

LE RAGIONI DEL REALISMO GIURIDICO COME TEORIA DELL'ISTITUZIONE O DELL'ORDINAMENTO CONCRETO*

Letizia Gianformaggio (Università di Siena)

1. Significati di 'realismo giuridico'.

Se il termine ‘realismo’ è ambiguo, la locuzione ‘realismo giuridico’ lo è in sommo grado. Comincerò, allora, enucleando sinteticamente cinque possibili significati della locuzione in oggetto:

- I° significato: Esiste nella realtà un referente del discorso del giurista;
- II° significato: Esiste nella realtà un referente del discorso del diritto;
- III° significato: Non si può distinguere tra discorso del giurista e discorso del diritto;
- IV° significato: Esiste una realtà prodotta dal diritto;
- V° significato: La «realtà» cui fanno riferimento i discorsi del giurista e del diritto non è, in alcun senso, una «realtà giuridica».

2. Breve illustrazione, con specificazioni, di questi significati.

I° Stando al primo significato, il discorso del giurista ha un referente reale. Ciò può essere inteso in sensi diversi.

I°₁. Il referente è costituito dalle norme poste. Le norme ci sono. Le norme ci sono in quanto poste (un problema che non affronterò: ci sono con i loro significati, già dati?). Esse hanno una esistenza specifica, peculiare, e dunque sono la vera «realtà giuridica». Questo «realismo» è il *normativismo*, soprattutto il normativismo giuspositivistico di Hans Kelsen, sostenuto in Italia, negli anni 1950-60, da Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli.

I°₂. Il referente del discorso del giurista è dato da una realtà sociale (e naturale) che il giurista cerca, o deve cercare, anche scavalcando le norme poste. Questo «realismo» è il *gusliberismo*.

I°₃. Il referente consiste in una realtà sociale (e naturale) che il giurista cerca, o deve cercare, allorché le norme poste fanno difetto. Questo «realismo» è la *giurisprudenza degli interessi e sociologica*.

II°. Per il realismo giuridico' nel suo secondo significato, il discorso del diritto è costituito dalle norme poste. Ma le norme o non esauriscono la «realtà giuridica», o — addirittura — non fanno che rappresentare, che descrivere la realtà giuridica, la quale esiste indipendentemente da esse, e preesiste ad esse.

II°₁. L'indagine di questa realtà è compito — e l'accesso a questa realtà è privilegio — *solo* del legislatore. «Realistiche» in questo senso sono le dottrine illuministico-giusnaturalistiche che hanno preparato ed accompagnato i processi di codificazione e costituzionalizzazione del diritto.

II°₂. L'indagine di questa realtà è compito *anche* del giurista, dell'interprete-applicatore del diritto che non è mero esegeta di norme poste. «Realistiche» in questo senso sono le dottrine sociologico-organicistiche del diritto, quali ad esempio quelle di Maurice Hauriou, Carl Schmitt e, in Italia, Costantino Mortati.

III°. Che il legislatore ed il giurista abbiano entrambi accesso ad una stessa realtà — preesistente alle, ed indipendente dalle, norme poste (la si chiami o meno, questa, «realtà giuridica») — è tesi che può venire, e viene solitamente, sviluppata fino a divenire quest'altra tesi: non c'è differenza di natura — cioè dal punto di vista della differenza specifica della giuridicità, che si ricerca — tra il discorso del giurista ed il discorso del diritto. Perché «in realtà» tutti e due i discorsi sono «il diritto». Questo «realismo» è la negazione del «realismo» nella accezione I°₁, cioè del normativismo giuspositivistico; e si giunge ad esso per via di un ribaltamento della descrittività dalla giurisprudenza alla meta-giurisprudenza¹.

IV°. Una specifica, peculiare «realtà giuridica» c'è, ed è prodotta dalle norme. Lo Stato, la capitale, la rappresentanza, il consiglio di amministrazione, le *universitates rerum*, sono tutti esempi di queste «realtà giuridiche», diverse dalle norme, ma non preesistenti ad esse, bensì da esse prodotte, generate, costituite. «Realistiche» in questo senso sono la teoria dei fatti istituzionali di Searle, MacCormick, Weinberger e, in Italia, le teorie della realtà giuridica di Santi Romano e la teoria della costitutività di Gaetano Carcaterra e, in modo diverso, di Amedeo G. Conte.

V°. Posto che non esiste nessuna «realtà giuridica», perché la realtà è solo naturale, o quanto meno esiste un solo livello di realtà, «realistica» in

¹. Tipico in questo senso il percorso di N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza del diritto* (1967), ora in N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 139-173.

questa ultima accezione è la teoria che si occupa delle uniche realtà che soggiacciono a tutti, che sostengono tutti i discorsi del diritto e sul diritto. e sono la realtà sociologica delle pratiche dei giuristi, e la realtà psicologica delle credenze sul diritto. «Realistiche» in questo senso sono le teorie del realismo giuridico americano e scandinavo e, in Italia, la teoria del diritto di Giovanni Tarello.

3. Scelta di un significato di ‘realismo giuridico’. Il realismo giuridico come teoria dell’istituzione o dell’ordinamento concreto.

Tra tutti questi realismi, di quale parlerò? Non cerco la accezione di ‘realismo giuridico’ più frequente; né cerco la concezione del diritto detta realistica più diffusa. Cerco piuttosto la concezione del realismo giuridico di cui possa avere più senso parlare qui, in un convegno interdisciplinare, non di e per soli teorici del diritto. Cerco dunque la concezione del realismo giuridico più vicina al, o meno lontana dal, ‘realismo’ quale è inteso negli altri universi di discorso, nelle altre sfere disciplinari cui il convegno è dedicato. Cerco, dunque, la concezione del realismo giuridico che ci porti meno lontani dalle problematiche del realismo quali si presentano in altri settori; ma, al fine di evitare la genericità, privilegio *un* settore particolare.

E così mi rivolgo al settore, limitrofo, della filosofia morale. In esso trovo la seguente definizione di ‘realismo’:

«Moral realism is roughly the view that there are moral facts and true moral claims whose existence and nature are independent of our beliefs about what is right and wrong. A moral realist who is not a skeptic holds related epistemological and semantic claims. The moral realist thinks that our moral claims not only purport to but often do state facts and refer to real properties, and that we can and do have at least some true moral beliefs and moral knowledge»².

Ora, per stabilire quale «realismo giuridico» possa fare da *pendant* a questo realismo morale, si devono trasferire dalla sfera morale alla sfera giuridica le tesi contenute in questo passo, e vedere a quale accezione di realismo giuridico siano più proprie. Preliminarmente, tuttavia, va risolto un problema di interpretazione del passo stesso. Si tratta di questo: quali sono, o me-

^{2.} D. BRINK, *Moral Realism And The Foundation of Ethics*, Cambridge Univ. Press, 1989, p. 7.

glio che cosa sono, trasferiti in un discorso sul diritto, i *moral claims* (*pretese*, o *assunti morali*) di cui qui si dice? Questi assunti, queste pretese morali, trasportati nella sfera giuridica, possono diventare o le norme giuridiche o gli asserti giuridici normativi, cioè descrittivi di norme (ove si accetti questa distinzione, ed io per conto mio la trovo, almeno *prima facie*, ragionevole).

Ebbene, tradurre nell'uno o nell'altro senso, fa una differenza rilevantissima. Se traducessimo con «asserti normativi», il solo vero realismo giuridico (almeno tra quelli qui menzionati) sarebbero il normativismo. Ciò, sia chiaro, non costituirebbe alcuna difficoltà *in sé*, però produrrebbe la conseguenza di divaricare immediatamente le due problematiche, quella del realismo giuridico e quella del realismo morale che io viceversa vorrei, quanto più possibile, accostare.

Infatti quella traduzione sopravvaluterebbe una differenza tra il diritto e la morale che taluno esprime dicendo che la morale è un sistema statico, il diritto un sistema dinamico di norme; e che io preferisco esprimere dicendo che mentre la morale conosce solo la *ragione* — vale a dire non conosce competenze, poteri o autorità — il diritto è una combinazione, sempre precaria, sempre assolutamente instabile, di *ragione* e *potere*. Questa differenza, dicevo, è importantissima, e tuttavia non va sopravvalutata: anche se i giudizi giuridici sono espressi o da chi ha competenza ad esprimere o da chi non ha questa competenza, e le norme giuridiche sono o valide o non valide, non va dimenticata la lezione del realismo giuridico nel senso V°, di cui non parlerò perché un abisso lo separa dal realismo morale, che ha seminato molti salutari dubbi sulla possibilità di intendere la «validità» e il «potere» come dei meri fatti.

Resta dunque la seconda traduzione, quella per cui i *legal claims* diventano le norme e i giudizi giuridici cosiddetti validi, cioè autorizzati. Quelli stessi, per intenderci, che, in base alla prima traduzione che abbiamo scartata, renderebbero veri gli asserti giuridici conformi.

Orbene, posto che si assume questa accezione di realismo morale, e questa traduzione dal morale al giuridico, mi pare che le teorie che si presentano come le più credibili candidate alla qualifica di teorie corrispondenti, sul versante giuridico, alle teorie morali «realistiche» non possano che essere le teorie «realistiche» nel senso II₂, cioè le teorie dell'istituzione o dell'ordinamento concreto.

I° esempio: «La normalità della situazione concreta, regolata dalla norma, e del tipo concreto da essa presupposto non è quindi soltanto un presupposto esterno della norma, tale da non dover essere preso in

considerazione dalla scienza del diritto, bensì un carattere giuridico essenziale, interno, della validità delle norme... Una norma pura, non correlata ad una situazione e ad un tipo, sarebbe qualcosa di giuridicamente inesistente»³.

Il° esempio: «Diritto non è l'insieme delle statuzioni consacrate in un testo di legge ed operanti per solo fatto di tale consacrazione, ma quel complesso ordinato di situazioni e di rapporti che si raccoglie in un centro di autorità, e costituisce il diritto «vivente», valevole come tale anche se contrastante con quello legale, allorché l'osservazione documenti l'avvenuta sua stabilizzazione»⁴. La costituzione materiale rappresenta per il Mortati la fonte giuridica primigenia ed è essa stessa giuridica per eccellenza, «in quanto è quella dalla quale è da trarre il criterio per poter imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi attraverso i quali si svolge»⁵.

4. Il realismo, il formalismo e la definizione dell'illecito.

La bestia nera del realismo giuridico (nella accezione specificata, cui mi atterrò d'ora in avanti) è ovviamente il *normativismo* o *formalismo*, così come lo possiamo enucleare dal seguente brano:

«Il fatto esteriore (che in base al suo significato oggettivo è un atto giuridico o antigjuridico) è ... in tutti i casi un evento percepibile mediante i sensi, poiché si svolge nel tempo e nello spazio... Ma questo evento come tale ... non è specificamente oggetto di conoscenza giuridica e non è quindi nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in atto giuridico o antigjuridico... è... il senso oggettivo che si ricollega a questo atto, cioè il suo significato. Il fatto in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato giuridico, per mezzo di una norma il cui contenuto si riferisce a tale fatto attribuendogli un significato giuridico, cosicché l'atto può essere qualificato in base a questa norma. ... La conoscenza del diritto, dunque, si rivolge alle norme che hanno il carattere di

^{3.} C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico* (1934), tr. it. di P. Schiera in C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 247-275, alla p. 260

^{4.} C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 10° ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, Padova, CEDAM, 1991, vol.I, p. 34.

^{5.} C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 88.

norme giuridiche e che conferiscono a certi fatti il carattere di atti giuridici o antigiuridici»⁶.

I dati del problema così evidenziati ci pongono dunque di fronte ad una alternativa secca: realismo contro normativismo formalistico. Il compito che ci aspetta è quello di rispondere a questa domanda: quali sono le ragioni, le buone ragioni del realismo giuridico?

Di qui in avanti il mio discorso non sarà descrittivo, o ricostruttivo, ma — limitatamente alle mie capacità — teorico. Voglio dire che non mi chiederò (solo) quali argomenti sono stati addotti per il realismo; mi chiederò piuttosto se gli argomenti addotti per il realismo sono — cioè, evidentemente, se a me paiono — *buoni* argomenti, cioè argomenti *forti*.

Il più forte argomento per il realismo che io abbia trovato in letteratura è l'argomento secondo il quale solo il realismo, e non il normativismo, riesce a dar conto del fenomeno della *violazione del diritto*. Leggiamo:

«Tutte le norme valide sono, finché valgono, naturalmente sempre «in ordine»; il «disordine» della situazione concreta non interessa il normativista, che appunto è interessato solo alla norma. Ma allora, il comportamento concreto non può mai essere, dal punto di vista normativistico, disordine in contrapposizione all'ordine. Normativa è l'attuazione della disposizione legale, cioè ad esempio il fatto che l'assassino venga condannato a morte in applicazione della legge penale vigente; la violazione invece non è disordine, ma semplice «fattispecie». Allo stesso modo, per una logica giuridico-normativa, si tratta sempre di fattispecie, quando in diritto tributario una pretesa d'imposizione da parte dello Stato o in diritto civile una pretesa giusprivatistica sono fatte scattare dall'esistenza della fattispecie giuridica. ... La violazione che legittima la pretesa ad erogare la pena da parte dello Stato si riduce, dal punto di vista normativistico, al presupposto di fatto di una possibile applicazione di norme, e non è ordine o disordine più di quanto lo sia il fidanzamento di una figlia che pretende il corredo. Il violatore non viola quindi la pace o l'ordinamento, non viola assolutamente la norma generale in quanto regola, e dal punto di vista «strettamente giuridico» egli non viola proprio nulla»⁷.

La forza di questo argomento, così almeno come io lo interpreto, non risulta tutta da quanto è espresso nel brano sopra citato. L'argomento cen-

^{6.} H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), tr. it. di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1966, pp. 12-13

^{7.} C. SCHMITT, «I tre tipi di pensiero giuridico», cit., p. 257

tra infatti, assai più di quanto non si evinca dal brano, e presumibilmente oltre le intenzioni dell'autore, una debolezza fondamentale del normativismo formalistico, almeno nella sua versione kelseniana, che è per l'appunto — come è noto — quella che Carl Schmitt prende di mira.

Quale sia questa debolezza è presto detto.

Per Kelsen il concetto di norma giuridica è il concetto centrale della giurisprudenza; altri concetti fondamentali sono quelli di sanzione, di illecito, di obbligo, che identificano elementi della norma. La sanzione è concetto fondamentale in quanto il diritto è definito come un ordinamento coercitivo. Ciò significa che le norme giuridiche sono quelle che stabiliscono sanzioni, cioè quelle che stabiliscono che agli individui, a certe condizioni, vengano sottratti dei beni, o la libertà, o la vita.

A quali condizioni? A condizione che essi tengano certi comportamenti. La norma giuridica ha la seguente struttura: Se dall'individuo A viene tenuto il comportamento X, allora all'individuo A o ad altro individuo deve essere sottratto il bene Y. Il comportamento X, per questa sua funzione nella struttura della norma, solo in quanto condizione della sanzione dunque, viene detto *illecito*. «Da un punto di vista puramente giuridico, l'illecito è caratterizzato come una condizione della sanzione. Ma — aggiunge Kelsen — l'illecito non è la sola condizione. ... Prendiamo come esempio il mancato adempimento di un contratto. La norma giuridica rilevante è questa: se due parti stipulano un contratto, e se una di esse non lo adempie, e se l'altra parte promuove un'azione contro la prima davanti al tribunale competente, allora il tribunale ordinerà una sanzione contro la prima parte. ... L'illecito, cioè il fatto che una delle due parti non abbia adempiuto il contratto, non è definito sufficientemente dicendo che esso è «una condizione della sanzione». Anche la stipulazione del contratto e l'adempimento dell'altra parte sono condizioni siffatte. Quale è dunque la caratteristica distintiva di quella condizione che viene chiamata «illecito»? Se non si potesse trovare altro criterio se non il fatto supposto che il legislatore desidera una condotta contraria a quella che è caratterizzata come «illecito», il concetto di illecito non potrebbe allora venir definito giuridicamente. ... Una definizione giuridica dell'illecito deve essere basata esclusivamente sulla norma giuridica. E si può anche dare di fatto una tale definizione. *Normalmente l'illecito è il comportamento di quell'individuo contro cui è indirizzata la sanzione come conseguenza del suo comportamento.* [corsivo mio]... (Normalmente, perché tale definizione è esatta soltanto a condizione che coincidano l'individuo il

cui comportamento ha un carattere socialmente nocivo, da un punto di vista politico, e l'individuo contro cui è eseguita la sanzione)»⁸.

5. Una forte confutazione realistica del formalismo.

La definizione di illecito con cui termina il lungo passo citato non può non apparire come il classico topolino partorito dalla montagna. Dice K.: l'illecito non è la condizione della sanzione, ma è — normalmente — il comportamento dell'individuo contro cui è indirizzata la sanzione come conseguenza del suo comportamento. Quale la differenza? Si stenta a capirlo. La verità è che il normativismo formalistico kelseniano non riesce a definire l'illecito, e quindi a dar conto del fenomeno della violazione del diritto, per esprimerci con la terminologia schmittiana. E, come abbiamo appena appena visto, non vi riesce non già solo nel senso che manchi di farlo, ma nel senso che, pur volendo farlo, fallisce l'impresa.

L'argomento di Schmitt per il realismo è dunque — nonostante Schmitt, direi — un fortissimo argomento *ad hominem*. Dicendo ciò se ne evidenzia però palesemente anche la debolezza, in quanto argomento *per il realismo*, e non soltanto argomento *contro il formalismo*, o addirittura *contro un formalismo*, quello kelseniano.

Arrivati a questo punto infatti resta aperta una domanda che, con terminologia schmittiana, può essere formulata in questo modo: «ma è proprio necessario per una teoria del diritto dar conto del fenomeno della violazione del diritto?», e con terminologia kelseniana invece in quest'altro: «ma è proprio necessario che la teoria del diritto riesca ad individuare con precisione l'illecito tra le diverse condizioni della sanzione?».

L'ulteriore domanda a cui si potrebbe pensare, e cioè questa: «ma, a parte il kelsenismo, siamo certi che non esista alcuna teoria formalistica che riesca a definire l'illecito?», è invece preclusa. Prima di rispondere alla prima domanda, ed anche per prepararci la via a questa risposta, cerchiamo di capire le ragioni di tale preclusione. Si tratta di ragioni che, così come posso interpretare, non convincerebbero minimamente Carl Schmitt e gli altri teorici dell'ordinamento concreto, o istituzione. Ma io qui, come ho già detto, mi distacco da quelli, per cercare di ragionare «in proprio».

^{8.} H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, (1945), tr. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, edizioni di Comunità, 1952, pp.53-4-6

Ebbene, a mio parere, se il formalismo (se *un* formalismo) riuscisse a definire l'illecito con strumenti meramente normativistici — per esempio a differenziare nettamente la *stipulazione* dall'*inadempimento* di un contratto senza fare alcun riferimento a fini, valori, concezioni del normale, ecc. — l'illecito rimarrebbe comunque sempre fattispecie, sia pur *sui generis*: per definizione infatti, dal punto di vista meramente normativistico, nessun concetto giuridico può esprimere l'antigiuridicità, può essere *Unrecht*. Ma a questo punto l'accusa di parte realistica al normativismo di non riuscire a contenere nel proprio discorso teorico il concetto di violazione del diritto, di non riuscire a spiegare il relativo fenomeno, sarebbe appunto soltanto una *accusa*, non un *argomento*, sarebbe lo stesso che rimproverare al formalismo di essere formalistico. Ma i rimproveri fuoriescono dal campo dell'argomentazione filosofica, poiché celano un argomento d'autorità, e certamente la filosofia non è il luogo dell'autorità, delle accuse, dei rimproveri, ma solo delle confutazioni. E quella, come confutazione, sarebbe viziata da petizione di principio, sarebbe quindi inconsistente.

Se il formalismo riuscisse ad essere assolutamente formalistico, non lo si confuterebbe accusandolo di esserlo. Lo si confuta, invece, con successo se esso vuole essere assolutamente formalistico, se dichiara di volerlo essere, ma fallisce: come appunto K. con la sua definizione di illecito, e con il suo tentativo non riuscito di isolare con strumenti meramente normativistici l'illecito tra le diverse condizioni della sanzione. E siamo con ciò ricondotti alla prima questione; a quella che, come detto, ci troviamo ancora aperta, pur dopo aver registrato il successo della confutazione *ad hominem*.

La questione è questa: ma perché poi è così importante isolare l'illecito tra le diverse condizioni della sanzione? Cosa si perde se l'operazione non riesce? O ancora: perché la teoria del diritto dovrebbe proprio poter distinguere, e contenere e fornire gli strumenti per distinguere — come dice Schmitt — il «disordine» dalla «fattispecie»? Perché ad esempio, per riprendere l'esempio di Schmitt, dovremmo proprio allargare lo spazio della teoria oltre quello della norma per poter distinguere con strumenti meramente teorici l'assassinio in quanto condizione della sanzione, cioè condizione di applicazione della norma penale, dal possesso di certi beni in quanto condizione della pretesa di imposizione tributaria da parte dello stato, cioè condizione di applicazione della norma tributaria?

O ancora: perché non contentarsi di una concezione formale della antigiuridicità (predeterminazione normativa di una sanzione) e ricercarne invece una materiale (lesione di interessi altrui)?

6. La funzione della teoria, le garanzie di certezza, e gli argomenti.

Io credo che siamo arrivati, con ciò, al nocciolo della questione del realismo; ed alla questione delle (buone) ragioni per una teoria realistica del diritto. Esse dipendono da quella che si ritiene essere la funzione della teoria nel contesto dell'esperienza e della prassi giuridica, e da quelli che si ritengono essere i valori giuridici fondamentali, ai quali va in ultima analisi orientata, in ogni sua espressione e manifestazione, l'opera del giurista.

Assumo che tali valori siano quelli della *certezza* e delle *garanzie*; e che la funzione della teoria del diritto sia quella di fornire al giurista, per il suo lavoro, tanto per il suo lavoro di conoscenza-applicazione del diritto, quanto per il suo lavoro di produzione del diritto, *strumenti logico-concettuali*.

In conseguenza, ritengo di poter dire che una alternativa netta e secca tra formalismo e realismo giuridico è ingiustificata.

E' constatazione banale, infatti, che l'attività di conoscenza ed applicazione del diritto da un lato, e quella di produzione del diritto dall'altro non sono, non possono essere separate, se non sul piano analitico della astrazione concettuale; e questo perché il diritto è ordinamento dinamico, perché il lavoro del giurista è fondamentalmente un'impresa interpretativa, che partecipa della natura di entrambe: della conoscenza e della produzione giuridica.

L'opera del giurista è di natura discorsiva; consiste nell'argomentare decisioni e conclusioni interpretative⁹. Ogni argomentazione si compone di svariati argomenti, che non costituiscono necessariamente una catena inferenziale deduttiva; per lo più sono tra loro intrecciati e mutuamente rafforzantisi come in una rete¹⁰. Non devono tutti fondarsi su di un'unica premessa autogiustificantesi, ma possono ben assumere premesse diverse, generate da matrici diverse. Una teoria del diritto — data la concezione che qui si accetta della funzione della teoria — può ben essere concepita come una matrice di argomenti (o di premesse di argomenti) giuridici. La matrice formalistica genera argomenti quali l'argomento *a contrario*, l'argomento economico, l'argomento *ab exemplo* o argomento d'autorità. La matrice re-

^{9.} Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978.

^{10.} Ch. PERELMAN, *Logica giuridica. Nuova retorica* (1976), tr. it. di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1979.

alistica genera argomenti quali l'argomento *a simili*, l'argomento naturalistico, l'argomento equitativo¹¹.

Argomenti di queste due matrici non solo possono, ma addirittura debbono coesistere, a mio parere, in quella complessa argomentazione giustificatrice della soluzione di un caso reale o ipotetico, che è l'opera del giurista. Al giurista infatti, nella sua attività di conoscenza ed applicazione del diritto — attività che egli voglia orientata ai valori di cui sopra — saranno utili preminentemente concetti ed argomenti di matrice formalistica; mentre allo stesso giurista, nella sua attività di produzione del diritto — attività che egli voglia orientata ai valori di cui sopra — saranno preminentemente utili concetti ed argomenti di matrice realistica.

Per tornare al tema sul quale abbiamo centrato la distinzione tra formalismo e realismo giuridico, il tema della determinazione dell'illecito, diremo che gli argomenti di matrice formalistica — se si vogliono salvaguardare i valori della certezza ed il garantismo — vanno utilizzati allorché si tratta di accertamento dei fatti e di qualificazione come illeciti o meno dei fatti accertati; mentre, a salvaguardia degli stessi valori, argomenti di matrice realistica vanno utilizzati allorché si tratta di fissazione, nel quadro delle possibilità offerte dalle norme, di conseguenze giuridiche per tipi di fatti o casi, nonché di determinazione precisa, nel quadro delle possibilità offerte dalle norme, delle conseguenze giuridiche di singoli fatti accertati e qualificati come illeciti.

Altrimenti espressa, questa opinione si appalesa più o meno tautologica: il giurista ha da essere formalista (=usare argomenti d'autorità, argomenti *a contrario*, ecc...) ove la sua attività si svolga tutta e solo nel solco tracciato da norme giuridiche precostituite; ma ove queste norme non abbiano tracciato un solco, ma solo composto una cornice, la scelta della figura da disegnare all'interno di quella lo stesso giurista avrà da giustificarla con argomenti che possono meglio essere ricondotti ad una matrice realistica (argomenti *a simili*, argomenti equitativi, ecc...).

Insomma il diritto, tanto per le concezioni formalistiche quanto per quelle realistiche, non può che essere altro dall'arbitrio, addirittura l'opposto dell'arbitrio: l'argine opposto all'arbitrio. E dunque la tesi testè espressa è un altro modo di dire che, laddove l'arbitrio del giurista non può essere limitato dal testo della norma, deve comunque essere limitato: ed un modo, un buon modo per limitarlo, è quello di limitarlo sulla base delle con-

^{11.} G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

cezioni del normale, di ciò che è sentito socialmente come utile o dannoso, come equo o come iniquo; cosicché il giurista dovrà assumersi l'onere di giustificare — con argomenti — la corrispondenza del contenuto della sua scelta a queste concezioni vigenti nella società (od in una parte rilevante di essa) del normale, dell'utile, dell'equo.

Mentre gli argomenti di matrice formalistica tendono a giustificare la conclusione dell'argomento mostrando che non è frutto di una scelta, ma che deriva in senso forte, deriva logicamente da una scelta già compiuta da un'istanza qualificata, per lo più da un'istanza superiore; gli argomenti che ho detto essere di matrice realistica hanno tutti un carattere in comune, ed è che tutti si richiamano in ultima analisi alla *coerenza*, cioè tutti tendono a giustificare la scelta che si compie evidenziandone, in ultima analisi, la coerenza (non ovviamente la coerenza rigorosamente logica, ma la coerenza nel senso della *coherence*, che meglio — come è noto — si direbbe ‘congruenza’) con altre scelte diverse, già compiute.

Orbene, in che senso può dirsi che una giustificazione giuridica sulla base della coerenza è una giustificazione di matrice realistica, cioè presuppone una concezione realistica del diritto? Risulta, da quanto detto sopra, che questa giustificazione ricorre allorché è impraticabile una giustificazione sulla base della derivabilità logica, perché manca, o perché così com'è è inutilizzabile all'uopo, la premessa certa da cui derivare.

7. A mo' d'esempio: una argomentazione della Corte Costituzionale.

Facciamo l'esempio che un legislatore, in una situazione di cronico difetto di capacità e di volontà, da parte degli apparati, di accettare e conseguentemente sanzionare degli illeciti, poniamo edilizi o tributari, per contingenti esigenze di gettito escogiti uno strano meccanismo (e lo chiamiamo, poniamo, «condono») intendendo, con esso, indurre gli autori (e non) di violazioni a proporre domanda di sanatoria ed a pagare un'oblazione. Orbene, qualora la violazione abbia costituito anche un illecito penale, il conseguimento degli effetti che il legislatore si attende esige che l'«autodenuncia» estingua anche il reato.

Questo esempio, si sa, non è inventato. Il legislatore in questione è il legislatore italiano del 1985, e la norma in questione è l'art. 38, II comma, della legge n. 47: «Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie».

Una nutrita serie di rilievi di costituzionalità si sono riversati su questa norma, fondati, tra l'altro sull'assunto che il condono abbia natura di amnistia impropria, concessa senza il rispetto delle forme stabilite dall'art. 76, I comma, Cost.

La Corte Costituzionale, ovviamente, nega, e salva la legge così, tra l'altro, motivando (Sent. 23-31 marzo 1988 n. 369, Presidente Saja, estensore Dell'Andro):

«Il «condono edilizio» ... non può essere ricondotto ai tradizionali (forse arcaici) istituti di clemenza o, comunque, estintivi del reato, perché possiede una propria, particolare, ragion d'essere e così una propria fisionomia: esso va studiato a sé, singolarmente, a prescindere da ogni formalistico, inattuale avvicinamento a vecchie formule o ad antichi istituti. Il condono penale in esame presuppone, sistematicamente, una netta distinzione, se non una separazione, tra reato e punibilità. Da sempre, è vero, le ipotesi delle cause, successive alla commissione del fatto di reato, d'esclusione della punibilità, hanno costituito oggetto di radicali, profondi quanto irrisolti dubbi. Si trattava, tuttavia, di dubbi dommatici: non si riusciva a «sistematizzare» la punibilità come categoria autonoma, dato il presupposto che la medesima era necessaria, immediata, diretta conseguenza della commissione del reato. Vero è che il legislatore moderno, repentinamente destando la dottrina e la giurisprudenza (non dal «sonno» ma) da *sogni* dommatici, non solo dà per scontato che la «punibilità» abbia una «consistenza» autonoma, un valore autonomo, rispetto al reato, ma dimostra che la medesima può essere usata per ottenere dall'autore dell'illecito prestazioni «utili» a fini spesso estranei alla tutela del bene «offeso» dal reato. Facendo balenare all'autore dell'illecito, punibile, l'esclusione o attenuazione della punibilità, il legislatore «orienta», «dirige» la condotta del reo sussegente al reato al raggiungimento di fini dallo stesso legislatore «desiderati». Or qui non s'intende in alcun modo entrare nel merito politico d'un siffatto orientamento legislativo ... Il legislatore del 1985, nel tentativo di porre ordine nell'intricata, farraginosa materia dell'edilizia, preso atto dell'illegalità di massa in tal materia verificatasi, ha inteso «chiudere» un passato illegale: ed ha ritenuto, con valutazioni insindacabili in questa sede, d'indurre ... autori (e non) di violazioni edilizie a chiedere la concessione in sanatoria relativa ad opere realizzate abusivamente. La predetta domanda, costituente in certo modo «autodenuncia», è indubbiamente utile, almeno data la precedente illegalità di massa, a fini di chiarezza catastale, tributaria ecc. Sarebbe contraddittorio, pertanto, «punire» coloro che hanno proposto la predetta domanda:

usando, dunque, della «punibilità» in maniera autonoma, svincolata dalle relazioni con il reato commesso, il legislatore del 1985 dispone l'«estinzione» dei reati di cui al II comma dell'art. 38 della legge in esame ... Finalità economico-finanziarie non sono certo estranee alle disposizioni in discussione ... Ma tali disposizioni vanno riguardate ... nella loro oggettiva tutela di oggettivi valori. ...il fondamento sostanziale dell'estinzione di cui all'art. 38, II comma, della legge n. 47 del 1985, va ricercato nella valutazione «positiva» che l'ordinamento compie dei comportamenti del reo, successivi al reato («autodenuncia», attraverso la richiesta di sanatoria, pagamento dell'oblazione, ecc.) che inducono a credere ad un sia pur parziale «ritorno», anche se non del tutto spontaneo, dell'agente alla «normalità». Tal fondamento molto s'avvicina a quello delle comuni cause sopravvenute di non punibilità ...»¹².

Ebbene, cosa dimostra questo esempio, grottesco e tristissimo ad un tempo? La Corte, interrogata sulla natura giuridica del condono, afferma in primo luogo, quasi con sconsolata autoironia, che gli ukase del legislatore risolvono tutti i dubbi di dottrina e giurisprudenza. Nel merito politico degli orientamenti legislativi non si può entrare, continua; e però dichiara che la norma, che incide pesantemente nella materia penale, può essere salvata solo ove si mostri che tutela *oggettivamente* valori *oggettivi*. Ed essa lo fa, difatti, premiando il ritorno alla normalità di chi compie autodenuncia, sia pure parzialmente, sia pure non del tutto spontaneamente.

Date le accezioni qui accolte di formalismo e realismo, mi pare chiaro che, in questo spezzzone di argomentazione, la Corte parte formalista ed arriva realista: alla fine parla addirittura di «valori oggettivi», di «ritorno alla normalità» dell'individuo. Ma mentre la parte formalistica dell'argomentazione, piaccia o non piaccia, regge; la parte realistica è, tecnicamente, suicida. L'argomento d'autorità, l'argomento *ab exemplo* degli inizi del brano citato funzionano; l'argomento equitativo, e quindi coerentista, della seconda parte fallisce miseramente: chi può credere in quella valutazione positiva del legislatore? chi può credere in quel «ritorno alla normalità» del soggetto?

^{12.} *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, I.2, pp. 1584-1585.

8. Il realismo e la coerenza.

Ebbene, questo fallimento mostra, naturalmente solo fino a prova contraria, ed a dispetto del salvataggio operato con tanta buona volontà e con tanta cattiva coscienza dal giudice delle leggi, che il legislatore ha compiuto una scelta *non giustificabile sulla base della coerenza*; che è — quanto meno — un sintomo del fatto che esso legislatore non si è curato, non si è minimamente posto il problema di una corrispondenza della norma (e quindi dell'insieme delle norme) frutto del suo operato con una qualche «realità giuridica» (nel senso di «opinioni e sentimenti di giustizia», «concezioni del normale», «coscienza giuridica materiale») indipendente da esso.

(Forse si può aggiungere che, in un altro senso di «realismo», l'operato del legislatore è stato invece molto realista, avendo appunto *realisticamente* preso atto della assenza di una qualsiasi coscienza giuridica materiale nella società.)

Perché il rapporto tra realismo giuridico e giustificazione giuridica sulla base della coerenza (così come più in generale — cioè anche al di fuori della sfera giuridica — tra realismo e giustificazione sulla base della coerenza) è questo: che una conclusione sia giustificata non è certo una prova del fatto che sia *vera*, cioè corrispondente ad una realtà indipendente e dalle credenza, e dalla volontà, e dal procedimento di giustificazione. Ma una conclusione normativa non giustificabile in base alla coerenza *di certo non può essere vera, o giusta, o valida sostanzialmente* insieme alle altre norme o giudizi coi quali non è coerente. Poiché la realtà è una (o meglio è uno ogni livello di realtà), e non può essere descritta da proposizioni incoerenti. Una conclusione normativa non giustificabile in base alla coerenza può essere valida solo formalmente — e torniamo appunto al formalismo.

L'obiezione ipotizzabile che una conclusione normativa potrebbe ben essere corrispondente a valutazioni presenti nella società, ma non coerente con altre norme giuridiche valide — queste pure corrispondenti ad altre valutazioni presenti nella società — perché la società è divisa, disomogenea, conflittuale, è solo apparentemente forte e fondata; in realtà non coglie nel segno. Perché dimentica cos'è il realismo giuridico, nella accezione qui utilizzata. In tale accezione il realismo giuridico suppone una concezione organicistica della società. Per ‘società’, quella società che è il vero diritto, deve ad esempio intendersi, secondo Romano, «non un semplice rapporto fra gli individui ... ma un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa

si comprendono. E deve trattarsi di un'unità effettivamente costituita; ... una classe o un ceto di persone, non organizzato come tale ... non è una società vera e propria. ... Il concetto di diritto deve, in secondo luogo, contenere l'idea dell'ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata»¹³. D'altra parte Maurice Hauriou, dopo aver individuato questi tre elementi dell'istituzione: «1) l'idea dell'opera da realizzare in un gruppo sociale; 2) il potere organizzato per la realizzazione di questa idea; 3) le manifestazioni comunitarie che si producono nel gruppo sociale in rapporto all'idea e alla sua realizzazione»¹⁴, così caratterizza il terzo elemento: «Questi movimenti di comunione non si risolvono completamente in manifestazioni della coscienza collettiva; sono le coscenze individuali che si emozionano al contatto di una idea comune e che, per un fenomeno d'interpsicologia, hanno il sentimento della loro emozione comune. Al centro di tale movimento sta l'idea che si rifrange in concetti simili entro migliaia di coscenze e in queste provoca delle tendenze all'azione. L'idea passa momentaneamente allo stato soggettivo in migliaia di coscenze soggettive che in essa si unificano: le coscenze individuali la invocano ed essa discende in mezzo a loro, che se l'appropriano soggettivandola. Ecco esattamente la realtà»¹⁵.

L'unità-unitarietà-coerenza dell'ordinamento concreto, all'interno di questa concezione, è un assunto: non è qualcosa di contingente, od eventuale. E così l'obiezione che anche la realtà può essere disordinata e conflittuale non coglie nel segno. Ma averla ipotizzata, questa obiezione, si rivela subito tutt'altro che improduttivo, perché spinge a riprendere criticamente un'osservazione fatta sopra.

^{13.} S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946 , pp. 25-6. Va notato a questo punto che nei diversi significati individuati nei paragrafi 1. e 2. la locuzione 'realismo giuridico' non denota teorie incompatibili tra di loro. Al contrario; può ben capitare infatti di trovare in uno stesso autore espressioni di «realismo giuridico» in sensi diversi; per esempio, tanto nel senso II°₂ quanto nel senso IV°. E'il caso per l'appunto di Romano, che nella voce «Realtà giuridica» dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milano, Giuffrè, 1947, pp. 204-219) si mostra «realista» nel senso IV°, ed invece in altri brani, come quello citato qui sopra, nel testo nel senso II°₂ .

^{14.} M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1933), tr. it. di A. Baratta, Milano, Giuffrè, 1967, p. 14.

^{15.} M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 22-23.

9. Corrispondenza, coerenza e consenso.

Ho detto che dalla matrice realistica derivano argomenti *a cohaerentia*. E sta bene, naturalmente. Ma ciò non è lo stesso, evidentemente, che dire che gli argomenti *a cohaerentia* siano sempre e necessariamente di matrice realistica, cioè che sempre e necessariamente presuppongano una concezione realistica del diritto. Tuttavia, non si è forse costretti, o quanto meno condotti, dalle assunzioni che ho fatto sopra e dagli argomenti che ho sviluppati sin qui, a sostenere anche questa tesi forte, in merito alla questione dei rapporti tra concezioni realistiche ed argomenti *a cohaerentia* (la tesi, cioè, che *solo* una concezione realistica produca argomento *a cohaerentia*)? Io non lo credo, e credo che proprio la notazione appena fatta per mostrare la debolezza dell'obiezione fondata sull'ipotesi di una società divisa e addirittura conflittuale giustifichi questa mia opinione.

Infatti in quella notazione è contenuto che l'ordine, l'unità, la sistematicità, la coerenza non *derivano logicamente* dalla nozione di «realta giuridica», ma *vengono immesse* in quella nozione allorché la teoria costruisce le sue ipotesi; in quella notazione è contenuto che non è affatto in contraddizione con la teoria che vi sia una realtà sociale-ideale disordinata, conflittuale, ecc.: *solo, che non sarebbe quella la «realta giuridica»*. Ma allora, ciò che davvero giustifica, allorché giustificazioni di matrice formalistica non soccorrono, allorché cioè non esistono le condizioni per una giustificazione di matrice formalistica, non è tanto il riferimento ad una realtà giuridica indipendente dalle credenze, dalla volontà e dai procedimenti di giustificazioni, ma è, semplicemente, *la coerenza*.

Il realismo giuridico non è dunque la sola teoria alternativa al formalismo giuridico (teoria insufficiente, come abbiamo visto, perché conduce all'assurdo di considerare la produzione giuridica un fenomeno giuridicamente irrilevante). C'è una ulteriore teoria alternativa, che incontra oggi favori molto maggiori di quanti non ne incontri il realismo presso i filosofi ed i teorici del diritto, ed è la teoria della giustificazione razionale discorsiva che programmaticamente intende incorporare i pregi ed evitare i difetti di entrambe (così come di altre coppie di teorie giuridiche contrapposte)¹⁶.

¹⁶. Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, «Rechtstheorie», 12, 1981, pp. 133-158, 257-279, 423-448.

Per la teoria della giustificazione giuridica razionale discorsiva «coherence is a central element of a fully-fledged concept of justification, rightness and rationality. This relation can be expressed as follows: If the norm- or value-system in question is more coherent than any competing system, then it is *prima facie* better justified and more rational than any competing system. If the norm- or value-system in question is more coherent than any competing system, then there exists a *prima facie* reason that it is correct»¹⁷.

Come altri teorici del ragionamento giuridico, dunque — come MacCormick per esempio, per citare solo il più noto e rappresentativo¹⁸ — Alexy e Peczenik sostengono chiaramente in questo passo che la coerenza, se non è la *prova*, è però sicuramente quanto meno un *sintomo rilevante* della correttezza di un sistema di regole: un sistema di norme o di valutazioni più coerente di ogni altro è — essi scrivono — *prima facie* corretto.

Ma che cosa vuol dire ‘correttezza’ di un sistema di norme o di valutazioni? La correttezza comporta che si siano seguite delle regole. Le regole da seguire secondo i due autori, che non sono realisti, oltre alle regole degli argomenti *a cohaerentia*, sono quelle di una complessa procedura dell’argomentazione razionale «which aims at a reasonable consensus»¹⁹.

Chiediamoci: cosa si perde e cosa si guadagna accettando questa teoria, anziché il realismo, come rimedio alle insufficienze del formalismo giuridico?

Per rispondere, sia pure sommariamente, a questa domanda si deve riflettere qui sulla nozione, introdotta da Alexy e Peczenik, di *consenso*. Secondo il realismo — abbiamo visto — la coerenza della giustificazione (o la giustificazione sulla base della coerenza) è, quanto meno, sintomo della *corrispondenza* della conclusione normativa o valutativa ottenuta alla «realità giuridica». Questa *corrispondenza* significa già *consenso* della base sociale; *corrispondenza* e *consenso* sono qui uguali per definizione, perché la «realità giuridica» del realismo è già una realtà ideale-sociale, cioè — si può dire — è sì un fatto, ma appartiene ad un livello di realtà che non è quello dei «fatti bruti», ma semmai — per dirla con Searle²⁰, o con MacCormick e Wein-

17. R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, «Ratio Juris», 3, 1990, pp. 130-147, alla p. 144.

18. Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

19. R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, cit., p. 146; il riferimento esplicito è a R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit.

berger²¹- dei «fatti istituzionali» (con ciò però, sia chiaro, non mi impegno affatto nel dire che la teoria istituzionale del diritto da ultimo sostenuta da questi autori sia una forma di realismo, esattamente alla stessa stregua di quelle di cui ho parlato sinora). Ne consegue che, per il realismo, la nozione di *corrispondenza* alla realtà giuridica fa da ponte, da tramite tra le nozioni di *coerenza* e di *consenso*. Per il realismo, dunque, giustificata la coerenza, si è fatto tutto quello che si poteva fare al livello dell'argomentazione.

La teoria della giustificazione razionale discorsiva richiede passi ulteriori. Eliminata la nozione di *corrispondenza*, non c'è più ponte, non c'è più tramite diretto tra *coerenza* e *consenso*. Su una giustificazione *coerente*, il *consenso* — che da nulla è garantito in linea di principio — va ancora ricercato ed ottenuto, perché la correttezza non sia più solo correttezza *prima facie*. Quella che potrebbe sembrare, ad una considerazione superficiale, una perdita di garanzie e di certezza, si rivela dunque invece un guadagno, in termini di questi stessi valori.

^{20.} Cfr. J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

^{21.} N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (1985), tr. it. di M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1990.