



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2015

RAPPRESENTANZA POLITICA E GOVERNABILITÀ ALLA PROVA DELLE RIFORME
COSTITUZIONALI

Oggetti giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza

di PIERPAOLO FORTE

OGGETTI GIURIDICI NOTE E PRIMI APPUNTI SULLA LORO ESISTENZA

di *Pierpaolo Forte*
Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi del Sannio

ABSTRACT

ITA

Il lavoro prende le mosse dall'ormai solido cambiamento di paradigma delle conoscenze acquisite con metodo scientifico che ha attenuato il senso della loro certezza e decidibilità, ed ha rimesso in discussione, tra altro, anche la tradizionale distanza tra scienze sociali e naturali, in ordine ai metodi di rilevazione e acquisizione dei "fatti" osservati.

Senza negare l'importanza né della valutazione critica degli istituti giuridici per motivi etici o morali, né, al reciproco, degli svariati approcci positivisti, il lavoro prova ad aggiungere qualche argomento in favore della scientificità degli studi giuridici, e a dimostrare l'esistenza di oggetti giuridici, che possano essere conosciuti quali oggetti teorici del Diritto, composti di strutture reali, inemendabili, regolari, inevitabili, dotate di forma conoscibile e ri-conoscibile mediante osservazioni e descrizioni accettate, e così utilizzabili.

Questi oggetti non sono tutto il Diritto e la loro esistenza non nega la necessità del successivo lavoro sulle norme, sulla loro produzione, sul loro riconoscimento, sulla loro comprensione, sulla loro applicazione, senza il quale gli oggetti giuridici non troverebbero alcun effetto pratico.

Il loro studio, tuttavia, ha bisogno di cognizioni provenienti da diversi campi disciplinari, ed il giurista vi può partecipare in qualità di scienziato specialista; ma può costituire un obiettivo alla teoria del Diritto, una specifica professionale, uno standard di

lavoro, di ricerca e di insegnamento.

EN

The work builds on the now solid paradigm acquired by the scientific method, that has reduced the general sense of certainty and decidability, and put in question, among other things, the traditional separation among social and natural sciences, about methods of detection and acquisition of the observed "facts".

Without denying the importance or the critical evaluation of legal institutions for ethical or moral grounds, nor, mutually, the various positivists approaches, it tries to add some arguments in favor of scientific grounds of legal studies, and to demonstrate the existence of so-called "legal objects", which can be known as theoretical objects of Law, composed of real, un-emending, regular, inevitable structures, with knowable and re-knowable formal structures, through accepted observations and descriptions.

These objects cannot be held as the entire legal world, and their existence does not let us avoid to work on norms and their production, recognition, understanding, application, without which legal objects find no practical effect.

The investigation on these objects, however, needs to be approached from different disciplines, where legal scholar may give her/his contribution as a scientist working, with others. And is also a goal for a legal theory, a specific professional standard of working, researching and teaching

OGGETTI GIURIDICI

NOTE E PRIMI APPUNTI SULLA LORO ESISTENZA

di Pierpaolo Forte

SOMMARIO: 1. Metodo: alla ricerca di un vero scientifico, non della Verità; 2. Oggetti teorici del diritto; 3. La rilevanza giuridica dei fatti; 4. Conoscenza degli oggetti teorici e decisioni sul loro utilizzo; 5. Costanza dell'oggetto: oggetti giuridici e dinamica storica; 6. Oggetti giuridici ed interpretazione; 7. Ipotesi conclusiva

1. Metodo: alla ricerca di un vero scientifico, non della Verità

Sono passati più di tre secoli da quando John Locke ebbe a notare che in ordine alla conoscenza (ed al giudizio) l'uomo si trova in un “crepuscolo di probabilità”¹, e poco meno da quando Leibniz attribuiva lo status di conoscenza anche alla “opinione fondata sulla plausibilità”²; ma è nel corso del XX secolo che si è completato un ormai solido cambiamento di paradigma delle conoscenze acquisite con metodo scientifico, compiuto sulla scorta di evidenze empiriche – e dunque rilevate pur sempre con approccio induttivo³ – che ha attenuato il senso della loro certezza e decidibilità, dovendo prendere atto che, per molti aspetti, anche in quell’ambito dobbiamo talora accontentarci di probabilità, indeterminatezze, abduzioni⁴, presunzioni ed ipotesi⁵.

¹ J. LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, XIV, 2, in enlightenment.supersaturated.com/johnlocke.

² G. W. von LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, in ID., *Scritti Filosofici*, trad. it. Torino, 1967, 502.

³ W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, trad. it. Milano, 2000.

⁴ C. S. PEIRCE, *Collected papers*, Cambridge, 1966, 2.96, definisce l'abduzione “an argument which presents facts in its Premiss which present a similarity to the fact stated in the Conclusion, but which could perfectly well be true without the latter being so, much more without its being recognized; so that we are not led to assert the Conclusion positively but are only inclined toward admitting it as representing a fact of which the fact of the Premiss constitutes an Icon”

⁵ Secondo J. A. SCHUMPETER, *L'essenza e i principî dell'economia teorica*, trad. it. Bari, 1982, 73 s., “neanche in natura succede alcunché di “esatto” e se anche, nonostante questo, si sostiene che ciò avviene, questo non è altro che una opportuna finzione”;

Questo mutamento di stato ha rimesso in discussione, tra altro, anche la tradizionale, sottile invidia dello studioso giurista, come di ogni altro scienziato sociale, nei confronti delle scienze dure quando queste sembrano poter concordare, per evidenza apparente, sui “fatti” rilevati, come ad esempio su quello che l’acqua abbia due atomi di idrogeno ed uno di ossigeno, i cui comportamenti li inducono, portati a cento gradi in certe condizioni di pressione, ad un mutamento di stato.

Da un po’ di tempo anche gli scienziati naturali cioè sono alle prese (anche) con problemi simili a quelli degli studiosi sociali, perché ormai è chiaro che – per continuare il nostro banale esempio - i tre atomi dell’acqua sono a loro volta dei composti, e l’indagine verso l’infinitamente piccolo fisico assomiglia, per certi versi, al cammino a ritroso che compiamo ogni volta che ci poniamo il problema del fondamento, se si vuole dell’inizio, o della verità⁶.

Senza arrivare ad azzardare l’ipotesi di un rovesciamento delle relazioni tra scienze naturali e sociali, nel senso che le prime sarebbero tenute ad usare (anche) approcci argomentativi e giustificativi propri delle seconde⁷, è però possibile oggi asserire

riassume bene la questione E. H. HUTTER, *La scienza contemporanea*, trad. it. Roma, 1974, 31: “l’errore entra nella conoscenza scientifica non semplicemente attraverso i difetti accidentali dello scienziato o le imperfezioni degli apparecchi che egli usa; esso è una questione di principio, e l’incertezza è la condizione stessa per ottenere dati intorno al fenomeno. Una sperimentazione accurata ci fa avvicinare all’errore minimo h , ma non possiamo migliorare i nostri risultati oltre questo valore. Per quanto questo errore sia piccolo, esso ci permette di predire qualsiasi movimento solo statisticamente, in quanto non abbiamo dati certi, ma solo stime per il calcolo di esso”.

⁶ Difficile liberarsi da quello che C. S. PEIRCE, *Collected papers* cit., 2.303, definisce la “illimitatezza della semiosi”, ovvero il fenomeno per il quale “l’interpretante diventa a sua volta un segno, e così via all’infinito”.

⁷ V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5/2005, 31 ss.: “si tratta di un fenomeno che può forse destare sorpresa, ma che trova la sua spiegazione, da un punto di vista molto generale, nella condivisione sempre più generalizzata della tesi secondo cui la scienza non ha più un proprio «centro», ha perso la «disciplina-pilota», quella, in particolare, considerata come la più vicina ai fatti del mondo naturale (la «fisica»). In un contesto dominato da una visione accentrata e non gerarchica della scienza, e dall’approccio del pluralismo metodologico, nessuna disciplina, nessuna concezione metodologica legata ad uno specifico contesto disciplinare può arrogarsi il diritto di legiferare, sempre e comunque, anche per le altre. Piuttosto che il dominio di una disciplina su tutte le altre, tende ad affermarsi in primo piano la ricerca di affinità, di analogie rilevanti fra i vari campi disciplinari” (*ibidem*, 37); vorrei ricordare che, tra i giuristi in Italia, ha affrontato l’argomento A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in A.A. V.V., *Scritti per Nario Nigro*, I, Milano,

realisticamente che ogni scienza ha fisiologicamente bisogno di una sorta di discorso, non solo preliminare ma in fin dei conti strutturale, che ha caratteri molto simili a quelli giuridici⁸.

Ciò non toglie che la ricerca scientifica prosegua, né che sia posto in seria discussione il metodo che essa utilizza per aumentare le conoscenze, che infatti si incrementano a ritmo ormai impressionante; ma pare oggi più possibile di quanto non fosse all'inizio del secolo scorso provare ad esaminare con questo presupposto epistemico, con un metodo, quella sorta di strumentario teorico che, nel corso di secoli di esperienza, il Diritto ha costituito e mette a disposizione del giurista per un continuo adattamento, se possibile, in forza di una altrettanto continua raffinazione conoscitiva⁹.

1991, spec. 465; di recente, anche Antonio Romano Tassone, in una delle ultime riflessioni che il suo tempo gli ha consentito, rivolgendo l'attenzione al tema della modernità, ed in particolare alla giusta collocazione che va data al concetto ed alle conseguenze giuridiche e istituzionali del rischio, ha preso le mosse dalla "strutturale <indeterminatezza>" della stragrande maggioranza (se non di tutte) le acquisizioni scientifiche, che presentano una validità inevitabilmente limitata (si pensi al cd. «teorema dell'indecidibilità» di Goedel): cfr. A. ROMANO TASSONE, "Società del rischio" e modernità, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, 372..

⁸ Th. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. Torino, 1969, spec. 120, usa l'osservazione storica sui "mutamenti di paradigmi" in ambito scientifico, per rilevare come spesso si costituisca "un dibattito sulla scelta di paradigmi", in cui "ciascun gruppo usa il proprio paradigma per argomentare in difesa di quel paradigma", da cui "lo status dell'argomentazione circolare è soltanto quello della *persuasione*". L'argomento è meglio sviluppato in relazione ai fenomeni giuridici in T. GAZZOLO, *Interpretazione e (ri)scrittura*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, 451 ss.: "Le scienze «esatte» sono *da-sempre*, costitutivamente, attraversate da una discorsività giuridica" (455).

⁹ Impossibile dar conto di quanto materiale sia utilizzabili in appoggio, tanto è sterminato: ci si limita a rammentare l'argomento di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2007, 48: "coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più di sapere «come il diritto sia fatto» che «a che cosa serva»". In termini più pragmatici ancora, mi piace invocare ciò che descrive M. A. GLENDON, *A World Made Anew*, New York, 2001, 51 ss., sul percorso di avvio che condusse all'adozione della la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Un gruppo di filosofi, coinvolti nel progetto "ha iniziato a lavorare con l'invio di un questionario a statisti e studiosi di tutto il mondo"; se ne è tratto un elenco di quarantotto voci che hanno rappresentato il nucleo comune di una vasta gamma di documenti e proposte, incluse sentenze, provenienti dal mondo culturale "arabo, inglese, canadese, cinese, francese, tedesco pre-nazista, italiano, latino, polacco, russo sovietico, spagnolo". A commento, C. R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements in constitutional law*, in *Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper No. 147*, 2007, 9 (cui debbo la conoscenza di questo fatto), riporta la forse non troppo sorprendente dichiarazione di Jacques Maritain, notoriamente molto coinvolto nell'operazione: "Yes, we agree about the rights, but on condition no one asks us why". E conclude: "il punto è che

Sarebbe ingenuo trascurare che, per quanto si voglia neutralizzarle, le spinte alla valutazione critica degli istituti giuridici per motivi etici o morali sono sempre presenti¹⁰, come al reciproco sempre presente è la tentazione di rifugiarsi, negli studi giuridici, in un tranquillizzante positivismo in cui *auctoritas non veritas facit legem*¹¹; ma, proprio per ciò, proprio perché sembra difficile sfuggire a questa “tenaglia”¹², si proverà qui ad usare il suggerimento di Bobbio, che invitava a rispondere con un “dipende” a chi chieda se un certo argomento (o un certo autore) sia giusnaturalista o meno¹³. Effettivamente, mi sembra di poter dire che lo studio qui proposto non solo non prova a risolvere (dopo Auschwitz, è stato ben notato, è forse impossibile¹⁴), ma nemmeno affronta di petto la questione del fondamento degli strumenti giuridici, e dunque non usa neanche il metodo che sarebbe necessario per provare a farlo¹⁵.

una decisione a favore di una serie di diritti può emergere anche mediante disaccordo o incertezza circa i loro fondamenti” (trad. mia).

¹⁰ M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. Torino, 1967, riteneva, è noto, che per il ricercatore sociale “la direzione della sua fede personale, cioè la rifrazione dei valori nello specchio della sua anima, indicherà la direzione anche al suo lavoro” (*ibidem*, 97).

¹¹ Per una recente rivisitazione dell’uso dell’approccio hobbesiano si veda R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, tr. it. Torino, 2002.

¹² Prendo l’espressione da A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001, 179 ss..

¹³ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984⁴, spec. 146; sia pure riferendosi ad un tema apparentemente diverso, si veda anche la prudenza intelligente della strategia d’indagine di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino 2006, spec. 17 ss..

¹⁴ G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, trad. it. in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 152 ss.; A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, trad. it. in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, 137 ss.; A. SCHIAVELLO, *La crisi del positivismo giuridico. L’ “anti-giuspositivismo” di Lon Fuller e Ronald Dworkin*, in A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino 2005, 120 ss.; M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus*, 16/2011, 55 ss.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari 1999, 80.

¹⁵ L’approccio che si seguirà potrà essere, probabilmente, definito *positivista*, e tuttavia solo in uno dei – tanti – sensi che questa espressione ha assunto nel tempo, ed in particolare in quello proposto da H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, 601 s.: “the important truth that a purely analytical study of legal concepts, a study of the meaning of the distinctive vocabulary of the law, was as vital to our understanding of the nature of law as historical or sociological studies, though of course it could not supplant them”. Non avrà invece, come subito si

Oltre a provare ad aggiungere qualche argomento in favore della scientificità degli studi giuridici¹⁶, questo lavoro, pur banalmente e semplicemente, vorrà prendere sul serio uno dei temi correnti circa i metodi scientifici, che se - probabilmente - devono rinunciare all'esattezza come condizione imprescindibile non abdicano tuttavia alla modalità per definire qualcosa come vero sul piano scientifico, puntando in particolare sul concordamento tra osservatori attrezzati (chiamati variamente, anche a seconda delle abitudini linguistiche, studiosi, scienziati, ricercatori), che usano metodi di rilevazione e di validazione concordemente affidabili.

Si suppone cioè che lavorando sul piano della teoria, anche in ambito giuridico, sia ancora possibile giungere a risultati sufficientemente soddisfacenti da essere sottoposti al vaglio di altri, ed aspirare al loro consenso¹⁷ come elemento magari non oggettivo, ma quantomeno non individuale, non-soggettivo di conoscenza¹⁸, che supera il “dualismo di soggettività e volontà da un lato, oggetto ed

vedrà, i caratteri del “formalismo” contro cui si scaglia A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, spec. 206.

¹⁶ R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World*, EU Working Paper LAW 2012/13, 11, osservano che il dibattito sulla scientificità degli studi giuridici “seems to revolve in cycles with periods in which formalism is dominant alternating with periods of attention for the societal and economic relevance of law, [and] ultimately depends on one’s definition of science. In other words, this is first of all a matter of axioms”.

¹⁷ J. L. AUSTIN, *A plea for excuses*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, 1 ss., leggibile in <http://www.ditext.com/austin/plea.html#3>: “Here at last we should be able to unfreeze, to loosen up and get going on agreeing about discoveries, however small, and on agreeing about how to reach agreement”.

¹⁸ Vi sono in effetti “ragioni che persuadono lo scienziato moderno ad accettare il criterio dell’intersoggettività, fino ad arrivare a chiamare senz’altro oggettivo quello che, a rigore, sarebbe soltanto intersoggettivo”: G. TORALDO DI FRANCA, *L’oggettività della scienza*, in *Scienza e storia. Analisi critica e problemi attuali*, Roma 1980, 406; in ciò si vede tutta la distanza dal *consensus omnium gentium* cui Cicerone attribuiva la fondatezza del *naturae ius*: cfr., ad es. *Tusculanae*, I, 1, 13, 30, e che, paradossalmente, sembra evocato in alcuni argomenti di fondamento dei diritti umani: cfr., ad es., N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 18 s., per il quale la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo “rappresenta la manifestazione dell’unica prova con cui un sistema di valori può essere considerato *umanamente fondato* e quindi riconosciuto: e questa prova è il consenso *unanime* circa la sua validità” (corsivi miei); F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione* cit. 80, parlano di “un nucleo indeterminato di principi, che costituiscono l’*ius gentium* del nostro tempo e che fungono da legittimazione internazionale”; su ciò si veda, ad es., E. GREBLO, *Capacità e diritti umani*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 564.

Essere in sé dall'altro"¹⁹; non il bene, né la verità, e neppure la giustizia, né alcun'altra "verità difficile"²⁰, sono perciò qui convocate, ma solo la ricerca di un più modesto *vero*, qui inteso come condizione di un assunto - che non è una *verità* - il cui materiale è fatto di osservazioni ripetute, comprensioni, consapevolezze, connessioni, problematiche, su cui è possibile concordare con sguardi plurimi, esperti e, in certa misura, scientifici, cioè con dimostrazioni giustificate ed accettate²¹, che integrano l'unica parte di metodo della ricerca di una conoscenza attendibile rinvenibile in ogni paradigma scientifico²², e dunque usato un po' in tutte le comunità disciplinari²³.

Infatti, nonostante lo scompaginamento che la conoscenza scientifica ha incontrato negli ultimi decenni, molti continuano a ritenere "*vero*" che i tre atomi dell'acqua vi siano, ed osserviamo tutti, e facilmente, che i loro legami, in qualche modo ed in certa pressione, mutino con la temperatura sino all'ebollizione ogni volta che la si porti a cento gradi; tanto ciò è "*vero*", che sulla base di questa

¹⁹ H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Milano, 1995, 70.

²⁰ Uso l'espressione nel senso indicato da D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007, 40 ss..

²¹ Il diritto è un "fatto accertabile attraverso l'uso di un metodo affidabile di verifica" secondo J. L. COLEMAN, *Positivismo giuridico "negativo" e positivismo giuridico "positivo"* (1982), in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo* cit., 268.

²² L'uso del termine paradigma fu introdotto da Th. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* cit., spec. 119 ss., e fu poi precisato, con la proposta di utilizzare anche l'espressione *matrice disciplinare*, "composta di elementi ordinati di vario genere", che si riferiscono, tra altri, "alle generalizzazioni simboliche, ai modelli e agli esemplari": cfr. Th. KUHN, I. D. SNEED, W. STEGMÜLLER, *Paradigmi e rivoluzioni della scienza*, trad. it. Roma, 1983, spec. 99 ss..

²³ Th. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* cit., 120 s.: "tanto nelle rivoluzioni politiche come nella scelta dei paradigmi, non v'è nessun criterio superiore al consenso della popolazione interessata"; K.O. APEL, *Comunità e comunicazione*, trad. it. parziale, Torino, 1977, X, parla di "gioco linguistico trascendentale della comunità illimitata dei ricercatori", una sorta aggiornamento del trascendentale kantiano. In ambito giuridico, si veda, ad esempio, G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 4; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma - Bari, 2002, 84, richiamando le posizioni di Kelsen e Weber, fa notare che "i dibattiti e le controversie sui valori, o sulle diverse concezioni della giustizia, non facessero parte di quel che è «conoscibile» come un ordinamento giuridico". Spero che ciò chiarisca che, effettivamente, si analizza qui un metodo, e non il fondamento del diritto, argomenti che sono di facile confusione, come ben evidenzia S. CIVITARESE MATTEUCI, *Some Remarks on Methodology in Legal Studies* cit., spec. 122.

conoscenza si sono potute sviluppare un'infinità di invenzioni ed applicazioni, e su quell'essere "vero" fondiamo anche la ragionevole aspettativa (pur se non la certezza assoluta) di poter mangiare un buon piatto di pasta, persino al dente.

Proprio qui sta la speranza che il metodo qui seguito possa essere accettabile; la conoscenza che sta alla base dell'ebollizione non sarà completa, probabilmente non potrà dirsi *certa*, probabilmente non è risolutiva di tutte le questioni riguardanti la *verità*, e tanto altro ancora si potrà forse scoprire e capire anche sull'essenza strutturale dell'acqua (ivi compreso l'eventuale ruolo dell'osservatore o del gruppo di osservatori che difende le proprie credenze comuni); ma intanto, sino a prova contraria, quella conoscenza è accettata come vera ed utile, ed io stesso vi ho fatto conto con successo per procurarmi l'ottimo caffè che sto gustando mentre scrivo queste righe.

Così, analogamente²⁴, ciò che qui sarà analizzato verrà assunto e proposto in forme quanto più nude possibile, alla ricerca di un *vero giuridico* che non pretende d'esser certo né ultimo²⁵, ma è auspicabilmente accettabile poiché, essendo *vero*, su di esso possono concordare in molti tra coloro che lo studiano, e dunque ci si possa contare come conoscenza, sino a prova contraria, per far funzionare meglio alcuni degli aspetti dell'uomo in relazione²⁶.

²⁴ Molto si è discusso in ordine a quanta distanza vi sia tra una qualsiasi "scienza" del diritto e le scienze "dure"; vorrei invocare qui l'autorevolezza di H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* cit., 597: "The most skeptical of these critics - the loosely named "Realists" of the 1930's - perhaps too naively accepted the conceptual framework of the natural sciences as adequate for the characterization of law and for the analysis of rule-guided action of which a living system of law at least partly consists; but they opened men's eyes to what actually goes on when courts decide cases, and the contrast they drew between the actual facts of judicial decision and the traditional terminology for describing it as if it were a wholly logical operation was usually illuminating".

²⁵ In senso, qui, popperiano, ovvero che non c'è ragione di credere che alcuna conoscenza possa essere rivedibile in futuro, com'è già accaduto per tante del passato, cioè dirsi *certa*: cfr. ad es. K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1998, spec. 30 s.. Lo spiega con la consueta chiarezza M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, 82: "per sua natura la scienza è progressiva (dunque mai definitiva)".

²⁶ Ancora una volta ricorro agli argomenti di D. MARCONI, *Per la verità* cit., *passim*, che gli consentono di affermare che "sarà lecito sostenere che, *fino a prova contraria*, le nostre credenze giustificate vanno considerate conoscenze a tutti gli effetti" (*ibidem*, 33, corsivi originali). Ma anche a quello di L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*, trad. it. Torino, 1999, 48, n. 302: "non serve a nulla il dire «Forse ci sbagliavamo» se, posto che non dobbiamo fidarci di nessuna prova, non c'è da fidarsi nel caso delle prove attuali". E ciò

Questa indagine non pretenderà di asserire (sarebbe assurdo) che il Diritto cominci e finisca entro il suo perimetro, né tanto meno si negherà che altra conoscenza, o altra giustificazione, potranno aggiungersi agli argomenti qui radunati, migliorarli, smentirli di fronte ad altre evidenze; e non costituirà – si ripete – alcun vantaggio immediato per chi tramite il Diritto cerca Verità, Bene o Giustizia, e nemmeno darà ragione a chi esclude che questi siano problemi propri del diritto. E tuttavia si spera potrà fornire agli uni ed agli altri uno schema, una struttura ed una tecnica che potrebbe – si noti il condizionale – costituire una conoscenza capace di agevolare verità, bene o giustizia, oltre che meglio sistemare le questioni della validità, dell'efficacia, del funzionamento pratico, anche solipsistico, degli strumenti giuridici²⁷.

riesce probabilmente a superare gli argomenti humeiani e popperiani circa l'impossibilità della verificabilità empirica di teorie o costrutti universali; è vero che l'osservazione del colore dei cigni sin'ora incontrati non può farci assumere che, perciò, *tutti* i cigni siano inevitabilmente bianchi (K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* cit., spec. 21 ss.), e tuttavia la dominanza rilevata del colore bianco tra i cigni si potrà considerare una conoscenza, almeno sino a che una maggiore conoscenza di quegli animali non la smentisca.

²⁷ R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 23: “legal research is first and foremost seen a tool to solve societal problems and not as something that has a value in itself”. Anche il descrittivismo fenomenologico su cui si concentra A. REINACH, *Sulla fenomenologia*, in Id., *La visione delle idee*, a cura di S. BESOLI, A. SALICE, trad. it. Macerata 2008, 171, mira a “chiarificare e condurre a”. In questo senso, si spera di non cadere nelle aberrazioni elencate già da R. VON JHERING, *Nel cielo dei concetti giuridici*, tr. it. in Id., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, *passim*: “significato dei problemi per la vita reale? Ma qui regna solo la scienza pura, la logica formale. La condizione prima del suo trionfo e della suprema bellezza che emana da essa sta proprio nel fatto di non aver nulla a che vedere con la vita” (*op. cit.*, 282). E' noto infatti che questo “secondo Jhering” (dopo la “folgorazione” della prima notte del 1861) aprì la strada moderna ad una importante e ancora vitale impostazione, che invita a considerare che “Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe des Leben wegen da” (la vita non è per il concetto, sono i concetti dati per la vita). Una bella frase, ma proprio per essere utili alla vita i “concetti” hanno da essere accurati e concordati quanto più è possibile, il che, mi pare, non significa rifugiarsi in ciò che più recentemente McDowell chiama “rampant platonism”, ovvero attribuire all'universo dei valori una totale autonomia rispetto alla vita dell'esperienza concreta (il che secondo l'A. significa negare che quell'universo sia effettivamente fatto, perciò, di veri valori): cfr. J. MCDOWELL, *Mente e mondo*, tr. it. Torino, 1999, spec. 83 ss.. In senso non troppo dissimile parla di “platonismo costituzionale” E. VITALE, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima Repubblica?*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali* cit., spec. 113 ss.

2. Oggetti teorici del diritto

A sgombrare subito il terreno da un possibile equivoco, vorrei ribadire che il *vero* che qui si cerca non riguarda una qualche cognizione etica²⁸, ma nemmeno ha ad oggetto soltanto la comprensione di norme giuridiche, se intese come quelle disposizioni prodotte mediante fonti legali e perciò vigenti²⁹; ipotizziamo infatti che esistano quelli che proporremo di definire *oggetti giuridici*, e possano essere conosciuti quali oggetti teorici del Diritto.

Si potrebbe subito obiettare che non si saprebbe di cosa discutere in un ambito giuridico se non di norme, e che qualunque cosa siano (ammesso che esistano) questi ipotetici oggetti teorici del Diritto non potrebbero che riferirsi a norme, non foss'altro perché solo tramite norme, o comunque un qualche supporto normativo, essi troverebbero vita, forma, corpo o comunque sarebbe possibile *conoscerli*.

Ed effettivamente bisogna intendersi per non rendere questa parte dell'analisi capziosa; sono secoli che si dibatte di argomenti giuridici senza usare solo strutture linguistiche normative, la stessa funzione della dottrina ed il suo lavoro non sempre sono applicati sulla normativa, e spesso si discute di modifiche delle norme o di una loro applicazione innovativa che, in qualche modo, suppone che vi sia qualcosa che, pur essendo giuridico, norma ancora non è; dunque dovrebbe essere considerato normale che si possano esaminare temi giuridici pur senza per forza riferirsi a norme vigenti o usare solo discorsi che le abbiano per oggetto esclusivo³⁰.

²⁸ Sono stato messo in guardia da questa possibile reprimenda da R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1373 ss..

²⁹ Qui, cioè nel fatto che non si vuole restringere la "realtà giuridica, l'esistenza specifica del diritto [...] in un fenomeno che viene per lo più inteso come la positività del diritto", sta la più evidente differenza metodologica con la "teoria pura del diritto" kelseniana, che per il resto è invece ampiamente condivisa, specie laddove "essa è tenuta libera da tutti gli elementi estranei al metodo di una scienza, il cui unico scopo è la conoscenza del diritto, e non la sua formazione. Una scienza deve descrivere il proprio oggetto quale esso è effettivamente, e non prescrivere come esso dovrebbe o non dovrebbe essere, in base ad alcuni giudizi specifici di valore. Quest'ultimo è un problema politico e, come tale, riguarda l'arte del governo, un'attività che si occupa dei valori, e non è un oggetto della scienza, che si occupa della realtà": così H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. Milano, 1954, IX.

³⁰ L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e pendenze attuali*, Milano, 1983, 110, osserva che i

Per usare un argomento ormai ben sviluppato, uccidere un uomo è azione naturale, l'omicidio sarebbe invece “un fatto istituzionale perché occorre una norma che descriva l'azione di uccidere e vi ricollegli una sanzione”³¹. A guardar bene, tuttavia, c'è qualcosa tra l'uccidere e le disposizioni di un codice penale, le quali sono il prodotto – un *posterius* frutto di una *decisione* – di un lungo e complesso confronto che non solo accumula esperienza sulle tante circostanze che possono riguardare il fatto dell'uccidere (ivi compresi i precedenti storici, non solo domestici, del suo trattamento normativo³²), e le considera, ma discute anche di cosa sia quel fenomeno giuridico complesso che chiamiamo omicidio prima ancora e comunque indipendentemente da una disposizione prescrittiva e vigente. L'uccisione e l'omicidio, presi insieme, possono costituire, insomma, oggetti propri pre-normativi, ed essere trattati come tali, e dunque innanzitutto conosciuti, in termini giuridici.

Probabilmente si potrebbe osservare che alla base di questi oggetti pre-normativi vi è un territorio, ai confini preliminari del Diritto, un po' al di qua ed un po' al di là di ciò che è giuridico, dove sostanzialmente si incontrano elementi essenziali dell'esperienza umana: bisogni vitali (salute, abitazione, alimentazione, riscaldamento), relazioni affettive ed emotive con persone e cose, esperienze culturali, spirituali o metafisiche, meccanismi percettivi ed

concetti teorici sono “introdotti mediante proposizioni che non hanno il carattere di riformulazioni metalinguistiche di norme”.

³¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 155, nt. 49.

³² Negli ambienti gius-costituzionali anglosassoni, e tra i comparatisti, è molto discussa la “States-as-Laboratories metaphor”, dovuta all'intervento (in dissenso) del Giudice Brandeis nel caso del 1932 *New State Ice Co. v. Liebmann*: “It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country”: cfr. J. A. GARDNER, *The “States-as-Laboratories” Metaphor in State Constitutional Law*, 30 *Val. U. L. Rev.*, 1996, 475 ss.. Ma negli ultimi anni si sono intensificati i casi ed i dibattiti circa i “trapianti” normativi, infarciti di dialogo tra Corti, “diritto costituzionale cosmopolitico”, *Legal Networks*, “arcipelaghi”, *Judicial Re-Use*: cfr. ad es. N. TEBBE, R.L. TSAI, *Constitutional Borrowing*, in *Michigan Law Rev.*, 2010, 459 ss.; S. CHOUDHRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006; R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., II, Torino, 1992, 365 ss.; G. de VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007; K.H. LADEUR, *Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept*, in *ELJ* 1997, 33 ss.; M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

elaborativi di tipo biologico³³. Ognuno di tali elementi essenziali è ovviamente arricchito, a sua volta, da condizioni qualitative e quantitative: nascita, condizione fisica, famiglia, cibo ed acqua, amicizie, amori, epoca storica, luogo geografico, condizione politico-culturale, studi ed esperienze personali, vicende lavorative ed economiche, e così via.

E' questo il materiale, i “fatti bruti”³⁴ che il diritto incontra quando interviene con i suoi strumenti che sono, prima di ogni altra cosa, cognitivi e valutativi, nel senso che ci si sforza di renderli quanto più possibile consapevoli della ricchezza e della complessità di questo materiale, e dunque di metterli in grado di conoscerlo al meglio, ed è richiesto che di tutto ciò si faccia una considerazione che consenta la selezione di quel che merita protezione giuridica ma anche di come si debba proteggere³⁵.

Insomma negli oggetti teorici del diritto vi è un sostrato, uno sfondo, una base, che sono reali³⁶, una serie di esperienze che hanno, secondo una solida ed abbastanza evidente osservazione, un carattere di inemendabilità, ovvero che – purtroppo e allo stesso tempo per fortuna – non mutano per mezzo di sforzi concettuali o epistemici, o per discorsi o stili argomentativi, per quanto nobili e sofisticati siano,

³³ “nutrirsi, dormire, coprirsi, riprodursi, comunicare, giocare, usare le tecniche necessarie per procurarsi nutrimento, per la difesa da fattori esterni di disagio, per indicare cose ed azioni, per svolgerle insieme, per cooperare”: così ne parla G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo* cit., § 7.

³⁴ La felice ed icastica espressione è di E. ANSCOMBE, *On Brute Facts*, in *Analysis*, 1958, n. 3, ma è stata rielaborata e ricondotta ad una complessa ricostruzione dei fenomeni sociali da J. SEARLE: cfr. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), tr. it. Torino, 1976; ID., *La costruzione della realtà sociale* (1995), tr. it. Torino, 2005.

³⁵ Sarà infatti pur vero che, come rileva J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, 17, che “there is no question of deriving one’s basic judgments about human values and the requirements of practical reasonableness by some inference from the fact of the human condition”; e tuttavia non si potrà disconoscere che delle “inferenze dei fatti dell’umana condizione” il diritto si occupa. E, vale forse osservare, che le tecnologie vengono in aiuto anche del giurista, poiché consentono sempre meglio di conoscere e considerare numeri sempre più grandi di informazioni, e persino a contemplare la complessità delle loro iterazioni: si veda, solo per menzione, L. PHILIPPS, *Tù-Tù 2. Sui concetti giuridici e le reti neurali*, in *i-lex*, 1, 2004.

³⁶ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., spec. 169 ss.; credo si riferisca alla medesima osservazione G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 838, allorché parla dei “modi delle regole di comportamento del linguaggio giuridico (con le quali peraltro vogliamo caratterizzare la realtà giuridica; non è un modo di dire quale che sia, ma un modo di dire che intende catturare qualcosa di reale)”.

come ben sa chi ha freddo, fame o sete, troppo caldo, soffre per amore o dispera nella disoccupazione, nella povertà, nel dolore, nella solitudine, nella malattia, ma che possiamo esperire anche quando osserviamo il colore di una tela, la forma di un triangolo, il fatto che una mela sia o meno più grande di una ciliegia, o l'impossibilità che (= necessità che non) un cammello entri nella cruna di un ago³⁷.

Tutto ciò, lo si ripete, non è ancora integralmente materia giuridica, e tuttavia, per un verso, non si può negare che costituisca delle regolarità, un materiale (non il solo) con cui poi il diritto è costituito, e per altro verso che perciò occorre provare a comprendere la modalità con cui, appunto, concorra a definire il Diritto.

Viene qui in soccorso una recente visione nel dibattito filosofico che solo per brutalità descrittiva è definita realismo³⁸; in breve, è possibile argomentare che esistano, si danno, *oggetti sociali* accanto a quelli *ideali* e a quelli *naturali*, a differenza di questi ultimi maggiormente dipendenti dai soggetti e dalle loro relazioni³⁹. E ciò che chiamiamo istituti giuridici sono a tutto tondo tali, oggetti sociali appunto⁴⁰.

Ma non abbiamo ancora affrontato il nodo, poiché si potrebbe obiettare che, pure a concordare sul fatto che quelli giuridici siano oggetti sociali, avrebbero necessariamente forma di norma positiva, e cioè che a rendere giuridico un qualsiasi oggetto sarebbe solo e soltanto l'intervento di una norma⁴¹.

³⁷ Sono le "categorie" cui si riferisce G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 838 s., per le quali egli assume che "noi presupponiamo che le cose del mondo stiano nel modo descritto, e che questo modo d'essere sia indipendente dalla volontà umana (possiamo sbagliare, ma l'errore è nostro, non delle cose)" (corsivi miei).

³⁸ M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, 2009, spec. 176 ss., preferisce parlare di "testualismo debole".

³⁹ M. FERRARIS, *Documentalità* cit., spec. 32 ss.; ID., *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012; sia pure in termini diversi, cfr. anche J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., *passim*.

⁴⁰ Mi pare usi argomenti non dissimili R. S. SUMMERS, *On Giving Legal Form Its Due. A Study in Legal Theory*, in *Ratio Iuris*, 2005, 2, 129, allorché descrive le "functional legal units".

⁴¹ Parla di "datità della norma" N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1167. anche S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali* (1935), ora in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, 17 s.: "i concetti che servono alla scienza giuridica si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato, che è la norma". L'assunto, mi pare, è anche alla base della famosa teoria degli "atti thetici" proposta da C. ZNAMIEROWSKY, *Atti psicofisici vs. atti thetici*, trad. it. parziale in G. LORINI, L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie*

Non è così, e più innanzi useremo più accuratamente anche alcuni esempi empirici; la norma vigente può decidere cosa sia, qui e ora, un diritto fondamentale, stabilire che si applichi a tutte le persone, ai soli cittadini, solo a quelli *optimo jure* o ai soli professori universitari; la norma positiva fa naturalmente molto altro, ma non abbiamo necessariamente bisogno di essa per osservare, discutere e concordare cosa siano, anche in termini giuridici, diritto fondamentale o matrimonio, atto amministrativo, posizione giuridica, illecito, e così via.

Ferraris propone di osservare che gli oggetti sociali hanno dei “modelli”, “campioni”⁴², esemplari, che egli definisce *archetipi*, che non sono costituiti, ma scoperti, “incontrati”⁴³, e una volta che siano così venuti al mondo della consapevolezza rivelano “necessità interne”, “leggi strutturali intrinseche”, una forma da svelare⁴⁴, insomma, che fa sì che qualcosa sia ciò che è e non altra⁴⁵. L’incontro che si fa con essi è dunque faticoso, ma è per lo più descrittivo, non costitutivo, ne è innanzitutto una conoscenza, uno svelamento, non del tutto un’invenzione⁴⁶.

della norma, Torino, 2012, spec. 147 ss.: quelli che, forse un po' vagamente, egli definisce atti giuridici “non potrebbero esistere, non vi sarebbe cioè la possibilità di compierli, se non esistesse la norma che li costruisce”; ed in più “senza la norma thetica che regola le obbligazioni non può venire in essere lo stato-di-cose che chiamiamo «ipoteca»”.

⁴² N. MACCORMICK, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, tr. it. Milano, 1990 63 ss., parla di “campioni specifici”, che trovano esistenza nel tempo mediante forme giuridiche.

⁴³ M. FERRARIS, *Documentalità* cit., 45 s.. Lo stesso A. richiama gli assunti di A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it. Milano, 1990, 7, che parla di “concetti fondamentali del diritto” “trovati e non generati” dal diritto positivo. Qui, mi pare, c'è la principale differenza con l'*Idealtyp* weberiano che, è noto, è un costrutto, dipendente dall'osservazione ma anche dalla interpretazione dell'osservatore.

⁴⁴ A. REINACH, *I fondamenti* cit., 31, parla di un “lato interiore ed uno esteriore, quasi un'anima ed un corpo” dell'atto sociale.

⁴⁵ Appare chiaro, qui, il richiamo ad E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, trad. it., Milano, 2005, e a - pur in diverso approccio - M HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it Milano, 1976, 57 s., alla ricerca della struttura del “qualcosa in quanto qualcosa (etwas als etwas)”. Il concetto di archetipo in senso pre normativo è usato anche ai giorni nostri nella ricerca giuridica; solo da ultimo, ad esempio, si veda l'utilizzo che ne ha fatto L. R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2009, spec. 8 ss..

⁴⁶ A. REINACH, *I fondamenti* cit., 7 ss., a proposito di quelli che egli chiama “concetti fondamentali specificamente giuridici”, afferma che “il diritto positivo può indubbiamente modellarli e modificarli, ma essi stessi sono dal diritto trovati, e non prodotti”; e ciò vale, a suo dire, anche per le connessioni con gli assunti giuridici che ad essi si riferiscono, le

In ambito giuridico, questi campioni sono stati, e sono tuttora, rilevati, osservati e descritti sotto forma di “fisiologia politica”⁴⁷, assiomi⁴⁸, primitivi⁴⁹, *idealtyp*⁵⁰, concetti⁵¹, principi guida⁵², corpi

“relazioni d'essenza immediatamente evidenti; esse non sono «creazioni» o «invenzioni» di un qualche diritto positivo” (*ibidem*, 41); più di recente, G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *www.costituzionalismo.it*, § 25: “non sono le teorie, né le tecniche argomentative che generano il diritto”, e menziona a supporto G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), trad. it. Milano, 2002, 75. B. LEONI, *La libertà e la legge*, trad. it. Macerata, 1994, 13, osserva che “i Romani e gli inglesi condividevano l'idea che il diritto è qualcosa da *scoprire* piuttosto che da *decretare* e che nessuno è così potente nella società da essere in posizione di identificare la sua propria volontà con la legge del paese. Il compito di “scoprire” la legge era affidato nei loro paesi rispettivamente ai giureconsulti e ai giudici, due categorie paragonabili, almeno fino a un certo punto, agli esperti scientifici di oggi”.

⁴⁷ G. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Parma, 1805, §270 e ss.; ID., *Della vita degli stati*, in ID., *Scritti sul diritto filosofico*, Palermo, 1814, spec. 445 e ss..

⁴⁸ E. HUSSERL, *Adolf Reinach* †, ora in F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano-Udine, 2012, 55 “Reinach mette in luce una gran quantità di verità «a priori» che si trovano alla base di ogni diritto esistente è pensabile, ma queste verità sono (come egli mostra) *a priori* esattamente nel senso in cui sono *a priori* gli assiomi primitivi della matematica o della logica; dunque proprio come gli assiomi, queste verità possono essere colte in modo evidente in quanto verità valide senza eccezione, precedenti ad ogni esperienza”. (corsivi originali).

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, 2007, I, spec. 20 ss.; ID., *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, 2011, spec. 16 s.. L'A. sostiene che ogni teoria possa giungere a teoremi analitici e avalutativi, ma utilizza necessariamente *scelte* nella definizione degli elementi bruti che egli definisce *primitivi, postulati, definizioni*; ma egli stesso è formidabile costruttore di una idea di teoria del diritto con approccio assiomatico, che punta a “a soddisfare un'elementare esigenza scientifica: quella di conferire, grazie alla formalizzazione del linguaggio teorico, il massimo rigore e la massima chiarezza e precisione ai concetti giuridico-teorici”, e ritiene che questo linguaggio è “convenzionale” (*op ult. cit.*, 17); pertanto, deve essere possibile (pur se non è facile) giungere, come in ogni altro ambito scientifico anche in ambito giuridico, a convenzioni cognitive stabilizzate e, dunque, credenze scientificamente giustificate, in ordine ai primitivi, ai postulati, agli assiomi.

⁵⁰ M. WEBER, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, trad. it. in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino 1958, 53 ss.. Parlano di “tipi ideali” M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, tr. it. Bologna, 2004, 9.

⁵¹ Sarebbe troppo impegnativo, e forse supponente, proporre un catalogo della letteratura e degli usi della categoria “concetto”, che è problematica e discussa non solo in ambito giuridico, per il quale si permetta perciò il rimando ai soli, recenti N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici cit., passim*, e G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., *passim*.

⁵² M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, I, 215.

giuridici⁵³, norme eidetico costitutive⁵⁴, e probabilmente in altri modi a me ignoti, anche quando la rispettiva definizione sembra non essere identica; si tratta di *essenze* di entità maggiori, non costituite ma osservabili e dotate della caratteristica di esserci qualsiasi sia l'istanza minore considerata⁵⁵.

Naturalmente questi modelli archetipi sono conoscibili in termini inter-soggettivi, e cioè sono ri-conoscibili, solo mediante descrizioni accettate e, dunque, convenzioni linguistiche; possono infatti essere percepiti anzitutto con un incontro unipersonale, e rimanere confinati nella coscienza o nella consapevolezza di uno solo, e sino ad allora resterebbero – non per nulla, ma – poco significanti in termini giuridici. Posso avere le mie personali opinioni, persino complete, fondate ed attendibili, su cosa sia *effettivamente*, una promessa, una pretesa, un'obbligazione, (ma anche, mi pare, un matrimonio, un atto amministrativo, una Costituzione, ecc.), ma fino a che terrò per me queste considerazioni esse avranno scarso o nullo rilievo sociale, istituzionale, ed ancor meno senso giuridico. E per quanto abbiamo visto in premessa, non avrebbero alcun rilievo scientifico⁵⁶.

Gli archetipi divengono perciò *sociali* non solo quando sono esterni, sussistenti e perciò comuni e visibili per diversi e non per uno solo, ma soprattutto allorché la loro struttura possa renderli riconoscibili, ed in quanto tali, dunque sul presupposto che necessariamente ci sono, possono essere significanti, osservabili, descrivibili concordemente per più d'uno, e con ciò divenire anche utilizzabili; e non credo serva discutere che questa è caratteristica essenziale di ogni fenomeno che voglia dirsi giuridico.

⁵³ Espressione del “primo” Jhering, che poi mutò completamente approccio: cfr. R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe* (1857), trad. it. *Il nostro compito*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. RACINARO, Milano, 1989, 3 ss..

⁵⁴ Se si considera il fenomeno di cui esse sono espressione: cfr., in una letteratura amplissima ed interdisciplinare, A. G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1986, 29 ss.; J. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, trad. it. Torino 1976; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003.

⁵⁵ B. SMITH, W. ZELANIEC, *Laws of Essences or Constitutive Rules?*, in F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale* cit., 85: “such «laws», as Reinach calls them, are «grounded in» (as he puts it) the essences of the entities involved”.

⁵⁶ M. FERRARIS, *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2007, 2, 250 ss., propone di chiamare *psychismi* “tutto ciò che sta (apparentemente) nella testa di una persona, senza uscirne”.

L'ipotesi neo realistica è che il fenomeno della loro sussistenza vi sia, e consista in una qualche *iscrizione*, una fissazione su un qualsiasi supporto che renda i modelli inevitabilmente incontrabili da ciascuno e sorprendentemente conoscibili a più d'uno, ne consenta perciò la discussione e l'analisi, ed infine, auspicabilmente, un concordamento sulla definizione di cosa siano⁵⁷. Acquisendo, ancora una volta, una forma, e diventando, così, oggetti sociali, che, trovando concordia tra i loro osservatori che li descrivono, sono assumibili come *scientificamente veri*.

Il fatto interessante è che si possa prendere in considerazione l'ipotesi che questo supporto possa essere anche solo e semplicemente la nostra mente⁵⁸.

Non tocca a me, che non ne sono in grado, dire se ciò significhi o meno qualcosa di biologico, neuronale, o psico-sociale, né tanto meno azzardare cosa sia la mente; mi accontento di osservare che se così non fosse, ad esempio, sarebbe imbarazzante sostenere – come invece facciamo, e giustamente, perché lo *rileviamo* – che le Costituzioni possono essere anche non scritte, e tuttavia funzionare come tali anche in società plurali, avanzate e tecnologiche; che un muro possa divenire un confine, ed essere rispettato come tale con conseguenze in caso di violazione, ben più complesse di quelle di un più banale abbattimento; o che un pezzo di carta filigranata, colorata e segnata, possa essere denominata denaro ed accettata in cambio di fatica e cose, anche molto considerevoli. Tutti esempi noti⁵⁹ e rilevatori della semplice evidenza che prima ancora di essere disciplinati con apposite e talora molto articolate descrizioni e prescrizioni normative, questi fenomeni sono già esistenti e pronti ad agire⁶⁰, sono ed esistono in quanto giuridici prima ancora di esistere ed essere normativi (al punto di poter funzionare anche senza norma scritta, o senza la sua conoscenza, come accade per la stragrande parte di noi che, per usare il denaro con

⁵⁷ Qui sta una delle differenze tra l'impostazione di Searle e di Ferraris, spiegando il fenomeno l'uno in termini di "intenzionalità collettiva", l'altro, appunto, mediante variegata iscrizioni fissate e riconosciute.

⁵⁸ M. FERRARIS, *Documentalità* cit., 232 ss..

⁵⁹ Li ha usati, ad esempio, J. SEARLE *La costruzione della realtà sociale* cit., 16 e *passim*.

⁶⁰ O. SPENGLER, *Il tramonto dell'occidente*, trad. it Milano 1957, 1395, aveva parlato (nel 1919) di "denaro faustiano", scorgendovi una "funzione, come una forza il cui valore non sta nella sua semplice esistenza ma nella sua azione".

operazioni indubbiamente giuridiche, non ha bisogno alcuno di conoscere la complessa normativa che le regola⁶¹).

Insomma, si potrebbe dire che gli oggetti giuridici sono costituiti per strati: al sostrato reale dei fatti bruti, i quali già conferiscono un primo grado di durezza oggettiva⁶², si aggiungono poi i loro meccanismi di percezione e, soprattutto, di fissazione, che siano l'intuizione offerente ultima del contenuto di Reinach⁶³, l'intenzionalità collettiva di Searle o le – forse più solide⁶⁴ - iscrizioni documentali di Ferraris, e forniscono altro mastice, altro indurente oggettivo, rendendo questi oggetti effettivamente tali, e distogliendoli dalla precaria condizione che essi avrebbero ove fossero costruiti completamente dipendenti da ogni soggetto individuo, dalla sua personale ed opinabile capacità di conoscenza, discorso, linguaggio, concetto (o... magia⁶⁵); ma anche ove fossero totalmente derivanti da una qualsiasi norma vigente o comunque positiva.

E, occorre dire, in questa supposizione, e soprattutto in questa fase del lavoro giuridico, non rileva in modo peculiare che l'oggetto

⁶¹ Lo ha ben notato K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, trad. it. Milano, 1967, 37 s.: "l'uomo della strada può non aspirare a nessuna particolare conoscenza del «diritto»; ciò non di meno la sua mente è provvista di una considerevole scorta di nozioni «legali» o «giuridiche» ed egli usa molti termini «giuridici» nella sua vita quotidiana"; a sua volta, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, tr. it. Torino, 1965, 62 ss., è noto, si pose il problema del "punto di vista interno" distinto da quello "esterno" nel fenomeno giuridico. Anche J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., 128, il quale ritiene che, in genere, le regole di un'istituzione non siano codificate, assume tuttavia che, quando lo sono, "la maggior parte di noi non è a conoscenza di queste codificazioni". Sul tema, ed in particolare sul ruolo del "senso comune" nei metodi giuridici, si veda di recente M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, spec. 138 s..

⁶² Che i "fatti istituzionali" siano fondati sui "fatti bruti" ("esistono, per così dire, alla sommità di (*on top of*) fatti fisici bruti") è una delle tesi di J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., spec. 34 s..

⁶³ A. REINACH, *Sulla fenomenologia* cit., 183.

⁶⁴ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., 34 prova a descrivere il fenomeno dell'intenzionalità collettiva: "l'idea è che se noi intendiamo fare qualcosa insieme, allora ciò consiste nel fatto che intendo farlo con la credenza che anche tu intenda farlo; e tu intendi farlo con la credenza che anch'io intenda farlo. E ciascuno crede che l'altro abbia queste credenze, e ha queste credenze riguardo a queste credenze, e riguardo a queste credenze, ecc., in una gerarchia potenzialmente infinita di credenze"; e tuttavia, egli stesso non riesce a sfuggire all'idea che in questo meccanismo vi sia "un elemento di magia, il comparire di un trucco, un gioco di prestigio": *ibidem*, 55.

⁶⁵ K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. it. Milano, 1972, 254: "che cosa altro, se non magia, è il produrre degli effetti per mezzo di parole recitate solennemente durante un atto rituale in stretta osservanza ad un antico modello?".

osservato abbia a che fare con l'osservatore⁶⁶, o almeno non diversamente da quanto accade per la ricerca in ambito biologico, fisico, naturale in genere; non credo che le conoscenze acquisite scientificamente sui caratteri, che so, delle cellule dipendano o siano seriamente fuorviate dal fatto che il ricercatore che ha concorso alla loro acquisizione sia biologicamente composto – anche – di cellule.

E' vero che gli oggetti sociali non esisterebbero senza esseri umani, ma non tutto della loro struttura dipende dalla nostra volontà, dalla nostra capacità creativa, da ciò che sappiamo o crediamo di sapere: il "mondo sociale" non è, in tutto e per tutto, un nostra creatura voluttuaria, nemmeno ad un livello – a dir così – collettivamente cosciente, figuriamoci quanto potrebbe esserlo ad un livello individuale o inter-soggettivo: nessuno di noi può seriamente presumere di essere un Dr. Frankenstein al cubo, ambizioso ed illuso al punto da supporre di veder dipendere da sé o dalle proprie credenze, relazioni ed esperienze personali come va il mondo in ogni suo aspetto, anche se "il mondo è tutto ciò che accade", ed anche se "è la totalità dei fatti, non delle cose"⁶⁷.

Non siamo stati "noi" (per fortuna) a creare non voglio dire i vulcani, i dinosauri o i buchi neri, ma il dna, l'rna, i meccanismi a base della vita e della sua continua evoluzione, né la nostra stessa struttura biologica che ci ha fornito di sensi e ci fa aver fame e sete, freddo e caldo, ci spinge a sopravvivere e riprodurci, ci fa morire ad

⁶⁶ In ambito giuridico è ancora molto usata l'idea kantiana dell'impossibilità di conoscere la cosa in sé ("das Ding an sich"), applicata alla particolare condizione del giurista: R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano 2013, partendo da alcune delle conseguenze epistemiche della fisica quantistica, ritiene che "l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare", e perciò "ciò che osserviamo non è la natura in sé stessa ma la natura esposta ai nostri metodi di indagine" (19 s.). A sua volta S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Some Remarks on Methodology in Legal Studies in the Light of the Challenges that Globalization Poses to Legal Doctrine*, in *Revista catalana de dret públic*, No. 48, 2014, 122, assume che "la dottrina giuridica [è] parte del suo stesso oggetto, parte della «cosa»" (trad. mia). Non diversamente G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 836 s., il quale, pur ammettendo che "il mondo sociale viene prodotto dagli uomini, ma rispetto ai singoli si erge come un dato oggettivo", ritiene che in tutte le scienze umane "l'osservatore, per il solo fatto di osservare e comunicare ad altri le sue osservazioni, diventa parte dell'osservazione, interagisce con ciò che osserva e su cui riflette".

⁶⁷ Sono le notissime prime due proposizioni di L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. a cura di A. G. Conte, Torino, 1989.

un certo punto, e dunque non dipendono integralmente da “noi” le complesse conseguenze e implicazioni relazionali di tutto ciò; né alcuno di “noi” ha mai potuto scegliere coscientemente di essere *sociale*, di aver bisogno di vivere insieme ad altri, né abbiamo inventato l’amore e tutti gli altri sentimenti, la coscienza e la sua coscienza⁶⁸, le capacità di comparazione, di percepire e ri-conoscere colori, forme, ritmi musicali⁶⁹, probabilità⁷⁰, e le tante altre strutture oggettive sulle quali sorgono i temi del “mondo sociale”⁷¹.

Le nuove conoscenze che vanno accumulandosi non solo in ordine ai comportamenti sociali, ma anche in termini biologici, vanno perciò maggiormente considerate negli studi giuridici, che, senza, rischiano di soffrire una mancanza notevole quantomeno per il modo con cui percepiamo ed elaboriamo ciò che accade⁷²; l’oggetto degli studi sociali (e dunque anche di quelli giuridici), si presenta invece non per tutti ma per molti riguardi come un dato ad ogni osservatore che si

⁶⁸ S. ZEKI, *Splendori e miserie del cervello. L’amore, la creatività e la ricerca della felicità*, trad. it. Torino, 2010, 133: “gli animali sono coscienti, ma solo l’uomo è cosciente di essere cosciente”; cfr. anche G. M. EDELMAN, *Sulla Materia della mente*, trad. it. Milano, 1995.

⁶⁹ Quelli indicati nel testo sono altrettanti esempi di “concetti ereditari”, cioè procedimenti di riconoscimento ed elaborazione cosciente dovuti alle strutture cerebrali, proposti dal neurobiologo Semir Zeki, sulla base di osservazioni empiriche del cervello e del suo funzionamento, che non solo sono “universali”, ma “pur nella loro diversità tutti condividono una caratteristica interessante. Per cominciare non siamo liberi di rifiutarli, di ignorarli, di disobbedirvi”: S. ZEKI, *Splendori e miserie del cervello* cit., 86 s. e *passim*. Non saprei dire quanto queste ipotesi induttive neuro biologiche abbiano a che fare con l’intuizione di C. S. PEIRCE, *Collected papers* cit., 2.228: “un segno è qualcosa che sta a qualcuno, si indirizza a qualcuno, crea nella mente di quella persona un segno equivalente”.

⁷⁰ Si veda il recente studio di L. FONTANARI, M. GONZALEZ, G. VALLORTIGARA, V. GIROTTO, *Probabilistic cognition in two indigenous Mayan groups*, in *PNAS* 2014, 17075 ss..

⁷¹ Secondo M. FERRARIS, *Mobilitazione totale*, Roma-Bari 2015, 90, “non siamo noi i costruttori dei nostri totem e tabù sono loro che ci costruiscono”. Riecheggia qui anche il bardo: “Thus conscience does make cowards of us all”: W. SHAKESPEARE, *Hamlet*, Atto III, Scena 1.

⁷² Basti rammentare l’argomento con cui H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* cit., 79, replicava alle impostazioni della Scuola storica sui diritti soggettivi: dal presupposto che “il carattere giuridico di un fenomeno non è percepibile dai sensi. Il fatto che un individuo abbia o meno il diritto di possedere una cosa non può venir visto, udito o toccato”, traeva la logica conseguenza che l’unica fonte dei diritti fosse la norma, che “non è né logicamente né psicologicamente il risultato di una astrazione basata su una somma di percezioni simili di diritti, come, ad esempio, il concetto generale di albero è il risultato di una astrazione basata su una somma di percezioni simili; poiché i diritti non sono percepibili dai sensi come le piante”: una visione basata su di una logica intuitiva, sulle conoscenze dell’epoca di cui, come visto, è oggi scientificamente possibile dubitare.

provi a conoscerlo, ed autorizza perciò, almeno su questa parte della loro fenomenologia, quel confronto metodologico e sui risultati il cui esito può essere, mediante il concordamento inter-soggettivo, il riconoscimento dell'esistenza inevitabile ed inemendabile di strutture giuridiche, e dunque anche qui la produzione di un *vero* scientifico, nei termini già proposti⁷³.

Alla famiglia degli oggetti sociali appartengono gli oggetti teorici del diritto, dotati di nuclei strutturali, ontologici inemendabili o assai poco emendabili, composti di fatti bruti, esperienze ripetute, primitivi, intenzioni solidificate o iscrizioni fissate⁷⁴, che non sono inventabili, sono *intrinsecamente* intelligibili, costituiscono il nucleo di precedenti normativi o giurisprudenziali tanto ricorrenti da rimanere assestati⁷⁵, ed è a queste entità che si propone di riservare la qualificazione di *oggetti giuridici del diritto*.

Anche in ambito giuridico, infatti, non tutto di ciò che chiamiamo “norma”, “divieto”, “validità” e simili⁷⁶ è il frutto di scelte, di libere ed infinite “definizioni stipulative o di assunzioni o convenzioni”, e le stesse stipulazioni, quando intervengono, non si basano sul nulla, non

⁷³ J. M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, trad. it. Torino, 1996, 3 s.: “Una scienza sociale, come la giurisprudenza analitica o sociologica, cerca di descrivere, analizzare e spiegare un certo oggetto o materia di studio. Tale oggetto è costituito dalle azioni, pratiche, abitudini, disposizioni umane, e dal discorso umano. Azioni, pratiche, ecc., sono certamente influenzate dalle cause “naturali” propriamente ricercate con i metodi delle scienze naturali, ivi compresa una parte della psicologia. Ma tali azioni, pratiche, ecc., possono essere pienamente comprese solo afferrando il loro senso, cioè il loro obiettivo, il loro valore, la loro rilevanza o importanza, quali vengono concepiti dagli uomini che le attuano, vi si impegnano, ecc.”

⁷⁴ Vorrei qui richiamare anche la connessione tra “dimensione giuridica e civiltà retrostante [...] e cultura circolante” di cui parla P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 15 ss., per il quale in diritto è “radicatissimo nella società, [...] specifica la globalità del sociale, l’incandescenza del fatto sociale” (*ibidem*, 36).

⁷⁵ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 2, 52 ss.; R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 21, riferendosi agli ambiti della ricerca giuridica, parlano di “the interplay between facts and norms, rules and principles, or national and transnational legal sources”; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 4 s., nota come anche “le istituzioni non sono, dunque, solo il prodotto di una volontà, quella del legislatore. Esse sono anche il frutto di un passato (o, meglio, di più passati, frequentemente reinterpretati) e il risultato di commistioni di ordinamenti diversi, tra i quali sono frequenti importazioni ed esportazioni”.

⁷⁶ Esempi di “concetti teorici” secondo L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 16, di cui le espressioni riportate di seguito tra virgolette sono, a suo parere, alcuni dei caratteri.

sono solo un discorso, poiché – effettivamente – sembrano avere successo, cioè trovare il consenso degli osservatori attrezzati, degli studiosi specializzati, dei ricercatori, insomma degli scienziati (anche del diritto), proprio quando hanno “capacità esplicativa”, cioè sono in grado di descrivere bene ed assestare la conoscenza di strutture che ne siano oggetto.

Questi oggetti, lo ripeteremo spesso, non sono tutto il Diritto, non lo determinano né totalmente né invariabilmente, poiché sono composti di strutture troppo essenziali per possedere tutti i caratteri di cui c'è bisogno in ambito giuridico; la loro esistenza, dunque, non nega la necessità di tutte le operazioni positive che integrano il carattere perentorio, vigente ed utilizzabile praticamente del Diritto⁷⁷: anche qui, come in fisica, “more is different”⁷⁸.

Come vedremo, questi oggetti vengono infatti poi usati, e fisiologicamente guarniti con più ampi perimetri della loro dimensione giuridica, quella emendabile, discorsiva, linguistica, epistemica, storica, normativa, positiva, senza però che tutto ciò faccia perdere la loro natura agli oggetti, i quali non sono, nonostante questa dipendenza dai soggetti, totalmente soggettivi⁷⁹.

Vi è cioè un *continuum* temporale tra queste componenti del fenomeno giuridico, tra gli oggetti giuridici ed i loro utilizzi normativi, interpretativi ed applicativi⁸⁰; ma, almeno con riferimento al ri-conoscimento degli oggetti giuridici, non sembra più necessario

⁷⁷ Uso qui l'osservazione di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 112, per il quale, in almeno alcune delle sue forme, “il positivismo giuridico è [...] quella dottrina che, negando il carattere di diritto al diritto sino a che è provvisorio, fa della perentorietà il carattere essenziale del diritto”

⁷⁸ P.W. ANDERSON, *More is different: Broken symmetry and the nature of the hierarchical structure of science*, in *Science*, 1972, 393 ss.: “The ability to reduce everything to simple fundamental laws does not imply the ability to start from those laws and reconstruct the universe”. Secondo J A. GOLDSTEIN, *Reduction, construction, and emergence in P. W. Anderson's “More is different”*, in *E. CO*, 2014, 118, questo saggio, l'approccio che esprime, ed in particolare la nozione di “spontaneous-symmetry breaking”, stanno alla base della gran parte delle recenti scoperte fisiche, ivi compresa la famigerata “particella di Higgs”, che infatti si è proposto di chiamare “particella di Anderson - Higgs”.

⁷⁹ M. FERRARIS, *Mobilizzazione totale* cit., 95, lo spiega rilevando che “non si può in alcun modo parlare di una dipendenza epistemologica e positiva”.

⁸⁰ Con altre parole, mi pare usi l'argomento (dal lato del soggetto anziché dell'oggetto) anche G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 849, allorché si concentra sui “livelli dei discorsi”, partendo da un “livello zero” fatto di “discorsi che si riferiscono al mondo (a ciò che sussiste prima e indipendentemente dal discorso che viene fatto su di esso)”, e osserva livelli successivi che si riferiscono a quelli precedenti “potenzialmente all'infinito”.

temere che il loro studio possa essere alterato nel considerare le conoscenze che provengono da altri campi disciplinari, delle scienze sociali⁸¹ come di quelle dure⁸²: il giurista può, se vuole, essere uno scienziato specialista⁸³ che concorre, con altri, al fenomeno della conoscenza, e non può prescindere da quella che deriva dal lavoro di altre discipline⁸⁴.

3. La rilevanza giuridica dei fatti

In ambito giuridico, la relazione tra fatti e diritto è stata variamente affrontata; considerando solo alcuni tra gli approcci più correnti e recenti, ve ne sono stati diversi che supponevano, in vario modo, il fondamento del Diritto nei fatti, nei bisogni, in ciò che accade, in ciò che c'è⁸⁵. Questi approcci sembrano pienamente compatibili con la esistenza degli oggetti giuridici e delle loro strutture.

⁸¹ Anche G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 861 s., espone argomenti a sostegno del fatto che “quanto più un giurista conosce delle scienze umane, e si mostra capace di vedere e stabilire legami tra le acquisizioni di tali scienze e il suo proprio specifico campo disciplinare, tanto più acuto, ricco, originale, persuasivo diverrà nella sua opera di giurista scienziato”.

⁸² J. BENOIST, *Cosa rende “sociali” gli atti sociali?*, in F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano – Udine 2012, 242: “una volta che ci si è posti 'fuori' - come ci invita il realismo reinachiano - si deve accettare e prendere in considerazione tutta la complessità di quel 'fuori'”.

⁸³ Dunque non solo una “persona che riflette sul diritto ed espone i risultati delle sue riflessioni”, come proposto da G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 833 (corsivi miei).

⁸⁴ La questione è una delle più dibattute in ambito internazionale: cfr. R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 3, ove notano che il confronto odierno avvenga tra “‘doctrinalists’, who believe that legal research should primarily be seen as a service to legal practice, and ‘multidisciplinarians’ defending that scholarly legal research has a purpose in itself (‘Verstehen’)”; e poi: “We believe there is no longer room for only one dominant role model for scholarly legal research. Doctrinalists, empiricists, comparatists, legal historians, law and economists and others co-exist in the new legal world and the quality of their work should be judged according to the rules of the discipline and not be determined by preferences for a particular type of research that is en vogue at the time. *What all legal scholars should have in common, though, is a scientific attitude*” (*ibidem*, 23, corsivi miei).

⁸⁵ Il riferimento principale è ovviamente, a Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 13 ss. soprattutto allorché proponeva il fondamento delle organizzazioni sociali nei fatti, nei bisogni che le legittimano, al punto che “ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata, si trasforma per ciò stesso in diritto” (*ibidem*, 113), ed infatti l'origine di un ordinamento (id est di un'istituzione) non può essere

Né mi sembra impossibile collocare l'ipotesi dell'esistenza di strutture giuridiche oggettive nelle ricostruzioni che, a dir così, legano inscindibilmente fatti e norme nel processo complesso della loro comprensione, e dunque in quella operazione ermeneutica che definisce la pre-comprensione di testi e norme⁸⁶. Gli oggetti giuridici ri-conosciuti, cioè, potrebbero porsi negli elementi che la integrano (percorsi formativi, canoni o argomenti interpretativi, figure dogmatiche consolidate o dominanti, precedenti giurisprudenziali, previsione delle conseguenze decisionali, principi dell'ordinamento, ecc.⁸⁷), concorrendo con la loro caratteristiche al raggiungimento della corrispondenza di senso tra i fatti e la loro qualificazione giuridica, e dunque a solidificare il contenuto semantico della norma⁸⁸. Come diremo, ciò non esclude né il conflitto tra più interpretazioni della norma (che peraltro non può essere escluso da alcun "circolo ermeneutico", che è una preconditione dell'interpretazione giuridica), né la necessità stessa dell'interpretazione giuridica, ma può fornire qualche elemento attendibile e ri-conosciuto, le "cose stesse" cui Gadamer invita a guardare⁸⁹, che concorra a ridurre i margini interpretativi.

"un procedimento regolato da norme giuridiche: è [...] un fatto" (*ibidem*, 51). Ma si possono ben ricordare gli approcci di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. Milano, 1964, 205: "la costituzione designa un fatto oltre che una regola, contrassegna l'ordinamento valido ed efficace dell'organizzazione suprema dello stato oltre che la legge di organizzazione; o più sinteticamente, il punto di incidenza tra il diritto e il fatto"; e poi: "nell'ipotesi che l'ordinamento costituzionale sia innovato nelle vie prescritte basta che non prevalga la eventuale opposizione alla attuazione del cambiamento costituzionale perché la regola emessa divenga diritto positivo, nel caso invece che l'ordinamento sia instaurato fuori o contro le vie legali, si richiede positivamente che la forza si sia tramutata in diritto. Nel primo caso poi vi è la presunzione che la regola valga finché non si provi il contrario, mentre invece nel secondo caso è necessaria la prova concreta ed effettiva della instaurazione extra legem. Ma nell'un caso come nell'altro fatto e diritto sono strettamente intrecciati" (*ibidem*, 206 s., corsivi miei; è solo uno degli argomenti tra i vari in cui l'autore sostiene l'assunto finale).

⁸⁶ H. G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., spec. 342 ss.

⁸⁷ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. Napoli, 1983; G. ZACCARIA *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, 47 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 48 ss..

⁸⁸ B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino 1990, 145 ss.

⁸⁹ H. G. GADAMER *Verità e metodo* cit., 313: "ogni interpretazione corretta deve difendersi dall'arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da inconsapevoli abitudini mentali, guardando «alle cose stesse» (*die Sache selbst*)", anche se poi, ovviamente (e lo si dirà presto), "il linguaggio è il medium in cui gli interlocutori si comprendono e in cui si

Più difficile è invece collocare l'ipotesi nell'ambito della visione che usava il concetto di *rilevanza giuridica*, insistendo sul carattere, a dir così, artificiale del processo di giuridicizzazione del fatto e, in sostanza, lo faceva coincidere con gli effetti prodotti dalla norma intervenuta a regolarlo⁹⁰; con raffinati strumenti analitici, tuttavia, quell'approccio è stato posto in discussione osservando che, tra gli altri inconvenienti, trascura che ogni fatto rilevante in termini giuridici ha, a dir così, una sorta di *affordance*⁹¹, un'attitudine giuridica, grazie alla quale esso può fornire la base per il complesso meccanismo che può passare per la norma che lo qualifica – più o meno completamente – e che, solo in conseguenza, dispone alcuni effetti⁹². Mi sembrerebbe piuttosto limitato sostenere che la stretta di mano “in quanto salute” sia davvero la stessa, identica cosa della stretta di mano “in quanto contratto”, e se ne differenzi per sole circostanze e conseguenze in

verifica l'intesa sulla cosa”: *ibidem*, 442; ma anche J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo* cit., 24, assumeva che “le regole giuridiche di cui disponiamo con la loro pretesa di applicazione vincolante, debbono «accordarsi con la realtà di vita che si deve giudicare»”.

⁹⁰ A. FALZEA, *Rilevanza giuridica*, voce in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1965, 457 ss.; ma prima ancora si veda ID., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Nss.mo Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss., sintetizza brillantemente questa impostazione: “vi sono fatti ai quali il diritto ricollega effetti giuridici [...]. Il fatto, storico o naturale, diventa giuridico attraverso una relazione posta dal diritto obbiettivo. La giuridicità si presenta come un *concetto funzionale*: come una nota del fatto, che deriva dal nesso con un'altra entità. Il criterio euristico è dato dal riferimento agli effetti giuridici: irrilevanti sono i fatti, che il diritto lascia sorniti di effetti giuridici. In questo indirizzo si scorge: a) che la giuridicità non è un carattere intrinseco del fatto; b) che la giuridicità procede dal diritto obbiettivo; c) che la giuridicità risiede nel collegamento del fatto con gli effetti”.

⁹¹ Uso l'espressione nel senso indicato da J. J. GIBSON, *The ecological approach to visual perception*. Boston, 1979.

⁹² “Spetta dunque al fatto, in quanto giuridico, spiegare l'esistenza degli effetti, non viceversa”, altrimenti affermare che “un fatto è giuridico, perché esistono effetti giuridici che ne discendono, salvo poi sostenere che gli effetti sono a loro volta giuridici perché discendono da un fatto giuridico, significa ricadere in un circolo vizioso”: così F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 103 s.; a giudizio di F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 40: “o è la norma che rende giuridico il fatto, e allora l'effetto non giuoca alcun ruolo nel relativo processo di qualificazione ovvero si dà un senso ed un valore giuridico alla relazione tra fatto ed effetto, ed allora la qualificazione del fatto non è più condizionata soltanto dalla norma, ma è posta in relazione alla stessa produzione degli effetti”.

rapporto a concetti giuridici, a norme positive o a precedenti giurisprudenziali utilizzabili⁹³.

La spiegazione resterebbe incompleta, allora, anche se ci si accontentasse di rinvenire la giuridicità del fatto, la sua rilevanza giuridica, solo nel suo rapporto con una norma positiva⁹⁴, ovvero dall'essere da questa preso in considerazione, descritto e regolato, diventando *fattispecie*, poiché, a tacer d'altro, non spiegherebbe (almeno non in termini giuridici) donde quella norma sia tratta, perché cioè si sia deciso di occuparsi di quel fatto (o se non esattamente di quello, di qualcosa che possa esservi ricondotto) con un determinato disposto normativo (e non con un altro), se non rimandando a scelte morali (anche quando ammantate sotto l'equivoca definizione di "politica"⁹⁵), o, peggio, a mere relazioni di forza e contingente convenienza⁹⁶.

In tutte le visioni della rilevanza giuridica, intendo dire, vi è una parte dura, non emendabile, che non è di mero fatto, a-giuridica, ma ha invece una sorta di predisposizione al trattamento giuridico che può essere considerata, esaminata, discussa, conosciuta, descritta, e poi utilizzata anche in termini normativi e prescrittivi⁹⁷.

Potremmo dunque stipulativamente accordarci circa il fatto che la espressione "rilevanza giuridica" di qualcosa si riferisca solo ai fatti

⁹³ Cfr. R. B. BRANDOM, *Make It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge-London, 1994, 639 ss..

⁹⁴ Per N. IRTI, *Rilevanza cit.*, 1110, rilevante è il fatto "che si lascia ridurre ad esempio di un tipo" mentre è irrilevante quello "che non riceve un predicato giuridico: cioè che non si palesa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa".

⁹⁵ "Il giurista è in posizione secondaria, di fronte al politico, all'uomo di Stato, ai facitori di storia" secondo A. C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici cit.*, 39.

⁹⁶ N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, I, 732; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, spec. 93 ss.; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari-Roma 2006, spec. 76 ss..

⁹⁷ A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile cit.*, 7, parla di un "essere giuridico prenormativo"; J. SEARLE *La costruzione della realtà sociale cit.*, 167, afferma che "noi accettiamo che ci sia qualcosa di sbagliato in quella persona che quando riceve una palla da baseball lanciata se la mangia; qualcosa di sbagliato nella persona che non conosce nessuna ragione di fare una cosa quando ha promesso di farla; qualcosa di sbagliato nella persona che se ne va in giro declamando frasi sgrammaticate. E ognuno di questi casi implica che [...] c'è una componente normativa creata socialmente nella struttura istituzionale, e ciò è spiegato solo dal fatto che [...] le regole effettive che specifichiamo nel descrivere l'istituzione determinerà quegli aspetti in base ai quali il sistema è normativo".

disciplinati da una qualche norma vigente (ma allora forse sarebbe più preciso parlare di “rilevanza normativa”⁹⁸), ma appare difficile sostenere che prima della norma che oggi è vigente o senza di essa i medesimi fatti siano giuridicamente inerti⁹⁹.

Se così non fosse, dovremmo ammettere che il Diritto è infarcito di assunti che, pur venendo ampiamente utilizzati in termini giuridici, non avendo a base una disposizione normativa esplicita non si sa donde vengano, e non mi pare soddisfacente supporre che siano dunque tratti “*ex nihilo*”¹⁰⁰, se non come una sorta di ovidiana *prolem sine matre creatam*¹⁰¹.

Per gli studiosi del diritto amministrativo vi è un argomento arcinoto, tra altri, che, mi pare, ben suffraga l’ipotesi qui proposta, la storia della “illegittimità” dell’atto amministrativo e, al suo interno, in

⁹⁸ Nella complessa e raffinata descrizione teorica proposta da G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, 24 ss., viene infatti descritta la quella che l’A. chiama *fattispecie normativa*, riferita ad una *fattispecie reale* ed una *fattispecie concreta*.

⁹⁹ Lo stesso Pugliatti, che pure - s’è visto - fu tra i più autorevoli assertori della specificità del diritto in ambito scientifico, e che considerava la norma il “dato” da cui partire, riconosceva che “ogni fatto giuridico è plasmato su un fatto umano”: cfr. S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 287; d’altro canto, pur giungendo a negare “il valore assoluto dei concetti giuridici”, gli “preme si stabilisca e fermi: A) che il riconoscimento del carattere di relatività dei concetti giuridici non deve condurre alla loro totale svalutazione, fino a ristabilire il caos risultante dalla pluralità asistemica delle norme; B) che non si pervenga ad affermare, quale compito del giurista, l’esegesi puntuale delle singole norme giuridiche isolate; C) che non si rinunci, nell’opera legislativa e in quella interpretativa, agli strumenti che la tecnica delle varie generazioni di giuristi ha nel corso dei secoli foggiate”: S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, (1941), ora in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici* cit., 54 s.

¹⁰⁰ E ciò dovrebbe servire anche a limitare il fenomeno indicato da R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 932, costituito dalle “tesi dogmatiche costruite in modo indipendente da, e in un momento logico antecedente a, l’interpretazione di qualsivoglia specifica disposizione normativa”, che a suo dire, perciò, vengono appunto dal nulla (in termini giuridici, ovviamente), e reca importanti e solidi esempi in ordine alla consuetudine in ambito internazionale, alla validità costituzionale delle leggi, alla collocazione sistemica dell’ordinamento europeo.

¹⁰¹ “*de me sine matre creata / carmina sunt*”: PUBLIO OVIDIO NASONE, *Tristia*, trad. testo a fronte Milano, 1992, III, 13 - 14, che com’è noto, probabilmente con intenti non coincidenti con quelli qui esposti, nel 1748 è stata significativamente posta in esergo, nella forma riportata nel testo, al libro I del *De l’esprit des lois* di Ch.-L. de Montesquieu.

particolare quella del vizio di eccesso di potere, paradigmatica e molto significativa¹⁰².

A guardarla in termini storici e, soprattutto, a tratti larghi¹⁰³, quella vicenda può essere descritta come una progressiva comprensione del fenomeno (oggetto giuridico) della invalidità, usato per quei particolari atti umani che sono i provvedimenti amministrativi, allorché presero ad essere trattati come atti giuridici¹⁰⁴.

È unanimemente convenuto che l'eccesso di potere si sia rivelato non solo senza norma¹⁰⁵, “indefinito”¹⁰⁶, ma soprattutto che per una lunga fase storica esso si è andato precisando con un percorso chiaramente induttivo, “empirico”¹⁰⁷.

C'è allora da chiedersi donde si trasse quel “principio generale” che, superata l'iniziale, facile restrizione all'incompetenza¹⁰⁸, costituì

¹⁰² E' stato chiarito già da molto tempo che la storia italiana di questa vicenda debba molto ai precedenti francesi, ed in particolare che “l'apporto originale” del Conseil d'Etat nella prima metà del XIX secolo sia stato proprio quello di “aver compreso nella nozione di eccesso di potere tutti i vizi di illegittimità degli atti amministrativi”: così G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1963, 76 ss., ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, Napoli, 2014, 21 ss..

¹⁰³ Altrimenti “il tema è di una vastità tale da risultare nella sua pienezza intrattabile”: E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)* in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, 342

¹⁰⁴ Non è irrilevante, tuttavia, per confermare l'ipotesi che si tratti di svelare strutture giuridiche di tipo oggettivo, il fatto che, con gli adattamenti del caso, il tema dell'eccesso di potere è rilevante ed usato anche in confronto al sindacato giurisdizionale ed alla funzione legislativa: per tutti, si vedano rispettivamente F. BASSI, *lo straripamento di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245; G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco alla legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 655.

¹⁰⁵ Tra molti, si vedano S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 1392 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 326 ss.

¹⁰⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 3.

¹⁰⁷ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 81; N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere “amministrativo” secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, 494. Parla di conquista che meritò “l'ambita qualifica di pretoria” G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 78. Credo vada inteso in senso limitato la definizione di “storia di un sindacato di tipo creativo” proposta da C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 148 s.

¹⁰⁸ G.D. ROMAGNOLI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Padova. 1835, 11; V.E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, in *Id.* (a cura di), *Primo trattato completo di*

la “remota origine” dello sviamento di potere, il primo nucleo storico del vizio di validità odierno, che consentì al Conseil d'État francese, già nel 1811, senza norma alcuna in appoggio, l'annullamento di un divieto di vagliatura¹⁰⁹, se non l'utilizzo della struttura essenziale, oggettiva di disposizioni normative che tende a comprendere anche il loro “spirito generale”¹¹⁰, e le finalità di pubblico interesse cui tendono, la funzione¹¹¹, e usando tutto ciò per inferirlo, reciprocamente¹¹², alle strutture della decisione discrezionale.

Ed anche ci si può chiedere come sia nato quell'indirizzo che, sempre senza poter partire da una disposizione normativa formale ha preso ad utilizzare strutture quali la “manifesta ingiustizia”, il “travisamento dei fatti”, l’“illogicità”, la “razionalità”¹¹³, per dedurne uno sviamento, un eccesso, un abuso di potere, una “illegittimità sostanziale”, insomma una invalidità giuridica ma non *normativa* degli atti amministrativi¹¹⁴.

Ed infine, ci si chiede cos'altro può essere la “sintomatologia”, quel metodo che - basandosi non solo una solida e funzionante dogmatica, ma consentendo persino una riflessione teorica che ha debordato dal mero ambito gius-amministrativo¹¹⁵ -, è stato usato per decenni nel corso del XX secolo non solo per rilevare l'eccesso di potere, ma anche per definirlo, se non l'osservazione di qualcosa che

Diritto amministrativo italiano, III, Milano, 1901, 801 ss.; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, 85 ss.; per l'evoluzione giurisprudenziale italiana in argomento si veda G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 92 ss..

¹⁰⁹ G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 79

¹¹⁰ O RANELLETTI, *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 104; non diversamente V. E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa cit.*, 700, 806 s.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 137 ss..

¹¹¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, spec. 45 ss..

¹¹² C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 4.

¹¹³ Cons. Stato, IV, 1 febbraio 1895, in *Giur. it.*, 1895, III, 72; Id., 15 giugno 1900, in *Giust. amm.*, 1900, I, 292; Id., 4 ottobre 1919, in *Giur. it.*, 1920, III, 39.

¹¹⁴ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, 791; V.E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa cit.*, 700;

¹¹⁵ Si vedano, ad esempio, in diritto societario, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, spec. 732 ss.; R. TETI, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Riv. not.*, 1977, I, 840 ss..

evidentemente c'era nella realtà, aveva un rilievo giuridico non ancora preciso (e non qualificato con norma, dunque senza *rilevanza normativa*¹¹⁶), e lo sforzo di ricondurla entro una classificazione più comprensibile, concordabile, affidabile, utilizzabile in termini accettabili, l'“idea fondamentale” di cui andò alla ricerca, con grandi conseguenze, Feliciano Benvenuti¹¹⁷, e che oggi va assestandosi intorno al perno della ragionevolezza e delle sue implicazioni¹¹⁸.

Posto dunque che, anche quando la legge prese a “nominare” i vizi di validità degli atti amministrativi, “rinunciò a definire legislativamente la nozione di legittimità e si rifecce invece costantemente alla nozione rielaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina contemporanea”¹¹⁹, ed a tutt'oggi, si ripete, vi rinuncia e si rimette alla definizione dottrinarica e giurisprudenziale, si potrebbe supporre che si sia di fronte al maneggio di un “concetto” giuridico, e non di un oggetto; ma anche a dirla così, resterebbe oscura la differenza, poiché mentre si può comprendere cosa sia, come si forma,

¹¹⁶ E' noto che, pur essendo menzionato da norme di legge italiane sin dalla seconda metà dell'800 (G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 21 s., richiama le leggi 14 agosto 1862 n. 800, 31 marzo 1877 n. 3761, 31 marzo 1889 n. 5992), ancora oggi l'eccesso di potere non ha una definizione normativa.

¹¹⁷ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*, 3 ss., che, è noto, propose la concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione; più recentemente, mi pare parta da un medesimo approccio M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 116, allorché invoca una qualche rilevanza delle “«relazioni nel loro insieme» che si instaurano tra amministrazione e privato, tra amministrazioni e tra privati” .

¹¹⁸ Riassume bene la vicenda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela cit.*, 23: “sembra, da questo punto di vista, che l'eccesso di potere abbia trovato un suo *aleph*; si estrinseca in un controllo sostanziale avente ad oggetto la scelta discrezionale al fine di accertarne la ragionevolezza”, specie se questa viene intesa come la struttura che impone la ponderazione degli interessi (E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere cit.*, 347), e dunque da cui si diparte l'obbligo di imparzialità (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 123), che ben può essere visto come l'estrinsecazione specializzata per la amministrazione pubblica della ragionevolezza desumibile dal dovere di uguaglianza: G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005, spec. 91 ss..

¹¹⁹ G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 98.

come abbia successo (cioè venga usato costantemente) un “concetto” se viene tratto da una o più norme o viene in esso ricondotto, quando – come nel caso in esame – una norma non è stata esplicitata, non si capisce quale sia il “dato” del concetto, se non, appunto, rilevandolo in quella stratificazione di livelli empirici, reali e conoscitivi che abbiamo supposto costituire parte degli oggetti giuridici¹²⁰.

Ma, più in generale, possiamo anche empiricamente rilevare che siamo in grado di discutere ed eventualmente concordare su cosa sia un atto giuridico, la proprietà, una transazione, o qualsiasi altro oggetto giuridico prescindendo del tutto sia da una norma e dal relativo meccanismo linguistico, sia dal mettere al centro dell’analisi le preferenze fondative, morali, assiologiche di ciascuno, diventare “vittime della morale”¹²¹.

Non si può negare che sono più correnti negli studi giuridici le descrizioni e le ipotesi ricostruttive del diritto vigente¹²², e la discussione sulle loro implicazioni etiche, le quali sono anzi approcci molto più diffusi sia per ragioni pratiche – la gran parte degli operatori giuridici¹²³ impegna se stesso più sulla comprensione e sull’utilizzo delle norme che disciplinano la proprietà che sulla discussione di cosa

¹²⁰ Si perdonerà il mutamento di piani, ma vorrei ricordare quanto scrisse Einstein in una lettera a Solovin: “anche se gli assiomi della teoria sono imposti dall’uomo, il successo di una tale costruzione presuppone un alto grado d’ordine del mondo oggettivo, e cioè un qualcosa che, a priori, non si è per nulla autorizzati ad attendersi. È questo il “miracolo” che vieppiù si rafforza con lo sviluppo delle nostre conoscenze”: A. EINSTEIN, *Opere scelte*, a cura di E. Bellone, Torino, 1988, 740.

¹²¹ “Tutti ammetteranno facilmente che la cosa più importante è sapere se non si è vittime della morale”: così E. LÉVINAS, *Totalità e Infinito. Saggio sull’esteriorità*, tr. it. Milano, 1980, 19. D’altro canto, già N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* [1958], ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 23 ss., aveva scorto, tra i tre principali problemi del diritto, quello “ontologico” come proprio della teoria generale del diritto.

¹²² G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 840 ss., dedica gran parte del suo esame alla “riflessione del giurista come descrizione del diritto vigente”.

¹²³ I “tecnici” di G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo* cit., 3 s.; con altre parole, G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 833, parla di “figure per la cui attività lavorativa il diritto costituisce la componente prevalente se non esclusiva: il notaio, l’avvocato, l’ufficiale giudiziario, il funzionario amministrativo dell’amministrazione pubblica e così via”. Sovviene, al riguardo, la nota polemica tra M.S. Giannini e N. Bobbio proprio a proposito della differenza tra tecnica e scienza giuridiche: cfr. le ormai lontane - ma ancora attuali - riflessioni recate con le *Polemiche sull’interpretazione*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1941; l’intervento di Bobbio è alle pagine 96-101, quello di Giannini è alle pagine 101-108.

sia la proprietà come oggetto giuridico¹²⁴ – sia per l'importanza (ed il fascino) delle ragioni pure, dei valori¹²⁵. E forse anche per il vivere da ormai molti decenni in un ambiente costituzionale dotato di una Carta fondamentale¹²⁶ che, è difficile dubitarne, contiene ed esplicita molti “principi”, facilmente utilizzabili come valori, e dunque offre la tentazione di far pervadere di valori appunto il trattamento delle relazioni giuridiche, richiamandosi all'autorità (ed al carattere pur sempre normativo¹²⁷) della Costituzione¹²⁸.

¹²⁴ Secondo M. MCCONVILLE, W. HONG CHUI, *Research Methods for Law*, Edinburgh 2007, 2, “academic lawyers want to understand the way that law works and how it affects people and organizations, but practitioners are not interested in *why* the law says what it says”; e si spiega anche la drastica posizione di R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica* cit., 928, allorché assume che “non è sostenibile che i giuristi, nel descrivere il diritto vigente, contribuiscano a farlo”; è infatti opinione che circoscrive le possibilità cognitive del diritto solo con riguardo a quello vigente, dunque alla norma come dato, e coerentemente non può che desumere che vi sia una “osmosi tra il meta-linguaggio della scienza ed il suo linguaggio-oggetto, tra il discorso dei giuristi ed il discorso del legislatore” (*ibidem*, 937).

¹²⁵ A sintesi di un assunto che viene discusso da secoli, basti riportare l'icastica affermazione di J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it. Milano, 1996, 130, “il diritto positivo porta sempre dentro di sé un incancellabile riferimento alla morale”.

¹²⁶ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 109, spiega con la consueta chiarezza la “struttura di quei sistemi giuridici complessi che sono le odierne democrazie costituzionali, per la cui esplicazione la nozione di «validità» delle norme dovrà includere anche la coerenza dei loro contenuti o significati ai principi di carattere sostanziale enunciati nella costituzione, come l'uguaglianza e i diritti fondamentali”.

¹²⁷ “con il costituzionalismo [...] i diritti non derivano più dalla legge, ma dalla Costituzione”: così G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, 431; per F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione* cit. 217 s., si tratta di una elementi con una “doppia appartenenza, all'ambito della morale e a quello del diritto. Essi continuano ad avere una vigenza etica, ma assumono nello stesso tempo anche una validità formale come principi giuridici”; per G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1998*, Torino, 1998, 225, “lo statuto della validità giuridica cambia notevolmente nello Stato costituzionale, che incorpora limiti giuridici materiali e sostanziali per la produzione giuridica di ogni livello, anche legislativo. La validità giuridica non è più riducibile alla mera positività, la potestà normativa è vincolata non solo alla conformità a certe procedure ma anche all'attuazione (o alla non violazione) dei limiti sostanziali prescritti dalla costituzione, e che in gran parte riguardano il rispetto dei diritti fondamentali”.

¹²⁸ Il dibattito su di un così importante argomento è ovviamente infinitamente più cospicuo e complesso di quanto abbia potuto rappresentarlo in riassunto qui; solo per indicazioni di spunto, si vedano A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.* 1991, 639 e ss.; ID, *Miseria del positivismo giuridico* cit., 201 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; G. AZZARITI, *La Costituzione e i suoi critici. Riflessioni sul diritto mite*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 173 e ss.; A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria*

E non si può negare che il lavoro sulle norme, sulla loro produzione quello sul loro riconoscimento, sulla loro comprensione, sulla loro applicazione, sia una parte importante e impegnativa, tutt'altro che banale e automatica, insomma inevitabile del giurista, ed anzi occorre dire che senza di esso gli oggetti giuridici non troverebbero alcun effetto pratico, e dunque non avrebbero particolare interesse perché sarebbero a dir così poco attivi.

Ciò che si vuole sostenere è che sia tuttavia possibile questa terza via, l'impegno a svelare – in confronto ad altri che approfondano il medesimo impegno e cercandone il consenso onesto – la struttura non di una norma vigente in un dato momento, di un insieme di norme¹²⁹, di un ordinamento o di una pluralità di ordinamenti positivi¹³⁰, ma di qualcosa che non deve essere fattispecie per rivelarne forme sussistenti e perciò descrivibili, discutibili e conoscibili con strumenti giuridici, un oggetto sociale di tipo giuridico senza badare solamente, almeno *pro tempore*, alle norme che storicamente, ora e qui, lo disciplinano ed alle implicazioni morali¹³¹. E far notare che concorrere a conoscere questa rilevanza giuridica pre-normativa potrebbe essere impegno specificamente proprio del giurista¹³², anche se di questo

dogmatica. Problemi e ipotesi, Napoli, 2007; l'ispiratore di questa impostazione, tuttavia, sembra essere sempre Ronald DWORKIN, con il suo *Il diritto preso sul serio*, trad. it. Bologna, 1982: cfr. R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997, spec. 17 ss..

¹²⁹ H. L. A. HART, *Poscritto*, in ID, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, 2002, 309; vorrei anche ricordare l'avversione di C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it. Milano, 1987, 67, nei confronti dei “positivisti dello *status quo* del momento, delle facciate di legalità di volta in volta vigenti”.

¹³⁰ Secondo H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* cit., VIII, “oggetto di una teoria generale del diritto sono le norme giuridiche, i loro elementi, il rapporto fra esse, l'ordinamento giuridico nel suo insieme, il rapporto fra i diversi ordinamenti giuridici e, infine, l'unità del diritto nella pluralità degli ordinamenti giuridici positivi”.

¹³¹ Non so dire se questo approccio coincida con l'opinione di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 97 e s., che ritiene “il ragionamento giuridico si differenzi da altri ragionamenti pratici per il fatto di incontrare limitazioni legali rispetto alle ragioni che possono essere addotte a giustificazione di una determinata scelta [...] Le suddette limitazioni legali sono rappresentate dalla cornice, di spessore variabile, costituita dal linguaggio con cui sono espresse le norme e dalle altre limitazioni relative ad esempio alle decisioni sulla validità ed applicabilità delle norme e sui mezzi di prova di fatti rilevanti, nonché agli argomenti e metodi interpretativi prefissati in un determinato ambiente decisionale ed a determinate convenzioni linguistiche che consentono spesso di intendere in modo univoco certi termini tecnici o tecnicizzati”.

¹³² E questo senza, perciò, voler rinunciare alla “lotta per il diritto” di cui parla G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo* cit., § 23, e dunque dandosi a “quella fuga dalla responsabilità umana denominata *trahison des clercs*”, ma più semplicemente lavorando, a

lavoro egli non è, e non può pretendere di rimanere, assoluto e solipsista padrone¹³³.

Come diremo più chiaramente fra breve, se ciò fosse possibile costituirebbe poi la base per la *successiva*, irrinunciabile opera di concorso alla produzione normativa ed al riconoscimento, alla comprensione delle norme vigenti, ed infine alla loro applicazione operativa, tutte fasi che integrano irrimediabilmente le parti emendabili, disponibili e discussive del discorso giuridico, le quali sono necessarie ad esso non meno di quanto lo siano quelle presupposte di carattere strutturale, teorico e conoscitivo proprie degli oggetti giuridici.

dir così, in furberia, per concorrere a mettere meglio a punto le armi, per poterle usare al meglio come forza critica, nel senso indicato da G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, trad. it. Roma - Bari, 1995, 350 ss., molto connessa alla libertà. Per altro, anche per capire quale guerra si combatta, sarà bene tener presente che si tratta di un lotta culturale, necessaria, “molto più dura di quella che ha luogo in un'assemblea di condominio” in quanto affrontano “strutture molto più solide e meno trasparenti di quanto non appaia se si segue la via troppo semplice della costruzione sociale”: così M. FERRARIS, *Mobilizzazione totale* cit., 98. Non mi sembra, perciò, che così ci si ponga da “punto di vista esterno”, nel quale si farebbe “filosofia politica normativa”, come assume L. FERRAJOLI, *Principia Iuris* cit., 1, 39 ss., sia pure con riferimento alle operazioni di critica normativa non dogmatica. Mi sembra molto interessante al riguardo anche l'orientamento metodologico del Rapporto del Wissenschaftsrat tedesco sulla ricerca e l'insegnamento in ambito giuridico, commentato sul numero 1 del 2014 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, da B. SORDI, *La ricerca giuridica in Germania: Un rinnovato invito al colloquio*, M. BRUTTI, *La ricerca giuridica in Germania: Allargare il campo degli studi giuridici*, M. LIBERTINI, *La ricerca giuridica in Germania: Uno sguardo dall'Italia*. In argomento, si vedano anche A. von BOGDANDY, *National legal scholarship in the European legal area—A manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law (I•CON)*, 2012, 614 ss.; S. CASSESE, *New paths for administrative law: A manifesto*, *ibidem*, 603 ss.. R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 21, propongono il seguente esempio: “If one, for example, wants to know the state of affairs with respect to liability of hospitals or doctors for wrongful birth cases, it is necessary to know how to find relevant case law, legislation and literature. This does not help us very much, though, if we want to answer questions like: why are there worldwide between five to ten different approaches towards civil liability for wrongful birth, what are the legal consequences of these different approaches, and which approach fits best with our national legal system? These questions imply that there can be fundamentally different perspectives on basically the same legal problem. It allows for an approach that matches best with a particular legal system's norms, concepts, and principles. Starting from this premise presupposes that the researcher is able to reflect on the system as such”.

¹³³ Sono numerosi gli studiosi del diritto che, nel dibattito più recente, invocano la comprensione di conoscenze “esterne” negli studi giuridici; per tutti, cfr. A. VON BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, ne *Il Foro italiano*, 2012, 54 ss..

4. Conoscenza degli oggetti teorici e decisioni sul loro utilizzo

Seguendo dunque questo metodo, si può ipotizzare che sia possibile esaminare, discutere e concordare la definizione descrittiva della parte stabile e pre-normativa di un oggetto giuridico, la quale non ci dice – né deve dirci – come quell’oggetto sia disciplinato in un certo ordinamento¹³⁴, e neppure come dovrebbe esserlo in un ordinamento ideale¹³⁵; la prima di queste informazioni può essere fornita dall’analisi empirica del diritto vigente in un determinato momento storico¹³⁶, e la seconda da una discussione dogmatica¹³⁷ o anche da una critica di ordine differente, di tipo filosofico, morale, politico, o di altro genere, ma non di – sola - teoria del diritto¹³⁸.

E il raggiungimento di questo concordamento in sede teorica, se gli argomenti dispiegati fossero veri, integra un fenomeno di *conoscenza giuridica*¹³⁹.

¹³⁴ N. BOBBIO *Giusnaturalimo e positivismo giuridico* cit., 114, “il positivismo giuridico è un modo di intendere lo studio scientifico del diritto” che conduce a considerare “il diritto qual’è e non quale dovrebbe essere”.

¹³⁵ Così come avere di fronte un coltello non dà alcuna indicazione sul come usarlo, secondo l’icastica immagine usata da J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 225 s..

¹³⁶ Definita, con dichiarata e voluta semplicità, “tecnica” da G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo* cit., 3 s..

¹³⁷ Per L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 18, dogmatica è termine “inclusivo di tutte le tesi sulle norme dell’ordinamento indagato”.

¹³⁸ Le espressioni usate sono parafrasi quasi pedessequae di quelle proposte da L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in ID., *Diritti fondamentali* cit., 123 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 64 s., sostiene che “i concetti teorici impiegati a questo livello del discorso giustificativo sono, pertanto, definizioni stipulative che vanno tenuti distinti dalle definizioni stipulative o lessicali della cosiddetta dogmatica o scienza giuridica, e la cui funzione non è direttamente costruttiva di queste ultime”.

¹³⁹ Chiedendosi se sia “più opportuno dedicarsi a una teoria del diritto (solo conoscitiva), oppure a una filosofia del diritto (anche normativa)”, M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., 92 s., si risponde così: “l’analisi del giuspositivismo normativo ha mostrato che è davvero difficile evitare le questioni normative; ma se si ammette che bisogna prima sapere cosa *sia* il diritto, per potersi poi chiedere cosa *debba* essere, allora si può forse concludere che ci si deve dedicare prima alla conoscenza del diritto, poi alla sua valutazione. Di fatto, occorre prima una definizione del diritto com’è” (corsivi originali, in evidente dialogo con il linguaggio e gli approcci di Norberto Bobbio). Ancora H. L. A. HART, *Positivism and the Separation* cit.: “this is not because there is no distinction to be made between law as it is and ought to be. Far from it. It is because the distinction should be between what is and what from many different points of view ought to be”.

Osserviamo ora degli esempi, supponendo che concorrano a spiegare questa speranza.

Prendiamo in esame le capacità, quegli strumenti che riconoscono ad individui appartenenti ad una determinata classe un'abilitazione giuridica; nel concordarne la definizione in una sede teorica, il diritto come scienza scruta, esamina, concorda, fissa, sistema, e mette a disposizione uno strumentario, che in questo senso può dirsi "ideologicamente neutrale"¹⁴⁰, o anche "formale"¹⁴¹, o anche "strutturale"¹⁴².

La definizione degli elementi strutturali della capacità giuridica, distinta dalle variegate modalità storiche del suo acquisto e della sua tutela, descrive cioè cosa essa sia, ne individua i possibili effetti (disponendone si potrà essere titolare di altre situazioni giuridiche, diritti ed obblighi compresi), ma, ad esempio, può lasciare – temporaneamente - impregiudicata la questione della classe di soggetti che possono utilizzarla: nati, non ancora nati, mai nascituri, morti, esseri umani, esseri viventi.

Questa è infatti una *decisione* di utilizzo, una funzione che connota ogni oggetto¹⁴³, che deve usare argomenti che hanno bisogno di una discussione "altra", più mutevole e a disposizione dei cambiamenti storici, la quale tuttavia presuppone si giova di quella struttura tecnica data, cioè di quella *conoscenza*¹⁴⁴.

¹⁴⁰ E' comprensibile la perplessità di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 67, in ordine alla possibile neutralità anche di un approccio teorico; egli stesso, tuttavia, riconosce che è "cosa diversa [...] la ricerca di obbiettività dei discorsi giuridici".

¹⁴¹ Non completamente nel senso, come si vedrà, indicato da N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, VI, poiché l'oggetto qui cercato non è solo la "struttura normativa" del diritto, pur trattata come "forma indipendentemente dai valori a cui questa struttura serve e dal contenuto che racchiude".

¹⁴² L'approccio segue, anche in ciò, quello di L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali* (2000), ora in ID., *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale cit., specie 279 ss..

¹⁴³ L'utilizzabilità (Zuhandenheit) è una delle portanti ontologiche proposte da M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* cit., 94, che in particolare insiste sulle relazioni funzionali tra la "cosa" e i suoi antecedenti (Woraus) e conseguenti (Wozu), come ad esempio il chiodo che si definisce in relazione al martello che lo infigge e al muro in cui è infisso. Resta il fatto che ognuna di queste relazioni ha però bisogno di qualche presupposto oggettivo, dato che è pur vero che non posso martellare con una spugna (né assorbire con un martello).

¹⁴⁴ A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* cit., 7, parlando dei menzionati "concetti fondamentali del diritto", assume che "il diritto positivo può elaborarli e trasformarli come vuole" (corsivo mio).

Questa discussione “altra” potrà rifarsi a fondamenti morali, etici, assiologici, divini, biologici, politici; potrà indagare l’assetto degli interessi che ne sono implicati, scrutando le intenzionalità ed i comportamenti da punti di vista opportunistici; o potrà rifiutarsi di fare tutto ciò rimettendo la decisione ad una procedura, ad una maggioranza, ad un’autorità, ad una forma di governo o di atto giuridico o ad altro alambiccato iper-positivista, e riconoscendo solo in ciò il fenomeno propriamente giuridico, e tuttavia in tutti i casi potrà farlo *in quanto* quella posizione giuridica è *prioritariamente* strutturata e sistemata, cioè ri-conosciuta, in termini teorici, e dunque la si può utilizzare¹⁴⁵. E non diversamente si può ragionare in ordine a quella peculiare capacità che è la cittadinanza, o per la capacità di agire o per ogni altra posizione che afferisce a ciò che un tempo si definiva più pacificamente, con una terminologia antica e non vecchia, come *status*.

Si potrebbe essere tentati di obiettare che – kelsenianamente – tuttavia la questione della capacità trova senso solo con la costituzione delle garanzie per possederla, le quali però presuppongono di aver dato soluzione proprio alle questioni che qui abbiamo date per esterne in termini teorici. Insomma, si potrebbe obiettare che la discussione sulla cittadinanza è diversamente connotata se, ad esempio, si adotta o meno lo *jus soli*, così come non è irrilevante che la maggiore età – e con essa la capacità d’agire - si consegua a sedici o a diciotto anni, o a qualsiasi altra età.

¹⁴⁵ E’ facile scorgere che è qui implicata la questione della fallacia naturalistica, quel supposto vizio logico che, sulla scia dell’assunto humeiano, fa derivare prescrizioni direttamente da descrizioni: Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica* (1903), in <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica/>, almeno nella sua dimensione “minima”, come ben descritta da L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 376 che “consiste nella confutazione della possibilità di derivare il valore di un fatto dal suo semplice prodursi, di derivare cioè il giudizio di valore concernente un accadimento dal nudo giudizio di esistenza concernente quell’accadimento”, su cui tanto ha lavorato anche N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 172. J. SEARLE, *How to derive «Ought» from «Is»*, in *The Philosophical Review*, 1964, 43 ss. provò invece a dimostrare proprio “a counterexample to this thesis”, e più recenti studi, lavorando sulle condizioni essenziali che distinguono ogni “cosa”, riescono ad affermare che solo soddisfacendo le proprie “strutture essenziali”, le “leggi essenziali che definiscono il suo essere” essa può esistere in quanto tale, traendo così l’assunto che “ogni entità è intrinsecamente normativa... una *normatività eidetica*”: cfr. F. DE VECCHI, *Strutture a priori e leggi essenziali nell’ontologia sociale e giuridica di Adolf Reinach*, in ID., *Eidetica del diritto* cit., 134 s..

Tutto vero, come è vero che, anche in termini teorici, stiamo effettivamente parlando di oggetti che avranno bisogno di garanzie giuridiche; e tuttavia, a ben guardare, quegli argomenti – nell'esempio, la definizione della classe di persone per la cittadinanza o per il riconoscimento della maggiore età – sono questione di *assetti normativi* di quelle garanzie, la cui importanza è enorme, ed alla cui discussione il giurista ha pieno titolo per partecipare, ma in termini non strettamente afferenti alla teoria (*id est* alla scienza) del diritto¹⁴⁶.

Per verificare l'assunto, si potrà osservare ciò che è accaduto quando in Italia la maggiore età è stata abbassata da ventuno a diciotto anni; pur se vi sono stati indiscutibili ed importanti mutamenti di vario tipo, nulla è cambiato in termini giuridici sulla definizione strutturale, teorica della capacità d'agire, come sul piano del funzionamento dello strumento. Tanto ciò è vero che, sul piano formale, tecnico, *normativo*, il cambiamento è avvenuto con una norma (l'art. 1 della L. 8 marzo 1975 n. 39) recante una sola, essenziale disposizione, accompagnata da alcuni provvedimenti del tutto "amministrativi"; il legislatore che arrecava la novità, cioè, non ha dovuto affaticarsi a riscrivere, a ridefinire *cosa* sia la capacità di agire, cosa implichi, e nemmeno quali siano le deroghe che concorrono a definirla: "con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa" (art. 2 c.c.), qualunque sia il numero di questa maggiore età, la cui statuizione dipende da una serie complessa di elementi storici, antropologici, forse biologici, politologici o sociali, i quali però potranno essere ben discussi e ridiscussi in seguito, ma la decisione potrà ragionevolmente – ed utilmente – esser presa e mutata solo considerando la struttura della capacità di agire fornita dal giurista, utilizzandola cioè come una conoscenza.

Niente, insomma, nell'oggetto teorico di capacità d'agire, e nella sua conoscenza giuridica, implica (o è implicato da) quel numero, che dipende da elementi diversi e non solo giuridici che completano la norma, non l'oggetto. Potremmo discutere continuamente se abbassarla ancora, per esempio a sedici anni, sulla base di buone

¹⁴⁶ Per G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 856, "è da dubitare che il giurista il quale propone nuove regole svolga opera di scienziato: si avvale delle sue conoscenze per formulare proposte le migliori possibili, ma il momento scientifico si è per così dire già consumato con l'acquisizione delle sue conoscenze, e la sua proposta fa parte della politica e non più della ricerca scientifica" (corsivi miei).

ragioni, ma la variabile in una siffatta discussione, si spera di averlo chiarito, non è la capacità d'agire come oggetto giuridico, ed anzi è semmai il senso strutturale di questa a influire sulla decisione circa l'età per essere capaci d'agire in termini giuridici.

Vorrei infatti far notare che questa ipotetica discussione riferita all'utilizzo dell'oggetto giuridico "capacità di agire", pur ampia, non sarebbe tuttavia infinita; nessuno di noi, credo, proporrebbe seriamente di riconoscerla, che so, ai neonati, poiché vi sono dei *limiti presupposti*, dati, strutturali, dell'oggetto che incidono sul suo uso, limitandolo.

Usando perciò questo metodo di teoria giuridica, è possibile non solo rinunciare – temporaneamente – a posizioni normative, prescrittive, fornendo tuttavia strumenti alle decisioni che normative e prescrittive han da essere¹⁴⁷, ma, lo si è già ripetuto spesso, in fin dei conti ci si muove su un piano che possiamo definire di *conoscenza*, nella forma con cui si acquisisce in ambiti scientifici, un *ri-conoscimento*, un'osservazione ripetuta da più ricercatori attrezzati e attendibili (perché usano metodi, giustificazioni, asserzioni affidabili, ma anche perché onesti¹⁴⁸) e pertanto *ri-conosciuta*¹⁴⁹; così come è

¹⁴⁷ E qui dunque si può scorgere una connessione – tra altre possibili – tra premesse di conoscenza e deduzioni normative; è poco discutibile che l'osservazione "A. va a casa", da sola, non crea alcuna possibilità per dedurre che "A. *deve* andare a casa" (così H. ROTTLEUTHNER, *Teoria del diritto e sociologia del diritto*, Bologna, 1983, 154), e tuttavia una buona conoscenza di cosa sia l'andare a casa, con tutte le sue implicazioni complesse, è un buon presupposto per il (pur diverso) discorso sul come o sul perché si debba andare a casa, e dunque, ad esempio, per i procedimenti di convalida chiamati giustificazioni: Cfr. I. TAMMELO, I. TEBALDESCHI, *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976, spec. 155 s.; ed infatti affermare che "un guerriero è valoroso" significa, al contempo, giustificare perché debba essere valoroso chi pretenda d'essere guerriero, e al reciproco perché il fatto d'essere guerriero richieda il fatto di essere valoroso: E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, trad. it. Milano, 1968, 57; *contra*, esplicitamente, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di Mario G. Losano, trad. it. Torino, 1985, 6 ss., che però si rifà più ad una teoria della validità, discutibile tuttavia, visto che un argomento giustificato è un candidato più serio per le circostanze in cui si debba prescrivere qualcosa.

¹⁴⁸ Il premio Nobel per la fisica R. P. FEYNMAN, *Sto scherzando, Mr. Feynman! Vita e avventure di uno scienziato curioso*, trad. it. Milano, 2007, 13 ss., propone la leggiadra definizione delle "scienze da cargo cult" che "seguono i precetti e le forme apparenti dell'indagine scientifica ma alle quali, però, manca un elemento essenziale *l'integrità scientifica, un principio del pensiero scientifico che corrisponde essenzialmente ad una totale onestà, ad una disponibilità totale*" (corsivi miei).

¹⁴⁹ R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 23, sottolinea, quasi *en passant*, "the importance of serendipity in

possibile *sapere* che l'acqua bolle a cento gradi in certe condizioni di pressione, conoscenza che è concordabile anche perché è fenomeno ripetibile, mentre è più complesso sapere perché lo fa ed è impossibile giurare che lo farà per sempre, così si può procedere a tentare di *sapere* cosa sia un oggetto giuridico, come sia strutturalmente composto, a quali ripetuti comportamenti umani si riferisce, cosa di esso sia invariabilmente sussistente, e su ciò provare a concordare indipendentemente dalle sue implicazioni. E così come la conoscenza dell'ebollizione porta all'invenzione di un motore o del bollito di carne o di una grappa o di un'arma letale, ma non la suppone, non ne ha bisogno per essere definita concordemente "vera", così quella di qualsiasi oggetto teorico del diritto può aspirare alla medesima condizione senza essere implicata dalle conseguenze e dagli usi che essa apre, i quali tuttavia senza una sua accurata definizione in termini di conoscenza giustificata non potranno essere aperti con successo, né valutati adeguatamente in termini assiologici.

Questo passaggio rischia di essere rilevante; anche la conoscenza degli oggetti giuridici, come quella dell'ebollizione, è ovviamente ampia al punto da consentire una pluralità (ma non un'infinità¹⁵⁰) di utilizzazioni tutte compatibili con la loro struttura essenziale, che si costituiscono mediante decisioni normative, giurisprudenziali, operative, argomentate e giustificate; e, proprio come con la conoscenza dell'ebollizione, è possibile usare anche quella degli oggetti giuridici per utilizzazioni variegata ed eticamente discutibili, che possono far sorgere la tentazione di sfuggirvi mediante il ricorso a meccanismi decisionali moralmente neutri.

Insomma è principalmente qui, nel momento dell'utilizzo e non in quello della *conoscenza*, che gli oggetti giuridici vengono esposti ai problemi etici e alla rilevanza dei valori (oltre che a quelli linguistici, discorsivi, deontici e anankastici), così come è qui, nel momento della

science (one starts off looking for an answer to a certain problem but accidently finds an answer to another problem)" anche negli studi giuridici come ogni altra ricerca scientifica.

¹⁵⁰ L'assunto va segnalato, poiché la finitezza delle possibili utilizzazioni rafforza l'idea che vi sia un perimetro *a priori*; devo l'osservazione a G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 846: "vale la pena di notare che nella pratica la tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza sono infiniti si rivela falsa: sono molto frequenti i casi in cui gli enunciati interpretativi sono due, sono presenti casi in cui sono tre, molto rari i casi in cui sono quattro, non ricordo nessun caso in cui sono cinque".

decisione di utilizzare in un qualche modo quella conoscenza, che si apre la possibilità dei positivismi¹⁵¹, anche dei più estremi¹⁵². Ed infine è sempre qui, nell'atto di usare la conoscenza giuridica, che, come vedremo, può sorgere con maggiore acutezza il complesso fenomeno dell'interpretazione, la quale può assumere anche, ma solo in questa fase, quel ruolo determinante per il diritto che alcune teorie le assegnano, sino ad attribuirle la capacità di definirlo come integrità, capace cioè di comprendere, nella trama degli atti interpretativi, anche la moralità politica della comunità in un determinato momento storico¹⁵³.

Dal che potrebbe sorgere la tentazione di affermare che, perciò, proprio come in ogni altro fenomeno di conoscenza, anche in quello degli oggetti giuridici non hanno rilievo né le spinte morali, né quelle delle variegate tecniche di costituzione, percezione, applicazione delle norme positive, non perché tutto ciò non abbia a che fare con il diritto¹⁵⁴, ma più banalmente perché si è in una fase di conoscenza, appunto, che ha i suoi propri problemi ma non quelli che rilevano in fasi successive.

¹⁵¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 34 ss., analizza e prova a classificare le diverse impostazioni del "formalismo".

¹⁵² Mi pare si possa trarre la medesima conclusione dall'osservazione di P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1941, 55: "quando il giurista partendo dalla conoscenza del diritto vigente è tratto a prevedere e a suggerire l'*ius condendum*, fa opera non di puro scienziato, ma, anche senza volerlo, opera di politico, in quanto i suoi suggerimenti, sebbene appoggiati su premesse scientifiche [...] agiscono come forze che dirigono la condotta degli uomini e contribuiscono a preparare le leggi dell'avvenire". Anche N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici* cit., XII s., pur lontano da questa idea, sostiene, a proposito dei concetti giuridici, di dover "immergerli, scevri di condizionamenti e vincoli, nel flusso del volere umano", e da ciò deriva quella percezione di una "intrinseca temporalità", in uno "stare, del legislatore e del giurista, in assoluta e infinita contingenza".

¹⁵³ Il riferimento, naturalmente, è a R. M. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. Milano, 1989, 52 ss..

¹⁵⁴ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 121 s.: "nessun giurista sarà tanto angusto da ritenere che di fronte al diritto non via sia altro atteggiamento da tenere che quello della neutralità che conviene allo scienziato"

5. Costanza dell'oggetto: oggetti giuridici e dinamica storica

Insomma, è probabilmente vero che “la procedura del discorso è una procedura di argomentazione e non una procedura di decisione”¹⁵⁵, ma ciò non esclude la loro convivenza, la prima rivolta alla definizione della conoscenza degli oggetti teorici del diritto, l'altra ad usarli.

Ciò comporta, se accettato, una conseguente asserzione. Non tutto il materiale giuridico merita lo statuto di oggetto teorico, ed anzi è rischioso supporre che lo abbia¹⁵⁶; Jhering (tra gli scopritori della dogmatica giuridica) ebbe la sua crisi quando rilevò che una sua opinione (che egli supponeva) teorica in ordine alla compravendita comportava conseguenze aberranti applicata alla vita di relazione¹⁵⁷, e ciò gli indusse un profondo sospetto per ogni teoria “pura” (oltre che farlo volgere verso gli interessi, gli scopi pratici come fondamenti giuridici¹⁵⁸).

E' una opinione che possiamo usare per il suo valore paradigmatico, poiché *summum jus summa injuria* è effettivamente un pericolo che si accompagna, da sempre, a concezioni troppo autosufficienti del Diritto; e tuttavia qualche acqua è passata da allora sotto i ponti, anche quelli del Diritto, del quale, anche del quale, conosciamo sempre di più¹⁵⁹.

¹⁵⁵ R. ALEXYS, *Giustizia come correttezza*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, 107.

¹⁵⁶ Non diversamente, d'altronde, si può dire di ogni oggetto sociale, essendocene molti che vengono effettivamente costituiti mediante stipulazioni convenzionali che usano anche più di un elemento primitivo, ma anche molte regole costitutive, arricchendosi, a dire così, sino a divenire qualche cosa di molto lontano dallo essenza originaria: B. SMITH, W. ZELANIEC, *Laws of Essences* cit., 101, commentando gli argomenti di Searle, usano l'esempio del football team manager, del quale è facile convenire che sarebbe assurdo pretendere di trovare una “eterna essenza”. Ma al contempo fanno notare che persino questo oggetto così storicamente e socialmente determinato ha bisogno di un “basic institutional concept”.

¹⁵⁷ Si trattava della distruzione prima della *traditio* di una cosa venduta più volte, che avrebbe comportato, secondo la prima opinione di Jhering, l'obbligo al pagamento di tutte le transazioni, cosa evidentemente inaccettabile: cfr. F. PROCCHI, *Rudolf Von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, 1 ss..

¹⁵⁸ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. it. Torino, 1972, I., 8 ss.

¹⁵⁹ Dubito che “la scienza giuridica non è cumulativa”, come afferma G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 864.

Oggi per esempio distinguiamo più accuratamente dalla teoria giuridica la dogmatica¹⁶⁰, e possiamo usare questa migliore conoscenza come una preziosa raffinazione epistemica che permette di collocare fuori dalla teoria (o a valle di essa) tutta la conoscenza, l'interpretazione e la discussione dell'ordinamento giuridico positivo¹⁶¹; ed, oggi, con questo approccio, il problema che assillò Jhering probabilmente non sarebbe vissuto come argomento teorico, ma, appunto, come un più semplice errore (o quantomeno discutibile) dogmatico, specie se viene confrontato con un oggetto teorico che, invece, quelle aberrazioni può concorrere a scongiurare¹⁶².

Se gli oggetti teorici esistessero e fossero conoscibili con il metodo indicato, peraltro, potrebbero probabilmente fornire un argomento che potrebbe rendere meglio la spiegazione di ciò che accade quando osserviamo quel fenomeno che vorrei definire *il funzionamento precario del diritto positivo*, ovvero quelle circostanze storiche nelle quali alcune norme vengono prodotte e producono effetti per un certo

¹⁶⁰ L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto* cit., 110 s.; ID., *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 18, dogmatica è termine che “non include i termini e le tesi teoriche: come sinonimo, insomma, dell’espressione «discipline giuridiche positive» o «particolari»”; per T. RAVÀ, *Introduzione al dritto della civiltà europea*, Padova, 1982, 155 s., la dogmatica è “attività interpretativa sistematica, diretta a collocare ed armonizzare ogni statuizione in un edificio complessivo, oggetto di continuo approfondimento e completamento”.

¹⁶¹ V. GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma 1959, 417, distingue per esempio la “teoretica” dalla “dogmatica” degli istituti giuridici, che serve per dare “forma logica ai concetti costituiti dalle stesse norme giuridiche”; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo* cit., 138, ragionando sullo spunto di E. SCHMITD- ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlino – Heidelberg – New York, 2004, osserva che “ragionare dogmaticamente, ossia utilizzare il sistema per i casi concreti, significa utilizzare il sistema, ma allo stesso tempo creare il sistema”.

¹⁶² B. LEONI, *Il concetto di stato nella teoria kelseniana*, in M. STOPPINO (a cura di), *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, 1997, 27, denuncia “uno dei motivi di fondo della sostanziale sterilità di parte della contemporanea filosofia a del diritto del nostro paese: assumendo acriticamente – con il Kelsen – concetti e problemi della dogmatica nella sfera della «teoria generale» del diritto, si è finito per trasformare troppo spesso i problemi della metodologia della dogmatica in falsi problemi di «teoria generale», senza che il preliminare problema del rapporto fra teoria generale e dogmatica venisse realmente affrontato”. Lo stesso Jhering, d'altronde, aveva sostenuto che “l'esattezza è il criterio di valutazione del pratico, cioè dell'agire, la verità è il criterio di valutazione del teoretico, cioè del conoscere” (R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* cit., 309), osservazione pienamente valida se depurata dalle esagerazioni linguistiche proprie dell'epoca.

periodo¹⁶³, per poi essere sconfessate ed anzi, talvolta, aborrite¹⁶⁴. Prescindendo dalle normali evoluzioni che, con quelle sociali e tecnologiche, investono fisiologicamente anche il Diritto nelle utilizzazioni degli oggetti teorici, e dunque concentrandoci sulle circostanze più estreme, secondo la nota formula di Radbruch, ciò accadrebbe allorché la norma vigente supera la soglia della giustizia, creando un “conflitto fra giustizia apparente e giustizia reale”¹⁶⁵; poiché, così, la formula è troppo vaga, soggettiva, meta-giuridica, lo stesso Radbruch provò a precisarla, rinvenendo la causa del fenomeno “quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell’uguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non è soltanto «diritto ingiusto», piuttosto non è affatto diritto”¹⁶⁶.

Se si prova ad astrarre questa formula, traendone una sorta di estratto depurato dalle implicazioni morali e dalla opinione dell’osservatore¹⁶⁷, si potrebbe supporre che, prima ancora di subire i problemi che la norma positiva abbia con la giustizia, una “verità difficile” che, come si è supposto, pone i suoi temi in un momento successivo alla conoscenza degli oggetti giuridici, si può ipotizzare che, senza porsi minimamente il tema della sua validità, la norma precariamente vigente può scontrarsi con l’oggetto giuridico di cui tratta, ovvero utilizzare soluzioni non comprese tra il pur ampio

¹⁶³ Dando perciò precariamente ragione alla nota opinione di H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989, 127: “il positivismo considera valida anche la norma giuridica contraria alla ragione, alla natura o alla morale”.

¹⁶⁴ Non mi riferisco, pertanto, solo ad ipotetici “diritti futuri”, argomento usato per paradosso da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., 6, per assumere che “se fosse stabilito come universale un diritto assolutamente futile, come per esempio il diritto ad essere salutati per strada dai propri conoscenti o il diritto di fumare, esso sarebbe un diritto fondamentale”. In un ambito non giuridico, descrive bene l’argomento M. Ferraris, *Spettri di Nietzsche*, Parma, 2014, 196: “ci si rivelano elementi della società (per esempio, la schiavitù, lo sfruttamento, la subordinazione femminile e poi, con crescente sensibilità, il mobbing o il politicamente scorretto) che, di colpo, risultano insopportabili, e che dunque prima rimanevano seppelliti, cioè assunti come ovvi, in un impensato politico o sociologico”.

¹⁶⁵ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* cit., 157.

¹⁶⁶ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* cit., 158.

¹⁶⁷ L. Ferrajoli, *Principia Iuris* cit., I, 38, se prende atto che “l’orizzonte del giurista non è quello del semplice spettatore”, invita tuttavia a non ignorare “insieme al ruolo civile e politico della scienza giuridica, la sua stessa portata empirica, e la sua capacità esplicativa”.

perimetro della sua fenomenologia essenziale, come ri-conosciuta in sede teorica, dando vita non solamente ad un errore anankastico¹⁶⁸, ma ad un artificio che, semplicemente, non funziona a lungo¹⁶⁹, come accade per qualsivoglia applicazione di una qualsiasi conoscenza teorica che non regge sino alla fine alle prove sperimentali, e dopo anche notevoli, ma inutili sforzi per riuscire a farla funzionare viene perciò, semplicemente, accantonata¹⁷⁰.

Qui trova una buona collocazione una riflessione in ordine alla consapevolezza della necessità di considerare la *dinamica storica* anche nel Diritto, che ovviamente non può rimanere indifferente ai mutamenti sociali, istituzionali, linguistici, tecnologici, nei costumi e persino – forse – biologici e antropologici. Gli argomenti che stiamo trattando non possono comportarsi come la hegeliana nottola di

¹⁶⁸ Traendolo dal mito di Ananke (la dea olimpica antesignana della *Necessitas* del Pantheon latino) già usato da Platone nella *Repubblica* (616b- 617d) e nel *Timeo* (33b-37a), il termine fu coniato da G. H. VON WRIGHT, *Norm and action*, London, 1963: “A statement to the effect that something is (or is not) a necessary condition of something else I shall call an anankastic statement. A (type of) sentence the normal use of which is for making an anankastic statement, I shall call an anankastic sentence. A sentence which is used for making an anankastic statement can also be said to express an anankastic proposition” (*ibidem*, 10); cfr. G. A. CONTE, *Un saggio filosofico sopra la logica deontica*, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto*, 1965, 564 ss.. Vale riportare qui l’opinione di M. FERRARIS, *Spettri di Nietzsche* cit., 196, in ordine ai miti “che (esattamente come le barzellette) non hanno inventori, e sono residui di senso in cui ci imbattiamo proprio come alla Mecca ci si imbatte in un meteorite”; risuona qui l’osservazione di G. VICO, *Principj di una scienza nuova dintorno alla natura delle nazioni*, in *ID.*, *Opere*, a cura di A. Battistini, Milano, 1990, 512: “idee uniformi nate appo intieri popoli tra esso loro non conosciuti debbon avere un motivo comune di vero”, e “le prime favole dovettero contenere verità civili, e perciò essere state le storie de’ primi popoli”.

¹⁶⁹ Sarebbe un caso di *performativo infelice* secondo la “dottrina delle infelicità” proposta da J. L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, trad. it. Genova, 1987, 16 ss.. F. DE VECCHI, *Strutture a priori e leggi essenziali dell’ontologia*, in *ID.*, *Eidetica del diritto* cit., 125, assume che “non possiamo inventare entità sociali e giuridiche ‘a piacere’. Vi sono infatti leggi fondanti la realtà sociale e giuridica che impongono limiti e condizioni inaggirabili al nostro agire: si tratta di *leggi a priori*, ovvero di leggi che non sono state create da noi, in base alla nostra libera volontà, ma che esistono indipendentemente dalla nostra volontà”.

¹⁷⁰ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, 256: “il contratto significa comunque un regola, perché così l’ha sempre inteso il linguaggio ordinario. Alla stessa stregua, «proprietà» è appartenenza, «obbligazione» è debito, «impresa» è organizzazione economica, perché questi sono i nuclei semantici radicati nella lingua. Quel nucleo è insensibile all’arbitrio legislativo. Non c’è dubbio che il legislatore può fare quel che gli pare, *ma ci sono cose che non può fare*” (corsivo mio). A. REINACH, *I fondamenti* cit., 168 ss., ricorre allo strumento delle “connessioni essenziali”, distinguendone diversi tipi anche in termini giuridici, alcune delle quali sono “impossibili” “(per esempio un’appartenenza da una promessa)”.

Minerva, che vola solo sul far della sera, e dunque funzionare per questioni ormai sistemate, né vogliono porsi in termini conservatori, fornendo appigli alle inerzie che ogni movimento storico incontra.

La dinamica storica può naturalmente investire anche gli oggetti teorici del Diritto, ma la discussione al riguardo dovrebbe usare argomenti propri, non quelli che, invece, si riservano alle modifiche delle utilizzazioni degli oggetti medesimi¹⁷¹.

Per spiegarmi, vorrei proporre un esempio impegnativo.

In tutto il mondo occidentale è acuto il dibattito sulla possibilità di matrimonio tra omosessuali¹⁷²; lungi dal prendere posizione al riguardo, vorrei far notare che, però, ciò che è in discussione non è l'oggetto teorico che chiamiamo matrimonio. Anzi, al contrario, l'invocazione omosessuale è proprio quella di poter *usare* il matrimonio, in quanto *oggetto dato*, anche per quelle relazioni affettive, ed è proprio su ciò che si appuntano le opposizioni di chi non è d'accordo.

Come per la capacità d'agire, anche qui si potrebbe cadere nella trappola di supporre che estendendolo agli omosessuali il matrimonio cambierebbe essenza. Ma esattamente come per la capacità d'agire, ciò è probabilmente vero sotto diversi aspetti, ma non in senso giuridico, almeno in termini teorici. Nulla cambia in termini giuridici per una coppia eterosessuale di nubendi quando il matrimonio venga consentito anche agli omosessuali, proprio perché non è in discussione quell'oggetto teorico, ma il suo utilizzo positivo in relazione ad una serie molto complessa di mutamenti sociali che lo rendono discutibile e, in alcuni paesi, già possibile tra persone del medesimo sesso.

Se si prende ad esempio la soluzione spagnola al riguardo, sia detto per inciso, anche lì la riforma recata dalla ley n. 13/2005 (proprio come nel caso italiano dell'abbassamento della maggiore età) ha

¹⁷¹ I concetti di statica e dinamica sono trattati oggi in termini più integrati di come li aveva descritti H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit., 95 s.. Si veda ad esempio la riflessione di G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti* cit., 24.

¹⁷² A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Napoli 2011, 2719 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss.; si segnala anche il recente convegno del "Gruppo di Pisa" *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, in www.gruppodipisa.it

dovuto fare davvero pochi sforzi normativi per estendere il matrimonio anche agli omosessuali, limitandosi ad aggiungere un secondo comma all'articolo 44 del codice civile, mantenendo intatto il primo¹⁷³, e completando l'intervento con una serie di aggiustamenti linguistici conseguenti (sostituire i termini “marito e moglie” con “coniuge”, e “padre e madre” con “genitori”).

Come per il numero della maggiore età, anche il sesso dei nubendi non è una questione che afferisce alla sistemazione teorica del matrimonio, non investe l'oggetto giuridico che chiamiamo matrimonio sul piano teorico, ma anzi usa quella sistemazione per l'evoluzione applicativa che l'età che viviamo sembra richiedere o quantomeno accetta di discutere. Non ha a che fare con l'ebollizione, ma con il caffè, non con la conoscenza ma con le decisioni circa la sua utilizzazione.

Ciò non toglie che il risultato dopo la riforma è che l'ordinamento spagnolo riguardo al matrimonio è notevolmente diverso da com'era, e dunque la modifica è significativa in termini dogmatici (oltre che sociali, politici, antropologici, religiosi ecc.) Da allora in poi il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Spagna ha un suo regime di validità, quando prima era un atto nullo; avvocati, giudici, notai, funzionari dell'anagrafe e dello stato civile ne prenderanno atto e vi adatteranno le proprie professioni, e tanti omosessuali si potranno sposare, e vi saranno conseguenze in tema pensionistico, ereditario, di regime della famiglia, e su altro ancora. Ma tutto ciò senza che un grammo dell'oggetto teorico matrimonio, in sé, si sia dovuto alterare in termini teorici.

Naturalmente perché quest'assetto funzioni ha bisogno di una buona conoscenza – e dunque di una credenza condivisa, in qualche modo *fissata* – in ordine al matrimonio come oggetto giuridico, e trovare il suo profilo di vero attendibile, o se si preferisce *scientifico*, profilandone dunque anche i contorni.

Non è irrilevante, sul piano teorico, se esso sia connesso o meno con la filiazione, se cioè la struttura teorica del matrimonio comprenda anche questa fra i caratteri essenziali; cosa peraltro discutibile, visto

¹⁷³ L'art. 44 del codice civile spagnolo, per effetto della riforma, oggi recita così: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”

che è possibile e frequente la filiazione a prescindere dal matrimonio e, al reciproco, è esperienza diffusissima il matrimonio senza figli. Sul piano dell'osservazione empirica, cioè, è possibile tenere distinti i due oggetti, ed il connetterli – stabilendo per esempio che la sola filiazione *legittima* sia quella avvenuta in costanza di matrimonio, o sottoponendo a qualche divieto o sanzione la coppia sterile – sarebbe una *decisione*, dunque estranea alla conoscenza teorica dei due oggetti in questione.

Sicché sarebbe nuovamente erroneo ritenere che la questione della filiazione incida come fenomeno di conoscenza sulla discussione circa il matrimonio tra omosessuali; è argomento rilevante, non può negarsi, ma appartiene all'area della decisione, non della conoscenza giuridica dei due oggetti, matrimonio e filiazione.

Osserviamo ora la seguente affermazione: “esistevano diritti fondamentali, per esempio, anche nell'antica Roma o nell'antica Grecia, ove i diritti civili e i diritti politici erano riservati, da norme pur sempre generali, gli uni a classi privilegiate di cittadini *optimo jure* e gli altri ai soli soggetti dotati, oltre che dello *status aetatis*, anche allo *status libertatis*”¹⁷⁴.

Ne desumiamo che l'oggetto teorico “diritto fondamentale”, qualunque conoscenza se ne avesse nell'antica Roma o nell'antica Grecia, era cioè usato, più o meno consapevolmente, per essere applicato ad alcuno e non ad altri, in termini molto diversi da come è stabilito oggi, ad esempio, in ambiente costituzionale italiano; l'affermazione è tuttavia possibile solo accettando che la classe di soggetti cui un diritto fondamentale si applica non è parte della sua struttura teorica, ma della sua dimensione storica, precaria. E che dunque struttura teorica e dimensione normativa storica siano fenomeni distinti, pur connessi.

Eppure l'argomento è straordinariamente simile a quello usato per fondare l'attendibilità di alcune conoscenze più dure, come quella che oggi ci fa affermare, con una certa dose di confidenza, che il sale sia cloruro di sodio, e che lo fosse anche nell'antica Roma o nell'antica Grecia, nonostante che a quell'epoca non lo si sapesse (pur se il sale era elemento fondamentale, molto più di oggi, dell'economia e della vita). Il fatto che non si avesse accesso a questa informazione, la quale è indubbiamente dipendente dall'ampliamento delle conoscenze

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto* cit., 136.

dovute, oltre all'accumulo, – anche – ad un'evoluzione dei metodi con cui ormai si acquisiscono, non significa che a quell'epoca il sale fosse solfato di potassio¹⁷⁵.

Allo stesso modo, verrebbe da dire, l'esempio dimostra che in antica Grecia esistesse un "qualcosa" che oggi, alla luce delle evoluzioni delle conoscenze giuridiche, chiamiamo "diritto fondamentale", e che questa esistenza prescinde dal modo con il quale lo si conoscesse presso i veterogreci o i veteroromani, dunque fosse allora come ancora oggi è, effettivamente, un oggetto non dipendente, o non troppo, dal discorso su di esso¹⁷⁶. Conoscerlo sempre meglio e proporre i modi d'uso è dunque un impegno doveroso del giurista, ma la sua esistenza non sembra dipendere da questa conoscenza e dalla discussione circa il suo utilizzo.

Insomma, tanto l'argomento sembra vero che, come visto, la spiegazione funziona in ogni verso storico, sia andando avanti nel tempo (il matrimonio gay), sia andando a ritroso (i diritti fondamentali in Grecia antica). Si comincia ad intravedere, insomma, qualcosa che, resistendo al tempo, fornisce di una consistenza alcuni "immutabili"¹⁷⁷, che forse sarebbe più appropriato definire, in linea con alcune terminologie biologiche, *costanza dell'oggetto*, non dovuta solo alla ripetizione oggettiva (che non è poco), ma per di più alla invariabilità con cui tutti noi percepiamo i tratti essenziali dell'oggetto medesimo¹⁷⁸.

¹⁷⁵ D. MARCONI, *Per la verità* cit., 82 e *passim*.

¹⁷⁶ Secondo M. FERRARIS, *Documentalità* cit. 62 ss., la confusione tra l'ontologia (ciò che c'è) e l'epistemologia (ciò che sappiamo) è una "fallacia trascendentale".

¹⁷⁷ Ma non proprio nei termini in cui, ad esempio, li propone E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1979, *passim*; il quale sostiene che essi non pretendono l'inibizione di ogni divenire, ma prende anche atto che "alla radice di tutti gli immutabili sta quell'immutabile che è l'epistème, ossia, il luogo, lo spazio non oscillante in cui possono essere innalzati con verità tutti gli immutabili (e al quale si riconnette direttamente la concezione assolutistica delle scienze logico-matematiche e delle stesse scienze empiriche)".

¹⁷⁸ S. ZEKI, *Splendori e miserie del cervello* cit., 67, usa l'espressione *costanza dell'oggetto* per descrivere la "proprietà fondamentale dei sistemi percettivi" cerebrali senza la quale "il riconoscimento di un oggetto, di una superficie o di una situazione dipenderebbe da una serie di condizioni estremamente specifiche, e renderebbe il cervello ostaggio di ogni cambiamento di queste condizioni, e dunque un compito che rasenta l'impossibile". Molto tempo prima, G. VICO, *Principi di una scienza nuova* cit., 541 s. aveva già intuito che "in tal densa notte di tenebre ond'è coverta la prima da noi lontanissima antichità, apparisce questo lume eterno, che non tramonta, di questa verità, la quale non si può a patto alcuno chiamar in dubbio; che questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perchè se ne debbono, *ritruovare i principi dentro le modificazioni della*

Ciò non toglie, si ripete, che poi il ri-conoscimento concordato delle strutture essenziali che costituiscono gli oggetti giuridici possa essere trattato, discusso, adattato per l'utilizzo aggiornato, e dunque collocato in relazione al tempo dell'uso¹⁷⁹.

Bisogna allora affrontare l'obiezione, molto diffusa e discussa, per la quale ogni definizione che vuol appartenere all'area della conoscenza, non solo quella di un oggetto giuridico, anche in sede teorica dipende da "stili di ragionamento"¹⁸⁰, come potrebbe dirsi affermando, nell'esempio del sale, che la conoscenza del "fatto" che esso sia cloruro di sodio dipenda dall'altro "fatto" che esiste la chimica, e che quando questa non esisteva – almeno così come ne disponiamo oggi – non lo si sapesse, e dunque non potesse dirsi vero¹⁸¹.

A questo dilemma alcuni obiettano facendo notare che ciò che non era vero era semplicemente il "fatto" che si sapesse, a causa del "fatto" che la chimica non era ancora sviluppata, non il diverso "fatto" che il sale fosse cloruro di sodio allora come lo è ora.

Il dilemma può sorgere, a maggior ragione, in ambito giuridico, dove la rappresentazione ed il linguaggio hanno ruolo enorme nella definizione delle conoscenze teoriche.

Per esempio, è stato affermato che "per pensare l'oggetto giuridico «diritto fondamentale» occorre almeno concepire l'individuo o la persona. E non tutte le filosofie, e di conseguenza le filosofie politiche, riconoscono l'individuo come ontologicamente, metodologicamente e assiologicamente fondante. □...□ Non a caso

nostra medesima mente umana" (corsivi miei). In ambito giuridico (e più in generale delle scienze umane), l'argomento è ampiamente presente: si veda, solo ad esempio, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 86 s., allorché argomenta sulla perplessità di "cadere in un regresso all'infinito (che non consentirebbe mai di comunicare, ciò che invece è incontestabile che tutti facciamo)"; e G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 847: "la comunicazione sarebbe impossibile se dovessimo sempre, di fronte a qualcosa che ci viene detto o che stiamo leggendo, fermarci e riesporre con parole nostre gli enunciati di partenza".

¹⁷⁹ Si tratta del meccanismo che per H. G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., 552 ss, rende la comprensione come evento, caratterizzato perciò dall'immediatezza e dall'evidenza attuale del senso compreso.

¹⁸⁰ I. HACKING, *Historical Ontology*, Cambridge (Mass.), 2002, 188 s..

¹⁸¹ M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo* cit., 109, riporta il paradosso in cui è incorso (poi tuttavia rivedendolo) B. LATOUR, *Ramses II est-il mort de la tuberculose?*, in *La Recherche*, 1988, 307, sostenendo che non fosse possibile che Ramses II sia morto di tubercolosi poiché i bacilli di quella malattia sono stati scoperti solo nel 1882....

proviene dall'ambito comunitarista la richiesta di considerare fondamentali i diritti collettivi delle minoranze o delle «forme di vita» siano esse identificate con il popolo, la nazione o il gruppo etnico-culturale”¹⁸².

Ora, si spera di non sbagliare se si fa notare che così, ancora una volta, non sembra che si stia discutendo di cosa sia un oggetto teorico del diritto (nel caso l'oggetto “diritto fondamentale”), né la sua conoscenza, ma il suo utilizzo nel senso della sua applicazione a soggetti (o presunti tali) diversi (individui, cittadini o non, gruppi, forme di vita); ancora una volta questa discussione utilizza argomenti che non sono necessariamente giuridici, e sin qui nulla di strano, ma soprattutto suppone per dato in termini giuridici l'oggetto “diritto fondamentale”, così da poterne invocare, con giustificazioni svariate, l'applicazione a questo oltre che a quello¹⁸³. Insomma, ancora una volta sembra una discussione sul caffè, non sull'ebollizione, e gli schemi concettuali invocati lavorano su una possibile *decisione* applicativa, dogmatica, positiva di una *conoscenza* teorica, non sulla condizione veritiera di questa conoscenza, né tanto meno sulla esistenza vera di ciò di cui si parla.

Tanto è vero che, poiché *more is different*, in una Repubblica delle banane potrebbe stabilirsi che i diritti fondamentali si applicano ai soli generali dei Carabinieri o ai professori universitari¹⁸⁴; la contestazione di una tale decisione – normativa, prescrittiva, positiva, giuridicamente efficace, ancorché *futile* e, probabilmente, precaria – userebbe argomenti sulla sua inappropriatezza a vario titolo, tra i quali, presumibilmente, ci sarebbe anche quello della serietà dell'oggetto teorico “diritto fondamentale” in confronto alla insensatezza, alla futilità della soluzione applicativa. Purché dell'oggetto teorico e della sua serietà sia abbia buona conoscenza.

¹⁸² E. VITALE, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima Repubblica?* cit., 113.

¹⁸³ Non diversamente L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto* cit., 127 s..

¹⁸⁴ Paradossi usati rispettivamente da D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei “diritti fondamentali”*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali* cit., 51, e R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, *ibidem*, 46.

6. Oggetti giuridici ed interpretazione

Ed è così che possiamo esaminare un ulteriore effetto degli oggetti teorici del Diritto, che riguarda la loro utilità nel momento applicativo.

Partiamo dall'osservazione che, lo si è visto, gli oggetti teorici del diritto sono di origine archetipa, e consistono di generi, *types* di un primo tipo, fissati in termini tali da essere percepiti da ciascuno e da poterne concordare in via inter-soggettiva, ma il loro utilizzo genera più o meno consciamente altri *types* che potremmo definire *positivi*, ed inoltre oggetti *ectipi*, *tokens* che a quelli si rifanno: esiste il matrimonio, lo possiamo descrivere e ne possiamo parlare, poi c'è l'istituto giuridico del matrimonio come regolato dal codice civile e dalle altre norme positive e vigenti, oggi e qui (o anche, se si vuole, dalla disciplina vigente in un qualsiasi momento preso in esame), ed anche di questo possiamo acquisire conoscenza e discutere, e infine c'è il *mio* matrimonio, così come c'è la cittadinanza, la sua disciplina positiva in un determinato tempo storico e poi il mio *status* di cittadino italiano, e così via.

L'ipotesi che qui si propone è che il *type* che abbiamo definito di primo tipo sia un oggetto, ovvero esista e si dia mediante quei caratteri archetipi fissati irrimediabilmente, inemendabilmente, o per dirla con Zeki, necessariamente nella nostra mente, e dunque non sia solo conoscibile ma anche ri-conoscibile, mentre il secondo *type* che abbiamo definito positivo, irrinunciabile anch'esso, è invece limitato dal primo solo in parte, e per il resto è disponibile, ed è attraverso di esso che si può generare il *token*.

Ed in questi passaggi dagli uni agli altri hanno grande ruolo la norma positiva e la prassi, anche giurisprudenziale, che intervengono irrinunciabilmente, a dir così, nella traduzione operativa dell'oggetto teorico in situazione pratica¹⁸⁵. Ma è proprio nell'ultimo passaggio che si annida ed aumenta la complicazione fornita dalla questione dell'interpretazione.

Sono secoli che si discute sul ruolo dell'interpretazione in Diritto, e sulla sua relazione con la comprensione e l'applicazione delle norme; lungi dunque dal presumere di aggiungere alcunché ad un materiale che è stato esaminato, probabilmente, per intero, vorrei solo far notare

¹⁸⁵ L'assunto, per quanto utilizzi il lessico di C. S. PEIRCE, *Collected papers cit.*, 4.537, non corrisponde esattamente alla definizione che egli propone.

che, se funzionante, l'approccio che spinge a concordare sulla struttura degli oggetti teorici può fornire un ulteriore perimetro – il cui confine è tuttavia giuridico¹⁸⁶ – in ogni momento in cui c'è difficoltà a far coincidere norma e comportamento, specie dove ci sia la sensazione di un “abisso” interpretativo tra regola e attuazione¹⁸⁷.

Senza dunque entrare nel dibattito su cosa sia l'interpretazione, quale ne sia il ruolo, che relazione abbia con l'applicazione delle norme, qualora riuscisse lo sforzo di concordare in termini ragionevolmente ampli su qualsiasi oggetto teorico¹⁸⁸ ciò guarnirebbe ogni suo utilizzo, specie negli *hard cases* (le circostanze di *frangia del segno* di Luzzati¹⁸⁹), di argomenti e strumenti giuridici utili alla sua applicazione, anteposti a tutte sia le metodologie basate sulla previetà della norma, “letteraliste” o “intenzionaliste” che siano¹⁹⁰, ma anche rispetto ad argomenti morali o altrimenti extragiuridici¹⁹¹, ed agli usi opportunistici delle fisiologiche imprecisioni del linguaggio

¹⁸⁶ Parla di “limitazioni legali” del ragionamento giuridico in un senso che, mi sembra, assomigli – anche se non è identico - a quello qui usato S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 97 ss..

¹⁸⁷ V. A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 1992, 193. L'ipotesi, sia pure riferita alla dogmatica, è stata avanzata anche da F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2013, spec. 163 ss.

¹⁸⁸ Vorrei rammentare che E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, 245, assumeva che “l'interprete deve riflettere su di un'alterità, su di una *oggettività da noi indipendente*, nell'intento di *riconoscere* il senso che vi è oggettivamente insito”, e che “deve far intendere l'oggetto secondo la legge di autonomia e coerenza *che si vede in esso operare*, e a questa legge deve adeguarsi, senza sovrapporgliene un'altra diversa con violazione della sua autonomia” (*ibidem*, 763, corsivi miei).

¹⁸⁹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 4.

¹⁹⁰ Rimando alla rassegna di questi approcci dell'interpretazione ancora a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 92 ss..

¹⁹¹ S. POZZOLO, *Congetture sulla giurisprudenza come fonte*, in L. TRIOLO (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, 2001, 141, parla di “background giuridico”, cioè “un livello di convenzione minima (che nulla esclude possa essere anche complesso)”; l'ipotesi mi sembra compatibile con il concetto di “norma estesa” elaborato da C. LUZZATI, *L'interprete ed il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 55 ss.; se infatti “il problema della certezza non è mai completamente riducibile ad una discussione, propria della statica dell'interpretazione, sui canoni esegetici che i singoli interpreti dovrebbero seguire”, e “si deve essere capaci di vedere dinamicamente l'interpretazione come un processo collettivo che si rinnova di continuo”, si arriva considerare anche la “stabilità o meno degli indirizzi giurisprudenziali”, il “grado di antinomicità fra i diversi contributi che i vari organi dell'ordinamento danno alla produzione di una medesima norma estesa” (*ibidem*, 163).

normativo, le strategie che, ai più scettici, appaiono coincidere con l'interpretazione¹⁹².

Il ri-conoscimento degli oggetti giuridici, insomma, non è in grado di inibire o ingessare l'interpretazione e le sue capacità costitutive di *type* di tipo positivo e di *token*, ma le può limitare, e forse non sarebbe poco, specie se, come si è assunto, gli oggetti giuridici, i *type* di primo tipo, siano veri, reali, e dunque esistenti anche se non li si conosca ancora appieno.

Ulteriori esempi possono chiarire meglio la questione; da qualche tempo si discute di una impostazione riguardante il risarcimento del danno in funzione "punitiva", tendente cioè a sanzionare la riprovevolezza del comportamento lesivo, anche in considerazione della gravità della colpa e delle caratteristiche del soggetto danneggiante.

Orbene, tale impostazione è stata discussa, in Italia, e sin'ora prevalentemente respinta, utilizzando le strutture della definizione teorica dell'oggetto "risarcimento del danno" le quali suppongono che in quanto tale esso non ha funzione sanzionatoria¹⁹³.

Per tutto ciò che abbiamo detto, l'eventuale obiezione che la utilizzazione dei "*punitive damages*" negli Stati Uniti dimostrerebbe, al contrario, l'immanenza dello schema concettuale nel dibattito teorico sarebbe mal posta. Infatti, analogamente agli altri esempi sinora adottati, lo "stile di ragionamento" può essere incidente sulla discussione – dogmatica, cioè riferita agli ordinamenti positivi - in ordine all'applicazione dei risarcimenti punitivi (negli Stati Uniti sì, in Europa no¹⁹⁴), ma non su quella che prova a conoscere l'oggetto teorico "risarcimento del danno", distinguendolo, se del caso,

¹⁹² R. GUASTINI, *Ross sul diritto giurisprudenziale*, in P. COMANDUCCI, E. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004, 132, per il quale non vi è alcun significato come "oggetto preconstituito, suscettibile di accertamento".

¹⁹³ Cass. sent. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.* 2007, 1460 ss. con nota di G. PONZANELLI, ha dovuto affrontare la richiesta di delibazione di una sentenza di condanna ai *punitive damages* della Corte distrettuale dell'Alabama, rigettandola.

¹⁹⁴ Cfr. ad es., Cfr. G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1130; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.* 1999, 489 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, 12 ss..

dall'oggetto teorico "sanzione" se è diverso, tanto ciò è vero che, conducendo l'analisi sul piano teorico, è possibile scorgere notevoli incertezze anche in relazione all'ambiente costituzionale statunitense¹⁹⁵. Ed è proprio la natura decisionale, il meccanismo di utilizzazione dell'oggetto teorico "risarcimento del danno"¹⁹⁶, a consentire variabilità e labilità applicative, e a lasciare aperti fronti interpretativi che, se non chiusi in senso teorico, possono condurre il decisore del caso concreto non solo ad utilizzare anche materiale extragiuridico, ma soprattutto a giungere a soluzioni troppo disparate¹⁹⁷.

I gius-amministrativisti italiani conoscono poi molto bene il caso della risarcibilità delle lesioni da violazione della discussa posizione soggettiva definita di "interesse legittimo"; la diffusa ed a lungo dominante credenza che la tutela aquiliana supponesse la lesione di un diritto soggettivo o comunque di una situazione giuridica protetta direttamente da un particolare tipo di norma giuridica preesistente, altro non era che la scelta di utilizzo dell'oggetto chiamato "danno ingiusto", cui conseguiva una certa lettura dell'art. 2043 del codice civile italiano; la esclusione dal novero di questa forma di tutela di altre situazioni giuridiche, insomma, altro non era che una *decisione* dogmatica, volta all'utilizzo di una delle forme che può assumere,

¹⁹⁵ Si vedano, infatti, i limiti posti dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sent. 20 maggio 1996, *BMW of North America inc. v. Gore*, in *Foro it.* 1996, 235 ss., con nota di G. PONZANELLI. E si vedano anche le riflessioni di M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.* 1990, 175 ss., e di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana cit.*, spec. 1134 ss..

¹⁹⁶ Cfr. G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana cit.*; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.* 2007, 1462; D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2007, 555 ss., sostiene che "non è dato prospettare una sola elaborazione teorica, una e immodificabile, della nozione di danno, ma tante elaborazioni quanti sono i contesti funzionali i cui problemi la nozione stessa è demandata a risolvere. La nozione di danno giuridico, dunque, può essere multipla, in relazione con il carattere di relatività che la contraddistingue".

¹⁹⁷ A proposito, ad esempio, di danni non patrimoniali: C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 96 s., il quale, con riguardo alle sentenze del 2003 in tema di danno morale (Corte Cost., sent. n. 233/2003; Cass., sent. nn. 8827/2003 e 8828/2003), solleva le obiezioni teoriche per le quali "l'affermazione di una [...] funzione punitivo-satisfattoria [...] della condanna risarcitoria a fronte di un danno morale appare bisognosa di un'approfondita rimediazione". Ma si vedano anche le questioni portate dalla disciplina in tema di proprietà industriale (ad es., l'art. 125 del d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30), e da quella, molto nota, recata dalla legge sulla stampa per il caso di diffamazione (art. 12, L. n. 471948).

appunto, il danno considerato ingiusto, ed infatti – sia pure in un ambiente culturale che da anni stava dibattendo l’argomento, ed in sostanza ne stava preparando il terreno anche sulla pressione degli organi europei¹⁹⁸ - una sentenza della Corte di Cassazione¹⁹⁹ ha potuto completamente mutare paradigma tutto sommato agevolmente: a disposizione normativa invariata (l’art. 2043 c.c.), le è bastato utilizzare la versione attestata dell’oggetto giuridico teorico rilevante “danno ingiusto”, rinvenendolo anche nelle attività *non jure*, per dare la stura ad una nuova era nei rapporti tra amministrazione pubblica e soggetti interessati²⁰⁰ (e ad una conseguente, apposita normativa positiva²⁰¹).

Anche in questo caso, insomma, ritroviamo la macro-meccanica già osservata per la legge spagnola sui matrimoni omosessuali e per quella italiana che ha mutato la maggiore età, ma utilizzata da un “motore” giurisprudenziale: non è necessario cambiare (o non è necessario farlo significativamente) la norma vigente per giungere ad un nuovo assetto positivo di un certo argomento giuridico, poiché è sufficiente assumere una *decisione* di diverso utilizzo dell’oggetto teorico implicato, tra quelli ri-conosciuti grazie al dibattito ed al concordamento tra chi, utilizzando metodi attendibili, aveva già disvelato i caratteri, le strutture di quell’oggetto, mettendoli a

¹⁹⁸ L’evoluzione è ottimamente sintetizzata da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 s., con la seguente sequenza: (a) danno ingiusto uguale lesione di un diritto assoluto, quale violazione dei diritti reali o della persona; (b) danno ingiusto uguale lesione di un diritto soggettivo, anche relativo, con tutte le vicende della cd. lesione aquiliana del credito; (c) danno ingiusto uguale lesione di un interesse, anche se non protetto come diritto soggettivo, che incide sia, ad esempio, sulla tutela del possesso, che soprattutto sul risarcimento per lesione di interessi legittimi.

¹⁹⁹ Mi riferisco, ovviamente, al filone giurisprudenziale aperto dalla celeberrima sent. Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500., commentata e discussa talmente tanto da non poter che menzionare alcuni degli interventi; si vedano dunque, solo ad esempio, i commenti di R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO, E. SCODITTI, in *Foro it.*, 1999, I, 3201 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 9, 843 ss.; V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1999, 1061 ss..

²⁰⁰ Secondo L. FERRAJOLI, *Intorno a «Principia iuris». Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Assiomatologia del normativo cit.*, 245, nt. 13, “la Corte di cassazione, cioè la giurisdizione di legittimità, censura il diritto vivente lasciando intatto il diritto vigente”

²⁰¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 49 ss.

disposizione di un uso dogmatico e, dunque, positivo. E proprio come negli altri casi menzionati, questa decisione comporta poi una serie importante di conseguenti modifiche “di assestamento”, come quella, che tanto ha affaticato dottrina e giurisprudenza in Italia, in tema di cd. “pregiudizialità amministrativa”²⁰².

Gli elementi variegati che compongono la struttura dell’oggetto teorico “danno ingiusto” sono stati ancora una volta trattati cioè presupposto – di conoscenza, secondo l’approccio adottato – per il suo mutamento di utilizzo.

Per usare una metafora meno fisica dell’acqua o meno chimica del cloruro di sodio, ma ben conosciuta, possiamo ricorrere a quella della tastiera di un pianoforte e del suo uso creativo ed esecutivo, che può essere determinante sia nella creazione di una melodia, come nella sua esecuzione; le quali, tuttavia, presuppongono, entrambe, la conoscenza che le consentono (“*saper suonare*”, “*conoscere la musica*”, si usa dire)²⁰³.

Concordare in sede teorica in ordine a cosa sia il “danno ingiusto”, e dunque *sapere, ri-conoscere* che esso può sussistere anche in forma di *non jure* (e non solo nelle ipotesi di comportamento *contra jus*), è un presupposto determinante per *decidere* come vada utilizzato nelle mutevoli circostanze storiche. Una buona conoscenza dell’oggetto teorico non esclude del tutto il rischio che esso venga usato male, così come una buona preparazione musicale non assicura, in se’, una buona creazione musicale o una buona esecuzione; e dunque quelle

²⁰² Su cui si possono vedere, anche qui tra molti altri interventi, A. TRAVI, *Pregiudiziale e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 18 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 3, 513 ss.; L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 385 ss.. La questione non sembra del tutto risolta dall’art. 30 del d.lgs. n. 104/10 (cd. codice del processo amministrativo), almeno a giudicare dalle recenti sentenze Cons. Stato, IV, 11 novembre 2014, n.ri 5533, 5534 e 5535.

²⁰³ Gli studi sull’accostamento tra diritto e musica sono numerosi; ben noti quelli di S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, Messina, 1940; G. IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, 467 ss.; G. RESTA, *Il giudice e il direttore d’orchestra. Variazioni sul tema: «diritto e musica»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 435 ss..

conoscenze non ci assicurano granché sul piano del Bene, del Giusto, della Verità, del Bello o del Buono, e ci costringono a continuare a dibattervi. Ma è inevitabile che una cattiva o incerta conoscenza produrrà un cattivo o incerto utilizzo, dell'oggetto giuridico come della tastiera del pianoforte.

7. Ipotesi conclusiva

Il tentativo di percorso qui intrapreso è solo d'avvio, e se sarà ritenuto meritevole potrà trovare ulteriori passi, tutti ancora da esplorare.

Se questi argomenti fossero condivisi, tuttavia potrebbero fornire un obbiettivo alla teoria del Diritto, e dunque una specifica professionale, uno standard di lavoro, di ricerca e di insegnamento. Il compito del lavoro gius-teorico potrebbe cioè essere orientato a produrre metodi di rilevazione ed osservazione attendibili di oggetti sociali di senso giuridico, raggiungere un consenso sufficiente in ordine alla loro fenomenologia strutturale, con capacità descrittive che provino a superare la polisemia e l'imprecisione dei "termini" usati, che concorrono alla sensazione di una "indeterminatezza concettuale quale non è rinvenibile in nessun'altra disciplina scientifica"²⁰⁴.

E nel far ciò potrebbe anche rinunciare, s'è visto, a porsi i pur essenziali problemi del fondamento, della teleologia, della realtà storica del suo mutamento; è un accordo senza dubbio incompleto²⁰⁵ quello che prova a riconoscere accettabilmente veri quegli oggetti, ma

²⁰⁴ L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 17, che infatti auspica, tra l'altro, la "formalizzazione del linguaggio teorico" come "unica strada che consente di superare queste aporie".

²⁰⁵ Nel senso che suggerisce C. R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law* cit., 10 s., ovvero "[to] attempt a *conceptual descent*", e "nel senso che le persone che accettano il principio [oggetto di accordo teoricamente incompleto] non devono essere d'accordo su ciò che esso comporta in casi particolari" (trad. mia. Il concetto di accordo teorico incompleto e la sua funzione è stato poi ampliato ed utilizzato per il successivo lavoro *A cosa servono le costituzioni?*, tr. it., Bologna, 2001). E' evidente che, perciò, un accordo di tipo teorico possa consentire anche accordi gradatamente più prescrittivi, tecnica che, ad esempio, analizza e suggerisce con particolare saggezza M. C. NUSSBAUM, *In defense of aristotelian essentialism*, in *Political Theory*, 1992: adottare un "vague think", cioè provare a concordare su alcune funzioni umane essenziali; ella stessa riconosce il debito con le *capabilities* di A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, tr. it., Milano, 2000.

non troppo diversamente da quanto possa essere inesatto, incerto o precario ogni altro assunto ritenuto, *pro tempore*, scientificamente vero.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**
Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)