

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2021

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

uc3m

Universidad
Carlos III
de Madrid

La pubblicazione di questo numero di Diacronia è stata resa possibile da un finanziamento del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid (Convocatoria 2020 de ayudas para la organización de congresos y reuniones científicas y workshops).

© Copyright 2021 IUS - Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-103-5

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Filosofia del derecho e historia: cuestionones metodológicas

a cura di Francisco Javier Ansuátegui Roig

Non solo i classici? La questione dell'invisibilità nella storia della filosofia del diritto
Thomas Casadei.....13

Appunti per una riflessione 'discronica' su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro
Lorenzo Milazzo.....45

βία: storie (filosofiche) del diritto
Francesco Mancuso81

Un classico dei classici della filosofia giuridica. Schmitt e Olivecrona lettori di Locke
Ilario Belloni117

Il diritto come fatto. Prime notazioni su Vico e la filosofia giuridica tra Otto e Novecento
Valeria Marzocco.....141

Las teorías críticas en la historia de los derechos humanos
María del Carmen Barranco Avilés.....163

Historia, memoria y justicia transicional
Cristina García Pascual189

Gli inizi di una visione storica del mondo nella filosofia del Novecento
Adriano Ballarini.....217

Saggi

Legge e giusto mezzo: la filosofia del diritto di Mosè Maimonide
Lucia Corso, Cosimo Nicolini Coen235

Tra antiquari e orologiai. Filosofia del diritto e dimensione storica
Andrea Porciello.....267

Note

La teologia politica moderna
Vincenzo Omaggio295

Per un'eredità del pluralismo classico. Politica e diritto in Romano, Schmitt e Mortati
Pier Giuseppe Puggioni311

Questo fascicolo di Diacronia è dedicato a Franco Bonsignori in occasione del suo ottantesimo compleanno

TRA ANTIQUARI E OROLOGIAI. FILOSOFIA DEL DIRITTO E DIMENSIONE STORICA*

Andrea Porciello

Abstract

In this article I discuss some notions at the margins of the complicated and controversial relationship between the history of (legal) thought and philosophy (of law). In particular, I respond to two questions: 1) Is it possible to do “philosophy of law” disregarding its history? 2) How much history is required to do “philosophy of law”? On the basis of these considerations, I will concentrate briefly on some of Alexy’s proposals, which we will study as a paradigmatic case for a “certain way” of conceptualizing the philosophy of law and its relationship to history.

Keywords

Neopositivism; History of Philosophy of Law; Analytical approach; Nonpositivism; Constitutionalism.

Sono pienamente d'accordo con lei sul ruolo e sul valore formativo sia della metodologia sia della storia e della filosofia della scienza. Oggi molti, anche tra gli scienziati di professione, somigliano a qualcuno che ha visto migliaia di alberi, ma non ha mai visto una foresta. È la conoscenza del retroterra storico e filosofico a consentire di non soggiacere ai pregiudizi della propria generazione dai quali molti scienziati sono affetti. Secondo me questa autonomia

* Testo della relazione presentata in occasione del V Seminario di Storia della filosofia del diritto, dedicato al tema “Filosofía del derecho en perspectiva histórica” e tenutosi a Madrid il 10-11 dicembre 2019.

resa possibile dalla consapevolezza filosofica costituisce l'elemento distintivo tra un semplice artigiano o operaio specializzato e un ricercatore della verità degno di questo nome (Albert Einstein a Robert Thornton, 7 dicembre 1944).

1. È possibile fare filosofia senza storia?

Nella prima parte di questo breve contributo vorrei tentare di rispondere a due domande intimamente collegate: con la prima intendo chiedermi se sia possibile “fare filosofia del diritto” prescindendo dalla sua storia. Risponderò a questa domanda in termini negativi, ritenendo che la storia (tanto delle idee quanto dei fatti) costituisca inevitabilmente la dimensione irrinunciabile entro cui poter fare filosofia del diritto. E con la seconda intendo porre una questione di carattere quantitativo, relativa al “quanto” il contesto storico debba essere presente in un'indagine che vuole essere filosofico giuridica, cosciente del fatto che un'indagine di questo tipo è destinata a rimanere tendenzialmente incompleta. In effetti, chiedersi se la storia costituisca o meno una dimensione irrinunciabile per la filosofia del diritto in fondo vuol dire chiedersi cosa sia la filosofia del diritto. A ciò si aggiunge, peraltro, un'ulteriore complicazione: mentre si tenta di definire la filosofia del diritto, di cristallizzarla in una definizione compiuta essa intanto si trasforma, si evolve, si arricchisce di nuovi significati. Un po' come avviene per le definizioni dei termini del linguaggio, destinate (prima o poi) a restare indietro rispetto all'uso che nella prassi si fa di essi. Consapevole di queste e di altre difficoltà qui non menzionate mi limiterò, dunque, ad alcune considerazioni provvisorie relative al ruolo che la storia gioca all'interno delle indagini filosofico giuridiche, pervenendo a risposte che costituiranno tutt'al più un punto di partenza per ulteriori riflessioni.

Iniziamo col dire che, in una sua importante stagione, la filosofia (e la filosofia del diritto, quantomeno una sua parte rilevante, non ha fatto eccezione) ha cercato di fare a meno della dimensione storica e anche, e soprattutto, di quella metafisica. Faccio riferimento alla stagione filosofica dominata dal positivismo logico che, com'è noto, muoveva dall'idea per cui «il progresso sarebbe [stato] possibile se e solo se tutti i campi

del sapere fossero [stati] ridotti allo stesso chiaro, semplice, linguaggio logico-osservativo. [...] [Perché] soltanto la scienza ci fornisce (reale) conoscenza»¹. Per raggiungere tale obiettivo, secondo i positivisti logici, era necessario che la scienza utilizzasse un linguaggio dotato di significato e, perciò, un linguaggio che fosse quanto più è possibile certo e rigoroso. La conclusione cui approdavano Ayer, Schlick e gli altri esponenti del Circolo di Vienna consisteva nell'idea per cui se ciò fosse avvenuto tutte le tradizionali dispute filosofiche si sarebbero dissolte nel nulla, essenzialmente perché, a loro avviso, sul nulla fondate. «Il modo più sicuro di risolverle – scriveva Ayer – consiste nello stabilire quale dovrebbe essere lo scopo e il metodo di una ricerca filosofica. E questo non è affatto un compito così difficile come la storia della filosofia indurrebbe a supporre»². Da ciò deriva la grande attenzione che il neopositivismo ha attribuito alle questioni linguistiche e logiche³, inserendosi in quella tradizione di pensiero che, a partire dall'empirismo e da Hume in particolare, aveva mostrato piena fiducia nell'assunto per cui tutte le nostre credenze possono dirsi giustificate e dotate di senso quando espresse attraverso un linguaggio rigoroso che si limiti a descrivere i dati dell'esperienza sensibile per ciò che essi sono realmente. La scienza e il linguaggio in essa utilizzato divengono così «il paradigma della conoscenza razionale e la metafisica, l'antitesi di essa»⁴.

Quest'opera di purificazione del linguaggio scientifico portata avanti dal positivismo logico conduce all'idea che possano legittimamente tro-

¹ C.J. Misak, *Il verificazionismo. Protagonisti, problemi, teorie*, Armando editore, Roma 2000, p. 91.

² A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Victor Gollancz, London 1936; tr. it. *Linguaggio, verità e logica*, a cura di G. De Toni, Feltrinelli, Milano 1961.

³ Come opportunamente nota Argante Ciocchi, «I *significati* compaiono come protagonisti della scena filosofica soltanto dopo l'opera di Frege – uno dei grandi ispiratori del positivismo logico – che sposta l'attenzione dalle idee della mente al linguaggio enunciativo». È proprio grazie a Frege, continua Ciocchi, che «l'epistemologo contemporaneo» considera «il sapere come un tessuto di enunciati». A. Ciocchi, *Introduzione*, in C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 9.

⁴ C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 92.

vare cittadinanza nel reame della scienza esclusivamente gli enunciati analitici (o tautologici), del tipo “il triangolo ha tre lati”, e quelli empirici, che trovano un referente oggettivo in dati sensibili del mondo reale. Al di fuori di questi casi, il linguaggio utilizzato a fini conoscitivi finisce col perdere i caratteri della scientificità divenendo *mera* metafisica, ossia un tipo di conoscenza cui non può in alcun modo essere applicato un metodo certo di verificaione. Senza un valido criterio di verificaione non può esistere significato, con l’eccezione ovviamente degli enunciati analitici che, come appena visto, non necessitano di verificaione alcuna in quanto *veri o falsi* per ragioni relative alla forma logica. Come più volte Schlick ha avuto modo di sottolineare lapidariamente, «il significato di un enunciato è il metodo della sua verifica».

Quest’impostazione, com’è noto, è stata in gran parte ispirata da quanto sostenuto dal “primo” Wittgenstein nel suo *Tractatus*⁵, l’opera su cui si sono concentrate le più importanti discussioni critiche degli intellettuali del Circolo di Vienna per circa due anni⁶. A tal punto, che molte delle idee del filosofo austriaco sono divenute parte integrante dell’arsenale teorico neopositivista, dalle tesi sulle condizioni di verità degli enunciati a quelle, più generali, relative al ruolo della scienza e della filosofia e dei loro reciproci rapporti⁷: la prima, la scienza, intesa come l’unica attività realmente conoscitiva il cui tratto caratteristico

⁵ L. Wittgenstein, *Logisch-Philosophische Abhandlung*, in «Annalen der Naturphilosophie», Leipzig 1921; ed. ing., *Tractatus Logico-Philosophicus*, F. Ramsey-C.K. Ogden (Ed.), Routledge & Kegan Paul, London 1922; ed. it., *Tractatus Logico-Philosophicus*, in *Tractatus Logico-Philosophicus e Quaderni 1914-1916*, a cura di A.G. Conte, Einaudi, Torino 2009.

⁶ Cfr. C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 69. In particolare, Misak nota che «le idee di Wittgenstein stimolarono i positivisti logici a tal punto che essi smisero di discutere di differenti argomenti ad ognuno dei loro incontri e si occuparono per tutto il 1926 ed il 1927 soltanto del *Tractatus*».

⁷ Sulla filosofia del linguaggio di Wittgenstein, la sua evoluzione, le sue implicazioni giuridiche ed i suoi rapporti con le tesi del positivismo logico si consulti, tra gli altri, M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999.

consiste nella verificabilità dei suoi enunciati e la seconda, la filosofia, che da studio dei principi primi viene intesa come analisi del linguaggio scientifico, il cui compito consiste nel distinguere i fatti dai valori, gli enunciati sensati da quelli insensati e, più in generale, di purificare il linguaggio scientifico da tutte quelle incrostazioni storiche e metafisiche che costituiscono la vera ragione dei dibattiti filosofici. Con le parole di Wittgenstein, «lo scopo della filosofia è il rischiaramento logico dei pensieri»⁸.

Tornando al tema che è qui d'interesse, in questa stagione la filosofia diviene un luogo assai poco ospitale, oltre che per la metafisica, anche per la storia del pensiero. E in effetti, nel momento in cui la filosofia viene concepita come analisi del linguaggio, ogni qual volta la si pratica è come se in un certo senso si stesse “ricominciando da capo”, come se si guardasse ai problemi con occhi sempre nuovi o da «nessun luogo» (per dirla con Nagel) e, soprattutto, sentendosi legittimati a trascurare quanto i filosofi hanno proposto nel corso della storia, nonché gli stessi fatti che nella storia si sono inanellati. Nell'ottica neopositivista, insomma, la filosofia diviene un esercizio intellettuale essenzialmente fuori dal tempo, astorico, molto simile ad un gioco che, per definizione, quando giocato, tende a isolare i suoi giocatori rispetto alla realtà circostante catapultandoli in una dimensione sempre identica a sé stessa. In questo senso, anche la filosofia, quando intesa nei termini di analisi del linguaggio, alla stregua di un gioco appare chiusa in sé stessa, possiede regole (argomentative) cui doversi necessariamente attenere (pena la fuoriuscita da quell'ambito discorsivo) e, soprattutto, vive di “rompicapo”, che hanno senso proprio perché facenti parte di quel determinato gioco linguistico. A ben vedere, il metodo filosofico del Circolo di Vienna, non solo prescinde dalla storia del pensiero, addirittura guarda a quella storia con evidente diffidenza e sospetto. In un certo senso, il messaggio implicito nel suo approccio consiste nell'idea per cui la filosofia occidentale ha fin dall'inizio frainteso il proprio ruolo, generando tutta

⁸ L. Wittgenstein, *Tractatus*, cit., 4.112.

una serie di complicazioni teoriche che non avrebbero avuto ragione di esistere se i termini del linguaggio impiegati in ambito conoscitivo, innanzitutto in quello scientifico, fossero stati usati in modo corretto e rigoroso.

Passando dalla filosofia alla filosofia del diritto, tutte le tesi neopositiviste di derivazione wittgensteiniana appena sintetizzate hanno trovato chiara e diretta applicazione nelle opere di alcuni grandi interpreti della teoria del diritto del Novecento che, senza particolari difficoltà, possono essere interpretate, benché con diverse gradazioni, come “esercizi neo-empiristi”. Tanto Bobbio (il Bobbio dei primi anni Cinquanta) quanto Ross, ad esempio, per limitarmi a due casi soltanto, hanno accettato senza grossi tentennamenti le idee di scienza (del diritto) e di filosofia (*Jurisprudence*) proposte dal positivismo logico, nonché la medesima idea di linguaggio e di verificaione, benché al fine di comprendere e definire fenomeni assai diversi da quelli immaginati dagli esponenti del Circolo di Vienna.

Limitandomi a qualche considerazione soltanto, in *Diritto e giustizia*⁹ Ross parte dal presupposto per cui il principio di verificaione del positivismo logico dovesse essere applicato anche all’ambito della scienza giuridica. «Ciò significa che le proposizioni circa il diritto valido debbano essere interpretate come riferentisi non ad una *inosservabile validità* o “forza vincolante”, derivante da princìpi *a priori* o da postulati, ma a *fatti sociali*. [...] Noi riteniamo [...] che il contenuto reale delle proposizioni della scienza giuridica si riferisca alle azioni delle corti in certe circostanze»¹⁰. A parere di Ross la scienza giuridica è

⁹ A. Ross, *On law and Justice* (1958), University of California Press, Berkeley & Los Angeles 1959; tr. esp., *Sobre el derecho y la justicia*, por G.R. Carrió, Editorial universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1963; tr. it., *Diritto e giustizia* (1965), a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 2001; ed. or., *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt nordisk forlag, 1953, oggi digitalizzata e disponibile on line al seguente indirizzo: https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Ross_Om_ret_og_retfærdighed_1966.pdf.

¹⁰ Ivi, p. 39 [*Corsivo mio*].

possibile alle stesse condizioni alle quali è possibile ogni altra scienza secondo il positivismo logico (e anche secondo Hägerström): se davvero vuole essere tale, essa «deve situare il suo oggetto, non in una sfera di validità, di *Sollen*, ma nella realtà, nel *Sein*»¹¹. Lo scienziato del diritto in fondo studia fenomeni psichici nella loro dimensione sociale, «perché la psiche esiste, è reale, se la consideriamo non *von innen*, come uno stato di coscienza (*Bewusstseinslage*), ma *von aussen*, come fenomeno psico-fisico che ha luogo in un organismo psico-fisico situato nella realtà spazio temporale»¹². Ma accettare tali presupposti, implica l'esigenza di una ridefinizione dell'idea stessa di dogmatica giuridica perché, quantomeno nella sua accezione originaria essa diviene adesso impossibile, banalmente perché il mondo che intendeva studiare, quello dei diritti, dei doveri, della validità, ecc. in questa “nuova” ottica, non esiste più. La dogmatica giuridica, così come ripensata da Ross sulla scorta delle indicazioni dell'empirismo logico è una scienza della realtà (attuale) che studia le norme giuridiche, non quali astratte entità linguistiche che parlano di diritti e obblighi giuridici, ma quali fatti psico-linguistici, costituendosi così in un settore della conoscenza giuridica integrato nella scienza del diritto, la quale, nel suo insieme, è una scienza della realtà, una scienza del comportamento umano¹³. Essa diviene, dunque, scienza del comportamento giudiziale, ossia una scienza che non studia direttamente il modo in cui “dobbiamo o non dobbiamo” comportarci o il fatto che “abbiamo o non abbiamo” un certo diritto, bensì esclusivamente ciò che i giudici *credono* a riguardo. Le proposizioni della scienza giuridica – nelle intenzioni di Ross – riguardano le credenze di un particolare gruppo di persone relative ad un determinato ambito: ad esempio, le credenze dei giudici danesi relative al diritto danese vigente¹⁴.

¹¹ R. Hernández Marín, *Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*, in E. Pattaro (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, p. 198.

¹² Ivi, p. 199.

¹³ Ivi, p. 208.

¹⁴ Cfr. J.v.H. Holtermann, *Naturalizing Alf Ross's Legal Realism*, cit.

In Italia, pochi anni prima, Norberto Bobbio subisce inequivocabilmente anch'egli il fascino delle idee del Circolo di Vienna, soprattutto quando in un noto articolo del 1950¹⁵ dedicato alla funzione della scienza giuridica, approda all'idea per cui un linguaggio è scientifico soltanto se è rigoroso ed è rigoroso solo se è retto da regole condivise all'interno di una determinata comunità di parlanti. Ciò non significa, sottolinea Bobbio, che la scienza si esaurisca nel linguaggio da essa espresso, significa casomai, che senza quel linguaggio non può darsi scienza. Il rigore e la coerenza linguistica assurgono così a condizione necessaria (ma non anche sufficiente) per poter definire una determinata situazione discorsiva come scientifica: «la scienza insomma ha inizio con la formazione del cosiddetto linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva»¹⁶. E se la scienza è innanzitutto, ma non soltanto, linguaggio rigoroso e coerente, la giurisprudenza (nel senso di *Jurisprudence*) può finalmente essere considerata vera scienza, scienza in senso pieno, innanzitutto perché «a differenza delle concezioni della scienza sostenute sino ad oggi, la concezione neo-positivistica permette di comprendere nell'ambito delle scienze la ricerca del giurista, e aiuta quindi il giurista a rendersi conto con maggiore consapevolezza della natura del proprio lavoro»¹⁷. L'oggetto di una scienza giuridica così ripensata, a differenza da quanto sostenuto da Ross, per Bobbio consiste nelle proposizioni normative del diritto, ossia nelle regole vigenti in un dato sistema giuridico. Tali regole possono essere analizzate quantomeno attraverso due differenti livelli discorsivi, uno proprio della giurisprudenza e l'altro coincidente con la teoria generale del diritto o, come Bobbio preferisce definirla in questa fase del suo pensiero, teoria formale del diritto. La differenza starebbe

¹⁵ Si tratta del saggio *Scienza giuridica ed analisi del linguaggio*, apparso per la prima volta nella «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», IV (1950), pp. 342-367.

¹⁶ Ivi, p. 351.

¹⁷ Ivi, p. 352.

in questo: mentre la teoria generale del diritto analizza le norme di comportamento in quanto tali, ossia prescindendo completamente dal loro contenuto, la giurisprudenza, invece, le analizza proprio allo scopo di attribuire loro un significato e, quindi, un contenuto che sia coerente con il contesto normativo. La teoria generale, che è pur sempre scienza, diviene così logica, logica degli enunciati normativi, dei quali ne analizza esclusivamente la struttura e le reciproche implicazioni, la giurisprudenza diviene interpretazione, nell'accezione più ampia e ricca di contenuti che può essere attribuita a questo termine. E da ciò Bobbio ricava che «se l'analisi del linguaggio giuridico e l'interpretazione giuridica sono tutt'uno, e se l'analisi del linguaggio è l'operazione propriamente scientifica del giurista, si dovrà concludere che il giurista, proprio in quanto giurista nel senso tradizionale della parola, cioè in quanto interprete delle leggi, costruisce la scienza del diritto»¹⁸. Una volta distinte la teoria generale del diritto dalla giurisprudenza, Bobbio espone la tesi centrale del suo ragionamento, centrale anche ai nostri fini: «non c'è giurisprudenza al di fuori della regola e del regolato, e tutto ciò che sta prima della regola (sia il fondamento o l'origine) non appartiene alla ricerca del giurista»¹⁹. Il linguaggio del diritto costituisce la *province*, per dirla con Austin, della scienza giuridica in quanto giurisprudenza, che è scienza innanzitutto perché costituisce un'analisi del linguaggio, «più precisamente di quel particolare linguaggio in cui attraverso le proposizioni normative si esprime il legislatore»²⁰. Perché lo scienziato del diritto «non osserva dei fenomeni, come fa il ricercatore di una scienza empirica, né si preoccupa di verificare attraverso l'esperienza la verità delle proposizioni normative»²¹.

La giurisprudenza, in quanto attività scientifica, ha il compito di purificare, di completare e di ordinare il materiale normativo trasforman-

¹⁸ Ivi, p. 355.

¹⁹ Ivi, p. 353.

²⁰ Ivi, p. 354.

²¹ *Ibidem*.

dolo in un linguaggio che sia quanto più rigoroso, completo e ordinato possibile. Affinché tale operazione vada a buon fine, e coerentemente con quanto prima detto della scienza e dei suoi caratteri essenziali, è indispensabile che quest'attività di analisi, quest'opera di trasformazione/traduzione, avvenga in ossequio a determinate e prefissate regole convenzionali, senza le quali nessuna coerenza potrà essere conseguita. Sul punto Bobbio, prendendo le mosse dall'impostazione neopositivista e anticipando, almeno in parte, quanto Wittgenstein sosterrà tre anni più tardi con la nota tesi del «significato come uso», perviene alla conclusione per cui il linguaggio per essere scientifico non deve dar vita a fraintendimenti, che possono essere evitati soltanto a patto che i parlanti all'interno di una determinata situazione linguistica si accordino convenzionalmente sulle regole che disciplinano l'uso dei termini coinvolti. Non è un caso che Bobbio, in tal senso assai vicino all'idea di gioco linguistico che verrà proposta poco più tardi dal filosofo austriaco, paragoni la giurisprudenza e la sua convenzionalità ad un gioco e alle sue regole. Con la conseguenza che la scienza in generale, la giurisprudenza, nonché il gioco funzionano solo a patto che i soggetti coinvolti, coscienti della convenzionalità delle regole metodologiche, rispettino in maniera uniforme e costante tali regole al fine di creare un linguaggio rigoroso e il più possibile coerente. Da ciò Bobbio ricava che le dispute giuridiche, così come qualsiasi altra disputa scientifica, hanno senso solo se vertono sulle regole metodologiche: o dimostrando che le regole impiegate da qualcuno tra i disputanti non sono quelle concordate, oppure proponendo una revisione delle regole adottate, in quanto troppo complicate o inadatte allo scopo.

Non è possibile, in questa sede, approfondire ulteriormente tali aspetti. Credo, però, che possiamo essere d'accordo con Massimo La Torre quando sottolinea che «mentre in Germania Gustav Radbruch si sposta dall'originario giuspositivismo verso il giusnaturalismo, in Italia Bobbio rapidamente se ne allontana. Mentre Radbruch dall'esperienza del fascismo trae la lezione di un recupero del diritto naturale o comunque della necessità di una relazione forte tra diritto e morale, Bobbio si volge a demolire la retorica moralistica di tanto pensiero giusfilosofico

italiano del primo Novecento e sente il bisogno di una metodologia più rigorosa e “scientifica”²². Se ciò è vero, è anche vero, però, che questo modo d’intendere la filosofia, benché abbia lasciato chiare tracce di sé su alcune direzioni della filosofia del diritto contemporanea, che continuano a fare dell’analisi del linguaggio uno dei loro tratti essenziali, quantomeno in questa forma così estrema e intransigente è oggi considerato per lo più desueto, innanzitutto perché troppo angusto e riduttivo.

La stagione filosofica neopositivista ha avuto vita breve e altrettanto breve è stata quella delle sue più ortodosse applicazioni in ambito giuridico, tant’è che gli autori che inizialmente avevano sostenuto con evidente entusiasmo quella impostazione, a cominciare dallo stesso Bobbio, l’hanno poi lentamente ma inesorabilmente abbandonata, per riaprire le porte della loro indagine a dimensioni più ampie e comprendenti sia la dimensione metafisico concettuale che quella storica²³. Con la fine di questa stagione ne inizia una nuova, in cui si diffonde l’idea per cui «un’adeguata conoscenza della maggior parte dei problemi giuridici esige la loro considerazione storica», nella consapevolezza che «in poche scienze, come in quella del diritto, è altrettanto necessario coniugare lo studio dei problemi attuali con quelli del passato. In nessun altro ramo del sapere, la storia acquisisce oggi un simile valore di strumento indispensabile per l’indagine della sua struttura tematica»²⁴. E anche se con diverse intensità, relative al tipo d’indagine giusfilosofica che si con-

²² M. La Torre, *Filosofia e scienza giuridica*, in Norberto Bobbio. *Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, F.J. Ansuátegui y A. Iglesias Garzón (Ed.), Dykinson, Madrid 2010, p. 42.

²³ È bene precisare che Bobbio, in verità, anche nel suo periodo “analitico” non ha mai rotto definitivamente i ponti con la dimensione storica. E in effetti, se nell’articolo dedicato alla scienza giuridica qui citato delinea e difende un’idea di giurisprudenza che si dispiega per interno in ambito linguistico, nello stesso anno, in un altro lavoro scrive che «la filosofia del diritto non può fare a meno della storia», N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1950.

²⁴ A.E. Pérez Luño, *La storia della filosofia e il suo significato attuale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1 (2016), p. 166.

duce, in questa nuova fase post-positivista (alludo ancora al positivismo logico) si diffonde anche la consapevolezza che “fare filosofia del diritto” presuppone, in ogni caso, il fatto di sentirsi parte di una tradizione, per la banale ragione che produrre pensiero significa necessariamente aggiungere qualcosa, a volte anche d’infinitamente piccolo, a ciò che già si è detto in passato. Il mito del filosofo che crea dal nulla le idee, che platonicamente le acciuffa calandole dall’alto, che le trova in sé stesso in quanto prodotto della propria incontaminata ragione o, con riferimento ancora una volta all’empirismo logico, che le ricava da un metodo d’analisi “puramente” analitico è, per l’appunto, ormai soltanto un mito. Detto altrimenti, «lo sguardo da nessun luogo» di Thomas Nagel, ci piaccia o meno, non esiste o, se esiste, si addice forse ai matematici, molto meno ai filosofi e ancor meno ai filosofi del diritto, vista la natura essenzialmente pratica e contestuale dell’oggetto che intendono studiare. In una parola, si potrebbe dire che la filosofia, ed in modo particolare la filosofia del diritto, vivono necessariamente “anche” di contesto, un contesto che è costituito da fatti e (soprattutto) da idee, presenti ma anche passati, entrambi indispensabili alla creazione filosofica.

In questo senso, il filosofo si trova nella medesima condizione dell’artista: «il filosofo – come sottolinea Schopenhauer – non deve mai dimenticare che la sua è un’arte, non una scienza»²⁵. In questo senso, ma solo in questo beninteso, pittura, musica e filosofia, in quanto attività creative, hanno significato nella misura in cui tendano all’originalità, a prescindere dal fatto che conseguano o meno tale ambizioso risultato. Il punto è che l’originalità presuppone a sua volta, io credo necessariamente, il costante riferimento a ciò che è stato, alle idee che precedenti pittori, musicisti e filosofi hanno proposto in passato. La creazione non ha mai inizio da un “non luogo”, ma dal luogo in cui ci hanno condotto coloro i quali ci hanno preceduto, siano essi giganti della filosofia o grandi (e anche meno grandi) studiosi della disciplina filosofica che coltiviamo. È ancora una volta Schopenhauer, parlando dei filosofi che lo

²⁵ A. Schopenhauer, *Aforismi*, Rusconi, Milano 2005.

avevano preceduto ed ispirato, a dire: «loro sono in me, ma io non sono in loro»²⁶. Come a dire che il significato più profondo del “fare filosofia” consista proprio nel far parte del passato e, dunque, nel conoscerlo e farne tesoro, ma al contempo nell’aver il coraggio e la spregiudicatezza di non restare nel passato, di metterlo da parte al momento opportuno. La filosofia, come l’arte, celebra il passato ed al contempo lo uccide. E di converso, e portando alle estreme conseguenze il concetto, la filosofia e l’arte, quando inconsapevoli del passato, non sono realmente né filosofia, né arte. Un concetto simile lo ha espresso il grande e visionario compositore del XX secolo Igor Stravinsky quando, nel tentativo di spiegare il suo processo creativo, scrive «provo una sorta di terrore quando, nel momento in cui pianifico il lavoro e mi trovo dinnanzi ad una infinità di possibilità, ho la sensazione che tutto mi è permesso. Ma quando tutto mi è permesso, tanto il meglio quanto il peggio, quando niente oppone resistenza, allora ogni sforzo è inconcepibile, niente può essere usato come punto di partenza e conseguentemente ogni attività diviene inutile»²⁷. Sebbene a scrivere sia il più creativo compositore della sua generazione, così avanti rispetto ai tempi da aver costituito una fonte d’ispirazione anche per musicisti molto lontani dalla musica classica, anche Stravinsky, un vero filosofo della musica, sente evidentemente l’esigenza di far poggiare le sue invenzioni musicali su ciò che

²⁶ Vale la pena notare, come giustamente ha evidenziato Eugenio Ripepe, che Schopenhauer è stato «il più feroce nemico non della storia della filosofia del diritto ma delle storie della filosofia *tout court*», E. Ripepe, in «Rivista di filosofia del diritto», Fascicolo speciale (2015), p. 48. In quel caso, però, per “storia” non s’intende il riferimento alla filosofia “nella” storia, ossia alle idee filosofiche che i filosofi hanno elaborato nel passato, ma letteralmente alla sintesi storica di quel pensiero. Schopenhauer invita i lettori ad attingere direttamente alla fonte e di non accontentarsi delle storie della filosofia, diciamo, di seconda mano. Nel medesimo contributo, Ripepe riporta, infatti, la seguente citazione «leggere in luogo delle opere originali dei filosofi [...] una storia della filosofia, è come farsi masticare da un altro il proprio desinare», A. Schopenhauer, *Parerga e paralipomena* (1851), 1 voll., Giorgio Colli (a cura di), Adelphi, Milano 1981, p. 57.

²⁷ I. Stravinsky, *Poetics of Music*, Harvard University Press, Cambridge 1947.

è stato, sulla storia della musica, anche lui prova inequivocabilmente l'*horror vacui*. Ciò non vuol dire necessariamente “conservare” o “idolatrare” il passato, ed il caso di Stravinsky è in tal senso emblematico vista la sua evidente tendenza alla sperimentazione; significa casomai partire dal passato, averne coscienza e consapevolezza, anche solo per decostruirlo.

Benché molto altro ci sarebbe ancora da dire sul punto, alla prima domanda, ossia se “è possibile fare filosofia (del diritto) prescindendo dalla sua storia” rispondo sinteticamente con un secco “no”: non credo sia mai possibile. Il filosofo, e il filosofo del diritto non fa eccezione, per creare pensiero deve innanzitutto volgere il suo sguardo indietro, perché è lì che troverà, se non le risposte, quantomeno le basi su cui edificare il proprio sistema di idee.

2. Quanta storia occorre per poter fare filosofia?

Più impegnativa appare la seconda domanda: quanta “storia” occorre per poter “fare filosofia”? Quanto spazio è necessario che il nostro metodo, in quanto filosofi (del diritto), garantisca alla dimensione storica?

Appurato che la produzione di idee filosofiche, attengano esse a questioni epistemologiche, metodologiche o ontologiche, presuppone sempre un quadro storico di riferimento, ci resta ancora da capire quanto consistente, o addirittura quanto ingombrante, tale riferimento alla storia (delle idee e dei fatti) debba essere. Credo non ci sia un'unica risposta a tale domanda, banalmente perché esistono tante risposte quanti sono i possibili approcci alla filosofia del diritto. Un tempo avremmo detto tante risposte quante sono le scuole e le tradizioni della filosofia del diritto.

Non si può qui disegnare una mappa che contenga tutti gli approcci possibili, ma si può quantomeno tentare d'individuare i confini più estremi, diciamo i poli della filosofia del diritto, chiarendo sin d'ora che si tratta di semplici generalizzazioni attraverso cui delimitare un ambito e non di veri e propri strumenti definitivi attraverso cui identificare filosofi del diritto in carne ed ossa, (benché non escludo che molti filosofi del diritto,

anche appartenenti alla mia generazione, potranno identificarsi agevolmente in uno di questi modelli). Semplificando: ad un polo della mappa troviamo i filosofi del diritto che della memoria e della conservazione del passato fanno il loro tratto caratteristico. Si tratta di studiosi per i quali la storia del pensiero è “tutto”, per i quali non esiste una reale linea di confine tra la filosofia del diritto e la sua storia. Nella loro ottica qualunque questione filosofica, anche le questioni che sembrano essere del tutto nuove, richiamano teorie e categorie del passato, a volte inaspettatamente antiche. Per questi filosofi del diritto, che potremmo definire “antiquari”, i filosofi del passato non muoiono mai e ogni questione su cui poter ragionare costituisce una buona occasione per dialogare con loro, anche solo nel tentativo di smentirli. Beninteso, ciò non perché confondano la filosofia con la sua storia, ma in quanto vedono nella storia del pensiero un potente strumento, forse l’unico strumento possibile, per poter dire qualcosa di nuovo e, paradossalmente, per risolvere problemi che sono anch’essi nuovi e, dunque, inconcepibili per i filosofi di cui parlano.

All’altro polo della nostra mappa troviamo i filosofi del diritto per i quali la storia del pensiero è sì presente, ma solo sullo sfondo: essa costituisce soltanto lo spazio, la *province* entro cui poter fare filosofia sul diritto. Questi filosofi del diritto spesso paragonano la loro attività scientifica a quella degli “orologiai”: così come questi smontano e rimontano gli orologi solo al fine di comprenderne il funzionamento o, in alcuni casi, per far sì che gli orologi funzionino al meglio, senza interrogarsi sul concetto di tempo o sul fatto se esso esista veramente, allo stesso modo i filosofi del diritto “orologiai” smontano e rimontano istituti, normative e concetti senza interrogarsi sul concetto di diritto, ossia senza porsi domande “esplicite” sulle grandi questioni dell’ontologia giuridica e filosofica²⁸. E ciò, in un certo senso, sembra esonerarli dall’e-

²⁸ Con ciò non intendo dire che tali teorici del diritto non intrattengano rapporti con l’ontologia del diritto, voglio solo dire che solitamente i loro lavori, che certamente presuppongono un determinato concetto di diritto, non vertono in modo esplicito su questioni ontologiche.

sigenza, che invece appare cogente per i filosofi “antiquari”, di tornare necessariamente indietro nel tempo. Non è un caso, infatti, che i loro salti temporali, pur sempre presenti, sono spesso a breve raggio, a volte si concludono nello spazio di una generazione di filosofi o di giuristi. Se, dunque, i filosofi del diritto “antiquari”, anche quando si occupano di temi dalla portata (apparentemente) limitata, tendono sempre ad andare alla radice dei problemi, il che richiede loro “viaggi nel tempo” sempre più lunghi e tortuosi, i filosofi del diritto “orologiai”, che spesso si occupano di questioni molto più specifiche, peraltro in molti casi ad alto tasso di tecnicismo giuridico, hanno ovviamente panorami storici assai più limitati.

Non credo sia possibile stabilire quale tra i due approcci sia da preferirsi, perché in fondo si tratta di approcci alla filosofia del diritto che non competono realmente l'uno contro l'altro, avendo interessi, finalità e soprattutto destinatari in gran parte differenti. I filosofi “antiquari” vorrebbero in fondo che la filosofia del diritto divenisse più “bella”, anche dal punto di vista estetico, i loro interlocutori sono gli altri filosofi del diritto, i filosofi della politica o, a limite, i giuristi “più illuminati” che s'interessano di filosofia. E anche quando aspirano a dialogare direttamente con i giuristi di professione difficilmente raggiungono il loro obiettivo, utilizzando essi un linguaggio troppo lontano da quello che viene impiegato dai tecnici del diritto nella loro attività quotidiana. I filosofi “orologiai”, invece, vogliono che la filosofia del diritto divenga più utile (innanzitutto per i giuristi), più penetrante e più forte, anche dal punto di vista accademico, e i loro interlocutori sono innanzitutto i giuristi di professione, i tecnici e i cultori del diritto positivo con i quali condividono un linguaggio tutto sommato simile ed altrettanto simili interessi tematici.

Tra questi due estremi, Scilla e Cariddi della filosofia del diritto, si trovano poi tutti gli altri approcci alternativi ipotizzabili, e con ogni evidenza, per tutti loro (per tutti noi), anche se con gradazioni differenti, la storia, la tradizione giuridica, il passato, recente o antico che sia, sembrano giocare *sempre* un ruolo determinante, anche per gli attuali filosofi del diritto di matrice analitica, quelli che ho definito filosofi

“orologiai”. In effetti, mentre la filosofia analitica degli anni Cinquanta, diretta applicazione in ambito giuridico dell’empirismo logico, è stata «estranea all’esperienza giuridica in quanto dimensione sociale e storica del diritto»²⁹, per i nuovi filosofi del diritto analitici la dimensione storico sociale, benché mai centrale, tende ad acquisire una rilevanza sempre crescente. Salvo rarissime eccezioni, non mi consta esistano lavori di filosofi del diritto oggi definibili come “analitici” in cui si faccia a meno di un qualche tipo di contestualizzazione storico sociale, in cui l’analisi teorica del diritto venga ridotta realmente ad un gioco avulso dalla realtà, presente e passata. Dire il contrario, così come d’altronde ritenere che i filosofi “antiquari” non utilizzino (non sappiano utilizzare) metodi analitici, significa a mio avviso creare veri e propri bersagli di comodo su cui esercitare ancora un po’ di quell’acredine che un tempo, almeno in parte, caratterizzava i rapporti tra le scuole.

3. La filosofia del diritto concettuale: il caso Alexy

C’è però un approccio ancora differente, che sembra sfuggire alla nostra approssimativa tassonomia, una sorta di isola che non trova collocazione nella mappa che abbiamo cercato di disegnare. Faccio riferimento a quella che potremmo chiamare “Filosofia del diritto concettuale”, quel tipo di filosofia del diritto che vuole pervenire senza residui all’essenza del diritto, alla definizione del suo concetto (con la C maiuscola beninteso), utilizzando strutture argomentative che prescindono, almeno apparentemente, dalla dimensione storica. Utilizzando la metafora prima impiegata, potremmo definire questi filosofi del diritto come degli “orologiai” che, non solo vogliono smontare e rimontare gli orologi, ma che s’interrogano al contempo in maniera “esplicita” sul concetto di tempo, anzi che fanno del concetto di tempo il fulcro della loro attività.

Credo che Robert Alexy, ed in modo particolare il modo in cui il giurista tedesco ha recepito e utilizzato la filosofia del diritto di Gustav Rad-

²⁹ A.E. Pérez Luño, *La storia della filosofia e il suo significato attuale*, cit., p. 179.

bruch, costituisca la massima espressione di questa “terza via”. La tesi che voglio sostenere è che, anche in questo caso la storia, benché solo implicitamente, gioca comunque un ruolo essenziale. Anzi, credo che l’unico modo per accettare proposte di autori come Alexy, il cui valore non viene messo in discussione, consista proprio nell’esplicitare la dimensione storica che implicitamente esse contengono, oppure nel collocarle nella dimensione storica da cui tentano incessantemente di sfuggire.

Più precisamente, la teoria di Alexy è del tutto accettabile solo quando interpretata come una teoria “del e sul” sistema giuridico di tipo democratico-costituzionale e non, come Alexy vuole sostenere, come una teoria “del e sul” concetto di diritto e, quindi, esterna o superiore alla dimensione storica. Ciò per una banale considerazione: se è vero che il processo di costituzionalizzazione post-bellico degli ordinamenti giuridici europei ha messo *fuori gioco* il positivismo giuridico (o quantomeno buona parte del positivismo giuridico), che di fatto diviene improvvisamente incapace di rendere conto in modo adeguato delle dinamiche tipiche di tali sistemi, è anche vero, però, il contrario, ossia che è lo stesso processo ad aver messo *in gioco* e a rendere possibili e pensabili le varie teorie non-positiviste che si sono susseguite dal dopoguerra ad oggi, da Radbruch fino ad Alexy.

Ciò che qui si vuole criticare è il passo ulteriore che Alexy crede di compiere, consistente nell’idea di poter cogliere e analizzare, non semplicemente i caratteri che il diritto ha assunto in questa nuova dimensione storica e paradigmatica (e uso il termine “paradigma” proprio nel significato attribuitogli da Thomas Kuhn), ma quelli del diritto in quanto tale, del concetto di diritto appunto, al di fuori di qualsiasi contenuto storico di riferimento. È come se questo non-positivismo non si accontentasse del fatto di costituire (o di essere percepito come) la teoria giuridica standard del momento costituzionale e neanche di spiegare (e in un certo senso di migliorare) “dall’interno” il fenomeno giuridico costituzionale per come si è configurato dal periodo postbellico ad oggi, pretendendo bensì di fuoriuscire dalla dimensione storica al fine di definire il diritto nella sua presunta dimensione ideale. Ma così facendo, esso finisce per elevare surrettiziamente, e senza particolari giustifica-

zioni, un modello giuridico storicamente connotato al rango di concetto di diritto e, quindi, per trasformare un'esperienza storica particolare in una lente attraverso cui valutare, moralmente e giuridicamente, tutte le altre esperienze giuridiche, in senso diacronico ed in senso sincronico.

È banale sottolinearlo, ma il modello costituzionale, per quanto paradigmatico sia, non è “Il Diritto”, è soltanto una sua manifestazione, con ogni probabilità ad oggi la migliore pensabile, ma pur sempre una manifestazione storica e contingente. Credo che la confusione tra modello giuridico paradigmatico e concetto di diritto sia presente, pur se con diverse gradazioni, nel pensiero di tutti i “filosofi del diritto concettuali”. Ciò è vero in particolare quando riferito ad Alexy e al modo in cui ha recepito la proposta di Radbruch.

Com'è noto, l'obiettivo centrale che il filosofo tedesco tenta di conseguire in *The Argument from Injustice* e negli altri lavori successivi dedicati al medesimo tema, è quello di dimostrare, contro il positivismo giuridico, che il diritto costituisce un concetto a due dimensioni, una fattuale o istituzionale e un'altra ideale. Se il positivismo, in tutte le varianti in cui si è manifestato e ancora si manifesta, crede che il diritto sia tale per ragioni di carattere formale (*source thesis*), che lo stesso diritto pone, Alexy si mostra invece convinto del fatto che il diritto, il “concetto di diritto”, possa essere definito facendo *necessariamente* riferimento *anche* ad elementi di natura morale: «nessun serio autore non positivista esclude in realtà che nel concetto di diritto ci siano elementi autoritativi o di efficacia sociale. Piuttosto, ciò che distingue il non positivismo dal positivismo è l'idea per cui il concetto di diritto non può essere definito in tal modo, accanto a tali proprietà fattuali devono essere inclusi anche elementi morali»³⁰. Tale dimensione ideale implicita viene concepita nei

³⁰ R. Alexy, *Some Reflections on the Ideal Dimension of the Law*, in «The American Journal of Jurisprudence», 50 voll., 2 (2013), p. 97, [*Trad. mia*] «No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy. Rather, what distinguishes the non-positivist from the positivist is the view that the concept of law is to be defined such that, alongside these fact oriented-properties, moral elements are also included».

termini di una pretesa di correttezza morale», una pretesa di correttezza che *qualunque* ordinamento giuridico deve *necessariamente* vantare per poter essere considerato tale. In quest'ottica, l'elemento della correttezza non costituisce, dunque, un carattere contingente del diritto, un particolare di cui l'ordinamento giuridico può fare a meno senza difficoltà; essa è parte integrante e necessaria del concetto di diritto, è una *condicio sine qua non* della sua stessa giuridicità. Nel descrivere tale dimensione, Alexy si rifà direttamente a Radbruch e alla sua formula, recepita nella sua versione più sintetica: l'estrema ingiustizia non è diritto. «In base a questa formula, le mancanze morali minano la validità giuridica *se e solo se* viene oltrepassata tale soglia dell'estrema ingiustizia. Questa soglia viene oltrepassata in caso di estreme violazioni dei diritti umani»³¹.

Il punto che qui m'interessa sottolineare è che l'argomento della pretesa di correttezza più che una tesi concettuale sulla natura del diritto, appare come una tesi descrittiva del modello di validità presente all'interno dei sistemi giuridici costituzionali e ciò banalmente in quanto tali sistemi hanno fatto propria, incorporandola, la formula di Radbruch. Ciascuno di tali sistemi contiene, infatti, una soglia costituzionale oltre la quale il diritto perde la sua validità e che si ottiene unendo i punti costituiti dai diritti fondamentali che le Costituzioni dispongono.

In questo suo tentativo di sfuggire alla dimensione storica, Alexy non per caso utilizza uno strumento di giustificazione concettuale controfattuale, tale da consentirgli di collocare la sua proposta in un "non luogo", "nel luogo dei puri concetti". Com'è noto, lo strumento prescelto è quello della "contraddizione performativa" e l'esempio che esso contiene si sostanzia in un ipotetico articolo costituzionale che dovrebbe dimostrare l'esistenza di una dimensione ideale e implicita del diritto semplicemente perché la contraddice: *Questa è una repubblica democratica, federale ed ingiusta.*

³¹ Ivi, p. 108, [*Trad. mia*] «Extreme injustice is not law. According to this formula, moral defects undermine legal validity *if and only if* the threshold of extreme injustice is transgressed. This threshold is transgressed in cases of extreme violations of human rights».

Il problema che vorrei porre è il seguente: l'articolo è effettivamente contraddittorio, o comunque appare tale intuitivamente a qualunque destinatario, così come appare contraddittorio un enunciato del tipo "Piove ma non ci credo", ma ciò che a mio avviso esso contraddice non ha niente di metafisico o di ideale, più realisticamente esso contraddice la ragion d'essere di una qualunque Costituzione democratica, la sua pretesa, resa possibile da eventi e da idee ben radicate in una particolare dimensione storica, di essere moralmente corretta. Non è questo il parere di Alexy, per il quale un articolo costituzionale così concepito sarebbe *nullo ab origine*, non raggiungerebbe neanche il concetto minimo di diritto, perché non manifesterebbe alcuna pretesa di correttezza, contenendo una contraddizione tra ciò che l'articolo esplicitamente esprime e ciò che invece tacitamente presuppone, ossia tra la sua dimensione istituzionale e quella ideale.

Ciò, quando riferito ai sistemi costituzionali, è senz'altro vero, ma semplicemente perché qualunque sistema di questo tipo pretende *realmente* di essere corretto moralmente, o detto altrimenti, perché aspira *realmente* ad una qualche forma di giustizia: se una Costituzione pretendesse espressamente di essere ingiusta starebbe contraddicendo sé stessa, la sua ragion d'essere, e non la dimensione ideale del concetto di diritto. Ma il sistema giuridico costituzionale non è "Il Diritto", non è il concetto di diritto, è solo una sua eccellente manifestazione storica. Ed estendere tali conclusioni a "tutto" il diritto non appare praticabile, banalmente perché tra un concetto e una sua manifestazione contingente, anche la migliore concepibile, esiste sempre uno scarto.

Mi si permetta una divagazione in ambito musicale, credo e spero utile ai nostri fini. Ammettiamo di voler definire il concetto di musica e poniamo di volerlo fare in maniera simile al modo in cui Alexy definisce il concetto di diritto. Così facendo potremmo pervenire all'idea per cui la musica, per essere tale, debba *necessariamente* vantare una seria "pretesa di correttezza" (estetica), sovrapponibile alla seria "pretesa di correttezza" (morale) immaginata da Alexy in ambito giuridico, e che quindi essa, per essere realmente "Musica", debba, ad esempio, presen-

tare o comunque tendere ad una qualche forma di equilibrio armonico, con riferimento ovviamente alla “nostra” teoria armonica occidentale. Per cui la musica “estremamente dissonante” non può più essere considerata musica. Assunto un siffatto parametro, potremmo a questo punto ritenere che la musica di Johann Sebastian Bach realizzi pienamente questo compito ideale e potremmo pensare che essa coincida con il concetto di musica e che, quindi, sia una sorta di meta-paradigma attraverso cui giudicare, dal punto di vista estetico, tutte le esperienze musicali differenti. (Credo, fuor di metafora, che Alexy faccia un ragionamento del tutto sovrapponibile per ciò che concerne il rapporto tra il diritto del sistema costituzionale e il concetto di diritto). Il punto è che se questo fosse il concetto di musica, molte espressioni musicali del passato, del presente e anche del futuro, reali o ipotetiche, con ogni evidenza non supererebbero in alcun modo un “test” così concepito. Che dire ad esempio della cd. musica microtonale, ossia di una musica che conosce intervalli ancora più piccoli del nostro intervallo minimo che è il semitono, come la musica *gamelan* indonesiana, la musica classica indiana, o la musica araba? Solo per limitarci a pochi e banali esempi e coscienti del fatto che esempi di musica microtonale sono rinvenibili anche all’interno della musica occidentale. Dovremmo forse ritenere che non si tratta di espressioni pienamente musicali? Con ogni evidenza l’argomento conduce a conclusioni insostenibili. Non perché Bach non costituisca realmente una delle massime vette dell’ingegno umano (che va forse ben oltre il fatto musicale), ma perché si tratta pur sempre di un “fenomeno” musicale collocato nella storia, un’esperienza musicale che parla la lingua del suo tempo e che può essere pienamente compresa quando ricondotta al contesto cui di diritto appartiene. Creare un concetto di musica che riproduce e generalizzi i caratteri di quel “fenomeno”, di quella “esperienza” risulta essere a mio avviso ingiustificato, oltre che poco opportuno.

Ebbene, mi sembra che Alexy realizzi un tentativo simile in ambito giuridico: non solo sostiene che esiste “un” concetto di diritto, ma soprattutto fa coincidere le sue caratteristiche essenziali con quelle proprie del modello costituzionale post-bellico. Il punto è che chi parla di

“concetto”, e non semplicemente di “modello” di diritto, finisce per collocare sé stesso e la propria teoria al di sopra dei paradigmi, al di sopra della storia, cosa di per sé legittima beninteso, ma a patto di fornire le necessarie giustificazioni e di renderle esplicite, pena il fatto di produrre delle conseguenze ingestibili. La più banale è questa: se il diritto, per essere realmente tale, deve contenere necessariamente (ossia sempre) una pretesa di correttezza morale, cosa dire di tutti quei sistemi giuridici che quella pretesa non l’hanno “effettivamente” vantata? Dovremmo forse concludere (lo dico provocatoriamente) che il diritto romano non era in realtà diritto, visto il trattamento che riservava agli schiavi? Perché, per quanto paradossale possa apparire, è proprio questa la conclusione di cui, per ragioni di coerenza, Alexy dovrebbe farsi carico. L’alternativa, a mio avviso del tutto preferibile, consiste nel ritenere che il concetto di diritto di cui parla Alexy riguarda solo la storia recente e il rapporto tra lo stato costituzionale di diritto post-bellico e il regime nazional socialista che lo ha preceduto. Così facendo, la teoria di Alexy verrebbe fatta salva, ma non sarebbe più una teoria sulla natura e sul concetto del diritto, e quindi una teoria collocata al di fuori della storia.

Alexy è del tutto cosciente del problema e in più occasioni ha, in effetti, preso molto sul serio la provocazione pocanzi avanzata: «benché nel diritto romano non esisteva il concetto di diritti umani, ciononostante, se si analizza la legislazione dell’Impero romano relativa alla schiavitù, ci si rende conto che esistevano comunque molte norme che disponevano la protezione giudica [degli schiavi], vietando, ad esempio, la loro vendita ai procuratori per i giochi dei gladiatori o il fatto di poterli uccidere senza una causa»³². Detto altrimenti, il diritto romano collocherebbe se stesso “al di qua” della soglia (e quindi sarebbe drit-

³² R. Alexy, *Debate. La separacion entre el derecho y la moral. Debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 2005, p. 780, [*Trad. mia*] «In Roman law [...] people did not possess the concept of human rights, but if one looks at slave legislation in the Roman Empire one sees that there were many norms concerning legal protection, forbidding, for instance, the sale of slaves to procurers [...] for gladiatorial shows, or to kill them without cause».

to) perché, nonostante le sue deficienze morali, era comunque in grado di soddisfare le esigenze della dimensione ideale del concetto di diritto in quanto vantava una qualche pretesa di correttezza.

Dal mio punto di vista, invece, tali considerazioni dimostrano precisamente il contrario. Se veramente nel diritto romano fosse esistita qualcosa di simile alla soglia dell'estrema ingiustizia o alla pretesa di correttezza, ciò avrebbe fatto percepire la schiavitù, che si colloca nettamente al di là della soglia pensata da Radbruch, come ingiusta, invalida e, dunque, non giuridica. Ma come la storia ci insegna, così non è stato. La schiavitù, ossia il fatto che un essere umano potesse essere proprietario di un altro essere umano, costituiva una pratica, innanzitutto giuridica, del tutto accettata dalla cultura del tempo e del tutto legittima per quei principi giuridici.

Ma se così stanno le cose, delle due l'una: o il diritto romano, vista l'estrema ingiustizia del suo istituto più rappresentativo, non può essere considerato diritto (soluzione, questa, risibile, paradossale ed insostenibile che, infatti, nessuno sostiene, neanche Alexy). Oppure esso è Diritto, nonostante le sue pratiche appaiano "oggi" ingiuste, perché tale era ritenuto dai giuristi e dal senso comune del tempo. Ovviamente, la soluzione più sensata è proprio questa, ma assumerla, significa accettare una semplice e ovvia verità: attribuire al concetto di diritto caratteri desunti dalla contingenza della storia conduce (quasi) sempre a conclusioni paradossali. Nel caso di specie, ad esempio, alla conclusione per cui la schiavitù dei romani può essere considerata "corretta", o comunque può presentare tracce di "correttezza", correttezza reperibile nelle norme che, da un lato legittimano la schiavitù e dall'altro sanzionano gli abusi nei confronti degli schiavi, ad esempio il fatto di ucciderli per il gusto di farlo. Ebbene, se sono queste le tracce di correttezza che distinguono il diritto dal non diritto è lecito chiedersi quale sia il vantaggio di poter disporre di una soglia di questo tipo. Il noto argomento che Hart adottò contro Fuller, e che in quel caso a mio avviso non coglieva nel segno³³, sembra in questo

³³ Come ho sostenuto altrove, se nel dibattito tra Hart e Dworkin c'è qualcuno che ha frainteso gli argomenti dell'altro, questo è Hart. Il cuore della critica hartiana

caso assai più pertinente: «If this is what the necessary connection of law and morality means, we may accept it. *It is unfortunately compatible with very great iniquity*»³⁴.

In conclusione, ho voluto sostenere in queste poche pagine che la filosofia del diritto senza storia delle idee non è semplicemente poco opportuna, è di fatto impossibile. Tutti i filosofi del diritto, anche se con diverse gradazioni, collocano le loro teorie all'interno di una determinata cornice storica e sociale. Anche i filosofi del diritto che sembrano esonerati da un rinvio diretto alla dimensione storica, in verità, benché solo implicitamente, elaborano le loro idee sempre avendo bene in mente un determinato contesto storico di riferimento. E anche quando essi tentano di fare a meno della storia, dovrebbero perlomeno prendere coscienza del fatto che è la storia a rendere possibili le loro teorie.

Beninteso, con questo non ho voluto sostenere che la filosofia del diritto non possa ambire a dire qualcosa sulla natura o sul concetto di diritto, perché in fondo è proprio questo il suo compito. Ho casomai voluto dire che per far questo, per tentare di dire qualcosa su ciò che il diritto “dovrebbe essere” deve mostrarsi in grado di poter giustificare le proprie tesi. Sono d'accordo con Ansuategui quando afferma che «il fatto di prendere come riferimento ciò che avviene all'interno del contesto costituzionale al momento di elaborare una proposta sulla relazione tra il diritto e la morale ci spinge a porre la questione della misura in cui

a mio avviso ha ad oggetto tesi che Fuller non ha mai realmente sostenuto e veicola un'interpretazione del suo pensiero che non mi sembra francamente sostenibile. E l'origine di tale fraintendimento nasce dal fatto che Hart, soprattutto all'interno della sua distruttiva ed impietosa recensione a *The Morality of Law*, non fa riferimento alcuno al suo quarto e fondamentale capitolo, in cui Fuller spiega le ragioni della “moralità” della *Inner Morality*: la moralità interna del diritto è “morale”, non per quello che può garantire in termini di risultati, ma per il fatto di presupporre ed implicare una ben precisa idea di persona. L'idea per cui i canoni della *Inner Morality* siano compatibili anche con la più grande ingiustizia non rappresenta una seria minaccia per l'impianto argomentativo di Fuller.

³⁴ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002, p. 207; ed. or., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961.

ciò determini un vero e proprio allontanamento dalla filosofia e dalla teoria del diritto, che per principio non sono legate in modo esclusivo ed escludente ad alcuna esperienza giuridica particolare e neanche ad alcuno specifico modello di diritto. Con questo non sto dicendo che la filosofia del diritto possa permettersi il lusso di ignorare la realtà giuridica – e aggiungo io, la sua storia – ma che le sue proposte devono quantomeno provare a trascendere le situazioni giuridiche concrete. E certamente, il costituzionalismo costituisce una situazione giuridica concreta»³⁵. Ma, lo ribadisco, trascendere la storia, o come prima ho detto “uccidere il passato”, oltre ad essere un atto di coraggio, è anche un atto che deve essere realizzato con piena consapevolezza (innanzitutto storica) e che presuppone stringenti giustificazioni teoriche.

³⁵ F.J. Ansuátegui Roig, *Premessa*, in A. Porciello, *Diritto e morale: tre questioni*, Ets, Pisa 2021 (in corso di pubblicazione).