

Adrián Rentería Díaz

Diritto, diritti e garanzie nello Stato costituzionale



Giappichelli

Introduzione

Qualche anno fa il Colegio de Profesores della Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México), nell'ambito di una revisione del piano di studi del corso di Laurea in Giurisprudenza, mi chiese di scrivere un testo di Filosofia del diritto, che sarebbe stato adottato come materiale di lettura dagli studenti del sesto semestre ovvero nella parte finale del corso di laurea. Tale richiesta formava parte di una strategia didattica di carattere generale, che mi è parsa lodevole, tesa a fornire agli studenti una lettura indispensabile per ogni materia del corso di laurea, partendo dal dato empirico dell'eterogeneità degli approcci scelti dai tanti docenti chiamati a insegnarle (per Filosofia del diritto una media di dieci docenti). Mi sono sentito onorato, incoraggiato anche dall'ampio riconoscimento del quale è oggetto nei paesi di lingua spagnola l'Universidad Nacional Autónoma de México, una delle più antiche del continente americano. Così, nel 2017 è uscito presso l'Editoria Porrúa di Città del Messico il mio volume *Filosofía del Derecho*, all'interno della Collana "Enciclopedia Jurídica" della Facultad de Derecho.

Dopo qualche tempo, anche su sollecitazioni del Dott. Lucio San Marco, della casa editrice Giappichelli, ho pensato che non sarebbe stata inopportuna una versione in italiano del volume, da utilizzare didatticamente nei miei corsi di Filosofia del diritto presso l'Università degli studi dell'Insubria. Ho iniziato quindi a tradurre il primo capitolo, ma mi sono trovato quasi da subito – cosa che sicuramente è successa anche ad altri quando volgono in una lingua qualcosa da loro scritto in un'altra – con delle serie difficoltà.

Le difficoltà erano di vario tipo. Una, forse meno importante, consisteva nel fatto che avevo scritto il libro avendo in mente sia lo studente messicano sia il suo contesto: l'ordinamento messicano e i suoi sottosistemi, le sue istituzioni, le sue tradizioni e la sua struttura. Dovendo, come desideravo, rivolgermi ora a un uditorio diverso, avendo anche in mente che di solito lo studente italiano di giurisprudenza affronta lo

studio della materia nel primo semestre, mi è parso chiaro come fosse necessario modificare in modo radicale il mio approccio iniziale. Un'altra difficoltà, più seria, era che, nel rileggere quanto scritto in spagnolo, per volgerlo in italiano, provavo una certa lontananza dal testo, e tendevo quindi non a riprodurne il senso come farebbe un traduttore di professione, anche quando non traduce letteralmente, con un testo non suo, bensì a riscriverlo. Tutto ciò, alla fine, mi ha portato ad abbandonare il progetto, e quelle pagine faticosamente tradotte sono rimaste, detto in senso metaforico, nel cassetto, anche perché nel frattempo sono stato preso da altri impegni, sia accademici e didattici che editoriali.

Sono trascorsi quasi due anni prima che mi decidessi a riflettere sulla possibilità di riprendere il progetto da un approccio diverso, e, non senza qualche tentennamento e uno stato d'animo non privo di trepidazioni, mi sono messo a rileggere quanto avevo scritto, decidendo però di abbandonare in modo definitivo l'idea della traduzione. È nato così questo volume che ora vede la luce. Un volume che ha poco in comune con l'edizione in spagnolo, in quanto è stato rinnovato nella sua struttura, che è stata modificata sia eliminandone alcune parti, sia aggiungendone altre, e, soprattutto, perché è stato riscritto completamente. È venuto fuori, almeno nelle mie intenzioni, un volume che, pur nelle contenute dimensioni, è un tentativo di presentare un panorama aggiornato di alcune che a me sembrano le tendenze principali odierne della filosofia del diritto e della teoria giuridica, con qualche concessione anche alla sociologia del diritto e, un po' meno, alla teoria politica. Ovviamente, non esito ad ammettere che alcune questioni importanti sono state soltanto enunciate in modo rapsodico, senza entrare nel merito del dibattito. A mia, parziale, discolpa, posso soltanto dire, in effetti, che molte di queste tematiche meriterebbero uno spazio a sé, data la loro rilevanza nella letteratura.

Nel primo capitolo ho cercato di evidenziare, come punto di partenza, il ruolo del diritto e le sue regole nella vita quotidiana delle persone, proprio per sottolineare la necessità di una riflessione in grado di andare oltre il mero dato dogmatico. In questo senso, infatti, ho cercato di giustificare un approccio filosofico all'esperienza giuridica, a partire dall'esame delle altre sfere normative con le quali una persona si confronta giorno per giorno, ovvero la morale e le regole del costume. Mi sono posto, a questo proposito, domande circa il rapporto tra il diritto e la giustizia, tra il diritto statale e il diritto oltre lo stato, così come sulle relazioni tra il diritto e la politica e il diritto e la scienza. Il secondo capitolo verte sullo Stato moderno, sulla sua nascita e la sua affermazione

come paradigma di organizzazione sociale; ma anche sulla teoria che in qualche modo ne ha favorito la nascita, il giuspositivismo, e la crisi che questa corrente ha dovuto affrontare dopo la Seconda guerra mondiale. In questa linea di pensiero, è ovvio, non si poteva non proporre, ed esaminare, una chiave di lettura che al giuspositivismo si oppone, ovvero il giusnaturalismo, anche senza, come si è detto prima, farne oggetto di una trattazione approfondita. Si è reso necessario, in questo capitolo, affrontare pure alcune questioni di metaetica, in relazione ai giudizi di valore, anche solo facendone menzione per ragioni di completezza. Il terzo capitolo è dedicato all'esame di alcuni aspetti che a me sembrano particolarmente suggestivi, come la possibilità (o meno) di conoscere il diritto, ovvero il suo senso prescrittivo; il che mi ha condotto, è chiaro, a indagare a proposito dei rapporti tra il diritto e il linguaggio, l'interpretazione del diritto, la discrezionalità giudiziaria, l'indipendenza e la responsabilità dei giudici, con qualche cenno anche alle teorie dell'argomentazione. È evidente, che le tematiche appena segnalate da sole potrebbero, e di fatto lo sono, essere oggetto di una trattazione indipendente, ma nell'economia del volume mi è parso comunque necessario indicare le loro connessioni, pur senza approfondirne tutte le implicazioni. Il quarto capitolo, in una prima parte, tratta questioni che solitamente potrebbero essere ricondotte all'interno della teoria del diritto, considerata questa nel suo senso tradizionale; esamino, infatti, alcune delle categorie centrali del diritto, come norma, validità, efficacia, effettività, ordinamento giuridico. Nella seconda parte, d'altro canto, anche alla luce dei risultati della prima, mi concentro sui tratti distintivi dello Stato costituzionale e delle sue differenze con lo Stato legislativo di diritto: la rigidità costituzionale, il controllo di costituzionalità. Concludo il capitolo con un preambolo di quello successivo, e finale del volume, concentrando la mia attenzione sul complesso rapporto tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, ovvero tra il diritto positivo e la sua partizione concernente i diritti delle persone. Il quinto capitolo, infatti, è dedicato interamente all'esame dei diritti delle persone, con una strategia volta a sottolineare le differenze strutturali tra i diversi tipi di diritti nonché il loro ruolo nello Stato costituzionale. Particolare attenzione, seguendo questa linea argomentativa, è stata attribuita – e non potevo non farlo – all'esame dell'origine e alla giustificazione dei diritti delle persone, questioni che a me paiono davvero rilevanti in qualsiasi discorso sui diritti. Il capitolo si conclude, anche qui come scelta obbligata, con una discussione a proposito dei diritti e delle loro garanzie, mettendo in risalto il particolare tipo di rapporto, normativo e non causale, tra gli uni e le altre.

Le tematiche sviluppate qui sono il risultato di un lungo processo di elaborazione, sia a partire delle mie lezioni di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Diritto, economia e culture dell'Università dell'Insubria, e di Filosofia del diritto, Teoria del diritto, Epistemologia giuridica e altre discipline affini in diverse università straniere: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Instituto Tecnológico de Monterrey, Universidad Panamericana, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca, Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín-Colombia) e altre ancora. Dai miei studenti – sia dei corsi di laurea in Giurisprudenza sia di post-laurea – ho imparato più di quanto possa esprimere con parole, anche perché – penso che molti colleghi saranno d'accordo – mentre si articola un pensiero davanti a una platea di studenti si riesce quasi in modo inconsapevole a fare "pulizia" concettuale, come se alcune idee acquistassero una maggiore chiarezza. A tutti loro, in modo generico, ovviamente, dedico questo libro. D'altra parte, di queste tematiche ho parlato in diverse occasioni con molti amici e colleghi –alcuni già ritirati dall'insegnamento – di università italiane ed estere, dai quali molto ho imparato nel corso degli anni: a loro va, sempre in termini generici, il mio ringraziamento. Non posso dire, certamente, di avere avuto l'amicizia di autori, veri maestri della filosofia italiana, come Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli, ma nel testo si avverte, in modo chiaro, il mio debito intellettuale con loro¹. Un debito ancora maggiore, l'ho nei confronti di Luigi Ferrajoli, non solo perché fin dai tempi di *Diritto e ragione* (1989) il suo pensiero ha ispirato molte delle mie ricerche, ma anche per aver letto alcune parti di questo testo. Naturalmente, come si è soliti dire, giustamente, nessuno oltre a me ha la responsabilità di quanto qui è espresso.

Milano, giugno 2021

¹ Ho avuto la fortuna, mi piace qui ricordarlo, di aver sentito nelle aule dell'Università degli studi di Milano alcune delle lezioni di Scarpelli durante i primi anni '90 del secolo scorso, quando la malattia che lo avrebbe portato alla morte – luglio 1993 – ancora non gli impediva di dedicarsi all'insegnamento.

Capitolo I

1. *Il diritto nella vita quotidiana*

La vita di una persona, fin dal momento della nascita, si svolge in un universo retto da regole. In Italia (ma ci sono delle buone ragioni per supporre che altrove avvenga qualcosa di analogo) la legge stabilisce l'obbligo di denunciare ogni nascita entro 10 giorni presso il Comune dove è avvenuta oppure entro 3 giorni presso la direzione dell'ospedale o della casa di cura dove è avvenuta. Naturalmente un neonato non è ancora in grado, materialmente, di compiere nessun atto giuridico, ma nondimeno egli è già titolare dei diritti connessi con la capacità giuridica, quale, ad esempio, il diritto all'integrità fisica e alla vita: è già qualcuno per il diritto. E questo diventa sempre più evidente con la crescita e con l'aumentare delle sue possibilità di movimento. Infatti, su può dire con Carlos S. Nino, che

«Il diritto, come l'aria, è dappertutto. Per esempio, può essere che oggi lei si sia privato dall'esercitare la sua piacevole voce sotto la doccia, perché si è ricordato che i vicini con scarsa sensibilità artistica potrebbero fare valere certe regole contro i rumori molesti; sicuramente lei ha indossato dei vestiti prima di uscire di casa perché, tra altre ragioni, sa bene che ci sono delle norme giuridiche che scoraggiano l'eccessiva disinvoltura nel vestire; probabilmente lei ha concluso un contratto tacito se è salita su un mezzo pubblico di trasporto, e, se ha guidato un'automobile, ha seguito – o finto di seguire – alcune regole e ha fatto uso della sua facoltà giuridica per muoversi nella via pubblica; è quasi sicuro che oggi lei abbia concluso alcuni contratti verbali di compravendita (con l'acquisto, per esempio, di un quotidiano o delle sigarette) o di un altro tipo (portando, per esempio, le sue scarpe a sistemare); anche se lei non ha un fisico imponente, lei ha una certa fiducia per non esser colpito, insultato, vessato o derubato in ragione

della “corazza” normativa che il diritto le assicura; l’organizzazione dove lei lavora o studia (dobbiamo aspettarci che lei non formi parte di un’associazione illecita) è senza dubbio strutturata d’accordo con una serie di disposizioni giuridiche; se lei deve compiere una certa pratica forse non si rende conto che ognuno dei passaggi a seguire è disciplinato da norme giuridiche. Tutti questi contatti con il diritto ci sono durante una giornata normale; pensi quanto può essere maggiore la presenza del diritto se lei è partecipe di un evento più rilevante, come sposarsi oppure se qualcuno lo accusa di avere compiuto un atto illecito¹».

La lunga citazione si giustifica, a mio parere, perché mette in risalto proprio il fatto che il diritto è onnipresente nelle nostre vite, che le nostre attività quotidiane si svolgono entro un universo giuridico. Certo, bisogna dire che – per fortuna – alcuni dei nostri comportamenti sfuggono a questo universo in quanto non sono oggetto di una regolamentazione. Ed è un bene, anche questo bisogna sottolinearlo, che sia così, ovvero che non ci sia una regola giuridica che stabilisca l’obbligo di usare la doccia (oppure la vasca) per lavarsi. Sta di fatto, tuttavia, che buona parte dei nostri comportamenti hanno luogo entro un orizzonte giuridico. In questi casi, agiamo in funzione di norme giuridiche.

Se è vero, come pare, quanto detto, è vero anche, d’altra parte, che il nostro agire quotidiano non si iscrive soltanto entro un universo di regole giuridiche, bensì anche all’interno di altre sfere normative. Noi non agiamo soltanto, per dirlo meglio, in funzione di quanto stabilito da norme giuridiche, ma lo facciamo avendo in mente anche – oppure talvolta solo in modo inconsapevole – norme che non sono giuridiche. Se, per esempio, entriamo in ascensore assieme alla persona che abita nell’appartamento affianco al nostro, al suo augurio di una buona giornata noi rispondiamo con lo stesso augurio. Oppure, facciamo oggetto della nostra riprovazione morale una persona che è solita raccontare menzogne. Sentirsi obbligati a rispondere al buongiorno del vicino, pensare che (in genere) non si deve mentire e, infine, assicurarsi di avere la patente di guida se si prevede di guidare un’automobile, hanno ad oggetto atti che ci appaiono come disciplinati da regole. Hanno in comune, questi tre esempi banali tratti dalla vita quotidiana, il fatto

¹ Cfr. *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 1 (12^a. ristampa della 2^a ed. aggiunta e corretta. Traduzione mia).

di appartenere a universi normativi, i quali, per dirlo per ora in un modo approssimativo, contengono delle indicazioni su comportamenti da tenere: nel senso che non li descrivono ma li prescrivono. C'è una regola che ci indica che si deve rispondere al buongiorno del vicino, e un'altra che ci dice che non si deve mentire e, un'altra ancora che ci dice che se si guida un'automobile si deve essere in possesso di una patente di guida valida.

Sono uguali queste tre regole? Oppure c'è qualcosa che le rende diverse? Queste domande, nella loro apparente semplicità, rappresentano il nucleo centrale di una riflessione circa il diritto, dal quale si dipanano tutte le sue tematiche fondamentali. E una riflessione che, a mio parere, coinvolge sia elementi che solitamente si associano con la teoria del diritto sia elementi, come si vedrà nei capitoli finali di questo volume, connessi con la sociologia giuridica e con la filosofia del diritto², assumendo, senza concederlo, che queste tre discipline si occupino di cose del tutto diverse. Ad ogni modo, una prima cosa da osservare è che ciò che hanno in comune le regole evidenziate non è una ragione sufficiente per affermare che appartengono alla stessa sfera normativa, ovvero che nonostante l'elemento in comune tra di loro si tratta di norme diverse, alcune giuridiche, altre morali, e altre ancora appartenenti al costume (alle regole del buon vivere, della buona educazione). In tale senso, il punto di partenza di una seria riflessione sul diritto, che non si limiti a descrivere ciò che stabiliscono le sue regole né a informarci se i destinatari le seguono e neppure a stabilire se corrispondono con determinati precetti di giustizia, non può non cercare di stabilire in che cosa consiste questa differenza. E non si tratta, va da sé, di un esercizio meramente concettuale – privo di ripercussioni sulla realtà – perché sottolineare la differenza ci permette di cogliere la specificità del diritto e, di conseguenza, non confonderlo con altre sfere

² Stando al modo tradizionale di intendere il campo di queste discipline: la teoria come studio del concetto di diritto, la sociologia come studio dell'efficacia (o inefficacia) del diritto, e la filosofia come una riflessione critica del diritto. Ontologia, fenomenologia e deontologia, rispettivamente, come hanno sostenuto in molti. Naturalmente, mi rendo conto che questa tripartizione, che ha origini ormai risalenti, forse non riflette appieno la realtà dell'esperienza giuridica, e risponde più che altro a tentativi, per lo più non riusciti, di distinguere le tre discipline sul piano degli ordinamenti universitari. Ad ogni modo, senza argomentarlo, mi è utile qui per sottolineare ciò che intendo dire nel testo.

normative, con la morale e/o con il costume (soprattutto con la prima); e così, ad esempio, non cadere nell'errore di confondere il diritto con la giustizia né, viceversa, la giustizia col diritto, cioè non ridurre l'uno all'altra né l'altra all'uno: non credere, detto in altri termini, che ciò che è diritto, ciò che stabiliscono le regole giuridiche, è giusto, nel senso di coincidente con la morale, soltanto perché è diritto, e non credere che ciò che per noi è morale, che riteniamo giusto, è regola giuridica soltanto perché coincide con la nostra morale. Si tratta, certo, di questioni che affondano le loro radici nella mancata, oppure non adeguata, distinzione tra una sfera normativa e l'altra. Confusioni, queste, che se restassero relegate a una questione di forme di pensiero sarebbero davvero di scarsa rilevanza in una riflessione sul diritto. Purtroppo, tuttavia, la confusione supera, nei suoi effetti, i confini concettuali e diventa perciò una questione di ordine pratico, sulla quale è necessario intervenire, nella ricerca di criteri che ci consentano di tenere distinte le sfere normative che guidano il comportamento delle persone nelle loro interazioni.

Nel corso del secolo scorso, è stato rilevato da molti studiosi, confondere il diritto con la morale (si tratta, è ovvio, della confusione più rilevante tra quelle possibile in relazione alle tre sfere normative indicate) ha condotto molte persone ad attribuire alle norme giuridiche un valore morale, oltretutto giuridico, e, in conseguenze ad avere nei loro confronti non solo un atteggiamento connesso con l'obbligo giuridico, bensì connesso con l'obbligo morale. In tale modo, come si diceva prima, riconducendo il diritto alla morale. Le esperienze drammatiche del nazifascismo prima, e, dopo, della Seconda guerra mondiale, stanno a dimostrare precisamente come la confusione concettuale si può rivelare, come è effettivamente successo, pregena di conseguenze sul piano pratico: in questo caso, un'ubbidienza pressoché cieca ed incondizionata alle norme giuridiche emanate dal legislatore, anche quelle che oggi ai più sembrano moralmente riprovevoli e non degne di essere ubbidite. D'altra parte, c'è un altro aspetto pratico derivato dalla non distinzione tra norme giuridiche e norme morali: quella di essere convinti che le nostre convinzioni morali, solo per essere tali, sono norme giuridiche e quindi obbligatorie non solo per noi ma anche per tutti gli altri. Questo effetto della mancata distinzione si può declinare in due modalità, in qualche modo connesse tra di loro. La prima consiste, appunto, nella convinzione che ciò che noi pensiamo sia giusto possa valere come di-

ritto, e quindi estensibile anche agli altri, il che può avere come risultato pensare di essere titolari di certi diritti soltanto in ragione del credere che sia giusto averli: i cosiddetti diritti morali, ovvero una sfera di diritti collocati all'esterno dell'universo giuridico. Una questione, questa, assai complessa, perché, è così passiamo alla seconda modalità, perché ciò che noi pensiamo sia giusto non è detto che lo sia anche per gli altri. E quindi, per certi versi, parrebbe più opportuno riferirci a ciò che per noi è giusto, ma che non è incluso nel diritto, come rivendicazioni morali che potrebbero, in un certo contesto e per un certo numero di persone, essere condivisibili, ma che se non vengono qualificate come giuridiche da una scelta legislativa, rimangono confinate all'interno di una certa moralità.

È assolutamente necessario, ora ci è del tutto chiaro, cercare, per quanto sia possibile, una linea di confine tra ciò che è diritto e ciò che sembra soltanto essere diritto, perché con questo ha dei tratti in comune. Un compito necessario, questo, perché dal suo esame – si diceva prima – si dipanano molte, se non tutte, le problematiche fondamentali dell'esperienza giuridica, quelle che in un senso assai lato vengono in qualche modo considerate come proprie di un approccio filosofico al diritto. Infatti, addentrarsi nella tematica che si viene delineando comporta, come appare evidente, dover fare fronte alla domanda a proposito delle caratteristiche definitorie del diritto, cioè a cercare risposte plausibile alla questione del concetto di diritto³. Sono, è il caso di dirlo, innumerevoli gli studi pregevoli in relazione a questa fondamentale questione, risalenti a secoli e secoli fa, il che dimostra, se ci fosse bisogno, che questo compito occupa nella cultura un posto analogo per importanza a quelli riservati abitualmente al pensiero filosofico, ovvero a un approccio alla realtà circostante che cerca di cogliere ciò che è al di là dei suoi elementi contingenti.

Il diritto ha tra le sue caratteristiche, in comune con altre sfere normative, il suo essere prescrittivo, intendendo con ciò che gli enunciati che ne fanno parte possono essere ricondotti in qualche modo a prescrizioni, cioè a indicazioni che non descrivono il mondo, ma che, invece,

³ Una delle opere fondamentali a questo proposito è, come si sa, il testo di H.L.A. Hart intitolato proprio *Il concetto di diritto* (Einaudi, Torino, 1965, trad. a cura di M.A. Cattaneo. Orig. *The Concept of Law*, 1961. Vi è una seconda edizione nel 1994, postuma, a cura di P.A. Bullock e J. Raz, con un *Postscript*).

prescrivono come il mondo deve essere. Ciò che voglio dire è che perfino quelle norme che non contengono direttamente una prescrizione, come ad esempio le norme costitutive di status oppure quelle che attribuiscono poteri per compiere determinati atti, sembrano comunque condurre, anche se attraverso un percorso indiretto e non del tutto evidente, a una sfera prescrittiva. Faccio un esempio, che anche più avanti mi sarà utile. Il Codice civile italiano stabilisce che si è maggiorenni al compimento del diciottesimo anno di età⁴. Si tratta, come è ovvio, di un tipo particolare di norma giuridica, che non contiene direttamente una prescrizione né tantomeno (come si vedrà più avanti *infra*) una sanzione. È una norma costitutiva di uno status, il cui senso prescrittivo, tuttavia, si può identificare nelle sue connessioni con altre norme, ad esempio quella che vieta alla persona che ha ottenuto la patente di guida da meno di tre anni – il c.d. neopatentato – di guidare autoveicoli ad una certa velocità e/o veicoli con una determinata potenza. Di questo mi occuperò in modo più approfondito successivamente, ma mi preme evidenziare un aspetto assai importante, ovvero che a dispetto del suo carattere prescrittivo, anche se ricavato solo indirettamente, il diritto non è in grado di ottenere sempre il comportamento desiderato. In altre parole, la norma che non consente al neopatentato in possesso di una patente di tipo B la guida di un'automobile avente una potenza superiore a 55 kW, non necessariamente, sempre, raggiunge il suo scopo: ci sarà sempre qualcuno che viola la prescrizione. Questa incapacità, se così vogliamo chiamarla, delle norme, tuttavia, non ci deve sorprendere perché in qualche modo, ed entro certi limiti, è fisiologica, vale a dire non mette in discussione la validità della norma e nemmeno quella dell'ordinamento giuridico al quale appartiene. E vale, questa incapacità, per tutte le prescrizioni giuridiche. Questo è un tratto caratteristico delle norme giuridiche, e del diritto nel suo complesso, e costituisce una delle differenze di queste rispetto alle leggi che spiegano l'universo. Senza entrare in dettagli che richiederebbero conoscenze specifiche, noi sappiamo che un oggetto lasciato nel vuoto cade verso la superficie del pianeta, e senza sapere nulla di fisica intuiamo che dall'osservazione di questo fenomeno si è tratta una legge, che spiega il "comportamento" degli oggetti. Ora, se si dovesse verificare che degli oggetti, senza intervento alcuno, non fossero attratti verso la superficie ci sarebbe bisogno

⁴ Art. 2 «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno».

di modificare la legge in questione. Con le norme giuridiche di solito ciò non avviene, perché quando un comportamento si discosta dalla prescrizione non si cambia la norma ma di solito si interviene in un altro modo, introducendo meccanismi che accrescano la capacità della norma per ottenere il comportamento desiderato, ad esempio mediante la previsione di una sanzione quando il destinatario non si adegua alla norma.

Capire questo “difetto” del diritto è assolutamente importante. Non solo perché così siamo in grado di percepire, infatti, l'appartenenza del diritto a una dimensione proiettata nel futuro, una dimensione che ancora non c'è (il comportamento desiderato, appunto), la sfera del dover essere, e non, al contrario, la sua appartenenza alla sfera dell'essere, alla sfera di ciò che è nel tempo presente; ma che ci consente anche di ampliare l'orizzonte della riflessione a tematiche quali l'efficacia delle norme e l'effettività dell'ordinamento, la sanzione, l'interpretazione, l'applicazione del diritto: insomma tutta una serie di argomenti collegati con l'indagine a proposito sia delle caratteristiche distintive del diritto rispetto ad altre sfere di normatività sia a proposito del concetto di diritto. Un altro elemento da sottolineare, strettamente connesso con quanto detto ora, concerne un fattore spesso trascurato nella riflessione giusfilosofica, ovvero che il diritto, e con esso la società stessa, si regge sulla fiducia, ovvero sull'idea che nelle nostre interazioni con gli altri, benché non sempre, essi si comporteranno in modo di adeguarsi alle norme giuridiche, e in questo modo anche noi saremo incoraggiati a fare la stessa cosa. Infatti, se, come abbiamo detto prima, dobbiamo essere consapevoli che le prescrizioni contenute nelle norme giuridiche non sempre sono seguite dai loro destinatari ciò, ad ogni modo, non ci deve costringere all'immobilità, e di fatto ciò non avviene. Sulla strada possiamo essere derubati, colpiti nella nostra integrità fisica e perfino uccisi, proprio perché il divieto di rubare, di attentare contro l'integrità fisica e di uccidere non comporta, necessariamente, che ciò non avvenga, ovvero che tutti i destinatari si astengano da quei comportamenti. Ora, essere consapevoli di questo fattore, intrinseco al diritto, non ci impedisce comunque di condurre la nostra vita e di compiere gli atti quotidiani, come andare al lavoro o a scuola. Ed è così perché, in un sostrato profondo della nostra mente, ci fidiamo degli altri; non farlo, non fidarci degli altri ci condurrebbe alla paralisi, all'immobilità. Ci fidiamo anche, è il caso di dirlo, perché

siamo pure consapevoli che i divieti di cui prima sono accompagnati dalla previsione di una sanzione, come misura per scoraggiare i comportamenti contrari alle regole; solo che qui appare, possiamo dirlo, una idea di fiducia di secondo livello, quella che riponiamo negli apparati dello Stato, nel loro intervento affinché la previsione della sanzione non rimanga lettera morta ma che sia inflitta quando occorre per far sì che le probabilità di essere derubati o uccisi siano ridotte al minimo. Ma non possiamo, d'altra parte, aspettarci che gli apparati dello Stato siano presenti ad ogni angolo della strada, come misura deterrente: sappiamo che non è così, che è materialmente possibile. E quindi riporre la fiducia negli altri diventa il "cemento" fondamentale che tiene in piedi le nostre società; e non solo per quanto concerne il funzionamento del diritto come struttura normativa, ma anche in un senso più ampio, proprio perché il nostro agire quotidiano si muove a metà strada tra la assoluta conoscenza e l'assoluta ignoranza circa il futuro. Se sapessimo, con assoluta certezza, che non saremmo derubati per strada non ci sarebbe bisogno di affidarsi all'altrui comportamento, e se ignorassimo, sempre in modo assoluto, ciò che avverrà sarebbe da sciocchi riporre la nostra fiducia negli altri. Come sostiene Simmel, «Chi sa completamente non ha bisogno di fidarsi, chi non sa affatto non può ragionevolmente fidarsi»⁵. Siamo sicuri assolutamente che il cuoco del ristorante non ci avvelenerà? Possiamo assolutamente escluderlo? La risposta è negativa per entrambe le domande, eppure ciò non ci impedisce di sederci tranquillamente a tavola e consumare il pasto uscito dalla sua cucina, proprio perché ci fidiamo, e non possiamo fare a meno.

Nell'esperienza giuridica, tuttavia, si può dire che la fiducia richiama un'idea diversa rispetto a quella dell'ultimo esempio⁶. Nel diritto, infatti, data la particolarità del suo ruolo nella vita associata, la fiducia – sentimento naturale, come abbiamo visto, del quale non possiamo fare a meno – in qualche modo viene istituzionalizzata affinché

⁵ Cfr. G. Simmel, *Sociologia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1989, p. 299 (orig. *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Dunker & Humblot, Berlin, 1908).

⁶ Osservazioni suggestive sull'idea di fiducia nel diritto, e soprattutto nell'ambito della giustizia riparativa, si trovano in G. Mannozi-G. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, parte II, cap. V.

si escluda nella maggior parte dei casi il comportamento che verrebbe a “tradirla”. E questa istituzionalizzazione costituisce il fattore che in maggior o minor misura contribuisce ad evitare l’onnipresenza degli apparati statali in ogni dove. Ciò avviene, come si è detto, con la previsione di una risposta degli apparati dello Stato verso il comportamento indesiderato. La previsione della sanzione funziona come elemento di istituzionalizzazione della fiducia, perché sottrae – o cerca di sottrarre – il comportamento futuro desiderato, non uccidere per esempio, dalla contingenza e dalla possibilità, per portarlo nell’ambito concreto dell’esistenza, affinché non ci siano omicidi. Naturalmente la sola previsione non è sufficiente a scoraggiare il comportamento omicida, come – tristemente – sappiamo, e di conseguenza per rafforzare la fiducia verso il prossimo. Sono necessari altri due fattori: uno è la convinzione che ci sarà, almeno nella maggior parte dei casi, la risposta effettiva degli apparati statali per mettere in atto la sanzione, perché, è ovvio, se si ha la sensazione che la risposta non ci sarà o che ci sarà solo in una percentuale molto bassa, il senso di fiducia diminuisce; l’altro, invece, è che accanto alla previsione della sanzione – come misura per istituzionalizzare la fiducia – il comportamento indesiderato giuridicamente diventi anche, per la maggior parte delle persone, un comportamento indesiderato e riprovevole a prescindere dalla sua qualificazione giuridica. E qui, di nuovo, appare una connessione importante tra il diritto e la morale, della quale bisognerà in qualche modo tenere conto più avanti, soprattutto quando si esamineranno i concetti di efficacia (delle) norme e di effettività (dell’ordinamento). Insomma, l’idea di fiducia ci indica un senso di incompiutezza, di possibilità, rispetto a un risultato che non è mai garantito⁷, benché nell’esperienza giuridica, questo è il suo tratto distintivo, si cerchi con ogni mezzo di raggiungerlo.

Questo libro ha come oggetto il diritto inteso come un fenomeno ampio che include diverse dimensioni, da quella legislativa a quella giurisdizionale, tenendo come sfondo un approccio specifico. Un approccio, infatti, che vuole essere filosofico, con l’intenzione di studiarne, anche senza necessariamente fornire delle risposte, i problemi centrali: perché il diritto? cos’è il diritto? qual è l’origine del diritto?

⁷ Cfr. M. Marzano, *Cosa fare delle nostre ferite? La fiducia e l’accettazione dell’altro*, Erickson, Trento, 2012, pp. 71-73.

perché si ubbidisce il diritto? È un approccio filosofico, questo, perché non cerca risposte a proposito dei contenuti particolari (e contingenti) del diritto in un contesto specifico, ma che cerca di andare oltre, per individuare, se vogliamo dirlo in questo modo, gli elementi comuni al diritto come esperienza generale. È, ad ogni modo, un approccio filosofico che si discosta dalla FILOSOFIA, nel senso che non parte dai grandi sistemi filosofici per, successivamente, includere il diritto in un sistema, ma che orienta direttamente la propria attenzione sul diritto, con scarse – soltanto quelle strettamente necessarie – concessioni al pensiero filosofico tradizionale.

2. Filosofia e filosofia del diritto

Da quanto si è osservato prima, è evidente che il diritto, è – tra altre cose – una struttura normativa, nel senso che la sua funzione centrale, attorno alla quale ce ne sono altre in qualche modo sussidiarie di quella, è stabilire le regole necessari in grado di permettere la vita in società. Naturalmente, non è mia intenzione riassumere un concetto così complesso in queste scarse parole; si tratta soltanto di un approccio iniziale che si andrà ulteriormente precisando, ma che per ora ci è sufficiente. Questa funzione centrale, in sostanza, si concretizza in prescrizioni, vale a dire in enunciati che non descrivono fatti empirici ma che, al contrario, cercano di indirizzarli, di orientarli. Fermare la propria automobile mentre si guida, perché il semaforo è di colore rosso è un fatto empirico. Ma il diritto non descrive questo fatto, non ci fornisce informazioni al riguardo: stabilisce, al contrario, che se si è alla guida di un'automobile e ad un incrocio c'è un semaforo e questo è di colore rosso, è obbligatorio fermarsi e ripartire soltanto quando il colore diventi verde. Partendo da questa banale osservazione, si possono distinguere almeno due modalità diverse di studiare il diritto: una è quella consistente nel prendere come oggetto di studio il contenuto delle regole giuridiche, uno studio, è ovvio, che giocoforza è circoscritto a un contesto specifico, ovvero un ordinamento giuridico particolare, data l'impossibilità materiale di studiare i contenuti di tutti gli ordinamenti. A meno che lo studio non abbia finalità comparative solamente tra alcuni ordinamenti, ma in questo caso, anche questo è ovvio, la comparazione non è su tutti i contenuti bensì su istituti giuridici specifici, ad esempio sulle modalità di tutela dell'ambiente o sui mo-

delli di giustizia costituzionale. La rilevanza di questo tipo di studi, ai quali in genere si usa chiamare ‘dogmatici’, è certamente fuori dubbio, perché da essi dipende in buona misura la qualità dell’esercizio concreto del giurista pratico (avvocato, giudice, funzionario pubblico, notaio, ecc.), che deve essere in grado di usare le regole vigenti per fare il proprio lavoro in modo soddisfacente. D’altra parte, tuttavia, il diritto, parlando in generale, è in continuo movimento, in continua trasformazione, e, di conseguenza, non è affatto garantito che una parte consistente dei contenuti che sono stati appresi durante un percorso universitario siano ancora diritto valido dieci anni dopo. Così come non affatto detto che un settore della vita associata che dieci anni fa non richiedeva delle regole per funzionare in modo adeguato, ora invece sia disciplinato in modo dettagliato⁸.

La dogmatica giuridica, riprendendo il sostantivo solitamente usato per chiamare questo tipo di studi, trova un certo limite nelle trasformazioni che subiscono le regole giuridiche e nel sorgere di nuove regole, in ragione degli sviluppi sociali. Detto in modo diverso, l’operatore giuridico pratico deve aggiornarsi in continuazione, deve conoscere “lo stato dell’arte” giuridico, in campo fiscale ad esempio; non è casuale, in questo senso, che gli avvocati iscritti all’albo sono obbligati alla formazione continua anche se, per ipotesi, non esercitano la professione⁹. Probabilmente, detto per inciso, l’uso del vocabolo ‘dogmatica’ – con la sua portata semantica nel senso di dogma, di postulato non soggetto a discussione – risulta oggi inadeguato per riferirci a questo tipo di studio. Ad ogni modo, quello che rimane fermo è il fatto che alla sua base c’è, penso sia plausibile affermarlo, una tendenza per certi versi comprensibile: formare operatori pratici che si limitino a usare il diritto così come è, senza farlo oggetto di giudizi di valore nella sua connessione coi fatti della vita che disciplina. Una tendenza, dicevo, comprensibile, ma, perché? Perché, semplicemente, la risposta dell’operatore giuridico pratico alle questioni a lui sottoposti è, deve essere, rivestita da una forza autoritativa che si manifesta nella sua

⁸ Basta pensare, a questo riguardo, alla fortissima accelerazione nel campo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione e l’uso che oggi si fa di strumenti che richiedono la messa a disposizione di informazioni rilevanti sulle persone.

⁹ Secondo quanto stabilito dall’art. 6, comma 2 del Regolamento per la formazione continua (Reg. 16 luglio 2014, n. 6), del Consiglio Nazionale Forense.

pretesa di essere la sola possibile, alla quale si arriva percorrendo un sentiero senza alternative¹⁰. Un giudice, ad esempio, e in questo senso, presenta il suo verdetto come determinato dalla legge, e sarebbe piuttosto bizzarro se fosse diverso.

D'altra parte, nell'immaginario collettivo, anche per ragioni connesse con la semantica della parola 'diritto', esiste in qualche modo la convinzione che dal diritto si deve pretendere giustizia, che un ordinamento giuridico sia giusto, che l'applicazione del diritto risponda a requisiti di giustizia. È così perché, essendo il diritto lo strumento attraverso il quale si configurano delle istituzioni sociali, è diffusa l'idea, come sottolineato da John Rawls proprio in apertura di *A Theory of Justice*, che la più prima delle virtù di tutte le istituzioni sociale è, appunto, la giustizia¹¹. È qui che appare in tutta evidenza un possibile approccio diverso al diritto, non superiore né alternativo al primo, ma in un certo modo complementare e necessario. Un approccio che non concentra l'interesse sul contenuto del diritto positivo vigente, ma che, viceversa, cerca di cogliere, da una parte, ciò che è comune ad ogni ordinamento giuridico e, dall'altra, gli strumenti idonei per identificare il senso del giuridico, le ragioni profonde della sua esistenza e della sua persistenza come struttura normativa di una società. Si tratta, all'interno di questo approccio, di un atteggiamento verso il diritto che consiste in una serie di riflessioni che vanno oltre la mera rilevazione empirica del dato normativo concreto. Riflessioni che in un certo modo possiamo chiamare 'filosofiche', ma intendendo con il richiamo alla filosofia, semplice-

¹⁰ Anche nel caso delle cosiddette sentenze suicide, ovvero sentenze assunte sulla base del desiderio che siano riformate dalla giurisdizione superiore, ma tuttavia presentate come la sola decisione possibile. Cfr. G. Escobedo, *Le sentenze suicide*, Fratelli Bocca Editore, Milano, 1943. Il caso tipico di una sentenza suicida è la decisione del processo Mulas, illustrato da Escobedo. Tale Mulas, processato per omicidio nel corso di una rapina era stato assolto dalla Corte d'Assise di Sassari (il 29 novembre 1939) per insufficienza nel quadro probatorio, ma il Presidente, avendo a suo carico la motivazione modificò il dispositivo ed emise una sentenza di condanna, che rifletteva il suo personale convincimento. Dietro la stridente contraddizione tra dispositivo e motivazione, naturalmente, c'era l'intenzione di fare riformare il dispositivo nella giurisdizione superiore.

¹¹ The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971 (trad. it. a cura di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1984).

mente il senso di meraviglia e di stupore che nasce dal trovarsi di fronte a un fenomeno per certi versi sconosciuto e certamente complesso, analogo alla meraviglia di un bambino che si chiede come è fatta una bottiglia di vetro, oppure che vedendo una foto del padre di quando era lui bambino si chiede se il bambino della foto e il padre sono la stessa persona. Questo approccio, filosofico, è quello che è alla base delle osservazioni contenute in questo libro, e che si manifesta in due dimensioni, diverse forse, ma che ritengo, nonostante, intrinsecamente connesse: una dimensione attraverso la quale cerco, come si diceva prima, di cogliere ciò che rimane dell'esperienza giuridica una volta portato lo sguardo oltre i contenuti del diritto positivo, ma anche di riflettere a proposito di ciò che, personalmente, è stato motivo di stupore di fronte al diritto: perché il diritto? perché ubbidire le norme giuridiche? Il diritto è uno strumento per rendere giusta una società? Naturalmente, non è una mia pretesa sostenere che un'impresa filosofica come questa, ma forse vale per qualsiasi tentativo di "fare" filosofia, può fare a meno del suo oggetto di studio: sarebbe un grosso errore, perché una filosofia del diritto che pretenda non essere del tutto irrilevante non può, non deve, prescindere dal diritto positivo, e non esclusivamente dal diritto in una sua declinazione specifica (il diritto italiano, il diritto tedesco), ma da una prospettiva che dal diritto cerchi di cogliere il senso profondo, in quanto fenomeno normativo generale. Questa strada è quella che ho intenzioni di seguire in questo libro, cercando di conciliare, senza prediligere una, le due prospettive esaminate anni fa da Norberto Bobbio, ovvero una filosofia del diritto elaborata da giuristi e una filosofia del diritto fatta da filosofi¹². L'idea di fondo, in questa linea di pensiero è che non solo è materialmente impossibile circoscrivere le proprie riflessioni a una o all'altra prospettiva, ma che qualora si riuscisse l'esito sarebbe comunque, a mio avviso, insoddisfacente.

Sta di fatto, ad ogni modo, che è ancora diffusa l'idea, benché forse meno che in passato, secondo cui una riflessione filosofica a proposito del diritto altro non sarebbe che una declinazione particolare della filosofia generale, come la filosofia della scienza, la filosofia morale, la

¹² Cfr. N. Bobbio, "Nature et fonction de la philosophie du droit", in *Archives de philosophie du droit*, 1962, 7, pp. 1-11 (ora in Id., *Giurnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965; nuova edizione con prefazione di L. Ferrajoli in Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 29-41).