

notizie di

POLITEIA

RIVISTA DI ETICA E SCELTE PUBBLICHE

Anno XXXII - N. 122 - 2016

3

La democrazia dialogica imperfetta

di Gabriele Giacomini

22

Cosmetic Safety Faces Innovation in Europe

by Giorgia Guerra

36

*Verso nuove forme di unioni familiari.
Riflessioni generali e sulla legge sulle unioni civili*

di M. D'Amico, L. Violini, I. Viarengo, M. Mori, N. Vassallo,

P. Donatelli, M. Saporiti, N. Riva, G. Maniaci, M. Cirinnà

114

L'insegnamento della filosofia del diritto

di Enrico Diciotti, Giuseppe Vettori, Fabio Basile

Norme, concetti, argomenti

GIUSEPPE VETTORI*

Rules, Concepts, Arguments

Abstract: The paper deals with the widespread use of constitutional and supranational principles in private law. Nowadays, positive jurists have to work daily with generic rules, that do not precisely identify their scope, the cases to which they are to apply: this phenomenon affects the certainty and predictability of legal decisions. The Principle of effectiveness – which is posed by precise legal provisions – can contribute to a useful dialogue between positive jurists and philosophers.

Keywords: Private law, Rules, Principles, Philosophy of law, Effectiveness.

1. Dalla decodificazione al nihilismo giuridico

*Filosofia del diritto*¹, a cura di Ricciardi, Rossetti e Velluzzi, è un breviario utilissimo per orientarsi nel nuovo sistema delle fonti e per comprendere il ruolo della filosofia del diritto privato in questo momento. Provo a spiegare perché.

Che cosa è accaduto negli ultimi venti anni è noto. Alcuni temi scandiscono il tempo. Il saggio sul nihilismo di Irti² ha aperto il nuovo secolo con una constatazione forte. La decodificazione, parola d'ordine degli anni ottanta e novanta del novecento, non esprimeva in pieno l'essenza del tempo scandita da alcuni dati precisi. L'assenza di ogni criterio di unità, la centralità della norma come *nomo-dotto* attraverso cui transita qualsiasi contenuto, l'angoscia dei giuristi di andare senza un centro e senza direzione, il destino del diritto "dominato dalla dimensione planetaria della tecno economia". La risposta di Mengoni è stata netta. Il diritto non può lasciare solo l'uomo a decidere ciò che è giusto e ingiusto, bene e male. Il positivismo ottocentesco ha prevalso a lungo negli studi giuridici "perché incorporava i valori morali del giusnaturalismo moderno che erano poi i valori dell'Europa cristiana". Includeva, insomma, un "nucleo di principi morali che le norme avevano positivizzato" con un ordine capace di fornire risposte e un metodo compatibile con una società omogenea come quella dell'800, molto diversa dalla società contemporanea, pluralistica e dinamica. In essa i valori e i principi ordinanti sono "incorporati nella Costituzione nella forma dei diritti fondamentali" che appartengono al diritto e alla morale ma "devono essere interpretati e attuati secondo i modi e le tecniche dell'argomentazione giuridica"³.

Su questo dialogo, interrotto, preme un dato che la scienza politica e una parte del costituzionalismo ha posto in chiara luce.

* Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Firenze.

2. La trasformazione costituzionale

Il ruolo della legge nello Stato di diritto ottocentesco è noto. Le regole e le tutele stanno nei codici. I diritti e i principi appartengono alla Politica e il giudice può solo dare voce ai suoi comandi. Il primato della legge e delle regole domina ovunque, nell'Europa continentale e, in forma diversa, nella tradizione di *common law*. Le motivazioni sono espresse con lucidità e recepite da tutti come tratto comune del tempo.

Si è voluto opporsi al modello affermatosi in America per una ragione scritta nella nostra storia, nata dalla Rivoluzione francese e consolidata nella conquista della sovranità popolare che non può essere rovesciata dai Tribunali. Il nocciolo del positivismo europeo sta tutto qui⁴. Il giudice applica la legge senza interpretarla e non ha altra forma superiore, perché la sovranità del popolo si manifesta nella funzione legislativa, mentre le Costituzioni sono testi di principi che appartengono alla politica, appunto, non alle Corti.

Questa visione ha resistito, in Italia, sino agli anni sessanta del novecento e ha subito una trasformazione radicale che incide sulla nostra forma democratica con un carattere irreversibile. I tratti sono ormai evidenti, anche se non condivisi da tutti, e le tappe di questa evoluzione sono oramai ripetute come litanie⁵.

Certo è che il tema dei principi torna, già nella seconda metà del novecento, all'attenzione dei giuristi. Basta qualche cenno. La Corte costituzionale, nella sua prima sentenza del 1957, ribadisce il valore precettivo delle norme costituzionali, prive di fattispecie. I civilisti, già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. I magistrati nel Convegno della loro Associazione svolto a Gardone nel 1965 si dichiarano pronti, in un vero e proprio manifesto, all'applicazione diretta della Costituzione. La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che le norme "si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un' interna costituzionalità", invitando i giudici e gli interpreti a un controllo diffuso che spinge a una interpretazione costituzionalmente orientata⁶.

Ciò che sta accadendo oggi è chiaro ed è stato scandito con parole limpide. Il giudice italiano ed europeo ha piena consapevolezza del rilievo delle norme costituzionali. Muta il rapporto fra legge e giudici perché le regole, i diritti, le tutele devono essere ricercate in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali. Tutto ciò è espresso dalla teoria dell'interpretazione conforme, imposta dai Giudici delle leggi a ogni Tribunale e a ogni interprete. Il confronto fra legge ordinaria e costituzionale deve essere fatto con rigore e piena effettività. Se ciò non avviene il ricorso alla Consulta è addirittura inammissibile. E il significato di questa indicazione è evidente. Il giudice ordinario e la scienza giuridica devono collaborare alla ricerca del significato impegnativo della legge, ricercando la regola e le tutele conformi con le norme costituzionali.

Ma è evidente la novità. Queste norme sono espresse in principi fondamentali per l'assetto dello Stato, ma prive di fattispecie. Sono testi non solo programmatici, ma da tradurre in regole con la legge o l'attività del giudice.

Questo dato appare a molti irreversibile e le ragioni sono molteplici. Sono mutati i caratteri della legge e delle Costituzioni. La legge non può stare dietro alle trasfor-

mazioni dei diritti e delle tutele se non "galoppando", senza un ordine coerente, dietro fatti in profonda evoluzione. La Costituzione ha perduto il carattere mitico e astratto e si è avvicinata alla realtà. Il suo contenuto è negoziato o imposto da un ordine sovranazionale, come nel *Fiscal compact* e nel nuovo art. 81 ove le fasi avverse e i cicli economici sono entrati nel testo dotato ora di una precisa e diversa concretezza.

Tutto ciò muta i contorni del vecchio Stato di diritto in ogni suo aspetto. Al potere unico si sostituisce un pluralismo forte. La legge è subordinata alle norme costituzionali. La Carta fondamentale è affiancata dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali (art. 117 cost.). Giudici e legge acquistano una parità nel dare attuazione a un sistema di fonti complesso. Nessuno dei due poteri ha l'ultima parola e ciò non è un'anomalia ma un progetto politico e una nuova forma democratica che emerge dalla trasformazione costituzionale. L'unica strada percorribile è un dialogo fra i due poteri, entrambi consapevoli dei rischi che sono insiti nel nuovo modello che dovrà confrontarsi con le tecniche applicative di un nuovo ordine costituzionale e di una inedita garanzia di certezza del diritto⁷.

3. La perdita della fattispecie. Il problema della certezza e prevedibilità

La replica a tale visione è netta. La crisi della fattispecie che ha la sua origine nella Costituzione e nella scoperta dei valori genera un diritto incalcolabile. Per un motivo chiaro. La fattispecie "attrae a sé gli eventi futuri" e il giudizio che riconduce il fatto a uno schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base "alla sensibilità emotiva del giudicante" e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta "a coloro che realmente detengono il potere" e "alla volontà autoritativa del magistrato". Non solo. L'idea "metafisica di un diritto sovra-positivo" nasconde di tutto (valori, utopie, *ethos* morale) senza che il precedente possa creare una ragionevole certezza perché un *corpus* coerente di casi "dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere" la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso "presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sicché non c'è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri". Insomma la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l'uso di clausole generali e valori determina un diritto che "perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell'occasionalità del puro decidere"⁸. Le conseguenze di tutto ciò appaiono gravissime. "La crisi o piuttosto la perdita della calcolabilità tocca l'essenza stessa della modernità occidentale... fondata sulla fiducia nell'applicazione di regole note, intacca la razionalità giuridica del capitalismo, elimina il controllo di logicità e l'efficacia didascalica e pedagogica del sillogismo"⁹. Questa lucida analisi muove da una premessa altrettanto assoluta. Afferma la priorità della legge, come solo e unico strumento per assicurare un controllo democratico del contratto e manifesta una fiducia assoluta nel principio di legalità espresso da un modello di Stato che mostra, oggi come si è accennato, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa.

Nel volume che dà origine a queste note si ricordano gli orientamenti più importanti nella riflessione filosofica del diritto oggi. Sono due. L'analisi economica del diritto e l'approccio alla Giustizia¹⁰. Mi permetto di segnalare un ulteriore tema.

4. L'effettività nel dibattito filosofico

Se giurisprudenza e legislazione concorrono nel formare il diritto, scritto e riscritto oggi da vari soggetti, l'unica strada possibile non è il ritorno alla fattispecie e al sillogismo propri del modello dello Stato liberale di diritto. Tutt'altro. È necessario un dialogo fra i due poteri, entrambi consapevoli della necessità di un nuovo ordine fondato su norme, concetti e argomenti. E il pensiero filosofico ha un ruolo preciso nella creazione di un ordine mutato nelle fondamenta e in cerca di nuovi elementi di certezza e prevedibilità. Non fosse altro per un dato. "Conoscere l'esperienza significa porsi all'interno del mondo del diritto e cogliere il momento in cui il pensiero giuridico organizza il suo mondo"¹¹. In questa comprensione e nella possibilità di cogliere tutti i nessi impliciti ed espliciti di questo ordine in formazione sta "la naturale essenza della filosofia della giurisprudenza". La quale concorre alla costruzione dei concetti e degli istituti giuridici in cui il pensiero e la prassi si concreta. Abbiamo alle spalle il relativismo e il giusnaturalismo laico e religioso e si va in cerca di un'ontologia sociale che fissa l'essenza delle cose e degli istituti nella loro oggettività ed effettività. Il contratto, la responsabilità, i diritti sono atti sociali. Non occupano uno spazio fisico e non sono universali, ma appartengono al tempo che contribuiscono a ordinare. Quale che sia il dato che fonda la costruzione di questa realtà sociale (l'intenzionalità collettiva di Searle o il reticolo di iscrizioni di Ferraris¹²) certo è che il diritto ordina questa realtà in base a un testo. Delimitato oggi da regole e principi spesso senza fattispecie. Fra questi ha un ruolo sempre più chiaro l'effettività.

Il termine nel diritto positivo si afferma nella seconda metà del novecento, nella dottrina internazionalistica, come "requisito fondamentale per l'accertamento dell'esistenza vitale di uno Stato o di un governo", ma si è avvertito subito che l'espressione poteva riferirsi a tutte le situazioni giuridiche analizzate "nel loro concreto atteggiarsi nella realtà"¹³.

La scienza gius-pubblicistica aveva già riflettuto su di un diritto che deve avere valore effettivo e su norme, che pur emanate con procedimento corretto, devono essere "effettivamente vigenti nell'ordinamento"¹⁴, ma l'elaborazione teorica più significativa si deve ad autori che fissano, nella seconda metà del novecento il rapporto fra fatto e diritto. È noto che Kelsen torna costantemente sul tema della effettività dell'ordinamento come condizione necessaria, ma non fondamento per la sua validità e legittimità¹⁵. Ciò consente di "tenere la realtà 'dei fatti' al di fuori dei puri confini del diritto" e di affermare una teoria pura dell'ordinamento giuridico statale che trova il suo fondamento di validità in piani diversi. Su una norma ipotetica che attribuisce ai costituenti la creazione del diritto e sul principio di effettività come norma positiva dell'ordinamento internazionale che concede "ai padri della Costituzione la potestà di agire come primi legislatori dello Stato"¹⁶. In tal modo, pur in difetto di piena coerenza, si esalta il monismo giuridico, ma non si rinuncia mai a ribadire il concetto di effettività che acquista "da allora cittadinanza nella scienza giuridica"¹⁷. Per una serie di motivi.

Giusnaturalismo e realismo per motivi opposti non utilizzano il principio di effettività. "Il primo per un eccesso di razionalismo (o se si preferisce, per un difetto di realismo inteso come realtà di fatto), il secondo per eccesso di empirismo (o se si pre-

ferisce, per un difetto di idealismo)¹⁸. Tale teoria è fatta propria, invece, dalle teorie giuspositiviste di tipo normativistico basate sulla idea del diritto qual è (e non quale dovrebbe essere) e sulla distanza fra fatto e diritto inteso come dover essere¹⁹. Ma questo ultimo profilo vacilla già in Kelsen che "introduce un elemento di fattualità nel concetto di diritto quando afferma che "le norme giuridiche non sono norme qualsiasi ma norme effettivamente statuite". Solo in tal modo, si osserva, l'ordinamento ha il carattere della validità e dell'efficacia in quanto ordine "in complesso...osservato" ove l'effettività limita la legittimità²⁰. Entrambi sono costitutivi del concetto di diritto ma la norma fondamentale che guarda ai fatti effettivi "conferisce valore a quei fatti... (e) il diritto positivo è, perciò, l'unica forma di dover essere oggettivo". Sicché resta il dubbio se il principio di effettività usato da Kelsen consacrì il fatto compiuto, giustificò la forza, legittimi regimi autoritari. Dubbio che per alcuni non può che essere sciolto positivamente²¹.

Il principio acquista una qualità diversa nella teoria istituzionale di Santi Romano che ribalta la concezione di Kelsen. Anzitutto osservando che la realtà deve subordinare il concetto e non viceversa. Sicché è diritto solo quello che "ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo" in base a una "trasformazione del fatto in uno stato giuridico (che) si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni e alle esigenze sociali" e "sulla suscettibilità di un nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito...a trovare il suo assetto". Prima di ciò si avranno supremazie o forze che si impongono ma non Stati e ordini "che non possono essere passeggeri creazioni... (ma) il risultato di innumerevoli forze e di procedimenti che hanno radici secolari nella storia"²² e nelle radici profonde di una comunità²³.

Si può dire insomma che, pur nella diversità di posizioni, teoria pura del diritto e istituzionalismo ripropongono l'effettività come un problema di consapevolezza sui modi della conversione del fatto in diritto. Aspirazione antica²⁴ e ancor più pressante nella scienza giuridica contemporanea che può far tesoro di alcune acquisizioni forti. "Il principio di effettività non giuridicizza ciecamente qualsiasi situazione: al contrario indaga al fine di accertare se una situazione, per essere fornita di determinati requisiti, sia riconoscibile come situazione ordinata in diritto", il quale non detta le condizioni della conversione del fatto in diritto, ma queste condizioni ci sono. E sono quelle "senza le quali il fatto, per se stesso, non vale, non ha forza, non è: queste condizioni sono le condizioni dell'effettività"²⁵.

La critica di confondere così fatto e diritto non coglie nel segno per una serie di motivi. Il principio serve a frenare la subordinazione del diritto alla politica richiamando, in ogni singolo problema di vita, la realtà di tutto quanto l'ordinamento che razionalizza il potere del legislatore e conferma la validità delle sue regole. Così "libera il precetto dalla immediata dipendenza dalla volontà del legislatore inserendolo nella 'sistematicità' delle norme che creano e devono creare sistema". Insomma l'effettività implica la sistematicità. Di più "esorta il diritto a guardare all'attività degli individui e alle loro quotidiane azioni...le quali manifestano 'interessi e bisogni' che l'effettività è tenuta a valutare e regolare nella complessità dell'ordinamento"²⁶. In questo senso l'effettività non riduce il diritto al fatto ma attribuisce valore al fatto²⁷.

Essenziale è qui un confronto fra giuristi e filosofi e spero che il volume affronti

questo tema nella prossima edizione. Non fosse altro per la presenza di opinioni molto diversa. Ne ricordo alcune.

Per alcuni stiamo vivendo un "ipertrofia del presente, nella quale l'incertezza del futuro illanguidisce i legami con il passato, dimenticando che l'esperienza giuridica ha il suo *proprium* nella continuità"²⁸. L'effettività delle tutele "sarebbe un esempio tra i tanti di quell'utilizzo improprio della dogmatica, volto ad asseverare...esiti interpretativi altrimenti periclinanti". La conclusione è che la tutela esiste solo se la legge la prevede e quando la legge la preveda va attuata nei modi e nei limiti che la legge le assegna²⁹. Insomma "argomentare dal principio di effettività non avrebbe alcun senso sino a quando non si sia stabilito quale sia la regola alla quale riferire tale effettività e dalla quale la tutela trae origine. Può essere effettiva solo una tutela di cui si conosca già il contenuto; e usare l'effettività per determinare quest'ultimo significa mettere prima il dopo, con una chiara inversione logica"³⁰.

Le risposte sono altrettanto nette. Per alcuni l'irruzione nel nostro ordinamento di diritti e principi determina un salto di qualità tale da consentire all'ordinamento di utilizzare mezzi *extra ordinem* che possono permettere di raggiungere alcuni risultati "non seguendo la via ortodossa della fonte", ma attraverso una *materialisierung* che consente di dar rilievo agli interessi materiali non formalizzati che emergono dalle singole fattispecie. Dal contratto sociale alla nullità di protezione all'espansione della responsabilità precontrattuale e aquiliana nella disciplina del contratto, sino alla stessa delimitazione del danno risarcibile. Ciò in base a tutele capaci di attribuire rilievo a un interesse che la fattispecie non ha saputo indicare in modo pieno. Sicché ci si distacca dalla regola per individuare, tramite il principio di effettività, un interesse degno di tutela. Un piano mobile ed elastico che non ha necessità di modifiche legislative ma trae forza dai principi che regolano il contratto e il processo³¹.

Non solo. Si osserva³² che la fattispecie appartiene alla politica e va esaminata in un tempo, quello attuale, dominato dall'innovazione e da un'oggettività critica basata su una consapevolezza che si trae dal passato. Nessun sistema può validare se stesso e occorre oggi una ragione senza dogmi che ponga al centro la persona e la sua tutela da soddisfare "con pienezza ed effettività".

I principi sono norme dotate di un diverso grado di generalità rispetto alla fattispecie. Sono nella definizione di Kant "proposizioni generali, anche desunte per induzione dall'esperienza, che possono servire da premessa maggiore in un sillogismo". Da qui la possibilità di una loro conoscenza e applicazione scientifica, tramite la teoria dell'argomentazione che supera la fragilità del giudice, trascorrendo dal soggetto all'oggetto. L'argomentazione deve essere "strutturata in precisi e rigorosi statuti epistemologici spesso dettati dalla legge" perché "il vuoto della fattispecie va coperto dall'interpretazione, caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza...È necessaria una connessione intrinseca tra dispositivo e motivazione, determinata dal nesso di consequenzialità". Ciò significa che si deve familiarizzare con la Retorica come "studio metodico delle buone ragioni", "tensione al consenso del destinatario del discorso...costituzionalmente necessario, trasparente e capace di lasciarsi controllare e modificare". Il sillogismo non può essere messo in disparte ma si deve abbandonare il sillogismo apodittico per un sillogismo critico. Non solo. Il richiamo ai valori non deve

spaventare perché spesso è la legge che opera questo rinvio con una sequenza logica fra fatto, diritto, valore. Basta pensare all'art. 1321 del codice ove si descrive l'autonomia privata. Si parla in successione di accordo (fatto), potere (legge) e libertà (valore)³³, ma più ancora all'art. 36 della costituzione ove il richiamo alla retribuzione sufficiente si basa sulla necessità di assicurare "a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa" valore che è divenuto una vera testata d'angolo dello Stato sociale di diritto.

Insomma giustizia ed effettività³⁴. È su questo che vorrei continuare un dialogo che il volume sollecita e propone in modo utilissimo.

Note

¹ M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma: Carocci, 2015.

² N. Irti, "Nichilismo e metodo giuridico", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2002, 4, p. 1159 ss., ma il primo atto del dialogo fra Irti e Severino compare in *Contratto e impresa*, 2000, p. 665 ss. Il secondo atto compare in N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari: Laterza, 2001. v. ora N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza 2004.

³ L. Mengoni, "Diritto e tecnica", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2001, p. 1 ss. e la risposta di Irti in N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 103 ss.

⁴ v. N. Bobbio, *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto 1953*, Torino: Aragno, 2012.

⁵ Per una sintesi, *I Principi nell'esperienza giuridica*, in *Riv.it.Sc.giur.*, 2014, p. 3 ss. Il primo codice civile del Regno d'Italia fu emanato il 2 aprile 1865 quando Firenze era capitale e l'art. 3 di quel testo richiama come criterio ermeneutico e di chiusura "i principi generali del diritto". Nel maggio 1940 si tenne a Pisa un Convegno che nel titolo conteneva un preciso proposito: "Formazione legislativa dei principi generali del diritto". La ragione era politica naturalmente. Il nuovo codice civile era in formazione, ma non risultava conforme all'ideologia del tempo. I principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento. La reazione negativa dei giuristi del tempo fu netta e scandita da una serie di preoccupazioni. La cautela nei confronti di un'opera oppressiva dell'ideologia. I timori per le insidie del diritto naturale "inteso come un incumbente (e sfuggente) minaccia da esorcizzare". L'avversità nei confronti del giudice legislatore. L'esito fu la codificazione di una norma molto diversa dalla precedente. L'art. 12 delle Disposizioni al codice civile vigente fa riferimento "ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". L'esito era chiaro. Si restringeva lo spazio dei principi per una pluralità di motivi. La giuridicità non ne ha bisogno perché è contrassegnata dalla positività e dalla statualità del diritto. Solo così si può assicurare certezza e stabilità dell'ordinamento e ribadire la centralità del codice civile.

⁶ U. Breccia, "Principi: luci ed ombre nel diritto contemporaneo", *Riv.it.Sc.giur.*, cit., p. 121 ss., e ivi A. Jannarelli, "I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico", p. 77 ss., G. Alpa, "I principi generali. Una lettura giusrealistica", p. 77 ss.

⁷ M. Fioravanti, "La trasformazione costituzionale", *Riv.trim.dir.pubb.*, 2014, 2, p. 295 ss., Id., "Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione", *Quaderni costituzionali*, 2006, 1, p. 8 ss.

⁸ N. Irti, "Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)", in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova: Cedam, 2016, e Id., "La crisi della fattispecie", *Riv.dir.proc.*, 2014, p. 36 ss.; "Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie", *Riv.dir.civ.*, 2014, p. 987 ss.; "Un diritto incalcolabile", *Riv.dir.civ.*, 2015, p. 11 ss.

⁹ N. Irti, *op. lc. cit.*

¹⁰ M. Ricciardi, "C'è una filosofia del diritto privato?", in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto*, Roma: Carocci, 2015, p. 147.

¹¹ Così già B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli: Jovene, 1958, p. 3 ss., in un libro che ha avuto molto successo fra i giuristi positivi negli ultimi decenni del novecento.

¹² J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Milano: Edizioni di Comunità, 1995; M. Ferraris, *Ontologia del telefonino*, Milano: Bompiani, 2005; Id., *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari: Laterza, 2005 e T. Andina e C. Barbero, *Ermeneutica, Estetica, Ontologia*, Bologna: il Mulino, 2016.

¹³ G. Salvioli, "L'effettività in diritto internazionale", *Rv.trim.dir.publ.*, 1953, II, p. 280 ss. e in particolare P. Piovani, "Effettività (principio di)", in *Enc. Dir.*, XIV, 1960, p. 420 ss.; G. Gavazzi, "Effettività (principio di)", in *Enc. Giur.*, Treccani, XII, 1988.

¹⁴ v. G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano: Società editrice libraria, 1921, p. 70, richiamato da Piovani, *op. cit.*, p. 425.

¹⁵ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino: Einaudi, 1956, p. 77 ss.

¹⁶ Così P. Piovani, *op. cit.*, p. 426.

¹⁷ P. Piovani, *op. cit.*, p. 428.

¹⁸ Così P. Piovani, *op. cit.*

¹⁹ G. Gavazzi, *op. cit.*, p. 2 ss.

²⁰ Così, testualmente, G. Gavazzi, *op. cit.*, p.3, la prima è condizione in base alla quale solo certo materiale può essere pensato come giuridico la seconda è la condizione primaria per cui un materiale può essere pensato come diritto.

²¹ Ancora G. Gavazzi, *op. cit.*, p. 4.

²² S. Romano, "L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione", in *Scritti minori*, I, Milano: Giuffrè, 1950, p. 146.

²³ P. Piovani, *op. cit.*, p. 429.

²⁴ A. Cammarata, "Il significato e la funzione del 'fatto' nell'esperienza giuridica", *Ann. Macerata*, 1929, p. 393-431; W. Cesarini Sforza, "Ex facto jus oritur", in *Studi filosofico-giuridici per G. del Vecchio*, I, Modena: Società tipografica modenese, 1930, pp. 86-97.

²⁵ P. Piovani, *op. cit.*

²⁶ Ancora P. Piovani, *op. cit.*

²⁷ G. Gavazzi, *op. cit.*, p. 4 ed ivi una ragionata bibliografia sul principio.

²⁸ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 2015, p. 7, ove si cita N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna: il Mulino, 1978, p. 40, "uno spostamento dell'orientamento sociale di fondo...che fa sì che le decisioni possano essere giustificate non più mediante collaudati elementi preesistenti di natura normativa o fattuale ma, in definitiva, mediante le conseguenze" ma v. L. Mengoni, "L'argomentazione orientata alle conseguenze", in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 100 ss.

²⁹ C. Castronovo, *op. cit.*, p. 195, nota 245 ma v. anche sul piano del processo le critiche di G. Verde, "Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto", *Dir.giur.*, 1978, p. 241 ss.; Id., *Profili del processo civile*, I, Parte generale, Napoli: Jovene, 2002, pp.134-135, secondo l'a. tale principio introdurrebbe nel nostro sistema un metodo e una finalità proprio dei paesi anglosassoni, attribuendo al giudice un'ampia discrezionalità non giustificata nei paesi di *civil law*. Sul punto v. anche la replica di A. Proto Pisani, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli: Jovene, 2003, p. 285 ss.

³⁰ C. Castronovo, *op. cit.*, p. 237.

³¹ A. Di Majo, "Rimedi e dintorni", *Eur.dir.priv.*, 2015, p. 703 ss.

³² G. Benedetti, "Fattispecie e altre figure di certezza", *Persona e mercato*, 2015, p. 67 ss.

³³ G. Benedetti, *op. cit.*, p. 67ss.

³⁴ Utilissima la lettura di J. Derrida, *Forza di legge*, trad. it., Torino: Bollati, 2003, p. 74 ss.

Riflessioni di un penalista

FABIO BASILE*

Reflections of a Scholar in Criminal Law

Abstract: The companion, *Filosofia del diritto (Philosophy of Law)*, edited by M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, offers an important chance to think over the strong, old and recurring relationship between legal philosophy and criminal law. Moreover, it shows that the solutions provided by positive law are not "absolutely" valid: legal philosophy unveils this fiction!

Keywords: Legal philosophy, Criminal law, Punishment, Responsibility.

Premessa

Quando ho ricevuto l'invito a discutere il volume *Filosofia del diritto*¹, sulle prime sono rimasto perplesso ("un professore di diritto penale invitato a recensire un testo di filosofia del diritto? Che stranezza!"). Poi ho confidato, da un lato, sull'intelligenza di chi mi ha invitato ("un motivo ci sarà!") e, dall'altro, sull'atto di assunzione di responsabilità da parte di chi tale invito mi ha rivolto ("mal che vada, la colpa è loro!"), e ho quindi aderito con piacere ed entusiasmo.

Piacere ed entusiasmo provati anche nell'ottica della possibilità di sfruttare ogni occasione utile di scambio di saperi e metodi tra docenti di diverse discipline giuridiche: possibilità particolarmente preziosa in considerazione dell'attuale marcata, forse eccessiva, settorializzazione, a livello universitario, delle discipline giuridiche, che spesso rende ignari noi docenti universitari di quello che "succede" nell'orticello del nostro vicino di casa (il penalista sa quali sono le principali linee di evoluzione e i fermenti più significativi degli ultimi anni del diritto civile, o di quello costituzionale? Ovviamente un'analogia domanda potrebbe essere rivolta anche al civilista e al costituzionalista).

Essendo io un penalista, ho altresì pensato che l'invito a presentare un testo di filosofia del diritto potesse essere anche un modo per evidenziare il legame, antico e intenso, che esiste tra queste due discipline. Il diritto penale, infatti, è da sempre oggetto di particolare attenzione da parte dei filosofi del diritto. Del resto, grandi maestri del diritto penale sono stati anche filosofi del diritto: pensando a letture che mi hanno profondamente affascinato, potrei ricordare Feuerbach nell'800, e Max Ernst Meyer e Radbruch nel '900. Tutt'oggi nelle università tedesche le cattedre di diritto penale e di filosofia del diritto sono quasi sempre riunite nello stesso Istituto e spesso anche

* Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

nella stessa persona: solo per riferire di colleghi conosciuti personalmente, posso ricordare Roxin e Schönemann a Monaco, Neumann a Francoforte, Hörnle a Berlino; infine, sempre con riferimento alla dottrina di lingua tedesca, segnalo che uno dei testi di filosofia del diritto più diffusi e apprezzati è curato proprio da tre penalisti-filosofi del diritto².

Completando l'indice del volume qui discusso, ho in effetti subito trovato conferma del legame che avvince il diritto penale alla filosofia del diritto. Molti dei saggi presenti in questo *companion* sono infatti di immediato interesse per il lettore penalista. Su tre di essi ho, quindi, deciso di soffermarmi in particolare, elaborando le seguenti considerazioni che sottopongo all'attenzione del paziente lettore.

Punitur quia peccatum est aut ne peccetur?

Il saggio di Massimo Renzo, intitolato "Pena", ripropone l'eterno quesito: l'inflizione di una pena si giustifica guardando a quello che è avvenuto (il reato commesso), ovvero guardando a quello che potrebbe avvenire (il reato da prevenire)? Si tratta di una questione di matrice filosofica che tocca l'anima del diritto penale: che cosa giustifica l'inflizione, organizzata e patrocinata dallo Stato, a un essere umano di un male *terribile* come la privazione della libertà personale? E anche quando non priva della libertà, la pena è comunque "la più dura e distruttiva sanzione utilizzabile dal legislatore"³. La pena comporta, infatti, una serie di restrizioni e limitazioni che possono segnare in maniera profonda, talora indelebile, il destino del condannato, anche quando la fase della sua esecuzione in senso stretto sia esaurita⁴. È quindi proprio l'elevato contenuto di sofferenza connesso alla pena che ci impone di interrogarci sulla possibile giustificazione della sua inflizione.

Nel suo contributo Renzo illustra le varie teorie che hanno provato a fornire una siffatta giustificazione, seguendo la tradizionale suddivisione delle stesse tra teorie retributive e teorie prevenzionistiche (quest'ultime dall'Autore chiamate "conseguenzialiste", in linea con la dottrina anglofona: del resto, proprio la costante attenzione rivolta a tale dottrina è uno dei punti di forza del contributo in esame). Renzo si propone poi di saggiare criticamente la "capacità di resistenza" di queste teorie al cospetto di tre fondamentali parametri:

- il parametro della *meritevolezza della pena*;
- il parametro della *proporzione tra reato e pena*;
- infine, il parametro, di matrice kantiana, della *dignità umana*: trattare gli altri sempre come fini, mai come semplici mezzi (parametro assolutamente ineludibile, anche quando potrebbe apparire "indigesto" andare alla ricerca della dignità di un pedofilo, di un serial killer, di uno spacciatore, di un boss mafioso...).

All'esito di tale serrata analisi, Renzo evidenzia che nessuna teoria può essere difesa "come la giustificazione vincente. Questo per il semplice fatto che non vi è una teoria che, per quanto promettente, non sia soggetta a problemi e obiezioni di qualche tipo": affermazione assolutamente condivisibile, soprattutto se si guarda anche al diritto penale positivo, ove non è registrabile alcuna netta prevalenza di una teoria sulle

altre; anzi, spesso esse si trovano intrecciate, ibridate, sovrapposte, anche perché dietro le concrete scelte del legislatore raramente vi sono chiare concezioni della pena e della sua giustificazione, bensì, più di frequente, interessi politici, emergenze e contingenze, tattiche elettorali, spinte emotive, pressioni di lobby.

Di fronte a questo procedere confuso, incoerente, ondivago del legislatore storico acquista viepiù valore e pregio la filosofia del diritto col suo patrimonio di riflessioni ed elaborazioni, il quale costituisce un'autentica riserva di *strumenti critici* che consentono di far penetrare lo sguardo oltre al quotidiano e al transeunte, con l'obiettivo di poter dire qualcosa non solo sull'"essere", ma anche sul "dover essere" della pena e della sua inflizione.

Responsabilità: istruzioni per l'uso (del concetto)

Un altro contributo che, fin dal suo titolo ("Responsabilità"), ha attratto il mio interesse di penalista, è quello di Filippo Santoni de Sio. Qui si parte da una bella e chiara esposizione dei quattro sensi fondamentali del concetto di responsabilità, sulla scia degli scritti di Hart su "responsabilità e pena":

- la responsabilità come ruolo (su cui l'Autore deliberatamente non si sofferma);
- la responsabilità come causa;
- la responsabilità come soggezione a conseguenze giuridiche;
- infine, la responsabilità come capacità.

Proprio nell'illustrare quest'ultimo senso – che nel vocabolario penalistico potremmo tradurre con la parola "imputabilità" – Santoni de Sio affronta due questioni di grande attualità nel dibattito teorico e nell'applicazione pratica del diritto penale:

- la possibilità di utilizzo nel processo penale delle *neuroscienze*: a detta di taluno, infatti, gli strumenti messi a disposizione da tali scienze (*neuroimaging*, indagini sulla vulnerabilità genetica, test neuropsicologici, *memory detection*, etc.) potrebbero consentire di superare alcuni limiti delle tradizionali tecniche utilizzate in sede di accertamento del vizio di mente dell'imputato⁵;
- l'incidenza che le *dipendenze da sostanze tossiche* o i *disturbi della personalità a carattere compulsivo* (ad es., le ludopatie) potrebbero avere sulla "capacità di volere" dell'imputato: come è noto, infatti, la celebre sentenza "Raso" delle Sezioni Unite del 2005⁶, accogliendo una nozione non strettamente nosologica del concetto di infermità, ha aperto le porte, almeno in teoria, alla rilevanza anche delle predette dipendenze e dei predetti disturbi quali fattori di compromissione dell'imputabilità⁷.

Nell'illustrare, invece, la categoria di "responsabilità come causa", Santoni de Sio tocca un *nervo scoperto* della giustizia penale: l'accertamento del nesso di causalità nei reati d'evento, accertamento che emerge in tutta la sua drammatica complessità in processi che riguardano, ad esempio, omicidi in ambito sanitario (si pensi ai processi per "colpa medica") o lavoristico (si pensi alle morti da amianto), o i disastri ambientali (si pensi ai casi Eternit o Ilva); e Santoni de Sio, senza timori reverenziali, propone una radicale revisione di quello che nella giurisprudenza penale, dalla sentenza Fran-

zese⁸ in poi, è assunto a una sorta di "dogma": il paradigma causale della *condicio sine qua non* con sussunzione sotto leggi scientifiche.

Proprio questa capacità di sottoporre a motivata critica un "dogma" (al di là della condivisibilità di tale critica) rivela ancora una volta il prezioso ruolo della filosofia del diritto, nelle presenti circostanze incarnata dal volume qui recensito: la filosofia del diritto invita, anzi provoca, alla continua rimediazione delle soluzioni raggiunte dal diritto positivo, ricordandoci che tali soluzioni non sono mai le soluzioni giuste "in assoluto": i dogmi, nel diritto, non esistono!

Molto stimolanti risultano, infine, anche i passaggi, dedicati dall'Autore, alla "responsabilità come soggezione a conseguenze giuridiche", di cui "esempio tipico" (sono ancora parole dell'Autore: pag. 119) è proprio la "colpevolezza nel diritto penale". Qui viene, infatti, illustrata la teoria, risalente a Bentham, delle "intenzioni dirette" e delle "intenzioni oblique", più di recente rielaborata da John Finnis per enucleare la dialettica tra "intenzioni" e "effetti collaterali": una dialettica che potrebbe riservare interessanti sorprese al penalista impegnato a conferire *succo e polpa* al concetto, fluido e fluttuante, di dolo eventuale.

Il giudice: che cosa fa? quali caratteristiche possiede?

Il terzo contributo sul quale desidero soffermarmi è rivelatore di una delle grandi *virtù* della filosofia del diritto: poiché la filosofia del diritto conduce i propri studi e le proprie ricerche *senza essere vincolata* a un pre-determinato ordinamento giuridico e, tanto meno, *senza essere vincolata* a un particolare settore del diritto positivo, essa diventa capace di parlare alla "classe universale" formata da tutti i giuristi, a prescindere dall'ordinamento giuridico di loro appartenenza, a prescindere dal loro settore di specializzazione.

Parla, infatti, a tutti i giuristi il contributo di Vito Velluzzi (intitolato "Giudizio"), fornendo loro i dati essenziali per rispondere a due fondamentali quesiti: che cosa fa il giudice? quali caratteristiche possiede?

Quanto al primo quesito, Velluzzi ci ricorda che il giudice "fa" discorsi, "fa" ragionamenti: il giudice "fa" quel particolare ragionamento ricostruibile in termini di "sillogismo pratico giudiziale" o, più precisamente, "fa" una serie di sillogismi pratici che si sviluppano l'uno sull'altro fino alla sentenza.

Per costruire, o meglio giustificare, la "premessa maggiore"⁹ dei suoi sillogismi pratici, il giudice deve compiere una sequenza rigorosa di attività, a partire dall'individuazione delle fonti giuridiche valide (operazione questa sempre più complessa nell'attuale sistema giuridico, dove alla *piramide* delle fonti di Kelsen è subentrato un *reticolo multilivello*).

La "premessa minore"¹⁰, invece, scaturisce dalla qualificazione giuridica dei fatti *così come ricostruiti dal giudice*. Il passaggio della "ricostruzione dei fatti", e quindi del ragionamento probatorio in senso stretto, risulta peraltro cruciale, come ben evidenzia Velluzzi, essendo esso il terreno su cui germogliano i seguenti dilemmi teleologici: quale scopo ha la prova? lo scopo di ricostruire la verità? e quale verità? la verità storica o la verità processuale?¹¹

Dopo aver articolato la risposta al quesito “che cosa fa il giudice”, il contributo in esame passa a individuare le caratteristiche che il giudice deve possedere: “indipendenza, imparzialità, terzietà”. Bene, peraltro, Velluzzi sottolinea che per lo meno la prima di queste tre caratteristiche – l’indipendenza – si radica e si preserva grazie alla soggezione del giudice soltanto alla legge: è solo rimanendo soggetto esclusivamente alla legge che il giudice acquista e salvaguarda la sua indipendenza. Ma rimanere “soggetto solo alla legge” – e qui si capisce il motivo per cui i due quesiti sopra sollevati vengono trattati congiuntamente da Velluzzi – significa fare “ragionamenti, discorsi sulla legge, intorno alla legge”, significa, insomma, impostare i sillogismi pratici giudiziali sopra descritti.

Conclusione

Le riflessioni suscitate dai tre scritti sui quali mi sono qui soffermato – ma lo stesso varrebbe anche per gli altri saggi presenti in questo prezioso e agevole *companion* – confermano appieno l’“intuizione” che i tre curatori formulano nella nota introduttiva (pag. 11): il diritto positivo non è “ragione incarnata”, non è “un giacimento di verità atemporali”. Le soluzioni offerte dal diritto positivo non sono, infatti, soluzioni giuste “in assoluto”; sono, invece, soluzioni relative, precarie, storicamente e culturalmente condizionate, e la filosofia del diritto, col suo arsenale di elaborazioni e riflessioni, ci offre gli attrezzi per smascherare questa finzione di verità assoluta.

Ha ben ragione, allora, Claudio Luzzati – altro stimato collega “filoso del diritto” – quando scrive che “troppo spesso si concepisce la filosofia come una specie di orpello, o di fronzolo retorico, per ornare con qualche bella frase a effetto i discorsi dei giuristi positivi; laddove, invece, essa andrebbe concepita come una fabbrica di potenti strumenti d’analisi che ci consentano non solo di avvalorare le prassi correnti, ma anche, e soprattutto, di smascherarne impietosamente le ideologie”¹².

Note

¹ Ricciardi, Rossetti, Velluzzi (a cura di), 2015.

² Kaufmann, Hassemer, Neumann, 2011.

³ Con queste parole si apre un testo fondamentale della dottrina penalistica italiana: Marinucci e Dolcini, 2001, p. 5.

⁴ Si pensi alle tante preclusioni, di fatto e di diritto, che incontra un ex-detenuto il quale, uscito dal carcere, vorrebbe ritornare nella società come cittadino “rieducato”.

⁵ In argomento, v., nella più recente dottrina penalistica, Grandi, 2014, p. 1249 ss.; Bertolino, 2013, p. 1 ss.; Collica, 2012, p. 1 ss.

⁶ Cass., S.U., 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), n. 9163.

⁷ In argomento, v., di recente, l’accurato studio di Bianchetti, 2015, p. 383 ss.

⁸ Cass., S.U., 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), n. 30328.

⁹ Nell’esempio scolastico prospettato nel testo (p. 256), la premessa maggiore da giustificare è: “Tutti i ladri devono essere puniti”.

¹⁰ “Tizio è un ladro” (*ibidem*, p. 256).

¹¹ Su tali dilemmi, in una prospettiva più marcatamente (anche se non esclusivamente) processual-penalistica, v. Ubertis, 2015, p. 1 ss.

¹² Luzzati, 2010, p. 7.

Bibliografia

Bianchetti, R. (2015), “Disturbo da gioco d’azzardo ed imputabilità”, *Diritto penale contemporaneo, rivista trimestrale*, 1, p. 383.

Bertolino, M. (2013), “Prove neuro-psicologiche di verità penale”, *Diritto penale contemporaneo, rivista online*, 8 gennaio.

Collica, M.T. (2012), “Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità”, *Diritto penale contemporaneo, rivista online*, 15 febbraio.

Grandi, C. (2014), “Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1249.

Kaufmann, A., Hassemer, W., Neumann U. (eds.) (2011), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Karlsruhe: C.F. Müller.

Luzzati, C. (2010), *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto*, 1, Torino: Giappichelli.

Marinucci, G., Dolcini, E. (2001), *Corso di diritto penale*, III ed., Milano: Giuffrè.

Ricciardi, M., Rossetti, A., Velluzzi, V. (a cura di) (2015), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma: Carocci.

Ubertis, G. (2015), *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè.