

## Introduzione

SOMMARIO: 1. Storia e questioni teoriche. – 2. Snodi concettuali: la questione dell'unità del normativo giuridico, senso comune, categorie. – 3. Movimenti della ricerca.

[Il funzionamento del *Sollen* è] il grande mistero del diritto e dello Stato. [Quest'ultimo] riposa sulla forza motivatrice [*motivierenden Kraft*] della rappresentazione [*Vorstellung*] di un ordinamento e [nella] credenza [*Glaube*] di dover agire conformemente ad esso.

Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911  
e *Reinerechtslehre*, 1934

La legittimità del potere può essere di carattere razionale [*rationalen*]: quando poggia sulla credenza [*auf dem Glauben*] nella legalità di ordinamenti statuiti, e del diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere (potere legale) in base ad essi.

Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922

### 1. Storia e questioni teoriche

Nel novembre del 1989 in Germania Est si verificò qualcosa di eccezionale e, per alcuni versi, misterioso. Un assetto socio-politico da tempo consolidato e isolato venne improvvisamente meno. Non vi fu alcuna rivoluzione interna: i sommovimenti si sarebbero potuti agevolmente reprimere, come accaduto altre volte,

né si verificò alcun attacco esterno. Semplicemente il “sistema” *implose*.

Ciò travolse non solo l’assetto socio-politico nel suo complesso ma ogni livello dell’ordinamento giuridico propriamente inteso: i *Vopos* non spararono più. Semplicemente non vi fu più chi comandava né chi obbediva (quanto più rileva in un contesto blindato come era quello tedesco): il *demos* rigettò l’impalcatura politico-ordinamentale. Venne meno quella struttura minimale che, pur leggibile secondo prospettive diverse, forse da sempre costituisce il nerbo dell’esperienza giuridica: ciò che colpisce è l’*istantaneità* di quanto accaduto. Più radicalmente si eclissò l’idea del diritto come assetto unitario e, con essa, l’insieme di credenze (riflesse e irriflesse) latamente riconducibile all’idea di “senso comune”. Una dimensione implicita, genericamente intesa come *credenza* a portata normativa *radicata in un contesto* e con funzione di collante del vivere associato in grado di consentire la tenuta del sistema socio-giuridico. Quanto rinvia in ultima analisi al tema *lato sensu* epistemico, come sfera legata alla logica della credenza<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Evoca gli scenari tedesco-orientali anche A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla Governance*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 99. Il tema si lega per molti versi a quello del senso comune che, con declinazioni diverse, presenta una lunga ascendenza (da Vico sino al dibattito anglosassone del secolo scorso): G. Vico, *Scienza Nuova* (1744), in Id., *Opere*, Laterza, Bari, 1953, I, p. 7, (su cui G. Zanetti, *Ragion pratica e diritto. Un itinerario aristotelico. Practical Reason and Law. An Aristotelian Itinerary*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 144 e ss.); A. Palma, *Giustizia e senso comune*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 47-71. Per la linea anglosassone rinvio d’obbligo a L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, 1953 e Id., *On Certainty*, Basil Blackwell, Oxford, 1974 (su cui A. Coliva, *Moore e Wittgenstein. Scetticismo, certezza e senso comune*, Il Poligrafo, Padova, 2003); G.E. Moore, *Philosophical Papers*, Allen & Unwin, London, 1959.

In chiave filosofica: N. Rescher, *On Certainty and Other Philosophical Papers*, Ontos Verlag, Frankfurt-New Brunswick, 2011; S.A. Rosenfeld, *Common Sense: a Political History*, Harvard University Press, Cambridge Ma., 2011; N. Lemos, *Common Sense. A Contemporary Defense*, DePauw University, Indiana, 2004; e R. Elio (ed.), *Common Sense, Reasoning, Rationality*, Oxford University Press, New York, 2002; E. Castelli, *I paradossi del senso commune*, Cedam, Padova, 1990. In relazione al diritto P. Savarese, *Diritto ed episteme. Note sullo*

e insieme, indissolubilmente, deontica del “credere”<sup>2</sup>.

Il “caso tedesco” può confrontarsi, in chiave speculare, con il “caso europeo”. In quest’ultimo i termini del binomio *demos*-diritto in qualche modo si rovesciano.

Originatosi a partire da un contesto propriamente privo di *demos*, il processo di unificazione europea è andato sviluppandosi confidando nella capacità degli organismi politico-istituzionali di istituire non solo un assetto giuridico avvertito come unitario. L’obiettivo era contribuire a creare nel tempo un “senso comune” come espressione di una sfera collettiva riconoscibile anche nella prospettiva della creazione di un’identità europea<sup>3</sup>. Non solo,

---

*statuto dello strumento giuridico*, Nuova Cultura, Roma, 2014; L. Corso, *Giustizia senza toga: la giuria e il senso comune*, Giappichelli, Torino, 2008 e Id., *I due volti del diritto. Elite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino, 2016. Con riguardo agli studi di logica F. von Kutschera, *Vernunft und Glaube*, De Gruyter, Berlin-New York, 1990; S. Galvan, *Ricerche di logica epistemica*, Educatt, Milano, 2002. Ma ulteriori riferimenti *infra*, cap. 1.

<sup>2</sup> Si conviene con chi ritiene che “il senso comune non [possa] essere considerato l’ultima parola in questioni cognitive e morali”: M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa, 2010, pp. 11-12 (per il nesso con il diritto *ivi* pp. 16-18 e p. 13 la critica al giusrealismo) la cui impostazione si sintetizza come segue: “Il diritto nel senso comune è [...] una partecipazione a una pratica e un fatto [che richiede] che la pratica sia, in qualche senso, condivisa” (inoltre p. 16, sul nesso con la nozione di “diritto vigente”, e pp. 17-18 sul circuito senso comune-diritto-linguaggio ordinario come “immediato giudizio convergente o collettivo di individuazione del diritto”). A tale impostazione si farà riferimento, come confronto critico-argomentativo, al cap. 1 poiché in essa il tema del senso comune ha trovato tematica esplicitazione: pur condividendone alcune linee di fondo o aspetti descrittivi da essa ci si discosterà con riguardo a profili non secondari.

Una precisazione. Ciò non implica accedere necessariamente ad una prospettiva *tout court* ermeneutica imperniata su repertori di *Vorverständnisse* né, ancor meno, a orizzonti di natura immediatamente etico-politica o valoriale. Si tratta soltanto di considerare l’ipotesi che a livello di senso comune ogni qualificazione del normativo muova minimalmente da una qualche forma di credenza. Attesa la problematicità che comporta l’analisi del “contenuto” di tale dimensione, si può comunque ragionare intorno ad essa così da provare a stilizzarne alcuni profili formali.

<sup>3</sup> Lega esplicitamente il tema dell’identità europea alla questione del senso

quindi, l’istituzione di un astratto “spazio pubblico europeo” ma, di nuovo, il riferimento alla dimensione della *credenza* in rapporto al configurarsi dell’idea di Europa e di una visione unitaria del diritto e quindi, in ipotesi, di *un* ordinamento giuridico europeo. Un’impostazione che sembra denunciare limiti sempre più evidenti e che, a ben vedere, in qualche misura connotavano sin dall’inizio l’esperimento europeo<sup>4</sup>.

Contesti, quello tedesco ed europeo, certamente profondamente differenti ma connessi: sia per il medesimo scenario storico-temporale nel quale sono maturati, sia per il loro carattere paradigmatico che consente di mostrarne alcuni profili di generalità.

In tali processi viene a tema, cioè, la polarità o circolarità tra processi di rappresentazione unitaria del diritto e orizzonte del senso comune con lo sfondo di credenze che lo connotano. Da prospettive differenti in essi si intravede il progressivo eclissarsi di (o la difficoltà di costruire un) tale orizzonte radicato in un contesto<sup>5</sup> che, in forme anche molto diverse, aveva sottesamente informato la legittimazione dei vissuti sociali<sup>6</sup> costituendo, altresì, la

---

comune F. Fukuyama, *The Challenge for European Identity*, in <http://theglobaljournal.net/article/view/469/>.

<sup>4</sup>Una prima introduzione in I.P. Karolewski-V. Kaina (eds.), *European Identity. Theoretical Perspectives and Empirical Insights*, Lit, Berlin, 2006, soprattutto pp. 132-133; sul deficit democratico delle istituzioni europee C. Hoskyns-M. Newman (eds.), *Democratizing the European Union*, Manchester University Press, Manchester, 2000; quadri problematici in B. Montanari (a cura di), *La costruzione dell’identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Giappichelli, Torino, 2013, vol. I; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006 e A. Lo Giudice, *Istituire il post-nazionale. Identità europea e legittimazione*, Giuffrè, Milano, 2011; *contra* almeno in parte M. Barberis, *Europa del diritto. Sull’identità giuridica europea*, il Mulino, Bologna, 2008, parte seconda e terza. Si consenta rinviare a G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Identità europea e politiche migratorie*, Vita e Pensiero, Milano, 2008. Il punto verrà ripreso al cap. 4.

<sup>5</sup>Su questa relazione si tornerà ampiamente nel cap. 1. Una lettura antropologica del senso comune, distinta ma connessa a quanto si argomenterà, in C. Geertz, *Antropologia interpretativa*, il Mulino, Bologna, 2001, cap. 4.

<sup>6</sup>Profilo emerso anche in chiave squisitamente politologica in termini di ela-

premessa per la *teorizzazione* degli ordinamenti politico-giuridici<sup>7</sup>. In altre parole, il *Glauben* di cui parlava Weber citato ad esergo o la “credenza” evocata dallo stesso Kelsen<sup>8</sup>: si potrebbe

---

borazione di *public policies* in contesti democratici: H. Ingram-S. Rathgeb Smith (eds.), *Public Policy for Democracy*, Brooking Institutions Press, Washington. D.C., 1993 (si ringrazia il Prof. Gabrio Forti per la segnalazione di tale volume). Sul nesso senso comune-Costituzione la relazione di Franco Gallo alla Corte Costituzionale del 12 aprile 2013: la Costituzione come “fattore di integrazione permanente [opera con pienezza divenendo senso comune] solo se la Costituzione viene interiorizzata e percepita dalle istituzioni rappresentative [...] e dai singoli come il patrimonio più prezioso e indisponibile della comunità nazionale” ([http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_annuali/RelazioneGallo\\_20130412.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/RelazioneGallo_20130412.pdf), pp. 12-13). Sul circuito senso comune-legittimazione degli assetti democratici M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit., pp. 145-147 e p. 76: “Talora la pratica cessa di funzionare per il venir meno dei suoi *normali* presupposti sociali e il problema diviene irrisolvibile con i criteri normali nei casi di[...] grave ‘patologia sociale’” (corsivo nel testo; ivi il rilievo circa l’assenza di riferimenti al senso comune nelle pronunce della Cassazione e della Corte costituzionale: punto rilevante in ordine alla tenuta di assetti socio-giuridici).

<sup>7</sup>In termini per ora orientativo-introductivi il “senso comune” rinvia all’insieme “*indeterminato e in costante evoluzione e modificazione di credenze (cui si aggiungono norme di condotta, convenzioni sociali, ecc.) più o meno giustificate e variamente strutturate diffuse all’interno di un gruppo umano in un dato momento storico, donde il carattere connotativo ‘comune’ attribuito a tale insieme*”: P. Picari, *Conoscenza ordinaria e senso comune*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 44 (corsivi nel testo). Per una prima problematizzazione E. Agazzi (a cura di), *Valore e limiti del senso comune*, Franco Angeli, Milano, 2004, pp. 9-10, pp. 21-22 (sul binomio senso comune-buon senso) e pp. 25-38 (anche per la distinzione tra l’orizzonte basico-minimale di senso comune, qui utilizzata, e senso comune come orientamento filosofico); M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 12, n. 1 che ritiene opportuno non distinguere “buon senso” e “senso comune” (cioè senso comune valido e invalido).

<sup>8</sup> “[La ‘forza dello stato’ o lo stato come ‘forza’] non può manifestarsi in altro modo che nella *forza motivatrice che sorge dalle rappresentazioni che hanno per contenuto le norme dell’ordinamento giuridico*, cioè dell’ordinamento statale. [...] Tutte le manifestazioni esterne [...] sono di per sé oggetti inanimati. Si trasformano in strumenti della forza dello stato soltanto quando gli uomini si servono di essi nel senso di un determinato ordinamento, soltanto quando questi uomini sono determinati dalla *rappresentazione* di questo ordinamento e dalla *credenza* di dover agire conformemente ad esso”: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952 (Wien, 1934), p. 146 (corsivi aggiunti).

dire quel nucleo duro sotteso all’agire cui faceva notoriamente riferimento anche Ludwig Wittgenstein<sup>9</sup>.

Da qui alcuni interrogativi.

Aggregandosi intorno al tema rappresentato da un nucleo di credenze (o “senso comune”) legato a un contesto, essi intersecano direttamente la teoria del diritto e innervano la presente indagine. Esistono, e quali sono, le condizioni *lato sensu* epistemiche (esplicite e implicite) e contestuali che rendono possibile non solo una individuazione o configurazione del normativo giuridico ma, di più, una sua *rappresentazione unitaria*<sup>10</sup> (se si vuole, con lessico tradizionale, come “ordinamento giuridico”)?

Ancora: ove tali condizioni siano riconducibili in qualche modo alla nozione di “senso comune”, è possibile identificarne almeno qualche elemento distintivo? In che misura tale nozione viene plasmata a livello teorico-giuridico, sul piano cioè delle teorie ordinali, e qual è la relazione tra i due livelli? Il variare del “senso comune” determina una trasformazione radicale dell’ordinamento giuridico e degli assetti politico-istituzionali fino alla loro dissoluzione?<sup>11</sup>.

Infine: si va forse assistendo, con gradienti e modalità diversi, a processi di riconfigurazione interna dei modelli socio-istituzionali legati al “senso comune” che comportano il tramonto progressivo di categorie e orizzonti teorici che, sino a tempi recenti, avevano consentito di concettualizzare il diritto come esperienza unitaria o, con lessico aduso, in termini di “ordinamento” e “sistema”?<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, cit., p. 85, § 217; sul punto A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto...*, cit., p. 48. In generale D. Patterson (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Westview Press, Oxford, 1992.

<sup>10</sup> Si segnala come ciò costituisca una delle linee distintive tra l’ipotesi teorica che qui si andrà proponendo e alcune prospettive similari (*infra*, cap. 1).

<sup>11</sup> P. Heritier, *Nodi nelle Law and Humanities: Vico, Joyce, Lacan*, in A. Andronico (a cura di), *La legge di Lacan. Psicoanalisi e teoria del diritto*, Mimesis. Milano-Udine, 2016 (“Teoria e Critica della Regolazione Sociale”, 2, 2016), in particolare p. 140.

<sup>12</sup> Come noto per Kelsen “[i]l diritto come ordinamento, o l’ordinamento giuridico, è un sistema di norme giuridiche. [...] Una pluralità di norme forma un’unità, un sistema, un ordinamento quando la sua validità può essere ricondotta a un’unica

Da questa prospettiva il riferimento all'idea o, meglio, al pro-

---

norma come fondamento ultimo di questa validità": H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 95, con piena assimilazione tra "ordinamento" e "sistema".

Tra le nozioni di "ordinamento" (giuridico) e "sistema" (giuridico) non si dà perfetta sovrapponibilità: per le finalità del presente lavoro qui si assumono i due sintagmi in modo atecnico e come sostanzialmente equipollenti. Si è opportunamente osservato che "l'ordinamento in quanto 'sistema' non preesiste all'interpretazione e alla costruzione giuridica: il 'sistema' giuridico altro non è che il risultato delle attività sistematorie dei giuristi [per cui con sistema giuridico ci si riferisce] all'ordinamento tutto intero [ma tale sistema normativo] non esiste, dal momento che nessun giurista mai ha neppure cercato di sistematizzare l'intero ordinamento": R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 295 (ivi anche nn. 72 e 73: "[L]a cosiddetta scienza giuridica non trova sistemi normativi [...]. Essa ha ad oggetto insiemi di norme, non sistemi. I sistemi normativi sono piuttosto il *prodotto* della scienza giuridica": corsivi nel testo): una prospettiva condivisibile che, tuttavia, lascia impregiudicato il problema del criterio di individuazione degli "insiemi di norme" (come distinguere l'"oggetto" costituito dalle norme giuridiche rispetto, ad esempio, a quelle etiche?) e che forse non esclude la possibilità di distinguere l'ordinamento dal sistema nel senso che quest'ultimo, come implicitamente e giustamente rileva Guastini, non è assimilabile al primo.

In merito ad esempio: P. Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Esi, Napoli, 2005, p. 8 (sull'intrinseca polisemia della nozione di ordinamento); G.B. Ratti, *Sistema e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008; A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto...*, cit., p. 13 (in rapporto all'idea di "fonte", non come oggetto di analisi connesso all'orizzonte delle credenze).

Non ci si soffermerà sulla nozione di "sistema giuridico": nell'ampia bibliografia, su cui (come per l'ordinamento) anche *infra*, cap. 1, rapsodicamente almeno M. Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, cap. 2; M. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, Milano, 2002 (1968); P. Cappellini, *Systema Iuris. I Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, Giuffrè, Milano, 1984 e Id., *Systema juris. II Dal sistema alla teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1985; N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, il Mulino, Bologna, 1974 (Stuttgart et al., 1974), pp. 34-37 (incluse le note); B. Montanari, *Ragionare per decidere. Dalla scientia juris alla Governance*, in G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Ragionare per decidere*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 1-33; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990, cap. 3 e Id., *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987, cap. 2, in particolare pp. 111-112; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 15 e ss. Si consenta rinviare al mio *Ordine, sistema, ordinamento*, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Un manuale*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 125-166.

blema dell'“ordinamento” giuridico può costituire un'utile chiave di lettura. Ove non assolutizzata e assunta in termini euristico-paradigmatici, come espressione sintetica di una visione unitaria del normativo in qualche modo connessa ai processi di formalizzazione della nozione di “senso comune”, essa può rappresentare uno schema concettuale o, comunque, un punto di osservazione privilegiato per provare a dare qualche risposta.

Per questa via è sembrato possibile cogliere meglio alcuni profili della transizione in atto da modelli di rappresentazione concettuale (o teorizzazione) del giuridico sottesi anche all'esperienza comune, le cui premesse rimontano variamente alle origini della modernità secondo direzioni differenti, a schemi socio-giuridici che appaiono vieppiù legittimati in termini meramente pragmatico-funzionali. Ciò che sembra segnare una progressiva rottura, radicale benché contraddittoria, con la tradizione dogmatico-concettuale a noi più nota.

## 2. *Snodi concettuali: la questione dell'unità del normativo giuridico, senso comune, categorie*

*Unità normativa, senso comune e categorie* costituiscono, dunque, le coordinate concettuali di quanto si andrà ragionando. Di seguito appare allora utile segnalare meglio, seppure schematicamente, gli snodi logico-tematici abbozzandone i contorni essenziali. Poco più che una sorta di canovaccio, o reticolo concettuale, così da fornire la traccia della linea argomentativa sviluppata nei capitoli successivi.

Innanzitutto la questione dell'unità del normativo giuridico.

È il problema rappresentato dalla crescente difficoltà, avvertita non solo sul piano teorico ma anche in molti ambiti del diritto positivo, nell'articolare una rappresentazione unitaria del normativo<sup>13</sup>. La compromissione, in altre parole, dell'idea del diritto in-

---

<sup>13</sup> Ad esempio con riguardo al diritto civile (C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015; G. Passigli, *Ossimori del civilista*, in V. Barsotti (a

teso come “unità”, o come costruito logico unitario, in relazione sia al versante dei consociati sia sul piano della elaborazione concettuale.

Da questa prospettiva, come poc’anzi osservato, a livello euristico-metodologico la nozione di “ordinamento” (a prescindere dal suo nesso problematico con il sintagma “sistema”) è apparsa un’utile griglia critico-concettuale quantomeno per impostare il problema. Ciò soprattutto in ordine all’apprezzamento delle trasformazioni o metamorfosi<sup>14</sup> che sembrano investire alcuni momenti tradizionalmente qualificanti: le nozioni di coerenza e completezza,<sup>15</sup> il concetto di “fonte”<sup>16</sup> (con il progressivo delinarsi di fonti “sommese”), la nozione stessa di “norma”<sup>17</sup>, ecc.

---

cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche, Maggioli, Sant’Arcangelo di Romagna, 2014, pp. 83-94) e penale: M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Puf, Paris, 2004; V. Militello, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in V. Barsotti (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, cit., pp. 51-82; M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, i saggi di M. Donini, R. Orlandi, F. Palazzo e A. Bernardi. In prospettiva sociologico-giuridica L. Pannarale, *Il diritto che guarda. Rischi della decisione giuridica*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 12 e 21 (sul problema della completezza o, meglio, incompletezza che affligge il diritto).

<sup>14</sup> A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

<sup>15</sup> Una problematizzazione paradigmatica in N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, in particolare sul nesso ordinamento-diritto (p. 3), cap. 3, p. 123 sul “dovere della coerenza” (in funzione non della validità ma della “giustizia” dell’ordinamento) e cap. 4 circa la completezza dell’ordinamento giuridico. Inoltre *infra*, cap. 1.

<sup>16</sup> Tra i molti B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014; G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Mucchi, Modena, 2013; A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto...*, cit., *passim*; C. Sarra, *Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi*, Cleup, Padova, 2012.

<sup>17</sup> M. Barberis, *Europa del diritto...*, cit., cap. VIII (in termini problematici con riferimento all’ambito comunitario).

In secondo luogo il circuito *intuizione, forme di “credenza” e contesto*: con una formula sintetica il “senso comune”.

L’idea di fondo, o ipotesi di lavoro, è che a tale plesso problematico, e quindi alla transizione che investe una rappresentazione unitaria del diritto e il concetto di ordinamento giuridico, sia sottesa una dimensione complessa. Quanto si può definire sinteticamente come un circuito imperniato su prassi (comportamenti) e credenze (o sfondi di credenza), radicati in un contesto, al cui interno riveste un ruolo cruciale come sintesi dei due piani l’orizzonte del “senso comune”.

Da questa prospettiva l’analisi della dimensione intuitiva, incluso del suo gradiente implicito e sotteso ai comportamenti dei consociati<sup>18</sup>, rivela profili articolati. Disponendosi su piani diversi, in prima battuta essi appaiono *lato sensu* ascrivibili alla dimensione della “credenza”, riflessa o implicita (inespressa, inintenzionale<sup>19</sup>) e integrano ciò che, a livello di ipotesi di lavoro, si può per

<sup>18</sup> Precisando l’acceso iniziale il tema si lega *lato sensu* alla questione del *rule-following*, e ai processi inferenziali legati all’enucleazione della regola, derivanti dalla riflessione wittgensteiniana: L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, cit., (su cui S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Harvard University Press, Cambridge, 1982); A.G. Conte, *Paradigmi di analisi della regola in Wittgenstein*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 267-312; V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 75-79; M. Barberis, *Seguire norme giuridiche, ovvero: cos’avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell’interpretazione giuridica?*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 2002, pp. 245-276; A. Lo Giudice, *Una critica pragmatista alla razionalità deliberativa*, in G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Ragionare per decidere*, cit., pp. 289-319. Il punto si riallaccia, in tutt’altro orizzonte storico-filosofico, al ruolo rivestito dal *Volksgeist* nel quadro della Scuola storica del diritto, in termini di articolazione unitaria e continuità nel tempo del normativo, sintetizzato nel *Gewohnheitsrecht*: B. Montanari, *Arbitrio normativo e sapere giuridico ... a partire da Puchta*, Giuffrè, Milano 1984, p. 119.

<sup>19</sup> Per la nozione sociologica di “credenza inintenzionale”, con riguardo al nesso senso comune-comportamenti collettivi, P. Tarenzi, *Per una sociologia del senso comune: studio su Hannah Arendt*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 48 e ss.; M. Polanyi, *La conoscenza inespressa*, Armando, Roma, 1979 e il tema degli effetti inintenzionali sotteso a M. Barberis, *L’evoluzione nel diritto*, cit., *passim*.

ora sinteticamente definire “senso comune”<sup>20</sup>. Tali livelli, che secondo alcune prospettive attingono anche ad un piano propriamente cognitivo<sup>21</sup>, sono sottesi non solo al giuridico inteso come pratica sociale radicata in un contesto<sup>22</sup>.

In chiave più tecnica essi attengono anche alla configurazione della polarità atti di posizione-atti di riconoscimento<sup>23</sup> così come

---

<sup>20</sup> La possibile coniugazione di “senso comune” e “credenza”, o sistemi di “credenze di sfondo”, verrà problematizzata nel cap. 1 (con riferimento anche alle posizioni di Vittorio Villa e Mario Jori). Peraltro “[l’]impresa normativa collettiva che è la credenza comune in regole coattive di convivenza” e “la credenza in una realtà quotidiana fatta in un certo modo” rappresentano due assunti non “facilmente dimostrabili”: M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 19.

<sup>21</sup> Sulla proiezione cognitiva del “senso comune” E. Agazzi (a cura di), *Valore e limiti del senso comune*, cit., p. 17.

<sup>22</sup> F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 202 ove il problema del consenso rifluisce nel “tradizionale *senso comune* [e quindi il consenso non è] mera convergenza di interessi” (corsivo nel testo); Id., *Costituzione, democrazia, diritto naturale*, in V. Possenti (a cura di), *Il futuro della democrazia. Annuario di filosofia*, Mimesis, Milano-Udine, 2011, pp. 183-201 (sulle nozioni di unità sociale e cooperazione ragionevole); G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 23 e p. 71 (sul nesso senso comune-diritto e la transizione dalla dinamica sociale alla forma giuridica); S. Civitarese Matteucci, *L’identità delle Scienze giuridiche nel mondo giuridico “plurale”. – “Questa è l’acqua”*, in V. Barsotti (a cura di), *L’identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, cit., pp. 29-50 che rimarca, in ottica epistemologico-sistemica, il radicarsi del diritto come pratica sociale “nel senso comune” come credenza collettiva. Se il diritto è problema di consenso e “senso comune”, non operando in un vuoto pneumatico le norme giuridiche sono legate alle pratiche sociali di una data comunità, “per cui il luogo normativo dell’autorità politica [è la] convenzione tesa a risolvere il problema del coordinamento morale” (U. Pagallo, *Il diritto nell’età dell’informazione: il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 323, con riferimento alla nozione kantiana di senso comune su cui M. Savi, *Il concetto di senso comune in Kant*, Franco Angeli, Milano, 1998).

<sup>23</sup> Una stratificazione di livelli forse accostabile allo *ius cognitum* di cui parla Nicolò Lipari come “complesso di precetti riconosciuti dai consociati e praticati nell’esperienza (ovvero violati, ma nella consapevolezza di contraddire ad un precetto)”: N. Lipari, *Introduzione alla tavola rotonda sul tema Produzione e interpretazione del diritto*, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, Nuova

informano le (almeno sin qui) tradizionali o più consuete modalità di concettualizzazione del normativo: livelli strutturali (come le categorie deontiche: *in primis* la nozione di “dover essere”), gerarchia delle fonti, elaborazione della dogmatica e teorizzazione in termini unitario-sistematici della sfera giuridica.

Da questa prospettiva l’ipotesi è che la rapida trasformazione degli assetti politico-ordinamentali che va delineandosi (e, non ultimo, il crescente spaesamento del cittadino comune di fronte al “diritto”), in cui sembra progressivamente sostanzarsi l’eclissi di una visione unitaria del normativo, a ben vedere rappresenti solo l’epifenomeno di un processo che, più a fondo, si può *anche* leggere come una mutazione di modelli (o paradigmi) del “senso comune” sino, forse, a comportarne la definitiva dissoluzione.

Se quindi, in ipotesi, il “senso comune” rappresenta una delle *conditio sine qua non* di una qualsivoglia concettualizzazione unitaria del normativo giuridico<sup>24</sup>, la crescente difficoltà che attraversa il suo configurarsi appare simmetrica ad una possibile compromissione di quest’ultima. In altre parole: non si tratta solo di registrare l’avvicinarsi di orizzonti differenti di “senso comune”, bensì di valutare se non vada delineandosi la difficoltà di concettualizzare *un* senso comune o, meglio, se si offrano ancora le coordinate concettuali che lo rendono (e lo hanno reso) possibile.

In questo senso, e in terzo luogo, le trasformazioni o metamorfosi che investono profili diversi della sfera giuridico-istituzionale<sup>25</sup> costituirebbero solo l’aspetto superficiale, certamente rilevante ma non cruciale, di una mutazione più profonda che investe il modo stesso di intendere il normativo giuridico sul piano categoriale.

Serie, 1, 2010, in particolare p. 294 (posizione rimarcata, con riguardo al tema delle fonti, in A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto...*, cit., pp. 5-6).

<sup>24</sup> V. Omaggio, *Il diritto nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 15 (circa il rilievo rivestito da un blocco di categorie irriducibili o indiscutibili) e pp. 24-25 (riguardo al diritto come sostanza presupposta).

<sup>25</sup> In merito rinvio ai saggi contenuti in B. Montanari (a cura di), *Il diritto dopo il Novecento ovvero dell’incertezza*, Mimesis, Milano-Udine, 2015 (“Teoria e Critica della Regolazione Sociale”, 1, 2015), in particolare il contributo di Aurelio Gentili, *Il contratto dopo il Novecento*, pp. 11-30.

Ciò che sembra progressivamente venir meno è l'*esigenza* di fornirne (o di fare riferimento a) una concettualizzazione organico-sistematica che, almeno nella più recente tradizione Ottocento-Novecentesca e relativamente ai modelli o contesti sinora a noi più noti, con gradi diversi aveva implicitamente fatto riferimento *anche* ad un orizzonte definibile di “senso comune”.

In questa prospettiva l'oblio del referente statutale, ormai quasi un *topos* del dibattito filosofico-giuridico<sup>26</sup>, si presta ad una duplice lettura. Se ad un primo livello esso segna il venir meno della possibilità di riferirsi ad una determinata architettura politico-istituzionale, espressiva di *una* particolare configurazione del normativo (un “ordinamento”), tale dinamica si può leggere altresì come l'esito del tramonto di *un* particolare orizzonte di senso comune<sup>27</sup>.

In tal senso la scissione del binomio dato-teoria, o meglio l'inclinarsi della sequenza senso comune-teoria-diritto, opera infatti solo sullo scorcio del secolo scorso e all'alba del nuovo. Essa va probabilmente colta in coincidenza col delinarsi di modelli socio-giuridici che chiedono di essere letti secondo nuovi moduli teorici (ad esempio attraverso la metafora reticolare<sup>28</sup>). Collocan-

<sup>26</sup> M. Barberis, *Europa del diritto...*, cit., p. 259 (per una posizione critica).

<sup>27</sup> Sulla relazione senso comune-diritto vigente: “il diritto vigente si presenta come tale con tutta evidenza, nel settore delle attività sociali considerato come giuridico da tutti: la coazione organizzata. La cosa funziona solo quando ci sia un solo candidato possibile, cioè la società non presenti diritti rivali” (M. Jori-A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014<sup>3</sup>, p. 55).

<sup>28</sup> Per la definizione classica di “rete” F. Ost-M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, pp. 23-26; F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto...*, cit., pp. 29-48, soprattutto p. 32 (in particolare per la posizione di Gunther Teubner). Sulla progressiva attenzione ai modelli reticolari: “Ars Interpretandi”, 22, 1, 2017; R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997 (Freiburg-München, 1992), p. 132; L. Pannarale, *Con la società del network siamo usciti dalla modernità?*, in P. Nerhot (a cura di), *L'identità plurale della filosofia del diritto* (Atti del XXVI Convegno nazionale della Società italiana di Filosofia del diritto, Torino, 16-18 settembre 2008), ESI, Napoli, 2009, pp. 199-213; M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 179-182 e Id.,

dosi in un contesto essenzialmente post-moderno<sup>29</sup>, ma forse a ben vedere superandolo, tali modelli sembrano segnare una rottura radicale rispetto a prospettive più risalenti.

Introducendo paradigmi di razionalità “locali”<sup>30</sup> essi comportano una ridefinizione del giuridico, secondo quanto qualcuno ha efficacemente descritto in termini di transizione dal “sistema” allo “spazio giuridico”<sup>31</sup>, con il conseguente oblio della specificità della sfera giuridica (relegata a mero fattore decisionale o regolatore tra i tanti)<sup>32</sup>. Quanto sembra sancire il definitivo radicamento di un orizzonte che si potrebbe definire di mera “effettività” normativa<sup>33</sup>.

---

*Europa del diritto...*, cit., p. 253 e ss. (in termini critici verso la prospettiva di Ost e De Kerchove); F. Viola, *Autorità e ordine del diritto*, cit., pp. 367-394; P. Heritier, *Urbe-Internet. La rete figurale del diritto. Materiali per un ipertesto didattico*, Giapichelli, Torino, 2003, vol. 1 e si consenta il mio *Sfera giuridica e scenari contemporanei: intorno al diritto come “rete”*, in “Jus”, LIX, 2, 2012, pp. 261-286. Inoltre A. Catania, *Metamorfosi...*, cit., pp. 7-11: l'immanenza della prospettiva “organizzazionale” (vs. l'idea romaniana di ordinamento) “alla fenomenologia del concreto agire giuridico” determina il saldarsi di modelli reticolari e *Governance* per cui il *New Public Management* è “aspirazione della *governance* a creare una rete che mira all'inclusione di attori sociali ‘concreti’ [secondo una logica di] *network*, rete e policentrismo” che rende insufficiente “l'idea sistemica di ordinamento”.

<sup>29</sup> Oltre al classico J. Lyotard, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano, 1998 (Paris, 1979) G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2001 (New York, 1995) a cura di Mauro Barberis; B. Montanari (a cura di), *L'Europa e la cultura del postmoderno*, Luiss Edizioni, Roma, 2001 e Id., *Itinerario di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1999<sup>2</sup>, pp. 87-105; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., cap. 3; in chiave filosofica F. Botturi (a cura di), *Soggetto e libertà nella condizione postmoderna*, Vita e Pensiero, Milano, 2003 e si consenta G. Bombelli, *Occidente e ‘figure’ comunitarie (volume introduttivo) “Comunitarismo” e “comunità”: un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Jovene, Napoli, 2010, p. 461 e ss.

<sup>30</sup> F. Ost, *Dalla piramide alla rete...*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto...*, cit., p. 44.

<sup>31</sup> La polarità sistema-spazio giuridico è prospettata in F. Viola, *Il Rule of Law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in *ibidem*, soprattutto pp. 107-109 e pp. 111-112 riflettendo sulla crisi del *Rule of Law* in società complesse.

<sup>32</sup> Ad esempio, F. Ost, *Dalla piramide alla rete...*, cit., pp. 44-45.

<sup>33</sup> L'espressione va intesa in termini nucleari come mera performatività norma-

In altri termini tali modelli comportano una sorta di inversione di priorità nella polarità dato-teoria, a tutto vantaggio del primo elemento del binomio, da cui consegue il sostanziale eclissarsi *sul piano concettuale* del riferimento a qualsivoglia orizzonte di “senso comune”. Ne consegue la progressiva *irrilevanza* di una teorizzazione e, ancor prima, comprensione della sfera giuridica in termini unitari o ordinamentali (in rapporto anche alle idee di coerenza e completezza) di cui vengono rimosse le premesse concettuali<sup>34</sup>. L'irrilevanza del plesso dato-teoria o, più ampiamente, del circuito virtuoso senso comune-teoria-formalizzazione giuridica, compromette l'autonomia concettuale del normativo giuridico che viene così *de facto* a coincidere con un modello di “organizzazione sociale” (o assetto regolativo): dalla normazione alla regolazione (la *Governance*)<sup>35</sup>.

Si tratta di un passaggio decisivo.

Esso riveste una portata che va ben oltre la mera riflessione filosofico-giuridica orientata all'(eventuale) elaborazione di una

---

tiva e diversamente da A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1976: ivi p. 4 sulla relazione effettività-attività giudiziaria (con riferimento anche a Alf Ross: pp. 50-51) e in rapporto al “perché” del comportamento dei consociati. In merito il classico P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953 e Id., voce *Effettività (principio di)*, in “Enciclopedia del diritto”, Giuffrè, Milano, 1965, XIV, pp. 420-431; B. Montanari, *Effettività e giuridificazione. Il diritto sindacale negli anni '80*, Franco Angeli, Milano, 1990; A. Catania, *Metamorfosi...*, cit., *passim* e Id. (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>34</sup> A ben vedere, in modo apparentemente paradossale, la decontestualizzazione della nozione di “dato” giuridico appiattito sulla dimensione meramente empirico-contingente compromette lo stesso configurarsi del diritto e alcuni snodi decisivi che ne hanno segnato la concettualizzazione quantomeno moderna: si pensi, per usare le categorie di Catania, al nesso norma-decisione su cui si giocava la polemica Kelsen-Schmitt (sul punto si consenta rinviare al mio *Sulla polemica Kelsen-Schmitt: scenari storici e alcuni profili filosofico-giuridici*, in B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, Scriptaweb, Napoli, 2012, p. 227 e ss.).

<sup>35</sup> Critico sulla nozione di *Governance* M. Barberis, *Europa del diritto...*, cit., p. 259 (che la legge come superamento/ricomprensione in termini di *Aufhebung* del *Government* ma non come fine dello Stato). Più ampiamente *infra*, cap. 3; V. Omaggio, *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit., p. 18 (per la polarità *Governance* vs. unitarietà).

prospettiva unitaria riferita al diritto e quindi, in ipotesi, a una teoria dell’ordinamento. In gioco vi è il ruolo e la portata che possono (e debbono) riconoscersi a un approccio concettuale, a una *teoria*, ove soprattutto si intenda quest’ultima come una dimensione propriamente antropologica di qualificazione del reale.

In questo senso un rapido sguardo alla fenomenologia dell’esperienza giuridica rivela profili interessanti. La progressiva destrutturazione *de facto* di una visione unitaria del diritto, qui in ipotesi ricondotta al progressivo venir meno del binomio senso comune-teoria, connota molti ambiti del diritto, secondo una dinamica che dall’ordinamento comunitario<sup>36</sup> va interessando settori specifici del diritto interno (paradigmaticamente il diritto civile e la sfera penale<sup>37</sup>).

Ne consegue, peraltro, uno scenario in qualche modo contraddittorio.

Da un lato, e al di là degli effetti relativi a istituti specifici, va implementandosi un modello flessibile e duttile di “diritto” (*melius* tecnica normativa) secondo una dinamica apprezzabile soprattutto a livello europeo<sup>38</sup>, originando fenomeni di *legal patchwork*. Ciò

<sup>36</sup>Un ampio quadro problematico in G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit. Più ampiamente *infra*, cap. 4.

<sup>37</sup>Sul punto *supra*, nota 11.

<sup>38</sup>Si pensi alla tendenza in ambito europeo a privilegiare un’*anticipatory governance* per cui il diritto configura un processo di apprendimento aperto nel senso che la regolazione si adatta ad un’innovazione “programmata” in relazione ai dati conoscitivi progressivamente raccolti: “Anticipatory governance evokes a distributed capacity for learning and interaction stimulated into present action by reflection on imagined present and future sociotechnical outcomes. [R]esearchers, projects, and subfields are being tethered together and linked to the contexts they seek to study with the aim of incrementally building the capacity to more broadly anticipate and participate in shaping things to come” (D. Barben, E. Fisher-C. Selin-D.H. Guston, *Anticipatory Governance of Nanotechnology: Foresight, Engagement and Integration*, in E.J. Hackett-O. Amsterdamska-M. Lynch-J. Wajcman (eds.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, MIT Press, Cambridge Ma., 2007, pp. 979-1000, citazione da p. 993). Per un esempio L. Leone, *Nanotecnologie e alimenti tra etica e diritto: prospettive della regolazione nell’Unione Europea*, in “Glocalism: Journal of Culture, Po-

interessa in particolare l'area delle fonti, con il conseguente istituirsì di una sorta di *frameworks* normativi ma, in chiave più generale, si tratta di un processo che rinvia ovviamente a un problema fondativo di legittimazione degli assetti ordinamentali.

Parallelamente, accanto a processi di destrutturazione del nesso senso comune-diritto, emergono elementi eterogenei e *interni* agli assetti ordinamentali nei quali si può forse intravedere il permanere del riferimento ad uno sfondo di credenze condivise e il suo coniugarsi con una possibile (ri)configurazione dell'unità del normativo (quantomeno sul piano funzionale).

Sebbene contraddittorie tali dinamiche appaiono interessanti poiché sembrano rivelare il permanere dell'*istanza* di unità del diritto. Facendo leva su versanti diversi dell'ordinamento, esse sembrano modularsi secondo una prospettiva di unità ordinamentale ispirata ad una logica che si potrebbe definire di tendenziale valorizzazione della *pars pro toto*<sup>39</sup>.

Da questa prospettiva si pensi ad esempio, in termini non esaustivi e solo per segnare alcune coordinate, al progressivo rilievo assunto in chiave ordinamentale (soprattutto in chiave costituzionale) dai "principi" nell'attività di normazione<sup>40</sup>, oppure a

---

litics and Innovation", 2014, 1-2, pp. 1-39, da cui traggio il riferimento precedente; più in generale [http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index\\_en.cfm](http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index_en.cfm).

<sup>39</sup> Su alcune di queste dinamiche, in particolare quella relativa alla sfera giurisdizionale, ci si soffermerà al cap. 4.

<sup>40</sup> Sulla portata ordinamentale dei principi generali Corte Cost. sent. n. 6/1956 e Corte Cost. sent. n. 1146/1988 (sulla non modificabilità dei principi dell'ordinamento costituzionale). Sul punto almeno alcuni riferimenti rapsodici: V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; M. Jori, *I principi del diritto italiano*, in "Sociologia del diritto", 2, 1983, pp. 7-33; S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, 1986, XXXV, pp. 494-533 (in particolare p. 509 e ss.); F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in "Enciclopedia giuridica", Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, XXIV, pp. 1-24 (paginazione autonoma); R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 9-18; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cap. 6; G. Alpa, *I principi generali*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), *Le fonti*

una certa prassi interpretativa delle clausole generali<sup>41</sup> con il problema costituito dalla loro configurazione concettuale (anche in rapporto ai principi) e dal loro inserimento in un quadro unitario

---

*del diritto italiano. 2 Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Utet, Torino, 1999, parte settima; Id., *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006; R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, modelli, metodi*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 89-105; G. Pino, *Principi e argomentazione giuridica*, in “Ars Interpretandi”, 14, 2009, pp. 131-158 (per il quale “il problema della distinzione tra regole e principi è diventato un *topos* della letteratura teorico-generale degli ultimi trent'anni”); C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012 (critico sul ricorso ai principi). In chiave fenomenologica B. Romano, *Principi generali del diritto. Principio di ragione principio dialogico*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>41</sup>Sul punto il Report curato da Stefano G. Guizzi reperibile in [http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/20131010\\_ReportGuizzi.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/20131010_ReportGuizzi.pdf). Sul crescente interesse per le clausole generali alcuni riferimenti rapsodici: C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 97 e ss.; A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in “Riv. crit. dir. priv.”, II, 3, 1984, pp. 539-571; N. Irti, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 35; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in “Riv. crit. dir. priv.”, IV, 1, 1986, pp. 5-19; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, *ibidem*, pp. 21-30; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in “Riv. crit. dir. priv.”, V, 4, 1987, pp. 709-733; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in “Riv. dir. civ.”, I, 1987, pp. 1-20; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in “Politica del diritto”, XIX, 4, 1988, pp. 631-653; M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Giappichelli, Torino, 1989, II, pp. 311-344 e G. D'Amico, *Note in tema di clausole generali*, in “In Iure Praesentia”, 1989, pp. 426-461; P. Rescigno, *Appunti sulle “clausole generali”*, in “Riv. dir. comm.”, XCVI, 1998, pp. 1-8; L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in “Ars Interpretandi”, 7, 2002, pp. 373-386; V. Velluzzi, *Le clausole generali*, ETS, Pisa, 2010 e Id., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, 1, [http://www.units.it/etica/2006\\_1/VELLUZZI.htm](http://www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm); F. Forcellini-A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in “Europa e Diritto Privato”, 2, 2013, pp. 395-456 (in prospettiva di concettualizzazione del sistema giuridico).

o “sistematico” non più rappresentato dall’impianto codicistico bensì, paradigmaticamente, dalla cornice costituzionale<sup>42</sup>.

Analogamente va menzionato il ruolo ambiguo, in qualche misura progressivamente suppletivo, rivestito dalla prassi giurisdizionale<sup>43</sup> (anche in rapporto alle clausole generali e alla connessa nozione di *standards* sociali legati al senso comune<sup>44</sup>: come si dirà il concetto di *standard* è cruciale in Dworkin), con i relativi corollari: fenomeni di *legal comity*<sup>45</sup>, transizione a modelli di ragionamento giudiziale imperniati sulla ragionevolezza (in stretto rapporto con il senso comune)<sup>46</sup> nonché, infine, la rinnovata atten-

---

<sup>42</sup> In merito [http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/20131010\\_ReportGuizzi.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/20131010_ReportGuizzi.pdf) (in particolare l’intervento di Roselli).

<sup>43</sup> Nell’ampia bibliografia M. Delmas-Marty, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, e C. Guarnieri, *L’evoluzione del ruolo dei giudici nei regimi democratici*, ricompresi in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica...*, cit.

<sup>44</sup> Sul nesso tra senso comune e giurisdizione, in chiave processual-civilistica, M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 121-155: “il ragionamento del giudice è inevitabilmente ‘immerso’ nel senso comune” in quanto *context-laden* e *situated* (secondo le popperiane *background knowledges*); Id., *Giudizio (teoria generale)*, in “Enciclopedia giuridica”, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, XVI, pp. 1-8 (paginazione autonoma); P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d’impresa. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 54-55 (e n. 37): il ragionamento decisorio, soprattutto nel *context of discovery*, verte su considerazioni extragiuridiche riferibili “alla nozione di ‘senso comune’ [come] funzione caratterizzante praticamente ogni aspetto della decisione del giudice [giudizio di diritto e di fatto]”.

<sup>45</sup> Nella vasta bibliografia a titolo di esempio E. D’Alterio, *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 15. Ma più ampiamente *infra*, capp. 3-4.

<sup>46</sup> La Corte Costituzionale (sentenza n. 172/1996) ha definito la ragionevolezza in termini di “razionalità pratica” come uso della ragione che si avvicina al “senso comune” per moderare la discrezionalità del legislatore; inoltre sentenza n. 187/1981 con riferimento anche al diritto vivente e [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_QuadernoStudi\\_Roma2013.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf) (in merito A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, parte IV); M. La Torre, *Sullo spirito mite delle leggi: ragione, razionalità, ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; M. Barberis, *Europa del di-*

zione e portata conferita ai testi costituzionali<sup>47</sup> (la molto discussa linea neo-costituzionale talora intrecciata al tema dei principi generali)<sup>48</sup>, in cui si può forse intravedere una sorta di rilettura o aggiornamento del binomio mortatiano costituzione formale-costituzione materiale.

Elementi, nel complesso, certamente eterogenei e suscettibili di letture contraddittorie.

Tuttavia in essi sono ravvisabili istanze, talora invero scomposte e di carattere meramente funzionale, di riconfigurazione dell'unità del normativo e del suo saldarsi con forme di “credenza” o con un orizzonte *lato sensu* definibile di senso comune.

A tal proposito occorre, però, formulare un'osservazione di carattere generale.

*ritto...*, cit., pp. 300-301; S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano, 2008; F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

<sup>47</sup> In merito L. Ferrajoli, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in A. Galasso (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 23 e 26 che, ragionando sul principio di uguaglianza, rimarca la circolarità senso comune-ordinamenti per cui “la formazione di una sfera pubblica e di una società civile non precede ma consegue alla stipulazione di una Costituzione”, pur concedendo che la cultura giuridico-politica ha verso la Costituzione un ruolo “costitutivo e performativo [poiché i] giuristi fanno parte dell'oggetto che indagano e contribuiscono a formarlo. [La circolarità Costituzione-senso comune fa sì che] le Costituzioni producono (condivisione di) senso comune, che a sua volta, di fatto, ne rappresenta il principale sostegno”: critico sulla nozione di “cultura giuridica” M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 64, n. 92 (con riferimento a L.M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978, New York 1975).

<sup>48</sup> G. Bongiovanni, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in G. Pino-A. Schiavello-V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 84-116; M. Barberis, *Stato costituzionale*, Mucchi, Modena, 2012; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; per una critica ad una versione M. La Torre, *Miseria del costituzionalismo globale*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 2017, pp. 31-44. Su questi aspetti, analogamente al tema della ragionevolezza, più ampiamente *infra*, cap. 4.

Come segnalato opportunamente da François Ost<sup>49</sup>, ci si deve guardare dal valutare le riconfigurazioni socio-giuridiche, e le connesse implicazioni teoriche, in chiave esclusivamente patologica. Se, come qualcuno sostiene, il diritto è “quello che tutti pensano che sia”<sup>50</sup>, forse è utile interrogarsi sulla possibilità che le mutazioni accennate preludano (o già costituiscano) un cambiamento di paradigma informato ad un quadro inedito di “senso comune”<sup>51</sup>, dai tratti alquanto incerti e confusi, nel quale sia (ancora?) possibile reperire qualche elemento di comprensione unitaria del normativo. Più a fondo il dubbio verte sull’attuale sussistenza dell’esigenza di una rappresentazione unitaria del diritto e, in questa prospettiva, sul fatto che l’orizzonte stesso del “senso comune” continui a rivestire una qualche rilevanza anche in ordine al modificarsi delle *condizioni* epistemologiche del giuridico<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> F. Ost, *Dalla piramide alla rete...*, cit., pp. 33-34 circa la transizione problematica da “vecchi” a “nuovi” paradigmi.

<sup>50</sup> M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit., p. 20.

<sup>51</sup> L. Wittgenstein, *On Certainty*, cit., il § 336 relativo al mutare dei sistemi di credenza.

<sup>52</sup> Un profilo colto, ad esempio, in prospettiva penale e in relazione al nesso azione-diritto in L. Pannarale, *Il diritto che guarda...*, cit., pp. 25-28, per il quale si va “verso una sostituzione della generalizzazione normativa del principio di soggetto con organizzazioni concettuali più omogenee alla complessità raggiunta da sistemi sociali differenziati, i quali sono tutti sistemi di azione e, perciò, esauriscono la funzione unitaria del soggetto, dal momento che rendono ormai impossibile neutralizzare per questa via tutte le diverse connessioni e relazioni causali e teleologiche rispetto ad essa funzionalmente equivalenti” (p. 28). Il punto si lega forse anche al diverso articolarsi del diritto in rapporto al binomio *hard law-soft law*: in merito da ultimo “Ars Interpretandi”, 22, 2, 2017 (con presentazione di E. Tramontana e I. Trujillo). Sul nesso azione (agire giuridicamente rilevante) diritto e sulla coppia *hard law-soft law* si tornerà da prospettive diverse nei capp. 3 e 4.

### 3. *Movimenti della ricerca*

I rilievi precedenti consentono di chiarire meglio, in termini schematici, la scansione della ricerca la quale si articolerà come segue.

Nel primo capitolo si proverà a sondare alcuni livelli delle modalità con le quali il diritto si offre mediamente all'uomo comune, con riferimento a contesti volutamente pensati in termini semplificati (e nei quali, in ipotesi, opera *un* solo ordinamento). Ciò consentirà di individuarne alcuni elementi strutturali così da elaborare un possibile modello o griglia concettuale, imperniati sul nesso credenze-contesto, che funga da griglia concettuale in ordine ai temi affrontati nei capitoli successivi (con riguardo soprattutto all'analisi di taluni profili emergenti negli odierni scenari socio-giuridici).

Nel secondo capitolo si metterà a confronto tale modello concettuale con alcune prospettive teoriche che, più di altre, sono parse in qualche modo connesse con i temi qui discussi e nelle quali è parso di intravedere tangenze o similarità (a partire dalla premessa, in esse metodologicamente implicita, del darsi di un solo ordinamento). In tal modo sarà possibile valutare meglio la plausibilità dell'ipotesi formulata e precisarne meglio, per confronto e contrasto, i relativi contorni.

Nel terzo capitolo ci si soffermerà su alcuni aspetti che sembrano connotare gli attuali processi di frammentazione del senso comune, in rapporto al diritto, legati alla crescente complessità sociale riguardo ai quali lo schema reticolare (riletto a partire da altre versioni circolanti) è parso costituire un'utile chiave di lettura.

Nel quarto capitolo, infine, si articoleranno alcune tracce di ricerca connesse ad altrettanti nodi tematici emersi dall'analisi proposta. Più precisamente: il nesso tra regolazione-programmazione; taluni effetti intra (o extra) ordinamentali, in particolare il ruolo peculiare assunto dalla giurisdizione (con il rinvio a istanze *lato sensu* costituzionali che sembrano aprire a forme di senso comune senza ordinamento); infine, in chiave epistemologica, la relazione tra modelli di azione e prospettiva ordinamentale.

## Capitolo 1

### *Unità del normativo: credenze, contesti, senso comune. Linee di uno schema interpretativo*

Una società senza diritto non è soltanto la società libera ipotizzata da Marx, ma anche quella conformista ipotizzata da Orwell: il diritto è necessario dove gli uomini sono, come accade nelle società storiche, né tutti liberi né tutti conformisti, in una società cioè dove gli uomini hanno bisogno di norme (e quindi non sono liberi) e non riescono sempre ad osservarle (e quindi non sono sempre conformisti).

Norberto Bobbio, *Diritto e scienze sociali*, 1971

SOMMARIO: 1. Sul circuito 'comportamenti, credenze e diritto': rilievi preliminari. – 2. Dal senso comune all'unità ordinamentale: una "vecchia" questione di teoria del diritto? – 3. "Uomo comune" e "diritto": ricognizione di alcuni livelli intuitivi. – 3.1. Qualche precisazione metodologica. – 3.2. Analisi. – 3.2.1. Due coppie concettuali: "forma"- "sostanza" e "dato"- "teoria". – 3.2.2. Credenze, intensione, estensione e contesto. – 4. Credenze e contesto: un costrutto complesso. – 4.1. Sfera categoriale. – 4.2. Piano irriflesso. – 4.3. Elaborazione riflessa. – 5. Una possibile riformulazione: presupposizioni, assunzioni, fenomenologia. – 6. Sintesi e abbozzo di un modello concettuale. – 7. Unità del diritto *come* ordinamento?

Come accennato nell'Introduzione l'ipotesi di fondo è che il tema delle forme di "credenza" radicate in un contesto o, con

espressione sintetica, del senso comune si leghi indissolubilmente a quello relativo alla possibilità non solo di individuare l'area del diritto ma, più ampiamente, di concettualizzarla in termini unitari e, in ultima analisi, di legittimarla.

Si tratta ora di provare a chiarire tale nesso. In questa direzione la questione del senso comune rinvia transitivamente al problema dell'ordinamento, ove si intenda tale nozione come una delle modalità più classiche con le quali tradizionalmente, benché come subito si dirà problematicamente, si è inteso concettualizzare o comunque fare riferimento al diritto in termini unitari. Di seguito si assumerà allora il concetto di ordinamento solo come griglia di lettura o termine di confronto del nesso senso comune-diritto<sup>1</sup>.

Si procederà per gradi.

Dapprima ci si soffermerà su alcuni aspetti della relazione tra comportamenti, "credenze" e contesti, già in una prospettiva giuridico-ordinamentale, così da cogliere preliminarmente la complessità della nozione di "senso comune" nella quale tali elementi si combinano e sintetizzano. Ciò consentirà di stilizzarne, per quanto possibile, il perimetro concettuale ponendo già sul tappeto alcuni punti di discussione. Successivamente ci si soffermerà su alcuni profili della nozione di ordinamento solo in ordine all'analisi qui proposta.

Su questa linea, e con questa griglia concettuale, occorrerà poi sondare i livelli intuitivi, molto articolati, sottesi al circuito diritto-senso comune così come esso viene elaborato riflessivamente o implicitamente dall'"uomo comune". Ciò da un lato consentirà di evidenziare come il senso comune costituisca un costrutto complesso, nel quale si stratificano e si intrecciano piani diversi e, dall'altro, si porranno le premesse per interrogarsi intorno alla

---

<sup>1</sup> Una precisazione iniziale. Qui non si intende entrare, se non per quanto si riterrà funzionale all'argomentazione complessiva, nel dibattito intorno alla nozione di "ordinamento". Come si avrà modo di osservare più volte, tale concetto verrà assunto secondo un suo significato-base o minimale e, cioè, come rinvio a (o alla possibilità di) una rappresentazione unitaria del normativo e, per questa via, utilizzato come schema metodologico-concettuale.

possibilità di intendere il diritto in termini unitari (eventualmente in chiave ordinamentale).

L'obiettivo è provare a mettere a fuoco una nozione di "senso comune" che possa costituire uno strumento euristico-metodologico sufficientemente definito nonché funzionale a quanto si andrà ragionando nei capitoli successivi.

### 1. *Sul circuito 'comportamenti, credenze e diritto': rilievi preliminari*

Risulta significativo il rinnovato interesse, con riguardo al diritto, per la dimensione relativa alle forme di "credenza" riconducibile alla sfera del senso comune<sup>2</sup> o, con espressione so-

---

<sup>2</sup>L'attenzione specifica per il nesso diritto-senso comune emerge, secondo prospettive differenti, in G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962 e P. Vinogradoff, *Il senso comune nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1965 (ma si potrebbe risalire sino al *Common Sense* di Thomas Paine del 1776). Sulla serietà del nesso che senso comune-diritto, da una prospettiva analitica, A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 96-104; F. D'Agostini, *Il senso comune nella filosofia analitica*, in E. Agazzi (a cura di), *Valore e limiti del senso comune*, cit., pp. 133-151. Più recentemente A. Artosi, *Reasonableness, Common Sense and Science*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 69-78; R. Hoekstra-J. Breuker, *Commonsense Causal Explanation in A Legal Domain*, in "Artificial Intelligence and Law", 3, 15, 2007, pp. 281-299; C.L. Barzun, *Common Sense and Legal Science*, in "Virginia Law Review", 4, 90, 2004, pp. 1051-1091, (che contesta la pretesa ottocentesca di fare del diritto una scienza); T. Kelly, *Common Sense as Evidence. Against Revisionary Ontology and Skepticism*, in P.A. French-H.K. Wettstein (eds.), *Midwest Studies in Philosophy: Truth and Its Deformities*, Blackwell Publishing, published online 2009, vol. XXXII, pp. 53-78. Inoltre: A. Romano, *Continuum spazio-tempo, diritto e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 129; F. Arzillo, *Esperienza giuridica e senso comune. Sul fondamento ontologico del diritto*, Leonardo, Roma, 2009; M. Ronco, *Principi del diritto penale e certezze del senso comune*, in "Aquinas. Rivista Internazionale di Filosofia", L, 2, 2007, pp. 623-654. Inoltre *supra*, Introduzione per alcuni riferimenti di ordine generale.

stanzialmente equivalente, alle “credenze di sfondo”<sup>3</sup>.

Un interesse che connota non solo la letteratura anglosassone che da tempo va riflettendo sul delinarsi di un *new legal common sense*<sup>4</sup>, anche nel quadro della più ampia questione relativa alla natura dell’agire collettivo<sup>5</sup>, ma, altresì, il più recente dibattito filosofico<sup>6</sup> e giusfilosofico di area analitica<sup>7</sup> (soprattutto in termini di critica all’impostazione realista).

Tale interesse appare sotteso, con gradienti molto diversi, a pro-

<sup>3</sup> Mutuo l’espressione “credenze di sfondo” da V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 133, nella linea di Wittgenstein e Searle. Per Searle “se noi intendiamo fare qualcosa insieme [ciò significa] che intendo farlo con la credenza che anche tu intenda farlo; e tu intendi farlo con la credenza che anch’io intenda farlo [secondo] una gerarchia potenzialmente infinita di credenze”: J. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 2006 (New York, 1955), p. 34; Id., *La mente*, Cortina, Milano, 2005 (New York, 2004), p. 267: “Noi non viviamo in molti – ma nemmeno in due – mondi diversi: un mondo reale e un mondo fisico, un mondo scientifico e un mondo del senso comune. Non c’è che un unico mondo: è il mondo in cui tutti viviamo, e dobbiamo spiegare come esistiamo in quanto parte di esso”.

<sup>4</sup> B. De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, Butterworths, London et al., 2002, ove il titolo “suggests the political orientation that sustains and gives coherence to the theoretical and empirical analyses” (p. XIX); Id., *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in “Sociologia del diritto”, 3, 1990, pp. 5-34.

<sup>5</sup> Da questa prospettiva la questione attiene anche al nesso tra senso comune e portata normativa delle “convenzioni” a partire da D.K. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Harvard University Press, Cambridge Ma., 1969 sino ad autori come M. Gilbert, *On Social Facts*, Routledge, London, 1989 e M. Bratman, *Shared Cooperative Activity*, in “The Philosophical Review”, 101, 1992, pp. 327-341 (un’analisi in F. Guala, *Esistono le convenzioni di Lewis?*, in <http://users.unimi.it/guala/ConvenzioniLewis.pdf>). Su Bratman *infra*, cap. 2.

<sup>6</sup> E. Agazzi (a cura di), *Valore e limiti del senso comune*, cit.; S.A. Rosenfeld, *Common Sense: a Political History*, cit.; L. Baglioni, *Visioni della giustizia e senso comune*, il Mulino, Bologna, 1968, p. 11 e *supra* Introduzione.

<sup>7</sup> Sul piano strettamente giusfilosofico, e con orientamento analitico, M. Jori, *Del diritto inesistente...*, cit.; M. Jori-A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 44 e ss.; V. Villa, *Il problema della scienza giuridica*, in G. Pino-A. Schiavello-V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto...*, cit., pp. 374-398.