

Antonio Incampo

Il concetto di diritto oggi. Quattro tesi sul ruolo della filosofia

1. *Prima tesi*: La questione attuale del diritto è una questione soprattutto filosofica

Qual è il concetto attuale di diritto? Poco più di cinquant'anni fa, Kelsen pubblicava la seconda edizione della sua opera più nota sul concetto di diritto. Era la *Reine Rechtslehre* (1960). Com'è mutato il diritto oggi? Che cosa resta della dottrina kelseniana? La questione non concerne solo i singoli istituti, ma il diritto stesso e il suo destino. Mi soffermerò su tre concetti giuridici fondamentali. Si tratta specificamente di altrettanti oggetti della filosofia del diritto. Sono i concetti di *ordinamento*, *validità* e *legalità*.

2. *Seconda tesi*: La filosofia ha oggi il compito di ridefinire l'*ordinamento*

L'ordinamento ha conosciuto nel Novecento una prima trasformazione importante con la crisi dell'unità tradizionale dei codici (si è parlato, non a caso, di "età della decodificazione")¹, un fenomeno paragonabile, se vogliamo, all'introduzione della dodecafonia nella storia della musica. La *Komposition mit 12 Tönen* (1923) di Schönberg è l'opera che supera l'armonia classica e decreta la perdita di unità della musica tonale. Lo stesso accade con il sistema dei codici.

A determinarne la rottura sono principalmente, da un lato, il proliferare di leggi speciali (se non anche *ad personam*) e, dall'altro, il formato di leggi "contenitore", come le leggi finanziarie, in cui confluiscono, insieme a tipologie di norme sostanzialmente diverse, linguaggi molto distanti tra loro che vanno dall'economia alla pedagogia, dalle scienze medico-sanitarie a quelle sociali, a scapito continuo dell'unità del linguaggio giuridico in senso stretto.

Il cambiamento, però, non è solo questo. Ce n'è uno ancora più profondo. Lo si vede meglio all'inizio del nuovo millennio. Questa volta non è semplicemente l'idea del codice a soccombere. Ora tocca alla nozione stessa di ordinamento, nozione che pure ha dominato la teoria del diritto del secolo appena passato. La teoria generale delle norme (la "*allgemeine Theorie der Normen*", riprendendo il titolo

1 Mi riferisco alla tesi di Natalino Irti in un'opera intitolata, appunto, *L'età della decodificazione* (Giuffrè, Milano, 1979).

e le tesi dell'opera postuma di Kelsen) ha sempre concepito le norme nel loro significato ordinamentale. La norma non è mai vista da sola, ma sempre insieme alle altre norme. Questo insieme (o sistema) è, appunto, l'ordinamento. Le espressioni più ricorrenti sono: “*Rechtsordnung*”, “*legal order*” e, nelle forme più icastiche, “*body of rules*”. L'ordinamento è come la foresta rispetto al singolo albero. Non c'è solo l'albero; c'è anche la foresta. Con una precisa “regola di chiusura”. Declinata alla luce dello *Stufenbau* kelseniano, che costruisce l'ordinamento secondo un chiaro modello a gradi, la regola è la seguente: è valido solo ciò che si trova in/ per l'ordinamento. Fuori non v'è validità. Stabilendo, infatti, ciò che è valido, si determina anche ciò che non è valido. Potremmo parafrasare la nota proposizione 2.05 di Wittgenstein nel suo *Tractatus* secondo cui: “La totalità degli stati di cose sussistenti [il mondo] determina anche quali stati di cose non sussistono”². Il senso dell'ordinamento chiuso è identico a quello del mondo inteso come la “totalità degli stati di cose sussistenti” [*Gesamtheit der bestehenden Sachverhalte*].

Che cosa, allora, è cambiato? Citerò esemplarmente tre fenomeni. Forse sono, a loro volta, tre “fenomeni di fenomeni” [*Erscheinungen der Erscheinungen*]³.

2.1. Qual è lo sfondo di questi fenomeni? Ecco alcune cifre. Operano nello stesso spazio e si confrontano con l'ordinamento statutale circa duemila organizzazioni internazionali (molte di queste non sono neppure governative), più di cento tribunali internazionali, un numero eguale di organi quasi-giurisdizionali, insieme a un vasto catalogo di regole sovranazionali che normalmente incidono sia sulle amministrazioni pubbliche, sia sui privati. I settori coinvolti sono i più diversi: vanno dalla difesa alla polizia, al terrorismo, così come dalla sanità alle politiche sociali, fino all'uso di *Internet*⁴. Già si comprende in questo quadro la carenza di norme di struttura (le hartiane “*secondary rules*”) sufficienti ad assicurare l'unità e uniformità di un qualsiasi ordinamento. In molti casi è come se ci fossero molti più condomini che proprietà, con facili sovrapposizioni di poteri o decisioni destinate inevitabilmente al conflitto o all'inefficacia delle singole determinazioni giuridiche. Il disegno che ne viene fuori somiglia di più all'opera di un'ape, nei suoi movimenti spasmodici di qua e di là, piuttosto che alla tessitura regolare di un ragno legato al filo di una sola matrice⁵. I poteri pubblici globali si mostrano per lo più fluidi nella loro essenza, non avendo un centro solido di governo alle spalle. Ciò che fa l'uno può essere fatto anche dall'altro, senza sapere effettivamente che cosa accada

2 “Die Gesamtheit der bestehenden Sachverhalte bestimmt auch welche Sachverhalte nicht bestehen” (Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 2.05, in: Id., *Werkausgabe*, I, herausgegeben von Joachim Schulte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999¹², p. 14; traduzione italiana di Amedeo G. Conte: Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 2.05, in: Id., *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914–1916*, Einaudi, Torino, 1995, p. 29).

3 Prendo in prestito il titolo di un saggio di Amedeo G. Conte: *Fenomeni di fenomeni*, in: Giuseppe Galli (ed.), *Interpretazione ed epistemologia*, Marietti, Torino 1986, pp. 167-198.

4 Cfr. Sabino Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma/Bari, 2006, p. 3.

5 L'immagine è di Marc Fumaroli in *Les abeilles et les araignées* (Gallimard, Paris, 2001). La stessa immagine è ripresa da Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma/Bari, 2006, specialmente pp. 139-170.

in caso di contraddizione. Si accostano, infatti, interi sistemi la cui diversità è permanente sia per la propria genealogia, sia per la loro reale costruzione. Penso alla discontinuità tra il “*judge made law*” delle corti di giustizia europee e il modello essenzialmente costruttivista, in base al *civil law*, del diritto europeo continentale, modello che prevede un netto ruolo di subordinazione dei giudici alla legge. Da una parte i sistemi continentali accentuano la differenza tra giurisdizione e legislazione, subordinando completamente la prima alla seconda, dall'altra il diritto vigente europeo è fatto anche dai giudici con il ruolo vincolante delle loro sentenze rispetto al diritto da applicare.

Il problema non sta nell'autonomia di questi sistemi presi da soli, ma nella via particolarmente incerta con cui l'ordinamento interno degli Stati si regola tutte le volte che incontra il diritto sovranazionale. Non è facile, infatti, riconoscere una chiara gerarchia delle fonti, spesso in concorrenza tra loro o piegate agli sviluppi di stratificazioni multilivello del potere giuridico. Il primo confronto lo troviamo tra la Costituzione degli Stati membri e quella che materialmente si forma attraverso le numerose sentenze della Corte europea di giustizia o della Corte dei diritti umani. C'è, al limite, una certa continuità soltanto con il sistema anglosassone. Lo *Human Rights Act* ha stabilito nel 1998 un elenco di diritti fondamentali (diritti già previsti dalla Corte europea dei diritti umani), introducendo una precisa procedura di “*judicial review of the law*”, ossia un controllo da parte dei giudici sulla compatibilità tra le leggi inglesi e i diritti sanciti dalle corti europee. Ma l'Inghilterra è notoriamente artefice di un modello di *common law*. Si va, dunque, dal diritto dei giudici al diritto ancora dei giudici. Non è così, invece, per gli altri Stati membri. Qui la giurisdizione è nettamente subalterna alla legislazione, e, quindi, ha un ruolo molto diverso.

È significativo, ad esempio, quel che succede tra la giustizia amministrativa in Italia e le sentenze della Corte europea dei diritti umani in materia di laicità dello Stato. Il caso è famoso. Riguarda l'esposizione di simboli religiosi a scuola. Il ricorso è respinto in Italia da due note sentenze: una del TAR del Veneto (sent. n. 1110/2005) e l'altra del Consiglio di Stato (sent. n. 556/2006). Nella motivazione si legge che la laicità non è un principio univoco rispetto alle sue possibili applicazioni nei contesti storici particolari. C'è, insomma, la prerogativa tutta crociana di mondi che “non possono non dirsi cristiani”. La Corte europea, dal canto suo, nell'*Affaire Lautsi c. Italie* (Strasburgo, 3 novembre 2009)⁶ si ferma a un senso di laicità soltanto astratto che esclude le identità storiche originarie, salvo poi essere contraddetta dal pronunciamento definitivo della *Grand Chambre* (Strasburgo, 18 marzo 2011). Ecco un giro di detti e contraddetti. Ma, soprattutto, è evidente il conflitto tra la giurisdizione interna degli Stati e quella esterna, una divergenza che finisce spesso per trattare l'ultimo grado di ricorso delle parti – il ricorso alle supreme corti europee – come se fosse solamente il *penultimo*, visto almeno sotto

6 Scrive la Corte: “La Cour considère que la présence du crucifix dans les salles de classe va au-delà de l'usage de symboles dans de contextes historique spécifiques”. Si cita, in tal senso, la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1, e dell'art. 9 della Convenzione.

l'aspetto del suo significato. Con un ulteriore paradosso. Un diritto di *common law* dovrebbe formarsi sulla base di una massima vicinanza ai casi particolari (per questo si chiama "diritto comune"). Invece, è il contrario: molta distanza delle corti europee con un impianto di *common law*; molta vicinanza delle corti interne con un impianto di *civil law*.

2.2. Ad avere effetti decostruttivistici dell'ordinamento è anche, per certi versi, il principio di sussidiarietà, divenuto un cardine importante del diritto pubblico europeo, ma in grado sempre più di creare sottosistemi giuridici spesso svincolati dalle regole di struttura dell'ordinamento. Ciò accade, soprattutto, a causa di una visione principalmente "privatistica" della sussidiarietà. La si potrebbe esemplificare con le parole del presidente di un *Land* tedesco che afferma: "Nessuno venga a mettere il naso in casa nostra!"⁷.

Se il parametro di riferimento è la Regione, piuttosto che lo Stato, la stessa logica serve per passare a un'altra entità di grado inferiore, o anche oltre, in un *regressus ad infinitum*: dalle Regioni alle Provincie, dalle Provincie ai Comuni, fino alla partecipazione un po' retorica degli *stakeholders* ai processi decisionali pubblici. In realtà, la partecipazione alla pubblica amministrazione da parte dei rappresentanti degli interessi in gioco potrebbe persino snaturare i meccanismi democratici di rappresentanza fondati sul principio di eguaglianza. È quel che succede con alcuni servizi e poteri essenziali dello Stato come, ad esempio, la sicurezza interna. Non è raro che la sicurezza venga affidata a soggetti privati. Lo dimostra, tra l'altro, la legge n. 59/2006 con la riforma della legittima difesa spostata pericolosamente verso un'autogestione della potestà punitiva.

2.3. Emerge, alla fine, un modello non più a gradi o gerarchico dell'ordinamento, ma orizzontale e internamente o esternamente bipolare. Le fonti normative interne competono tra loro sullo stesso piano, oppure interagiscono dichiaratamente con fonti esterne di cui l'ordinamento deve solo prendere atto. Non c'è più, insomma, una vera regola di chiusura dell'ordinamento, stando, almeno, alla dottrina kelseniana del diritto.

Molti conflitti tra le amministrazioni nazionali si risolvono attraverso inchieste, mediazioni o arbitrati, o mediante altre procedure previste dai trattati internazionali. Nulla, tra l'altro, impedisce, in caso di transazioni, l'adozione di soluzioni a maggioranza e a maggioranza pure semplice. Né si escludono limitazioni all'ordinamento da parte di appositi *Compliance Committees* posti a sovrintendere l'attuazione di specifiche convenzioni. Faccio un esempio. Se a un'associazione ambientalista kazaka è negato il diritto di accesso al progetto di fattibilità di una centrale atomica di proprietà dello Stato, a essa è, comunque, attribuita la facoltà di rivolgersi a un comitato competente per l'accertamento della conformità del progetto

7 Sull'interpretazione "privatistica" della sussidiarietà si veda, fra gli altri, Lucio Franzese, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il principio di sussidiarietà tra politica e amministrazione*, Edizioni del Consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia, Trieste, 2009, pp. 11-12.

alla convenzione di Aarhus. In caso di inadempimento da parte delle autorità del Kazakistan, tale comitato potrà restringere i diritti ottenuti dal Kazakistan in base alla stessa convenzione⁸.

3. Terza tesi: La filosofia ha oggi il compito di ridefinire la *validità*

Il *nomos* è sempre stato “*nomos della terra*”⁹.

Il concetto kelseniano di validità giuridica [*Geltung*], inteso come “esistenza specifica di una norma” [*spezifische Existenz einer Norm*], sta a indicare, con il termine ‘*spezifisch*’, la stretta relazione della norma con lo spazio. La norma esiste in questo o quell’ordinamento, e, dunque, è valida in questo, piuttosto che in un altro luogo della terra. Ora, però, le cose non stanno più così. Il *nomos* è divenuto globale; non è più confinato in un particolare ordinamento. Il *nomos* appare sconfinato e senza più uno spazio. Cercherò di spiegarlo soffermandomi ancora una volta su tre fenomeni. Tre fenomeni di fenomeni.

3.1. Parto dalla cosiddetta “nuova *lex mercatoria*”. È il diritto creato da soggetti privati nello spazio ormai deterritorializzato dei mercati globali. Le grandi imprese operano come imprese multinazionali in grado di investire e organizzare i propri servizi con i minori rischi possibili. Possono, infatti, scegliersi il mercato del lavoro più vantaggioso, il sistema tributario più comodo, il mercato dei capitali con maggiori profitti. In questo modo le politiche economiche degli Stati sono frustrate e si sottomettono ai flussi finanziari che superano i confini nazionali aggregandosi in nuovi soggetti di potere e di potere giuridico. La stessa Cassazione (sent. n. 722/1982) ha parlato della *lex mercatoria* quale espressione diretta della “*societas mercantile*”, ossia come di un “ordinamento giuridico” separato dagli ordinamenti statuali tipici della modernità.

Qual è, allora, lo spazio in cui identificare la vigenza di questo nuovo diritto? A ben vedere, non è uno spazio circoscritto, uno spazio che puoi indicare. Alla fine non è neppure uno spazio. Uno spazio è tale se lo puoi indicare. Qui non è possibile. La nuova *lex mercatoria*, molto di più di quella industriale, ha aspirazioni universalistiche che la spingono ben oltre i confini nazionali. In uno spazio, però, così sconfinato, in uno spazio che non puoi neppure nominare, l’esistenza giuridica ha reso fluidi i suoi codici di identificazione, e soprattutto non ha più radici nella sovranità fondata sul consenso. Contano molto di più le agenzie internazionali di *rating*, in grado di pesare in modo determinante sul valore dei titoli emessi dagli Stati per pagare il proprio debito pubblico¹⁰. L’organizzazione della borsa si basa, a sua volta, su un regolamento che altro non è che un contratto di adesione predi-

8 L’esempio è ripreso da Sabino Cassese, *op. cit.*, p. 4.

9 L’espressione serve a evocare l’opera di Karl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Duncker & Humblot, Berlin, 1950).

10 Come osserva puntualmente Galgano: “Il rapporto fra Stato e mercato si è invertito: è il mercato, – o meglio sono le agenzie transnazionali di *rating* – che giudicano i titoli del debito

sposto da una società privata di gestione e accettato dagli operatori di borsa al momento del loro ingresso sul mercato¹¹. Con queste premesse è facile che l'interesse generale sia solo un epifenomeno del profitto.

A regolare ora i mercati sono essenzialmente dei contratti atipici (si pensi ai notissimi *leasing, franchising, performance bond*) che occupano tutto lo spazio che serve. A quali condizioni? La prima è che tali contratti siano prodotti non più dai legislatori nazionali, ma dagli studi legali (*law firms*) delle multinazionali; la seconda condizione è la loro fungibilità di contratti uniformi valevoli per ogni luogo possibile della terra, senza più dipendere dalle decisioni dei singoli ordinamenti nazionali. Gli interessi economici delle grosse imprese, infatti, non possono più attendere le lentezze dei legislatori nazionali, né tantomeno la difformità di singole realtà giuridiche che si frappongono come ostacoli al profitto su scala globale. Sembra essere l'apoteosi del diritto commerciale pensato da sempre come universale e con la vocazione a varcare costantemente i confini nazionali per l'essenza stessa del commercio. D'altronde, a partire, soprattutto, dagli inizi dell'Ottocento, il *Code de commerce* è concepito con una proiezione che va ben oltre il *Code civil*, destinato com'era a oltrepassare i confini dell'Impero.

Tuttavia, la questione c'è. È in gioco ancora una volta il concetto stesso di validità. L'esistenza giuridica ha sempre bisogno di uno spazio particolare per la sua oggettività. Una norma non è valida se esiste semplicemente nei cieli azzurri di Magritte. Qui, però, lo spazio si fa di nuovo assenza di spazio. I fatti giuridici non si sa dove traggano origine e fin dove arrivino. Le case madri delle multinazionali dettano, ad esempio, i loro modelli contrattuali e raccomandano che non venga omessa neppure una virgola in caso di difformità con il diritto nazionale dei singoli Stati. Alla fine prevalgono gli ordini delle multinazionali, con tutti i riflessi sul mercato del lavoro e, finanche, sulla gestione del tempo libero¹². Che cosa delimita, allora, l'esistenza giuridica oggi?

A conferma della totale indipendenza dei mercati globali e dei corrispondenti sistemi finanziari, rispetto alla sovranità dei singoli Stati, è la nascita sempre crescente di organismi internazionali con il compito di mediare il quadro così alterato dei rapporti tra il mondo dei mercati e i governi degli Stati. Per citarne solo alcuni, penso al Fondo monetario internazionale o all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, o anche all'Organizzazione mondiale del commercio. Alla fine, il diritto cosiddetto "vivente" fuoriesce dagli schemi dogmatici di un sistema codificato e statico nei suoi significati, affidandosi piuttosto a saperi dialettici o retorici, sostanzialmente creativi e poco disposti a dare per scontati certi risultati, dal momento che si riconoscono quasi completamente nei principî di "indeterminazione" e di "discontinuità".

pubblico emesso dagli Stati e che condizionano la politica finanziaria di questi ultimi" (Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010⁵, p. 276).

11 Cfr. art. 62 del Testo unico sull'intermediazione finanziaria, 24 febbraio 1998, n. 58.

12 Sull'inefficienza degli ordinamenti statuali rispetto alla "nuova *lex mercatoria*" si veda, in particolare, Francesco Galgano, *op. cit.*, pp. 243-246.

3.2. E la giurisdizione? Forse ha ragione Hegel quando afferma che il giudice risponde, soprattutto, alla società civile, piuttosto che allo Stato. Se si trova davanti a un modello contrattuale valido ovunque, è difficile che lo giudichi alla stregua semplicemente di un codice. È molto probabile che tenga conto di come sia recepito da tutti gli ordinamenti affini tra loro.

Si veda, ad esempio, la vicenda del *performance bond* [*Garantie-Vertrag*]. È un contratto di garanzia, normalmente rilasciato da una banca, che non guarda al rapporto tra il garante e il beneficiario (basta una richiesta scritta del beneficiario). Non ci sono dubbi sul suo conflitto, in questa stessa materia di contratti, con l'obbligazione fideiussoria che insiste, invece, sul principio di sussidiarietà e, dunque, sullo speciale legame fra garante e beneficiario. In altre situazioni ciò avrebbe dovuto comportare la nullità di tale contratto. Eppure, non è così. Anche la Cassazione, a partire già dagli anni Sessanta, ha preservato la sua validità, giudicandolo come un contratto atipico diverso dalla fideiussione e, perciò, autonomo nei suoi requisiti di validità. Ci sono altre sentenze che, sostenendo espressamente il ruolo ormai prevalente dei mercati, basano la loro "*ratio decidendi*" sui presupposti del commercio internazionale¹³.

3.3. Chi è, dunque, a decidere? Su che cosa si gioca la sovranità?

È molto significativo che dopo le crisi dei mercati finanziari gli Stati Uniti abbiano creato un nuovo *Board* di controllo dei mercati, autonomo rispetto al governo federale; così come non è un caso che il testo unico italiano sull'intermediazione finanziaria fissi dei principî generali, lasciando poi la loro attuazione ai regolamenti emanati dalla Banca d'Italia e dalla Consob. A prevalere, insomma, è l'autorità dei tecnocrati al posto delle istituzioni politiche.

In questo modo, la competenza tecnica (o presunta tale) si sostituisce alla democrazia del consenso. Con tutti i pericoli che ne conseguono. In molti casi, infatti, si lascia soltanto spazio al diritto creato unilateralmente dalle imprese commerciali più grandi o dalle grosse *companies* finanziarie. Nei casi, invece, migliori, tale diritto è armonizzato e coordinato da organizzazioni internazionali come *Unidroit* con il compito specifico di salvaguardare i principî generali dei contratti commerciali internazionali. Da tali principî deriva, tra l'altro, l'obbligo di proteggere il contraente debole attraverso due distinte discipline: da un lato nella situazione di squilibrio originario del contratto (*gross disparity*); dall'altro in quella di squilibrio sopravvenuto (*hardship*). Ma anche nell'ipotesi migliore, si tratta sempre di una democrazia nelle mani dei tecnici. Il puro *demos* si trasforma, al limite, nel *demos* di pure *élites*.

4. Quarta tesi: La filosofia ha oggi il compito di ridefinire la *legalità*

Nonostante, però, la frammentazione dei codici e la pluralità delle fonti e dei poteri nello spazio globale, il diritto non perde il suo *appeal* verso un ideale sistema

13 Cfr. *Ivi*, pp. 246–247.

di regole universali, quasi sulla scia delle leggi cercate nel Seicento, per le scienze naturali, da Keplero a Copernico, a Galileo. Le basi sono non solo astrattamente razionali, ma anche empiriche, poiché coinvolgono l'esperienza e l'esperienza, soprattutto, dell'ultimo secolo. Dopo i totalitarismi del Novecento, infatti, il diritto appare qualcosa che "non coincide con la totalità delle leggi scritte". Quest'ultima affermazione, dal sentore particolarmente teoretico, è in una famosa sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 14 febbraio 1973: "*Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch*"¹⁴. Proverò a spiegarla indugiando su tre relazioni del diritto con la legge.

4.1. *Secundum legem*. C'è un diritto necessario che si traduce direttamente nel codice. Secondo, ad esempio, l'art. 1350 del *Codice civile* italiano il trasferimento della proprietà di un bene immobile avviene a patto che vi sia una scrittura privata o pubblica. È difficile pensare che le cose stiano diversamente. La relazione che sussiste tra la volontà di trasferire la proprietà di un bene immobile e certi mezzi è la stessa che troviamo nel far bollire l'acqua. Anche qui alcuni mezzi sono necessari. In particolare, è necessario portare l'acqua a cento gradi. La regola è: "Se vuoi far bollire l'acqua, devi portarla a cento gradi".

Il diritto esprime in pratica la stessa necessità. In questo caso la necessità si accompagna a un obbligo contenuto espressamente nel codice. E si potrebbero aggiungere a questa norma molte altre con lo stesso carattere per così dire "tecnico"¹⁵.

4.2. *Praeter legem*. C'è un diritto necessario che non si traduce necessariamente nel codice. Il fatto, tuttavia, che non trovi espressione nel codice non significa che sia in conflitto con esso. Il motivo è un altro. Si tratta in molti casi di regole che hanno il senso di veri e propri principî logici dell'ordinamento, principî che non hanno neppure bisogno di essere espressamente previsti dal codice. Ad assicurare, infatti, la loro esistenza è solo il presupposto logico della non-contraddizione. L'esempio potrebbe essere la "norma fondamentale" [*Grundnorm*] di Kelsen. La norma che dice: "Ci si deve comportare secondo la Costituzione effettivamente statuita ed efficace"¹⁶ non è una norma scritta nel codice. Tuttavia, è impensabile un ordinamento che faccia a meno di essa. Sarebbe, altrimenti, come ammettere un ordinamento che prescriva ciò che prescrive, per poi concludere con un permesso universale del tipo. "Ora fate tutto quello che volete!". Un totale *nonsense*. L'ordinamento non può che comandare il proprio adempimento. Si potrebbe anche dire: "L'ordinamento è l'ordinamento", o, con una formula essenziale a ogni discorso: "A è A". In questo modo, si evidenzia il principio di identità non-contraddizione alla base della *Grundnorm* kelseniana.

14 BVerfG E [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*], 34, 269 (287), des Ersten Senats vom 14. Februar 1973.

15 Al tema delle regole tecniche è dedicato un interessante volume di Giampaolo M. Azzoni, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, FrancoAngeli, Milano, 1991.

16 Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, traduzione italiana di Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, p. 242.

Un altro esempio è proprio la “regola di chiusura”. Non è neppure pensabile, infatti, una regola diversa da quella secondo cui sono valide le norme (e soltanto le norme) che esistono in/per un ordinamento. L’ordinamento, in altre parole, è un luogo geometrico chiuso. Se una norma è fuori dall’ordinamento, due sono le possibilità: o essa non è valida, cioè non è una norma (una norma invalida non è semplicemente una norma), oppure ciò che indichiamo come ordinamento non lo è realmente. D’altronde, alla domanda che cosa sia l’ordinamento, la risposta è la seguente: “L’ordinamento è la totalità delle norme valide”. Alla fine, la regola è una sola, ed è sempre la stessa: “L’ordinamento è l’ordinamento”, ovvero “A è A”.

4.3. *Contra legem*. Che cosa accade, invece, se il diritto entra in conflitto con la legge? La storia del diritto nel Novecento è tutta incentrata su questa domanda. È la storia della lotta per il diritto (“*der Kampf ums Recht*”, si potrebbe ripetere con Jhering). Quale diritto? Il suo primo carattere è, appunto, la sua differenza dalla legge. Ripetendo la sentenza della Corte costituzionale tedesca, il diritto non è la stessa cosa delle leggi scritte. Non solo. Il diritto prevale sulle leggi scritte. La formulazione più nota è quella di Radbruch nel 1946. Per Radbruch il diritto è anche “diritto sovralegale” [übergesetzliches Recht] e si manifesta in contrapposizione al “torto legale” [gesetzliches Unrecht], ossia al contenuto odiosamente ingiusto della legge¹⁷.

A dimostrarlo sono molte sentenze, specialmente nella Germania post-nazista. Una di queste è la sentenza del Tribunale di prima istanza di Wiesbaden che nel 1946 dichiara la nullità (sin dal momento della loro promulgazione) delle leggi che durante il Terzo Reich avevano confiscato unilateralmente i beni degli ebrei in favore dello Stato. Alle stesse conclusioni arriva la Corte Costituzionale nel 1968 a proposito del § 2 del decreto n. 11 di attuazione della legge sulla cittadinanza tedesca (25 novembre 1941), legge che privava della cittadinanza gli ebrei che per motivi razziali erano emigrati all’estero. Anche per la Corte Costituzionale si tratta di una legge che non ha mai avuto validità.

I giudici, come si vede, cercano in situazioni straordinarie un diritto sopra le leggi; lo cercano persino in opposizione al mero principio di legalità, al principio secondo cui “La legge è la legge!” [Gesetz ist Gesetz!], o “Un ordine è un ordine!” [Befehl ist Befehl!]. È il “diritto cogente” alla base della giustizia delle corti e dei tribunali speciali internazionali, ma è anche il diritto che si concretizza nella storia dei diritti umani. I diritti non ammettono fonti gerarchicamente superiori. I diritti umani sembrano oggi il contenuto più rilevante dello *ius cogens*. Non si formano, come gli altri fatti istituzionali, in forza del solo potere e di una certa *performance* del linguaggio.

Molti fatti istituzionali nascono secondo la regola “X conta come Y in C”¹⁸. Si prenda, ad esempio, la semplice banconota di un dollaro statunitense. Per essere

17 Il riferimento è al famoso articolo di Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, apparso per la prima volta in “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, 5, 1946, pp. 105-108.

18 Si tratta, com’è noto, della regola posta da Searle alla base della realtà sociale. “La frattura veramente radicale con altre forme di vita – scrive Searle – si raggiunge quando gli umani,

una banconota, non si tratta di un pezzo di carta qualsiasi, ma di un pezzo di carta (X) che vale, appunto, come denaro (Y) negli Stati Uniti d'America (C). Come nasce? È emessa dalla *Federal Reserve* e si accompagna con una dicitura il cui senso è chiaramente performativo. La dicitura è: “Questa banconota è a corso legale per tutti i debiti pubblici e privati” [“*This note is legal tender for all debts, public and private*”]. Leggendola non ha proprio senso chiedere alla *Federal Reserve*: “Come fai a saperlo?”. Si tratta, infatti, di parole che non stanno lì a descrivere il mondo, bensì a costituirlo. È proprio con queste parole che la *Federal Reserve* crea denaro.

Con i diritti le cose stanno diversamente. Non è in forza del mero potere, o della *performance* del linguaggio, che ha senso la regola “Ogni persona umana vale come bene indisponibile per tutti gli uomini”. In questa proposizione ha luogo non solo il significato deontico di una norma fondamentale (il dovere che esprime è senz'altro un dovere fondamentale), ma anche quello teoretico di una verità irretrattabile. L'idea che l'umanità sia un valore assoluto è ora il presupposto di ogni potere; non è il semplice frutto di quest'ultimo. È la verità che la nostra epoca ha compreso per sempre, non prima, però, di essere caduta nell'abisso del male.

attraverso l'intenzionalità collettiva, impongono funzioni su fenomeni in cui la funzione non può essere svolta solamente in virtù della fisica e della chimica, ma richiede una cooperazione umana continuata nelle forme specifiche dell'identificazione, dell'accettazione e del riconoscimento di un nuovo *status* a cui è assegnata una *funzione*. Questo è il punto di partenza di tutte le forme istituzionali di cultura umana, ed esso deve sempre avere la struttura «X conta come Y in C» (John R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, traduzione italiana di Andrea Bosco, Edizioni di Comunità, Milano, 1996, p. 50).