



ARS BONI ET AEQUI

Il diritto fra scienza, arte,
equità e tecnica

a cura di Giuseppe Limone

Quaderni del Dipartimento
di Scienze Politiche
"Jean Monnet" dell'Università
degli Studi della Campania
"Luigi Vanvitelli"

9

L'ERA
DI ANTIGONE



FRANCOANGELI

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



L'era di Antigone

Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet"
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Direttore: Giuseppe Limone

Comitato di Direzione:

Domenico Amirante, Francesco Cammisa, Amedeo G. Conte, Patrizia De Pasquale, Lucia Di Costanzo, Pasquale Femia, Gianni Francesetti, Diego Giannone, Carlo Lanza, Aldo Masullo, Virgilio Melchiorre, Mariano Menna, Andrea Milano, Lucia Monaco, Gian Maria Piccinelli, Giuseppe Riccio, Livio Rossetti, Osvaldo Sacchi, Floriana Santagata, Sergio Sorrentino, Rossana Verde, Alberto Virgilio, Angelo Zotti.

Quaderno n. 9

L'ERA DI ANTIGONE

Quaderni del Dipartimento
di Scienze Politiche
"Jean Monnet" dell'Università
degli Studi della Campania
"Luigi Vanvitelli"

ARS BONI ET AEQUI

Il diritto fra scienza, arte,
equità e tecnica

a cura di Giuseppe Limone

FRANCOANGELI

Dipartimento di Scienze Politiche “Jean Monnet”
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

giuseppelimone@tin.it
dip.scienzepolitiche@pec.unicampania.it

Segreteria Amministrativa
Dott.ssa Paola Landriani

Redazione
Luigi Vitullo
Carmela Bianco
Silvia Domenica Zollo
Pasquale Viola

In copertina: Charles Jalabeat, Antigone guida Edipo cacciato da Tebe
Marsiglia, Musée des Beaux Arts

Grafica della copertina: Elena Pellegrini

Copyright © 2016 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

<i>Giuseppe Limone, Ars boni et aequi. Ovvero i paralipòmeni della scienza giuridica</i>	pag.	7
--	------	---

Parte prima Il problema teoretico

<i>Giulio Maria Chiodi, Considerazioni introduttive al diritto inteso come equità</i>	»	47
<i>Osvaldo Sacchi, La “Grande Bellezza” del diritto romano: l’ars boni et aequi di Ulpiano e la prospettiva estetica del diritto</i>	»	65

Parte seconda Profili politologici

<i>Diego Giannone, Dalla democrazia liberale alla governance neoliberale: Stati e Unione Europea di fronte alla crisi</i>	»	97
<i>Anastasiia Kraskovska, Rights of indigenous people in Russian Federation within UN Declaration and national legislation</i>	»	125
<i>Angelo Zotti, L’agire ‘espressivo’ come limite allo sviluppo sociale, politico ed economico. Analisi di un modello d’azione e dei suoi effetti aggregati</i>	»	133

Parte terza Profili etico-giuridici

<i>Alberto Virgilio, Spunti di riflessione in tema di clamore mediatico e rimessione del processo</i>	»	153
---	---	-----

<i>Alfonso Falcone</i> , Spunti di riflessione in tema di indagini sotto copertura: profili sostanziali e processuali alla luce della Cedu	pag.	165
<i>Valeria Verde</i> , Note in tema di verificaazione della scrittura privata	»	181
<i>Animesh Das</i> , ‘Greed’ Or ‘Ethics’: How Difficult Is It To Set the Priority In International Trade?	»	191

Parte quarta
Profili comparatistici

<i>Raffaele Aveta</i> , Nuovi strumenti di contrasto al traffico illecito dei beni culturali	»	209
<i>Luigi Colella</i> , La “crisi” dello Stato nazione in Francia tra globalizzazione, multiculturalismo e libertà religiosa: brevi note sulla querelle “anti burkini”	»	221
<i>Benedetta Panchetti</i> , Il confessionalismo libanese alla prova del riconoscimento del primo matrimonio civile	»	233
<i>Adele Pastena</i> , Breach of antitrust rules and consumer protection: class action and private enforcement in Italy and the U.S.A	»	261
<i>Pasquale Viola</i> , Sull’idea di “mercato” nell’esperienza costituzionale italiana e spagnola. Un quesito di natura teoretica	»	291

Parte quinta
Recensioni

<i>Chiara Correndo</i> , M. Kötter, T. J. Röder, G. Folke Schuppert, R. Wolfrum (a cura di), <i>Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State</i>	»	301
<i>Alessandro Cenerelli</i> , A. Lušnikov, M. Lušnikova, <i>Trudovye prava v XXI veke: sovremennoe sostojanie i tendencii razvitija</i>	»	303
<i>Gli Autori</i>	»	307

Ars boni et aequi. Ovvero i paralipòmeni della scienza giuridica

di Giuseppe Limone

1. Il problema

Hans Kelsen nei suoi *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, chiarendo i tratti fondamentali del giuspositivismo, afferma senza mezzi termini che la giustizia è un ideale *irrazionale*¹. In quanto tale, non suscettibile di conoscenza razionale. D'altra parte, dalla latinità antica perviene a noi, come è noto, l'idea del diritto come *ars boni et aequi* (*digesto*, 1,1), come arte del buono e dell'equo.

Per Kelsen il diritto non è giustizia; per la latinità, il diritto è intrinsecamente connesso con il *bonum* e con l'*aequum*. Per Kelsen, di questo diritto (positivo) si dà scienza; per la latinità, di quel diritto (equitativo) si dà arte.

Fra il concetto di diritto positivo di Kelsen e l'*ars boni et aequi* del diritto romano la distanza non potrebbe essere maggiore. La questione è storica, filologica, epistemologica e stipulativa. Noi intenderemo qui porla da un ulteriore punto di vista. Non ci interrogheremo sui diversi contesti storici e filologici del significato di *diritto*. Ci domanderemo, invece, ponendoci in una prospettiva contemporanea, sulle strutture intrinseche in ogni discorso sul diritto. Ci interrogheremo, cioè, sui *prolegòmeni a ogni discorso sul diritto, che si presenti come diritto positivo*.

A prescindere dai significati specifici che nel loro contesto hanno il diritto positivo kelseniano e il diritto della cultura romana, la domanda che oggi è possibile rivolgersi è: ha un senso il significato del *bonum et aequum*, del buono e dell'equo, nel lessico giuridico contemporaneo? E, ancora più specificamente, può avere un suo senso l'*ars boni et aequi* (l'arte del buono e dell'equo) nella concezione giuspositivistica kelseniana?

¹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000 (tit. orig. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934-1960).

In altri termini, ci interrogheremo su se abbia senso – e quale senso – un *bonum et aequum* (un buon e un equo) nella concezione giuspositivistica di Hans Kelsen e, al tempo stesso, in qualsiasi altra concezione giuspositivistica.

Uno dei modi migliori per misurare la vitalità di un'idea è cercarne le tracce nel contesto più difficile, cioè in quello che la nega. Franz Kafka scriveva che dall'avversario ci viene la maggior forza. In questo contributo cercheremo di individuare nel testo kelseniano, guardandolo contropiede, le tracce di un itinerario non immediatamente percettibile, ma molto chiaro, almeno in filigrana.

In un celebre film di Michelangelo Antonioni, *Blow up* (1966), il regista mostra come un fotografo – attraverso progressivi ingrandimenti di una scena colta dall'obiettivo – riesce ad identificare cose e avvenimenti che a prima vista non apparivano affatto: l'individuazione di un corpo e la consumazione di un delitto.

Cerchiamo di compiere alcuni passi.

2. Forma logica e forza reale

Vediamo il primo passo. Nel ricostruire la struttura dell'ordinamento giuridico positivo, presentata come costruzione a gradi (*Stufenbau*), Kelsen chiarisce il significato e il ruolo della norma fondamentale. Essa è quella norma non scritta che costituisce il presupposto logico necessario dell'intero ordinamento, al quale conferisce unità e validità (cioè esistenza nel mondo del diritto). Kelsen, però, quando si pone il problema di un colpo di stato o di una rivoluzione, sottolinea che questi due fenomeni socio-politici mutano la norma fondamentale². Ci si può domandare, in proposito, come possa un colpo di stato o una rivoluzione – eventi appartenenti al mondo reale – mutare un presupposto logico, per giunta trascendentale.

Una possibile risposta è certamente nell'individuazione del *doppio ruolo* della norma fondamentale. Questa, nel suo contenuto semantico, è stata correttamente ricondotta da Norberto Bobbio all'affermazione: «obbedisci all'ordinamento giuridico». Domandiamoci: a un *qualsiasi* ordinamento giuridico? Se il colpo di stato e la rivoluzione incidono sulla sussistenza della norma fondamentale, il suo contenuto semantico va, a questo punto, correttamente riformulato. Ciò significa che la norma fondamentale, mentre costituisce il presupposto logico dell'ordinamento giuridico, si sostanzia

² Cit., p. 99 ss.

nella formula: «obbedisci a *questo* ordinamento». Cioè a questo ordinamento giuridico effettivamente e storicamente – qui e ora – vigente.

La norma fondamentale ha, perciò, intrinseco nel suo significato il *rinvio* a una forza socio-politica che s'impone (un colpo di stato o una rivoluzione). Ma, in realtà, rinviando a questa forza, non rinvia ad essa soltanto in quanto s'impone, perché rinvia a essa *in quanto permane nel suo imporsi*. Kelsen, cioè, con la norma fondamentale rinvia a una forza *originante e perdurante*. Senza questa forza, quella norma fondamentale non sussisterebbe affatto, estinguendosi nel suo ruolo.

3. Dal presupposto logico al presupposto ontologico

In altri termini, nel considerare l'ordinamento giuridico di cui Kelsen parla, bisogna domandarsi non solo sul suo presupposto *logico* (la norma fondamentale) ma anche sul suo presupposto *ontologico*, ossia sul fenomeno socio-politico che, imponendo quella norma nel mondo dell'*esistenza*, fa *permanere* quella norma come tale.

In ultima analisi, dentro la norma fondamentale di Kelsen operano contemporaneamente due funzioni: quella che costituisce il presupposto logico dell'intero ordinamento e quella che trasmette a quello stesso ordinamento la forza reale, nascente dal mondo sociale, forza senza la quale quell'ordinamento non esisterebbe come reale, o meglio non potrebbe essere oggetto della scienza giuridica di un diritto in atto.

D'altra parte, Kelsen è pienamente consapevole del fatto che, pur potendosi distinguere tra validità di una norma (singola) ed efficacia di una norma (singola), per quanto concerne, invece, l'intero ordinamento giuridico la condizione di validità dell'ordinamento è costituita anche dalla sua effettività, ovvero dalla sua *efficacia complessiva*.

Si badi. Il complesso delle norme che costituiscono l'intero ordinamento giuridico non potrebbe essere tenuto in unità se non operasse un principio logico (una regola non scritta) che quelle norme tiene insieme. A questo principio logico la scienza giuridica è permanentemente connessa, allo scopo di strutturare e presentare quell'ordinamento come ordinamento, cioè come unitario. Ma, se questa scienza giuridica è scienza giuridica di un ordinamento effettivo e non di un ordinamento ineffettivo, essa *non può non presupporre*, come sostanza vivente del principio logico messo in opera, il mondo della vita che a quell'ordinamento giuridico dà perdurante esistenza e sostegno.

Si osservi. Esiste un punto specifico in cui Kelsen, parlando del diritto, esplicitamente dichiara che esso può vivere soltanto all'interno di un mon-

do di uomini che possano disobbedirgli³. Un complesso giuridico destinato alle pure realtà minerali o alle macchine non potrebbe essere diritto.

Se incrociamo le due osservazioni kelseniane sopra individuate – quella consapevole della decisività del colpo di stato e della rivoluzione come originanti e quella consapevole del destinatario ineludibile del mondo del diritto, quello umano –, ne ricaviamo che nella filigrana dell’impianto teorico kelseniano è ben visibile la consapevolezza che un ordinamento giuridico si muove a partire da un mondo umano che gli sottostà e si rivolge al mondo umano che ne è destinatario. Il mondo del diritto sta – necessariamente sta – fra il mondo umano che ne è il presupposto ontologico e il mondo umano che ne è il destinatario imprescindibile.

In questo orizzonte, il mondo umano, facendosi colpo di stato o rivoluzione o sostegno efficace e perdurante dell’ordinamento giuridico, lo fa sussistere e permanere come giuridico, destinandolo al mondo umano che ne è destinatario. In questo senso, la norma fondamentale, nella sua funzione portatrice di una forza reale, si pone come legame ombelicale tra la forza sociale a cui attinge e il mondo umano a cui si rivolge.

In definitiva, per comprendere un ordinamento giuridico, non basta ricorrere alla norma fondamentale che ne costituisce il presupposto logico. Occorre ricorrere al presupposto ontologico che a quel presupposto logico invisibilmente sottostà, cioè al mondo umano della vita.

Un ordinamento giuridico dà voce al mondo umano della vita che gli sottostà, e può farlo o perdurando nel suo essere come è o cambiando struttura per il mutamento che gli viene imposto. Più precisamente, questo mondo umano o si pone come mondo della forza che resiste al colpo di stato e alla rivoluzione o si pone come mondo della forza che realizza il colpo di stato e la rivoluzione.

Del resto, fin dall’inizio del suo discorso nei *Lineamenti*, Kelsen è consapevole del fatto che il mondo della vita sottende il mondo giuridico che ne costituisce qualificazione formale. Egli, infatti, puntualmente rileva che, ancor prima che il diritto qualifichi formalmente i fatti, questi fatti hanno già, nel mondo della vita, una loro auto-qualificazione⁴. Una tale osservazione, a ben vedere, non è da poco. Essa significa, in realtà, che, quando il diritto positivo qualifica i fatti di cui si occupa, non può non tener conto – perlomeno nel senso che deve farvi materiale riferimento – dei fatti che, nel mondo degli uomini, hanno una loro auto-qualificazione. Bisogna domandarsi, a questo punto, se nel sistema kelseniano una tale auto-qualificazione

³ Cit., p. 87 ss.

⁴ Cit. p. 48.

dei fatti abbia un qualche ingresso. È ciò di cui, fra l'altro, intendiamo occuparci nelle righe che seguono.

4. L'ordinamento giuridico come struttura

Un ordinamento giuridico, fatto di norme, può essere pensato solo a certe condizioni fondamentali. A ben vedere, infatti, l'idea di ordinamento giuridico non è empiricamente dato dall'insieme delle leggi, dei decreti e degli altri atti che lo fondano e lo costituiscono. Questi atti, di per sé, sono una massa di dati storici non necessariamente organici e, peraltro, empiricamente disaggregati nello spazio e nel tempo. Perché possano essere pensati secondo un'idea di unità, occorre una precisa *fictio*, una speciale *finzione*, che, da un lato, *de-psichizzi* quegli atti storici di comando e, dall'altro lato, li *de-temporalizzi* connettendoli fra loro secondo una pura configurazione logica, atta a costituire una rete ordinamentale.

Per costruire un simile ordinamento, si farà necessariamente ricorso a principi, ossia a regole non scritte che precedono le norme scritte, appartenendo a quella ragione che è chiamata a compiere un'opera di unificazione ragionata.

Saranno impiegati, pertanto, *principi*, riconducibili a due tipi. Il primo è di carattere logico-formale, costituito dai puri criteri della logica (principio di identità, di non contraddizione, del terzo escluso), integrati – peraltro – da alcuni principi logico-funzionali, di carattere classificatorio, come quelli che riguardano la continenza (norma generale/norma speciale), la temporalità (norma precedente/norma successiva) e la forza gerarchica (norma più forte/norma più debole). Il secondo tipo di principi è di carattere logico-sostanziale, costituito dal criterio fondamentale della ragion sufficiente, consistente nel domandarsi sulla ragione (cioè sul senso) della norma in oggetto.

Attraverso il primo tipo di principi (quello logico-formale e logico-funzionale) la ragione costruisce un ordinamento tendenzialmente coerente e completo: coerente, nel senso che la costruzione della rete normativa deve potersi presentare, nei limiti del possibile, senza contraddizioni; completo, nel senso che questa rete, per costituire ordinamento, deve poter contenere – o aspirare a contenere – al suo interno tutte le soluzioni possibili per i casi da regolare. Il risultato di questa *fictio* sarà la costruzione di un ordinamento pensato sul puro piano logico-formale e logico-classificatorio. A una tale costruzione tende principalmente quella che è stata chiamata “giurisprudenza dei concetti”.

Attraverso il secondo tipo di principi (quello fondato sulla ragion suffi-

ciente) la ragione costruisce un ordinamento che, tenendo conto delle ragioni giustificative di ogni norma e del complesso delle norme, attinge le sue fondamentali ragioni ai bisogni della vita concreta. A una tale costruzione tende principalmente quella che è stata chiamata “giurisprudenza degli interessi”.

È utile, a questo punto, una sintetica esplorazione del rapporto fra norme e principi sul piano logico-sostanziale, ossia sul piano della ricerca della ragion sufficiente che li accomuna. In una prima approssimazione, possiamo dire che la norma è una regola scritta che disciplina una situazione determinata; il principio, invece, è una regola non scritta che costituisce la ragione giustificativa della regola scritta in cui vive (o è, nel caso in cui si presenti come principio scritto, una regola considerata come estensibile, secondo il criterio della somiglianza, oltre i limiti della sua stessa determinazione logico-linguistica). Questo principio, regola non scritta (o solo incompletamente scritta), mette in luce, perciò, tre funzioni: 1) consente di comprendere, interpretare e applicare la regola scritta di cui è la ragione giustificativa; 2) è capace di estendersi a tutti i casi simili che non sono esplicitamente regolati da regole scritte e che sono suscettibili di una medesima ragione giustificativa; 3) mette in connessione una norma con tutte le possibili altre – in forma di geometrie variabili – sulla base di una medesima ragione. In altri termini, il principio, a differenza della norma, è la *ratio* solo intellettualmente percettibile che vive nella norma. Esso si esprime in più forme: dando ragione giustificativa (cioè senso) alla norma stessa; confermando, restringendo o ampliando il suo significato letterale; consentendo l'estendersi della norma ai casi simili da essa non regolati; permettendo il collegamento della norma con altre possibili norme sulla base di una comune *ragione giustificativa*.

Potremmo dire in proposito, per impiegare una dicitura platonica, che il principio non è immediatamente manifesto, perché intelligibile solo a una seconda navigazione, quella puramente intellettuale. In questo senso, il principio si presenta come non scritto: non nel senso, però, che non possa essere scritto, ma nel senso che non è *esaustivamente* formulabile per iscritto, potendo essere approssimato e prospettato in infinite altre forme, non circoscrivibili in modo esaustivo. In altri termini, si dice che il principio è non scritto, cioè non formulabile esaustivamente per iscritto, secondo lo stesso spirito con cui Platone contestava la scrittura in quanto tale. A ben vedere, Platone contestava la scrittura non perché i pensieri non potessero essere scritti, ma perché non potevano essere esaustivamente formulati in sede intellettuale. In effetti, la posizione platonica contro la scrittura era, più propriamente, la contestazione di ogni tipo di formulazione intellettuale che si pretendesse esaustiva di un'idea.

Si osservi. Come una norma non può vivere senza un principio, chiamato

a darle senso, così un principio non può vivere senza una norma chiamata a dargli carne. Una norma senza un principio che la giustifichi è cieca; un principio senza una norma in cui si incarni è vuoto. Una norma che impedisca al suo interlocutore di conoscere la sua *ratio*, non è una norma: è un ordine militare; un principio che si auto-impedisca di trasformarsi in una tavola di comportamenti normati, non è un principio: è un *flatus vocis* o uno slogan pubblicitario.

Come dicevamo, può ben trovarsi, a volte, un principio presentato come scritto. In questo caso, esso è norma, se è circoscritto ai casi specificamente indicati. Ma sarà principio nella misura in cui possa estendersi a casi simili (aventi la medesima *ratio*), la cui similarità non è preventivamente – cioè concettualmente – circoscrivibile.

5. Le lacune: dalla norma al principio

Hans Kelsen, per sostenere l'idea che un ordinamento giuridico è interamente fatto di norme (scritte), sostiene che in un ordinamento giuridico non vi sono *lacune*. Si intendono lacune di un ordinamento le situazioni in cui lo stesso ordinamento manca della norma specifica per il caso concreto considerato. Kelsen contesta l'esistenza delle lacune perché ritiene che esse non sono, in realtà, lacune, dal momento che consistono semplicemente nel desiderio che appartengano all'ordinamento norme che all'ordinamento non appartengono affatto in quanto non sono scritte. Le pretese lacune, perciò, per Kelsen non sono reali, ma ideologiche, cioè frutto di una proiezione del desiderio. Esse consistono, pertanto, nella introduzione surrettizia di un desiderio all'interno dell'ordinamento considerato.

Kelsen stesso, però, ammette che esistono particolari *lacune*, da lui chiamate “lacune tecniche”, per le quali l'assenza di certe norme non permetterebbe a un istituto giuridico di funzionare⁵. Nel caso delle lacune cosiddette tecniche, Kelsen propone che le si interpreti in modo da rendere possibile, nell'ambito delle norme poste, il funzionamento dell'istituto giuridico considerato. L'esempio da Kelsen portato è quello di un consiglio per il quale non sia previsto chi lo convochi. In tal caso, mancando la norma contenente il potere di convocare, l'assenza della norma specifica va, per Kelsen, interpretata nel senso che qualsiasi componente del consiglio può convocare. Ma domandiamoci: perché mai dovrebbe operare questa interpretazione e non invece l'altra per la quale *nessuno* è autorizzato a

⁵ Cit., p. 127.

convocare? Ossia: perché mai fra il principio interpretativo per cui tutti possono convocare e quello per cui nessuno può convocare dovrebbe prevalere, senza una ragione formale fondativa, il primo?

In realtà, se si approfondisce lo sguardo, l'interpretazione kelseniana concernente le lacune tecniche opera attraverso un principio non detto e non scritto per il quale l'istituto giuridico di cui si parla deve realizzare i fini della vita per cui esiste. Là dove mancano le norme esplicite per il funzionamento dell'istituto, deve poter operare, in realtà, un principio che attinge direttamente al mondo della vita, costituito dai suoi pragmatici scopi.

Vediamo, invece, il caso individuato da Ronald Dworkin, là dove egli considera la fattispecie per la quale un nipote, essendo stato con testamento dal nonno nominato erede, per ottenere l'eredità lo uccide. Può, in questa circostanza, il nipote ereditare dal nonno? Mentre nella lacuna tecnica si dà una mancanza normativa che impedisce all'istituto giuridico di funzionare, nella lacuna cosiddetta ideologica si dà una mancanza normativa che impedisce all'istituto di funzionare come istituto capace di salvaguardare un minimo del giusto.

Nel caso della lacuna tecnica, manca la norma necessaria al funzionamento dell'istituto; nel caso, invece, della lacuna ideologica, manca la norma desiderata. Ci sono, però, casi in cui è difficile, anzi impossibile, distinguere se manchi una norma necessaria o se manchi una norma desiderata. Potrebbe darsi, infatti, il caso in cui deve necessariamente individuarsi in un complesso normativo un "principio non scritto" per un elementare buonsenso. A ben vedere, anche nel caso della "lacuna tecnica" individuata da Kelsen, può scoprirsi che essa non differisce molto da una cosiddetta "lacuna ideologica". Domandiamoci, infatti: qual è la ragione per la quale si sceglie di interpretare nel senso che chiunque possa convocare invece che nel senso che nessuno possa convocare? La vera ragione, non detta, è una sola: si desidera che l'organismo consiliare possa funzionare anzi che non possa funzionare. Anche nella lacuna tecnica, in realtà, è nascosta una lacuna ideologica.

Perciò, per quanto Kelsen accuratamente distingue le lacune tecniche dalle lacune ideologiche, una tale distinzione può diventare, a certi livelli di approfondimento, inafferrabile. La vera questione, in realtà, è domandarsi su come impostare il problema delle lacune. Un contributo importante viene da una nota analisi di Norberto Bobbio⁶. Egli tratta della dottrina chiamata della norma generale esclusiva (Zitelman, Donati). Nella prospettiva di questa dottrina, una situazione regolata da una norma, viene vista come ricadente in una norma *particolare inclusiva*. La dottrina della norma gene-

⁶ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.

rale esclusiva osserva, in proposito, che, quando opera una norma particolare inclusiva, sta contemporaneamente operando – nel caso considerato – una norma generale esclusiva, la quale esclude dalla norma particolare inclusiva tutte le situazioni diverse da quella prevista. Ma – osserva Bobbio – possono presentarsi situazioni nelle quali è incerto se ricadano o non ricadano nella norma particolare inclusiva, trattandosi di situazioni solo per certi aspetti simili alla situazione considerata. Bobbio osserva, a questo punto, che deve potersi strutturalmente ipotizzare, accanto alla norma generale esclusiva, l'esistenza di una norma *generale inclusiva*, che concerne tutti i casi simili al caso specificamente disciplinato dalla norma particolare. Nell'ipotesi di una fattispecie simile ma non uguale, essa può essere attratta nella disciplina prevista dalla ipotizzata norma generale inclusiva.

Nella prospettiva di questa impostazione, nel caso di una fattispecie non prevista con certezza dalla norma particolare inclusiva, rimane, a questo punto, incerto se al caso non previsto debba applicarsi l'ipotizzata norma generale *esclusiva* o l'ipotizzata norma generale *inclusiva*. In una tale impostazione, cioè, la lacuna di un ordinamento si chiarisce come l'incertezza su se alla fattispecie considerata debba applicarsi la norma generale esclusiva o la norma generale inclusiva. Se in una sala è vietato entrare con le armi (norma particolare inclusiva), ciò significa che è consentito entrare senza armi (norma generale esclusiva). Ma ci si domandi: se sono munito di un piccolo bastone (che non è detto sia un'arma), il mio comportamento rientra nella norma generale esclusiva o nella norma generale inclusiva? Potrò o non potrò entrare, munito di un piccolo bastone, in quella sala? La lacuna dell'ordinamento su questo punto significa semplicemente che in questo caso è incerto quale sia la norma da applicare. La lacuna dell'ordinamento consiste, in realtà, nella incertezza insuperabile sulla norma da applicare. La questione nascente da questa incertezza è *razionalmente indecidibile*.

Una tale indecidibilità consente di svolgere, a questo punto, una riflessione più generale. Si tratta di rendersi conto che il campo concettuale descritto da una norma generale esclusiva e quello descritto da una norma generale inclusiva, essendo entrambi campi classificatori, non riescono a far discernere con certezza i loro confini. Ciò significa che l'istanza classificatoria, in quanto tale, non riesce a dare una percezione adeguata delle situazioni singolari, essendo queste – in quanto appartenenti al mondo della vita – sempre più ricche rispetto a qualsiasi istanza classificatoria. In altri termini, alla tenaglia classificatoria la vita, fatta di singole situazioni, sempre *sfugge*. Come un'anguilla. Il principio, in realtà, è semplicemente l'evento segnalatore di questo *sfuggire essenziale*.

Della questione qui discussa, in realtà, può darsi anche un'altra impostazione. Se ci si confronta con la tesi secondo la quale potrebbe darsi, in ipote-

si, un ordinamento giuridico in cui sia sempre possibile trovare la norma specifica per la situazione da regolare, è possibile mostrare anche in altro modo che tale tesi è insostenibile. Essa è insostenibile per tre fondamentali ragioni. In *primo luogo*, le norme sono fatte di parole necessariamente generiche, e pertanto è sempre possibile il verificarsi di una situazione di confine, tale per cui non si sa se essa appartenga o non appartenga al dominio della parola giuridica adoperata. In *secondo luogo*, nell'evolversi delle situazioni sociali e del progresso tecnico-scientifico, possono presentarsi sempre situazioni per le quali l'ordinamento giuridico non prevede una norma specifica. In *terzo luogo*, è da considerare, in linea generalissima, che, essendo infinita la massa delle possibili condizioni entro cui può operare un ordinamento, imprevedibili possono essere – all'interno di queste condizioni – i significati e gli effetti delle norme. Possono fruttuosamente trarsi, in proposito, significative analisi dalla teoria dei presupposti del contratto di Bernhard Windscheid. In realtà, in termini fondamentali, nessuna teoria può conoscere la totalità delle condizioni entro cui e a partire da cui conosce/disciplina.

Per queste tre ragioni (operanti nello spazio e/o nel tempo), un ordinamento non riesce mai a presentarsi privo di lacune. La presenza di lacune, in un qualsiasi ordinamento giuridico, è, perciò, *strutturale*, cioè inevitabile. In questo senso, nella situazione in cui un ordinamento presenti lacune, è necessario avvalersi di *principi*, cioè di regole non scritte che operino là dove mancano regole scritte. L'invocazione di principi è pertanto, all'interno del funzionamento di un qualsiasi ordinamento giuridico positivo, *inevitabile*.

In definitiva, se assumiamo come prospettiva critica di base quella della regola generale esclusiva, un principio dovrà decidere se la situazione non prevista con chiarezza dalla norma appartenga al dominio della norma generale esclusiva o a quello della norma generale inclusiva. Un tale principio non è concettualizzabile, cioè non è circoscrivibile in confini certi. In realtà, per impiegare concretamente il principio che decide, dovrà necessariamente attingersi alla forma di vita sottostante, storicamente determinata, la quale sarà l'unica a poter cooperare – qui e ora – alla concretizzazione del principio da impiegare.

Se è vero, pertanto, che un ordinamento giuridico positivo non riesce ad essere mai privo di lacune nei confronti dell'infinita massa possibile di situazioni da regolare, se ne deduce che l'idea kelseniana per cui ogni ordinamento giuridico è sempre completo non è altro che una finzione, una *fictio*. Ma domandiamoci: da dove questa *fictio* deriva? Essa nasce, in effetti, dal desiderio che l'ordinamento giuridico positivo abbia sempre una soluzione per il caso desiderato (e ciò indipendentemente dalla giustezza di una tale soluzione). Ma ciò significa che, per quanto Kelsen non lo confessi, anche la sua dottrina "pura", esprimendo un desiderio corrispondente a una finzione, è

un'ideologia. In definitiva, la dottrina kelseniana è un'ideologia della purezza che nasconde la sua natura ideologica. Una dottrina critica, essendo consapevole delle inevitabili lacune esistenti all'interno di qualsiasi ordinamento giuridico, non può non prendere atto della necessaria presenza di *principi*. Ma questi principi, per essere saturati e concretizzati nel loro ultimativo significato, da colmare qui e ora, non possono non attingere alla forma di vita da cui emergono. Si tratta di quello che potrebbe, in altro linguaggio, denominarsi *l'ultimo miglio* nella concretizzazione del principio.

Dicevamo che Kelsen distingue, anzi *separa*, i fatti della vita in quanto si auto-qualificano dai fatti della vita in quanto sono formalmente qualificati dal diritto positivo che li prevede⁷. Ma, nel momento in cui si scopre che in un qualsiasi ordinamento giuridico esistono – e non possono non esistere – principi e nel momento in cui si scopre che questi principi, per essere compresi, debbono necessariamente attingere al mondo della vita sottostante, può concludersene che il diritto positivo, mentre qualifica formalmente i fatti della vita, rinvia, attraverso i principi, a quei fatti stessi per acquisire gli specifici modelli con cui essi si auto-qualificano. Per esempio, se una norma comanda di essere diligenti in un particolare lavoro, nel momento in cui prescrive diligenza, necessariamente fa rinvio a quel mondo della vita (dei fatti) che già sa che cosa è la diligenza. E, ancora, se una norma comanda un certo comportamento e, comandandolo, implica in questo suo comando il principio del non recar danno a un altro, sta facendo rinvio, con questo suo principio del non far danno, a quel mondo della vita (dei fatti) che già sa che cosa significa il recar danno.

Pertanto, sia che la norma implichi un principio che ne è la ragione giustificativa, sia che la norma faccia riferimento a una parola-idea che non possa essere concettualizzata, sempre questa norma rinvia allo strato dei fatti della vita in quanto si auto-qualificano ben prima che una norma giuridica formalmente li qualifichi. Ciò significa che, in questi casi, viene a cadere la separazione, istituita da Kelsen, tra fatti della vita che si auto-qualificano e norme che formalmente li qualificano: viene a cadere nel senso che le norme che formalmente qualificano i fatti attingono – necessariamente attingono – una parte del loro significato ai fatti della vita che si auto-qualificano. Non si dimentichi che, per esempio, nell'ordinamento giuridico italiano la Corte di Cassazione, considerata giudice di puro diritto, può e deve, però, in questo suo esercizio potestativo, giudicare attingendo alle massime di esperienza e ai fatti notori. Ciò implica, in realtà, una inconsapevole confessione della inevitabilità, in specifiche circostanze, del riferimento al mondo della vita.

⁷ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit.

6. Norme, principi, valori

Potremmo, a questo punto, individuare più strati. Il primo, quello manifesto, è lo strato delle *norme, esplicitamente scritte*; il secondo strato, non immediatamente manifesto ma intelligibile a una seconda navigazione – quella intellettuale – è costituito dai *principi*; il terzo strato è quello dei *valori*, corrispondente a quei pezzi di esperienza, presenti nella *forma di vita* sottostante, che sono vissuti dalla stessa come *modelli positivi da preservare* e diffondere. Si tratta, beninteso, dei valori sentiti alla luce della forma di vita praticata, e non dei valori *tout court*. In ogni caso, questi valori si costituiscono, alla scala di questa forma di vita, come un *buono* e come un *equo*: si costituiscono come un “buono”, in quanto contengono modelli da preservare; si costituiscono come un “equo”, in quanto contengono una struttura bilanciata di limiti da non varcare, sia nell’insieme che nei particolari. Il buono concerne l’intero da salvare; l’equo gli equilibri minimi da preservare. Si tratta di equilibri che concernono non solo l’insieme, ma i singoli particolari, di cui deve essere garantita, all’interno dell’insieme, la dignità.

I predetti tre strati (quello delle norme, quello dei principi, quello dei valori) hanno statuto epistemologico diverso. Le norme hanno statuto *logico* (relativo a enti chiaramente e distintamente classificati); i principi hanno statuto *analogico* (relativo a enti *simili*, non chiaramente circoscrivibili, perché il “simile” non è concettualizzabile); i valori hanno statuto *fenomenologico* (relativo a esperienze di vita viva, da percepire non in termini puramente intellettuali, ma di vissuto). Le norme e i principi sono modelli in termini di *pensato*; i valori appartengono, invece, all’esperienza dei *vissuti*. Le norme si costituiscono in parallelo con i *concetti*; i principi in parallelo con le *idee*⁸; i valori in parallelo con le *esperienze vive della vita*. Le norme, in quanto concetti e in quanto biunivocamente legate a fattispecie serialmente uguali, si costituiscono in corrispondenza con quella figura che oggi chiamiamo algoritmo, intendendo con esso una sequenza di atti ordinati e finiti; i principi, in quanto idee e in quanto non circoscrivibili a un universo di fattispecie chiare e distinte, non sono, invece, riconducibili ad algoritmi, in quanto il loro modello di pensato è strutturalmente – cioè inevitabilmente – aperto; i valori, in quanto non riducibili alla sfera intellettuale, appartengono alla corrente pre-categoriale della vita, costituendo nella forma di vita modelli degni di rispetto. Nelle norme possiamo riconoscere

⁸ Sulla distinzione radicale fra concetto e idea vedi G. Limone, *Persona e Memoria. Oltre la maschera: il compito del pensare come diritto alla filosofia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016.

figure semantiche, nei principi *macchie semantiche*, nella forma di vita e nel mondo della vita *sorgenti semantiche*. Ci si richiama, qui, alle “figure” per esprimere la nettezza della forma logica di cui si parla; ci si richiama alle “macchie” per esprimere la nettezza del nucleo interno e lo sfumato dei contorni; ci si richiama, infine, alle “sorgenti” per esprimere il flusso volumetrico, multidimensionale e pre-categoriale della vita.

Veniamo, a questo punto, a una necessaria considerazione sul rapporto tra forma di vita (*Forma vivendi, Lebensform*) e valori. Innanzitutto va sottolineato che questi riferimenti alla vita non costituiscono affatto un’apologetica acritica (cioè vitalistica) della vita rispetto alla forma. Anche la vita, infatti, può essere densa di fenomeni negativi (istinti regressivi, comportamenti compulsivi, reazioni rabbiose, sommovimenti viscerali, etc.) a cui una forma di regole deve poter apprestare rimedi. Il riferimento strategico alla vita rispetto alla pura forma significa, in questo contesto di discorso, il rinvio alla vita quotidiana degli uomini osservata nella sua capacità di praticare un ordine irreflesso e condiviso, atto a riprodursi pacificamente nel tempo. In questa pratica quotidiana, infatti, si manifesta e si declina il modo particolare con cui quella comunità vive senza strappi e senza sbalzi la sua duratura pace. All’interno di questa pratica quotidiana vive, in realtà, una condivisa e durevole *forma di vita*.

Questa forma di vita, in quanto storicamente determinata, e perciò relativa al tempo storico considerato, pur avendo *propri* valori, ha una sua struttura complessivamente bilanciata e una sua intrinseca “ragionevolezza”. D’altra parte, questa forma di vita, pur relativa, non è però arbitraria, perché mantiene pur sempre in sé alcuni connotati fondamentali dell’*umano*. Si tratta di un mondo umano in cui non possono vigere rapporti a piacimento. Ciò significa che una qualsiasi forma di vita, per restare umana, deve pur sempre mantenersi entro argini non valicabili, sotto pena dell’irruzione del *disumano*. In questo senso, a ogni forma di vita sottostà pur sempre – per quanto invisibile – un mondo umano della vita i cui limiti possono varcarsi soltanto generando quella catastrofe che consiste nell’intollerabile, nell’orrendo, in ciò che desta incubo, nel disumano. Allo scopo di percepire l’invalidità di questi limiti, ci siamo in altra sede intrattenuti per sostenere una tesi intorno all’idea del minimo del valore da preservare, sotto pena di catastrofe (dell’umano e dello stesso spettatore intellettuale che teorizza e che guarda)⁹.

Se concentriamo, perciò, l’attenzione sul principio, può osservarsi che

⁹ Con una tale tesi si è inteso andare oltre la classica contrapposizione fra cognitivismo etico e noncognitivismo etico. Vedi, in proposito, G. Limone, *La catastrofe come orizzonte del valore*, Monduzzi, Milano 2014.