

CONSIDERAZIONI APOLOGETICHE DI UN DOTTRINARIO GENOVESE

PIERLUIGI CHIASSONI



Considerazioni apologetiche di un dottrinario genovese

Apologetic Remarks of a Genoese Scholar

PIERLUIGI CHIASSONI

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.

E-mail: pierluigi.chiassoni@unige.it

ABSTRACT

In omaggio all'opera teorica di Giovanni Tarello, lo scritto considera, e rigetta, tre critiche mosse da Luigi Ferrajoli: la critica della concezione tarelliana della teoria del diritto, la critica della teoria tarelliana dell'interpretazione giuridica, la critica della teoria tarelliana del realismo giuridico.

As a way of honouring the theoretical work of Giovanni Tarello, the paper considers, and rejects, in turn, three critiques launched by Luigi Ferrajoli: the critique of Tarello's meta-legal theory, the critique of Tarello's theory of legal interpretation, and, finally, the critique of Tarello's theory of legal realism.

KEYWORDS

Giovanni Tarello, teoria del diritto, interpretazione giuridica, realismo giuridico

Giovanni Tarello, legal theory, legal interpretation, legal realism

Considerazioni apologetiche di un dottrinario genovese

PIERLUIGI CHIASSONI

1. *Aporie nell'opera di Tarello?* – 2. *Una concezione depauperante e irrazionalistica della teoria del diritto?* – 3. *Una falsa concezione dell'interpretazione giuridica?* – 4. *Un realismo insidioso?*

«io sono un settatore della purificazione della *teoria*, ma ritengo [...] che negli studi giuridici il campo della *teoria* (in quanto contrapposta alle dottrine ed alle ideologie [...]) vada spostato indietro, e cioè nelle sedi delle metodologie dell'analisi lessicale, delle metodologie dell'analisi storica delle istituzioni e della cultura giuridica, delle metodologie della sociologia».
(TARELLO 1975a)

1. *Aporie nell'opera di Tarello?*

Nel saggio *Giovanni Tarello a 30 anni dalla sua scomparsa*¹, scritto per questa Tavola rotonda, Luigi Ferrajoli sostiene che l'opera di Tarello, accanto a meriti notevolissimi e indubitabili, presenti altresì dei gravi difetti, nella forma di “aporie” e di “fallacie ideologiche”². Ferrajoli ritiene, in particolare, che i difetti attengano a tre aspetti del pensiero tarelliano: la concezione della teoria del diritto (la meta-teoria del diritto), la teoria dell'interpretazione giuridica, il realismo giuridico.

Il mio contributo a questa Tavola rotonda consisterà in una difesa dell'opera di Tarello. Non già, si badi, per (stanco) adempimento di un dovere d'ufficio, ma da convinto dottrinario. Sosterrò che le critiche di Ferrajoli sono infondate: il frutto, a ben vedere, di fraintendimenti. Così facendo, suggerirò che le idee di Tarello in tema di teoria del diritto, teoria dell'interpretazione, e realismo, lungi dall'essere accantonate, dovrebbero fare parte dell'insieme di assunti, credenze e atteggiamenti che presiede alle quotidiane investigazioni giusfilosofiche di tutti noi.

2. *Una concezione depauperante e irrazionalistica della teoria del diritto?*

Il primo aspetto dell'opera di Tarello che Ferrajoli trova seriamente difettoso è costituito, come accennavo, dalla concezione della teoria del diritto. Secondo Ferrajoli, questa sarebbe, al tempo stesso, depauperante e irrazionalistica.

¹ FERRAJOLI 2018.

² «[I]ntendo mostrare [scrive Ferrajoli] come gli approcci di Tarello, sicuramente originali ed estremamente fecondi, *rischiano paradossalmente*, a causa della loro *assunzione come esclusivi e alternativi* rispetto a quelli tradizionali, *di dar vita ad altrettante aporie o fallacie ideologiche*» (FERRAJOLI 2018, 4, corsivi miei).

La concezione tarelliana sarebbe anzitutto depauperante. Essa propone, infatti, un modo di fare teoria del diritto fortemente impoverito, per il quale:

1. la teoria del diritto si deve limitare all'«analisi degli usi linguistici dei giuristi», alla «teoria dell'interpretazione», e «più in generale», alla teoria «delle tecniche e delle forme dei ragionamenti» giudiziari, in funzione della «caccia alle ideologie» dei giuristi e dei giudici;

2. la teoria del diritto non deve essere altresì teoria costruttiva, ovverosia dedita all'elaborazione («costruzione»), mediante «definizioni stipulative», di «un sistema di concetti» (di un «apparato concettuale») «idoneo a dar conto delle strutture di qualunque ordinamento giuridico» e «dotato di capacità esplicativa dei fenomeni giuridici» (FERRAJOLI 2018, 209 f.);

3. la teoria del diritto non deve svolgere alcun ruolo «critico e progettuale», come quello che invece potrebbe svolgere, ad esempio, se prendesse «sul serio» il diritto delle democrazie costituzionali contemporanee, mettendo in luce la strutturale presenza «delle lacune e delle antinomie», identificandole alla luce dei «principi costituzionali», e indicando le tecniche più idonee per la loro «soluzione» (FERRAJOLI 2018, 212).

La concezione tarelliana sarebbe, inoltre, irrazionalistica: nelle parole di Norberto Bobbio, che Ferrajoli cita, «una forma bella e buona di irrazionalismo» (FERRAJOLI 2018, 210). Negando che la teoria del diritto possa svolgere anche un ruolo costruttivo, e sottoponendo la teoria del diritto formale e strutturale di stampo kelseniano a una critica distruttiva, la concezione tarelliana ha demolito «il vecchio edificio sinora costruito senza lasciarci intravedere neppure il disegno del nuovo», con il risultato di promuovere la «dissoluzione di ogni tentativo di costruire una qualsiasi teoria» (FERRAJOLI 2018, 210, che cita nuovamente parole di Bobbio, corsivo mio).

A prova della “estraneità” e della “diffidenza” di Tarello rispetto alla concezione costruttiva della teoria giuridica (che poi altro non è se non la concezione esemplificata dalla «tradizionale teoria del diritto»), e del suo favore per una teoria fortemente depauperata, distruttiva, dagli esiti irrazionalistici, Ferrajoli adduce tre esempi. Il primo esempio è costituito dall'analisi tarelliana di “obbligo”; in essa, osserva Ferrajoli, Tarello omette accuratamente di fornire una definizione qualsivoglia del termine chiave della sua indagine. Il secondo esempio è costituito dalla (“polemica e provocatoria”) proposta tarelliana di “espungere” la locuzione “positivismo giuridico” dal discorso della teoria e storiografia giuridica. Il terzo esempio è costituito, infine, dalla (“polemica e provocatoria”) proposta tarelliana di “usare il meno possibile” la locuzione “ordinamento giuridico”, e dalla sua critica delle concezioni ordinamentali del diritto di Santi Romano, Hans Kelsen e Norberto Bobbio (FERRAJOLI 2018, 209 s.).

L'argomentazione di Ferrajoli appare popolata di fallacie. Mi limiterò a metterle in luce cinque. Si tratta, come vedremo subito, della fallacia d'indebita

generalizzazione, della fallacia degli esempi irrilevanti e controproducenti, della fallacia della falsa autorità (o del falso testimone), e infine delle fallacie dell'indebita identificazione e del cattivo samaritano. Nel darne conto, mi sarà possibile formulare alcune considerazioni utili a meglio comprendere la posizione tarelliana.

1. *Indebita generalizzazione*³. L'argomentazione di Ferrajoli incorre, anzitutto, in una fallacia d'indebita generalizzazione. La fallacia – presente, a onor del vero, in un ragionamento di Norberto Bobbio che Ferrajoli cita con approvazione – consiste in questo: dal rigetto di *un certo modo* di fare teoria del diritto – la teoria del diritto formale e strutturale alla maniera di Kelsen e di Bobbio – non segue il rigetto di *qualsunque modo* di fare teoria del diritto (la «dissoluzione di ogni tentativo di costruire *qualsiasi* teoria»⁴), a meno di ritenere, si badi, che la teoria formale-strutturale, così come elaborata da Kelsen, Bobbio e i loro seguaci, sia l'unica forma di teoria del diritto (costruttiva) praticabile (che può e deve essere praticata). In tale caso, peraltro, il ragionamento sarebbe inficiato da una diversa fallacia: la fallacia d'indebita identificazione, di cui dirò tra poco.

Con ciò, si noti, l'accusa d'irrazionalismo, che Ferrajoli rivolge alla concezione tarelliana della teoria del diritto, mutuandola da Bobbio, viene almeno in parte a cadere⁵. Sul punto tornerò occupandomi di altre fallacie nella critica di Ferrajoli all'opera di Tarello.

2. *Esempi irrilevanti e controproducenti*. L'argomentazione di Ferrajoli incorre, in secondo luogo, in una fallacia per uso di esempi irrilevanti e controproducenti. Gli esempi della critica tarelliana della locuzione “positivismo giuridico”, dell'analisi tarelliana di “obbligo”, e della critica tarelliana della locuzione “ordinamento giuridico” sono irrilevanti come prove del rigetto, da parte di Tarello, di una concezione costruttiva della teoria del diritto. Sono inoltre, e al tempo stesso, controproducenti, perché forniscono prova in favore della conclusione opposta.

Nel proporre l'espunzione della locuzione “positivismo giuridico” dal discorso teorico e storiografico, Tarello non nega, anzi afferma, che, ad esempio, in sede di “teoria” e di “storiografia giuridica”, ci si possa occupare della «dottrina della separazione dei poteri»⁶. Nega, però, che sia proficuo fare una teoria o una storia “del positivismo giuridico”, come se ci fosse *una cosa* (e *una*, e *cosa*), il positivismo giuridico, che invece non c'è.

Nella sua articolata analisi di “obbligo”, Tarello presuppone una (robusta) teoria del diritto: in particolare, una (robusta) teoria delle norme giuridiche, che intende come significati di “enunciati normativi”, significati identificati sulla base

³ Questa fallacia è anche denominata fallacia dell'accidente converso o della generalizzazione affrettata: cfr. COPI 1964, 81.

⁴ BOBBIO 1975, 93.

⁵ La replica di Tarello alle critiche di Bobbio (e del “capzioso Gavazzi”) può leggersi in TARELLO 1975b, 236 s.

⁶ TARELLO 1974, 88.

di «diaframmi e di filtri costituiti da dottrine, ideologie, modi di pensare ...»⁷. Ora una teoria siffatta è, con tutta evidenza, il frutto di una concezione non nichilistica, non puramente distruttiva, della teoria del diritto. Essa, al contrario, offre al giurista un apparato di concetti in funzione esplicativa, in linea con i postulati della teoria costruttiva. Permette inoltre al giurista che se ne serva di cogliere gli eventuali difetti delle “teorie dell’obbligo giuridico”: ad esempio, della teoria del malcapitato Hart, che Tarello bolla di «analisi insoddisfacente, parziale e storicamente condizionata», e dunque, in virtù del fatale “effetto Mida”⁸, di essere “dottrina”: di essere «cioè in un certo modo una ideologia»⁹.

Nel proporre, infine, di usare il meno possibile la locuzione “ordinamento giuridico” e nel sottoporre a critica le teorie ordinamentali di Santi Romano, Kelsen, e Bobbio, Tarello non è per nulla animato – come sostiene Bobbio – da un furore iconoclasta irrazionalistico e fine a sé stesso. Naturalmente, il gusto di *épater les théoriciens* c’è, ed è fortissimo. È però sufficiente leggere le prime due pagine del saggio (incriminato) di Tarello, per rendersi conto della poderosa macchina teorica (frutto di teoria costruttiva!) che permette a uno studioso, a uno solo, di vedere quello che gli altri allora non vedevano (di non starsene delle “norme” come “elementi degli ordinamenti giuridici”), di squarciare il velo che ottenebrava la loro percezione del diritto, e che li conduceva a confondere proprietà posticce, artificiali e soggettive (*a parte subiecti*), con proprietà *essenziali* della cosa diritto¹⁰.

In conclusione: gli esempi addotti da Ferrajoli per provare la ripugnanza di Tarello per la teoria costruttiva, non soltanto sono irrilevanti in vista di tale fine, ma, paradossalmente, accreditano la conclusione opposta. Essi mettono in luce, infatti, che la battaglia di Tarello non era contro il modo costruttivo di fare teoria del diritto in assoluto, bensì contro le cattive teorie “costruttive”: le pseudo-teorie, le dottrine (consapevoli o inconsapevoli) camuffate da teorie, incomplete, fuorvianti e fatalmente ideologiche. Su questo punto tornerò ancora, trattando della fallacia del cattivo samaritano.

3. *Falsa autorità (o Falso testimone)*. A supporto della tesi per cui la metateoria tarel- liana non contempla un ruolo costruttivo per la teoria del diritto, Ferrajoli si serve, altresì, dell’autorità di un passo di Mauro Barberis (che a sua volta cita un passo di Tarello, quello da me qui citato in epigrafe), adducendolo come prova schiacciante della «“svalutazione di principio” della teoria generale del diritto» (FERRAJOLI 2018, 210). Sfortunatamente, così facendo, Ferrajoli incorre nella fallacia della falsa autorità o, se si vuole, del falso testimone. Nel suo scritto, Barberis offre una lettura palesemente a-contestuale del passo di Tarello: una lettura che, nuovamente, gli

⁷ TARELLO 1974, 281.

⁸ TARELLO 1975b, 234.

⁹ TARELLO 1974, 283.

¹⁰ TARELLO 1975a, 49 s.

ascrive una posizione “anti-teorica” nei confronti della teoria del diritto *tout-court*. Così facendo, però, Barberis omette di porre in luce che l’atteggiamento “anti-teorico” di Tarello non aveva carattere universale; che, al contrario, Tarello lanciava i suoi strali acuminati all’indirizzo di un particolare modo di fare teoria del diritto, erede, sovente inconsapevole, del concettualismo germanico ottocentesco¹¹.

4-5. *Indebita identificazione e Cattivo samaritano*. L’argomentazione di Ferrajoli appare viziata, ancora, da una fallacia (che chiamerò) di indebita identificazione. Ferrajoli, come si è visto, identifica la teoria del diritto costruttiva con la teoria del diritto tradizionale. Così facendo, ha buon gioco nel sostenere che Tarello, rigettando il modo tradizionale di fare teoria del diritto, rigetti la concezione costruttiva della teoria del diritto. Le cose però, dal punto di vista della teoria e metateoria tarelliana, non stanno così. Ferrajoli, però, non sembra essersene dato conto, essendo incorso in un’altra (e per questo inventario, ultima) fallacia: la *fallacia del cattivo samaritano*.

Lo spirito del cattivo samaritano impedisce a Ferrajoli di vedere ciò che un buon samaritano avrebbe invece percepito con chiarezza. Ebbene, ecco.

Primo, Tarello rigetta le teorie generali di Santi Romano, Kelsen e Bobbio non già poiché sono teorie *costruttive* di apparati di concetti. Bensì, poiché, a un attento esame, esse si rivelano essere teorie ideologicamente ispirate e condizionate: pseudo-teorie che pretendono di dare conto di presunte “proprietà essenziali della realtà del diritto”, ma che, a ben vedere, alla luce della storia della cultura giuridica, danno conto, in realtà, delle proprietà che un settore del pensiero giuridico di una certa epoca reputa “essenziali”, vuoi per l’adesione a ideologie razionalistiche del diritto, vuoi per altre esigenze pratiche.

Secondo, Tarello teorizza e pratica la teoria costruttiva, intendendola precisamente come teoria che, per riprendere le parole di Ferrajoli, mediante definizioni stipulative elabora apparati di concetti dotati di capacità esplicativa dei fenomeni giuridici. Lo stesso Ferrajoli menziona la distinzione tarelliana tra enunciazione prescrittiva, enunciato prescrittivo e significato di un enunciato prescrittivo, la quale costituisce la base terminologica e concettuale di una teoria delle “norme giuridiche” dotata di una forte carica innovativa, come lo stesso Ferrajoli riconosce.

Terzo, nella concezione della teoria del diritto di Tarello non c’è nulla che si opponga a un’attività critica e progettuale come quella che Ferrajoli propugna, e svolge, prendendo sul serio il diritto delle democrazie costituzionali contemporanee. Semplicemente, dal punto di vista della meta-teoria tarelliana, il compito critico e progettuale non appartengono alla teoria del diritto (a-valutativa e “descrittiva”), bensì alla politica del diritto, nelle dimensioni dell’alta dogmatica dei concetti giuridici confacenti a uno stato costituzionale e dell’alta ingegneria costituzionale.

¹¹ TARELLO 1975b, 234 s., 236 s.; TARELLO 1974, Parte II (cap. VI).

3. *Una falsa concezione dell'interpretazione giuridica?*

Alla teoria tarelliana dell'interpretazione giuridica Ferrajoli muove due critiche, tra loro concatenate. La prima critica sostiene che la teoria tarelliana offre una falsa concezione della natura dell'interpretazione. La seconda critica sostiene che la teoria tarelliana, offrendo quella falsa concezione della natura dell'interpretazione, favorisce (ancorché in modo inintenzionale) la diffusione della fallacia della creatività dell'interpretazione (giudiziale), secondo cui è fatale, e legittimo, che i giudici creino diritto.

Perché mai la concezione tarelliana della natura dell'interpretazione sarebbe falsa? Ferrajoli sostiene questa tesi sulla base di un ragionamento del seguente tenore.

1. Tarello (con i suoi allievi e seguaci) sostiene che “l'interpretazione” (aggiungo io: giudiziale, dottrinale o ufficiale) ha carattere volitivo. È, in termini kelseniani, un atto di volontà.

2. Nel sostenere che l'interpretazione ha natura volitiva e decisionale, Tarello rigetta sia la tesi secondo cui l'interpretazione ha natura conoscitiva, sia la tesi secondo cui l'interpretazione ha natura creativa.

3. Il rigetto della tesi della natura conoscitiva dell'interpretazione dipende dall'adesione a una teoria della conoscenza giuridica, e della conoscenza in generale, secondo cui un'attività conoscitiva è un'attività scevra da decisioni e volizioni. Dimodoché l'interpretazione giuridica, essendo volizione, non è, né può essere, conoscenza (cognizione).

4. La teoria della conoscenza giuridica, e della conoscenza in generale, come attività scevra da decisioni e volizioni è, però, falsa (“insostenibile”): «la conoscenza empirica [afferma Ferrajoli] è sempre [...] una conoscenza relativa e opinabile, e implica sempre, perciò, un momento decisionale e volitivo» (FERRAJOLI 2018, 215).

5. Ne consegue che la concezione tarelliana della natura dell'interpretazione giuridica, secondo cui essa sarebbe volitiva e non conoscitiva, è falsa.

6. Occorre pertanto rigettare la teoria di Tarello (e dei realisti genovesi), sostituendola con una teoria secondo cui: «l'attribuzione di un significato a un testo normativo, pur essendo certamente un atto di volontà, ovvero una decisione, non ne toglie il carattere cognitivo, a meno che il significato attribuito non sia ad esso attribuibile perché prodotto di un'indebita creazione» (FERRAJOLI 2018, 215).

Con ciò, Ferrajoli vuole apparentemente dire questo. L'interpretazione è l'attività che consiste nell'attribuire un significato a un enunciato normativo, in esito a una decisione che consiste nella scelta di uno dei significati attribuibili all'enunciato in virtù delle “regole linguistiche e semantiche del contesto”. L'interpretazione è, dunque, attività conoscitiva perché la decisione, ancorché inevitabile, presuppone nondimeno la conoscenza (l'accertamento) dei significati che formano la cornice dei significati possibili dell'enunciato normativo interpretato.

Se le cose stanno così, però, la critica di Ferrajoli alla concezione tarelliana della natura volitiva dell'interpretazione appare il frutto di un fraintendimento. Invero, com'è noto, e può peraltro dimostrarsi *per tabulas*, Tarello (nel passo citato da Ferrajoli), e, in modo ancora più chiaro, Guastini¹², adottano *esattamente* quella concezione: distinguendo, naturalmente, il momento della decisione da quello della cognizione. A differenza di Ferrajoli, tuttavia, Tarello (e Guastini) mettono in luce come la cornice possa essere assai ampia, ben al di là dei significati strettamente linguistici delle disposizioni. La cornice, inoltre, è una variabile dipendente degli esperimenti ermeneutici degli interpreti, i quali possono congetturare significati, “conformi alle regole linguistiche e semantiche del contesto”, che Ferrajoli non esiterebbe a considerare “creativi”.

4. *Un realismo insidioso?*

L'ultima critica di Ferrajoli al pensiero di Tarello concerne il realismo giuridico. La critica può così formularsi:

1. il realismo giuridico, con la sua pretesa di essere il solo approccio scientifico allo studio del diritto, comporta il rigetto del normativismo e favorisce, ancorché inconsapevolmente, la “fallacia realistica” (secondo cui, tutto ciò che, nel mondo del diritto, accade, “deve accadere”);

2. la teoria del diritto di Tarello è una teoria realistica;

3. dunque, la teoria del diritto di Tarello favorisce, ancorché inconsapevolmente, la “fallacia realistica”;

4. se si vuole evitare di favorire vuoi la fallacia realistica, vuoi la fallacia normativistica (secondo cui, tutto ciò che, nel mondo del diritto, “deve accadere”, accade), occorre rigettare sia le teorie puramente realiste, sia le teorie puramente normativiste, e adottare invece una teoria mista, che, combinando realismo e normativismo, indaga il diritto e in quanto insieme di “fatti”, e in quanto insieme di “norme”, e sola può dare conto del fenomeno della «divaricazione tra norme e fatti», e fare comprendere «non solo la validità e l'effettività, ma anche l'invalidità e l'ineffettività conseguenti a lacune e antinomie» (FERRAJOLI 2018, 217).

Anche quest'ultima critica è meritevole di rigetto.

1. Il realismo di Tarello non è un realismo convenzionale. Sfugge alla tradizionale dicotomia realismo/normativismo. Si pone al di fuori sia del coro degli ingenui cantori delle norme, sia del coro degli ingenui cantori dei fatti. La posizione di Tarello, come suggerisce la sua teoria delle norme giuridiche, più volte evocata in queste pagine apologetiche, è una posizione di *normativismo*

¹² Cfr. p.e. GUASTINI 2011, 393-397.

ermeneutico. Vi sono norme; queste sono però il prodotto di operazioni di manipolazione di enunciati normativi, da parte di giudici, giuristi, funzionari o avvocati, dipendenti da ideologie, costruzioni, atteggiamenti, interessi, e credenze.

2. Dal punto di vista del realismo tarelliano, non c'è alcuno spazio vuoi per la fallacia normativistica, vuoi per la fallacia realistica. Dal punto di vista di uno scienziato del diritto tarelliano, registrare che, poniamo, un certo giudice ha manipolato un certo insieme di enunciati normativi in un certo modo, giungendo a un certo risultato, non comporta affatto di attribuire una qualche "legittimità" a quella manipolazione. Naturalmente l'investigatore, il giurista-sociologo, dovrà anche registrare come, nella cultura giuridica del tempo, quella manipolazione sia avvertita e qualificata, se sia o no tollerata, apprezzata, censurata. Il problema della legittimità (e della legittimazione) resta interamente al di fuori delle mura, lineari ma poderose, del realismo tarelliano.

Riferimenti bibliografici

- BOBBIO N. 1975. *Intervento*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento. Atti del X Congresso Nazionale di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, Giuffrè, 1975.
- COPI I. 1964. *Introduzione alla logica*, Bologna, il Mulino, 1964.
- FERRAJOLI L. 2018. *Giovanni Tarello a 30 anni dalla sua scomparsa*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18, 1, 2018, 201 ss.
- GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- TARELLO G. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- TARELLO G. 1975a. *Il diritto come ordinamento*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento. Atti del X Congresso Nazionale di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, Giuffrè, 1975, 49 ss.
- TARELLO G. 1975b. *Replica*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento. Atti del X Congresso Nazionale di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, Giuffrè, 1975, 234 ss.