

Law without law. Epistemologia giuridica e conclusioni aporetiche.

di **Alessandro Continiello** e **Francesco Mazza**

Nel vasto ambito dei problemi affrontati da Morris Lorenzo Ghezzi, un ruolo di centralità, negli ultimi anni della sua esistenza terrena, assumevano le riflessioni intorno alla sociologia del Diritto penale con particolare riferimento alla figura del deviante giuridico¹ e al tema del nichilismo,² con la proposta di una visione dell'esperienza giuridica come assenza di valori, del tutto neutra circa la potenzialità regolatrice ed ordinatrice come norma.³ Non a caso, decise di assegnare a una nuova collana editoriale dedicata alla sociologia del diritto, la denominazione appunto "*Law without law*", nel quadro delle sue ricerche intorno all'esperienza giuridica⁴.

Una tale scelta prendeva spunto da un articolo del fisico John Wheeler in ordine al fenomeno noto alla fisica quantistica con il nome di *entanglement*⁵ ed alle conseguenze sul problema dell'essere e dell'esistenza. Afferma in proposito il sociologo americano che Il diritto, quale forma privilegiata di organizzazione della società, pone importanti e non eludibili quesiti, come - ad esempio- scaturisca dalla società e dalle sue istituzioni; e come a sua volta riesca a modificare sia la prima che le seconde. Si domanda, inoltre, che distanza separi il comune sentire, pensare e operare giuridico dei cittadini da quello dei legislatori, degli amministratori pubblici e dei giudici.

¹ Cfr. Minna, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto. Aspetti storici*, Milano, 2007, 402 e segg.

² "Il nichilismo come il nihilismo scaturiscono dalla fine della credenza in verità assolute, siano esse trascendenti od immanenti, ossia dalla fine della duplicazione del mondo. Questa fine può giungere attraverso una relativizzazione dei giudizi di valore od una loro completa soppressione, ma, in ogni caso, l'antica via eteronoma rispetto all'essere umano non può più essere percorsa. Si tratta, quindi di costruire una nuova strada autonoma, che tenga conto della fluidità, della varietà, dell'incertezza, ma anche dell'arbitrarietà dei giudizi di valore (..)". Così: M.L. Ghezzi, *Diritto come estetica*, Milani 2016, p.92

³ Fondamentale a riguardo è il suo contributo intitolato *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milano, 1987, *passim*, ove si legge che "l'evoluzione del concetto di devianza e delle relative teorie" impone una sua revisione "anche sul piano metodologico, introducendo, a fianco del paradigma eziologico, quello del contratto sociale" (*ivi*, 7-8).

⁴ Cfr. Ghezzi, *Alla ricerca del diritto certo*, 2005, *passim*.

⁵ Cfr. Wheeler-Zurek, *Quantum Theory and Measurement*, [Princeton](#), ed. 2016, *passim*.

Ma il diritto non suscita soltanto queste domande e spinge l'indagine socio-giuridica a estendersi ben oltre e assai più in profondità di tali interrogativi. Il diritto, infatti, secondo il pensiero di Ghezzi, si presenta sia come valore (validità) sia come forza (efficacia), ma anche la validità a livello di ordinamento giuridico, ossia cambio di regime politico o sociale, si riduce ad efficacia, in breve, a forza. Certo, la validità tenta di pilotare l'attenzione verso il giudizio di valore, verso il dover essere, verso la vincolatività, verso la doverosità, ma il depistaggio non è sufficiente a far scomparire la forza, la violenza (sanzione) come principale carattere identificativo del diritto. La forza del diritto è, dunque, mera forza bruta, mera violenza alla quale è difficile resistere senza subire gravi danni materiali.

Il mito dell'obbligo giuridico, della doverosità prima, morale e, poi, anche giuridica, non descrive fedelmente il fenomeno diritto, ma lo cela dietro un immateriale velo di spontanea subordinazione, di impegno interiore, che poco o nulla esprime del reale. Il diritto è l'organizzazione della forza operata dal gruppo sociale dominante, sia esso politico, economico, etnico, religioso od anche solo maggioritario: neppure la democrazia, infatti, è estranea a questo contenuto del diritto.

Pertanto, la burocrazia, come organizzatrice di questa forza, svolge un ruolo dominante nel diritto, anzi, il diritto come procedura, come applicazione procedurale e processuale è burocrazia, tecnica burocratica con tutti i problemi disumanizzanti che sono già stati evidenziati nel rovesciamento della tecnica da mezzo a fine.

In tal senso anche il diritto rischia e talvolta subisce tale rovesciamento: basti pensare al detto latino *'fiat ius et pereat mundus'*. Il diritto, secondo questo broccardo, deve trionfare, in quanto tale si presenta come un imperativo categorico di kantiana memoria, che ha perso la sua funzione di trattamento dei conflitti sociali e si è trasformato in un valore assoluto, metafisico poiché da mezzo è diventato fine. Non si tratta, dunque, di descrivere il diritto quale si vorrebbe che fosse, ma di attenersi rigorosamente al diritto quale esso effettivamente è nella realtà umana. In questa direzione il diritto si manifesta come l'espressione di una preferenza individuale che, sommata ad altre preferenze individuali omogenee, riesce a raggiungere un punto critico di forza, a produrre una forza dominante, sulla base della quale s'impone nel contesto sociale e si organizza secondo il modello burocratico⁶.

Da una attenta analisi rispetto a quanto evidenziato, si evince a chiare note l'energia e la veemenza che effonde il diritto nei confronti dei consociati, della società e il suo valore in senso assoluto; ma, altresì, antinomicamente, se ne desume la discrezionalità, l'arbitrio presente nello stesso, alla luce del fatto che il diritto è l'organizzazione della forza operata dal gruppo sociale dominante in un particolare frangente storico.

⁶ Cfr. Ghezzi, *Diritto come estetica*, Milano 2016, p.103.

Il diritto dispone di uno statuto epistemologico che si risolve, da un lato nelle condizioni di validità delle norme che autorizzano l'emersione e, dall'altro, nelle condizioni che assicurano la razionalità dell'argomentazione che giustifica la concreta soluzione del singolo caso. La norma traduce il fatto in fattispecie e quest'ultima, affidata alla razionalità dell'argomentazione, seleziona la realtà giuridica. Dunque, il diritto esiste solo come discorso in cui si fondono, in un'unità epistemologica (dogmatica) indissolubile, una componente normativa ed una componente critica.

Se la norma perdesse la fattispecie, si modificherebbe lo statuto epistemologico del diritto nel senso di un'accresciuta discrezionalità argomentativa dell'interprete, ma i fatti naturali continuerebbero a essere, in sé e per sé, privi di rilevanza giuridica. La componente critica prevarrebbe su quella normativa, sollecitando un più accurato controllo sulla razionalità dell'argomentazione, ma renderebbe possibili esiti del discorso giuridico in grado di evitare l'arbitrio delle semplificazioni sussuntive⁷.

Ed anche in questo caso si pone nuovamente il problema del diritto, puntualmente declinato come "discorso" e "argomentazione", con la componente critica e discrezionale in esso contenuta.

Nell'esaminare il saggio di Ghezzi dedicato alle prospettive della sociologia del diritto, Quiroz Vitale⁸, si è proposto di analizzare, nello specifico, il concetto di "discrezionalità" nel diritto, domandandosi quale parte hanno le norme nel delineare i limiti effettivi del potere che disegna i corsi d'azione degli attori sociali; e, in particolare, se sia possibile concepire la discrezionalità senza far riferimento a regole canoniche, principi codificati o *standards* giuridici cogenti che informino, *ex ante*, le decisioni degli operatori del diritto, tra cui vanno annoverati anche i giudici. Riconoscere la presenza di ampi e significativi ambiti di discrezionalità nel diritto vuol dire porre al centro della riflessione socio-giuridica i processi d'azione e di decisione in cui i soggetti, pur essendo orientati da norme giuridiche, agiscono però entro limiti effettivi del loro potere che li lasciano liberi di "effettuare una scelta tra più possibili corsi d'azione e di inazione".

L'argomentazione principale volta a contrastare il concetto di discrezionalità del diritto, nella sua migliore formulazione, viene fatta risalire nella cultura anglosassone, attraverso la mediazione di Albert Venn Dicey, teorico del *c.d. rule of law*, secondo cui "laddove c'è discrezionalità, v'è anche spazio per l'arbitrio" - all'autorità stessa di Aristotele cui si deve la contrapposizione tra "governo della legge", identificabile con il moderno "Stato di diritto", e il

⁷ Cfr. Barba, *Diritto come discorso laico. Brevi riflessioni sul libro di A. Gentili*, in www.rivistaianus.it

⁸ *La discrezionalità nel diritto. Contributo ad una teoria dei processi di azione e decisione discrezionale*, in Ghezzi, *Alla ricerca del diritto certo. Idee e materiali di sociologia del diritto*, Milano, 2005, p.60

“governo degli uomini”, in cui le decisioni sono ispirate ad arbitrio e discrezionalità -⁹.

Queste proposizioni hanno ricevuto diverse spiegazioni da parte dei pensatori contemporanei: ad esempio, Kenneth Culp Davis nel saggio *Discretionary Justice* – che nella tradizione anglosassone costituisce l’archetipo della critica legalista alla *discretion* – secondo cui quest’affermazione ha un fondo di verità, ma deve essere correttamente intesa: nessun governo è mai stato un governo solo di leggi e non di uomini, se con ciò s’intende l’assenza di qualsiasi esercizio di potere discrezionale.

Un diverso e originale punto di vista è offerto, invece, da Neil MacCormick, una delle figure più importanti del positivismo giuridico analitico contemporaneo, che, con il saggio *Discretion and Rights*, si propone l’ambizioso scopo di fondare filosoficamente la distinzione tra disposizioni giuridiche, che conferiscono ai loro destinatari diritti (*rights*) e disposizioni che conferiscono loro esclusivamente pretese discrezionali (*discretionary benefits*)¹⁰.

Il pensatore scozzese, nel solco della migliore tradizione filosofica, individua il carattere della discrezionalità in relazione ad una qualità delle norme, perspicuamente espressa nell’attributo della *Judgement-dependence*; ed inoltre completa la sua teoria della discrezionalità giuridica traendo due importanti conseguenze della propria tesi centrale, che possono essere sinteticamente espresse in tal modo: a differenza di quanto sostenuto da Ronald Dworkin – giurista statunitense, noto per l’elaborazione della “teoria del diritto come integrità” - la discrezionalità giuridica non può essere ricondotta alla sfera dei diritti, perché *rights* e *discretion* sono due distinte tecniche legali¹¹.

Il *proprium* della discrezionalità risiederebbe, dunque, nel fatto che tale tecnica rende il diritto più sensibile alle esigenze morali; e si può, quindi, sistematicamente affermare che la discrezionalità è una tecnica giuridica (*legally conferred*) idonea a realizzare esigenze di natura morale. Secondo questo orientamento di pensiero, sempre critico nei confronti del positivismo giuridico, il vero obiettivo polemico è rappresentato dall’idea stessa di discrezionalità ed in particolare dell’uso della discrezionalità interpretativa per colmare, ad opera del giudice, eventuali vuoti normativi: ed in realtà una confutazione di tutte le dottrine che, in particolar modo nei sistemi di *common law*, riconoscono ed in definitiva affidano ampi spazi all’intervento ermeneutico agli interpreti “autorizzati” e, quindi, anche al giudice¹².

⁹ Cfr. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato del diritto nell’era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Torino, 2008, passim.

¹⁰ *Legal reason and legal Theory*, Oxford, 1978, 7 e sess.

¹¹ Cfr. Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977, passim

¹² Cfr. *Taking, Rights seriously*, London ed. 1978, p. 80 e segg.

Analizzando attentamente il pensiero di Dworkin, si può compiere una successiva comparazione con le osservazioni espresse da Ghezzi, quanto al "diritto come interpretazione" e "diritto come estetica", nel senso di arbitrarietà e discrezionalità.

Il diritto è, infatti, identificato da Dworkin in un concetto interpretativo. Una pratica interpretativa sociale e giuridica, non intenzionalmente teorica ma pratica (normativa e giustificativa), di natura non esplicativa ma argomentativa, propriamente giurisprudenziale: un'interpretazione creativa (argomentativamente riferita a obiettivi e non a cause).

L'interpretazione giuridica è, quindi, costruttiva, così che anche il ragionamento giuridico non può non essere che un esercizio d'interpretazione costruttiva. Tutto ciò in un'intenzione fondante e, non da meno, di senso costruttivamente prospettico e regolativo; un'intenzione che comprende la comunità storico-sociale come una comunità etico-politica e giuridica, integrata e integrante: vale a dire, il diritto come un insieme o integrità.¹³

Secondo il pensiero di Ghezzi, il "diritto estetico" è solo espressione di una maggiore consapevolezza intorno alla realtà, non certo di un imbarbarimento dei costumi: è un diritto positivo che non si nasconde dietro né la trascendenza universalistica dello Stato, né la doverosità metafisica della norma, ma prende atto della propria origine arbitraria umana.

In questo senso, il diritto, inteso come estetica, consente di non rinunciare al diritto, pur relativizzandolo e di affidare al singolo soggetto l'adesione o meno al diritto dominante, che in questo modo non rappresenta più una obbligatorietà, ma l'alternativa tra una vita omologata, ma sicura (forse) ed una vita originale, deviante, ma pericolosa.

La norma estetica può essere obbedita o disattesa: disattenderla, senza possedere una potenza, una forza sufficiente a piegarla alla propria volontà, significa soccombere alla forza dominante. Disattendere il diritto diviene una scelta come tante altre, da cui si possono subire le conseguenze, generalmente sgradevoli.

Il determinismo o la volontà di potenza governano comunque il sistema umano, ma almeno non sopravvive l'inganno di un mitologico dover essere, frutto dell'ulteriore sdoppiamento nel soggetto che agisce e nel soggetto che guida l'azione.¹⁴

Tornando al concetto d'interpretazione giuridica, alla stregua di quanto affermato e riportato di Dworkin, appaiono necessarie delle ulteriori riflessioni. L'attività d'interpretazione scaturisce da diverse matrici nell'ambito della varia tipologia degli operatori del diritto: ma il suo sviluppo non può

¹³ Cfr. G. Gritti, *Interpretazione giuridica, ermeneutica, narratività, diritto naturale*. Antonio Castanheria rilegge Ronald Dworkin, in *Rivista i-lex*, giugno 2013, nr.18 p.206

¹⁴ Cfr. Ghezzi, *Diritto come estetica* cit., p.110

che rivelare il crisma dell'esclusività, con riferimento alla singola fonte che di volta in volta lo promuove. Da quanto detto discende che non è possibile avere interpretazioni incompatibili dell'identica disposizione legislativa ad opera dello stesso ermeneuta: attesa l'insussistenza dell'incompatibilità, allora, il problema antinomico non viene a porsi. Le cose non cambiano anche nell'ipotesi in cui le discordi chiose di un enunciato provengano da soggetti differenti.

L'incompatibilità va, infatti, ricercata nell'ambito dello stesso sistema interpretativo: al di fuori di esso l'incompatibilità non è più tale. Qualora due soggetti intendano in maniera divaricata una disposizione normativa, ci troveremo di fronte non ad una antinomia, bensì semplicemente a due dissimili opzioni. Perché possa parlarsi di antinomia manca ancora un altro elemento: quest'ultimo è costituito dalla pluralità degli enunciati presi ad oggetto.

Come giustamente è stato asserito da Guastini "un'antinomia è un conflitto tra norme e non tra disposizioni normative"¹⁵ e può solo presentarsi a interpretazione oramai avvenuta. I dati strutturali dell'incompatibilità antinomica si riducono perciò ad una dualità genetica rappresentata, innanzitutto, dalla identità dell'autore dell'interpretazione; ed in secondo luogo dalla manenza di (almeno) due enunciati normativi di riferimento¹⁶.

Senza con ciò dimenticare che la teoria analitica del diritto concentra il ruolo della scienza giuridica nell'analisi del linguaggio dei testi giuridici. L'assunto filosofico da cui essa prende le mosse è il seguente: il diritto è linguaggio e la norma stessa si presenta come un enunciato linguistico diretto a veicolare un significato di tipo prescrittivo. Su questo linguaggio-oggetto si sviluppa il discorso della scienza giuridica che è, pertanto, "discorso sopra un discorso", ossia un meta-linguaggio di carattere descrittivo.

Tale orientamento di pensiero, influenzato dal neopositivismo, si poteva ben adattare alla tradizionale dogmatica giuridica e al suo oggettualismo normativo. Tuttavia, dalla stessa filosofia analitica, nella misura in cui si andava liberando della metafisica neopositivistica, scaturiscono le critiche a questa immagine descrittivistica della scienza giuridica.

Se l'analisi filosofica è volta, infatti, a operare una terapia del linguaggio in modo da eliminare i fraintendimenti e le trappole linguistiche, allora non si può evitare che il giurista trasformi il linguaggio del legislatore e con ciò stesso s'impegni in giudizi interpretativi segnati da valutazioni. In effetti è

¹⁵ *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p.19.

¹⁶ Cfr. Aversano, *L'interpretazione della legge e la risoluzione delle antinomie*, in www.diritto.it, 2012

ormai ampiamente riconosciuto che il confine tra linguaggio-oggetto e meta-linguaggio non si può tracciare in modo netto e rigoroso¹⁷.

Alle conseguenze valutative della terapia linguistica si deve aggiungere la grande rilevanza di una concezione del significato che si è consolidata nell'ambito della filosofia analitica ad opera del "secondo Wittgenstein"¹⁸. Ci si riferisce alla teoria del significato come uso, la quale non solo rifiuta l'idea che i significati siano attaccati alle parole come "oggetti o entità linguistiche", ma, soprattutto, implica la considerazione stessa del linguaggio come una pratica sociale legata ai comportamenti ed alle intenzioni di coloro che lo usano per realizzare nel mondo i loro obiettivi vitali. Ciò significa che, quando si afferma che il diritto è linguaggio, ci si riferisce a una prassi, a una forma di vita legata a contesti storici di esercizio, a comunità interpretanti. Il linguaggio, infatti, è per definizione "pubblico" ed è legato alle intenzioni degli utenti, ma queste intenzioni si comprendono solo all'interno di una forma di vita; intendere e comprendere sono tra loro strettamente interdipendenti. Afferma in proposito Wittgenstein che "intendere è come dirigersi verso qualcuno", ed allora ci si deve domandare quale paradigma della scienza giuridica può trarsi dal pensiero ermeneutico. In realtà - come ha mostrato Gadamer¹⁹ - la stessa ermeneutica filosofica ha tratto ispirazione dalla tradizione della scienza giuridica, che ha da sempre usato procedimenti di tipo ermeneutico. Tuttavia, questi restavano confinati nell'arte dell'interpretazione, cioè nell'ambito di una "tecnica", senza assurgere ad una teoria della giurisprudenza. Ancora oggi l'ermeneutica giuridica, così com'è praticata dai giuristi, difficilmente si eleva al di sopra dell'uso metodico dei canoni ermeneutici e tuttavia gli sviluppi attuali della filosofia ermeneutica permettono di fare un passo innanzi verso una teoria ermeneutica della scienza giuridica.

Ma una teoria della scienza deve esibire una giustificazione del suo modo d'intendere il ruolo dell'interpretazione. Secondo la scienza giuridica dell'età della codificazione e secondo la teoria analitica, l'interpretazione è necessaria per il rispetto della volontà dell'autorità. Secondo la filosofia ermeneutica, invece, la giustificazione dell'interpretazione riposa sul carattere pratico dell'esperienza giuridica, cioè dall'esigenza di trovare il senso delle azioni sociali. Ciò significa che le radici dell'interpretazione si debbono ritrovare nella comprensione. Il centro filosofico dell'ermeneutica non si trova nell'interpretare ma nel comprendere. L'interpretazione, come attività,

¹⁷ Cfr. Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di Jori, Torino, 1994, pp. 63-104.

¹⁸ Cfr. Viola, *Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica*, www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.

¹⁹ Cfr. Gadamer, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Milano 1983, passim.



acquista un senso proprio perché avviene all'interno di una preliminare comprensione, che è il vero e proprio luogo del "senso". Ogni attività ha un significato solo all'interno di una totalità di senso e di conseguenza la comprensione precede e condiziona l'interpretazione che a sua volta la sviluppa, la corregge e la libera dai fraintendimenti.

Anche nella ricerca scientifica, perché il dato sia enucleato, occorre prima anticiparne il senso e poi verificarlo con il controllo sperimentale, anche se per la filosofia ermeneutica tutto ciò assume una rilevanza ben più profonda, in quanto il comprendere è inteso come un modo d'essere, il modo proprio d'essere dell'uomo.

Da questo punto di vista il senso di una pratica sociale è un compito a cui s'è chiamati, un'impresa che s'intraprende, un obiettivo generale che si persegue.

Ciò significa che il senso, che sta alla base della comprensione ermeneutica, ha un carattere pratico e che una filosofia ermeneutica del diritto non potrà che essere una filosofia pratica.²⁰

²⁰ Cfr. *Epistemologia ed ermeneutica della scienza giuridica*, Prof. Francesco Viola www.ciafic.edu.ar/documentos/Viola_1999.htm