

**Aljs
Vignudelli**

DIRITTO
COSTITUZIONALE



G. Giappichelli Editore

PREFAZIONE

L'idea di questo volume è maturata nel tempo, affiorando autonomamente nel rapporto didattico, oltre che, indubbiamente, dal regolare impegno nella scienza che qui ci occupa. In verità, durante le numerose stagioni trascorse nelle aule universitarie mi sono reso conto della considerevole difficoltà incontrata dagli studenti del primo anno nell'afferrare ed assimilare i molteplici impervi princìpi e le complesse strutture – ovvero, il poderoso impianto – del Diritto Costituzionale.

Nel convincimento che la manualistica in sé e per sé considerata rappresenti una soluzione tanto insufficiente quanto ineludibile, mi sono reso conto, a poco a poco, dell'estrema difficoltà di isolare le strutture portanti della materia dalla quantità esorbitante di nozioni, elementi e dati in essa presenti: il nodo da sciogliere, a mio credere, era quello di distinguere la formazione dall'informazione, entrambe utili nell'itinerario formativo del discente, giacché corrispondono ad esigenze sicuramente complementari, che tuttavia si rivelano talvolta discordanti, talaltra perfino antagoniste.

Più in particolare, mentre l'approccio manualistico risponde sovente alla seconda esigenza, è viceversa riscontrabile una certa difficoltà degli studenti – pur con l'ausilio delle lezioni – nel cogliere quel che più importa: l'architettura ed i presupposti sottesi all'impianto dei testi tradizionali. La ragione è forse ravvisabile nello iato che separa l'inevitabile generalità, propria della scuola superiore, dalla singolarità, tipica dell'approccio universitario, il quale presenta molteplici nuove complessità metodologiche e concettuali, sia riguardo ai contenuti, sia relativamente all'alto grado di specialità. Implicazioni, queste, aggravate dal formidabile processo massmediatico di banalizzazione (celebrato, fra molte complicità, in termini quasi parodistici ed alle volte con acuti addirittura cabarettistici) di una materia che oggi si trova di fronte a bivi drammatici per la stessa storia della Comunità (anche sovranazionale), quando tutto rischia d'esser trasfigurato, non senza tangibili conseguenze, in un improbabile scenario di vuote apparenze, ove il glamour assume, di giorno in giorno, lo status di bene morale, mentre l'ossessione della semplificazione a tutti i costi (e costi quel che costi) merita quello di sacra icona del presente e di paradigmatica profezia del futuro. Se poi s'azzardano confronti con la

competenza, la tensione morale ed il grado di autentica e spontanea partecipazione generale che hanno configurato il clima nel quale i Padri Costituenti concepirono la nostra Costituzione – ove comunque non sono mancati un certo tasso di confusione ed un certo grado di contraddittorietà, visti il numero di forze (dunque di interessi) in causa, col connesso inevitabile coefficiente di compromissorietà in campo – lo smarrimento assale, mentre la (sventurata) coscienza, fatalmente, s'accolla il ruolo di ultima speranza.

Tali argomentazioni rappresentano il movente che, non senz'affanno, ha condotto il mio impegno all'inseguimento di un criterio educativo proteso – almeno nelle attese – a scalare il muro dell'informazione nel miraggio d'accedere alla vetta della formazione.

Comprendo perfettamente l'estrema complessità di un'operazione del genere, la quale, con tutt'onestà intellettuale, mi rendo ben conto possa parere la più ambiziosa, tanto da rasentare addirittura la presunzione, in chi immagini di poterla condurre con eccessiva disinvoltura. Malgrado ciò, ho giudicato conveniente perseguire questo taglio didattico(-metodologico) fin dalla prima edizione, deliberatamente limitata ai prolegòmeni della materia, nell'intento di svolgere (onestamente) opera utile, pur nella convinzione che l'impegno prodigato non potesse cogliere d'acchito inverosimili esiti risolutivi, dovendosi sottoporre, per evolvere nel tempo, a cospicue ulteriori riflessioni, onde stabilire, con la maggior avvedutezza possibile, quali argomenti poter trascurare, quali dover affrontare e quali voler sviluppare ed approfondire; ciò ho inteso attuare con la seconda edizione.

In quelle successive – e siamo alla settima – mi sono indotto a mantenere lo spirito formativo delle precedenti versioni, contrassegnandole, nondimeno, con una sempre maggior struttura, nel solco della continuità con la concezione di fondo, sebbene il livello di complessità sia fatalmente alquanto accresciuto, prospettando anche inedite problematiche di bilanciamento con (e fra) le varie parti che venivano a sommarsi. Cosa questa che, davanti alle delicate questioni di coerenza e consequenzialità da fronteggiare in uno spazio non illimitato, finisce inevitabilmente per implicare esercitazioni à la Voyage au centre de la Terre. Effettivamente, tale prospettiva impone a tutte le parti in causa una scalata concettuale e cognitiva di grado e difficoltà molto più elevati, poiché comporta la posa di nuove configurazioni teoriche e l'enucleazione di ulteriori fenomenologie, impiegando concetti che gravitano frequentemente in uno spazio d'astrazione giuridica assai rarefatto, talvolta sospinto sulla soglia dell'ineffabilità. Ma, tenuto conto che il primo manuale, come il primo amore, assume per ognuno un irripetibile significato – iniziando il discente ad un'enigmatica ignota materia –, il doverlo espugnare non senza (oppure fra mille) difficoltà raffigura, dal punto di vista della formazione, il metodo forse più indicato per quadrare e fissare la preparazione in una Scienza così fondamentale ed imprescindibile come quella che qui ci impegna, la quale

svolge funzione nodale anche per le materie da affrontare in séguito. Proprio in questo senso sembrano andare le parole di Pellegrino Rossi, stando alle quali ogni ramo del diritto avrebbe in quello Costituzionale «ses têtes de chapitre», dal momento che esso rappresenta, di ciascun settore particolare dell'ordinamento, una sorta d'introduzione, di cominciamento di normazione, che s'arresta là dove ciascun «ramo» mette in azione le proprie peculiarità.

L'intento o, quanto meno, l'auspicio è stato quello di dipingere un quadro sempre più ampio di concetti e strutture ai fini della conoscenza del fenomeno costituzionale, alla luce d'una visione complessiva della sua impalcatura logica e teorica, faticosamente ravvisabile in questi nostri tempi di acuto effettivismo dalle (spesso) malcelate (ma talvolta anche sbandierate) pretese olistiche. Ciò nel non agevole tentativo, che negli intenti dello scrivente appare spassionatamente non marginale, di contribuire a dileguare quei malintesi concettuali ai quali si riferiva Vittorio Emanuele Orlando, quando, già all'alba del XX secolo, evidenziava che la cultura giuridica «è, essenzialmente, cognizione, intima e profonda, dei princìpi di diritto che si formano mediante un proprio processo storico e logico, che si completano e si vivificano in un sistema grandioso in cui ognuno trova il suo posto con estetica simmetria [...]: grandissima parte degli errori e delle incertezze di non poche teorie moderne ed in ispecie della giurisprudenza» [...], va riferita, «appunto, al difetto di una salda preparazione nei princìpi».

Immaginiamo il nostro ordinamento come un orologio che osserviamo camminare, anche se qualche volta con sussulti, battute d'arresto ed accelerazioni. Ora, a noi non preme registrare i singoli progressivi movimenti delle lancette, che è quel che fa il giurista che studia la Costituzione materiale, né interessa conoscere tutti i singoli particolari della sua struttura, che è quanto fanno gli studiosi dei rami particolari del diritto e neppure c'interrogiamo sul contenuto etico dei risultati pratici cui la misurazione del tempo conduce, che è quello che fanno – insieme ai filosofi (moralisti) del diritto – gli scienziati che studiano il diritto secondo natura, ovvero il diritto più giusto; posizioni, queste, sulle quali non intendiamo pronunciarci, ora.

Ci chiediamo, piuttosto, qual è la logica che consente al meccanismo di funzionare: com'accade che in un torno di tempo le tre frecce delle ore, dei minuti e dei secondi, procedano in quel loro inesorabile moto, o perché, al contrario, in qualche caso, se ne registri un andamento anomalo, visto che non c'è azione senza esiti corrispondenti, nei quali le coincidenze non si confondono con le conseguenze, né queste ultime coi buoni propositi: rispondendo ad una sistemica non fortuita ogni sequenza plasma ordinatamente un effetto a sé stante.

Allora, per non eseguire canoni inversi, occorre polarizzare l'attenzione su quali elementi o leggi teoriche s'impieghino, a quali enunciati tocchi far riferimento, quali paradigmi si debbano assumere per concettualizzare il progetto dell'orologio, affinché le sue stesse ragioni non finiscano per svanire e ad aver

importanza resti solo l'impressione in sé, alla nostalgica ricerca del tempo perduto, o quale passepartout di suggestive interpretazioni il più delle volte verosimili solo in superficie, quasi un make-up da palcoscenico. Un discorso questo che, almeno nelle intenzioni, cerca di essere semplicemente «logico», nel senso di svolto con stringenza a partire dai dati positivi, il quale s'affianchi, magari integrandole, tanto alle analisi «fisiche» degli istituzionalisti, quanto a quelle «metafisiche» dei giusnaturalisti antichi e moderni, dichiarati e non, consapevoli o meno (... che, peraltro, sono davvero oltre ogni immaginazione). E sono appunto i principi del Diritto Costituzionale nel loro complesso che, anche grazie al sempre più fioco ma del pari tenace spirito della legalità, consentono di tradurre un sogno di progresso sociale in un attendibile progetto di civiltà del diritto: lo Stato giuridico inteso quale Stato delle Regole positive (regole) da intendersi non in funzione riproduttiva di imperativi remoti o trascendenti ma, per dirla con Natalino Irti, quali contenuti di volontà umane affermate su altre volontà da cui provengono quelle figure e quegli istituti giuridici che «popolano» anzi «gremiscono» il mondo esterno, rappresentandone «in corpore vili» tanto la misura di riferimento vigente, quanto la pietra di paragone dominante.

Progetto inerente alla costruzione di quel marchingeo che, alla fine, consente di misurare il tempo attraverso la lettura del suo quadrante: un insieme di ingranaggi, di meccanismi, di perni e di molle da cui scaturisce quel moto che trasforma una concezione razionale: il tempo, in qualcosa di ordinato e reale: la sua misurazione. Misurazione affidabile, appunto, se e quand'è effettuata su rigorosi parametri, ovvero basata su regole certe a garanzia dell'attendibilità di un gioco che si rinnova tutte le volte, ogni singola partita, perché le cose cambiano ininterrottamente, e tutto ciò per cui ci si è battuti nella partita di oggi, assumerà, in quella di domani, dietro la spinta della forza delle cose, un significato assolutamente diverso, il più delle volte, beffardamente, antitetico. E l'unico elemento che consentirà di non perdere la bussola (cioè a dire, il «centro») nel pandemonio e dentro il polverone sollevati dallo sferragliare delle battaglie politiche (non di rado sgangherate) sarà rappresentato proprio dalle regole ferme del gioco democratico arroccate in un salvifico bastione giuridico. In questo modo, quando per addomesticare una partita siffatte regole venissero forzate, minacciose perturbazioni offuscherebbero i cieli del diritto proprio come nei quadri di William Turner. Nel qual caso, mentre una «parte» si aggiudicherebbe quella sciagurata «mano», l'intero «sistema di sicurezza» andrebbe «a carte e quarantotto», lasciando una volta ancora le sorti del «banco» in balia d'una qualche (a quanto pare, inossidabile) «provvidenza».

Analoga situazione di pericolo ricorrerebbe quando il comando contenuto nelle sentenze, invece che essere espressione del giudice (di qualunque giudice) inteso come tale, divenisse il risultato d'una sua attività d'interpretazione politica delle regole, determinando – pur senza sottovalutare l'inevitabile non

irrilevante margine di potere lasciato al giudice dal diritto – una preoccupante adulterazione del sistema che, tramite fortuite “creazioni”, andrebbe inevitabilmente per conto suo, come peraltro presagiva lo stesso Massimo Severo Giannini, rimarcando quanto ciò rappresentasse il perenne insuperato tormento di Piero Calamandrei.

E qui si delinea sullo sfondo il mai sopito dubbio epistemologico sul carattere proprio dell'interpretazione giuridica, rispetto al quale (sebbene non si possa non prendere atto d'una «confusione delle lingue» per certi versi portata dei tempi ma in qualche misura insita nella natura stessa del diritto, in quanto manifestazione del linguaggio) la negazione dell'esistenza di un ambito semantico (più o meno) condiviso implicherebbe la rinuncia definitiva al tentativo di raggiungere, perlomeno in termini tendenziali, quell'obiettivo, storicamente – e forse pure fisiologicamente – associato al fenomeno giuridico, d'assicurare un accettabile livello di certezza ai consociati nella scelta dei loro comportamenti legittimi. Altrimenti sarebbe come decifrare dadaisticamente un broccato dal rovescio, col disegno confuso, i colori alterati e sfilacciate variopinte dappertutto. Il che sembra condurre, una volta di più, ad un approccio procedimentale in cui il ragionamento s'evolve entro forme tipiche, mentre invece – e sempre più spesso – s'assiste alla combinazione di segmenti casuali di metodologie assortite ed alla formazione di inattesi e poco stabili protocolli concettuali puntellati su «nuove convergenze»: un frullato di pan-giuridicismo, pan-economicismo, pan-sociologismo e pan-politicismo, ove l'interprete brancola stordito fra giustizia e verità, alla scompigliata ricerca d'un inedito «spirito del sistema», vagheggiando d'un leggendario «out of nowhere» quale sperduta «terra promessa» da conquistare dopo l'improbabile attraversata d'un qualche deserto dei Tartari. Una via di mezzo tra stile libero e innocenza perduta: un'alchimia di caos ed empatia.

Del resto, l'opzione per un approccio formale al fenomeno giuridico porta al medesimo esito d'un contenimento del ruolo del giudice entro confini predefiniti anche nella misura in cui sembra comportare una decisa riaffermazione del principio di separazione dei poteri. Tutto ciò in controtendenza rispetto ad un diffuso e condiviso orientamento che ne ha da tempo decretato il tramonto, a partire dai rilievi sulla sua matrice storica ormai datata, passando per la sua incompatibilità con altri importanti concetti (in primis la sovranità popolare), per finire coi rilievi generati dalle concrete prassi sviluppatesi in anni recenti, che sembrano delineare un quadro di crescente commistione di funzioni e di organi. Ma se è vero che il giurista non può ignorare «la realtà dei fatti», è altrettanto vero che egli – se vuole almeno tentare di conservarsi tale – non può permettersi il lusso di trovare in essa tutte le sue risposte. Così, a fronte di un'opinione generalizzata che misconosce l'attuale portata giuridica della separazione (e che al massimo accenna, quasi con vergogna, alla necessità d'un blando sistema di «freni e contrappesi»), l'analisi formale consente di

riaffermare con forza l'aurea regola che il giudice non può fare leggi così come il legislatore non può fare sentenze, argomentando, però, non a partire da «comode» scorciatoie assiologiche, ma passando dai faticosi (eppure più stringenti) sentieri contenuti nel (e consentiti dal) testo della nostra Costituzione, quale sola "prospettiva" davvero confortante. Per la verità – proprio in un vario pinto «turbini di prospettive» –, sul fenomeno giuridico s'è sperimentato pressoché tutto lo sperimentabile, spesso tornando, quasi per magia (o come in un incubo), al punto di partenza (sia pur trasfigurandolo), sebbene, come dicono i russi, il pollo non parli volentieri della minestrina in brodo.

Ed ancora, quando il versante dell'interpretazione giuridica (forse non distinguendo saggezza da cognizione) s'illudesse di poter decidere l'esito delle battaglie, modificando ed adattando a piacere le proprie regole quale curiosa palingenesi del sistema democratico, potrebbe scatenarsi uno «zibaldone» di andamenti caotici, un labirinto tale, che per uscirne toccherebbe plagiare l'esperienza compiuta da quella geometria frattale, la quale, prossima al naufragio, venne soccorsa in extremis dalle celebri equazioni paradossali dei secoli scorsi, insignite, nientemeno, che dell'appellativo di «chimere»: per cambiare le regole, se non ci si vuole rimettere alla (solita) «provvidenza», conviene rispettare le regole, giacché nel nostro caso rimettersi ad essa (provvidenza) risulta di sicuro ben poco rassicurante. Secondo un antico adagio magiaro, non devi ottenere quel che vuoi ma volere quel che ottieni.

In verità, l'indagine sulla natura del fenomeno giuridico ha una stretta correlazione con la ricerca profonda del senso dell'esistenza. Sono un'endiadi, e quando la seconda traballa anche il futuro dell'altra scricchiola, allontanandosi dalla visione dei Padri Costituenti che seppero penetrare lo spirito dei tempi facendo posto al nuovo, senza tuttavia intaccare i punti d'arrivo della civiltà giuridica di provenienza. Per modificare i paradigmi giuridici accade che l'intuizione possa – talora finanche debba – prescindere dal pensiero logico, ma le nuove dinamiche, tuttavia, devono sapersi cristallizzare prontamente e non squagliarsi in breve come neve al sole. Nondimeno, id quod plerumque accidit.

Una concettualizzazione giuridica che colga la chimica delle cose dentro la matematica delle regole può generare sintesi prossime a un'esperienza spirituale, non assimilabili – in ogni caso – a quelle atmosfere trascendentali che diventano il motore di una qualche retorica al servizio di una qualche giustizia, motivate entrambe da quell'anelito pluralista che assume sovente le sembianze del «misero pretesto» anziché quelle del «nobile presupposto». Come dire, il procurar battaglia per una qualche verità da mascherare in una qualche maniera, ma alterando quasi per contrappasso l'autentica natura dei precetti giuridici, ed immiserendo con lucida perfidia tutto quel che è di pertinenza. Dunque, accostarsi a questi discorsi non è cosa da sbrigare alla spicciolata, poiché moltitudini di uomini popolano il retroscena del diritto, ed ogni

volta che si sposta alcuñché s'incappa in qualcosa di vivo, qualcosa che può dolere e gemere. Ignorarlo può mettere l'assenza dell'anima contro l'anima, da cui può affiorare un non diritto, un diritto disinvolto che accrediti la comparsa d'una qualche oscura fenomenologia dell'avvilimento: un freddo inverno giuridico nel quale tutto cala di temperatura. La questione, in buona coscienza, chiama alla mente il magma concettuale che ribolle sotto la crosta dei precetti giuridici, a riscontro del loro rilievo e (almeno) dell'esigenza di salvaguardarne l'intima sostanza.

E si badi, tutto ciò attiene ad un'etica «nel» diritto e non ad un'etica «del» diritto, cosicché, la nostra circoscritta mèta è quella di considerare lo Stato democratico di diritto nella misura in cui viene positivizzato nella Costituzione formale, premurandoci, nel contempo, di non perdere il senso della storia né di trascurare il confronto della teoria con la realtà, ma scongiurando scrupolosamente d'accostarci al crudo praticismo. Pertanto, mentre non abbiamo inteso attuare un processo di sacralizzazione del Testo Costituzionale né ispirare una qualche religione del diritto, non vogliamo neppure caldeggiare il servile vassallaggio della scienza che lo studia – cui non v'è ragione di negare autonoma dignità – verso discipline più proiettate nel divenire della vita sociale o nei travagli in cui fervono, instancabilmente, vecchie e nuove ispirazioni. Il rispetto per questi dettami, a ben pensare, chiama alla mente la basilica della Natività di Betlemme che, avendo un'unica porta d'accesso alquanto bassa, obbliga chiunque voglia accedere a chinarsi in atto d'umiltà, sbarazzandosi di tutto tranne l'essenziale.

A questo riguardo e, più precisamente, sul rapporto tra la «regola dell'ordine» del giurista e la regola(rità) della «libera scelta» condizionata dalle circostanze tecniche ed ambientali del sociologo, cadono paradigmatiche, una volta ancora, le parole di Massimo Severo Giannini: «il giurista deve rispondere che le regole dell'ordine valgono; il sociologo si compiace di smentirlo, mostrandogli, a seconda dei luoghi, il non ordine, il disordine, l'arbitrio; il giurista gli risponde che non si può teorizzare su aspetti patologici della realtà; il sociologo replica che il diritto si fa sulla realtà, e così il dialogo continua senza fine».

È facile notare che non rimaniamo mai a corto di dilemmi, ma, rinviando a quanto svolto nel manuale riguardo al problema del rapporto tra «patologia della realtà» (hard-cases), «diritto» (positivo) e «realtà» (fisiologica), e premurandoci, in questa sede, di non creare eccessivo disorientamento in chi per la prima volta si trova al cospetto delle numerose suggestioni che avviluppano la nostra materia, basti adesso indicare che, indubbiamente, il diritto è originato dalla e nella società, della quale assimila valori e concreta istanze, eppure, una volta posto e fino a quando non viene rimpiazzato da altro diritto (positivo), esso ha la funzione d'organizzarla stabilmente e cercare di difenderla al meglio in forza delle algide, rigide e talvolta ingenerose regole che, suo tramite, essa s'è data; oltre si rischia di fluttuare fra misteriosofia e spe-

rimentalismo, o di praticare volteggi (che, talvolta, evocano reminiscenze) dal remoto sapore wagneriano.

«La maggior parte delle persone che si trovano a corto di idee finiscono per suonare una valanga di note, sperando che ne venga fuori qualcosa», ma approdando frequentemente ad un «disordinato lavoro di gruppo, con assolo generici», senz'espore una qualche – magari anche scarna – architettura: una savana di abbozzi accennati privi di autentica profondità tematica da cui erompe uno strambo «ritmo alle spalle del ritmo» (Gavin). Invece di mandare nuova energia al prossimo certe concezioni la risucchiano, cedendo ad una produzione commerciale – un qualcosa di più orecchiabile – cotta a puntino per un consumo di seconda mano da esibire sulla ribalta della precarietà come che fossimo all'outlet del diritto. Il risultato sembra un prodotto perfetto, mentre, il più delle volte, è solamente sterile, anche in forza di quelle estrose rifiniture e stravaganti sovraincisioni che, assorbendone l'essenza, trasformano qualsiasi cosa di decente nella brutta copia del ritratto di Dorian Gray.

Tal è la scommessa di questo corso, consistente appunto nel contenuto tentativo di mostrare l'architettura dello Stato democratico di diritto, affinché – al termine dello studio – si possano ravvisare almeno i contorni della sua fisionomia generale, onde poter adeguatamente sviluppare una certa capacità d'intendere consapevolmente le ragioni in forza delle quali, in un ipotetico futuro, l'eventuale degenerazione o l'accidentale spostamento di alcuni capisaldi possano determinare, o meno, cruciali alterazioni del modello statale di riferimento, insinuandone uno diverso, nulla importa se migliore o peggiore, ma diverso: «l'Ange sans ses ailes». Alterazioni che nel momento presente, tra l'altro, sembrano ravvisabili non solo – o non tanto – in una prospettiva interna, quanto piuttosto in un più ampio contesto internazionale (basti pensare alla moltiplicazione ed alla confusione delle fonti del diritto indotta da una sempre maggiore integrazione comunitaria prim'ancóra della formazione d'un assiomatico démos europeo), ovvero sovranazionale (ove si consuma progressivamente la dissoluzione delle tradizionali categorie di tempo e di luogo in favore d'una sorta di cyberspazio globalizzato refrattario a qualsiasi tentativo di regolamentazione).

In simile prospettiva, a scienza di chi scrive, s'è cercato d'individuare i significati e le priorità relativi a quei presupposti concettuali e metodologici che garantiscono la composizione di logiche coerenze sottese all'articolato sistema d'interazioni fra gli elementi della complessa fenomenologia dello Stato. Fenomenologia che pretende la definizione d'una serie di situazioni (diritti, doveri, funzioni ed interessi) ed una conforme scala di priorità (fra strumenti normativi, poteri e livelli istituzionali) affinché il modello prefigurato possa funzionare senza eccessive contraddizioni: un'interpretazione può anche sembrare persuasiva pur essendo solamente un'immagine evocativa, una fatamorgana, manipolata da una serie di specchi che riflettono altri specchi e così via, come una stella errante (ma) di plastica appiccicata su un mirabile firmamento (ma)

di cartapesta. Una catarsi, questa, sperimentabile da chi non ha competenze per cercare di sostituirsi nell'esercizio del potere di coloro che hanno l'autentico diritto d'esercitarlo. In effetti, la ripetizione costante della verosimiglianza – offuscando la memoria – può trionfare trasmigrando in un fatto comunemente percepito come vero, dunque, come giuridicamente vincolante. Allora, il livello della convinzione generale starà tutto nella forza che il verosimile sarà in grado d'imprimere, completando la parabola dell'essenza rivelata dalla prassi ipostattizzata dalla perseveranza, attraverso la quale perpetuare l'irrisolto ancestrale conflitto tra realtà e percezione della realtà, avente ad oggetto il primato sui contenuti che la verità in palio deve più o meno plausibilmente aggiudicare (sovente) in un contesto pirandelliano da «Sei personaggi in cerca d'autore».

Questo implica adeguata ricerca di un ordine nell'ambito degli stessi livelli e – per garantire la pacifica compatibilità delle molteplici parti dell'impianto costituzionale – pure di una gerarchia fra differenti livelli; compatibilità dalla quale derivano quelle certezze che consentono la regolarità di rendimento del sistema, giustificandone l'esistenza consistente in un'ardua equazione che tende eroicamente a bilanciare se stessa e non in una fallace quanto vana metafora dell'onnipotenza. Per dirla con Murata Juko, «la luna è più bella, se appare tra le nuvole».

In coerenza, s'è dedicata una particolare cura al tema delle fonti del diritto (e della relativa interpretazione), che interessano i meccanismi di produzione e cognizione delle norme giuridiche considerati nel quadro della legalità ereditata dallo Stato di diritto. E simmetrica attenzione è stata attribuita all'argomento delle situazioni giuridiche soggettive di diritto costituzionale, in particolare ai diritti di libertà ed a quelli sociali, che costituiscono, i primi, una vera e propria preconditione della democrazia, i secondi, il completamento del sistema costituzionale vigente, qualificandolo, insieme con l'altro (ad esso anteriore e progenitore), come stato democratico di diritto: due irrinunciabili facce di una stessa (tanto preziosa, quanto fragile) medaglia. Ed ancora, anche nell'analisi della parte organizzativa della Carta costituzionale s'è prestata particolare attenzione a non banalizzare la materia a mero studio della prassi (all'efficacia), cercando invece di ricostruire (in termini di validità) il quadro positivo che fissa – più o meno compiutamente – l'architettura dell'apparato statale, rispetto al quale (quadro positivo) poter valutare gli assetti e le dinamiche istituzionali sotto il profilo della legittimità.

Ad emergere sarà un ampio ed articolato mosaico, del quale ognuno degli elementi considerati rappresenta un'insurrogabile tessera inserita in quel vasto e coerente complesso d'incastri, di corrispondenze, di richiami ed implicazioni reciproche, i quali, nel loro insieme, danno forma compiuta al Diritto Costituzionale.

CAPITOLO PRIMO

NOZIONI PRELIMINARI

SOMMARIO: 1.1. Considerazioni introduttive. – 1.2. Giusnaturalismo e giuspositivismo. – 1.3. (*segue*) Normativismo, decisionismo, realismo ed istituzionalismo. – 1.4. Opzione a favore di un approccio formale. – 1.5. La norma giuridica. – 1.6. L'interpretazione. – 1.6.1. Questioni preliminari e definitorie. – 1.6.2. Le teorie dell'interpretazione giuridica. – 1.6.3. Argomenti interpretativi e tecniche interpretative. – 1.6.4. La certezza del diritto. – 1.7. I principî. – 1.8. L'ordinamento giuridico. – 1.9. Le partizioni del diritto. – 1.10. La nozione di Costituzione. – 1.11. Il costituzionalismo moderno.

1.1. *Considerazioni introduttive*

Nell'iniziare una trattazione manualistica del diritto costituzionale è necessario porre alcune premesse di carattere generale, precisando il quadro teorico di riferimento all'interno del quale si collocano tutti gli sviluppi più specifici. Ed in tal senso, assolutamente preliminare è fornire una definizione di cosa s'intenda per 'diritto', sebbene si tratti di una questione prevalentemente affrontata dalla filosofia, per la quale non si pretende certo di fornire qui una soluzione esaustiva, essendo per noi sufficiente individuarne una anche molto semplice e meramente operativa, purché utile a proseguire il nostro discorso.

Al riguardo, si può partire dal brocardo secondo la quale *ubi societas ibi jus* («dove esiste una società, lì esiste pure il diritto») per affermare che il diritto è, per lo meno in un senso ampio e preliminare, un fenomeno sociale. Del resto, già Aristotele aveva posto in luce il carattere tendenzialmente *socievole* della natura umana (egli definisce l'uomo «animale sociale», *zoòn politicòn*). Ma a tale tendenza *centripeta* (socievole) fa da contraltare la tendenza *centrifuga* (egoistica), presente in ogni essere umano, che ne determina le azioni in funzione dell'*esclusivo* ed *immediato* soddisfacimento dei propri bisogni (anche) *a scapito* degli altri consociati. Ed appunto a neutralizzare gli impulsi del secondo tipo è preordinato lo strumento che noi chiamiamo 'diritto', la cui funzione precipua è, quindi, quella d'impedire, tramite l'incoraggiamento di comportamenti considerati "buoni" e la disincentivazione di quelli considerati "cattivi", la disgregazione della società.

Partiamo pure dall'esempio più banale. Pensiamo al gruppo di bambini che si accinge a giocare. La loro prima attività sarà quella di definire le *regole del gioco*. Stabiliranno che cosa ciascuno di loro *deve* o *può fare* e che cosa *non deve* o *non può fare*. Nel *mare magnum* dei fenomeni sociali, dunque, il *diritto* appare e si caratterizza, innanzitutto, come *regola, insieme di regole*. Non fatto (e neppure semplice descrizione di un *fatto*), ma *strumento di misurazione del fatto*. La *prescrizione* che agisce sul *fatto* vuole imprimere ad esso una determinata direzione. Non *essere*, dunque, ma *dover essere*.

Solo per dare una vaga idea del lunghissimo cammino compiuto dal diritto e dalla legge – che ha molto faticosamente proceduto attraverso interminabili e talvolta pure contraddittorie tappe – ricordiamo come già intorno al 2000 a.C. esistesse in Babilonia il *codice di Hammurabi* (ritrovato nelle rovine di Susa), nel quale si trattava dei diritti e dei doveri concernenti i sudditi, i governatori delle province, i membri di ogni famiglia, i contadini, i servi e gli stranieri.

Ed ancora, si possono menzionare, tra i momenti salienti della civiltà giuridica, le *Tavole della Legge* (1360 a.C.), custodite nell'*Arca dell'Alleanza* sita nel Tempio di Gerusalemme, in cui, per certi versi, vengono regolati i rapporti sociali quando si sanzionano gli attentati alla vita, alle cose ed alla proprietà altrui; la *Legge delle XII tavole* (450 a.C.), incise su bronzo ed affisse a Roma nel Foro per la pubblica consultazione, in cui venivano sanciti i principi dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, la sovranità popolare e le regole sulla famiglia; il *Corpus Juris Iustinianeuum* (533) che rappresenta il più insigne monumento giuridico dell'umanità, comprendendo, tra l'altro, i principi generali del diritto romano, le *Pandette* (50 libri che raccolgono indagini, responsi sulle leggi di Roma e le più importanti sentenze), il *Codice* (12 libri contenenti le leggi imperiali antecedenti al regno di Giustiniano) e le *Novelle* (nuove leggi pubblicate sotto il regno Giustiniano).

Per quanto concerne, invece, la tutela dei diritti fondamentali, ci si limita a segnalare, in epoche più recenti, la *Magna Charta* (Inghilterra 1215), inquadrabile quale vero e proprio primo documento in cui vengono sancite le libertà dei singoli e si pongono limiti al potere assoluto sia in campo fiscale, sia per quanto riguarda la giustizia; il *Bill of Rights* (Inghilterra 1689), che costituiva una sorta di carta costituzionale concernente diritti, doveri e libertà (ad eccezione di quella religiosa), rappresentò un primo esempio di costituzione scritta e consuetudinaria, divenendo il modello di tutte le successive costituzioni europee; la *Dichiarazione dei Diritti* (America 1776) in cui si sancivano il principio d'uguaglianza e d'indipendenza, il diritto al godimento della vita e della libertà nonché il diritto al conseguimento della felicità e della sicurezza. Si proclamava inoltre il principio della sovranità popolare rispetto a tutti i poteri dello Stato; la *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino* (Francia 1789) costituita da 17 articoli di natura fortemente ideologica, in cui si affermano i principi di libertà e di uguaglianza, quelli della sicurezza personale, della resistenza alle ingiustizie, della sovranità popolare, della libertà di associazione e di discussione nonché il diritto di proprietà. Tale dichiarazione rappresentò la base per quelle battaglie risorgimentali combattute per la libertà e l'uguaglianza.

Documenti, questi, che, per molti versi, sono serviti da modello di riferimento per una serie di atti approvati dopo il secondo conflitto mondiale per imprimere un ulteriore sviluppo sotto il profilo civile, giuridico e politico, quali la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1948, contenente la prima enunciazione a livello internazionale di un catalogo completo dei diritti

fondamentali; la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* firmata a Roma nel 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa; la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza nel 2000, cui fa ora riferimento il Trattato di riforma, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. E, sempre nel secondo dopoguerra, alla radice delle Costituzioni francese ed americana ci s'è ispirati nell'approvare nuove Carte Costituzionali come quella della Repubblica italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948 in luogo del vecchio Statuto albertino, o quella tedesca, che fece séguito alla Costituzione di Weimar del 1919, considerata, nel primo dopoguerra, il più serio tentativo di creare una Repubblica veramente democratica.

S'è così fornita una prima, per quanto scarna e meramente convenzionale (come impone il carattere introduttivo dei rilievi che si stanno effettuando), definizione del 'diritto', rispetto alla quale, pur senza voler invadere il territorio di altre discipline, non si può comunque fare a meno di spendere qualche parola a chiarificazione, in quanto essa (definizione) dà per acquisiti almeno due elementi che non sono stati pacificamente recepiti nella dottrina giuridica e nella speculazione filosofica. Si allude:

a) all'identificazione della *regola* con la *regola positiva* (cioè posta dagli uomini e non recepita da una realtà metafisica);

b) alla spiegazione *deontologica* (cioè in termini di "dover essere" e non di "essere") del fenomeno giuridico, che non può quindi essere inteso come fenomeno meramente *esistenziale*.

Pertanto, i prossimi paragrafi saranno dedicati all'esposizione dei principali approcci teorici al riguardo, ciascuno dei quali porta con sé una differente soluzione di tali due questioni e quindi una (più o meno) diversa visione del fenomeno giuridico.

In effetti, la ricerca d'una definizione del diritto sia in chiave *strutturale* (cos'è il diritto?) che in chiave *funzionale* (a che serve il diritto?) è nata, si può dire, con l'uomo, e le risposte che di volta in volta sono emerse sono numerose, diversificate, incompatibili, ma tutte caratterizzate dalla convinzione di essere, in qualche modo, "superiori" alle altre e, quindi, in un certo senso, più "vere" e più "definitive". Il rapporto tra diritto e filosofia si è, tuttavia, bruscamente interrotto all'inizio di questo secolo ed un contributo decisivo è venuto, in tale direzione, dalla "crisi" della filosofia come scienza globale (soppiantata da altre forme di sapere più specifiche ed autonome, come, ad es., la sociologia e la psicologia) e l'attenzione con cui si comincia a guardare al diritto non solo e non tanto nel suo versante "attivo" (chi fa ed impone il diritto), bensì, soprattutto, nel suo lato "passivo" (chi subisce il diritto: il deviante, il rivoluzionario). Di conseguenza, le moderne teorie del diritto guardano alle nuove scienze sociali particolari (specialmente alla sociologia) per ricercare la risposta alle antiche domande ed un simile approccio analitico genera un duplice effetto: «quello di concepire il diritto quale fenomeno sociale *empirico* e quello di considerarlo preminentemente in un'*ottica descrittiva* (rimettendo ad un altro momento o ad altra sede le considerazioni di natura valutativa)» (Gavazzi, i corsivi sono miei). Se, quindi, si getta uno sguardo a tutte le concezioni del diritto più importanti di questo secolo (Kelsen, Schmitt, Pound, Hart, Ross, Olivecrona, Santi Romano eccetera), si può riscontrare come esse, pur nella loro

diversità, tendano tutte a coagularsi intorno a due concetti fondamentali ed a registrare alcuni elementi *costanti*: tutte per diritto intendono «un sistema di *controllo sociale* dei comportamenti intersoggettivi dei membri di un gruppo mediante un insieme, più o meno articolato, di *prescrizioni*, tutte o in parte coercitive» (*Idem*, i corsivi sono miei).

1.2. Giusnaturalismo e giuspositivismo

In merito all'identificazione della *regola* con la *regola positiva* (*retro*, § 1.1. *sub a*), va ricordato che essa è stata aversata sin dall'antichità classica, in cui la definizione del diritto come *ars boni et æqui* è stata autorevolmente (Celso) opposta a quella ulpiana per cui il diritto era quello (e solo quello) che scaturiva dalla volontà del *princeps* (*quod principi placuit legis habet vigorem*). L'identificazione del diritto con l'«arte del buono e dell'equo» ha posto capo ad una spiegazione del fenomeno giuridico come insieme di precetti (positivizzati o meno dall'autorità concreta non importa) corrispondenti ad un ordine naturale ed universale. Tale ordine naturale ed universale è stato variamente individuato nel corso dei secoli (Abbagnano), ora nell'insieme dei precetti che sono extrapolabili dall'osservazione empirica dei comportamenti sociali (diritto naturale dell'antichità greco-romana); ora nell'insieme dei precetti dettati da una divinità trascendente (diritto naturale del medioevo come *proveniente da Dio*); ora nell'insieme dei precetti enucleabili in base ad un retto uso della ragione umana (diritto naturale dell'età moderna come *altro da Dio*, giusrazionalismo).

È quest'ultimo il giusnaturalismo cui generalmente si allude nella contrapposizione al giuspositivismo. Il suo inizio viene tradizionalmente fatto risalire all'opera del giurista olandese Huig de Groot (Grozio), che scrisse un trattato intitolato *De iure belli ac pacis* (1625) nel quale veniva sostenuta l'esistenza di principî *universalmente ed eternamente validi di giustizia* individuabili a partire dall'indole *naturalmente socievole* dell'uomo. Il tratto fondamentale del pensiero di Grozio è stato individuato nella *laicità* del suo approccio a tali principî universali di giustizia, e ciò spiega perché sia stato proprio lui ad essere considerato il fondatore del giusnaturalismo moderno, e tale merito non sia stato invece ascritto ad altri pensatori (precedenti) che pure avevano sostenuto identiche posizioni, ma a partire da un contesto religioso, come, ad esempio, il teologo gesuita Gabriel Vázquez. Gli esponenti più conosciuti della c.d. Scuola del diritto naturale del XVII secolo sono, oltre a Grozio, Thomas Hobbes, John Locke e Samuel von Pufendorf. Si tratta di pensatori che hanno in comune, generalmente, una posizione *laica*, un atteggiamento *individualistico* e, soprattutto, il *metodo razionalistico* cartesiano. Tuttavia, sono spesso le *differenze* tra loro a risaltare, tanto che s'è rilevato come rappresenti una *forzatura* parlare di «scuola» del diritto naturale, quasi che vi fosse un'intima *unità* dell'ispirazione di fondo (Fassò).

Ad esempio, mentre Grozio assumeva a punto di partenza della propria speculazione la *socievolezza* dell'uomo, Hobbes riteneva che gli uomini, quando entrano in relazione reciproca, non lo fanno per collaborare (socializzare), bensì per sopraffarsi l'uno con l'altro. Ne discende che la ragione che fonda il diritto naturale non è, come in Grozio, la *simpatia* (intesa come «sentire assieme») bensì la *paura*, la quale spinge gli

uomini a coalizzarsi e sottomettersi al potere assoluto del sovrano, il quale si limita a garantire la loro permanenza in vita e la pace sociale. In questo senso, quindi, le posizioni di Hobbes sono assai vicine al *positivismo (ultra)*, anche se rimane ferma l'*universalità* e la *a-temporalità* del diritto all'auto-conservazione ed alla pace.

Ancóra, se analizziamo il pensiero di Locke, notiamo che egli riprende la definizione groziana del diritto naturale nei termini di una regola di condotta fissa ed eterna dettata dalla ragione, e tuttavia si discosta da Hobbes nella misura in cui ritiene che l'uomo, attraverso il diritto positivo, intende *salvaguardare* diritti naturali già esistenti (*in primis*, la proprietà privata – e nel dire ciò egli si distanzia da Grozio, che, come gli altri giusnaturalisti, non considerava la proprietà privata un diritto naturale –) e non, come quello (Hobbes) riteneva, *costituirli* (auto-conservazione e pace).

Infine, Pufendorf sostiene, a differenza di Grozio, che sussiste sempre e comunque *conformità* del diritto positivo al diritto naturale, per cui non è immaginabile un diritto positivo *ingiusto*, ossia incompatibile col diritto naturale. Conseguentemente, mentre in Grozio (e negli altri giusnaturalisti) il parametro della (in)giustizia o meno di un'azione umana resta comunque agganciato – in ultima analisi – all'ordinamento del diritto naturale, in Pufendorf, stante il postulato della necessaria conformità dei due piani (giuspositivo e giusnaturale), l'aggancio al diritto naturale è meramente *formale*.

Nel secolo seguente (XVIII), l'influenza della filosofia illuministica si riverberò anche sulla riflessione giusnaturalistica, accentuandone ulteriormente la componente razionalistica. I pensatori più significativi dell'epoca furono Kristian Thomasius (Tomasio), Kristian Wolff ed Emerich de Vattel.

A Tomasio si deve soprattutto il raffinamento e la precisazione dell'idea giusnaturalistica del diritto naturale come prodotto della ragione umana riferito alla *giustizia*, intendendo peraltro con quest'ultima un qualcosa di *diverso e separato* dai precetti *morali*.

Da parte sua, Wolff riprese la classica concezione giusnaturalistica che vedeva nel diritto naturale una manifestazione del divino tesa ad elevare l'uomo verso la perfezione, ma applicò a tale concetto tradizionale una chiave di lettura squisitamente individualistica: fine del diritto naturale, cioè, non è la conservazione della società bensì la perfezione del singolo. Il pensiero di Wolff ebbe grande séguito e popolarità tra i giuristi del suo tempo, soprattutto grazie all'opera di diffusione e specificazione di essa effettuata dal suo allievo Vattel.

Con la crisi dell'illuminismo si registrò anche il declino del giusnaturalismo (che con Kant aveva raggiunto la sua formulazione teorica più compiuta e con le codificazioni del primo Ottocento la sua più fulgida realizzazione positiva), al quale, da più parti e con diversi accenti, venne imputata, ora una scarsa attenzione alla *storicità* del fenomeno giuridico (Vico, Bacon e Leibniz), ora l'eccesso di *astrattismo* nella costruzione del sistema delle regole (Montesquieu).

Il postulato fondamentale di questo filone di pensiero è, in tutti i casi, dato dalla convinzione che, così come v'è un ordine *naturale* del mondo fisico (di cui sono espressione le leggi della fisica, valide in egual misura per chiunque, in ogni luogo ed in ogni tempo), così vi sarebbe un ordine *naturale* dei rapporti umani (di cui sarebbero espressione le leggi del diritto naturale che, parallelamente, dovrebbero anch'esse valere in egual misura, in ogni luogo ed in ogni tempo). Tali leggi del diritto naturale, inoltre, proprio perché universalmente valide, dovrebbero essere *necessariamente giuste (imparziali ed adeguate*, in una parola: *eque*). Pertanto, il diritto *positivo* prodotto da un concreto legislatore, da un concreto giudice o da una concreta comunità, qualora contrastante

col diritto *naturale*, risulterebbe necessariamente *ingiusto*, e quindi *invalido*, perdendo così lo stesso carattere della sua giuridicità (diritto positivo ingiusto = non-diritto: Radbruch).

In verità, il diritto naturale può astrattamente porsi di fronte al diritto positivo in tre modi (Wolff):

a) *esclusivo*, nel senso che esso non ammette l'esistenza di alcuna altra forma giuridica (quindi, neanche del diritto positivo) che non sia il diritto naturale stesso;

b) *condizionante*, nel senso che il diritto naturale costituisce *fondamento* e *giustificazione* del diritto positivo;

c) *separato*, nel senso che il diritto naturale *coesiste* col diritto positivo ma disciplina ambiti di rapporti *diversi*.

È evidente che il problema di un rapporto tra diritto naturale e diritto positivo ha senso soltanto nell'ipotesi *sub b)*, in quanto sia in quella *sub a)*, sia in quella *sub c)* un rapporto tra i due non è nemmeno immaginabile.

Un simile schema di ragionamento rappresenta la declinazione, sul terreno delle regole giuridiche, della convinzione che, rispetto ad un dato problema, esista una sola risposta *vera*, e che qualunque altra risposta diversa da quella considerata vera rappresenti un *errore*, in quanto tale (errore) da eliminare perché dannoso.

Da una simile versione "estrema" del giusnaturalismo – detto giusnaturalismo *ontologico* (Cotta) – si distinguono due versioni "moderate" di giusnaturalismo: il giusnaturalismo c.d. *fenomenologico* ed il giusnaturalismo c.d. *deontologico* (*idem*). Il primo, tuttavia, si limita a precisare che il diritto positivo *deve* avere un necessario legame con la "natura della cosa" che esso va a disciplinare, e siccome la "natura della cosa" ha carattere *storico* e *contingente*, la differenza col giusnaturalismo ontologico si riduce ad ammettere che il diritto naturale può non essere immutabile, in quanto storicizzato. Parimenti, il giusnaturalismo *deontologico* non parla di "natura della cosa", ma collega la validità del diritto positivo al rispetto ed alla realizzazione di *valori etico-sociali voluti* da una data compagine sociale e di cui le norme giuridiche devono costituire attuazione. Un diritto positivo che non realizzi tali scopi è *ingiusto* (*rectius: inadeguato*), e quindi è non-diritto. Anche in tal caso, peraltro, l'unica significativa differenza rispetto alla versione più pura della dottrina del diritto naturale (quella ontologica) pare consistere in una mera storicizzazione e relativizzazione dello stesso (diritto naturale), ragion per cui tutte le declinazioni di tale dottrina possono essere analizzate e commentate in modo tendenzialmente unitario.

Diversamente dall'approccio giusnaturalistico, quello giuspositivistico si pone di fronte alla giustizia, alla "natura della cosa", ai valori, in una posizione di *agnostica neutralità*, e non considera l'esistenza del diritto positivo in termini di *giustizia*, ma solamente in termini di *conformità formale* alle regole previste per la sua *posizione*, cioè in termini di *validità* (Kelsen, Hart). Conseguentemente, per il giurista non c'è altro diritto – o, meglio, non esiste altro diritto *rilevante* nella sua attività di scienziato – che non sia quello positivo, *a prescindere* da ogni suo "aggancio" con la morale o con l'etica.

Il positivismo (che nasce nel XIX secolo), quindi, applica al fenomeno giuridico il medesimo metodo (scientifico) che la filosofia positivista generale aveva adottato (Darwin) in opposizione alle altre teorie scientifico-filosofiche del suo tempo, che ricercavano nei fenomeni naturali un fondamento metafisico: così come i fenomeni fisici sono spiegabili in base a regole immanenti, conoscibili esclusivamente per mezzo dell'osservazione e dell'esperimento, così anche il diritto ritrova le sue regole in se stesso, in quanto fenomeno storico e concreto osservabile senza ausili trascendentali, morali o spirituali (Spencer). Tuttavia, il positivismo in quanto filosofia non ritiene, coerentemente con le proprie premesse, che sia possibile studiare un fenomeno sociale avulso dal proprio contesto (Comte), per cui il diritto sarebbe un fenomeno osservabile esclusivamente in chiave sociologica (c.d. sociologia del diritto: Ehrlich). Viceversa, il positivismo giuridico propriamente inteso non riduce lo studio del diritto alla sua sola dimensione sociale, ma ritiene possibile uno studio scientifico di esso (diritto) come fenomeno a sé (c.d. scienza del diritto: § 1.4). Ed è in questo secondo significato che noi, come giuristi e non come filosofi, parleremo di positivismo giuridico o giuspositivismo.

Il positivismo giuridico nel senso sopra precisato è, dunque, una dottrina molto più recente del giusnaturalismo, dal quale, peraltro, trae origine. In effetti, le *codificazioni* della prima metà dell'Ottocento – su cui si basa l'approccio esclusivista al diritto del positivismo – furono il risultato dell'azione riformatrice sugli antichi diritti condotta alla luce dei principî giusrazionalistici. La sua nascita (del positivismo giuridico) può essere fatta risalire alle critiche mosse dalla c.d. Scuola storica del diritto (Hugo) e dalla c.d. Pandettistica (Gerber) agli antistorici ed astratti principî di ragione illuministici. Il diritto, cioè, non sarebbe ricostruibile ed interpretabile in termini astrattamente razionalistici, come pretendevano gli illuministi, bensì, o alla luce dei *concreti accadimenti storici* – per cui il diritto altro non sarebbe che la formalizzazione della coscienza popolare (Savigny) –, o come risultato dell'elaborazione in termini generali di concetti ottenuti a partire da norme concretamente esistenti (Jellinek), come paradigmaticamente avvenuto con la categoria del *negozio giuridico*, indotta dall'esegesi delle fonti del diritto romano a partire da figure più particolari quali i *contratti*, il *matrimonio*, il *testamento* eccetera (Laband). Dunque, non vi sarebbe un diritto *naturale*, valido *in ogni luogo* ed *in ogni tempo*, ma esisterebbero soltanto i *concreti diritti positivi*, validi in un dato luogo ed in un dato tempo (Austin, sulla scia del pensiero utilitaristico del suo maestro Bentham).

A partire da questi presupposti, il positivismo giuridico conobbe la sua stagione migliore a cavaliere tra il XIX ed il XX secolo, grazie all'opera di numerosi studiosi (Windscheid, Mayer, Merkel, Thon e Zitelmann). Tuttavia è bene rilevare che, analogamente a quanto detto per la c.d. Scuola del diritto naturale, anche per quanto concerne la Scuola del diritto positivo sono soprattutto le differenze tra i diversi autori ad emergere, avendo essi in comune soprattutto (ed in molti casi soltanto) il *metodo*. Così, se la maggior parte dei giuspositivisti formali concepisce la norma giuridica come *imperativo* (Thon), altri privilegiano una sua ricostruzione nei termini di *giudizio ipotetico generale* (Zitelmann). Ancóra, se la maggior parte di questi studiosi propendeva per la riconducibilità del diritto esclusivamente nella dimensione statale (Windscheid, Austin), non mancò chi ritenne che *qualunque* collettività potesse produrre diritto (Thon, Bierling, al quale si deve la prima formulazione della teoria della c.d. norma di riconoscimento – *Anerkennung* – che tanti consensi ha riscosso nella dottrina seguente: Hart).

Va da sé che ragionare di tal guisa significa collocarsi nel filone di pensiero, di stampo relativistico, basato sulla convinzione che, rispetto ad un dato problema, non esista alcuna risposta sicuramente *vera*, che qualunque risposta sia quindi potenzialmente vera ed, in quanto tale, meritevole di essere accolta in seno al sistema.

La scelta di collocarsi in tale secondo filone di pensiero (giuspositivismo) deriva per l'appunto, (i) da un lato, dalla constatazione che, soprattutto nelle moderne società complesse, un atteggiamento di assolutismo filosofico rischia di essere incompatibile con uno sviluppo pacifico ed ordinato della vita sociale (in cui non sembra ormai seriamente sostenibile l'esistenza di un'unica verità a scapito di tutte le altre) e, (ii) dall'altro lato, dalla convinzione della *fallacia* del presupposto di partenza della dottrina del diritto naturale, cioè l'analogia tra leggi di natura e leggi sociali (giuridiche). Più precisamente, si sostiene che se le scienze naturali sono governate dal principio di necessaria causalità, quelle sociali rispondono a diversi principî (quello della probabilità statistica e quello dell'imputazione). Inoltre, mentre le scienze naturali si muovono sul piano dell'*essere* (ontologico) il diritto si pone su quello del *dover essere* (deontologico).

In questa chiave, peraltro, non s'intende, come si vedrà nel paragrafo successivo, rigettare integralmente il giusnaturalismo, ma soltanto recuperarlo e reinterpretarlo alla luce del rapporto che esso *deve* necessariamente intrattenere col diritto positivo e che esso ha *storicamente già intrattenuto* (si pensi alle codificazioni del XIX secolo, poco sopra ricordate): acclarato, infatti, che oggi nessuno dubita del carattere relativo e storicizzato dei valori etico-sociali, la pretesa giusnaturalistica di formulare "giusti" precetti vincolanti da qui all'eternità (e quindi sempre prevalenti su) i diritti positivi è insostenibile. Il diritto *valido*, una volta formulato, è *solo* quello positivo, e solo ad esso si è oggettivamente sottoposti come consociati, a prescindere dalla sua congruenza coi valori etico-sociali. Viceversa, il diritto naturale (o quello di volta in volta considerato tale) non cesserà mai di far sentire la sua azione di *spinta* e di *impulso* per l'*adeguamento* del diritto positivo a quei valori al fine di pervenire, *nelle sedi proprie*, ad una *nuova formulazione* della regola *positiva* (Cotta).

1.3. (segue) *Normativismo, decisionismo, realismo ed istituzionalismo*

Il rilievo sul carattere *deontologico* della regola giuridica (*relativizzata* e *storicizzata* e quindi *positiva*: § 1.1 *sub b*) introduce alla seconda questione irrisolta, cui avevamo accennato in chiusura del primo paragrafo, ossia quella relativa alla spiegazione *deontologica* (e non meramente *ontologica*) del fenomeno giuridico.

In particolare, la concezione del diritto da noi recepita è definibile *formale*, o *normativa*, in quanto caratterizzata, in ultima analisi, dal fatto che la *regola di diritto* (che, come vedremo più avanti, prende il nome di '*norma*': § 1.5) è considerata un *prius*, logico ed effettivo, rispetto alla realtà che essa (regola di diritto) deve disciplinare. Tuttavia, numerose altre concezioni del diritto muovono dal presupposto esattamente contrario, e cioè considerano la *realtà* da disciplinare, *il fatto*, come *prius*, (logico ed effettivo) rispetto alla regola, e perciò sono dette teorie *realistiche*, o *sostanziali*, od *istituzionali* (da "istituzione": Santi Romano e Hauriou). Presupposto al quale, per ragioni di semplificazione,