

Claudio Luzzati

Ove si discute se un giurista positivo possa davvero fare a meno della norma fondamentale

La distinzione fra materie culturali e materie professionalizzanti in un corso di laurea in giurisprudenza non è certo delle più solide. Oltretutto, viene spesso usata in modo pretestuoso per affrontare questioni di politica accademica. Ma supponiamo per un attimo di prendere tale distinzione sul serio. In tal caso, mi sentirei di affermare senz'ombra di dubbio che la filosofia del diritto è la disciplina più professionalizzante di tutte. Delle cose che si dovevano assimilare quando studiavo giurisprudenza, molte sono cambiate. Persino la Costituzione prima o poi verrà "riformata". Restano però le riflessioni sul metodo, o forse, queste si evolvono più lentamente.

In apparenza, però, il giurista positivo sembra non aver alcun bisogno del filosofo e dello spirito critico che lo anima.

Il titolo di questo scritto avrebbe potuto – e forse dovuto – esser più volgare. Avevo pensato a un *Chi se ne frega della norma fondamentale!*, ma poi mi sono censurato. E ovviamente questa esclamazione emblematica andava attribuita a un giurista positivo disincantato, "scafato", come si suole dire con un efficace linguaggio approssimativo.

Antonio Tabucchi, nel romanzo *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, con la consulenza di Antonio Cassese e Danilo Zolo, descrive il personaggio dell'avvocato Loton¹, un corpulento difensore dei disgraziati che è ossessionato dalla *Grundnorm*, la Norma Assoluta, da cui fa discendere l'ingiustizia delle istituzioni umane. Egli così la descrive: "È una proposizione normativa, continuò, sta al vertice della piramide del cosiddetto diritto, ma è frutto dell'immaginazione dello studioso, una pura ipotesi. [...] Se vuole è un'ipotesi metafisica, disse l'avvocato, perfettamente metafisica. E se vuole questa è veramente una cosa kafkiana, è la norma che ci invischia tutti quanti e dalla quale, anche se le sembra incongruo, potrebbe discendere la prepotenza di un signorotto che si crede in diritto di frustare una puttana. Le vie della Grundnorm sono infinite". E non appena viene menzionata la Guardia Nacional, i nostri carabinieri, egli osserva che quella, quale istituzione militare, "è proprio una bella incarnazione della Grundnorm [...], an-

1 A. Tabucchi, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Feltrinelli, Milano 1997, p. 239. In realtà, l'avvocato si chiama Mello Sequeira, ma tutti lo chiamano Loton perché somiglia all'attore Charles Laughton. Questo non è un particolare trascurabile. Tutti ricordiamo questo attore nel capolavoro di Billy Wilder *Witness for the Prosecution* (*Testimone d'accusa*) del 1957, nel quale impersona un avvocato brillante, ma con alcuni tratti ridicoli, che difende il colpevole (Tyron Power) credendolo innocente, forse abbagliato dal fascino della moglie di lui (Marlene Dietrich). I colpi di scena, naturalmente, non mancano.

che perché forse lei non sa quante persone sono state uccise o seviziate nei nostri simpatici commissariati negli ultimi tempi”².

Non ci vuole molto a capire che la norma fondamentale per l’avvocato Loton è un vezzo, un ridicolo tic, o al più un abbellimento non necessario dei suoi discorsi. Non è neppure utile chiedersi se la ricostruzione di Tabucchi delle tesi di Kelsen sia corretta. Siamo proiettati in una dimensione fantastica. Ma lo stesso vale fuori del romanzesco, per gli avvocati in carne ed ossa: viene il sospetto che i giuristi potrebbero benissimo adempiere efficacemente ai propri doveri professionali anche nell’ipotesi in cui non avessero mai sentito parlare di Kelsen e della sua norma fondamentale.

Vediamo se è vero.

A tal fine occorre fare un passo indietro e partire dal giuspositivismo ottocentesco. Noi siamo soliti inquadrare il positivismo delle origini come una discussa filosofia, per i suoi dogmi e per il mito, che qualcuno ha cercato di rinverdire, della soluzione giusta. Tuttavia, forse sarebbe più appropriato considerarlo (nelle intenzioni degli autori) un’*antifilosofia*, di tipo scientifico, caratterizzata dal simultaneo tentativo di trasformare il diritto positivo in un “dato” autosufficiente, obiettivamente constatabile dallo scienziato, e di espellere – almeno in apparenza – i valori politici dallo studio del diritto. Con Gustav Hugo e John Austin non ebbe solo luogo la “sconsacrazione” del diritto naturale³; vennero altresì poste le premesse d’un progetto di pervasiva “professionalizzazione” degli studi giuridici. Dopo che nel passato erano stati messi a tacere i teologi, si espellavano i filosofi in un limbo onorevole, ancorché irrilevante. Il giurista positivo (purché politicamente omogeneo alla classe dominante) sarebbe diventato una figura indipendente, affrancata da ogni tutela.

Questo disegno, come sappiamo, è miseramente fallito. I valori non si sono lasciati imbrigliare, la “datità” delle norme è un ideale assai traballante – il massimo che si riesce a ottenere è un’intersoggettività che sottende una serie di impegni dei giuristi – e, infine, è palese la natura ideologica e distorsiva della “neutralizzazione politica” dell’uomo di legge. Colui che meglio comprese i limiti dell’impianto ottocentesco fu Uberto Scarpelli che, da positivista, ma in un senso innovativo, puntualizzò come il sistema del diritto positivo non potesse stare in piedi da solo, con i propri mezzi, perché è logicamente necessario un fondamento esterno al diritto, un fondamento di tipo politico e filosofico. I filosofi lo dicono sempre: di una filosofia – buona o cattiva – nessuno può farne a meno, lo voglia oppure no. Neppure i giuristi di mestiere.

2 *Ibidem*, pp. 114-5. Cfr. pp. 176-7. Il problema che emerge è quello della tortura e degli aguzzini che si giustificano affermando di aver solo obbedito agli ordini: a quelli dei loro superiori, e, ove ce ne fosse bisogno, a quelli dello Stato o, addirittura, di Dio. Non manca neppure, tra i “voli pindarici” di Loton, il velo d’ignoranza “di un giurista americano” (op. cit., p. 150).

3 Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979, pp. 43 ss. Anche se Bobbio classificherebbe questa netta separazione come un tratto della “filosofia del diritto dei filosofi”, occorre dire che tale atteggiamento risponde egregiamente anche alle aspirazioni di molti giuristi, di ieri come di quelli attuali.

Nel frattempo sono successe molte altre cose. L'ondata neocostituzionalista ha rilanciato un cognitivismo etico tutt'altro che sgradito ai giuristi. I quali, peraltro, in ogni caso fanno di necessità virtù, adottando un sincretismo filosofico spregiudicato o teorizzando quel "tutto va bene" che ha trovato come suo ultimo esponente il civilista Natalino Irti col suo nichilismo⁴. Per usare il linguaggio di Aurelio Gentili, i giuristi positivi con una convinzione "scientificamente cinica ma realistica" indulgono ad un "libertinaggio argomentativo" che assicura loro la funzione di "governare il traffico giuridico"⁵. Del resto, che i giuristi ricorrano spesso e volentieri a soluzioni *ad hoc* non è un fenomeno né raro né nuovo⁶. Per dirne una, basterebbe pensare al fatto che, mentre i privatisti propendono per le concezioni normativistiche, i pubblicisti sono in genere schierati a favore dell'istituzionalismo. Si tratta dello stesso diritto oggettivo, ma la specificità delle esigenze professionali alla fine ha la meglio.

Il giurista positivo non esita ad indossare il vestito rattoppato d'Arlecchino, poiché i problemi che è chiamato a risolvere non sono certo quelli teorici. Altrimenti come sarebbe stato possibile andare avanti per centocinquanta anni a credere nella teoria, del tutto inconsistente, che la discrezionalità giudiziaria non esisterebbe perché i giudici ragionerebbero per sillogismi?

Tesi manifestamente illogiche sono reputate un serio argomento di riflessione per molto tempo. Affinché ci si avveda che il re è nudo e il terreno divenga favorevole a un mutamento di metodo, devono mutare la struttura delle fonti, il funzionamento della macchina istituzionale e le ideologie influenti.

D'altra parte, i paradigmi metodologici che si affermano storicamente sono quanto di più lontano vi potrebbe essere dalle teorie lucidamente argomentate.

Di tutto questo occorre che il filosofo sia consapevole. I rapporti fra le professioni giuridiche e la filosofia sono complessi e precari, a volte di sfruttamento reciproco e d'opportunismo spregiudicato. Spesso e volentieri quindi vi è il rischio tangibile che la cattiva filosofia dei giuristi positivi scacci quella buona, un po' come avviene per le monete secondo la legge di Gresham. D'altronde, è appena il caso di rammentare che, riguardo ad un simile andazzo, anche le colpe dei filosofi sono talvolta notevoli⁷.

4 N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004.

5 A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 86-87 e *passim*.

6 Cfr. per tutti M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Ets, Pisa 2010, pp. 77 e 122, e Id., *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, pp. 377-411, in part. p. 393, che addita il libro di I. Morris, *Il mondo del principe splendente. Vita di corte nell'antico Giappone*, Adelphi, Milano 2011, dove si mostra la capacità dei sincretisti religiosi di nutrire credenze fondamentali incompatibili.

7 Le elenca puntigliosamente L. Gianformaggio, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991, pp. 3-23, ora nel volume postumo Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino 2008, pp. 25-40. Ella annovera tre categorie di cattivi filosofi del diritto: 1) quelli che parlano d'altro, 2) quelli che, pur parlando di diritto, hanno l'aria

Mi chiedo ora se il mio discorso debba finire qua, colla presa d'atto di una diagnosi crudamente pessimistica sulla rilevanza del filosofo. Credo di no.

Torniamo a Tabucchi, da cui eravamo partiti: ad un certo punto l'avvocato Loton nella sua arringa cita Camus senza farne il nome, affermando che per tutti i problemi importanti vi sono "solo due metodi di pensiero, quello di La Palisse e quello di Don Chisciotte"⁸. Di questa coppia di stili intellettuali vorrei dare una mia interpretazione, a prescindere da quel che poteva avere in mente chi ha inventato la contrapposizione. Immagino che lo stile di pensiero lapalissiano sia quello che si arrende all'evidenza del fatto compiuto, senza provare a introdurre cambiamenti; è tipico delle istituzioni prediligere le tautologie, quali: "la guerra è la guerra" o: "gli ordini sono ordini", posto che le istituzioni preferiscono, tutte le volte che sia possibile, non dare nessuna giustificazione⁹. D'altra parte, lo stile donchisciottesco è ben noto: è il tentativo di affermare principi in controtendenza rispetto alle prassi dominanti, anche quando non ci siano le condizioni per realizzare un mutamento nella direzione voluta; assistiamo così alla lotta contro i mulini a vento o al *fiat iustitia et pereat mundus*¹⁰.

Se vi fossero solo queste due alternative per il filosofo non vi sarebbe scampo¹¹. Ma il filosofo, che sappia assumere un punto di vista metagiurisprudenziale, si muove su un terreno intermedio: per un verso, cerca di capire come funziona la "macchina" del diritto e, per l'altro verso, esercita la sua critica, non nel vuoto, bensì a ragion veduta, sulle tesi dei giuristi positivi e sulle loro pratiche, in specie quando le operazioni creative della giurisprudenza pretendano di svolgersi sottobanco anziché alla luce del sole. D'altronde, tali attività critiche rispondono ad una precisa richiesta sociale. Il giurista positivo non può fare a meno di riflettere sul proprio operato e sulle scelte di valore che esso implica; e non c'è nulla di peggio di un giurista che sia incapace di argomentare: per quanto vaste siano le sue conoscenze, questi immancabilmente si rivelerà un cattivo tecnico. Il confronto col filosofo non divagante qui è prezioso.

Ogni educazione, anche quella del giurista, è trasmissione attiva di valori e di modelli di comportamento. È una discussione su casi esemplari e sulle molteplici opzioni metodologiche che si schiudono tanto al pratico quanto allo studioso.

di saperne di più e, infine, 3) quelli che, pur non avendo un tono supponente, non considerano la specificità del linguaggio – e delle problematiche – dei giuristi positivi.

8 A. Tabucchi, *La testa perduta*, cit., p. 223. Si tratta di A. Camus, *Le mythe de Sisyphe* (1942), trad. it. in Id. *Opere*, Bompiani, Milano 2000, p. 206.

9 Cfr. C. Perelman e L. Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, rist. Einaudi, Torino 1976, II, § 51, pp. 226 ss.

10 Si vedano U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano 1995, p. 29, H. Arendt, *Verità e politica-La conquista dello spazio e la statura dell'uomo*, a cura di V. Sorrentino, Boringhieri, Torino 2004, p. 30, e I. Kant, *Per la pace perpetua*, in Id., *Scritti politici*, Utet, Torino 1965, p. 327.

11 In qualche modo si ripresenta la scelta tra l'incubo e il nobile sogno di H. L. A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* (1977), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford 1983, pp. 123-144.

Come notavo, il contributo che può dare il filosofo del diritto, giurista tra i giuristi, è questo: non tanto trasmettere una particolare dottrina, o una fede, ma mostrare come spesso vi sia scelta anche laddove sembra che non si possa scegliere¹². Il punto di partenza con gli studenti non può che essere l'uso sciatto dell'attuale linguaggio della politica e del diritto¹³. Il filosofo, in un corso introduttivo tenuto in Italia, non potrà mancare di osservare che si continua a parlare di “seconda”, o persino di “terza repubblica”, dove non è intervenuto lo iato di una riforma costituzionale e che i telegiornali dicono *premier* laddove sulla nostra Costituzione c'è scritto “Presidente del Consiglio”. Probabilmente, visto che una cosa tira l'altra, quella sarà anche una buona occasione per discutere della c.d. costituzione materiale, muovendo dal libro di Costantino Mortati, scritto in pieno fascismo sotto lo Statuto albertino, mostrando come la contrapposizione fra una costituzione formale e una materiale sia stata innestata nelle discipline pubblicistiche dell'Italia repubblicana in virtù del legame colle concezioni istituzionalistiche¹⁴. Potrà il normativista opporre alle tendenze effettive la nuda forza delle parole? Basta poco e siamo già catapultati nel pieno di una discussione politica che, manco a farlo apposta, investe le tipiche tematiche giusfilosofiche.

Ci si potrebbe chiedere quali incentivi abbiano i giuristi positivi e i cultori di settori considerati (a torto, come spiegavo all'inizio) “più professionali” per dialogare con i filosofi, gli storici, i comparatisti ecc. Essi potrebbero pensare di andare avanti come hanno sempre fatto. I più attenti fra di essi sanno però che le professioni giuridiche stanno cambiando rapidamente e che il mutare delle condizioni di fatto esige risposte progettuali. Il “leguleio” come noi lo conosciamo potrebbe benissimo sparire, come sono spariti l'arrotino, lo spazzacamino e lo straccivendolo. O dobbiamo seguire la logica svalutativa del tanto peggio, tanto meglio, visto che a lungo termine saremo tutti morti? Anche qui, ovviamente, il filosofo ha qualcosa da dire, perché la difesa di uno spazio d'imparzialità dall'invasione della politica non può attuarsi certo con un confuso sincretismo o con gli slogan ad effetto.

In conclusione, riesaminando la questione della norma fondamentale, possiamo dire che solo in apparenza i giuristi positivi possono infischiarne altamente dei problemi fondazionali. Certo, potrebbero non aver letto – o aver letto e dimenticato – Kelsen e gli autori che li sollevano. Tuttavia i nodi filosofici molto presto vengono al pettine. Questo accade quando i giuristi devono difendere la propria professionalità o trovare nuovi spazi di legittimazione e/o cercano di tradurre il loro operato in parole povere, cioè in parole comprensibili ai comuni cittadini di cui essi non possono fare a meno.

Alla fine l'avvocato Loton, nella sua ridicolaggine, a modo suo aveva ragione. Ci sono questioni ineludibili. Di esse si occupa il giurista, fattosi esperto di filosofia, o il filosofo interdisciplinare che padroneggi il diritto.

12 Cfr. G. Tarello, *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, in “Politica del diritto”, 1, n. 1 (1970), pp. 140-143.

13 Un buon modello di riflessione è V. Klemperer, *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, Giuntina, Firenze 1998.

14 C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940.