto secondo cui “*l'essentiel est à l'intérieur*”, del resto, sembrerebbe riconosciuto dai suoi stessi sostenitori:

«quando la meta-scienza contemporanea esprime un giudizio positivo, sia pure da impostazioni diverse, sul ruolo svolto dalla metafisica nei confronti della scienza, senza dubbio non vuole con ciò affermare che qualsiasi punto di vista metafisico possa rivelarsi fruttuoso per la ricerca scientifica, e che, comunque, non vi sia alcun modo concreto per accertarne la maggiore o minore fecondità. Pertanto, riconoscere come inevitabile la presenza di elementi metafisici all'interno delle teorie giuridiche non significa guardare con favore o giudicare fondato qualsiasi punto di vista metafisico [...] da esse presupposto. La meta-scienza contemporanea, al contrario, è ben consapevole del problema della *valutazione* e del *controllo critico* degli elementi metafisici presenti nella scienza»<sup>139</sup>.

Per dirla icasticamente con Piergiorgio Odifreddi, allora, «a voler volare troppo alto, dove lo spinge la metafisica, il pensiero corre il rischio di bruciarsi le ali, come il caro Icaro. E la logica serve appunto a questo: a permettere al pensiero di evitare di sfracellarsi dopo aver ceduto alle tentazioni e alle lusinghe della metafisica, che lo spingono a “volare senz'ali”»<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Cfr. VILLA 1984, 211: «se, dunque, liberare le scienze naturali dai loro stretti legami con la metafisica appare un obiettivo il cui raggiungimento non solo è molto difficile, ma è soprattutto *esiziale* per la fecondità e la profondità (da un punto di vista esplicativo) delle teorie, allora non si vede perché questo stesso obiettivo, mutuato dal neopositivismo e dalla sua erronea concezione della “purezza” della scienza, debba essere imposto alle teorie giuridiche. Oltretutto, il prezzo da pagare per conseguire questa sorta di “purificazione” sarebbe veramente troppo alto, in quanto consisterebbe in una vera e propria “amputazione” di una parte vitale del contenuto della scienza giuridica, quella che fa riferimento alle congetture di carattere metafisico su “che cosa è il diritto” (e poi, in ultima analisi su “che cosa è la società”), che costituiscono il fondamento e la fonte privilegiata di indicazioni metodologiche per la ricerca teorica più viva e stimolante in questo campo di esperienza».

<sup>138</sup> Per uno spunto in tal senso cfr. anche VIGNUDELLI 2014b, 1035: «*Un conto*, per intenderci, parrebbe il condizionamento involontario e tendenzialmente inevitabile implicato dal non poterci strappare gli occhi dalle orbite o la testa dal collo, *tutt'altro conto* quello che viceversa ci deriva dall'indossare volontariamente delle “lenti anamorfiche” o dall'infilare la testa sotto la sabbia».

<sup>139</sup> VILLA 1984, 212 (corsivi miei).

<sup>140</sup> ODIFREDDI 2005, 195.

Il problema, a questo punto, diviene naturalmente quello della “logica” che riesca nell’impresa di conciliare le due istanze – parimenti percepite come rilevanti (ed anzi essenziali) per il prosieguo del discorso – costituite, da un lato, dalla presenza inevitabile e strutturale d’una serie di *Vorverständnisse* cognitive in capo ad ogni osservatore e, dall’altro lato, dall’esigenza d’una verifica della loro sostenibilità epistemica, che daccapo ne garantisca (quanto meno a livello tendenziale) la *correttezza*.

Fortunatamente – a considerare la vicenda con maggior attenzione – la soluzione dell’imbroglio non parrebbe complicata come quella dell’Affare Dreyfus. L’apparente *impasse*, invero, se non si risolve del tutto, quanto meno può essere riportata alle sue reali proporzioni al modesto prezzo d’introdurre alcuni fondamentali distinguo, in parallelo, tanto all’interno della categoria dell’avalutatività, quanto in quella dei c.d. giudizi di valore (o, se si preferisce, delle premesse metafisiche indimostrate).

In relazione alla prima (avalutatività), in questa chiave, è massimamente utile distinguere tra (1) l’avalutatività in senso relativo come ideale *tendenziale*, intesa come vincolo (di onestà intellettuale) a non lasciarsi condizionare dai propri valori *non epistemici*, ed in particolare da quelli *etici*, nello svolgimento delle ricerche<sup>141</sup>, e (2) l’avalutatività in senso assoluto come principio *costitutivo*, che prevede come tassativa *condicio sine qua non* dell’approccio scientifico l’*eliminazione* di *tutti* i valori.

La distinzione è cruciale perché, mentre quest’ultima *Wertfreiheit* è assai più esposta a critiche (e a smentite storiche) proprio a causa della sua radicalità, la prima è assai più facilmente sostenibile, anche prendendo per buone le già accennate risultanze della moderna epistemologia. In altre parole, «non giova difendere o attaccare la *Wertfreiheit* senza precisare di quale avalutatività stiamo parlando. In definitiva la prima tesi – quella della neutralizzazione dei valori – si risolve in un puro e semplice “principio regolativo”, in regole intese a fondare l’imparzialità e, in questo senso, l’oggettività della scienza. In sostanza questa *Wertfreiheit* pone e si pone come un’etica professionale. Bobbio lo dice benissimo: “l’avalutatività è la virtù dello scienziato come l’imparzialità è la virtù del giudice”<sup>142</sup>. Anche se il giudice non è mai perfettamente imparziale, non ne consegue che gli si debba raccomandare di non esserlo. Analogamente, riconoscere i limiti dell’obbiettività scientifica non autorizza a teorizzare il diritto della soggettività settaria»<sup>143</sup>.

In diretta connessione con quanto appena precisato si colloca il secondo corno del discorso, imperniato sul *tipo* dei possibili giudizi di valore, all’interno dei quali conviene distinguere tra premesse *metodologiche* e premesse *ideologiche*: che entrambe le citate istanze possano per certi versi costituire – come si accennava – la base metafisica delle nostre concezioni, infatti, non parrebbe giustificare *in alcun modo* la loro confusione in un’indistinta *Horizontverschmelzung*.

Per ricorrere sul punto alle limpide parole di Augusto Pino,

«la posizione ideologica ha la sua radice nel volere, in un mondo irrimediabilmente irrazionale e persegue determinate finalità; la regola metodologica si fonda sulla esigenza di stabilire il modo, con il quale trattare le asserzioni scientifiche. La ideologia nasconde e non descrive la realtà, che viene apprezzata con il fine di conservarla, o disprezzata con il fine di trasformarla, distruggerla o sostituirla. La metodologia attiene agli strumenti e alle tecniche elaborate per un corretto svolgimento del processo ricognitivo della realtà empirica

<sup>141</sup> La qual cosa, s’intende, non implica la necessità per lo scienziato di rinunciare ai propri ideali pratici, ma soltanto il dovere di tenerli separati dalla fase dell’implementazione delle proprie analisi scientifiche (v. WEBER 1922, 20: «la continua mescolanza di una discussione scientifica dei fatti e di un ragionamento valutativo è una delle caratteristiche ancora più diffuse, ma anche più dannose, dei lavori della nostra disciplina. E le considerazioni precedenti si dirigono appunto contro questa mescolanza, non già contro l’enunciazione dei propri ideali. La mancanza di principi e l’“oggettività” scientifica non hanno nessuna affinità interna»). Circa il rilievo dei valori etici nella fase della scelta del tema e dell’oggetto dell’indagine già nel pensiero di Weber cfr. DREIER 2010.

<sup>142</sup> BOBBIO, 1971, 377.

<sup>143</sup> SARTORI 1979, 88 s.

e non ha nulla a che vedere neppure con il giudizio sulla maggiore o minore idoneità dei dati alla percezione e alla capacità esplicativa, né sulla selezione degli stessi»<sup>144</sup>.

Né parrebbero degni di seria considerazione i tentativi di coloro che, puntando a *faire la sourde oreille*, facessero leva su potenziali frange di vaghezza del criterio idoneo a separare i due differenti giudizi di valore, giacché, come ottimamente annota Mario Jori,

«la distinzione tra premesse di valore (ideologiche) e premesse metodologiche (per ipotesi eticamente neutrali) potrà essere talora difficile, ma non può essere allegramente trascurata, come sembrano talora voler fare certi epigoni del post-positivismo, quasi che la presenza di giudizi di valore “forti” nelle descrizioni fosse un elemento positivo»<sup>145</sup>.

Le conseguenze di tale distinzione sulla possibilità di coltivare un ideale di avalutatività in ambito giuridico dovrebbero a questo punto emergere con sufficiente chiarezza.

Se anche si dovesse concedere che alla base della propria metodologia scientifica possano collocarsi (o addirittura *necessariamente* si collochino) giudizi di valore circa il modo (o il modo migliore) di conoscere – vale a dire giudizi di valore *epistemici* – ciò potrà sì entrare in rotta di collisione con l'avalutatività come principio *costitutivo*, ma viceversa non parrebbe affatto precludere una *Wertfreiheit* come idea *regolativa*. Quest'ultima, infatti, risulterebbe minacciata soltanto dalla presenza di un (giudizio di) valore in senso forte, vale a dire di tipo *etico* – che sono poi quelli a cui principalmente pensava lo stesso Max Weber quando ad essi si riferiva con l'intento di bandire le valutazioni dalla corretta ricerca scientifica<sup>146</sup> –, mentre parrebbe ancora poter serenamente convivere con giudizi di valore in senso debole, di tipo *metodologico*.

*Much Ado About Nothing*, verrebbe dunque da aggiungere, se si pensa che solo questi ultimi (giudizi di valore *in senso debole*) parrebbero davvero logicamente implicati dalle tesi costruttiviste. Pure le agguerrite premesse d'una “guerra totale” scatenata in nome di queste ultime contro il principio di avalutatività, allora, si rivelerebbero così rivolte a un falso bersaglio, vale a dire una *Wertfreiheit* la cui causa nessuno ha necessità di perorare.

<sup>144</sup> PINO 1996, 8.

<sup>145</sup> JORI 1994, 21. E cfr. anche, *ivi*, nt. 25, dove correttamente s'osserva come «la tecnica sperimentale moderna tratta con cauta diffidenza proprio le ipotesi “comode”, non solo quelle teoricamente più ambiziose e conclusive, ma anche quelle che soddisfano posizioni etiche dei ricercatori. La precauzione può essere estesa al di fuori delle scienze sperimentali; certamente lo stile analitico lungi dal trarre conclusioni dalle “esigenze del cuore umano”, guarda tutto ciò che soddisfa le pulsioni profonde con particolare cautela, in particolare quelle che forniscono la consolazione della certezza e del senso (uno dei grandi contributi, questo, della psicoanalisi alla filosofia della scienza, e al pensiero umano). La cautela, naturalmente, appartiene al contesto di scoperta: di per sé tutto ciò deve rimanere al di fuori del ragionamento di giustificazione (positiva o negativa) di una tesi o teoria, non serve di per sé a dimostrare qualcosa o il suo contrario, ma deve indurre a guardare con particolare attenzione alle relative dimostrazioni».

<sup>146</sup> V. WEBER 1922, 243: «per “valutazione” si devono qui intendere [...] le valutazioni “pratiche” di un fenomeno che può essere influenzato dal nostro agire, considerato come riprovevole oppure come degno di approvazione»; e ancora più in particolare *ivi*, 255 s.: «al termine “giudizio di valore” è legato un fraintendimento senza fine, ma soprattutto una disputa terminologica, e quindi completamente sterile [...]. Si tratta [...] esclusivamente della pretesa, di per sé quanto mai banale, che il ricercatore e l'espositore debbano incondizionatamente tenere distinte – poiché si tratta di problemi eterogenei – la constatazione di fatti empirici (compreso il comportamento “valutante”, da lui accertato, degli uomini empirici sui quali indaga) e la sua presa di posizione pratica, che valuta questi fatti (comprese eventualmente le “valutazioni” di uomini empirici che sono oggetto di indagine) come apprezzabili o non apprezzabili, e che in questo senso è “valutativa”».

Per salvaguardare adeguatamente l'istanza di correttezza nel ragionamento giuridico, infatti, sembrerebbe più che sufficiente concludere, come suggerisce una volta ancora l'ottimo Giovanni Sartori, che

«l'avalutatività è un "principio regolativo", non un principio costitutivo. Conclusione che non solo restituisce alla disputa le sue proporzioni, ma che ne chiarisce i termini. Mentre la neutralizzazione dei valori risulta [...] un principio regolativo di fondamentale importanza, l'elisione dei valori si pone come un principio costitutivo che resta da dimostrare. Chi sottoscrive la prima Wertfreiheit, non è tenuto a sottoscrivere la seconda. Ed è la seconda Wertfreiheit, assai più e meglio della prima, che offre argomenti a chi predica una "scienza valutante" che è, insieme, cattiva filosofia e pessima scienza»<sup>147</sup>.

### 6.3. *La pragmatica giuridica come approccio semiotico al diritto* (rinvio)

Come anticipato, la scienza giuridica sarebbe secondo alcuni condizionata da una "svolta pragmatica" anche in un terzo senso, per certi versi storicamente collegato eppure concettualmente distinto dai precedenti: il riferimento è qui specificamente a quelle concezioni che valorizzano un certo approccio "pragmatico" al diritto inteso, prima ancora che come *norma*, come *linguaggio*.

La connessione con l'idea del diritto quale entità tipicamente linguistica rende palese il rilievo che tale impostazione può assumere rispetto alla stipulazione di "diritto" (dei giuristi) qui argomentata e insieme il "ponte" con la seconda parte di questo saggio, che sarà più da vicino dedicata alla tematica della *correttezza* nell'interpretazione del diritto, concepita specificamente come processo di significazione di determinate stringhe di parole. Da qui anche la decisione di rinviare ad essa (seconda parte) l'analisi dettagliata di quella che passa sotto il nome di "pragmatica giuridica"<sup>148</sup>.

In questa sede solo un aspetto di essa vuol essere indagato per la sua rilevanza rispetto alle premesse teoriche e metodologiche del nostro discorso sulla *correttezza* nel ragionamento giuridico. Più in particolare, si cercherà di mettere in risalto come tale peculiare approccio semiotico allo studio del diritto, al di là della rubrica che lo contraddistingue ("pragmatica"), non implichi, tanto meno necessariamente, una qualche contraddizione col principio di avalutatività nella ricerca.

La pragmatica giuridica, infatti, col suo progetto di costituire un modello "a colori"<sup>149</sup> del linguaggio giuridico idoneo (in ipotesi) a superare la dicotomia descrittivo-prescrittivo, si limita a indicarne la cifra distintiva nel livello pragmatico (intendendo in prima approssimazione per 'pragmatica' il complesso delle regole e delle interazioni che regolano l'uso tipico dei segni da parte dei suoi utenti in un dato settore linguistico). La relativa *Leitidee*, in estrema sintesi, è che a risultare decisiva sia la c.d. *macro-pragmatica*, la quale «tratta di fattori che influenzano in modo generale tutto un linguaggio, contribuendo a determinare anche la sua struttura semantica e sintattica. Proprio perché svolge e deve svolgere certe funzioni, quel linguaggio avrà una certa semantica e sintassi»<sup>150</sup>.

Per ora non occorre scandagliare in profondità la conseguenza sicuramente più interessante (ai nostri fini) che da tale impostazione viene fatta derivare in concreto, vale a dire la nota tesi del diritto come "linguaggio amministrato"<sup>151</sup>. Se il linguaggio giuridico sia davvero prevalentemente usato in modo

<sup>147</sup> SARTORI 1979, 89.

<sup>148</sup> Cfr. fin dal titolo JORI 2016. Ma cfr. già JORI 1995.

<sup>149</sup> Cfr. BARBERIS 1990, 81 ss.

<sup>150</sup> JORI 2016, 50.

<sup>151</sup> Cfr. JORI 2016, 65: «il diritto moderno e il suo linguaggio sono fatti per essere amministrati, cioè determinati dalla complessa interazione delle autorità giuridiche e della gente comune. Ciò non significa che gli unici veri utenti del linguaggio giuridico siano i membri delle autorità giuridiche (gli *officials* di Hart). La costante interazione tra autorità e pubblico, e tra esperti e laici, ne è invece lo sfondo pragmatico e ne spiega le fattezze semantiche e sintattiche».

conflittuale dal suo “utente tipo”<sup>152</sup> e se a causa di ciò siano individuabili delle autorità – sin troppo spesso sbrigativamente individuate soli giudici<sup>153</sup> – non soltanto preposte alla soluzione autoritativa dei conflitti tra i consociati, ma anche alla decisione sui significati degli enunciati legislativi, insomma, costituiscono interrogativi che per il momento possono essere tranquillamente lasciati inevasi.

La loro specifica soluzione, infatti, per quanto di primaria importanza rispetto alla tematica della corretta interpretazione, non è in alcun modo necessaria per constatare che, pur concentrandosi sul comportamento *pragmatico* degli utenti medi del linguaggio giuridico, la pragmatica giuridica *non presuppone affatto* un approccio *valutativo*, nel senso di ideologicamente connotato, da parte del ricercatore.

*Au contraire*, uno dei suoi presupposti metodologici (che sia poi realizzato o meno è un altro discorso) parrebbe proprio quello d’aver individuato con esattezza le funzioni del linguaggio giuridico quali esse *sono* (concretamente), e non come *dovrebbero essere* (idealmente).

In altre parole – e sia pure al netto di tutte le ben note difficoltà di *qualsiasi* approccio “funzionale”<sup>154</sup>, che tradizionalmente si sono rivelate *ancor più gravose* in ambito giuridico<sup>155</sup> – la pragmatica giuridica si prefigge espressamente di considerare «il diritto come pratica sociale complessiva *per*

<sup>152</sup> Così JORI 2016, 56: «a livello pragmatico il discorso giuridico è intrinsecamente conflittuale, gli interessi in conflitto tipicamente prevalgono sull’interesse alla comunicazione».

<sup>153</sup> La questione, al contrario, sembrerebbe quanto mai delicata e apparentemente risolta in senso negativo già dallo stesso Jori. È lo stesso “inventore” dell’idea di linguaggio amministrato, infatti, a precisare come «la lingua e i suoi discorsi vengono forgiati dalle decisioni anche semiotiche di determinate autorità, le quali autorità però devono tener conto del modo in cui la comunità allargata accoglie le loro soluzioni» (JORI 2016, 67), per poi riprendere il discorso in modo ancor più dichiaratamente “ecumenico”, osservando come «è bene sottolineare che il controllo del linguaggio giuridico non è riservato neppure alle autorità e tanto meno a una sola tra esse. Ogni linguaggio giuridico verrà gestito dalle autorità, dal legislatore ai giudici ai pubblici funzionari, nella interazione con il pubblico. Si tratta dunque non di due o tre gruppi linguistici, ma di ruoli sociali la cui complessa interazione costituisce la pratica giuridica» (JORI 2016, 59).

<sup>154</sup> A partire dal concetto stesso di “funzione”, su cui cfr. le sempre attuali considerazioni di MERTON 1957, 34 s., secondo cui «fin dagli inizi, l’approccio funzionale nella sociologia è incorso in una confusione di termini. Troppo spesso un termine unico è stato usato per esprimere concetti diversi, così come lo stesso concetto è stato espresso con termini diversi. [...] Basterà solo tener dietro, per un breve tratto, alle peregrinazioni del concetto di “funzione”, per capire, come la chiarezza concettuale sia effettivamente danneggiata e la comunicazione resa nulla a causa della competizione terminologica dell’analisi funzionale. La parola ‘funzione’ è stata accaparrata da diverse discipline e dal linguaggio comune, con il risultato non imprevedibile che il suo significato spesso diventa oscuro, particolarmente nella sociologia».

<sup>155</sup> Vedi già autorevolmente BOBBIO 1977, 109 s.: «l’interesse per il problema della funzione o delle funzioni del diritto, quale si è andato sviluppando in questi ultimi anni, non deve chiuderci gli occhi di fronte al fatto che i risultati sinora raggiunti da questo tipo di analisi sono ben lontani dall’essere soddisfacenti. Chiunque scorra gli elenchi delle funzioni che vengono attribuite al diritto nella maggior parte di questi scritti non può non ritirarsene con l’impressione che questi elenchi siano per un verso una raccolta di cose piuttosto ovvie che aggiungono poco o nulla alla nostra conoscenza del fenomeno giuridico, e per un altro verso siano composti da elementi eterogenei, onde nasce immediatamente il sospetto che nella espressione ‘funzione del diritto’ tanto il termine ‘funzione’ quanto il termine “diritto” vengano usati senza dichiararlo in significati differenti».

*Adde* FERRARI 1980, 44: «lo studio “funzionale” del diritto, come scienza sociale, presenta pur sempre serie difficoltà, quelle difficoltà che paiono ostacolare qualunque tipo di accostamento “funzionale” ai problemi propri delle scienze umane. [...] Non si può certamente dire che quei giuristi e sociologi del diritto, i quali hanno cercato di applicare all’oggetto del loro studio dei parametri “funzionali” abbiano sinora superato convincentemente quelle difficoltà. È lo stesso Bobbio, che pur sempre esprime efficacemente l’esigenza di approfondire la riflessione sulle “funzioni sociali del diritto”, a denunciare con ragione la povertà dei risultati raggiunti da coloro che hanno interpretato, in vari decenni, tale esigenza. [...] L’espressione medesima ‘funzione sociale del diritto’ (o altre equivalenti o derivate) è stata usata in contesti diversi con diversi intendimenti in un arco di tempo che da Jhering corre sino ai più recenti contributi di Parsons, di Aubert, di Bredemeier, di Luhmann».

*quello che è, la gestione organizzata della coazione sociale»<sup>156</sup>, assumendo pertanto un atteggiamento necessariamente e dichiaratamente *descrittivo*.*

E tanto basta, al momento, per concludere che la pragmatica giuridica come approccio semiotico al diritto, non soltanto *non collide* col principio di avallutatività della ricerca in ambito giuridico (come precedentemente specificato in senso “regolativo”), ma addirittura *lo implica*.

#### 6.4 À la recherche du temps perdu?

Così, con l’ennesimo recupero d’una dimensione di semplice “normalità” – così (prima) del “diritto”, come (poi) della “scienza” –, si conclude la prima parte del nostro studio.

Il lettore che abbia avuto la pazienza di seguire fino in fondo il ragionamento sinora svolto potrà allora chiedersi, a questo punto, cosa rimanga di buona parte delle *New Frontiers* giuridiche contemporanee che oggi, come si usa dire, “van per la maggiore”.

Non molto, è quello che può risponderci secondo la modesta opinione di chi scrive. E, verrebbe pure da aggiungere, *senza particolari rimpianti*.

A concezioni perennemente alimentate da un’inarrestabile «ipertrofia dell’innovazione», ma il cui “fatturato” – a conti fatti – parrebbe spesso essere soltanto quello di *porter de l’eau à la rivière*, del resto, parrebbe tuttora *di gran lunga* preferibile un quieto, ma rassicurante *nihil sub sole novi* (o, se si preferisce, un serafico *non nova sed nove*).

Questo certo non tranquillizzerà i tanti spiriti tuttora afflitti da un’inguaribile «smania di novitismo», ma tutto sommato non sembra questo un problema di cui debba farsi seriamente carico uno scienziato.

Com’è stato puntualmente osservato (e non senza un velo di amarezza...), «fino a poco tempo fa, gli studiosi non sentivano la necessità di essere “nuovi” od originali a ogni costo. Ritenevano che il loro principale compito fosse quello di trasmettere sapere. È sempre meno così. Però, non è facile essere “originali”. Il modo più semplice per sembrare innovativi è di “giocare ai quattro cantoni” con le parole. [...] Così, alla fine della sarabanda, tutti i contendenti saranno premiati per la loro dose di pubblicazioni innovative e provocatorie; e un’altra contesa può dunque cominciare, ma non certo a beneficio della conoscenza»<sup>157</sup>.

*Honi soit qui mal y pense.*

<sup>156</sup> JORI 2016, 32.

<sup>157</sup> SARTORI 1975, 94

*Riferimenti bibliografici*

- ALBERT H. 1968. *Per un razionalismo critico*, Bologna, il Mulino, 1973 (ed. or. *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968, trad. it. di E. Picardi).
- ALBERT H. 1971. *Difesa del razionalismo critico*, Roma, Armando, 1997 (ed. or. *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, München, Piper, 1971, tr. it. di D. Antiseri).
- ALEXY R. 1978. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998 (ed. or. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978, tr. it. di M. La Torre).
- ALEXY R. 1994., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012 (ed. or. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, tr. it. di L. Di Carlo).
- ALEXY R. 2003. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Iuris», 16, 2003, 433 ss.
- ARNOLD T.W. 1935. *The Symbols of Government*, New Haven, Yale University Press, 1935.
- AZZARITI G. 2010. *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.
- BALDASSARRE A. 2005. *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, Giappichelli, 2005, 201 ss.
- BARBERA A. 2015. *Costituzione della Repubblica italiana*, in «Enciclopedia del Diritto», Annali, VIII, 2015, 263 ss.
- BARBERIS M. 2007. *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2007, 1 ss.
- BARBERIS M. 2012a. *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2012, 1 ss.
- BARBERIS M. 2012b. *Una teoria "protestante" dell'interpretazione costituzionale*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 12, 2012, 533 ss.
- BARBERIS M. 2013. *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in BARBERIS M., VIGNUDELLI A. (eds.), *"Nuovi" dialoghi sull'interpretazione*, Modena, Mucchi, 2013.
- BARBERIS M. 2014. *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.
- BENEDETTI G. 2014. *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.
- BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2013.
- BOBBIO N. 1955. *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955.
- BOBBIO N. 1971. *Considerazioni sulla filosofia politica*, in «Rivista italiana di scienza politica», I, 1971, 367 ss.
- BOBBIO N. 1972. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1972.
- BOBBIO N. 1977. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.
- BOBBIO N. 1993. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
- BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- CARRINO A. 2015a. *Disobbedienza costituzionale? Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti*, in «Lo Stato», 4, 2015, 25 ss.
- CARRINO A. 2015b. *Contro i giusmoralisti. Appunti a margine di un libro sull'interpretazione costituzionale*, in «Lo Stato», 4, 2015, 235 ss.

- CHESSA O. 2014. *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 2014, 411 ss.
- CHIASSONI P. 2005. *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CHIASSONI P. 2013. *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, Modena, Mucchi 2013.
- COMANDUCCI P. 2008. *Conoscere il diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2008, 419 ss.
- CORDERO F. 2008. *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Torino, Nino Aragno Editore, 2008.
- DE SOUSA SANTOS B. 1990. *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in «Sociologia del diritto», 17, 1990, 5 ss.
- DOGLIANI M. 1985. *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985.
- DREIER H. 2010. *Max Webers Postulat der Wertfreiheit in der Wissenschaft und die Politik*, in DREIER H., WILLOWEIT D. (eds.), *Wissenschaft und Politik*, Stuttgart, Franz Steiner, 2010, 35 ss.
- FERRAJOLI L. 2004. *La pragmatica della teoria del diritto*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 351 ss.
- FERRARI V. 1980. *L'analisi funzionale in sociologia del diritto*, in «Sociologia del diritto», 7, 1980, 43 ss.
- FEYERABEND P.K. 1975. *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, Feltrinelli, 2008 (ed. or. *Against Method. Outline of an Anarchist Theory of Knowledge*, London, New Left Books, 1970, tr. it. di L. Sosio).
- GADAMER H.G. 2001. *Ethos mondiale e giustizia internazionale. Dialogo a cura di Damiano Canale*, in «Ars interpretandi», 6, 2001, 1 ss.
- GALLIE W.B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, 167 ss.
- GUASTINI R. 1982. *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1982.
- GUASTINI R. 1992. *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992.
- GUASTINI R. 1994. *Tre domande a Francesco Viola*, in JORI M. (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, 220 ss.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.
- GUASTINI R. 2012. *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, Mucchi, 2012.
- GUASTINI R. 2014. *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico e i suoi critici*, in «Analisi e Diritto», 2014, 165 ss.
- VON HAYEK F.A. 1988. *La presunzione fatale. Gli errori del socialismo* (a cura di D. Antiseri), Milano, Rusconi, 1997 (ed. or. *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, London, Routledge, 1988, tr. it. di F. Mattesini).
- HART H.L.A. 1967. *I problemi della filosofia del diritto*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, 11 ss. (ed. or. *Problems of Philosophy of Law*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, tr. it. di P. Comanducci).
- HEMPEL C.G. 1989. *Oltre il positivismo logico. Saggi e ricordi* (tr. it. e cura di G. Rigamonti), Roma, Armando, 1989.
- HESSE H. 1922. *Siddharta* (tr. it. di M. Mila), Milano, Adelphi, 1995.
- IRTI N. 2007a. *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.
- IRTI N. 2007b. *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- IRTI N. 2009. *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

- IRTI N. 2011. *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- JORI M, PINTORE A. 1995. *Manuale di teoria generale del diritto*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 1997.
- JORI M. 1994. *Introduzione*, in JORI M. (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, 1 ss.
- JORI M. 1995. *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 109 ss.
- JORI M. 2004. *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 377 ss.
- JORI M. 2016. *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016.
- KANT I. 1781, 1787. *Critica della ragion pura*, Torino, UTET, 1967 (ed. or. *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, 1787, tr. it. a cura di P. Chiodi).
- KAPLAN A. 1964. *The Conduct of Inquiry: Methodology for Behavioral Science*, San Francisco, Chandler, 1964.
- KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1934, tr. it. di R. Treves).
- KUHN T.S. 1962. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999 (ed. or. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962, tr. it. di A. Carugo).
- KUHN T.S. 1970. *Riflessioni sui miei critici*, in LAKATOS I., MUSGRAVE A. (eds.), *Critica e crescita della conoscenza*, Milano, Feltrinelli, 1976, 313 ss. (ed. or. *Reflections on my Critics*, in LAKATOS I., MUSGRAVE A. (eds.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, 270 ss.).
- LUTHER J. 2002. *La scienza häberliana delle costituzioni*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2002, 105 ss.
- LUCIANI M. 2015. *Le salmerie della scienza giuridica*, in «Rivista AIC», 2015, 1 ss.
- LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in «Enciclopedia del Diritto», Annali, IX, in corso di pubblicazione.
- LUZZATI C. 2016. *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016.
- MELANDRI E. 1961. *Sui presupposti del «presupporre» (a proposito di alcuni studi di filosofia del diritto)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 15, 1961, 1440 ss.
- MERTON R.K. 1957. *Teoria e struttura sociale*, Bologna, il Mulino, 1966 (ed. or. *Social Theory and Social Structure*, Free Press of Glencoe, New York, 1957).
- NAGEL E. 1961. *La struttura della scienza. Problemi di logica nella spiegazione scientifica*, Milano, Feltrinelli, 1968 (ed. or. *The Structure of Science. Problems in the Logic of Scientific Explanation*, New York, Harcourt, Brace & World, 1961).
- ODIFREDDI P. 2005. *Il matematico impertinente*, Longanesi, Milano, 2005.
- PEDRINI F. 2014. *Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia. Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)*, in «Lo Stato», 2, 2014, 125 ss.
- PEDRINI F. 2015a. *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà. Intervista al Prof. Natalino Irti (Roma, 14 maggio 2015)*, in «Lo Stato», 4, 2015, 161 ss.
- PEDRINI F. 2015b. *Colloquio su Metodo, Interpretazione e Richterstaat. Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)*, in «Lo Stato», 5, 2015, 189 ss.
- PINO A. 1996. *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova, Cedam, 1996.

- PINO G. 2013. *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a Interpretazione e Costituzione di Aljs Vignudelli*, in «Diritto e Società», 2, 2013, 353 ss.
- PINO G. 2014a. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.
- PINO G. 2014b. *Nobile sogno o pia illusione? Teoria e politica dell'interpretazione giuridica, ovvero: altre glosse ad Aljs Vignudelli*, in «Lo Stato», 2, 2014, 197 ss.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016.
- PINTORE A. 2003. *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- POPPER K.R. 1945, *La società aperta e i suoi nemici*, II, *Hegel e Marx falsi profeti* (a cura di D. Antiseri), Armando, Roma, 1996 (ed. or. *The Open Society and Its Enemies*, London, Routledge, 1945, tr. it. di R. Pavetto).
- POPPER K.R. 1985. *Il pensiero essenziale. Brani scelti dall'autore come testamento intellettuale* (a cura di D. Miller), Roma, Armando, 1998 (ed. or. *Popper Selection*, Princeton, Princeton University press, 1985, tr. it. Stefano Gattei).
- POPPER K.R. 1994. *Il mito della cornice. Difesa della razionalità e della scienza*, Bologna, il Mulino, 2005 (ed. or. *The Myth of the Framework. In Defence of Science and Rationality*, London, Routledge, 1994, tr. it. di P. Palmiello).
- RADIN M. 1938. *A Restatement of Hohfeld*, in «Harvard Law Review», 51, 1938, 1141 ss.
- RAWLS J. 1971. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2010 (ed. or. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, tr. it. di U. Santini).
- RÜTHERS B. 2014. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- SARTORI G. 1970. *Malformazione dei concetti in politica comparata*, in ID., *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011, 11 ss. (ed. or. *Concept Misformation in Comparative Politics*, in «American Political Science Review», 64, 1970, 1033 ss.).
- SARTORI G. 1975. *La torre di Babele*, in SARTORI G., *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011, 91-142 (ed. or. *Tower of Babel*, in SARTORI G., RIGGS F. W., TEUNE H. (eds.), *Tower of Babel: on the definition and analysis of concepts in the social sciences*, Pittsburgh, International Studies Association, University of Pittsburgh, 1975).
- SARTORI G. 1979. *La politica come scienza*, ora ripubblicato, col diverso titolo *Filosofia, scienza e valori*, in SARTORI G. *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011, 75 ss.
- SARTORI G. 1984. *Regole per l'analisi dei concetti*, in SARTORI G. *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011, 143 ss. (ed. or. *Guidelines for Concept Analysis*, in «Social Science Concepts: A Systematic Analysis», London, SAGE, 1984, 15 ss.).
- SCARPELLI U. 1948. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in SCARPELLI U., DI LUCIA P. (eds.), *Il linguaggio nel diritto*, Milano, Led, 1994, 87 ss.
- SCARPELLI U. 1971. *Il metodo giuridico*, in «Rivista di diritto processuale», 4, 1971, 554 ss.
- SCARPELLI U. 1989. *Il positivismo giuridico rivisitato*, in «Rivista di filosofia», 80, 1989, 461 ss.
- VIGNUDELLI A. 1988. *La corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia normativa delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1988.
- VIGNUDELLI A. 2006. *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in «Diritto e Società», 2006, 657 ss.
- VIGNUDELLI A. 2011. *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.

- VIGNUDELLI A. 2012a. Honni soit qui mal y pense. *Una prima risposta (e qualche domanda) a Mauro Barberis*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2012, 1 ss.
- VIGNUDELLI A. 2012b. Amicus plato... *Botta e risposta con Mauro Barberis*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 12, 2012, 547 ss.
- VIGNUDELLI A. 2012c. *Interpreti vs. Legislatore. La contesa del primato sulla produzione del diritto alla luce della Carta costituzionale repubblicana*, in «Rassegna Parlamentare», 3, 2012, 541 ss.
- VIGNUDELLI A. 2013a. Honni soit qui mal y (re-)pense. *Una seconda risposta (e qualche ulteriore domanda) a Mauro Barberis*, in BARBERIS M., VIGNUDELLI A. 2013 (eds.), “Nuovi” dialoghi sull’interpretazione, Modena, Mucchi, 2013.
- VIGNUDELLI A. 2013b. Amicus plato (reloaded), in BARBERIS M., VIGNUDELLI A. 2013, “Nuovi” dialoghi sull’interpretazione, Modena, Mucchi, 2013.
- VIGNUDELLI A. 2013c. *Valori fuori controllo? Per un’analisi costi/benefici d’un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea*, in «Lo Stato», 1, 2013, 71 ss.
- VIGNUDELLI A. 2013d. «Non lo fo’ per piacer mio...». *Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito) sull’“insostenibile” avalutatività dell’interpretazione giuridica*, in «Diritto e Società», 3, 2013, 559 ss.
- VIGNUDELLI A. 2014a. «Rigore è quando arbitro fischia»? *Ovvero: (anche) con Pino monologo spesso*, in «Lo Stato», 2, 2014, 211 ss.
- VIGNUDELLI A. 2014b. *Come un post scriptum. “Interpretazione e Costituzione” tra Prequel e Sequel*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 2014, 1013 ss.
- VILLA V. 1984. *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè, 1984.
- VILLA V. 1993. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 1993.
- VILLA V. 1999. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999.
- VILLA V. 2004. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2004.
- VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.
- VIOLA F. 1989. *Approccio filosofico al mondo del diritto*, in VIOLA F., URSO M., *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989, 7 ss.
- VIOLA F. 1990. *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Editoriale Jaca Book, 2003.
- VIOLA F., ZACCARIA G. 2003. *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003.
- VIOLA F., ZACCARIA G. 2004. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- WEBER M. 1922. *Il metodo delle scienze storico-sociali* (a cura di P. Rossi), Torino, Einaudi, 2003 (ed. or. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it. di P. Rossi).
- WILLIAMS G. 1945. *Il diritto internazionale e la controversia della parola diritto (1945)*, in SCARPELLI U. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, 43 ss.
- WINKLER G. 2014. *Il diritto e la scienza del diritto. Riflessioni per un pensiero giuridico empirico-razionale a partire da spazio e tempo*, Modena, Mucchi, 2015 (ed. or. *Das Recht und die Rechtswissenschaft. Überlegungen zu einem empirisch-rationalen juristischen Denken aus den Perspektiven von Raum und Zeit*, 2014, Wien, Sramek, 2014, tr. it. di F. Lijoi).

ZACCARIA G. 1984. *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984.

ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY G. 1996. *Storia e costituzione*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 35 ss.

ZAGREBELSKY G. 2002. *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, 865 ss.