

$$\frac{A_{I2}}{289}$$



Michele Fabio Tenuta

Scienza e ideologia del diritto

Itinerari di filosofia e metodologia
della scienza giuridica

Prefazione di
Adriano Ballarini



Copyright © MMX
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-3298-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: maggio 2010

*Alla memoria di mio nonno Michele,
Maxima Lux per viam
Exemplum umquam aequatum*



Non chiederci la parola che
squadri da ogni lato... non do-
mandarci la formula che mon-
di possa aprirti.

E. MONTALE, *Ossi di seppia*, Mi-
lano 1967, pp. 53-54.



Indice

11 Prefazione

17 Capitolo I

Scienza giuridica e ideologia giuridica:
quadro tassonomico

Proemio e Itinerario nella filosofia giuridica

A. Piano discriminante formale – B. Piano discriminante sostanziale – C. Il caso controverso della dottrina pura del diritto come scienza giuridica – D. I caratteri contro-fattuale, anti-fenomenologico ed anti-esistenziale dell'ideologia

43 Capitolo II

Ideologia giuridica e ideologia politica

Itinerario nella filosofia politica

A. Incidenza ideologica su politica e diritto: *deminutio* demopluralistica e mutazioni onto-grafiche del diritto – B. Tracce illative: fondamento escludente e sovranità concertativa

63 Capitolo III

Metodo fenomenologico nella scienza giuridica

Itinerario nella metodologia della scienza giuridica

A. Il fenomeno giuridico e la sua dinamica – B. La metodologia fenomenologica delle scienze giuridiche come studio dei modi-di-esserci del "diritto che è": una lettura modalistica del fenomeno diritto

73 Capitolo IV

Applicazioni concrete di metodo e di merito

Itinerari applicativi nelle scienze naturali e giuridiche

A. Il fondamento ezio-logico tra scienze naturali e giuridiche: pluralismo di (dis)ordini naturali e giuridici – B. L'incidenza ideologica sulle teorie e sulle pratiche dei diritti soggettivi

111 Capitolo V

Piano di indagine analitico-esistenziale

Itinerario nell'ontofenomenologia giuridica

A. I caratteri della de-scrittura fenomenologica e della prescrizione ideologica del diritto

123 Epilogo

Prefazione
Note sull'ideologia

A. Il rapporto con qualunque fenomeno, sia esso storico, naturale, esistenziale, sociale o giuridico, può essere instaurato facendo come scelta di metodo quella di trattarlo innanzitutto come un *puro e semplice fatto storicamente determinatosi*. Con ciò non si escludono altri piani, né vengono negate letture e comprensioni diversamente impostate. Piuttosto, il *fatto* che quell'accadimento si è dato storicamente ed il *modo* nel quale esso si è dato, questi dati vengono assunti come prioritario oggetto di indagine. Che quello con il quale si ha a che fare è un *fatto con un suo specifico modo d'essere*, questa constatazione precede ogni altra considerazione. *La scelta di metodo diviene così anche una scelta di campo*. Inevitabilmente, lavorare sul *piano dei modi d'essere*, stando all'interno delle coordinate storiche, geografiche ed istituzionali alle quali apparteniamo, nelle quali dominante è in ogni caso il sistema concettuale improntato alla *comprensione del reale secondo la filosofia dell'essere*, significa innanzitutto che il fenomeno non viene comunque ricondotto ai tradizionali schemi concettuali ai quali la nostra realtà culturale fa comunque riferimento. Non si parte allora da nessuna *realtà pre-data*. Il fenomeno non si *commisura* con verità prime o ultime (quali che siano) capaci di definirne sen-

so ed identità. Lo si descrive piuttosto assumendo come principio metodologico il fatto che il piano sul quale esso si mostra e si impone come un essere è innanzitutto quello del suo *specifico modo d'essere*. Il che è una scelta di campo, perché *sposta la ricerca, dalla regione dell'essere* (mondo delle verità pre-date o delle essenze), *a quella delle cose per le quali* (almeno nei limiti del divenire, dove esse, fin tanto che sono, ancora non sono) *non c'è alcun essere se non in quanto modo d'essere* (non c'è alcuna realtà prima, al di fuori, di fronte al fatto che, fin tanto che siamo, ancora non siamo).

B. *Ideologia: il suo modo è quello di essere una logica dell'idea. Ideo-logia: innanzitutto un'idea, dunque qualcosa che è libero dalla tirannide del tempo e che può anche non aver bisogno di spazio, qualcosa quindi che per sua stessa natura può mantenersi fuori dal divenire. Ideo-logia: un'idea che, sottratta al destino del divenire, può correttamente ritenersi un punto fermo, valere come riferimento. Stabile di fronte al mutevole, l'idea vale facilmente come misura, legittimando la conclusione che ad essa il mutevole può essere ricondotto per ricevere senso e ragione. Il modo d'essere che l'idea conferisce all'ideologia è la distanza e la differenza. Distanza e differenza dalle cose che semplicemente accadono. Distanza dall'essere fattuale. Il modo d'essere che l'idea conferisce all'ideologia è l'essere ordinamento delle cose. Sempre infatti l'idea instaura un ordine. Posta di fronte all'accadere, essa commisura l'accadere stesso secondo una rigida sintassi: è autentico (rilevante) ciò che comunque ripete (attua) l'idea, inautentico (effimero) ciò che se ne discosta. L'idea fa sì che l'ideologia non incontri i fatti, bensì la ripetizione (rappresentazione) della distanza e differenza dai fatti che essa stessa ha fissato. Il modo d'essere ideologico è quello che pre-ordina la realtà, tra-*

ducendola nella successione di casi identici. Ideologicamente, ogni fatto è la rappresentazione ordinata (Logica) dell'idea, la ripetizione della distanza e della differenza dal divenire fissate dall'idea come misura dell'autenticità dell'accadere.

Sul piano dei fatti ed al di là di ogni valutazione possiamo dunque parlare correttamente di un modo d'essere ideologico ogni qual volta qualcosa del divenire (quale che sia questo qualcosa!) viene posto al di fuori di esso per assumere il ruolo di modello (idea) al quale ordinare (commisurare) le cose per differenza (conformità/differenza) dal modello stesso.

C. Per come si mostra, il modo d'essere ideologico è un modo d'essere ontologico.

*Ontologia, tradizionalmente la scienza delle cose in sé, la conoscenza dell'ordine dell'essere e del divenire secondo la sua essenza (Natura, Physis, Verità, Essere). L'essenza, un già stato, qualcosa di dato una volta per tutte, posto come l'autentico, l'originario. Adoperando la lingua tedesca, si può dire che sempre alla sua base c'è un *Ur-Factum*, un fatto riconosciuto (posto, ritenuto, valutato) come *originario (Ur-)* al quale *essere e divenire* vengono ricondotti. Ontologia è così *scienza del fondamento* che sostiene senso e ragione delle cose. Questo significa che essa è scienza di ciò che ha senso e ragione d'essere in quanto riconducibile a ciò che *vale* (è posto) *come fondamento*.*

*Fare ontologia, partire-da e ricondurre-tutto-ad un *Ur-Factum*, significa così anche sempre necessariamente chiamare l'intero accadere a rendere conto di sé rispetto al fatto che vale come fatto originario. Posto un *Ur-Factum* è anche imposto un *ordine delle cose*. Sulla base dell'*Ur-Factum*, infatti, il reale è organizzato secondo una rigorosa scissione tra autentico (ciò che può essere ricondotto all'originario, a ciò che vale come fondamento) ed*

inautentico (ciò che è estraneo, diverso, distante dall'originario, ciò che in questo non ha fondamento e dunque non ha senso e ragione d'essere). In ciò, l'ontologia è una *logica dell'ente* (delle cose che accadono) perché ciò di cui tratta è un reale *pre-ordinato* secondo l'applicazione della rigida ed immodificabile sintassi impressa nelle cose dall'*Ur-factum come Principio del fondamento*. L'ontologia non tratta dei fatti, quando tratta della natura, dell'uomo, delle cose, dell'accadere, tratta di *ripetizioni dell'originario*, cioè, potremmo dire di *rappresentazioni del modello fissato come principio della separazione tra autentico ed inautentico, dunque come principio del fondamento: ciò a cui le cose rendono conto quanto al loro senso ed alla loro ragione d'essere*.

Qualunque cosa può valere come *Ur-Factum*. Può essere un'idea, un evento storico, un dato fisico o metafisico. Sempre in questo caso si instaura una *logica dell'ente, una ontologia*. Sempre, infatti, posto qualcosa come *originario*, esso vale come *principio del fondamento*, e di fronte ad esso il reale viene insanabilmente scisso (pre-ordinato) secondo il binomio autentico-inautentico. Possiamo dunque correttamente parlare di un *modo d'essere ontologico* quando ravvisiamo che qualcosa nell'accadere viene posto come ciò a partire dal quale *l'autentico si scinde insanabilmente dall'inautentico*.

D. *Ontologia come logica dell'ente, Principio del fondamento, ordine delle rappresentazioni dell'Originario: queste non sono dissertazioni intellettuali o precisazioni etimologiche*. Esse definiscono piuttosto le coordinate all'interno delle quali si attua una specifica condizione di esistenza storicamente determinatasi. *Ontologica* è infatti la condizione d'essere dell'uomo che la Manualistica storica, giuridica, filosofica, riferendosi all'uomo pre-moderno definisce

Subjectum. Subjectum non per una condizione esteriore di assoggettamento ad un qualche dominante. *Subjectum*, piuttosto, come colui che *occupa il posto* a lui riservato nell'ordine delle cose fissato come autentico. *Non Subjectum per scelta, ma per destino della necessità*, quel destino preordinato per tutte le cose da ciò che vale come Principio del fondamento, dal fatto storicamente posto come originario. *Assoggettato, dunque, all'ordine delle differenze tra ciò che ripete l'originario (e dunque vale) e ciò che non lo ripete (ed è dunque senza valore)*. Ontologica è così la *condizione* nella quale l'ordine delle cose, pre-ordinato secondo un (qualunque) principio del fondamento, è sempre un *Rangordnung*, un *ordine della differenza di grado e di valore d'essere* tra l'autentico (ciò che in qualche modo ripete, rappresenta, garantisce, perpetua l'originario) e l'inautentico (ciò che questo ordine minaccia). Ontologica è la condizione di esistenza il cui *modo d'essere* è il *dominio sul reale* (che va rigidamente preordinato) e l'*assoggettamento* alla ripetizione delle forme e dei modi di garanzia del dominio stesso.

E. *Osservata sul piano del modo d'essere, ogni ontologia è una ideologia. Questa affermazione, che è senz'altro proponibile correttamente all'interno della tradizione e della realtà storica dell'occidente europeo, questa stessa orienta ogni ricerca abbia per oggetto l'ideologia. La orienta perché la pone all'interno di precise coordinate, quelle appunto del modo d'essere ontologico. Così, trattare di ideologia significa trattare innanzitutto di una condizione di esistenza caratterizzata da scissioni insanabili, identità per differenza, ripetizione di modelli, sinteticamente di una condizione d'essere nella quale l'unico status è quello dettato dai gradi fissati secondo l'ordine di autenticità o inautenticità secondo il quale si realizza il modello posto come Ur-Factum. Non è la conoscenza il piano che attie-*

ne all'ideologia, bensì un modo dell'abitare ed una condizione di realtà dell'esistere. Questo in ogni campo, sia esso sociale, giuridico, storico, culturale, istituzionale. Perché ovunque, fissato un Ur-factum, si instaura un Rangordnung. Così, trattare di ideologia o di non ideologia significa trattare di una realtà che garantisce o non garantisce la condizione di esistenza il cui modo d'essere è ontologico. Questo significa, trattare di una realtà che storicamente, giuridicamente, istituzionalmente, socialmente e culturalmente garantisce o non garantisce per l'uomo lo status di Subjectum, con esso una condizione d'essere (status) segnata su ogni piano dal consolidamento o non consolidamento di contraddizioni insanabili. Contraddizioni sociali, giuridiche, istituzionali, culturali tutte insanabili, perché insanabile è la differenza tra autentico ed inautentico ed insanabili (immodificabili nel loro grado di autenticità o inautenticità, immodificabili quanto al loro rango nell'ordine delle cose) sono le condizioni d'essere che questa differenza attua. L'ideologia, nella sua forma europea occidentale di modo d'essere ontologico e l'ontologia, nella sua forma storica di ripetizione di ciò che è posto come Ur-Factum sono modi dell'abitare dominanti e condizioni di esistenza assoggettanti. Tra ideologia e oltrepassamento dell'ideologia quello che è in gioco è l'oltrepassamento di questa condizione d'essere e di questa condizione di esistenza, o il permanere all'interno delle loro forme storiche.

Adriano Ballarini

Ordinario di Filosofia del Diritto
presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Macerata



Scienza giuridica e ideologia giuridica: quadro tassonomico

Proemio e Itinerario nella filosofia giuridica

A. Piano discriminante formale

È dinanzi a noi una dualità di metodi di indagine e speculazione giuridica: la *scienza giuridica*, su un versante, l'*ideologia giuridica*, sull'altro. Il presente lavoro intende attardarsi intorno alla delineazione del tracciato discreitivo tra codeste metodologie, inscrivendosi entro una più lata ricerca sull'*essere del diritto* condotta col metodo delle scienze giuridiche¹.

¹ Identificando le *tre aree del giuridico* della *legislazione, giurisprudenza e dottrina*, è a quest'ultima che occorre far capo onde denotare il sintagma "*scienza giuridica*" di cui qui si fa uso. "Il termine 'dottrina' [...] è comunemente usato per riferirsi all'insieme degli scritti e/o all'insieme delle opinioni dei giuristi accademici", R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino 2006, p. 209. Perché la dottrina possa risolversi in scienza, essa deve costituirsi in *pratica puramente conoscitiva ed avalutativa*: "è tesi scontata nella epistemologia moderna che la avalutatività (la '*Wertfreiheit*') sia un tratto costitutivo di ogni discorso propriamente scientifico", *ibidem*. Essa deve, aggiuntivamente, strutturarsi nel modo del "*discorso descrittivo*", non già prescrittivo, modulandosi come *meta-linguaggio* (*discorso dei giuristi accademici* articolato



Si possono preliminarmente discernere un *piano discriminante formale*, che prenda le mosse dall'abbozzo affrescato da Norberto Bobbio nel suo *Il positivismo giuridico*²,

per "proposizione normative") avente come *linguaggio-oggetto* il *discorso del legislatore* (articolato per norme), cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 210 e G.H. von WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London 1963. La *proposizione normativa*, da visualizzarsi come unità logica del *linguaggio della scienza giuridica*, denota "ogni proposizione conoscitiva che verta su norme", del tipo "La norma N è valida", differentemente dalla *disposizione normativa*, unità logica del *linguaggio del legislatore*, a partire dalla quale si perviene alla *norma giuridica*, raffigurante la risultanza del processo interpretativo attuato su una disposizione normativa secondo lo schema: "La disposizione D esprime le norme N₁, N₂ ed N₃", cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 211 sgg. L'evenienza che la scienza giuridica tracimi oltre le sue fisionomiche barriere che ne fanno una *pratica genuinamente conoscitiva, avalutativa e meramente descrittiva*, viene ad emersione qualvolta si dia vita ad "*operazioni nomopoietiche*" in luogo di "*operazioni genuinamente cognitive*", *ivi*, p. 212 sgg. Operazioni produttive di norme (*alias* nomopoietiche) si hanno allorché, anziché procedere ad "*interpretazione cognitiva*" ("La disposizione D esprime le norme N₁, N₂ ed N₃"), si mette capo ad una "*interpretazione decisoria*" ("Tra N₁, N₂ e N₃, la disposizione N esprime N₁"), ovvero ad una "*interpretazione creativa*" ("La disposizione D esprime la nuova norma N₄"), *ibidem*. Gli schemi interpretativi decisorio e creativo con ogni evidenza si inquadrano in un metodo che non è proprio della scienza giuridica nel modo in cui nella presente *sedes* è intesa. Tali tipi interpretativi sono discendenza di tesi c.d. dogmatiche e talora ideologiche nel senso che sarà dappoi schiarito, anziché interpretative.

² Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1996, p. 133 sgg. Specificamente cfr. p. 137, ove si oppongono "definizioni fattuali, o avalutative" a "definizioni ideologiche, o valutative" del diritto. Una essenziale chiosa è a farsi in ordine al Bobbio autore delle lezioni sul positivismo giuridico radunate sotto il titolo appena citato. Esse furono tenute nell'anno accademico 1960-1961 "come commento storico e come sintesi teorica di due corsi precedenti sulla *Teoria della norma giuridica* e sulla *Teoria dell'ordinamento giuridico*, svolti rispettivamente negli anni accademici 1957-1958 e 1959-1960", *ivi*, p. IX. In quel torno di anni il teorico torinese seguiva a scavare il solco metodologico-giuridico inaugurato con il saggio del 1950 su *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (ora in *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino 1994, pp. 335-65). Nel "rigore del linguaggio" il Bobbio del tempo rinveniva la traccia della scientificità del discorso giuridico: nelle tre fasi della *purifica-*

ed uno *sostanziale*, che attende ancora una compiuta trattazione.

Muovendo dal filosofo del diritto torinese, può strutturarsi una griglia in cui la conoscenza scientifica e quella

zione del linguaggio, del completamento e dell'ordinamento, egli delinea una metodologia della scienza giuridica, una scienza delle proposizioni normative mondata da ogni residuo di storicismo, reciso ogni legame con la soggettività dell'interprete giuridico. L'entificazione concettualistica e logicistica degli istituti giuridici ha la meglio su ogni prescrizione del soggetto interpretante. Purtuttavia, la purezza del metodo appare inquinata al sopraggiungere, a 17 anni di distanza, di *Scienza del diritto. Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in "Riv. di fil", 1967, p. 245 sgg.. In tale discorso congressuale, Bobbio, complici gli impulsi turbolenti e virulenti delle contestazioni che al tempo agitavano la società civile e politica, aderisce alla c.d. meta-giurisprudenza descrittiva, ascrivendo l'opera giurisprudenziale a rango di "primaria o secondaria fonte del diritto", tale da "esercitare un'influenza nello sviluppo del diritto vigente". L'a-valutatività e la *wertfreiheit* del giurista dissolvono i loro vincoli unitivi con la scientificità del linguaggio giuridico, non ne costituiscono più la garanzia; il linguaggio giuridico è ora dichiarato "strumento imperfetto che lascia molto spazio all'inventiva di chi lo usa", ivi, p. 262. Si abdica ad ogni pretesa di oggettiva scientificità ancorata all'oggetto di studio (la norma, l'istituto giuridico). Di contro si erge ora la meta-giurisprudenza prescrittiva, la quale lascia infiltrare tra i parametri di osservazione metodologica del giuridico gli elementi storicistici nomogenetici (recanti le impronte dello scontro politico-ideologico dal quale rifluisce la proposta di regolazione della società vincente che diviene, quindi, norma giuridica), riscoprendo "la funzione prescrittiva del giurista nella società", ivi, p. 245. Il Bobbio dal quale traiamo le mosse non è quello da ultimo censito, non è ancora l'autore del discorso del 1967 su essere e dover essere: è il Bobbio del purismo logicistico e razionalistico in cui si rinserra la sua scienza giuridica come scienza del linguaggio. Le lezioni sul positivismo rivelano una straordinaria tenuta nel tempo, disvelano categorie del pensare giuridico non logorate dal trascorrere delle età del diritto: lo riconosce lo stesso Maestro nel ripubblicarle nel 1979: "inutile dire che il corso risente del tempo in cui fu scritto e di un dibattito che non si svolge più negli stessi termini di allora. Ma non ho ritenuto né di rivederlo né di aggiornarlo. Nonostante tutta l'acqua che è passata sotto i ponti del positivismo giuridico i piloni centrali hanno resistito", N. BOBBIO, *Il positivismo*, cit., p. X. Da tali piloni prende avvio la nostra riflessione.

ideologica del diritto si atteggiavano nei seguenti termini: a) la gnoseologia scientifica si avvale di *giudizi di fatto*, cioè riproducenti la realtà esteriore e sensoria per come si dà nello svolgimento storico degli accadimenti, pertanto svolge una *funzione de-scrittiva della realtà* giuridica, mettendo così in opera un *atteggiamento conoscitivo ed informativo* nei riguardi del diritto inteso come fenomeno esteriore, come dato coglibile nel suo oggettivo porsi all'osservatore; b) la gnoseologia (o – se si preferisce – la conoscenza) ideologica del diritto si struttura per *giudizi di valore*, i quali, essendo espressione di un *disegno pre-scrittivo* del diritto positivo (cioè di *politica legislativa*), vale a dire teso ad informarlo, mostrano, in tal modo, un *atteggiamento valutativo ed influenzante*. La scienza giuridica – per dirla poveramente – guarda al *diritto che è*, le ideologie giuridiche al *diritto quale dovrebbe essere*³. La prima raccoglie il diritto in quanto dato percepibile all'occhio dell'analista, le seconde ne danno una visione valoriale che è diretta derivazione di un pre-impostato progetto politico-giuridico⁴. Secondo un lessico oramai invalso, il

³ La dicotomia echeggia quella benthamiana tra *expository jurisprudence* (giurisprudenza espositiva), descrittrice del *diritto come fatto*, e *ensorial jurisprudence* (giurisprudenza censoria), giudicatrice del *diritto come valore*, cfr. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, in *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, eds. J.H. Burns and H.L.A. Hart, London 1977, p. 397.

⁴ Per la nozione di ideologia *generaliter*, per tutti cfr.: F. ROSSI LANDI, *Ideologia. Per l'interpretazione di un operare sociale e la ricostruzione di un concetto*, Roma 2005; M. CACCIARI, voce *Ideologia*, in *Enciclopedia filosofica*, VI, Milano 2006, p. 5487; G. BURDEAU, voce *Ideologia*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, Roma 1978, p. 505 sgg.; F. PASTORE, *Saggio di teoria dell'ideologia*, Quarto Inferiore 1994; K. MANNHEIM, *Ideology and Utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge*, San Diego 1985; R. BOUDON, *L'idéologie ou l'origine des idées reçues*, Paris 1986; P. TERENCE, *Ideologia e complessità. Da Mannheim a Boudon*, Roma 2002. In tempi recenti, sul versante politico-giuridico, adde

metodo ideologico trova la propria unità espressiva nelle *dottrine*, quello scientifico nelle *teorie*, le prime ponendosi – come rilevato da accreditati studi giuridici contemporanei – “come proposte ideali o ideologiche che prescindono dai dati reali, anzi: mirano a modificarli”, le seconde assumendo “come loro orizzonte precisamente i dati reali, tentando di rilevarli, elaborarli, ordinarli e, alla fine, comprenderli tramite proposizioni esplicative coerenti”⁵. Da quanto precede non può non ricavarsi che l’approccio scientifico per sua indole abbia come *obiectum cognitionis* esclusivo il *diritto reale* o *positivo* che – dal formalismo kelseniano in poi – si rende nei termini di ordinamento giuridico, differentemente dalle ideologie del diritto le quali non possono che volgersi ad un *diritto ideale* o *naturale*.

Verrebbe da sé, pertanto, la collocazione del primo approccio sotto l’arcata storico-filosofica del giuositivismo (più esattamente del “positivismo giuridico come accostamento avalutativo al diritto”⁶) e delle seconde sotto quella del giusnaturalismo classico e moderno. Tuttavia, tale impressione, che *ictu oculi* si affaccia alla mente del filosofo del diritto, si rivela, ad uno sguardo più acuto, fallace. Lo stesso Bobbio avverte circa la natura sdoppiata del giuspositivismo: da una parte metodo, dall’altra

N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Roma-Bari 2008. Intorno alla c.d. *crisi* o *tramonto delle ideologie*, il cui epifenomeno è dato dal crollo del muro di Berlino, cfr.: L. COLLETTI, *Tramonto dell’ideologia*, Roma-Bari 1980; G. BEDESCHI, *La fabbrica delle ideologie. Il pensiero politico nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari 2002; C.A. VIANO, *La filosofia italiana del Novecento*, Bologna 2006, p. 85 sgg.; M. STOPPINO, voce *Ideologia*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, Torino 1990, p. 487 sgg.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, pp. 178-179.

⁶ N. BOBBIO, *Il positivismo*, cit., p. 133 sgg.

ideologia del diritto (nella duplice versione “estremistica” e “moderata”⁷).

Sotto l’insegna di “ideologie giuspositivistiche estremistiche” l’Autore torinese raccoglie: la concezione della giustizia realistica, propria della filosofia sofistica e convenzionalistica (quest’ultima tipica del pensiero relativistico hobbesiano), la concezione sacrale dell’autorità, retta sul fondamento razionale, tradizionale o carismatico del potere, nonché la concezione dello Stato etico incentrata – nella lettura bobbiana – sulla visione hegeliana e gentiliana dello Stato. Nella versione moderata del positivismo ideologico ritroviamo “l’ordine come valore proprio del diritto”, esprimendosi nel principio di legalità, dell’azione giusta, nonché nei principi di generalità ed astrattezza. *Trait d’union* di tali interpretazioni ideologiche del diritto è la strutturazione intorno a valori: l’eticità, la morale, la sacralità nelle versioni estremistiche; l’ordine ed il *Gesetz ist Gesetz* nelle varianti moderate⁸.

⁷ Cfr. *ibidem*.

⁸ La duplice percezione del giuspositivismo (come metodo e come ideologia) permane inalterata nel Bobbio di poco posteriore alle lezioni sul positivismo: “la polemica giusnaturalistica contro il positivismo giuridico è diretta esclusivamente contro l’ideologia del *Gesetz ist Gesetz*, che è qualcosa di diverso dal *metodo positivo* e dalla *concezione statualistica*, la quale non è altro che una descrizione e una ricostruzione di una realtà storica”, N. BOBBIO, *Lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica in Italia”, 2, 2000, p. 421. Altre taglienti notazioni di metodologia della scienza giuridica abitano il predetto documento, tutte strette nel serrato contraddittorio con il filosofo bolognese Matteucci. Alcuni passi possono schiarire il senso della semantica del lemma ideologia nella teoria bobbiana; se ne reca uno in particolare: “per quel che riguarda [...] il cammino dalla ideologia alla teoria, là dove dice, giustamente, che non vi sono valori e disvalori, ma valori e valori. Benissimo. Però quando si parla di valori giuridici ci si vuol riferire a valori comuni a tutti gli ordinamenti giuridici e non solo a quelli cui va la sua [di Nicola Matteucci,

È appena il caso di fermare il dato onde il “positivismo ideologico” (moderato) dipinto da Bobbio⁹ o il “quasi-positivismo” di Alf Ross¹⁰, confluiscono *pleno jure* in una specie della *metaetica prescrittiva* nota sotto la locuzione di “*metaetica legalistica*”. Intendendo per *etica* l’insieme prescrittivo delle regole di comportamento appartenenti ad un certo ordinamento, la *metaetica* si dà come meta-linguaggio avente per linguaggio-oggetto l’etica, porgendosi, dunque, come discorso prescrittivo su un altro discorso prescrittivo di base, operando nel modo della identificazione delle fonti delle norme etiche. Esempificando, se la metaetica descrittiva opera mediante proposizioni del tipo “Secondo l’etica dell’ordinamento O, al verificarsi di x, si deve tenere il comportamento y”, la metaetica prescrittiva si avvale di proposizioni del tipo: “Si deve obbedire alle norme dell’ordinamento O”. Nella metaetica legalistica troveremo che l’ordinamento O è sempre quello giuridico positivo vigente. Orbene, codesta forma di metaetica giuspositivistica di taglio, non già descrittivo del piano delle regole di comportamento giuridiche, ma prescrittivo (della obbedienza al diritto

n.d.A.] simpatia politica. Ho il sospetto che lei consideri certi valori protetti da ordinamenti ispirati a certe ideologie. Un ordinamento giuridico che non garantisce la libertà personale è ancora un ordinamento giuridico? Direi di sì. Al contrario un ordinamento giuridico cessa di esistere quando non riesce a garantire la pace sociale: la guerra civile è la rottura di un ordinamento giuridico”, *ivi*, p. 422.

⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Torino 1965, p. 110 sgg. e T.D. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Brookfield 1996.

¹⁰ Cfr. A. ROSS, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law” (1961), ora in S.L. PAULSON-B. LITCHEWSKI PAULSON, *Normativity and Norms. Critical Perspectives in Kelsenian Themes*, Oxford 1998, p. 147 sgg.

positivo in quanto tale, facendo astrazione da qualsivoglia implicazione assiologia),¹¹ già da sé lascia affiorare un lineamento strutturale della ideologia giuridica (l'indebito passaggio dal de-scrivere al pre-scrivere): il *diritto che è* diviene *diritto che deve essere (obbedito)*.

Il *piano discriminante formale* tra scienza giuridica ed ideologia giuridica è, dunque, tracciato: i *giudizi di valore*, tesi ad informare il *diritto che è*, flettendolo verso il *diritto che dovrebbe essere* secondo la visione ideologica sostanziale prescrittiva, sono i nuclei operativi su cui l'ideologia basa il suo funzionamento; le *proposizioni fattuali*, descrittive del *diritto che è*, sono le unità funzionali della scienza del diritto. L'atteggiamento conoscitivo-informativo che presiede all'approccio scientifico non può che riverberarsi sullo specchio del giuspositivismo metodologico, cioè letto "come accostamento avalutativo al diritto"; l'atteggiamento valutativo-formativo proprio dell'approccio ideologico al diritto può connotare sia il giusnaturalismo sostanzialistico (etico, razionalistico,

¹¹ Distinto ma non distante dalla *metaetica giuspostivistica legalistica* è il c.d. *legalismo etico*: posizione dogmatica che trova nel giusnaturalismo greco dei sofisti la propria matrice generativa, assumendo, previa differenziazione del *giusto per natura (dikaion physei)* dal *giusto per legge (dikaion thesei)*, la corrispondenza del *giusto per legge* con l'essere *statuito per legge*. Il profilo della giustizia è così guadagnato da una purchessia norma positivizzata, astraendo da valutazioni di merito soggettivistiche: *ius* e *iustum*, *ius* e *iustitia* intrattengono relazioni di identificazione. Qui (nel legalismo etico) il *positum* è per ciò stesso *iustum*, lì (nella metaetica legalistica) il *positum* deve essere obbedito (sia esso *iustum*, sia esso *iniustum*). Il legalismo etico viola la *legge di Hume* (formulazione *par excellence* della *Grande divisione* tra giudizi di fatto e di valore) laddove trae dal giudizio di fatto circa l'esistenza oggettiva di una disposizione giuridica positiva vigente il giudizio di valore circa la giustizia del medesimo disposto, cfr. D. HUME, *Treatise on the Human Nature*, 1739-40; tr. it., *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari 1982, II vol., pp. 496-97. La metaetica legalistica, dal canto suo, nel prescrivere l'obbedienza al diritto, accantona il profilo valoriale della giustizia per stendersi sul mero piano deontologico prescrittivo.

teocratico o prassico) sia il giuspositivismo “come ideologia del diritto” di cui dianzi si diceva.

Compendiando, la scienza giuridica appartiene al metodo del giuspositivismo (articolantesi per *teorie del diritto positivo*), mentre l’ideologia denuncia una trasversalità d’inquadramento, essendo inscrivibile, sia nella tradizione del giuspositivismo (esprimentesi in *dottrine del diritto positivo*), che in quella del giusnaturalismo (traducentesi in *dottrine del diritto naturale*). A rendere plausibile questa sottile marcatura è la dicotomia propugnata dal Bobbio tra positivismo giuridico “come accostamento avalutativo al diritto” (*giuspositivismo metodologico*) e “come ideologia del diritto” (*giuspositivismo ideologico*).

B. Piano discriminante sostanziale

Sin qui la lucente linearità di Bobbio ci ha soccorso nella impostazione del piano di lavoro. Tuttavia, giunti a questo punto, la tesi bobbiana, volta a scriminare “definizioni del diritto” scientifiche o avalutative da definizioni ideologiche o valutative,¹² che è valsa qui a delimitare quello che si è definito come piano discriminante formale, merita di essere oltrepassata allorché si intenda progredire nella determinazione del tracciato discretivo tra scienza del diritto ed ideologia del diritto.

Codesta tesi si mostrerebbe anodina laddove semplicisticamente configurasse un purchessia giudizio di valore in campo giuridico come applicazione ideologica. La valorialità di un giudizio di merito, rappresentata come esercizio ideologico, slabbra la categoria dell’ideologia

¹² Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo*, cit., p. 137.

comportandone una dilatazione tale da farne smarrire una definita dignità di categoria logica ed ontologica. Non ogni *modus cognitionis* valutativo e pre-scrivente applicato al diritto, in realtà, rifluisce entro il canale dell'ideologia giuridica. Tale semplificazione appare forzosa e conduce ad alcuni assurdi logici che devono essere esposti – almeno per quanto attiene al nostro campo d'indagine (il diritto). Alla stregua delle predetta equivalenza (giudizio valoriale uguale applicazione ideologica), ogni ragionamento giuridico operato da un giudice del merito (*courts* o tribunali) ovvero, *a fortiori*, da un giudice delle leggi (corti costituzionali) dovrebbe meritare il predicato di “ideologico” in quanto esprimente, rispettivamente, una valutazione di merito sul fatto, dacché esso viene qualificato giuridicamente, ovvero una valutazione valoriale su principi costituzionali, tipicamente espressivi di contenuti etici. Appaiono francamente paradossali i risultati esegetici di questa equivalenza giacché finiscono per ritenere ideologico buona parte dell'intero momento applicativo del diritto o giurisprudenziale, e, infine, il *modus operandi* di uno dei poteri dello Stato.

Il criterio discrezionale formale (giudizi di fatto descrittivi contro giudizi di valore pre-scrittivi) è *condizione necessaria ma non sufficiente* per delimitare i reciproci terreni della scienza, da un lato, e della ideologia, dall'altro. La condizione sufficiente, agli effetti della nostra *actio finium regundorum* (azione atta a regolare i confini tra i finitimi fondi della conoscenza scientifica oggettiva descrittiva e di quella ideologica soggettiva prescrivente in ambito giuridico), sarà data – secondo la lettura che qui si rappresenta – dalla nozione di Fondamento o *Grund*. Pre-impostato ed invariabile, esso è assunto dall'ideologia come canone di riferimento di ogni parametrizzazione fondante un *giudi-*

zio di valore o di esistenza¹³, facendo da ponte ed ovviando ad un salto logico nel trascorrere dal giudizio di valore ad un atteggiamento pre-scrittivo ed influenzante: solo l'erezione di un fondamento (o essenza o verità¹⁴), a cui tutto viene rapportato e ragguagliato, spiega questo (altrimenti indebito) passaggio.

Talché, la *discriminante sostanziale* che qui si giustappone a quella formale è costituita dall'*assunzione di uno o più fondamenti onto-logici o assio-logici o ezio-logici* da parte dall'ideologia; ciò, differentemente dalle scienze giuridiche, marcate, al contrario, dalla *totale assenza di fondamento/i*. Lo statuto delle scienze è *Grundlosigkeit*¹⁵; lo statuto delle ideologie opera *per fundamenta, per essentias*, per dissociazione tra *bonum* e *malum*¹⁶.

¹³ Del resto, "ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve essere sempre presupposto", G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Milano 1992, p. 3.

¹⁴ Cfr. H. BARTH, *Wahrheit und Ideologie*, Zürich 1945.

¹⁵ Il termine, che nomina la assoluta assenza di un fondamento stabile, è mutuato da F. NIETZSCHE, *Nietzsche Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Band 5, Berlin-New York 1967; tr. it., *Opere complete di F. Nietzsche*, Milano 1964, sezione V, tomo 2, p.45 (d'ora in avanti s'indicheranno direttamente i numeri romani per la sezione e gli arabi per il tomo).

¹⁶ Torna, a tal proposito, chiarificante un luogo di Heidegger: "al giorno d'oggi *Weltanschauung* coincide ancor più che altro con ciò che si chiama 'Ideologi', 'ideologia' [...] L' 'ideologia' è quel configurare che si adegua in modo peculiare a ciò che è ovvio e comprensibile di per sé operando secondo una 'metafisica' – le 'idee' – che non è 'dimostrata' dall'ideologia stessa; queste 'idee' sono le mete, i valori e le forme di ordinamento, che vengono presentati, predicati, impressi, attraverso il *logos* inteso come ragione", M. HEIDEGGER, *Metaphysik und Nihilismus*, Frankfurt a. M., 1999; tr. it., *Metafisica e nichilismo*, Genova 2006, p. 43 (si avverte che *Metaphysik und Nihilismus* è il volume 67 delle *Opere complete (Gesamtausgabe)* di Martin Heidegger, edite dalla Klostermann di Frankfurt a. M. a far data dal 1975, raccolto sotto la terza sezione (III. *Abteilung*), Trattati inediti). Cfr. altresì M. HEIDEGGER, *Die Zeit des Weltbildes*, in *Holzwege*, Frankfurt a. M., 1950;

Da un'ottica sostanziale, l'ideologia si muove e vive di *giudizi di comparazione e parametrizzazione al fondamento*: una volta assunto il *Grund* onto-logico o assio-logico o ezio-logico, il sapere ideologico informa la lettura del reale ad esso, espellendo o stigmatizzando la datità reale difforme.

Vediamo *breviter* la rispettiva operatività di tali giudizi in relazione ai tre tipi di fondamenti ideologici.

1. La comparazione/parametrizzazione del dato reale al *fondamento onto-logico o esistenziale* produce, in caso di loro discordanza o divergenza, un *giudizio di inesistenza* nei confronti del primo (in ambito giuridico, diremmo più congruamente, un *giudizio di invalidità*, tale che – a mò d'esempio – apparirebbe affetta da *inesistenza, nullità o annullabilità* la norma incompatibile con il fondamento onto-logico assunto).
2. La comparazione/parametrizzazione del dato della realtà al *fondamento assio-logico o valoriale* importa, nell'ipotesi di loro discordanza o divergenza, l'elaborazione di un *giudizio di ingiustizia* nei confronti della datità giuridica discordante o divergente (la norma appare *ingiusta* ma conosce comunque uno spazio applicativo).
3. In fine, la comparazione/parametrizzazione del dato reale giuridico al *fondamento ezio-logico o causalistico* dà luogo, in caso di discordanza, ad un *giudizio di illegittimità derivativa o genetica* in ordine al dato giuridico preso in esame (una norma o una fattispecie concreta sono giudicate *illegittime* quanto alla loro derivazione genetica, alla loro fonte giuridica).

c. Il caso controverso della dottrina pura del diritto come scienza giuridica

La *Reine Rechtslehre* kelseniana torna preziosa giunti a tale punto di analisi, offrendo materiale critico da scrutinare.

Il teorico del diritto praghese avverte a mò di premessa: “la teoria pura del diritto ha un carattere antiideologico fortemente pronunciato. Essa propugna tale tendenza nel descrivere il diritto positivo indipendentemente da ogni confusione con un diritto ‘ideale’ o ‘giusto’. Essa vuole rappresentare il diritto com’è, non come deve essere: indaga sul diritto reale e possibile, non sul diritto ‘ideale’ o ‘giusto’”¹⁷. Sicché la *Reine Rechtslehre* “vuole rappresentare il diritto com’è, non come deve essere: indaga sul diritto reale e possibile, non sul diritto ‘ideale’ o ‘giusto’. In questo senso è [...] una teoria del positivismo giuridico”¹⁸. Nel suo porsi sotto il solo cono di luce del giuridico, la teoria kelseniana ricusa ogni connessione con le arti e le scienze politiche, abbandonandosi al mero piano descrittivo e mai valutativo: “essa rifiuta di fornire una valutazione del diritto positivo. In quanto scienza, non si considera soggetta ad altri obblighi che a quello di afferrare il diritto positivo secondo la sua essenza e di comprenderne la struttura mediante un’analisi”¹⁹; il programma della teoria di cui è parola diviene vieppiù esplicito: “essa rifiuta di servire a qualsiasi interesse politico, fornendogli le ‘ideologie’, grazie alle quali l’ordine

¹⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960; tr. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, p. 128.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

sociale esistente viene legittimato o screditato. In questo modo essa impedisce che, in nome della scienza giuridica, si attribuisca al diritto positivo un valore superiore a quello che di fatto ha, identificandolo con un diritto ideale o giusto, ovvero che gli si neghi ogni valore, e quindi la validità stessa, per il fatto di essere in contrasto con un diritto ideale o giusto”²⁰. Lo svincolo dalle dottrine del diritto tradizionali è radicale per Kelsen, giacché pone la sua dottrina “in aperto contrasto con la scienza giuridica tradizionale che – consciamente o inconsciamente, ora più ora meno – ha un carattere ‘ideologico’ nel senso ora chiarito. Proprio grazie a questa sua tendenza antiideologica la dottrina pura del diritto si rivela vera scienza giuridica”²¹. È l’approccio alla fatticità a far registrare le più sensibili variazioni dei due modi di considerazione del diritto, scientifico ed ideologico: “la scienza, infatti, in quanto conoscenza, ha la tendenza immanente a scoprire il proprio oggetto. L’ ‘ideologia’, invece, nasconde la realtà, intorpidendola al fine di conservarla o di difenderla, o alterandola al fine di attaccarla, distruggerla e sostituirla con un’altra”²². Le limpide pagine del giurista praghese conducono alla osservazione di chiusura del ciclo di riflessione: l’ideologia “affonda le sue radici nel volere e non nel conoscere; trae origine da [...] interessi che non sono l’interesse per la verità”²³: la conoscenza (tipica

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ivi*, pp. 128-29.

²² *Ivi*, p. 129.

²³ *Ibidem.* Invero, il Kelsen antecedente la *Reine Rechtslehre* del 1934 assunse una posizione mediatrice tra ideologia e realismo, asserendo: “c’è chi parla soltanto dell’idea e chi soltanto della realtà del fenomeno mentre bisognerebbe tener raffrontati questi due elementi, considerando la realtà alla luce dell’ideologia che la domina, l’ideologia dal punto di vista della

del metodo scientifico) *versus* il mero volere (contrassegnante il metodo ideologico), dunque, come ulteriore metro discriminante tra le due modalità di considerazione del giuridico.

Fin qui il Kelsen dei prolegomeni metodologici detta un proemio che apre cristalline vedute sulla proposta scientifica del presente lavoro, tutto lanciato verso la confinazione dei territori della scienza e della ideologia giuridiche. Prolegomeni, che chiarificano il piano discriminante formale in coerenza con l'asserto nietzscheiano onde "noi siamo nel pieno di un'attività tendente a stabilire i fatti. Descrizione, non spiegazione"²⁴. La ricerca kelseniana, la quale pone, a suo basamento, "l'oggettiva determinazione della realtà", come suo limite, "il confine tra conoscenza scientifica ed astrazione ideologica" dinanzi alla "oggettiva positività dell'accadere", e, come "condizione di possibilità di una scienza positiva del diritto positivo", l'"oggettiva validità del diritto"²⁵, così si appresta a fondare l'*autonomia del giuridico* sul *dislivello ontico Sein/Sollen* giacendo l'ordine del diritto interamente sul terreno del dover essere.

L'impostazione kelseniana, meglio diremmo: la premessa metodologica kelseniana, si incastra congruamente nel reticolato spartitorio scienza/ideologia sopra schizzato. Negli esiti, nondimeno, la diagnosi muta.

L'oggetto di cognizione della dottrina pura (il diritto

realtà che la sostiene", H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929; tr. it., *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologna 1998, p. 57.

²⁴ F. NIETZSCHE, *Opere*, cit., sezione VIII, tomo 3, p. 125 e sezione VII, tomo 2, p. 291.

²⁵ A. BALLARINI, *L'ordine giuridico moderno. Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, Torino 2000, p. 44.

positivo che è) è marcato con nettezza di contorni così come lo è l'orizzonte di iscrizione della dottrina pura (il giuspositivismo); nelle premesse, detta dottrina soddisfa appieno quello che si è poco sopra determinato come *piano discriminante formale*, tuttavia lo stesso non è a dirsi sotto il riguardo dei suoi esiti: ci si riferisce precipuamente a quella "norma presupposta come ultima e suprema",²⁶ in quanto "fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento",²⁷ escogitata da Kelsen come succedaneo del problema classico del fondamento metafisico della validità o della legittimazione dei poteri costituiti e da egli nominata "norma fondamentale" (*Grundnorm*). Norma *presupposta* "in quanto non può essere *posta* da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata"²⁸, e, per conseguenza, *suprema*. "Questa norma fondamentale – così delucida l'Autore – organizza in unità una pluralità di norme, costituendo il fondamento della validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento"²⁹.

Ne segue che la *pre-supposizione onto-logica* realizzata dalla ideologia intride altresì il sistema del formalismo kelseniano sotto lo schermo della *norma fondamentale* (*Grundnorm*). Essa, sorreggendo e giustificando essenzialmente la validità e la vigenza del sistema positivo del diritto positivo, si sottrae a quell'essere-*positum* che tipicità lo statuto della scienza moderna del diritto, scorrendo verso l'idea di una pre-supposizione meta-fisica e meta-giuridica in senso classico: il suo essere *pre-* o *ex-*

²⁶ H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 218.

²⁷ Ivi, p. 219.

²⁸ Ivi, pp. 218-19.

²⁹ Ivi, p. 219.

tra-giuridica in senso positivo. Kelsen medesimo ne ha contezza allorché declina la norma fondamentale come “presupposto logico-trascendentale”³⁰.

Per vero, l'ultimo Kelsen riconoscerà che “la norma fondamentale di un ordinamento morale o giuridico è [...] una norma non positiva, bensì semplicemente pensata e cioè una norma fittizia [...] Come tale essa è una *finzione autentica o ‘propria’ nel senso della filosofia del ‘come-sè’* di Vaihinger, finzione caratterizzata non soltanto da una *contraddizione con la realtà*, ma anche da una *contraddizione interna*. Infatti, l'ipotesi di una norma fondamentale – come la norma fondamentale di un comandamento religioso ‘Si deve ubbidire ai comandamenti di Dio’ [...] – non soltanto contraddice la realtà, giacché non esiste una norma di questo tipo come senso di un reale atto di volontà, ma è anche contraddittoria in sé”³¹. Ipoteticismo, finzionismo e irrealtà coerenza la *Grundnorm* kelseniana come costruito giuridico che nel suo pre-porsi (*id est*, porsi anteriormente al darsi giuspositivo del diritto) si atteggia a prototipo di fondamento ideo-logico del diritto nella veduta formalistica kelseniana³².

Orbene, la dottrina pura del diritto kelseniana si mostra *nelle premesse* consentanea allo statuto delle scienze

³⁰ Ivi, p. 226 sgg.

³¹ H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979; tr. it., *Teoria generale delle norme*, Torino 1985, pp. 434-35 (corsivo mio).

³² Ancora sui nessi tra formalismo e ideologia: “la posizione ideologica, qualunque essa sia, è la più tipica fonte della falsa esperienza, cioè del formalismo”, S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano 1994, p. 89; “ma c'è un'altra ideologia che è fonte di formalismo legislativo: ed è l'ideologia scientifica”, ivi, p. 91. Echi della relazione tra formalismo e violenza si incontrano in E. PACI, *Violenza e diritto* (1969), in P.A. ROVATTI (a cura di), *Il senso delle parole 1963-1974*, Milano 1987, p. 200, il quale discetta di “violenza della forma”.

giuridiche, *negli esiti* incline alla visione ideologica del diritto mediante l'erezione di quel *Grund* onto-eziologico dato dalla norma fondamentale: ontologico giacché giustificativo della validità ed, in ultima analisi della esistenza, di un ordinamento giuridico positivo, eziologico per via della teorizzazione della struttura gerarchica a cascata dell'ordinamento giuridico o *Stufenbau*, onde ogni norma giuridica al suo interno contenuta, discendendo di piano in piano, trova la sua ragion d'essere causale e validante nella norma fondamentale pre-supposta³³.

³³ Peraltro, Kelsen ha contezza delle critiche di giusnaturalismo (da riguardarsi come *species* ideologica secondo lo schema ottico della presente opera) che gli vengono rivolte da più autori (marcatamente da A.P. D'ENTRÈVES in *Natural Law*, London 1955, pp. 107-108, il quale ritrae la *Grundnorm* come "nothing but a natural-law proposition", eccependo che "there is, and must be a point at which the basic norm [...] is converted into a fact"). E così controdeduce: "contro la teoria positivista del diritto propugnata dalla dottrina pura del diritto è stato detto che essa stessa è soltanto una teoria giusnaturalistica, poiché il fondamento della validità del diritto positivo è costituito dalla cosiddetta norma fondamentale, cioè perché ne riconosce il fondamento in una norma che è estranea al diritto positivo stesso. È giusto dire che la norma fondamentale non è una norma di diritto positivo [...] Questo è però anche l'unico punto in cui sussiste una certa somiglianza tra la teoria della norma fondamentale e la teoria giusnaturalistica [...] La teoria giusnaturalistica ricerca il fondamento della verità del diritto positivo [...] e risponda categoricamente, cioè incondizionatamente [...] Anche la dottrina pura del diritto ricerca il fondamento della validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè di un ordinamento coercitivo prodotto per mezzo della legislazione e della consuetudine ed efficace nelle sue grandi linee. Ma a questo quesito essa dà una risposta non categorica, cioè incondizionata, bensì soltanto ipotetica, cioè condizionata. Essa dice: se si considera come valido il diritto positivo, si presuppone la norma secondo cui ci si deve comportare come prescrive la costituzione [...] conformemente alla quale si è statuito l'ordinamento giuridico positivo. La teoria pura del diritto definisce questa norma come norma fondamentale", H. KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien 1960; tr. it., *Il problema della giustizia*, Torino 1975, pp. 123-124 (corsivo mio).

La digressione sulla *Grundnorm* come pre-supposizione ontologica dà modo di segnare una linea conclusiva: la scienza giuridica, qui intesa come declinazione del metodo filosofico fenomenologico, nel negare ingresso ad ogni *pre-supposizione ontologica*, si muove per posizioni (dal verbo *pónere*) fenomenologiche, i.e. per *assunti descrittivi di fenomeni oggettivi*; l'ideologia giuridica nel suo assumere *fondamenti* o, che è il medesimo, *pre-supposizioni ontologiche*, si muove per *soggettivi assunti prescrittivi* di diretta discendenza da queste ultime.

D. I caratteri contro-fattuale, anti-fenomenologico ed anti-esistenziale dell'ideologia

I giudizi di valore o di merito che vanno a comporre la struttura operativa dell'ideologia si specificano e declinano – come si è sopra notato – nelle tre *sub-species* del giudizio di *inesistenza o invalidità, di ingiustizia e di illegittimità derivativa o genetica*. Le tre forme di giudizio operano di concerto nella direzione restrittiva della fenomenicità giuridica, se non, talora, controfattuale (giacché *contra factum*, misconoscendo l'onticità del reale fenomenico). Tutti e tre i cennati indirizzi metodologici dell'ideologia giuridica confliggono manifestamente con l'approccio filosofico fenomenologico (a questo fine si considerano precipuamente gli apporti di Nietzsche, Husserl, Heidegger e Sartre) e pertanto possono dirsi anti-fenomenologici.

Il sapere ideologico è sapere contro-fattuale ed anti-fenomenologico giacché annulla o restringe lo spettro del reale percepito, sulla base di fondamenti assoluti ideali. La *datità* è subordinata alla *idealità*: è irreali o sta in una real-

tà *minoris generis* ciò che discorda dal fondamento assoluto ideale pre-posto. Il *positum* fattuale è ricacciato nel *nihil* o nel *malum* se confliggente con il *pre-positum* ideale.

La realtà ideologica si rinserra nell'infra- o ultra-soggettività del mondo ideale, non apre i suoi battenti a ciò che non partecipi della stessa idealità ed opera, in definitiva, nel settore giuridico, inaridendo lo spazio della giuridicità reale, contraddicendo alla innata artificialità del diritto moderno³⁴. La aree del giuridico si restringono poiché ogni

³⁴ Il diritto moderno (sia sostanziale che processuale) vive di *fictiones juris*, le quali fanno di esso un *locus artificialis*. Due sono le *fictiones* primarie del diritto moderno: a) sotto il profilo del diritto sostanziale, la sussunzione di fattispecie concrete o episodi di vita entro fatti-specie generali e astratte, ossia specie di fatti correlative a classi indeterminate di casi e soggetti; b) sotto il riguardo del diritto formale o processuale, la necessaria riduzione della *plena veritas* o verità naturalistica o storica od oggettiva a verità processuale, cioè datasi attraverso l'istruttoria processuale (nessuna garanzia di coincidenza tra le due verità può essere assicurata). L'*artificialità normativa* è il precipitato del segno che la modernità imprime al diritto: l'*ordine giuridico moderno* acquista *autonomia* giacché si auto-pone ed auto-impone, scevro da rimandi e richiami meta-fisici: *il diritto pone il diritto*, il diritto pone le *condizioni di esistenza, realtà e possibilità* di sé medesimo. Ben diversamente stavano le cose nell'*ordine giuridico classico*, in cui il diritto era ridotto a riflesso ancillare di ordini meta-giuridici e meta-fisici, quali l'ordine naturale, divino, *et similia*. Il diritto moderno guadagna quella *dimensione costitutiva del giuridico* del tutto preclusa al diritto classico, circoscritto entro una *dimensione meramente riproduttiva* di ordini ad esso esterni. Orbene, giungono a definizione due *circuiti operativi* difformi: se il *circuito del diritto moderno* appare *bi-fasico* poiché vive della ciclicità *rex-lex* alla cui stregua il *rex* produce la *lex*, la quale, a sua volta, designa il (nuovo) *rex* (*rex facit legem quae facit regem*) e via procedendo, il *circuito del diritto classico* si attesta come *mono-fasico* giacché sia il *rex* che la *lex* riflettono monisticamente il *fondamento esterno meta-giuridico* assunto a unico metro di giuridicità. Facendo il punto, l'ordine giuridico classico è un *ordine monofasicamente riproduttivo del diritto* ab esterno, è un *diritto riflesso*; quello moderno, all'opposto, è *bifasicamente costitutivo del diritto* ab interno, è un *diritto iriflesso*. Sul diritto moderno, correlativamente al tema dell'artificialità normativa, cfr. A. BALLARINI, *L'ordine giuridico moderno*, cit., p. 123 e sgg.

dato che pur si affaccia alla generale percepibilità storica da parte di ciascun soggetto è sottoposto alla scrematura del reale fenomenico che l'erezione del *Grund* reclama. La non conformità al fondamento è condanna alla inesistenza o ad una spregiata realtà minore (quella dell'ingiustizia).

La *realtà oggettiva esterna* è sottoposta al giudizio invalidante ed escludente della *realtà soggettiva interna*. L'interno (l'ideale inteso come il mentale) si sovrappone all'esterno e questo passaggio segna la adiacenza se non la specularità tra le dinamiche operative dell'ideologia e quelle che la psicologia dell'inconscio e l'analitica esistenziale denominano *fissazioni*³⁵. L'interno fagocita l'esterno obliando che il diritto, nella sua finzionalità intrinseca, si avvale di artifici e vive proprio di exteriorità. Un'oltre-realtà ideale (*ergo*, per sua natura, soggettiva) prevarica la realtà *omnibus* (quella storica e sensoria). L'ulteriore tratto dell'ideologia che si discopre è, dunque, l'*indole anti-pluralistica ed escludente*.

Procediamo ordinatamente muovendo dal carattere controfattuale ed antifenomenologico dell'ideologia: i contorni di questo sembiante dell'ideologia si chiariscono meglio in interlocuzione con i filosofi di scuola fenomenologica, cioè affini, ancorché da distanti angolature, al metodo fenomenologico (qui vengono in discorso Husserl, Nietzsche, Heidegger e Sartre³⁶). Il confronto

³⁵ Lo si vedrà diffusamente *infra*, nel capitolo *Piano di indagine analitico-esistenziale*.

³⁶ Ai *ganci fenomenologici* che avvincono la conoscibilità al piano dell'apparente fenomenico, impiegati in filosofia dagli autori qui menzionati (consistenti per Husserl nel *principio dei principi*, per Nietzsche nella *rappresentazione dell'apparente*, per Heidegger nel *ci dell'esser-ci*, per Sartre nell'*esistenza*), se ne affianca uno d'uso presso le scienze naturali: è il *principio antropico*. Cfr. *infra*.

ha luogo in accoglimento della tesi heideggeriana per cui “l’espressione ‘fenomenologia’ indichi il *metodo* della *filosofia scientifica in generale*”³⁷.

Il “principio dei principi” postulato da Husserl, a tenore del quale “tutto ciò che si dà originalmente, nell’intuizione (per così dire, in carne e ossa) è da assumere come esso si dà, ma anche soltanto nei limiti in cui si dà”³⁸, è, se trasportato entro la conoscenza ideologica, invertito nel fondamento ideologico dell’irrealtà, alla stregua del quale ciò che non abita nel reale può ideologicamente assumersi come esistente. Riflette ancora Husserl: “io trovo costantemente alla mano, di fronte a me, la realtà spazio-temporale, a cui appartengo io stesso ed appartengono tutti gli altri uomini [...] La realtà [...] la trovo come esistente e la assumo esistente, così come essa mi si offre [...] Il mondo come realtà è sempre là”³⁹. La cognizione ideologica misura il reale oggettivo e sensorio su un *Grund* irreali presupposto idealmente; pertanto, si colloca antipodicamente alla fenomenologia husserliana, atteso che opera la sovrapposizione di un fondamento ideale e irreali, avente forza prevaricante, alla realtà oggettiva, provocando la soccombenza della dimensione spazio-temporale dell’essere-qui-ed-ora dinanzi a quella ideale.

In Nietzsche, la radicale assenza di leggi universali che reggano ed unifichino lo svolgimento dei fatti, il loro

³⁷ M. HEIDEGGER, *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Frankfurt a. M. 1975; tr. it., *I problemi fondamentali della fenomenologia*, Genova 1988, p. 3.

³⁸ E. HUSSERL, *Ideen zur einer reinen Phaenomenologie und phaenomenologischen Philosophie*, Halle 1913; tr. it., *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, Torino 1970, I, 24, pp. 50-51.

³⁹ Ivi, pp. 68-72.

srotolarsi sul piano della storia, prende forma nell'abisso (*Ab-grund*) che si cela dietro il fenomeno nel suo crudo darsi. La destituzione degli immutabili della metafisica⁴⁰, la rimozione dell'in sé essenzialistico, è affermata nel principio fenomenologico per cui "l'essere manca. Ciò che diviene, il fenomenale, è l'unica specie d'essere"⁴¹. Contro la costitutiva mancanza d'essere del reale, la quale fonda l'*epistème* nietzscheiana, marcia la conoscenza ideologica che è negazione dell'esistente difforme dall'essenza fondamentale. Dovremmo questionare, con riguardo al procedere ideologico, non già di un annullamento *tout court* dell'essente fenomenico, sibbene di un *annullamento con riserva*. La riserva è appunto fornita dalla congruità dell'esistente rispetto all'essenza preposta e impressa nel fondamento. Si profila, nella sua evidenza, l'inversione dello statuto e del principio di realtà posto dal filosofo dello Zarathustra ad opera del sapere ideologico; quest'ultimo dispone la precedenza dell'essere rispetto all'esistere (l'essere ideologico è dispensato dall'immersione nel flusso del diveniente).

Si addivene così, sull'onda della gnoseologia ideologica, all'esatto opposto della posizione basilare dell'esistenzialismo sartriano resa nei termini: "l'esistenza precede l'essenza"⁴². La posizione esistenziale, la quale postula

⁴⁰ Posto che "all'oggetto (*Gegenstand*) appartengono a un tempo l'in-che-consiste (*das Was-bestand*) dell'ob-ietto (*Gegenstehende*) (*essentia-possibilitas*) e lo stare di ciò che sta di fronte (*das Stehen des Entgegenstandes*) (*existentia*)" (M. HEIDEGGER, *Vorträge und Aufsätze*, Pfullingen 1957; tr. it., *Saggi e discorsi*, Milano 1976, p. 47), "caratteristico della metafisica è il fatto che in essa, in generale, dell'*existentia* non si parli affatto", *ivi*, p. 49.

⁴¹ F. NIETZSCHE, *op. cit.*, VIII-I, p. 257.

⁴² J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Paris 1946; tr. it., *L'esistenzialismo è un umanesimo*, Milano 1990, pp. 27-28 e 40.

“l'impossibilità per l'uomo di oltrepassare la soggettività umana”⁴³, poiché “niente esiste nel cielo intelligibile”⁴⁴, è sottoposta al tentativo ideologico di essere infirmata attraverso la precedenza accordata all'essere di una ultra-soggettività pre-supposta rispetto all'esistenza data.

L'opposizione tra scientifico e ideologico spicca altresì nell'analitica heideggeriana: “in quanto comportamenti dell'uomo le scienze hanno il modo di essere di questo ente (l'uomo). Esso è da noi designato col termine *Esserci*. La ricerca scientifica non è né l'unico né il più immediato dei modi possibili d'essere di questo ente”⁴⁵; la scienza – come ogni sapere scientifico, del resto –, in quanto prodotto umano, nel filosofo di Meßkirch acquisisce la tonalità dell'esserci giacché “essere-uomo ed esserci sono qui equiparati”⁴⁶. L'analitica esistenziale dell'esserci heideggeriana abbraccia, con ogni evidenza, ogni essente dotato della esistenza (la quale ha per contrapposto l'esistentività)⁴⁷ con approccio fenomenologico, laddove “fenomenologia significa [...] lasciar vedere da sé stesso ciò che si manifesta, così come si manifesta da sé stesso

⁴³ Ivi, p. 31.

⁴⁴ Ivi, p. 29.

⁴⁵ M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen 1931; tr. it., *Essere e tempo*, Milano 2005, p. 24.

⁴⁶ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 70, glossa a); la citazione è estratta da una delle note a margine o glosse (*Randbemerkungen*) che Heidegger andava apponendo in progresso di tempo sulla propria copia personale di *Essere e tempo* (*Hüttenexemplar*).

⁴⁷ Il sostantivo *esistenzialità* fa capo all'aggettivo esistenziale (*existenzial*) e rappresenta l'esistenza quale modo d'essere dell'*Esserci*; il sostantivo *esistentività* fa capo all'aggettivo esistentivo (*existenziell*) e rappresenta l'esistenza nella sua immediatezza, attenendo, *de residuo*, ai due modi di essere dell'ente dell'*Utilizzabilità* e della *Semplice presenza*. Cfr. F. VOLPI, *Glossario*, in ivi, p. 591.

so [...] prima di tutto a partire dalla ‘cosità’ della cosa che deve essere ‘descritta’, dovrà cioè essere determinata scientificamente in base al modo in cui i fenomeni sono incontrati”⁴⁸. La chiave di volta entro il sistema fenomenologico heideggeriano è fornita dalla c.d. “*automanifestazione*”: “il concetto fenomenologico di fenomeno intende come automanifestantesi l’essere dell’ente”, il quale “non può assolutamente essere inteso come qualcosa ‘dietro’ cui stia ancora alcunché ‘che non appare’. ‘Dietro’ i fenomeni della fenomenologia non c’è essenzialmente nient’altro”⁴⁹. Ciò non toglie che alla soggettività calcolante non sia lasciato uno spazio conoscitivo: “il senso metodico della descrizione fenomenologica è l’*interpretazione (Auslegung)*”⁵⁰. Costituzione fondamentale dell’*esserci (Dasein)* è l’*essere-nel-mondo (In-der-Welt-sein)*; da essa non è dato di prescindere o deviare. Essere-nel-mondo: “l’analisi del reperto fenomenico indicato con questa espressione comporta tre punti di vista”⁵¹: a) il *nel mondo* come struttura ontologica della mondità del mondo; b) l’*ente* che è sempre nel modo dell’essere-nel-mondo e che non può fuoriuscirne senza smarrire il proprio statuto ontologico; c) l’*in-essere* come “essere dentro...” il mondo “come l’acqua è ‘dentro’ il bicchiere o il vestito ‘dentro’ l’armadio”⁵². Esserci ed essere-nel-mondo vivono dunque nella fatticità, si danno come categorie di fatto slegate da ogni fondamento che detti loro una provenienza ovvero un rimando di senso: “la fatticità di quel fatto che è l’Esserci, fatto che ogni Esserci rispetti-

⁴⁸ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 50.

⁴⁹ Ivi, p. 51.

⁵⁰ Ivi, p. 53.

⁵¹ Ivi, p. 73.

⁵² Ivi, p. 74.

vamente è, noi la chiamiamo *effettività*”⁵³. Adoperando la grammatica heideggeriana, l’ideologia raffigura con ogni evidenza un *ineffettivo essere-fuori-dal-mondo*.

Le fulminee notazioni teoretiche svolte viaggiano verso l’ovvia conclusione circa la natura anti-fenomenologica ed anti-esistenziale della conoscenza ideologica.

⁵³ Ivi, p. 76.

Ideologia giuridica e ideologia politica

Itinerario nella filosofia politica

A. Incidenza ideologica su politica e diritto: *deminutio* demo-pluralistica e mutazioni onto-grafiche del diritto

Importa misurare l'impatto che l'impostazione ideologica de-termina sui due momenti della cronologia della vita pubblica associata: a) il *momento politico pre-giuridico*, in cui il *diritto è pro-posto*; b) il *momento propriamente giuridico*, in cui il *diritto è posto*; entrambi rappresentati in questa sede come frammenti o segmenti temporali contermini stagliati su una linea di successione istituzionale. Il segmento pubblicistico della politica precede quello della formazione del diritto intesa come positivizzazione, come momento istitutivo di un ordinamento giuridico¹, giacché esso si mostra come uno spazio di confronto e competizione tra pro-poste o pro-posizioni giuridiche,

¹ Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in *Scritti minori*, vol. I, Milano 1990, pp. 131-202.

o meglio, ipotesi di regolazione giuridica della società², le quali, una volta attestatesi su di un piano dominante e, pertanto, sovrano, conosceranno una cristallizzazione positivista (nelle forma della legificazione o codificazione o costituzionalizzazione). Il *segmento politico* è lo spazio delle pro-poste, pro-posizioni in conflitto tra loro, in cui il *diritto* è *pro-posto*³. Affinché esso sia *posto* (dal latino *positum*, participio passato di *ponere*) occorrerà attendere la fase successiva – del *segmento propriamente giuridico* – in cui la formazione politica che avrà acquisito il dominio, modernamente definito sovranità, lo renderà in forma giuspositiva⁴. Non può che ricavarsi da una siffatta ricostruzione la conseguenza per cui la norma si ritiene un prodotto storico ed empirico recante una “intrinseca politicità”, e non un prodotto a-storico neutrale⁵.

² Cfr. N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, p. 9 sgg.

³ Con Heidegger diremmo il momento della “*contrapposizione commisurante*”. “L’essere-assieme [...] ha il carattere della *contrapposizione commisurante* [...] Questa contrapposizione commisurante, che appartiene al con-essere, implica che l’Esserci, in quanto Esserci-assieme-quotidiano, stia nella *soggezione* agli altri”, M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 158. La fase *polemogena* del segmento politico costituisce il prodromo della posizione (intesa come atto del porre) della norma giuridica, della giudicizzazione di una pro-posta politica vincente su altre: *la norma giuridica, nel suo farsi storico, reca immancabilmente ed intrinsecamente un contenuto di politica del diritto affermatosi su altri contenuti veicolati da pro-poste concorrenti e soccombenti. La norma giuridica consta di un contenuto intrinsecamente politico*, cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, p. 110 sgg. e *passim*. Anche allorquando essa lascia fare, lascia correre, essa decide (vale a dire, reca contenuto di decisione politica): *decide di non decidere*, cfr. *ivi*, p. 113 sgg. Non per nulla *laissez faire* e *laissez passer* sono gli enunciati *par excellence* propri del liberalismo giuridico.

⁴ Tale teoria presenta, invero, un terzo segmento: quello dell’imposizione.

⁵ Sulla norma giuridica come prodotto storico, con peculiare riguardo

L'applicazione ideologica determina una restrizione della realtà (giuridica), unilaterale (poiché il fondamento è predisposto *ex uno latere*), ed arbitraria (in quanto l'edificazione del fondamento è sottratta ad ogni razionalizzazione che renda vagliabile *erga omnes* l'opzione selettiva e si configura come scelta soggettiva dell'ideologo o del positore del fondamento). Siffatta restrizione colpisce – coestesa al segmento politico pre-giuridico – le pro-poste o pro-posizioni di regolazione giuridica della società; impatta invece – se coestesa al segmento giuridico – sulle posizioni ed im-posizioni giuridiche dello *ius positum* o *positivum*, ergo sulle norme giuridiche poste ed im-poste dai pubblici poteri. La prima restrizione contrassegna l'ideologia politica, la seconda quella giuridica.

Trattiamo dapprima dell'ideologia politica⁶.

La restrizione che l'arbitrio privato e “fondamentista” (nel senso che opera *per fundamenta*) produce rispetto alla pro-poste politiche regolative della società civile incoe-

alla norma che pone diritti soggettivi, a più riprese cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1997, p. 26 e *passim*; in ordine all'approccio storico-empirista allo studio della norma cfr. E. LASK, *Rechtsphilosophie*, in *Gesammelte Schriften*, Tübingen 1923, pp. 275-331; tr. it., *Filosofia giuridica*, in AA.VV., *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli 1989, pp. 13-53; circa la non neutralità e la politicità intrinseca della norma, da più parti in teoria del diritto si sostiene che “il diritto non è mai neutrale; esso è rottura della neutralità e decisione di una regola”, N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in AA.VV., *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999, p. 277.

⁶ Cfr. C. ANTONI, *Le ideologie politiche* (1953), in M. BISCIONE (a cura di), *Storicismo e antistoricismo*, Napoli 1964, p. 103 sgg e G. SARTORI, *Ideologie*, in ID., *Elementi di teoria politica*, Bologna 1987, specificamente p. 104. Risalta la posizione di K. JASPERS, *Die atombombe und die Zukunft des Menschen*, München 1958; tr. it., *La bomba atomica e il destino dell'uomo*, Milano 1960, p. 434: “Gli schemi delle convinzioni politiche si chiamano ideologie”.

renti e confliggenti con il fondamento onto-assiologico è causa di un ordine di effetti su cui merita di soffermarsi.

Il conflitto con il fondamento onto-assiologico determina l'irrigidimento delle tecniche di governo demopluralistiche con conseguente tacitazione del dialogo democratico ed inibizione delle dinamiche concertative, contrattative e transattive che tipicizzano l'attuale fase che vive il diritto, nominabile *fuzzy* o *post-autoritaria* (*recte: post-autoritativa*)⁷. Pertanto, l'ideologia politica di taglio

⁷ Per una compendiosa definizione del *diritto fuzzy* cfr. il mio *Norme e ordinamenti giuridici nella sovranità contemporanea. Linee di struttralfunzionalismo*, in C.B. MENGHI (a cura di), *Diritto a rischio?*, Torino 2006, p. 294 sgg. Per *diritto post-autoritario* (preferibilmente, *post-autoritativo*) si intende, per lo meno sul sembiante giuridico statutale interno, la successione di moduli tipici del diritto privato (nella specie, negoziativi) ai moduli autoritativi d'imperio nelle pratiche di esercizio del potere sovrano (per lo più statutale). Tale fenomeno successorio rimarca il lato dialogico delle democrazie contemporanee che, alla risoluzione verticale dei conflitti e delle problematiche giuridiche, predilige modalità risolutive orizzontali. Donde il composto "demo-pluralistico", che, applicato ai coevi sistemi di governo, è teso a lumeggiare la pre-condizione del dispiegarsi dialogico, orizzontale e quasi paritario del potere sovrano, traducendosi nel pluralismo di formazioni ed ordinamenti giuridici che, rispettivamente, trovano spazio al di fuori dell'assetto dei poteri costituzionali costituiti ed hanno fonti non più unicamente governative in senso classico (taluni studiosi discorrono di *governamentalità*), in senso classico. Il composto che qui vede la luce non intende porsi come pleonasma (come cacofonica duplicazione del termine democrazia) giacché *demos* e *governo del demos* non offrono garanzie di *governo plurale*, garante delle differenze e delle pluralità. V'è un *quid pluris* semantico estremamente significativo che connota il composto (specie avuto riguardo alla storia più recente). Proprio l'attestarsi, attraverso canali democratici, di formazioni sovrane ideologiche (meglio: recanti visioni ideologico-politiche ovvero ideologico-giuridiche) mina la garanzia del pluralismo istituzionale ed ordinamentale. È proprio l'ideologia, dunque, a sollevare il velo dal nervo che collega il *demos* (detentore del *kratos*) alle spinte involutive dispotiche e totalitarie cui i regimi sovrani sono sottoposti. Talché, demo-pluralismo è espressione che vuol caricarsi di un portato descrittivo a-ideologico.

assiologico conduce all'invalidare di un modello politico a-dialogico, il quale, attraverso la decurtazione delle proposte in campo, instrada una de-legittimazione reciproca delle formazioni latrici di pro-posizioni giuridiche antagoniste e, di riflesso, una contrazione del pluralismo politico pre-giuridico⁸. La de-legittimazione delle formazioni politiche portatrici di progetti giuridici antagonisti, unita alla *deminutio* quantitativa di questi ultimi, contraddice all'intima natura delle attuali democrazie parlamentari continentali, costituendo possibile preludio a uno sviluppo in senso tirannico (*id est*, autoritario o totalitario). De-legittimazione, contrazione delle pro-poste politiche di regolazione giuridica, e riduzione a-dialogica delineano i tre volti dell'ideologia politica, che ne segnano la radicale contiguità ai quei modelli alternativi alle forme moderne di reggimento politico disposte sul vettore del progressivo superamento dell'arbitrio e che prima si è nominate demo-pluralistiche⁹.

Il monismo assolutistico imposto dal fondamento ide-

V'è di più. Già nel greco antico, al popolo si aveva riguardo denominandolo, alternativamente, *demos* o *laos*, per sceverare, rispettivamente, una *dimensione territoriale latitudinale* (secondo la quale i suoi membri tutti, stagiandosi su un dato spazio geografico, la *polis*, si relazionano all'elemento tellurico), da una *dimensione sovrana longitudinale* (secondo la quale i suoi appartenenti, sottoposti al medesimo potere sovrano pubblico, vi si rapportano alla pari). L'orizzontalità del termine demo-pluralismo, compie un passo ulteriore rispetto alla latitudinalità del lemma demo-crazia: il passo batte sul terreno della garanzia del pluralismo, di contro ai rischi del monismo riduzionistico ideologico, sempre veicolabile da tecniche democratiche.

⁸ In senso convergente cfr. T. EAGLETON, *Ideology: An Introduction* (1991/2007); tr. it., *Ideologia. Storia e critica di un'idea pericolosa*, Roma 2007.

⁹ Sulla linea di fuga che percorre i territori concettuali dello Stato democratico e dello Stato autoritario cfr. F. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, New York 1957; tr. it. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973.

ologico lambisce le sponde degli enunciati tirannici lad-dove, all'interno del segmento politico, agisce filtrando i soggetti e le pro-posizioni giuridiche in campo, abbattendo, per tale via, il tasso dialogico e di democraticità del sistema. La de-legittimazione delle pro-posizioni giuridiche concorrenti ed incoerenti con il fondamento assunto (in caso di assunzione di un fondamento assio-logico), la paralisi, l'in-attivazione e la de-costruzione del metodo demo-pluralistico (in caso di assunzione di un fondamento onto-logico) aprono con tutta evidenza la via all'implementazione di dinamiche autoritarie di soggiogamento politico nella direzione tirannica di forme politiche a partito unico, incardinate sulla assenza di contraddittori ed oppositori pro-ponenti diritto non conforme al fondamento ideologico. In un sol termine, costituiscono il viatico logico alla instaurazione della tirannide.

Rispetto al segmento crono-logicamente posteriore della instaurazione e contestuale positivizzazione dell'ordinamento giuridico (segmento propriamente giuridico), in quello politico si ha che la formazione ideologica assume una dimensione operativa, nel senso che non si limita a piegare la lettura del reale verso le giustificazioni "fondamentiste", ma fa del fondamento una *norma agendi*, tale per cui la realtà viene informata al modo d'essere del *Grund* pre-posto.

In chiusura di digressione circa l'ideologia politica, giova dedicarsi alla nozione di *metodo o sistema demo-pluralistico* per visualizzare più nitidamente l'incidenza che la gnoseologia ideologica spiega, in particolar modo sul secondo segmento, quello giuridico positivo ed im-positivo, dunque non più sul segmento politico pro-positivo, nonché sulla costruzione concettuale moderna e contemporanea della sovranità.

Per forma di reggimento demo-pluralistica qui si intende la dimensione giuridica contemporanea risultante dall'ortogonalità tra l'asse verticale pubblicistica della sovranità, lungo la quale giace il *demos* nella sua veste fondativa e legittimante i pubblici poteri (*kratos*), e l'asse orizzontale privatistica, lungo la quale si incontrano i soggetti privati e le formazioni private sociali con la loro dotazione di autonomia giuridica privata. Il diritto è posto da soggetti giuridici in pari tempo nella loro doppia dimensione pubblica e privata, nella loro rispettiva dualità di *citoyen* e *bourgeois*, nelle loro rispettive vesti collettive di popolo e società civile. Il popolo legittima, la società civile produce diritto dei privati, il *citoyen* cura i rapporti giuridici verticali con le istituzioni pubbliche selezionandone gli organi, riempiendo così lo spazio del diritto pubblico, il *bourgeois* (anche entro formazioni sociali complesse) regola i propri affari giuridici privati dando vita a norme obbligatorie aventi efficacia di legge *inter partes*. I contemporanei sistemi sovrani demo-pluralistici, quindi, vedono soggetti e formazioni private agire entro un *doppio protagonismo attoreo* (pubblico e privato), garantiti dal potere pubblico nella loro differenza plurale attraverso un *complesso sistema di garanzia dei diritti soggettivi*, nella esplicazione dei quali curano la propria sfera giuridica soggettiva nello spazio privato della contrattazione e negoziazione giuridica intersoggettiva.

Questo intricato e bilaterale sistema di protezione dei diritti e delle individualità giuridiche agenti si vede vulnerato dagli schemi a-dialogici e de-legittimanti delle ideologie politiche ed, allo stesso tempo, da quelli de-valorizzanti e de-giuridificanti delle ideologie giuridiche. L'impatto si risolve nella restrizione del tasso pluralistico: in sede politica, l'effetto è la *deminutio* delle pro-poste

o pro-posizioni giuridiche, in sede giuridica, delle norme e degli ordinamenti giuridici viventi e vigenti¹⁰.

Siamo ora all'analisi dell'ideologia giuridica, operante in quello che si è prospettato come secondo segmento entro una *teoria bifasica del ciclo vitale della norma giuridica* (fase di pro-posizione politica della norma / fase di posizione giuridica della medesima). Versando nel segmento propriamente giuridico, siamo dinanzi alla avvenuta cristallizzazione delle proposte di regolazione politica della società nella forma *posita* e positiva dell'ordinamento e della norma giuridica; è su di esse che l'ideologia applicherà i suoi giudizi di comparazione / parametrizzazione. A questo riguardo, si discernono due profili del giusnaturalismo (che si è visto costituire in ogni caso una ideologia): a) uno *hardcore* che fa impiego di giudizi ontologici e b) uno *softcore* che si struttura per giudizi assiologici¹¹.

1. Giusnaturalismo hardcore.

In ordine al primo profilo, la parametrizzazione della norma al *Grund* ontologico produce, in caso di confliggenza,

¹⁰ Sul pluralismo come “valore costituzionale” e, più generalmente, in connessione al costituzionalismo, cfr. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, p. 39 sgg.

¹¹ Riferisce di questa dualità, seppur con diversa terminologia, U. SANTARELLI, *Auctor iuris homo. Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*, Torino 1997, p. 39 sgg. Esponente paradigmatico del giudizio di esistenza o ontologico – contrapposto al giudizio di giustizia o assiologico – è Tommaso d'Aquino: “una legge che non è giusta non è una legge, sicché in tanto essa ha valore di legge in quanto abbia un contenuto conforme alla giustizia”, citato in *ivi*, p. 40. Ed ancora il teologo domenicano: “*si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*”, *ivi*, p. 41.

come ormai sappiamo, la conseguenza che la regola giuridica viene ricacciata nell'alveo dell'inesistenza giuridica ovvero, nell'ipotesi minore, dell'invalidità. Tale *modus operandi* pone nel nulla il principio di legalità e nullifica talune norme giuridiche, dichiarando non-diritto tutto quanto – a mò d'esempio – possa opporsi al principio d'equità sociale, ovvero, per contrapposto, al principio di concorrenza economica (supponendo l'elezione di tali principi a fondamento).

Talché, l'ideologia giuridica contraddice allo sviluppo in senso costituzionalistico degli ordinamenti giuridici del nostro tempo, ispirati, per un verso, alla edificazione di una spazio plurale ove le pro-posizioni giuridiche possano misurarsi reciprocamente ed agitarsi intorno all'asse democratico, per un altro, a vincolare e contenere l'attività dei pubblici poteri. È proprio il precario terreno dei diritti soggettivi a franare sotto l'azione delle ideologie ontologiche: l'assunzione di un fondamento ontologico dei diritti dell'uomo conduce ad una competizione (storicamente postasi nei termini di diritti di libertà *versus* diritti sociali) tra diverse *species* di diritti umani destinata a concludersi con il collasso di una delle specie appannaggio dell'altra. Un tentativo – insegna Bobbio – fu esperito facendo della natura umana un fondamento legittimante: “questa illusione fu comune per secoli ai giusnaturalisti, i quali credettero di aver messo certi diritti (ma non erano sempre gli stessi) al riparo da ogni possibile confutazione derivandoli direttamente dalla natura dell'uomo. Ma come fondamento assoluto di diritti irresistibili la natura dell'uomo dimostrò si essere molto fragile”¹².

Ogni ricerca essenzialistica, fondamentistica, o che pretenda di essere veritiera in termini assoluti ed erga omnes non

¹² N. BOBBIO, *L'età*, cit., pp. 6-7.

può che recar con sé una indebita restrizione dello spazio giuridico reale esistente.

Il profilo *hardcore* del giusnaturalismo applica un filtro riduzionistico sul diritto vigente fissando quale enunciato meriti o meno il predicato della giuridicità, omettendo di misurarsi con la positività e la formalità del diritto. La modernità giuridica ci consegna un *diritto auto-crativo*, che pone *ex se* i contorni di validità e, a monte, dell'esistenza del giuridico. Nel moderno viene ad esistenza giuridica quanto lo stesso diritto stabilisce debba venirvi. *Il diritto nomina il diritto*. Il normativo diviene l'unica specie d'essere giuridica. Il potere ricava da sé stesso legittimazione e potestà normativa e regolamentare. Potere e diritto si auto-impongono e legittimano *ex post*, autonomizzandosi da ogni entità legittimante esterna o extra-giuridica (fondamenti, verità assolute, essenze, Dio *et alii*)¹³. Talché il diritto moderno si dà entro quello che Kelsen denomina "auto-movimento"¹⁴, vale a dire un procedere autonomo (*id est*, avente un proprio *nomos*) che sbarra ogni via d'accesso ad entità metafisiche attraverso i dispositivi ermetici (ma tautologici) della "Grund- oder Ursprungsnorm"¹⁵. La determinazione della *linea onto-grafica del diritto* è spettanza esclusiva del diritto medesimo: "diritto – apprendiamo da un eminente giurista del Novecento – è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i principii puramente razionali che questa forza non hanno avuto [...] non sono per ciò stesso diritto: si chiamino pure, se così vuoi, diritto naturale, teoretico, filosofi-

¹³ Il quadro della modernità giuridica e il compiuto sviluppo di questi rapidi passaggi è in A. BALLARINI, *L'ordine giuridico moderno*, cit..

¹⁴ H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien 1926; tr. it., *Lineamenti di teoria generale dello stato*, Torino 2004, p. 80.

¹⁵ Ivi, p. 81.

co – e più accortamente si è insistito adesso per sostituire a queste la parola meno equivoca ‘giustizia’ – purchè si riconosca che l’aggettivo aggiunto alla parola ‘diritto’ sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta”¹⁶. La *logica dell’effettività giuridica* prende corpo e trionfa.

Il pensare ideologico – che rappresenta un *procedere totalitario o totalizzante per essenze e fondamenti* – sporge verso l’analista seguendo un moto che è opposto a quello dello sviluppo moderno del giuspositivismo, si pone contro quel fatto che è il diritto positivizzato. Specificamente, urta contro due anime della modernità giuridica le quali, susseguendosi in linea storica, si integrano a vicenda: il *giuspositivismo formalistico* ed il *costituzionalismo moderno*. Nel primo caso – lo abbiamo appena notato – agendo *contra factum*, nel secondo, negando la tradizionale vocazione costituzionalistica diretta alla sottoposizione a vincoli dell’attività dei soggetti pubblici sovrani, sul vettore della tendenziale e progressiva riduzione dell’arbitrio¹⁷. Le ideologie giuridiche ontologiche collidono, inoltre, con il *principio di impersonalità del diritto* (consistente nella mancata coincidenza tra la cerchia dei destinatari della norma giuridica e quella dei suoi positori), nonché con quelli di *eguaglianza giuridica* e *pari opportunità*. Questi ultimi pre-suppongono che pluralisticamente ciascuno sia libero di fissare un proprio quadro valoriale; la fissazione *ex auctoritate* di un fondamento valoriale mette fuori gioco e de-legittima il soggetto privato o la formazione politica, il cui operare giuridico è sotteso ad un diverso quadro di valori-guida.

¹⁶ S. ROMANO, *L’instaurazione*, cit., p. 140 (corsivo mio).

¹⁷ Questo spirito del costituzionalismo moderno è perfettamente colto dalle pagine dettate da A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique* (1835-40); tr. it. in *Scritti politici*, Torino 1969, vol. II.

In definitiva, l'applicazione ideologica, nella sua variante estrema ontologica, sortisce sul settore giuridico il potente effetto di offuscare o traslare la *linea onto-grafica del diritto*, la quale divide seccamente il *diritto che è dal diritto che si vorrebbe che fosse*.

2. *Giusnaturalismo softcore*.

Passando al profilo attenuato del giusnaturalismo, esso si caratterizza per l'assunzione di un *Grund* assiologico dal quale origina un giudizio di ingiustizia in merito alle norme che lo disattendono. Il profilo normativo della giustizia, ristretto entro l'alveo della inconferenza giuridica a partire dai primi processi di positivizzazione giuridica e riassorbito dal profilo della validità¹⁸, è riesumato e posto in opera ai fini di condizionare il profilo di valutazione ed apprezzamento della norma giuridica. Il ragionamento giuridico per valori appare del tutto superato dall'avvento delle costituzioni moderne, attraverso le quali l'elemento valoriale diviene elemento giuridico. Le costituzioni moderne ibridano ed incrociano l'elemento giusnaturale del valore con quello giuspositivo del disposto normativo. Dall'intersezione tra il piano sostanziale (valore) con quello formale (norma) nasce quell'originale prodotto giuridico che è il *principio costituzionale*¹⁹, il quale deve pur sempre essere inteso come

¹⁸ Tale riassorbimento acquista particolare vividezza con la corrente del c.d. *legalismo etico*, la quale identifica il giusto con il valido (*iustum quia iussum*).

¹⁹ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2003, p. 11 sgg. "I valori e gli interessi stanno fuori e prima del mondo delle norme: in questo essi entrano di solito nella forma di principi. I principi sono un tipo di norma giuridica, che si distingue dalle regole per il fatto di essere dotato

dato giuridico la cui positività è irrevocabile in dubbio²⁰. Dacché sono poste, le norme costituzionali (nella specie, i principi) compongono l'ordinamento giuridico positivo alla stregua di qualsivoglia altra disposizione dotata di efficacia esecutiva. Ne viene che il valore diviene norma e perde ogni senso l'interrogazione circa il senso o la valutazione di giustizia.

I valori (che in epoca classica pre-moderna prendevano giusnaturalisticamente sembianze metafisiche) oggidi sono assunti nella forma di norme giuridiche, assoggettabili, in quanto tali, alla logica propria di queste ultime. Sicché l'ideologia giuridica assiologica appare, nello spazio giuridico reale contemporaneo, inconfidente giacché noncurante della risoluzione del profilo della giustizia in quello della validità. La norma valida trova – entro i sistemi giuridici europei occidentali vigenti – vigore e coercibilità ancorché reputata soggettivamente ingiusta, salva l'ipotesi di una sua declaratoria di incostituzionalità. Quest'ultima – lungi dal considerarsi applicazione di un giudizio di comparazione e parametrizzazione assiologi-

di un elevato grado di genericità e di non essere circostanziato [...] i modi e le circostanze con cui i principi operano, si adeguano alla convivenza ed al bilanciamento con altri principi”, *ivi*, p. 112.

²⁰ *Contra*, benché con riferimento ristretto ai preamboli costituzionali, assimilabili, nel discorso kelseniano, ad ogni norma costituzionale di principio o programmatica, cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge 1945; tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952, p. 265 (corsivo mio): “Una parte tradizionale degli strumenti denominati ‘costituzioni’ è una introduzione solenne, il cosiddetto ‘preambolo’, nella quale sono espresse le idee politiche, morali e religiose che si intendono promuovere mediante la costituzione. Questo preambolo di solito non detta alcuna norma precisa per il comportamento umano, ed è quindi privo di contenuto giuridicamente rilevante. Esso ha una carattere *ideologico*, piuttosto che giuridico”.

ca – deve correttamente configurarsi come *ragionamento normativo* in quanto infra-giuridico, poiché avente, come termini del sillogismo giudiziario, norme giuridiche rappresentative di *interessi costituzionali relativi e bilanciabili*. Il valore perde la sua indole giusnaturale nel trasfondersi entro la forma “norma costituzionale”, pertanto, il ragionamento del *giudice delle leggi* è ragionamento su norme-principi, non già su valori-principi.

Conclusivamente, l’applicazione ideologica nella sua variante morbida assiologica si mostra *in toto* improduttiva di effetti rilevabili entro lo spazio del diritto reale, restando questi ultimi confinati entro il cerchio soggettivo ed infra-psichico del diritto ideale.

B. Tracciati illativi: fondamento escludente e sovranità concertativa

Il *discrimen* scienza/ideologia, atterrando sull’appezzamento del diritto, non può ridursi alla classica partizione tra i filoni giusnaturalista e giuspositivista. Fu un positivista stesso, ancorché “inquieto”²¹, Norberto Bobbio, a denunciare le tracce ideologiche presenti in taluni settori giuspositivistici. Egli enumera in questo senso, con l’avvertenza di disgiungere “la critica degli *errori* dalla critica degli *orrori* del positivismo giuridico”²², molteplici figure di autori e di scuole: spiccano J. Bentham (il quale lasciò penetrare entro le sue teoriche le proprie concezioni eti-

²¹ L’aggettivazione è di S. COTTA, *Bobbio: un positivista inquieto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano 1983, p. 41 sgg.

²² N. BOBBIO, *Il positivismo*, cit., p. 235.

co-politiche), J. L. Austin (in cui il diritto come comando è sottoposto a valutazione di merito favorevole), la Scuola dell'Esegesi (tacciata di "feticismo della legge"), lo Stato etico hegeliano (in cui "l'eticità è manifestazione suprema dello Spirito") con i suoi riflussi teorici "statolatrici" poi confluiti nel giuspositivismo tedesco²³.

Talché deve desumersi che, se il giusnaturalismo deve certamente giacersi entro la casella della gnoseologia ideologica, non così per il giuspositivismo, il quale palesa una duplice anima: teorico-scientifica allorché si mostra *informativo* (à la Kelsen), ideologica allorché aspira ad una funzionalità *informante* (à la Hegel o à la Austin – restando nella rosa di esempi portati da Bobbio). Sinteticamente, il procedere giusnaturale non può non viaggiare entro le corsie della metodologia ideologica del sapere, poiché pone fondamenti naturali (Dio, Natura, Ragione, Prassi) a partire dai quali svolge giudizi di comparazione e parametrizzazione in ordine alla datità empirico-giuridica; il *giuspositivismo metodologico* o *informativo* discorda da questa lettura, limitandosi all'esame di elementi formali del diritto in quanto ordinamento²⁴; il *giuspositivismo informante*, di contro, pone il suo metodo di conoscenza come programma di politica legislativa, configurandosi cristallinamente come ideologia giuridica.

Posta questa doverosa postilla, preme di volgere lo sguardo analitico sul dispiegarsi *per fundamenta* e per valori del sapere ideologico, tanto ontologico quanto assiologico. La caratteristica unitiva di essi è data dal fondamento di cui può catturarsi una caratterizzazione escludente. Il

²³ Cfr. *ivi*, pp. 233-235.

²⁴ "Lo Stato è un *ordinamento* del comportamento umano", H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., p. 5.

fondamento ideologico è *fondamento escludente*. Mutano tra le due *species* ideologiche (ontologica ed assiologica) le modalità operative, ma permane incontroverso il dato per cui le ideologie giuridiche respingono ogni sistema di pensiero discordante dal *Grund* (aspetto delegittimante) ovvero la stessa realtà giuridica non conforme ad esso (aspetto controfattuale).

Esemplare sul punto è Bobbio: “nasce l’illusione del fondamento assoluto, l’illusione cioè che, a furia di accumulare e vagliare ragioni ed argomenti, si finirà per trovare la ragione e l’argomento irresistibile cui nessuno potrà rifiutare di dare la propria adesione. Il fondamento assoluto è il fondamento irresistibile nel mondo delle nostre idee, allo stesso modo che il potere assoluto è il potere irresistibile (si pensi ad Hobbes) nel mondo delle nostre azioni. *Di fronte al fondamento irresistibile si piega necessariamente la mente, così come di fronte al potere irresistibile si piega necessariamente la volontà [...]* Questa illusione fu comune per secoli ai giusnaturalisti, i quali credettero di aver messo certi diritti [...] al riparo di ogni possibile confutazione derivandoli direttamente dalla natura dell’uomo. Ma come fondamento assoluto di diritti irresistibili la natura dell’uomo dimostrò di essere molto fragile [...] Questa illusione oggi non è più possibile; *ogni ricerca del fondamento assoluto è, a sua volta, infondata*”²⁵.

Il fondamento assoluto e assolutizzante del sistema ideologico dispiega la sua forza escludente sul sistema giuridico politico (sui primi due segmenti del *continuum*

²⁵ N. BOBBIO, *L’età*, cit., pp. 6-7 (corsivo mio). *Contra* si eccepisce che la “crisi del fondamento assoluto, da Nietzsche in poi, aleggia sul pensiero contemporaneo, e sulla filosofia in particolare, come una condanna all’impotenza”, E. BERTI, *Le vie della ragione*, Bologna 1987, p. 69.

istituzionale), ostando ad ogni dinamica di confronto demo-pluralistico, sia gius-privatistico che gius-pubblicistico; esso è d'impedimento, inoltre, sia a quel *turn-over* dei soggetti istituzionali, di cui costituisce pre-condizione il *principio di divisione dei poteri in senso oggettivo e soggettivo*²⁶, sia all'impiego dei coevi moduli di esercizio della potestà pubblica post-autoritari (*rectius*, post-autoritativi), cioè di modalità concertate, d'intesa, contrattate, negoziate e transattive di esercizio dei pubblici poteri.

La sovranità contemporanea inclina a mutare il suo *locus* di esercizio, trasladolo dal trono (luogo da cui discendono comandi e atti d'imperio) al tavolo (di concertazione, di intesa, *et cetera*, al quale prendono vita tratta-

²⁶ I costituzionalisti adoprano la categoria giuridica del *principio di divisione dei poteri* in un senso che qui si deduce come *oggettivo*. In questa sede si ritiene opportuno integrare tale categoria con una significazione *soggettiva*. Si dia il caso-limite in cui diversi poteri pubblici siano di fatto e congiunturalmente detenuti dalla medesima formazione (politica) dominante, cioè sovrana: tale situazione di fatto, pur soddisfacendo formalmente il principio della divisione dei poteri in senso oggettivo, evidentemente vanifica la teleologia sottesa alla predisposizione di tale principio istituzionale. Esso mira, difatti, a contrastare concrezioni di potere, ovvero sedimentazioni di prassi istituzionali, e ciò nello spirito della *balanced constitution*. Tale mira del principio costituzionalistico *de quo* è con ogni evidenza tradita e frustrata da un principio di divisione dei poteri che non si curi della sua dimensione pratico-soggettiva (entro cui una medesima formazione non detenga più poteri istituzionali in pari tempo), oltreché teorico-oggettiva (entro cui i poteri istituzionali siano formalmente separati e bilanciati). Viene, per tale via, a giustapporsi alla *lettura in senso oggettivo e normativo* del principio di divisione dei poteri, soddisfatta dalla divisione montesquieuana di legislativo, esecutivo e giudiziario, una *in senso soggettivo e fattuale*, preoccupata che i poteri costituiti siano ricoperti da differenti soggetti e formazioni sociali e politiche. Diversamente si avrebbe una *divisione del potere* piuttosto che una *divisione dei poteri*. L'integrazione di un senso soggettivo ad uno oggettivo della divisione dei poteri è intesa a realizzare un *pluralismo nelle istituzioni* (*pluralismo compositivo*), oltre al consueto e praticato *pluralismo delle istituzioni*.

tive orizzontali creative di diritto), passando per le aule parlamentari (sede storica della *voluntas* generale delle rappresentanze del *demos*). Il *tavolo* diviene la rappresentazione metaforica paradigmatica di un *diritto fuzzy* che vive sul gradiente che va dall'esercizio d'autorità dei poteri fino alla decisione negoziata²⁷.

Volendo trascinare il discorso tra le nubi della concreta fatticità giuridico-positiva, le concertazioni e le intese tra le parti sociali delineano le macrotrasformazioni del diritto sindacale, tanto quanto le pratiche di contrattazione e negoziazione impregnano di sé il diritto amministrativo²⁸, così come le tecniche conciliative, transattive e di arbitrato tracciano la curva di trasformazione del diritto processuale civile.

Queste e le altre trasformazioni della sovranità contemporanea sopra sbazzate, seguendo la rotta della pluralizzazione dei soggetti, delle fonti giuridiche e, quindi, degli ordinamenti giuridici, mitigano l'antica concettualizzazione imperativa del diritto, contaminando con moduli privatistici quelli pubblicistici dell'organizzazione e dell'esercizio dei poteri. La diversificazione di soggetti, formazioni e ordini giuridici catalizza processi di democratizzazione e confronto, dirazzando la natura della so-

²⁷ Emblematico – per chiarificare il gradiente che vieppiù vede il diritto interno trascorrere dalla modalità imperativa a quella concertativa di esercizio della potestà pubblica – appare il fenomeno, noto al contemporaneo diritto amministrativo, dei c.d. *accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento*, attraverso cui la Pubblica Amministrazione al provvedimento *ex autoritate* sostituisce un accordo orizzontale con il destinatario del suo agire.

²⁸ Basti porre mente, solo per fare qualche caso, all'invalere degli anzidetti *accordi sostitutivi di provvedimento*, alle azioni di autotutela della Pubblica Amministrazione, alla trattativa privata nella scelta del contraente da parte della P.A. nella stipulazione di contratti ad evidenza pubblica.

vranità d'imperio, edificando una *sovranità dialogica*, una *sovranità concertativa* (che si esplica, cioè, ai tavoli misti in cui la società civile si incontra e scontra con i soggetti sovrani per la determinazione delle sorti giuridiche generali). Il *diritto dei privati*²⁹ si affianca al diritto privato, il quale vieppiù ama ibridare e contaminare con le sue tecniche flessibili ed orizzontali quelle verticali e verticistiche del potere pubblico. A questa curvatura assunta dai processi sovrani al tempo del globale sembra mostrarsi refrattario il *modus operandi* ideologico, volto, *a contrario*, alla concentrazione soggettiva dei poteri, stante la natura assolutizzante ed escludente del *Grund* eretto, refrattario ad ogni convivenza.

²⁹ La formula appartiene a W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963. Essa designa la totalità degli ordinamenti giuridici privati ed infra-statali legati all'operare della soggettività giuridica dei corpi e dei membri della società civile.



Metodo fenomenologico nella scienza giuridica

Itinerario nella metodologia
della scienza giuridica

A. Il fenomeno giuridico e la sua dinamica

Il metodo di indagine delle scienze giuridiche, affinché sia allineato allo statuto epistemologico delle scienze descrittive, deve esplorare ed esemplare il fenomeno, interpretato come “*ciò che si manifesta in sé stesso, il manifesto*”, come “*ciò che è alla luce del giorno*”¹: difatti, l’espressione greca da cui il termine “fenomeno” ci giunge è la forma verbale φαivόμενον, traducibile come *ciò che si manifesta, il manifestantesi*². Il fenomeno che assume rilevanza ai fini della nostra ricerca è il *fenomeno giuridico*. Una lettura del fenomenale giuridico scevra da crismi ideologici, sciolta da vedute fondamentistiche (nei sensi e con le implicazioni semantiche sopra annunciati) ritrae la realtà del diritto nelle sue fluide movenze, nella sua intrinseca dinamicità, senza filtri di lettura *ideonomici* (cioè tali da cavare *nomoi* prescrittivi da realtà ideali).

¹ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 43.

² Cfr. *ibidem*.

L'ideologia giuridica si qualifica più perspicuamente come *ideonomia* laddove il *logos* giuridico trae da una realtà ideale e non fenomenica la propria effettività esistenziale trasformandosi precettivamente in *nomos* del diritto. La commutazione del piano dell'essere più propriamente ideologico nel piano del dover essere più propriamente ideonomico rende ragione di questa *divisio* semiologia tra *ideo-logia* (da *logos*) e *ideo-nomia* (da *nomos*).

La *metodologia fenomenologica delle scienze giuridiche* può servirsi dello schema di lettura del reale giuridico che denomineremo *dinamica del fenomeno giuridico*³: esso risponde al tentativo di una oggettivazione scientifica della descrizione fenomenica, libera da orientamenti contenutistici di base (onto-assio-eziologici)⁴.

Il lemma “dinamica” è proprio delle scienze fisiche, nel dettaglio della fisica meccanica; nomina lo studio del moto dei corpi e delle cause motorie⁵. Come realtà incessantemente variante, anche l'*obiectum cognitionis* delle scienze giuridiche (il diritto, o, più ancora, l'ordinamento giuridico) si offre all'occhio analitico come rappresentazione di moti e trasformazioni messi in opera da

³ Applicazioni della dinamica giuridica nella forma della “dinamica dominante” in A. BALLARINI, *Il teorema di Hobbes. Interpretazione del diritto moderno*, Torino 2007, p. 37 e *passim*.

⁴ La pratica sperimentale moderna assume l'esperimento (*l'experimentum ex re*, non più *ex verbum*) come “quel procedimento che, nella sua impostazione e nella sua esecuzione, è sorretto e guidato dalla legge ipotizzata e mira al reperimento di fatti che verifichino tale legge o ne neghino la verità”, M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, cit., pp. 77-78.

⁵ Circa i riferimenti bibliografici in ordine a tale branca della fisica, si menzionano, oltre al newtoniano *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica* (v. *infra*), quanto alle più moderne formulazioni: C. KITTEL *et alii*, *La fisica di Berkeley. 1 Meccanica*, Bologna 1970; R. FEYNMAN, *La fisica di Feynman*, Bologna 2001.

forze sociali (in greco *dýnamis* è forza)⁶. Il modello fisico meccanico della dinamica fa da paradigma giuridico: la costruzione teorica è subordinata alla descrivibilità con le medesime leggi (c.d. trasformazioni di Galileo) di un fenomeno esaminato da due osservatori (c.d. galileiani o inerziali) collocati in differenti punti dello spazio entro il medesimo sistema di riferimento (c.d. inerziale). La sua trasposizione giuridica vede due analisti, posti nel sistema di riferimento del *diritto che è* (vale a dire, *vivente e vigente*), che diciamo *spazio giuridico reale*, ma ubicati in punti prospettici distanti (per modo d'esempio, rispettivamente, in sistemi di diritto legislativo, o di *civil law*, e giurisprudenziale, o di *common law*), porgere vedute descrittive del medesimo fenomeno giuridico informate alle medesime leggi (di trasformazione del diritto). In tal modo, fenomenologie del diritto vengono oggettivamente disvelate a partire dalla osservazione multilaterale della fatticità: la costruzione teorica si modella sul fatto, non viceversa; il concetto si piega e subordina alla realtà e non viceversa⁷.

La *subordinazione del concetto alla realtà è crisma metodologico primario del metodo scientifico del diritto*. Lo studio della dinamica, che dall'osservazione multiprospettica della fenomenicità conduce verso l'inferenza di leggi di trasformazione dell'essere (fisico o giuridico che sia), è paradigma modale che tipicizza il procedere scientifico. La *scienza dei fatti*, attraverso la *dinamica* (mai escludente a modo del fondamento ideologico, ma sempre inclusi-

⁶ Note sulla intrinseca socialità del diritto in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1946, p. 25 sgg.

⁷ "Non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella", *ivi*, p. 53.

va delle pluralità prospettiche, a partire dalle quali, anzi, prende vita) si dà nel modo di scienza *dei fatti giuridici*, ovvero sia di *scienza del diritto*.

Esemplificando, a quel modo che i *principi della dinamica o di Newton* trovano validazione scientifica (si allude ai tre principi di inerzia, proporzionalità e di azione e reazione), nuove movenze del diritto globale sono oggetto di letture analitiche che, seppure dislocate entro metodiche giuridiche disparate (normativistiche, istituzionalistiche o realistiche), o sistemi giuridici distanti (*common law*, *civil law*), registrano concordanti variazioni fenomeniche, quali – a mò d'esempio – la diagnosi contemporanea di “una realtà sempre più mutevole nel tempo, sempre più uniforme nello spazio”⁸, l'istituzionalizzazione di sedi decisorie politico-giuridiche superstatuali, ovvero, ancora, la nomogenesi di un *diritto trans-nazionale del commercio internazionale* con un proprio sistema processualistico offerto dall'arbitrato internazionale. L'ordinamento giuridico dei commerci internazionali (da più parti designato come *nuova lex mercatoria*), dotato di autonomia di normazione rispetto alle regolamentazioni statuali del commercio (attestata dal ricorso a modelli contrattuali atipici ignoti agli ordinamenti statuali), autodettatosi dalla *business community*, si porge come risultato di una descrizione fenomenica da più osservatori giurisprudenziali operata (dalla Corte di Cassazione italiana alla *Court de Cassation* francese fino alle *Courts* statunitensi), convergenti su talune leggi di trasformazione del diritto contemporaneo⁹. La transizione del diritto dei nostri tempi

⁸ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, p. 8.

⁹ Cfr. *ivi*, p. 56 sgg.

è registrata come un fascio di linee di tendenza verso la transnazionalizzazione del diritto del commercio internazionale e la “diffusione planetaria di modelli contrattuali atipici”¹⁰ a-statali: dinamiche giuridiche, appunto, come vettori di trasformazione ricavati da consonanti osservazioni spazio-temporali dei fenomeni giuridici così come si danno *ex se*.

Onde nessun destino dell’uomo, nessun senso della verità, nessun essere permanente, nessuna essenza metafisica: ma unicamente registrazioni fenomeniche transeunti di una fatticità in movimento, tali da congegnare una *logica del fenomeno giuridico* di contro ad una *logica dell’idea giuridica*. Codesti gli approdi di una ricerca scientifica a-ideologia del diritto attraverso la declinazione o l’esercizio fenomenologico della *dinamica giuridica*.

B. La metodologia fenomenologica delle scienze giuridiche come studio dei modi-di-esserci del “diritto che è”: una lettura modalistica del fenomeno diritto

“Nella metafisica ha luogo la riflessione sull’essenza dell’ente e la decisione circa l’essenza della verità. La metafisica dà fondamento a un’epoca in quanto le offre la base della sua configurazione essenziale, attraverso una determinata interpretazione dell’ente e una determinata concezione della verità. Questo fondamento domina tutte le manifestazioni che caratterizzano un’epoca”¹¹ – è l’annotazione di Heidegger.

¹⁰ Ivi, p. 93.

¹¹ M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, cit., p. 71.

Il metodo metafisico di lettura del reale fenomenico, peraltro, piega la realtà al concetto in adesione ad una informante *verità essenzialistica o destinale sull'uomo o sul mondo*. Onde, esso si dà alla produzione di *modelli* (umani o ambientali), i quali, *sub specie* descrittiva, si atteggiavano a lenti di lettura onnivalenti del reale, entro cui impositivamente ogni fenomeno deve essere leggibile, *sub specie* prescrittiva, si mostrano come strumenti informatori e plasmatori del reale. Il conoscere o il prescrivere metafisico si concreta nella *riduzione a modelli* conformi ad un *vorgestellt*, ovvero sia a ciò che, essendo posto (*stellt*) innanzi (*Vor-*) una volta per tutte (*Ge-*), atteggiandosi a *Ur-factum* o fondamento ezio-logico, ovvero a *Grund* o fondamento assio- o onto-logico, senso e misura di ogni ente.

Nella sfera del diritto, l'ordine giuridico premoderno o classico, mercè la sua indole metafisica, riannoda la giudicizia a valori o verità trascendenti (sovraordinando la *legge divina* a quella *umana*), ovvero all'ordine ciclico e prassico della natura (sovraordinando la *legge naturale* a quella *umana*). In ambedue i casi, il sistema diritto acquisisce giustificazioni esistenziali *ab externo*, attraverso rimandi di senso e di significato sciolti da ogni volere umano (auto-positivo, auto-nomico) e ispirati ad una data "immagine del mondo" (*Weltbild*).

I saperi post-metafisici, tratti entro l'orizzonte moderno, registrano il dato per cui "una delle manifestazioni essenziali del Mondo Moderno è la scienza moderna"¹²; al suo interno si rinvencono scienze naturali e scienze sociali: "il rigore della scienza matematica della natura è l'esattezza. Ogni fenomeno che pretenda valere come fenomeno

¹² Ivi, p. 72.

naturale dev'essere anticipatamente determinato come quantità di movimento spazio-temporale"¹³; di contro "le scienze dello spirito, e anche le scienze che si occupano degli esseri viventi, debbono necessariamente essere inesatte per poter restare rigorose"¹⁴. Le scienze naturalistiche s'inalveano nella prima categoria descrittiva, quelle giuridiche in quanto scienze umane (*recte*, dei prodotti umani) nella seconda. Lo statuto dell'inesattezza si palesa come ostativo ad ogni veduta ideologizzante uni-causalistica.

Incurante di siffatto statuto, l'ideologia (giuridicamente, *ideonomia*) si affaccia come l'assunzione della rappresentazione, del porre innanzi a sé (*vor-stellen*) un unico modo d'essere dell'essere-nel-mondo. L'assolutizzazione di un'unica rappresentazione diviene *inner core* di una operazione ideologica: "quando il mondo diviene immagine, l'ente nel suo insieme è assunto come ciò in cui l'uomo si orienta, e quindi come ciò che egli vuol portare innanzi a sé e avere innanzi a sé; e quindi, in un senso decisivo, come ciò che vuole porre innanzi a sé, rappresentarsi"¹⁵. Ma, si badi, l'immagine del mondo viene a significare, in tale luce, "non una raffigurazione del mondo, ma il mondo concepito come immagine. L'ente nel suo insieme è perciò visto in modo tale che diviene ente soltanto in quanto è posto dall'uomo che rappresenta e produce [*her-stellen*]... l'ente è fatto consistere nel suo essere-rappresentato"¹⁶. Unificando o assolutizzando la rappresentazione in quanto modo d'essere dell'ente che rappresenta, si penetra nel nucleo profondo dell'ideologia.

¹³ Ivi, p. 75.

¹⁴ Ivi, p. 76.

¹⁵ Ivi, p. 87.

¹⁶ Ivi, pp. 87-88 (corsivo mio).

Dal reticolato ideologico si fuoriesce ricostituendo la dimensione della co-appartenenza dell'Esserci (equiparato all'esser-uomo¹⁷) e del mondo, espresso nella formula "essere-nel-mondo storico"¹⁸, dacché "l'Esser-ci è appunto *mondo-dipendente* (*welthörig*)"¹⁹. Qui giunti, un interrogativo si impone: ne dà formulazione e risoluzione Heidegger: "quando si pone il problema del 'mondo', a *quale* 'mondo' ci si riferisce? Non a questo o a quello, ma alla *mondità del mondo in generale*", tratteggiando quest'ultima come "concetto ontologico", "struttura di un momento costitutivo dell'essere-nel-mondo", "carattere dell'esser-ci stesso", come "esistenziale"²⁰.

I modi attraverso cui si dà l'essere-nel-mondo come costituzione fondamentale dell'esserci sono indeterminatamente molteplici: la restrizione monistica ad uno di essi (vuoi in funzione descrittiva del reperto fenomenico, vuoi in funzione prescrittiva) è atto arbitrario (rimesso al privato arbitrio) che disvela un procedere ideologico radicato nella selezione medesima del modo-di-essere trascelto e rappresentato. All'opposto, nella pluralità indeterminata dei modi di essere-nel-mondo, nelle modalità dell'*abitare*²¹, vive il riscontro fenomenico e fattuale del nostro esser-ci, ove il *ci* dell'*esser-ci* si dà come dimensione sperimentabile dall'uomo entro cui giacciono i prodotti umani, tra cui il diritto.

Il *ci* (in tedesco *Da*) del diritto (diritto come *reperto fe-*

¹⁷ Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 78, glossa a).

¹⁸ Ivi, p. 60, glossa b).

¹⁹ Ivi, p. 87, glossa a).

²⁰ Ivi, p. 96.

²¹ *Abitare* nel senso heideggeriano: "essere uomo significa: essere sulla terra come mortale; e cioè: abitare [...] l'abitare è il modo in cui i mortali sono sulla terra", M. HEIDEGGER, *Saggi e discorsi*, cit., pp. 97-98.

nomenico e realtà storico-geografico-istituzionale) è l'effettività primigenia del diritto vigente, la quotidiana efficacia del diritto vivente²². L'esserci è "caratterizzato [...] dal fatto che, per questo ente, nel suo essere, ne va di questo essere stesso"²³; esso non disvela un senso o un essere dato una volta e per tutte (come nella struttura fondamentalistica del *vorgestellt*), sibbene mostra la sua assenza di fondamento (connotandosi come *Ab-grund*). L'esserci in questo suo non essere dato invariabilmente o *in perpetuum*, ed in tal senso, si determina costitutivamente come avere-da-essere (*Zu-sein*), potendo in ogni tempo cangiarsi decidendo di sé stesso (stante l'apertura alla possibilità che il *ci* realizza: l'essere-possibile).

Fuori dal *ci* si rinvergono assolutizzazioni di singoli modi d'essere del diritto, fondazioni idenomiche del diritto, istantanee del *diritto che si vorrebbe che fosse*, dal momento che il *diritto che è* non può che offrirsi attraverso la via sperimentabile dal soggetto umano: quella dell'essere-presente (*An-wesen*), dell'essere fenomeno.

L'essente fenomenico e, dunque, il *diritto che è* (in quanto reperto fenomenico) è riguardabile attraverso i suoi plurimi, sincronici o diacronici, modi di essere: la lente di lettura e descrizione del fenomenale (pertanto scientifica e non ideologica), dell'effettivo è *modalistica*. Fotografa frangenti o sembianti mediante i quali il fenomeno diritto, così come ogni altro fenomeno, si dona allo sguardo analitico. Ghermire uno o più dei congiunturali modi di essere del fenomeno è *in re ipsa* negazione della

²² Terminologicamente, e fruendo della celebre dicotomia kelseniana, l'*effettività* ha riguardo alla teoria dell'ordinamento, l'*efficacia* alla teoria della norma, cfr. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari 2004, p. 96 sgg.

²³ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 24; cfr. altresì p. 234.

predicabilità della *verità dell'essere*. La *descrizione scientifica modalistica* rende impraticabile qualsivoglia assolutizzazione di singoli sembianti dell'essente o dell'ente che di volta in volta si manifestano offrendosi alla percezione analitica dell'osservatore, in quanto essa si restringe alla osservazione circostanziata delle manifestazioni o dei modi di essere fenomenici che l'essente stesso porge all'osservatore, scevra da pretese circa l'unicità o l'*ab-solutezza* di quei modi di manifestazione o modi di essere-nel-mondo dell'essente.

Tirando le fila, il fenomeno "diritto" (rettamente inteso come *realtà storico-geografico-istituzionale*) si offre al suo osservatore tramite plurimi ed impermanenti *modi-di-esser-ci* (mediante transeunti e mutevoli assetti del diritto positivo vigente delle fonti-atto e del diritto positivo vivente delle fonti-fatto²⁴): non si manifesta un suo *essere* (in senso metafisico) permanente e dato *semel et in perpetuum*. La pretesa della ricerca di un suo essere permanente, ovvero la assolutizzazione di uno dei suoi modi-di-essere, ovvero la *reductio ad unum* di essi, integra appieno gli estremi di una sua lettura ideologica o ideonomica²⁵.

²⁴ "Il dato [della scienza giuridica, n.d.A.] consiste nelle regole del diritto", F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1939, p. 23; "l'oggetto della scienza giuridica deve [...] limitarsi allo studio dell'attività giuridica delle 'classi dominanti', cioè allo studio dei comandi giuridici dalle stesse emanati", A. COLONNA, *Per la scienza del diritto. Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programma metodologico per l'attuazione della scienza del diritto*, Torino 1938, p. 86.

²⁵ La *quaestio del modo d'essere* permette di lasciare da canto la *questione dell'essere*. Sarà Heidegger ad ammonire di scrivere il termine "essere" con una "barratura a forma di croce" contro "l'abitudine, quasi inestirpabile, di rappresentare l'essere' come un qualcosa che sta di fronte e sta per sé, e che poi talvolta si fa innanzi all'uomo. Secondo questa rappresentazione sembra che l'uomo sia al di fuori dell'essere'. Ora, l'uomo non solo non è fuori,

Applicazioni concrete di metodo e di merito

Itinerari applicativi nelle scienze naturali
e giuridiche

A. Il fondamento ezio-logico tra scienze naturali e giuridiche: pluralismo di (dis)ordini naturali e giuridici

Lo sguardo analitico, nel posarsi per lo più sulle prime due specie di fondamento (onto-logico ed assio-logico), ha sin'ora sorvolato sulla terza specie: sul *Grund* ezio-logico. Esso trova peculiarmente applicazione nelle scienze naturali, nondimeno – in ordine al nostro campo di indagine – mostra una densa affinità al tema (cruciale nella cultura giuridica dei secoli più recenti) dei diritti soggettivi; pertanto, esso si consegna ineluttabilmente alla nostra attenzione, seppur sotto forma di celeri annotazioni di metodo e di merito.

non solo, cioè, è compreso nell'essere', ma l'essere', fruendo dell'essere umano, non può non abbandonare l'apparenza del per-sé, per cui anche altra è la sua essenza rispetto a quella che vorrebbe la rappresentazione di un insieme che abbraccia la relazione soggetto-oggetto", M. HEIDEGGER, *Zur Seinsfrage*, Frankfurt am Main 1976; tr. it., *La questione dell'essere*, in E. JUNGER-M. HEIDEGGER, *Oltre la linea*, Milano 2004, p. 146.

La declinazione del fondamento ezio-logico raffigura un unico principio asseritamente in grado di reggere l'intero accadere fenomenico, un principio unificatore del reale fenomenico. Esso si realizza attraverso una spiegazione causalistica e meccanicistica del regno del fenomenale e delle sue vicende: il *Grund* di cui è parola, dunque, si suppone essere uncausalmente responsabile del quotidiano svolgersi fattuale dei fenomeni, non prestandosi né a contiguazioni di metodo, né a mediazioni esplicative. Tutto l'accadere, essendo de-terminato da un fondamento conosciuto, appare altresì pre-determinabile: il futuro diviene in tal modo ideologicamente pre-calcolabile.

Sicché, questa terza tipologia di fondamento ideologico genera letture uncausali della fatticità, eludendo, per tale via, qualsivoglia punto di incontro o intesa con difformi interpretazioni dei fatti storici. La storicità, l'essere-prodotto-storico diviene rappresentazione, categoria logica. Alla gettatezza dell'essere si sostituisce la programmazione come destino svelato. Le fasi storiche in cui l'essente viene a trovarsi sono tappe note di un percorso pre-disegnato e pre-designato.

Il materialismo storico, l'economicismo, l'escatologia cristiana ne rappresentano esemplificazioni: tratto accomunante è il *sensu o verso di scorrimento* che si pretende scoperto o impresso all'accadere dei fenomeni. Ancor più probante si annuncia, a tale riguardo, il tentativo di intavolare una *filosofia della storia*¹. Così Bobbio: "fare filosofia della storia significa, di fronte ad un evento o a

¹ Si consideri, in particolare, K. JASPERS, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, Zürich 1949; tr. it., *Origine e senso della storia*, Milano 1965. Cfr. altresì J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretación de la historia universal*, 1960; tr. it., *Una interpretazione della storia universale*, Milano 1978 (significativamente p. 249).

una serie di eventi, porsi il problema del 'senso', secondo una concezione finalistica (o teologica), della storia [...] considerando il corso storico nel suo complesso, dalla sua origine al suo compimento, come diretto a un fine, a un *telos* [...] Gli eventi cessano di essere dati di fatto da descrivere, da raccontare, da allineare nel tempo [...] ma diventano *segni* o *indizi* rivelatori di un processo [...] verso una direzione prestabilita”².

L'ideologia che assume un fondamento eziologico ritiene il corso storico un fluire delle cose unidirezionale³ laddove il senso di scorrimento è impresso dal primo al secondo.

La teleologia storica rappresenta, a ben vedere, una ipotesi di lettura della causalità come determinata in via monofattoriale da un unico ordine di cause individuate dal positore del fondamento. Il procedere ideologico di cui si sta questionando disvela nessi di causa-effetto noti all'analista prima ancora del loro darsi storico al mondo dei fatti: la causa è nota ancor prima della verifica storica e fattuale dell'effetto.

Il fondamento eziologico, escludente al pari delle altre due tipologie di fondamento ideologico, non ammette spiegazioni, sia pure parziali, che adducano ragioni dissonanti o meramente ulteriori rispetto al supposto fondamento causalistico. La descrizione si incrina ed inclina verso la prescrizione⁴: la realtà non è incontrata nella

² N. BOBBIO, *L'età*, cit., p.47.

³ Il diritto contemporaneo, *a contrario*, viene letto come frutto dell'azione di vettori multidirezionali, cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, p. 70.

⁴ Tale assunto mostra la necessità e non sufficienza del criterio definitorio formale dell'ideologia accolto da Bobbio (v. *infra*). Non si tratta di bipartire descrizione e prescrizione, associandole partitamene

sua *cosità* (come, all'opposto, avviene per la conoscenza fenomenologica, garantita dall'*epoché* e dalla riduzione eidetica husserliana), ma è già letta in chiave funzionalistica prima ancora del suo dipanarsi sul proscenio della fatticità. La realtà ne risulta falsificata in partenza poiché si dà come un *a priori*⁵ infra-psichico, pre-formato ed inautentico, reso attraverso un *Grund* che ambisce ad informare di sé la realtà esterna circostante (*natura prescrittiva e precettiva dell'ideologia*).

Da qui alla tirannia – sul piano dei sistemi politico-giuridici – il passo è breve poiché è mosso dalla *volontà di dominio* (trasposizione giuspolitica della nietzscheiana volontà di potenza⁶), la quale traduce il fondamento in

e rispettivamente alla scienza ed alla ideologia, bensì di esplorarne i loro inter-nessi: nella specie, si è notato come la de-scrizione fenomenica sia in-verità e per-verità in pre-scrizione.

⁵ Sulla natura aprioristica dell'ideologia in campo giusfilosofico si osserva: “sono perciò ideologiche tutte le dottrine di giustificazione *a priori* [...] laddove una giustificazione consistente può essere solo *a posteriori*, contingente, settoriale”, L. FERRAJOLI, *La crisi della sovranità e il ruolo della filosofia politica*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari 2001, p. 149.

⁶ Cfr. A. BALLARINI, *Teoria delle formazioni dominanti. Saggio sul principio moderno di sovranità*, Torino 2002, p. 11 sgg. e B. ROMANO, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Milano 1969, p. 97 sgg. “Nietzsche, Marx e Sartre [...] vedono il fatto che la realtà ha come unico modo d'essere la potenza, e che, essere potente è l'unico modo di stare e mantenersi nell'essere. Con ciò, la questione dell'organizzazione del potere, si sposta, all'interno dei confini segnati dal rapporto tra Essere e Logica; diventa il problema di un *esserci*, che sempre deve *appropriarsi dell'essere* [...] e che, *per questo*, deve esercitare il *dominio*, e deve farlo *secondo leggi precise*. La costante possibilità di assumere condizioni di *esistenza mancata*, rappresentata dalle formazioni non vincenti [...] la necessità di assumere, sempre e comunque, la *forma d'essere*, fanno del *dominio* l'*unica alternativa al non essere* [...] la stessa struttura dell'*esserci* riceve il *dominio come unico modo d'essere*, e le *regole del dominio* diventano i *presupposti reali dell'essere sovrano e del reale esercizio del potere* [...] Esserci nel solo modo del dominare

un progetto da concretarsi. Siamo alla verifica di quel rischio insito *in re ipsa* nella teorizzazione nietzscheiana alla cui stregua “l’unico essere che conosciamo [...] è l’essere che rappresenta”⁷: l’assolutizzazione dell’unico modo di essere umano: la rappresentazione (*Vorstellung*). Ancora Nietzsche: “l’essere che ha rappresentazioni è certo, anzi è la nostra unica certezza: ciò che esso rappresenta e in che modo deve necessariamente rappresentarlo, questo è il problema. Che l’essere abbia rappresentazioni non è un problema, è il fatto”⁸; l’isolamento dell’“unica certezza” nietzscheiana, portata all’estrema conseguenza, data dalla sua unicità di modalità d’essere, resa nella forma assolutizzante, introduce al rischio del monismo causalistico, qui ripreso come forma ideologica.

I modelli esplicativi monofattoriali o unicausali non sono praticati neppure entro il settore delle scienze naturali moderne, ed in particolar modo dalla fisica moderna, le quali scienze – allo stato attuale della ricerca – si mostrano incapaci di reperire quel fondamento idoneo ad offrire spiegazione causale dell’interezza dei fenomeni naturali. Neppure il regno della microfisica e dei suoi accadimenti appare essere presieduto dal principio di causa-effetto, piuttosto esso sembra essere ricostruibile a partire dalle c.d. “nubi di probabilità”.

La fisica moderna dà luogo ad una profonda scissura tra il funzionamento dei fenomeni macrofisici (cioè – ri-

[...] diventa il *reale principio di legittimazione di una qualunque organizzazione del potere* [...] *Si domina per essere, nel dominare, ne va dell’essere* [...] l’uomo è strutturato nel modo della soggettività dominante [...] se, allora, esercita il dominio, è perché deve appagare il suo *primario bisogno d’essere*”, A. BALLARINI, *Teoria*, cit., pp. 14-16.

⁷ F. NIETZSCHE, *Opere*, cit., V-2, II, p. 467.

⁸ Ivi, V/2, II (cap. 30), p. 466.

correndo al linguaggio kelseniano – di quelle “fattispecie sensibilmente percepibili” che compongono la “c.d. realtà effettiva”⁹), retto sulla *spiegazione causalistica* newtoniana, e quello dei fenomeni microfisici, dominato dal *principio di indeterminazione* di Heisenberg. L’*infinitamente grande* e l’*infinitamente piccolo*, per quanto entrambi abitino nella medesima realtà effettuale, osservano principi funzionali solo in parte intelligibili e comunque radicalmente divaricati. Determinismo e indeterminazione si incrociano sullo stesso realissimo terreno, conducendo il pensiero esegetico e ricostruttivo dell’uomo ad una trasversalità cognitiva che ne revoca seriamente in dubbio la sua centralità storicamente datasi a partire dall’Umanesimo. Gli affannosi tentativi, da parte degli scienziati naturali, di rendere combacianti i principi fisici che presiedono ai fenomeni micro- e macroscopici del regno fisico, cioè di dar luce alla c.d. “teoria del tutto”¹⁰ (una “teoria fisica unificata” che spieghi perché accade ciò che accade) si mostrano ad oggi del tutto fallaci¹¹.

Le scienze naturali (la fisica, paradigmaticamente) perdono, a partire dai primi tre decenni del XX secolo, segnatamente in ragione del profilarsi della teoria della relatività e della meccanica quantistica all’orizzonte dell’attenzione scientifica, lo statuto della perfezione; perde vigore, così, quella che Kelsen nomina “legge cau-

⁹ H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., pp. 13-14.

¹⁰ In fisica teorica si designa con la locuzione *teoria del tutto* il tentativo di spiegare la totalità dei fenomeni fisici, conciliando, in tal modo, le quattro interazioni fondamentali della natura: l’elettromagnetismo, la forza nucleare debole, la forza nucleare forte e la forza di gravità. Allo stato della ricerca, il tentativo non ha dato esito positivo.

¹¹ Cfr. S. W. HAWKING, *The Theory of Everything. The Origin and Fate of the Universe*, Los Angeles 2002; tr. it. *La teoria del tutto. Origine e destino dell’universo*, Milano 2004.

sale universale”: l’“ordine della natura” con le sue “leggi naturali”, espressione della necessità dell’ “accadere”, è sconvolto nel suo apparente succedersi seriale di spiegazioni causali¹². Appare in crisi il *Mußen* delle leggi naturali (non il *Sollen* delle leggi giuridiche) e, per conseguenza, l’estensibilità del primo tipo di dovere (*recte: dover accadere*) al regno del diritto, il quale pur abbisogna di un previo accertamento fattuale ai fini di una successiva qualificazione giuridica.

La caduta di ogni fondamento monistico in seno alla epistemologia delle scienze naturali conduce alla rappresentazione del mondo fenomenico come *Ab-grund*; qui mette conto di rassegnare alcune diagonali che realizzano il transito dalla fisica classica a quella moderna, al fine di chiarire come la destituzione di ogni eziologia olistica nel regno dei fenomeni naturali abbia potuto aver luogo.

I concetti newtoniani di tempo e spazio assoluti, i quali dominano i meccanismi causali del mondo macroscopico (cioè a dire il campo della osservazione umana, denominato in fisica “zone delle medie dimensioni”), sono posti irreversibilmente in crisi dalla teoria einsteiniana della relatività, la quale, curvando lo spazio ed il tempo in un continuo quadridimensionale, osta alla separabilità della dimensione temporale da quella spaziale: differenti osservatori che viaggiano a differenti velocità ordineranno gli eventi osservati secondo una differente sequenza stori-

¹² Così per esteso: “Si parla di ‘ordine della natura’, e in tal modo si pensa che gli oggetti della natura effettivamente si comportano, necessariamente *devono* comportarsi, in un modo determinato che trova espressione nelle *leggi naturali*. Questa necessità è quella legge *causale* universale, rispetto alla quale tutte le leggi naturali sono leggi speciali. È perciò impossibile che un oggetto naturale si comporti mai altrimenti da come afferma l’ordine della natura”, H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., p. 6.

ca¹³. Saltano gli assiomi meccanicistici della fisica classica, secondo i quali “lo spazio assoluto, per sua stessa natura senza relazione a alcunché di esterno, rimane sempre uguale ed immobile”¹⁴ ed “il tempo assoluto [...] in sé e per sua natura senza relazione ad alcunché di esterno, scorre uniformemente”¹⁵. Alla *ab-solutezza* (intesa come l’essere-sciolto-da tutto il resto) delle due dimensioni (spaziale e temporale), entro cui si dà ogni esperienza sensoria umana, succede la consustanzialità reciproca: non c’è tempo senza spazio e viceversa; questi ultimi sono posti in relazione di reciproca influenzabilità: la curvatura spazio-temporale manda in prescrizione definitivamente la geometria classica euclidea del piano bidimensionale.

La quadridimensionalità (ottenuta mediante l’innesco della dimensione temporale sulla tridimensionalità spaziale) marca un momento di cesura netto tra fisica classica e fisica moderna, ma non l’unico. Lo stesso concetto di realtà della materia per come foggiato dal pensiero fisico classico, alla stregua del quale i corpi solidi si agitano all’interno di uno spazio vuoto, pur conservando la validità nella zona delle medie dimensioni, perde di senso allorquando ci si sposta entro le macrodimensioni dell’astrofisica (per la inconcepibilità di uno spazio vuoto), ovvero entro le microdimensioni della fisica atomica (qui cade il concetto di corpo solido).

Gli esperimenti nell’infinitamente piccolo di Rutherford svelano che le unità subatomiche presentano una

¹³ Circa le teorie einsteiniane della relatività speciale e dei fenomeni atomici, cfr. A. EINSTEIN, *Essay in Science*, New York 1934 e AA. VV., *The Principle of Relativity*, New York 1923.

¹⁴ I. NEWTON, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, 1687; tr.it., *Principi matematici della filosofia naturale*, Torino 1965, p. 102.

¹⁵ Ivi, p. 101.

natura duale: sono onde elettromagnetiche e particelle in pari tempo. La medesima realtà presenta complementariamente una natura corpuscolare (come esposto dalla teoria corpuscolare di Newton sulla scia degli atomisti greci) ed una ondulatoria (come dalla teoria ondulatoria enunciata da Huygens nel XVII secolo e invalsa con la teoria elettromagnetica di Maxwell). Ciò è espresso mediante il c.d. *principio di complementarità*, messo a punto da Bohr nel 1927¹⁶. Gli studi di Planck, prima, e di Einstein, poi, ricostruiscono l'energia della radiazione termica sotto forma di "pacchetti di energia" o "quanti di luce", intesi come particelle in senso proprio dette anche "fotoni". La loro emissione irregolare, episodica (quasi rapsodica) squassa uno dei postulati maggiormente consolidati della *philosophia naturalis*: "*natura non facit saltus*"; al contrario, la natura esibisce un procedere *per saltum*, anzi per un specifico tipo di salto denominato "*quantico*"¹⁷. Prende forma, per tale via, la meccanica quantistica, la quale rivela – sconvolgendo letteralmente la concettualizzazione classica della realtà materiale – come, nel regno subatomico, la materia non conosca una spazializzazione netta, non abiti spazi determinati, bensì mostri una "tendenza a trovarsi" secondo *onde di probabilità* (simili a onde sonore).

La fisica atomica e la meccanica quantistica – in sostanza – ci restituiscono un dato sconcertante (*rectius*, che sconcerta il sapere classico): le leggi che regolano la vita

¹⁶ Cfr, N. BOHR, *Atomic Physics and Human Knowledge*, New York 1958; tr. it. parz., *Teoria dell'atomo e conoscenza umana*, Torino 1961 e, dello stesso Autore, *Atomic Physics and the Description of Nature*, Cambridge 1934.

¹⁷ La nozione di "salto quantico" è elaborata da W. HEISENBERG, *Physics and Philosophy*; tr. it., *Fisica e filosofia. La rivoluzione nella scienza moderna*, Milano 1963, p.60.

atomica non sono leggi scientifiche certe, sibbene leggi probabilistiche; un evento atomico non conosce la certezza, ma, al contrario, unicamente la probabilità. Tutto ciò entro la più desolante assenza di quell'unica "particella elementare", "mattone fondamentale" dell'esistente (*arché* di tutte le cose): ad oggi, le particelle elementari conosciute sono alcune centinaia.

La nuova fisica in-determina quei bordi di certezza della descrizione oggettiva della natura: sfuma nel nulla l'ideale classico della certezza descrittiva: Euclide (con i suoi postulati geometrici), Newton (con gli assiomi fisico-meccanici) e Cartesio (con i corollari della separabilità tra l'io osservatore e il mondo: *res cogitans/res extensa*) sono confinati all'interno delle mere medie dimensioni. Non forniscono spiegazioni causalistiche onnivalenti ed *ab-solute*, bensì valide solo relativamente ad una ristretta partizione dello scibile umano. Annota un celebre fisico americano, rilevando previamente come "la fisica moderna [...] sia diventata la base della scienza della natura"¹⁸: "*l'ideale classico di una descrizione oggettiva della natura non è più valido. Quando ci si occupa della materia a livello atomico, non si può più operare la separazione cartesiana tra l'io e il mondo, tra l'osservatore e l'osservato. Nella fisica atomica, non possiamo mai parlare della natura senza parlare, nello stesso tempo, di noi stessi*"¹⁹.

Il tragitto intrapreso dall'*epistème* scientifica tra la seconda metà dell'Ottocento e approssimativamente i primi tre decenni del Novecento porta la scienza della na-

¹⁸ F. CAPRA, *The Tao of Physics*, London 1975; tr. it., *Il tao della fisica*, Milano 2005, p. 17. Alla medesima fonte si è attinto per l'elencazione delle tappe di storia della fisica proposte.

¹⁹ Ivi, p. 82 (corsivo mio).

tura a ripensarsi, a riformularsi: essa rinuncia ad essere sapere incontrovertibile, definitivo, assoluto e si propone come sapere ipotetico, revisionabile, fallibile: in una parola, essa si presenta come quel tipo di conoscenza che i greci denominavano *dóxa*, opinione, congettura, e non più come *epistéme*²⁰.

Tre i nuclei direttivi di tale percorso di de-strutturazione e ri-strutturazione dell'epistemologia scientifica: la teoria della relatività ("al centro della quale si trova il principio del carattere soggettivo dell'esperienza umana", che porta a negare "che vi sia una dimensione comune a tutti gli uomini"²¹ e, dunque, una *ab-solutezza* conoscitiva); la meccanica quantistica (la quale nega ogni essenza costitutiva dell'esistente); il principio di indeterminazione di Heisenberg (il quale rende aporetica e, dunque, depotenzia ed inattiva la spiegazione meccanicistico-causalistica del fenomenale, rendendola funzione dell'osservatore).

Se appare vero che "la meccanica ci consente di predire esattamente il futuro della traiettoria di un corpo in movimento"²² attraverso le forze gravitazionali newtoniane (costrutti caratterizzanti la meccanica classica), "tuttavia nell'ambito dei fenomeni elettrici ed ottici, tale appli-

²⁰ Così parafrasato E. SEVERINO, *La filosofia dai Greci al nostro tempo. La filosofia contemporanea*, Milano 2004, p. 283. Lo aveva sostenuto, prima del filosofo bresciano, uno dei massimi filosofi della scienza contemporanei: le teorie scientifiche "sono, e restano, delle ipotesi, sono congetture (*dóxa*), contrapposte alla conoscenza indubitabile (*epistéme*)", K.R. POPPER, *Conjectures and Refutations*, London 1963; tr.it., *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, p. 180.

²¹ E. SEVERINO, *La filosofia*, cit., p. 288.

²² A. EINSTEIN-L. INFELD, *The evolution of physics. The Growth of Ideas from Early Concepts to Relativity and Quanta*, New York 1938; tr. it., *L'evoluzione della fisica. Sviluppo delle idee dai concetti iniziali alla relatività e ai quanti*, Torino 1980, p. 75.

cazione incontra gravi difficoltà [...] le difficoltà sollevate da questo problema sono così gravi, che dobbiamo rinunciare a risolverlo, il che conduce fatalmente a rinunciare altresì ad una *interpretazione generale d'ordine meccanico*²³. Ascoltiamo ancora Einstein: “la teoria della relatività modifica le leggi della meccanica. Le antiche leggi non sono più vevoli allorquando la velocità di una particella in moto si avvicina a quella della luce [...] *Non sono più le proprietà, ma le probabilità che fanno oggetto della descrizione. Le leggi formulate non ci dischiudono più il futuro dei sistemi [...] Sono leggi che governano le variazioni delle probabilità*”²⁴.

La distruzione della *facies* deterministica e non perfetta del procedere epistemico della scienza dei fatti è ultimata con la formulazione nel 1927 a cura di Heisenberg del *principio di indeterminazione*. Il teorico della scienza moderna, rilevando l'impossibilità di una contemporanea misurazione della posizione e della velocità di una particella, atteso l'effetto modificativo sul comportamento di quest'ultima determinato dall'operazione di misurazione²⁵, annota che “ciò che si deduce da un'osservazione è una funzione di probabilità, un'espressione matematica che combina affermazioni circa possibilità o tendenza con affermazioni sulla nostra conoscenza dei fatti. Così

²³ Ivi, p. 132.

²⁴ Ivi, pp. 255-256, 304.

²⁵ “La conoscenza della posizione di una particella è complementare alla conoscenza della sua velocità o del suo momento. Se conosciamo la prima con molta precisione non possiamo conoscere con altrettanta precisione la seconda; tuttavia per conoscere il comportamento del sistema è necessario conoscere l'una e l'altra”, W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, cit., p.55. Ulteriori spunti filosofici e spazi di intersezione tra fisica e filosofia si rintracciano in W. HEISENBERG, *Physics and Beyond. Encounters and Conversations*, New York 1971; tr. it., *Fisica e oltre. Incontri con i protagonisti 1920-1965*, Torino 1984.

non possiamo oggettivare completamente il risultato d'un'osservazione [...] ciò che accade dipende dal nostro modo di osservarlo o dal fatto che noi l'osserviamo"²⁶. L'evento costituito dall'osservazione del fenomeno non si mostra neutrale: osservazione fenomenica è sempre modificazione fenomenica nella fisica moderna: "l'osservazione gioca un ruolo decisivo nell'evento [...] la realtà varia a seconda che noi l'osserviamo o no"²⁷. Tramonta l'idea di una soggettività che si collochi al di fuori dello spazio reale, vale a dire in uno spazio ideale astratto che funga unicamente da punto d'osservazione: l'intepretazione o la rappresentazione implicano l'osservazione, la quale, a sua volta, importa una modificazione dal campo osservato.

Tra le pieghe dei fatti fisici riesce a trarsi un senso filosofico. Lo ricava Heidegger : "la fisica, per quanto possa rinunciare al tipo di conoscenza (*Vorstellen*) esclusivamente rivolto agli oggetti, che fino a poco tempo fa sembrava l'unico valido, a una cosa non potrà rinunciare mai, cioè al fatto che la natura si dia (*sich meldet*) in un qualche modo definibile in base al calcolo e rimanga impiegabile come un sistema di informazioni. Questo sistema si definisce poi in base a una nozione ancora modificata di causalità. Questa non mostra più, ora, né il carattere del far-avvenire-produttore, né il carattere della *causa efficiens* o, meno ancora, quello della *causa formalis*. Secondo ogni apparenza, la causalità si restringe in un pro-vocato annunciarsi di 'fondi' da mettere al sicuro contemporaneamente o successivamente. A ciò corrisponderebbe la progressiva tendenza a moderare le pretese della scienza, che Heisenberg ha descritto in modo così suggestivo

²⁶ W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, cit., p. 56 (corsivo mio).

²⁷ Ivi, p. 58.

in una sua conferenza (W. HEISENBERG, *Das Naturbild in der heutigen Physik*, in *Die Künste im technischen Zeitalter*, Monaco 1945, p. 43 sgg.)²⁸. È il *prospettivismo* (*recte*, il *naturalismo*) nietzscheiano a trovar validazione: “alla fine comprendiamo che le cose e quindi anche gli atomi non producono effetto alcuno: perché *non esistono affatto* [...] *L’interpretazione della causalità è un’illusione* [...] *Non ci sono né cause né effetti* [...] *In summa: un accadere non è né causato né causante*”²⁹; “la volontà non muove più nulla, di conseguenza neppure spiega più nulla, essa accompagna semplicemente dei processi, può anche mancare”³⁰.

Sono meditazioni le quali ci consentono di maneggiare strumenti di lettura del reale fenomenico più affinati.

L’invalidazione dell’*ideale classico di una descrizione oggettiva della natura, l’inseparabilità dell’osservatore dall’os-*

²⁸ M. HEIDEGGER, *Saggi e discorsi*, cit., p. 17.

²⁹ F. NIETZSCHE, *op. cit.*, VIII/3, 14, p. 67. Ancora Nietzsche: “è assurdo voler *far rotolare* la sua natura [la natura dell’uomo, n.d.A.] verso un qualsiasi scopo. Siamo stati *noi* a inventare il concetto di ‘scopo’: nella realtà lo scopo è *assente* [...] si è necessari, si è un frammento del fato, si è nel tutto [...] fuori del tutto non c’è nulla!”, *ivi*, VI/3, 8, p. 90.

³⁰ *Ivi*, VI/3, 3, p. 85. Torna prezioso a questo riguardo altresì l’Heidegger dei *Grundbegriffe*, il quale si attarda sui nuclei tematici della *moderna fisica atomica*, della *legge di causalità*, dei *fondamenti metafisici della fisica moderna*, denunciando che “alla base delle pretese della fisica di voler fondare una ‘biologia quantistica’ e nello stesso tempo anche una ‘storiografia quantistica’ e una ‘metafisica quantistica’, vi è un atteggiamento poco meditato che considera ovvia l’essenza dell’essere [...] Resta comunque da chiedersi in che senso il principio di causalità sia una legge dell’ente; sulla base della rappresentazione ingenua, secondo cui la causalità è una legge del reale, non si arriva a dare una risposta a questa domanda”, M. HEIDEGGER, *Grundbegriffe*, Frankfurt am Main 1981; tr. it., *Concetti fondamentali*, Genova 1996, p. 92. La causalità aggettivata dal filosofo *ingenua* è praticata da quella fisica che “identifica l’essere-causato di un processo con la possibilità di calcolarlo in anticipo”, incorrendo “nell’errore di interpretare una legge ontologica come un principio di ‘teoria delle conoscenze’”, *ivi*, pp. 91-92.

servato (laddove il soggetto rappresentante non può non interagire con il campo di osservazione, riflessione, questa, che dalla fisica si catapulta verso la filosofia, riaffermando il concetto di *Vor-stellung* in Nietzsche), la rinuncia ad un'interpretazione generale di ordine meccanico, dunque, la deposizione di ogni veduta meccanicistica e deterministica del fenomenico, la fine di ogni far-avvenire-produttore o del carattere univoco ed onnivalente delle *causae efficiens* e *formalis* attestano che, presso il settore delle scienze fattuali, della *physis*³¹, difetta un *Grund* ezio-logico. Più specificamente, gli sviluppi della scienza fisica moderna che celermente si sono rassegnati comprovano la inesistenza di norme regolative della fatticità naturalistica onnivalenti: gli ambiti di validità si atteggiavano come relativi a determinati settori e scale di esperienza cognitiva, a dati sistemi di osservazione.

La zona delle medie dimensioni (che si consegna all'esperienza diretta umana) – s'è notato – lascia vivere i postulati della fisica meccanica newtoniana, mentre le scienze dell'universo su larga scala (astrofisica e cosmologia) misconoscono il concetto di "spazio vuoto" (tipico della fisica classica) e la fisica atomica cassa, dal canto suo, il concetto di "corpo solido" (anch'esso usuale per la fisica newtoniana), smentendo, conseguentemente, i nessi causa-effetto nel regno tanto micro- quanto macro-cosmico. Diverse regioni di campo presentano diversi ordinamenti causali (oggi si assume esistere "una rete interminabile di mondi in espansione", un "dedalo di universi"³² riu-

³¹ In Nietzsche *physis* è in relazione sinonimica con *natura*; quanto alla fisica, ad essa deve guardarsi "nel senso di spazio di manifestazione della *physis*", A. BALLARINI, "Essere collettivo dominato". *Nietzsche e il problema della giustizia*, Milano 1982, p. 202.

³² B. GREENE, *The Elegant Universe. Superstrings, Hidden Dimensions, and*

nibili sotto la nozione di “*multiverso*”³³, definibile come composto di universi, ciascuno dotato di una propria fisica); pertanto, non si dà una disposizione unica, un fondamento funzionale che trovi validità olistica. Lo spazio della relatività si dischiude dinanzi agli occhi dello scienziato naturale, debilitando i margini di perfezione conoscitiva e predittività oggettiva degli accadimenti naturali: indeterminazione e soggettività influente dell’interprete inficiano e vulnerano ogni aspirazione ad una conoscenza scientifica de-scrittiva e pre-scrittiva onnivale della fatticità naturale. Nella *multiversalità* rivive l’assunto nietzschiano per cui “dietro l’apparire non c’è niente”: “l’ipotesi del multiverso ha la prerogativa di mitigare la nostra insistenza nel cercare la spiegazione del perché l’universo in cui viviamo appare come appare. Questo ragionamento è una versione di quell’idea [...] nota sotto il nome di *principio antropico* [...] è una concezione diametralmente opposta al sogno di una teoria rigida, unificata, con un potere di previsione senza limiti [...] Invece di proporre un modello di armonia e di inflessibile eleganza, il multiverso e il principio antropico ci prospettano un’inesauribile varietà di universi”, ponendoci “in guardia dal rischio di pretendere troppo da una TOE [*teoria ultima del tutto*, n.d.A., v. *infra*]”³⁴.

Tanto premesso, la fisica moderna infirma, con argomento irrefutabile, l’assumibilità di un *Grund ezio-logico*: essa offre una *demonstratio* invincibile della fallacia (gius)naturalistica del *modus procedendi* ideologico.

the Quest for the Ultimate Theory, New York 1999; tr. it., *L’universo elegante. Superstringhe, dimensioni nascoste e la ricerca della teoria ultima*, Torino 2000, p. 345.

³³ Cfr. *ibidem*.

³⁴ Ivi, p. 346.

Nondimeno, altresì il versante delle scienze giuridiche si confà ad uno “statuto dell’essente fenomenico”³⁵ (raffigurabile come un *Ab-Grund* nietzscheiano) ostativo all’elezione di fondamenti causalistici assoluti. Il diritto, nella sua artificialità fisionomica, ascrittale dalla modernità giuridica, è rappresentabile come un sostrato di *fictiones*, tutte riposanti sul piano naturalistico dell’accadere e dell’accaduto storico. La inanità da parte dei modelli fisici a prevedere la causalità naturalistica ed a predire la catena di eventi storici che un fatto primigenio scatena, non può non rendere ostica al diritto (specie a quello che più aderentemente poggia sulla storicità dei fatti, il diritto processuale) la ricostruzione fattuale di un accadimento storico avente rilievo giuridico.

È probante di ciò la circostanza che, nella rappresentazione del nesso di causalità (sia in attinenza all’illecito civile che penale), si dismetta il modello delle leggi scientifiche e si accolga quello delle leggi probabilistiche. La ricostruzione del nesso eziologico – sia nel diritto civile che penale – sposa leggi di tipo euristico che, attraverso i saperi esperti delle consulenze tecniche (d’ufficio o di parte) trovano ingresso nel processo, onde l’artificialità giuridica si sagoma su mere “nubi di probabilità”, per contaminare i lessici. La responsabilità è finzionalmente subordinata all’accertamento di date percentuali di verificabilità supposta di un evento; specie nel caso di responsabilità giuridiche da omissione, si fanno i conti con eventi che si sono verificati (*essere dei fatti*) ma che non avrebbero dovuto verificarsi (*dover essere del diritto*). L’accertamento causale si dispiega come accertamento ipotetico: si adoperano procedimenti mentali (giudizi

³⁵ A. BALLARINI, *Teoria*. cit., p.121 sgg.

controfattuali *ex post* e giudizi di prevedibilità *ex ante*) per la ricostruzioni di nessi eziologici “volatilizzati” (come usa dirsi tra i giuristi positivi).

In linea d’esempio: “se Tizio avesse posto in essere la condotta *x*, allora non si sarebbe verificato al *n*% il fatto dannoso *y*”, sfuggendo, in tal modo, a responsabilità giuridica (civile o penale)³⁶.

I modelli euristici e stocastici marchiano il dipanarsi dei ragionamenti giuridici volti all’ascrizione di responsabilità giuridiche soggettive civili e penali: la responsabilizzazione è rimessa a giudizi probabilistici che, interiorizzando il dubbio quale elemento irrinunciabile del fattuale, o, il che è lo stesso, della fattispecie concreta, si atteggiano dualmente: o *in dubio pro* ovvero *in dubio contra* il soggetto. Le fattispecie astratte, alla perenne ed infaticabile rincorsa di quelle concrete, verso le quali si relazionano nel modo della sussunzione, non possono che strutturarsi secondo schemi dubitativi recanti percentuali euristiche di verifica di eventi ipotetici.

Il diritto si affida alle scienze dei fatti, assumendo “criteri nomologici di probabilità” che si danno per il tramite di leggi statistiche o probabilistiche e vestendosi dello “statuto logico del condizionale controfattuale”³⁷. La struttura della norma giuridica inclina verso un innato probabilismo: mutata la struttura del fatto, si de-struttura la tradizionale metodica di concepimento delle regole giuridiche; quelle tra esse strutturate in forma di

³⁶ Gli indirizzi giurisprudenziali invalsi stimano il coefficiente percentuale “*n*” pari ad almeno 51% in punto di responsabilità da illecito civile (cfr. Sezioni Unite, sentenza n. 576 del 2008), e prossima al 100% in ambito di responsabilità da illecito penale omissivo (cfr. SS.UU., sent. n. 30328 del 2002).

³⁷ Per tutti cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2002, p. 119 sgg.

giudizio ipotetico contemplanò – all'interno della protasi – sotto-ipotesi espresse in forma percentualistica (numerica o perifrastica). Le quote o percentuali di rischi verificativi o impeditivi di eventi dannosi divengono prassi redattivo-legislativa e applicativo-giurisprudenziale delle norme giuridiche³⁸: avviene che leggi giuridiche e leggi

³⁸ “Tra le leggi scientifiche, quindi, sono utilizzabili non solo le c.d. *leggi universali* (di certezza), che esprimono una regolarità di successione dei fenomeni, non smentita da eccezioni (es.: legge di gravità) [...] ma anche le *leggi statistiche* (di probabilità), che esprimono successioni di fenomeni soltanto in una certa percentuale (es.: tra esposizione a morbillo e contagio, tra fumo e tumore polmonare) per il subentrare di fattori ignoti, ma che pur sempre consentono di sussumere un evento sotto la causalità, se esso risulta percentualizzato in un risultante grado di possibilità”, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2001, p. 153. Specie con il coevo intensificarsi di fattispecie previsive di c.d. *reati di pericolo*, sospinte dall'espansione di norme cautelari dotate di rilevanza penale, rese a loro volta cogenti dallo sviluppo di attività reputate giuridicamente pericolose (tra cui si porta l'esempio della gestione di banche dati personali), legate al cavalcante progresso tecnologico, l'accertamento del nesso eziologico diviene finzionistico, ipotetico. Per altro verso, il c.d. *Stato attivo o solidaristico*, invalso negli ultimi decenni, gravando i soggetti privati di doveri di solidarietà sociale, favorisce l'espansione della categoria dei c.d. *reati omissivi*, per valutare la sussistenza dei quali si rende necessario rifarsi ad una *causalità ipotetica o normativa* (non naturalistica) che al *giudizio di realtà* sostituisce il *giudizio ipotetico* circa un evento che non si sarebbe verificato se l'azione impeditiva fosse stata tenuta. Si questiona non già e non più di certezza nella ricostruzione delle serie causali fattuali ripercorse in sede processuale per l'identificazione delle responsabilità giuridiche; il giudizio giuridico di responsabilità, alla certezza del decorso dei processi eziologici, predilige la *probabilità confinante con la certezza* ovvero l'*alto grado di probabilità razionale* in ordine alla verifica o all'impedimento di eventi ipoteticamente supposti. Il metodo accertativo della causalità nel diritto penale italiano contemporaneo (c.d. della *sussunzione del rapporto causale sotto leggi scientifiche*), nel far appello alla *migliore scienza ed esperienza del momento* (scienza che si è visto disporsi verso la multifattorialità), rinuncia vieppiù a *spiegazioni causali generalizzanti*, contentandosi di *leggi generali di copertura* dei fatti anche di carattere ipotetico-stocastico. *La causa, nel diritto vigente e vivente, si fa progressivamente ipotesi*. Il diritto

scientifiche (o naturali) inter-scambiano tratti fisio-nomici, fisio-logici e genetici. Il diritto – nel suo essere-sopra i fatti, nel rincorrerli, o meglio, ricoprirli a guisa di guaina – si lascia contaminare e dirazzare dai nuovi statuti conoscitivi delle scienze naturali moderne. Si annuncia una specularità simmetrica tra generi normativi (costituiti da leggi naturali e leggi giuridiche), insospettata da Kelsen.

La *divisio* kelseniana tra il *dovere naturalistico* (*müssen*) ed il *dover essere* giuridico (*sollen*) viene a sfumare; osserviamo brevemente il disallineamento logico tra Kelsen e la fisica moderna. Per il giurista austriaco “l’ordine della natura [...] trova espressione nelle leggi naturali”, le quali “dichiarano ciò che effettivamente accade e deve necessariamente (*muß*), effettivamente e senza eccezione, accadere”, differentemente dalle norme giuridiche, espressive di un ordine giuridico, le quali “definiscono ciò che deve (*soll*) accadere anche se forse non sempre accade”³⁹. Nell’affrescare l’ordine naturale, Kelsen correla la necessità del *müssen* a quella che egli appella “legge causale universale”: “è impossibile che un oggetto naturale si comporti mai altrimenti da come afferma l’ordine della natura”⁴⁰; tale causalismo universale è dimostrato essere inveritiero dalla scienza moderna, la quale afferma una pluralità di ordini che afferiscono a dissimili (per dimensioni) regioni dello spazio e della conoscenza (umana). Invero, si dà una *pluralità di ordini naturali* ed, attesi i principi di complementarità di Bohr e di indeterminazione di Heisenberg, diremmo meglio di or-

odierno è *diritto senza causa*, diritto che si contenta di causalità ipotetiche o normative; in definitiva, è *diritto condizionalistico, ipotetico*. Linee d’insieme in tema di *causalità* nelle scienze fisiche e giuridiche si scorgono in A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Torino 2005.

³⁹ H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., p. 6.

⁴⁰ *Ibidem*.

dini indeterminati o (dis-)ordini naturali. Ciò lungi dalla *legge causale universale* kelseniana, prodotto con ogni evidenza di una visione classica e pre-moderna della *physis*.

In conseguenza della crisi del *müssen* naturalistico, quali trasformazioni registra il diritto moderno? *Quid juris?* Entro il riquadro della spiegazione causalistica dei fenomeni fisici, il *müssen* trascolora gradatamente in *sollen*, e l'ordinamento giuridico, in quanto sovra-mondo⁴¹ rispetto al mondo fattuale, segue gli ordini naturali in questo trapasso epistemologico. Scendiamo nel dettaglio.

Il dispositivo unitivo che lega la fatticità (la potenziale infinità delle fattispecie concrete che possono prendere corpo) alla giuridicità (il *numerus clausus* delle fattispecie generali ed astratte le quali sono lanciate verso l'obiettivo di catturare e sussumere le prime) è dato dai *nessi di sussunzione ed imputazione*. Quest'ultimi si articolano rispettivamente nel modo che segue: *in primis*, si sussume la fattispecie concreta (o episodio di vita) entro la fattispecie astratta (o previsione normativa); *in secundis*, si imputa all'evento fattuale un effetto giuridico. In talune specie di strutture normative⁴², tali nessi sono ipostatizzati da una struttura enunciativo-sanzionatoria del tipo *se x allora y*, cioè sono espressi nella forma di un giudizio ipotetico. La struttura classica o pre-moderna del diritto,

⁴¹ La metafora della stratificazione, mirante a dimostrare una *morfologia stratiforme della realtà giuridica*, onde allo strato economico-sociale della fatticità si sovrappone quello della giuridicità, è avanzato da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955 (2^o edizione), p. 4 sgg., e, dello stesso Autore, *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività: prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, in "Riv. internaz. fil. dir.", 1949, p. 2 sgg e *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, p. 9 sgg.

⁴² In merito si rinvia al mio *Norme e ordinamenti*, cit.

retta su un ordine giuridico meramente riproduttivo di un ordine naturale certo ed invariante, poteva contare su una protasi recante una descrizione della fattispecie concreta ritagliata attorno ad una teleologia tipica del *müssen* kelseniano, nonché su un'apodosi recante, al contrario, una imputazione espressione tipica del *sollen* kelseniano.

Il *virage* realizzato dal diritto moderno (cioè a dire, da un diritto imperniato sull'artificialità dell'ordine giuridico, non più meramente riproduttivo di quello naturale) e contemporaneo volge ad affiancare alla struttura della norma giuridica or ora vista, un'altra, la quale, attesa la volatilizzazione del nesso causale, si snoda attraverso un doppio *sollen* in entrambe le articolazioni del periodo ipotetico (protasi ed apodosi). Al *sollen* legato alla imputazione degli effetti giuridici, viene a giustapporsi il *sollen* relativo alla descrizione del fatto da qualificare, laddove detto fatto si scompone in un'azione od omissione collegata ad un evento per il tramite di un nesso causale. L'indagine interna a questo elemento giuridico – ove affidata alle scienze fisiche – si realizza nel modo euristico-stocastico in cui a certezze verificative subentrano probabilità verificative. L'enunciato giuridico contempla, in tal guisa, una *doppia ipoteticità*: una prima, correlativa al nesso di imputazione (*se x allora y*), una seconda, in seno alla protasi (*se x*), intesa a svolgere una verifica tutta interna alla fattispecie concreta *x*, finalizzata a trovare un nesso tra azione/omissione umana ed evento (lesivo o dannoso). Lo schema generale dell'enunciato giuridico *doppiamente ipotetico* o a *doppio sollen* suonerebbe presappoco come segue: “*se x, allora dovrebbe essere y; se y fosse dovuto essere con una probabilità non inferiore a n%, allora z*” (dove *x* è un evento-causa, *y* un evento-effetto e *z* una conseguenza giuridica).

Il *probabilismo scientifico* informa a sé il *probabilismo giuridico*. Il diritto contemporaneo diviene *diritto senza causa, diritto probabilistico, diritto percentualistico*: si affida ad una euristica delle possibilità, persa ogni fede in una scienza esatta delle cause. Nella contemporaneità giuridica nessuna apertura di credito a fondamenti eziologici *ab-soluti* può apparire giustificata in seno a tale quadro.

I nuovi processi conoscitivi implementati dalle scienze naturali moderne si appropriano del criterio della *multifattorialità* attraverso una pluralizzazione dei dispositivi causali (riservati a rispettive aree dell'esperienza) e una loro de-strutturazione motivata dall'indeterminabilità di taluni risultati causali.

Pluralizzazione e de-strutturazione dei nessi di causa tipizzano il sapere scientifico (sia naturalistico che giuridico), in quello che per taluno è il suo trasvolò dall'*epistème* alla *doxa*⁴³, e demarcano la netta linea di confine tra esso ed il sapere ideologico.

Le ideologie di tipo causalistico svolgono letture dei fatti *uni-versum*, dunque uni-versalmente orientate; tale *species* ideologica produce una selezione della verità dei fatti che si rifrange sullo specchio della verità giuridica, contraddicendo ai saperi tecnici o esperti ed all'accertamento fattuale del sub-strato storico che il diritto avvolge artificialmente.

La *mitezza* del diritto moderno⁴⁴ è inficiata da ideologie teleologiche le quali, nella loro scrematura controfattuale dei dati storici giuridicamente rilevanti, si oppongono ai caratteri bilanciati delle Costituzioni e dei diritti costituzionali occidentali, vocati al pluralismo degli attori istitu-

⁴³ Cfr. E. SEVERINO, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

zionali, delle formazioni sociali civili e dei diritti soggettivi. La *pieghevolezza* del diritto contemporaneo, conferitagli dal pluralismo oggettivo di ordinamenti giuridici pubblici e privati, dal pluralismo soggettivo di attori istituzionali e di *governance*, nonché dal *balancing* costituzionale, il quale consente di eludere la gerarchizzazione dei valori e dei principi immessi entro le carte costituzionali, alterando la prevalenza dell'uno sull'altro *case to case*, si deve imputare proprio all'assenza di uno o più fondamenti assoluti. Al riguardo annota un filosofo contemporaneo: “solo là dove non c'è l'istanza terminale e 'interruttiva', bloccante, del valore supremo – Dio –, i valori si possono dispiegare nella loro vera natura, che è la convertibilità, e trasformabilità/processualità indefinita”⁴⁵.

In chiusura, la scienza giuridica moderna e contemporanea è informata a parametri di lettura dei fatti giuridici di tipo plurale e multifattoriale; l'ideologia giuridica eziologica, dal canto suo, predica la unicità dell'avvenire storico ed il monismo metodologico nel settore del diritto⁴⁶.

B. L'incidenza ideologica sulle teorie e sulle pratiche dei diritti soggettivi

Una *quaestio* che presenta profili di particolare delicatezza e scabrosità, nonché di estrema attualità giuridica,

⁴⁵ G. VATTIMO, *La fine della modernità*, Milano 1985, p. 29.

⁴⁶ In esito all'analisi svolta, il lettore perdonerà le brevilinee digressioni svolte in punto di scienze naturali (o fisiche, in quanto oggettivizzanti la *physis*), le quali ci sono parse ineluttabili – per quanto *prima facie* dissonanti col taglio del lavoro – al solo fine di addivenire al punto dimostrativo di approdo.

ci è offerta dalla tematica dei diritti del soggetto (denominati, non senza inflessioni enfatiche ed affetti politico-giuridici, con le più varie locuzioni, tra le quali diritti umani, diritti fondamentali, diritti innati, diritti inviolabili, diritti universali *et cetera*).

La fissazione di fondamenti – siano essi di validità, di giustizia o di causa – sortisce effetti menomativi sul riconoscimento dei diritti soggettivi e/o, per converso, sulla loro applicabilità, fruibilità, giustiziabilità o *enforcement*.

Ogni veduta che assuma un fondamento (o *fondamentistica*)⁴⁷ in punto di diritti soggettivi nega recisamente la prospettiva nella quale ogni diritto o valore giuridico è letto come prodotto storico. La derivazione di un diritto soggettivo da un *Grund* ovvero da un immutevole principio giuridico generale è ricostruzione dogmatica che lo sottrae alla storicità dell'accadere, al flusso storico degli eventi. La visione ideologica, nella tematizzazione dei diritti soggettivi, diviene interpretazione meta-storica, misconoscendo che – per dirla con parole bobbiane – “i diritti dell'uomo costituiscono una classe variabile come la storia di questi ultimi secoli mostra a sufficienza”⁴⁸. Difatti e nei fatti “l'elenco dei diritti dell'uomo si è modificato e va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche, ecc. Diritti che erano stati dichiarati assoluti alla fine del Settecento, come la proprietà ‘*sacre et inviolable*’, sono stati sottoposti a radicali limitazioni nelle

⁴⁷ “Veduta fondamentistica” è ogni veduta che assume un fondamento in senso de-scrittivo (come filtro ottico) o pre-scrittivo della realtà (come programma d'azione).

⁴⁸ N. BOBBIO, *L'età*, cit., p. 9.

dichiarazioni contemporanee; diritti che le dichiarazioni del Settecento non menzionavano neppure, come i diritti sociali, sono ormai proclamati con grande ostentazione in tutte le dichiarazioni recenti”⁴⁹.

La *relatività storica* dei diritti del soggetto – acutamente colta da Bobbio – la quale “prova che non vi sono diritti per loro natura fondamentali” dacché “ciò che sembra fondamentale in un’epoca storica e in una determinata civiltà, non è fondamentale in altre epoche ed in altre culture”⁵⁰, si oppone frontalmente alla *fundamentalità meta-storica* dei diritti soggettivi ricavati ideologicamente da un fondamento pre-posto al diritto.

La mutabilità storica dei diritti assunti dalle Carte fondamentali segue due moti inversi: a) uno *discensionale*, secondo il quale i *diritti* sono *concessi dal potere sovrano*, come nelle tradizioni storiche della *Magna Charta*, del *Bill of Rights* del 1689 o delle costituzioni *octroyées* delle monarchie costituzionali ottocentesche; b) uno *ascensionale*, sulla scia del quale i diritti sono riconosciuti dall’*auctoritas* come pre-esistenti al diritto posto, le cui pratticazioni storiche avvengono con la *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* del 1789, con la *Dichiarazione dei diritti della Virginia* del 1776, con la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, sino alla idea avanzata di *Costituzione europea* e alle altre coeve Carte dei diritti costituzionali delle civiltà giuridiche occidentali⁵¹.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ivi, pp. 9-10.

⁵¹ Spia discriminante e rivelatrice dell’inquadrabilità di un documento costituzionale sotto l’uno piuttosto che sotto l’altro indirizzo (*discensionale-ascrittivo* ovvero *ascensionale-ricognitivo* dei diritti soggettivi) è data dall’elemento lessicale selezionato dal costituente. Si ritiene da più parti (in

Gli opposti fronti ricostruttivi (fronte della concessione *versus* fronte del riconoscimento dei diritti soggettivi) – a cui sono speculari due forme di costituzionalismo – si incarnano rispettivamente in due filosofi del Sei-Settecento, Thomas Hobbes e John Locke⁵², ed in due autori di fine Ottocento: Edmund Burke e Thomas Paine. Tralasciamo la prima coppia, espressiva di due contrattualisti a base razionalistica, affrontando i quali ci allontaneremo dalle nostre finalità ostensive, e poniamo mente alla seconda coppia di pensatori: Burke e Paine. Il primo di essi, usualmente associato ad un indirizzo di pensiero tradizionalista⁵³, teorizzatore di un *costituzionalismo geometrico*, così rimarca la *storicità relativa e costitutiva* dei diritti soggettivi, la loro *coniunturalità* o, non senza rischi di esagerazione, *accidentalità*: “i diritti dell’uomo in una società civile, sono i suoi stessi vantaggi [...] la ragione politica è un principio di calcolo: è una lunga serie di somme, sottrazioni, moltiplicazioni e divisioni, operazioni tutte morali, e non metafisiche o matematiche”⁵⁴; il

argomento cfr. G. BONGIOVANNI, *Diritti inviolabili e libertà*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari 2005, pp. 67-92; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari 1989 e G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano 1993) che lo stesso ricorso, da parte del costituente, al verbo *riconoscere*, sia significativo dell’aderenza all’orientamento ascensionale-ricognitivo, il quale, pur recando il sigillo del giusnaturalismo, si attesta come dominante nel costituzionalismo coevo.

⁵² Obbligati i riferimenti bibliografici a: T. HOBBS, *De Cive*, 1642; tr. it., *Elementi filosofici sul cittadino (De Cive)*, in *Opere politiche*, Torino 1988 e J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, 1690; tr. it., *Due trattati sul governo*, Torino 1982.

⁵³ Il tradizionalismo può iscriversi entro il filone giusnaturalistico, il quale ascrive all’ordine giuridico una funzione adattiva e riproduttiva dell’ordine naturale o sociale.

⁵⁴ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, London 1790; tr. it., in *Scritti politici*, Torino 1963, p. 176.

secondo, all'opposto, avvicinato dalla critica giuridica ad un orientamento volontaristico del pensiero giuridico, rintraccia la *naturalità* e la *assolutezza* dei diritti soggettivi, letti come margine apposto *ab externo* all'esercizio sovrano di poteri costituzionali⁵⁵.

Storicità *versus* naturalità, dunque. Senza indugiare oltre sul divario tra le due letture giuridiche, pena il tradimento dell'impronta prevalentemente metodologica che al lavoro si è voluta imprimere, basti fare cenno del collegamento che intercede tra il secondo indirizzo vagliato e le ideologie giuridiche. Naturalità (ed absolutezza) dei diritti soggettivi, giusnaturalismo, ideologia giuridica: queste le tappe del *fil rouge*.

I diritti umani, se postulati nella loro presunta *ab-solutezza*, se sciolti dalla storia giuridica, divengono, come avviene *more solito* nel sapere ideologico, entità in collisione con i fatti (entità controfattuali) laddove questi ultimi attestano la estrema variabilità storica delle enunciazioni giuridiche dei diritti del soggetto, passati ormai per quattro generazioni. Le linee evolutive dei cataloghi dei diritti soggettivi non registrano unicamente e semplicisticamente la loro espansione o pluralizzazione quantitativa; la mutazione attiene per lo più all'apprezzamento qualitativo. I diritti da individuali (detti "di libertà") trascorrono verso una socializzazione e pubblicizzazione (si allude ai "diritti sociali" di seconda generazione), sino alla *titolarietà complessa, indiretta ed intermedia* tipica dei diritti di terza e quarta generazione (diritti che hanno un contenuto complesso rispetto al *munus* e alla prestazione a cui il soggetto pubblico è vocato per la loro osservanza,

⁵⁵ T. PAINE, *Rights of Man*, 1791-92; tr. it., *I diritti dell'uomo ed altri scritti politici*, Roma 1978, segnatamente p. 146 sgg.

e che invocano una titolarità – talora indiretta – spettante a formazioni sociali civili intermedie)⁵⁶.

Siffatti sentieri di trasformazione dei *jura* da parte della *lex* contemporanea rendono inconferente il disputare intorno a un fondamento assoluto dei diritti soggettivi nel contemporaneo. Quale *Grund* può legare assieme la compressione che i diritti (di prima generazione) alla/ di libertà e alla/ di proprietà stanno conoscendo con lo spiegamento del c.d. *Stato attivo*, con il protendersi di nuove fisionomie giuridiche quali il diritto alla qualità ambientale di vita ovvero i diritti del nascituro? Di fatto le trasformazioni del riconoscimento e della tutela dei diritti soggettivi inaugurate dal diritto attuale non rendono leggibile univocamente la *voluntas legislatoris*; *a fortiori*, si addensano nubi sulla individuabilità di un fondamento che riconduca ad unità la legittimità esistenziale di

⁵⁶ L'itinerario storico dei diritti, che dalle *libertà da* o *libertà negative* vieppiù procede verso le *libertà di* o *libertà positive* (sia *sociali*, *id est* rivolte ad ottenere prestazioni pubbliche statuali per lo più di natura solidale, sia *civiche*, vale a dire postulanti poteri di partecipazione del *civis* alla *res pubblica*) è segnalato per antonomasia da B. Constant attraverso la tracciatura della linea dicotomica tra la *libertà degli antichi* (il cui modello storico è offerto dalla *polis* greca) e quella *dei moderni* (espressa dai paradigmi repubblicani): la prima *species* si configura come garanzia di non interferenza dei pubblici poteri nelle sfere private soggettive, la seconda, come partecipazione attiva dei *cives* all'esercizio del potere sovrano, cfr. B. CONSTANT, *De la Liberté des Anciens et des Modernes*, 1818; tr. it., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Antologia di scritti politici*, Bologna 1982. Si badi che non si tratta di una commutazione tra i diritti individuali o libertà negative e i diritti sociali o libertà positive: i secondi si affermano posteriormente ai primi ma non a spese di questi ultimi; il costituzionalismo post-bellico (o meglio, quello affermatosi a partire dal XX secolo, dal secondo dopoguerra) intreccia le due specie di diritti (o, se si preferisce, le due specie di libertà), scivolando talora verso la predilezione dei primi (Stato di diritto), talora dei secondi (Stato sociale). Dunque, i diritti sociali si innestano storicamente su quelli individuali, non sostituendovisi ma, al contrario, presentandosi come un prodromo per la godibilità ed il libero esercizio di questi ultimi.

tali figure giuridiche. Tanto premesso, traspare l'alto tasso di arbitrarietà che l'erezione di un fondamento genetico e giustificativo nel settore dei diritti umani implica.

Le costituzionalizzazioni post-belliche dei diritti pubblici soggettivi, le quali condividono con ogni età del costituzionalismo la finalità di apporre limiti al potere sovrano in funzione contenitiva e tendenzialmente anti-dispotica, introducono un terzo *fronte pressorio* limitante i poteri costituiti. Se i primi due fronti erano stati storicamente individuati nella divisione dei poteri e nella modalizzazione del loro esercizio (principio di legalità), il terzo è dato, per l'appunto, da cataloghi di diritti soggettivamente riconosciuti ai *cives*. Con quali modalità l'ideologia giuridica incide questo fronte pressorio (quello dei diritti del soggetto), compressivo dell'esercizio dei poteri costituiti? Quale l'effetto dell'ideologia su questa fascia del monitoraggio e della sorveglianza dei pubblici poteri che il costituzionalismo mette in atto attraverso l'enunciazioni di diritti soggettivi?

L'esito del questionare non dissomiglierà da quanto si è andati osservando sopra: eleggere un fondamento derivativo o giustificativo di diritti soggettivi (riconosciuti o concessi che siano, secondo i due indirizzi prima censiti) strappa la formazione storico-giuridica di questi alle dinamiche plurali ed istituzionali delle democrazie costituzionali, può operare una contrazione dei diritti riconosciuti e, pertanto, azzerare conquiste giuridiche di età trascorse, ma, non ultimo, tradire le norme di diritto positivo (segnatamente quelle costituzionalistiche) le quali realizzano i margini di sicurezza giuridica dei privati⁵⁷.

⁵⁷ *Contra*, la ricerca e la statuizione del fondamento dei diritti soggettivi è preliminare ad ogni consenso su di essi per S. COTTA, *Il fondamento dei diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma 1982. Nello stesso verso si annota:

La storia giuridica conosce le passate assunzioni di fondamenti: il *fondamento naturalistico* o *innatistico* e quello *teistico* ne costituiscono esemplificazioni di primo piano. Essi prendevano, rispettivamente, la natura (dell'uomo) e Dio come *primum* onto-logico del diritto (*lex*), anzi dei diritti (*jura*). Così opinando, nella prima prospettiva (innatista) apparirebbe dubitabile il riconoscimento del diritto di proprietà, sconosciuto in uno stato di natura (hobbesiano più che lockeiano), dominato dalla *facies ferina* della natura (umana); nella seconda (teista) il subentro della *voluntas Dei* alla *voluntas legislatoris* realizzerebbe l'espropriazione di tutti quei diritti soggettivi di matrice volontaristica (ritenuti da quest'ottica delle usurpazioni), tra i quali i diritti di autodeterminazione del/sul proprio corpo. A entrambe le prospettive, infine, resterebbero preclusi i diritti di terza e quarta generazione, improntati a tutelare beni indirettamente umani, talora semi-collettivi (diritto alla pace, alla qualità della vita, alla comunicazione, allo sviluppo, alla libertà informatico-telematica, diritti dei consumatori, diritto all'integrità del proprio patrimonio genetico *et alii*)⁵⁸.

“non si può ‘riconoscere’ ad alcuno ciò che non si ‘conosce’ [...] l'intensificarsi di un dialogo costruttivo intorno al fondamento dei diritti umani è un servizio reso alla causa della pace dei popoli e del rispetto dell'uomo”, F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino 1982, p. 652; “la questione del fondamento [...] è ineliminabile”: essa “richiede il riferimento alla struttura ontologica dell'uomo”, giacché “solo in tal caso è possibile sottrarre i diritti fondamentali ai conflitti storici e culturali”, *ivi*, p. 653.

⁵⁸ Sui nuovi diritti e sulle problematiche afferenti i diritti soggettivi *generaliter*, prioritariamente cfr. G. PECES-BARBAR MARTÍNEZ (a cura di), *Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho*, Madrid 1989; si vedano anche: M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983; J. WALDRON (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford 1984; A.E. PEREZ, *Concepto*

Le variazioni quali-quantitative subite storicamente ed in progresso di tempo dai cataloghi dei diritti soggettivi mostrano la loro costitutiva *Grundlosigkeit*; sacralità ed inviolabilità dei diritti soggettivi appaiono storicamente ed alla prova dei fatti giuridici, non già dei predicati immancabili, sibbene dei *flati vocis*. Si deve – sul piano dei fatti – dar atto della natura di prodotto storico ed umano dei diritti soggettivi, legati al ciclico sopravvenire o venir meno di esigenze e bisogni di protezione e tutela giuridica di nuove oggettività e soggettività profilantisi all’orizzonte del diritto. A mò d’esempio, i diritti sul genoma ovvero alla riservatezza nel trattamento dei dati personali affiorano assieme al contestuale progredire degli sviluppi della ricerca scientifica e della tecnica informatica. Nuovi bisogni determinano nuovi diritti⁵⁹; ciò avviene in modo del tutto sciolto da pre-impostazioni ideologiche, rifluendo solo dalla *necessità*, mai così propriamente come sotto tale frangente riflessivo, additabile come fonte di diritto⁶⁰. La realtà storica esempla nuove gamme di

y concepción de los derechos humanos, in “Cuadernos de filosofía del derecho”, 1987, n. 4, p. 56 sgg.; G. PUGLIESE, *Appunti per una storia della protezione dei diritti dell’uomo*, in “Riv. trim. dir. e proc. civ.”, 1989, n. 3, pp. 619-59; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari 1988; L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari 2001; F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti nell’età tecnologica*, Milano 1991; F. MODUGNO, *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995; G. BONGIOVANNI, *Diritti fondamentali*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bologna 1996.

⁵⁹ “I diritti di nuova generazione [...] nascono tutti dai pericoli alla vita, alla libertà e alla sicurezza, provenienti dall’accrescimento del progresso tecnologico”, N. BOBBIO, *L’età*, cit., p. 263.

⁶⁰ La necessità come fonte giuridica si deve a Santi Romano: “la necessità [...] non è un presupposto della *regula juris*, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado”, S. ROMANO, *Osservazioni preliminari preliminari per una teoria sui limiti*

diritti soggettivi, comunque di *diritti storicamente relativi*. Oltre alle mutazioni quali-quantitative, i diritti soggettivi subiscono variazioni nella loro *graduazione gerarchica reciproca*, tipico segno dei tempi: basti porre mente alla circostanza che, in epoche storiche non molto distanti nel tempo, le sfide a duello – giuridicamente lecite – realizzavano l’anteposizione del diritto all’onore rispetto al diritto alla vita, ovvero, per risalire a più recenti civiltà giuridiche, che la fattispecie criminosa dell’omicidio per causa d’onore riceveva più mite ed attenuato trattamento sanzionatorio rispetto alla ipotesi comune di omicidio.

Il tema della graduazione ci introduce alla intima *strutturazione del diritto soggettivo*, la quale si offre alla vista analitica del teorico come *incipite, bicefala*, simile ad una moneta con due facce agli opposti laterali attivo e passivo. Così come i *diritti privati soggettivi* si articolano in coppie del tipo: a) diritto soggettivo assoluto (o *erga omnes*, quale il diritto di proprietà) *contra* dovere generale (di astensione, nell’esempio proposto, dall’ostacolare i poteri del proprietario sulla *res*); b) diritto soggettivo relativo (o *ad personam*, quale è un diritto di credito verso un soggetto) *contra* obbligo specifico (all’adempimento dell’obbligazione debitoria); c) diritto potestativo *contra* soggezione, *et cetera*, altresì i *diritti pubblici soggettivi* imperniano la loro strutturazione bi-fronte sulla coppia di opposti *libertas/potestas*, articolabile, da un lato, nei “diritti individuali che consistono in *libertà*”, dall’altro, nei “diritti sociali che consistono in *poteri*”⁶¹. “Non si può

della funzione legislativa nel diritto italiano, in *Scritti minori*, vol. I, Milano 1990, p. 236; in argomento cfr. A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano 1980.

⁶¹ N. BOBBIO, *L’età*, cit., 13.

affermare un nuovo diritto in favore di una categoria di persone senza sopprimere qualche vecchio diritto di cui beneficiavano altre categorie di persone”⁶²; la diade giurispubblicistica appena menzionata vive – il termine è mutuato da Bobbio – di una inguaribile “antinomia”: i diritti pubblici soggettivi individuali e sociali “sono antinomici nel senso che il loro sviluppo non può procedere parallelamente: l’attuazione integrale degli uni impedisce l’attuazione integrale degli altri. Più aumentano i poteri dei singoli, più diminuiscono, degli stessi singoli, le libertà”⁶³. Tale *conformazione ancipite o bi-cefala o bi-fronte dei diritti soggettivi*, che lascia scorgere la relazione di inversa proporzionalità tra le due opposte facciate giuridiche (attiva e passiva), denomineremo *correlatività oppositiva dei diritti soggettivi* (privati e pubblici): all’accrescimento dei diritti del soggetto attivo segue la contrazione della sfera di libertà del soggetto passivo, il quale sarà gravato di più ampi doveri, mentre all’espansione della *libertas* del privato segue la ritrazione della *potestas* del pubblico e viceversa.

Sullo sfondo interno ai diritti pubblici soggettivi, possiamo raffigurarci – per dare una suggestione visiva – i *diritti individuali* e quelli *sociali* come gli estremi di una *barra di scorrimento* la quale registra la *relazione di inversa proporzionalità* (o *trade-off*) che intercede tra queste polarità giuridiche: lo scorrimento del *corsore giuridico* verso la tutela dei diritti individuali importa l’allontanamento dalla tutela dei diritti sociali e viceversa. In linea d’esempio, il diritto individuale di proprietà si oppone al diritto sociale all’eguaglianza: opzioni politiche quali l’espro-

⁶² Ivi, p. 11.

⁶³ Ivi, p. 13.

priabilità degli averi privati per pubblico interesse, ovvero la stentorea tassazione dei cespiti ereditari costituiscono gradazioni dello spostamento del cursore giuridico verso i diritti sociali in discostamento da quelli individuali. È un'applicazione di tale *correlatività oppositiva dei diritti soggettivi*.

Fissato questo telaio concettuale minimo, può asserirsi che l'ideologia giuridica si muove fissando un fondamento derivativo o giustificativo traducesi in un *primum* onto-logico dei diritti soggettivi, tramite il quale risolvere la correlatività oppositiva dei diritti soggettivi radicalmente appannaggio dell'uno e dell'altro polo (potestativo o libertario⁶⁴).

La modernità giuridica ed, in special modo, il costituzionalismo moderno sbrogliano la matassa dei diritti soggettivi in guisa del tutto inedita: cassata la loro perentoria graduazione gerarchica, retta su crismi ideologico-giuridici, essi sono adoperati come entità giuridiche, non più assolute o assolutizzabili, bensì come *entità relative e bilanciabili* entro la più ampia cornice dei c.d. principi costituzionali⁶⁵. Il nuovo paradigma costituzionalistico dei diritti del soggetto consente un dipanamento del principio di eguaglianza e parità dei soggetti giuridici, pur in mancanza di una visione ideologica conformante, ope-

⁶⁴ Le ideologie gius-politiche d'ispirazione liberal-conservatrice (o individualistica) risolveranno la correlatività oppositiva appannaggio del lato libertario (diritti individuali di libertà, libertà negative); quelle d'ispirazione socialdemocratica (o solidaristica), al contrario, favorendo il lato potestativo (diritti sociali, libertà positive) con la soccombenza del frangente libertario. Sulle dimensioni del costituzionalismo correlativamente alle ispirazioni politiche *de quibus*, cfr. il saggio di A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo* all'interno del collettaneo recante il medesimo titolo e curato dallo stesso autore, cit., in particolare a p. 32 sgg.

⁶⁵ Si veda *infra*.

rando tramite la *logica flessibile del bilanciamento costituzionale dei diritti*. Un diritto prevale su un altro, non già in ragione di una predominanza ideologica di uno di essi legata alla comparazione al *Grund* assunto, bensì sillogizzando il termine generale in-sito nel principio costituzionale ed il termine individuale dato dal caso di specie: preposti a questo *sillogismo giudiziario costituzionale* sono i *giudici delle leggi* o giudici costituzionali⁶⁶. L'elemento flessibilizzante è introdotto dall'imperfezione del medio o, per meglio dire, dalla pluralità dei medi (ruolo assegnato ai principi costituzionali), non rispondenti alla logica classica o aletica⁶⁷ del vero/falso, giusto/ingiusto, tipica del giudizio ideologico duale o per coppie, ma ad una gamma plurale di principi costituzionali orizzontalmente disposti su un piano dialettico.

L'intero costrutto della graduabilità gerarchica dei diritti costituzionali viene a mancare, postulandosi una loro ponderazione individualizzata, resa praticabile dalla formulazione a maglia larga dei principi costituzionali, i quali rendono in forma giuridico-positiva valori di per sé meta-fisici. Attraverso una cornice flessibile di principi, i diritti soggettivi relativi e bilanciabili divengono termini di un ragionamento giudiziale sillogico, non già di un perentorio giudizio ideologico.

Il carattere relativo e bilanciabile dei diritti dei soggetti fonda un pluralismo giuridico a cui fa da contrappunto un pluralismo degli attori giuridici, entrambi espressio-

⁶⁶ In ordine alla *logica flessibile*, cfr. C. B. MENGHI, *La negazione normativa. Aufhebung e Auflösung nella Scienza della logica di Hegel*, Torino 1997, p. 298 sgg. e, dello stesso Autore, *Rappresentazioni della sovranità*, Torino 2003, p. 131 sgg. e *Logica del diritto sociale*, Torino 2006, p. 21 sgg. e *passim*.

⁶⁷ Di derivazione aristotelica e, dunque, riposante sul *principio di non contraddizione*.

ne weberiana⁶⁸ di un politeismo dei valori, inteso come la radice più profonda, la *ratio essendi* dei coevi regimi demo-pluralistici costituzionali. Il pluralismo oggettivo dei diritti, affiancato da un pluralismo soggettivo degli attori istituzionali, costituisce presupposto per la convivenza pacifica *ne cives ad arma veniant*.

Palmare appare la radicale alternatività del procedere ideologico rispetto a quello dianzi raffigurato come procedere essenziale del diritto costituzionale moderno nel suo porsi a partire dai fatti e dalle necessità pacificatrici, ispirato all'ordinato svolgersi della vita associata. Il procedere ideologico – senza avvolgerci in riflessioni già articolate *retro* – si propone nella sua anti-costituzionalità (per dirla meglio, segue un moto frontalmente opposto a quello del costituzionalismo): al politeismo dei valori oppone un monoteismo del *Grund*, alla relatività e bilanciabilità dei diritti costituzionali contrappone la assolutezza di diritti e valori ricavati dal fondamento pre-posto al diritto positivo, alla logica flessibile di un sillogismo pluri-mediato sostituisce la logica classica emanante dal giudizio di parametrizzazione al fondamento, al ragionamento giudiziale sillogico sostituisce il giudizio assiomatico per valore, al pluralismo oggettivo e soggettivo fa succedere un monismo uniformante al fondamento (recando a effetto un anti-pluralismo inteso come tendenziale dispotismo).

⁶⁸ Cfr. M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Berlin 1919, tr. it., *La scienza come professione*, in *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Torino 1948, p. 3 sgg, in particolare p. 31.



Piano di indagine analitico-esistenziale Itinerario nell'ontofenomenologia giuridica

A. I caratteri della de-scrizione fenomenologica e della pre-scrizione ideologica del diritto

“Di fronte al fondamento irresistibile si piega necessariamente la mente, così come di fronte al potere irresistibile si piega necessariamente la volontà”¹ ammonisce Norberto Bobbio.

L'analisi o psichiatria esistenziale è la risultante della traslazione del pensiero heideggeriano (specie di *Essere e tempo*) entro il seminato della *psicologia del profondo*. Taluni sviluppi marcati dalla c.d. *Daseinanalyse* (prendendo come autori interlocutori Ludwig Binswanger e Ronald D. Laing²), *id est* dalla *scienza delle persone edificata su basi*

¹ N. BOBBIO, *L'età*, cit., p. 6 (corsivo mio).

² Saranno presi in esame fundamentalmente i seguenti lavori: L. BINSWANGER, *Being in the world*, New York 1963; tr. it., *Essere nel mondo*, Roma 1973; L. BINSWANGER, *Drei Formen Missglückten Daseins*, Tübingen 1956; tr. it., *Tre forme di esistenza mancata. L'esaltazione fissata, la stramberia, il manierismo*, Milano 2001; R.L. LAING, *The Divided Self*, London 1959; tr. it., *L'io diviso. Studio di psichiatria esistenziale*, Torino 2001.

*fenomenologiche-esistenziali*³, sono d'ausilio nel tentare di locupletare il piano descrittivo dell'ideologia.

L'assunto bobbio per cui dinanzi al fondamento irresistibile si piega la mente induce a seppur brevi osservazioni; trarremo il discorso sul terreno dell'analitica esistenziale di Heidegger per poi slittarlo su quello della *Daseinanalyse*.

Tre *approcci metodologico-teoretici al diritto* sono distinguibili: uno ontologico, uno fenomenologico ed uno onto-fenomenologico⁴.

Il formalismo giuridico moderno e contemporaneo assegna alle scienze giuridiche un ufficio *puramente* (in senso kelseniano) descrittivo della realtà, del *diritto come è*, in un termine, fenomenologico. Sulla stessa linea d'onda metodologica della dottrina pura è quella istituzionalistica di Santi Romano: "non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella"⁵. Partiamo proprio dal diritto com'è, stando il più possibile ai fatti e fissando una puntuazione di riferimento⁶.

1) Il diritto è fenomeno umano: attiene alla vita di relazione di soggetti intesi, vuoi *uti singuli* vuoi entro strutturazioni collettive; il suo *essere-umano*, cioè prodotto dell'uomo, importa che esso alberghi nel mondo (*Welt*): il diritto è un modo dell'*essere-nel-mondo* (*In-der-Welt-sein*)

³ Cfr. R.L. LAING, *op. cit.*, p. 5 sgg.

⁴ Per tutti cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1985.

⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 53.

⁶ Le categorie teoretiche cui si fa luogo nella puntuazione appartengono, con ogni evidenza, all'Heidegger di *Sein und Zeit*; dipingono scenari filosofico-giuridici del pensiero heideggeriano: A. BALLARINI, *Essere collettivo dominato*, cit. e *Teoria delle formazioni*, cit., specificamente a p. 59 sgg. e *passim*; B. ROMANO, *Tecnica e giustizia*, cit.; A. VILLANI, *Heidegger e il 'problema' del diritto*, Milano 1958.

e diversamente non potrebbe essere. La costituzione fondamentale del diritto è l'essere-nel-mondo come *essere-dentro* il mondo: esso abita nella temporalità e nella spazialità proprie della mondità: il diritto (più correttamente, il diritto-ordinamento, il diritto nella sua positiva ordinamentalità) è un *essere-qui-e-ora*.

2) Il diritto prende luce dalla *relazionalità* tra individui, la quale, a sua volta, è con-causata dalla *difettività strutturale dell'uomo-soggetto giuridico*, vale a dire dalla sua incapacità di provvedere *ex se* al soddisfacimento dei propri bisogni (e, *a fortiori*, desideri), tale da indurlo al *pactum unionis* sociale, alla vita giuridica associata. Orbene, il diritto si specifica come *essere-con-gli-altri*, come *con-esserci* (*Mitdasein*). Tale relazionalità è connaturale all'idea di diritto: a partire dalla modernità essa si realizzerà su basi inter-soggettive paritarie e non più dis-paritarie (in ragione di casta, censo o classe), come in età classica.

3) Come ampiamente documentato dalle scienze naturali⁷, la ricerca di un fondamento monistico, di una *teoria del tutto* che spieghi nella sua globalità fisica l'accadere fenomenico, della *physis*, si è ad oggi rivelata fallace ed infruttuosa. I flutti di una fatticità refrattaria ad inquadramenti *uni-versum* non hanno risparmiato la teoria giuridica, denotando – lo documenta Bobbio – la “illusorietà” di tale ricerca e la “fragilità” dei suoi risultati: “nasce l'illusione del fondamento assoluto”⁸, ogni fondamento assoluto trovato “dimostra di essere molto fragile”⁹. L'elezione di un *Grund* giuridico si attesta, comunque, come atto

⁷ Cfr. *supra*.

⁸ N. BOBBIO, *L'età*, cit., p. 6.

⁹ Ivi, p. 7. Se tale assunto è riferito dall'Autore ai diritti soggettivi, esso vale *a fortiori* per la ricerca di un fondamento al diritto oggettivo.

arbitrario e frangibile, ad ogni modo insuscettibile di recare unità alle manifestazioni del giuridico e del normativo. Tale costitutiva carenza di fondamento (validante o legittimante od originario) del *diritto che è*, cioè del diritto vigente e vivente (l'espressione nietzscheiana di *Grundlosigkeit* è probante a riguardo, così come la proposta heideggeriana di scrivere il termine *Grund* barrandolo con una croce¹⁰, o la sua lettura del *Grund* come realtà dietro la quale si apre sempre un *Ab-Grund* (abisso) ovvero un *Un-Grund*¹¹ (non-fondamento)), ben si rende attraverso il carattere della *gettatezza*, dell'*esser-gettato* (*Geworfenheit*). Attesa "l'indeducibilità di un fenomeno originario" e la "cooriginarietà dei momenti costitutivi"¹², il diritto è un *essere-gettato*¹³ nel senso che vive (d)entro il (dis)ordine della fatticità, non essendo programmato ed impostato uni-direzionalmente da e verso un fondamento.

4) Pertanto, il diritto non conosce un *in-essere* permanente, un'essenza invariante a- e meta-storica: esso è incontrato come *prodotto storico* oltreché umano ed *intra-mondano*, estremamente sensibile alla mutevolezza dei tempi. La dogmatica giuridica contemporanea discetta di "plurivettorialità"¹⁴ e di "multifunzionalismo"¹⁵ giu-

¹⁰ Heidegger formulerà tale proposta nella *Introduzione* del 1949 alla quinta edizione di *Was ist Metaphysik?*

¹¹ "I termini di valore sono interpretabili in modo diverso secondo l'ideologia assunta dall'interprete", N. BOBBIO, *L'età*, cit., p. 8. Valori e fondamenti si offrono a letture prospettivistiche che li rendono nietzscheianamente tras-valutabili. *Grund* e *Un-Grund* sono i risultati ottici di punti d'osservazione differenti.

¹² M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 164.

¹³ "L'espressione essere-gettato sta a significare l'effettività dell'esser-rimesso", ivi, p. 168.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 127

¹⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano 1977, *passim*.

ridici: il diritto serve, pertanto, scopi plurimi e cangianti imposti da congiunture storiche e da evenienze momentanee: pertanto il suo modo d'essere è altresì quello dell'*aperturalità*, dell'*essere-aperto-a* (*Erschlossenheit*). Apertura al mondo ed a tutto ciò che è dentro il mondo, apertura al molteplice¹⁶. Orbene, esso è un *essere-possibile*, un *essere-per* (scopi e destini normativi variabili), un *essere-in-vista-di*.

I quattro punti sbazzati devono porsi come puntelli di una descrizione teoretico-metodologica sull'*essente giuridico*, sul *diritto che è*. L'*essente giuridico* – entro una visuale fenomenologica – presenta i caratteri descritti da Heidegger in riferimento all'*essente* in generale quali *l'essere-nel-mondo*, il *con-esserci*, l'*esser-gettato* e l'*essere-in-vista-di* (o *essere-aperto-a*).

I quattro caratteri teoretici inquestionabili della *de-scrizione fenomenologica del diritto*, presupposti fungenti da base di ogni teoria sul diritto con ambizioni di scientificità (nel senso qui delineato), trovano corrispondenze in negativo sulla sponda opposta e rivale data dalla *pre-scrizione ideologica*.

1) L'ideologia giuridica – lo si è argomentato *retro* – è

¹⁶ “La fedeltà alla legge, così pregiata negli interpreti teorici e pratici, è in questa *apertura al molteplice*, in questa accettazione del frammentismo normativo”, N. IRTI, *Nichilismo*, cit., p. 136. La molteplicità è riguardata come effetto riflesso dell'opacizzarsi di ogni monismo, nella solitudine di norme che non si lasciano stringere in una unità di senso, convivendo attraverso una discorde molteplicità; la *lex lata* trasmuta in *lex ferenda*: “la posizione di norme non obbedisce ad *uno* scopo, il quale dia senso ed unità alla storia del diritto. Ci aggiriamo tra le rovine di antichi monismi: organicità del sistema, sagoma conclusa dei codici... Non c'è una *ratio*, ma le discordi e molteplici *rationes legum*: Ciascuna norma ha il proprio scopo. Gli scopi, perseguiti dalle norme, non si lasciano raccogliere in unità teleologica. Stanno nel loro disperso e vagante *frammentismo*”, *ivi*, p. 127.

rottura con la fenomenicità giacché il *Grund* non è in-contrabile sul piano nel mondo fenomenico, abita fuori dal mondo. L'ideologia è, pertanto, un *essere-fuori-dal-mondo*.

2) L'ideologia giuridica rimuove il frangente della relazionalità propria del fenomeno giuridico in quanto de-potenzia e in-attiva il pluralismo e, con esso, l'impronta dialogica e mediativa tipica dei regimi demo-pluralistici, come si è già visto. La circostanza che il fondamento sia o meno con-diviso non attrae l'interesse ideologico, il quale, pertanto, si atteggia come un *essere-senza-altri* o a prescindere da questi.

3) L'ideologia giuridica, statuendo fondamenti che diano un senso all'accadere storico, si propone come un *essere-fondato*, un *essere-ab-solutum*.

4) L'ideologia giuridica, postulando un *in-essere* (di validità, giustizia o causalistico) appare come un *essere-chiuso-a* tutto quanto contraddica al fondamento posto: l'in-essere ideologico è un essere-per il *Grund*¹⁷ e null'altro, chiudendo ogni spazio alla pluralità, ad altri possibili modi d'essere.

La descrizione teorica/scientifica del diritto riflette i

¹⁷ Heideggerianamente diremmo un "esser-sempre-già-soltanto-presso" una essenza ovvero un fondamento, atteso che "l'essere-avanti-a-sé dell'Esserci [...] si è perduto", M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., pp. 234-38. L'ideologia, secondo lo sguardo che vi abbiamo gettato sopra, si chiarisce, dunque, come "vagheggiamento deiettivo" che "rivela l'inclinazione dell'Esserci a lasciarsi 'vivere'" secondo "il carattere dell'esser-fuori verso...", ivi, p. 238. Entro l'analitica heideggeriana, si offrono come non disgiungibili la dimensione della deiezione (*Verfallen*) e quella della ideologia (*Ideologie*), intendendo con il primo termine "la tendenza dell'Esserci, dimentico di se stesso, a cadere e a perdersi in ciò che incontra nel mondo-ambiente" (F. VOLPI, *op. cit.*, p. 608), laddove ciò che incontra e in cui si perde è eletto – entro la sintassi del presente lavoro – a fondamento o essenza.

quattro caratteri dell'essere-nel-mondo, del con-esserci, dell'essere-gettato e dell'essere-aperto-a. *A contrario*, la pre-scrizione ideologica postula un *essere-fuori-dal-mondo*, un *essere-senza-altri* ed un *essere-chiuso-a*. Ogni margine di congiunzione che tenti di sciogliere in unità la *summa divisio* metodologica (scienza/ideologia) appare incongruente, ma si badi che la *divisio* non segna unicamente la antipodicità di approccio tra sapere scientifico e ideologico, ma altresì il divorzio tra il fenomeno-diritto e l'ideologia giuridica.

L'ideologia giuridica (specie ontologica) fissa fondamenti storicamente datasi nelle forme di Dio nello *Stato Teocratico*, della Nazione o della Razza nello *Stato totalitario*, della Tecnica nello *Stato tecnocratico* e via procedendo¹⁸. Il fondamento, una volta statuito, *ex autoritate* o meno, informa di sé tutta la legislazione se si afferma attraverso formazioni dominanti, o meglio, sovrane, che ne sono latrici, come nei paradigmi storici testé annoverati. L'ipostatizzazione del *Grund* (concretatasi, *exempli gratia*, con lo Stato assolutistico e con quello totalitario) ricaccia dal diritto, e dunque dal sistema della normatività e della coercibilità, qualsivoglia norma posta o proposta non conforme o armonica al fondamento posto e/o imposto.

La statuizione del fondamento assoluto (e gioco-forza escludente) implementa la dinamica gius-pubblicistica della legittimazione/de-legittimazione politico-giuri-

¹⁸ Se le prime due forme-Stato, le quali chiamano allo scoperto i fondamenti assoluti divino e nazionale, appaiono relegabili nell'alveo della storia passata del moderno diritto europeo occidentale, lo stesso non è a dirsi della Tecnica, così come della Scienza o dell'Economia: "il diritto, liberatosi a fatica dei propri monismi, si vede accerchiato e minacciato dai monismi di economia scienza tecnica", N. IRTI, *Nichilismo*, cit., p. 122.

dica: si perviene, per tale strada, a delineare una linea onto-grafica del diritto che sfuma e de-forma la divisione tra il *diritto che è* ed il *diritto che dovrebbe essere*. Si perde il *principio di certezza del diritto*, si guadagna un *diritto incerto*, un *diritto precario*. L'ideologia, se dominante, cioè sovrana, cessa di agitarsi entro il sistema di assi cartesiani della gnoseologia per imboccare una direzione de-ontologica prescrivente che, nel passaggio all'atto, esercita una *violenza riduzionistica* su attori politici e giuridici nonché sui loro prodotti (proposte normative e norme giuridiche)¹⁹.

L'assunzione del fondamento o – per dir così – la “fondamentità” quale connotato co-essenziale dell'ideologia, è ciò che in radice contraddice a quella “effettività dell'esser-rimesso” quale “carattere dell'esserci”²⁰, *rectius*: del con-esserci; nell'analitica esistenziale è proprio l'esser-gettato a garantire quell'esser-possibile su cui il pluralismo si regge.

Essendo l'ideologia *in re ipsa uni-versum*, conoscendo, cioè, un unico verso di esplicazione, come tale essa inattiva l'essere-possibile, *ergo* la *progettualità* in-sita nell'esserci²¹, pre-condizione dello sviluppo dei sistemi demopluralistici.

Questo il quadro sinottico che dà ragione del collegamento tra ideologie giuridiche e regimi tirannici o dispotici o totalitari, del *trade-off* (relazione inversa) tra le

¹⁹ Per contro, “il discorso scientifico volge verso risultati *unanimi*, non si divide secondo personali opinioni, ignora la violenza di un interlocutore sull'altro”, N. IRTI, *Nichilismo*, cit., p. 118.

²⁰ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 168 in particolare.

²¹ “Il progetto è la costituzione ontologico-esistenziale nell'ambito di un poter-essere effettivo. L'esserci, in quanto gettato, è gettato nel modo di essere del progetto”, *ivi*, p. 179.

prime e i regimi demo-pluralistici: “la logica totalitaria”, la quale “si basa sul primato dello Stato rispetto alla società, della comunità rispetto all’individuo, della forza sul consenso [...] è favorita dalla trasfigurazione ideologica rispetto alla concretezza dell’individuo. Una logica opposta a quella su cui si basano i ‘diritti umani’ e su cui si è basato il costituzionalismo”²², come registra un costituzionalista coevo.

Tralasciando il profilo strettamente del merito filosofico-giuridico, facciamo ritorno alla problematica metodologica della ricerca, per ghermire, dalla visuale prospettica analitico-esistenziale, la correlazione tra sistemi ideologici ed involuzioni dispotiche: “se il ricercatore riesce ad arrivare al punto di considerare il suo modo di esistere o di essere-nel-mondo come il *suo* modo di essere se stesso, egli dovrà anche riconoscere che possono esistere, e che vengono effettivamente vissuti, anche altri modi di essere se stessi”²³. L’ideologia erige un fondamento che sorge infra-psichicamente e fuoriesce dal pensiero soggettivo irrompendo come im-posizione oggettiva *erga omnes*. Tale processo elide la proteiformità dei modi di essere-nel-mondo, avvicinando ed esponendo il sistema a derive mono-cratice omologanti all’unico fondamento.

“I modi di percepire l’essere costituiscono delle modalità essenziali dell’esistere umano. Se una di esse s’innalza al ruolo di giudice sulle altre, l’essenza dell’uomo viene livellata e ridotta su un unico piano”²⁴, annota ancora Binswanger. L’ideologia, se *in actu*, instrada un processo

²² Così fa il punto A. BARBERA, *Le basi filosofiche*, cit., p. 41. Imprescindibile a tal proposito appare H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York 1951; tr. it., *Le origini del totalitarismo*, Milano 1989.

²³ L. BINSWANGER, *Essere nel mondo*, cit., p. 178.

²⁴ *Ibidem*.

di indifferenziazione coattiva della molteplicità primitiva, avviando un ciclo di svolgimento dei fatti che trae origine da fatti psichici e non storici: “nel fatto che tutte queste forme di presenza sono realmente possibili, noi vediamo la *storicità* della presenza umana, e nelle loro effettive realizzazioni la sua *storia*”²⁵.

In psichiatria caso-tipo di monismo riduzionistico è Sigmund Freud: “il filosofo naturale, che è Freud, cerca di spiegare la multiformità della vita in base a uno o (se si conta anche il principio distruttivo dell’istinto di morte) a due principi unitari. L’uomo però [...] non è solo necessità meccanica ed organizzazione, cioè non è solo mondo o ‘nel mondo’; la sua presenza deve essere intesa come essere-nel-mondo, cioè come progetto e apertura di mondi, come ci ha mostrato Heidegger in maniera inconfutabile”²⁶. Monismo *versus* pluralismo²⁷, uniformità *versus* multiformità: questa l’opposizione innescata dal procede ideologico.

L’analisi esistenziale, la psicologia del profondo di matrice heideggeriana vanno a fondo rispetto all’intimo

²⁵ Ivi, p. 179.

²⁶ Ivi, p. 174. “Freud scorge sempre la medesima forma fondamentale dell’istinto, come onnipresente fattore indistruttibile *dell’accadere*”, ivi, p. 173. Ciò lo porterà a sostenere, non senza enfasi, che “l’Io non è il padrone in casa propria”, S. FREUD, *Gesammelte Schriften*, citato in L. BINSWANGER, *Essere nel mondo*, cit., p. 183. Con maggior sforzo esplicativo: nella topica freudiana l’Io viene a trovarsi compresso tra le travolgenti forze pulsionali dell’Es e le ipertrofie del Super-Es (ideologico) in quanto sede dell’erezione dei fondamenti.

²⁷ La tensione tra monismo ideologico e pluralismo fattuale è ben ritratta dal giurista positivo: atteso “il declino dei ‘monismi’ [...] se non c’è un senso, ci sono tuttavia i sensi; se non c’è uno scopo, ci sono tuttavia gli scopi. Gli Stati, i regimi più diversi, le unioni ultranazionali gli mostrano la straordinaria pluralità di sensi e di scopi. Le volontà si formano, lottano, vincono, soccombono”, N. IRTI, *Nichilismo*, cit., p. 110.

funzionamento dell'ideologia, rappresentandola come *fissazione* (*Verstiegenheit*): "si può trattare di una 'idea' fissata o di una ideologia (le ideologie sono fissate per la loro stessa natura), di un ideale o di un 'sentimento', di un desiderio o di un progetto, di una pretesa, di una opinione di un punto di vista o di un semplice 'capriccio', di un'azione o di un misfatto. La fissazione è sempre determinata dal fatto che la presenza si è 'incastrata' in un determinato modello di esperienza da cui non può più, come dice Hofmannsthal, 'levare le tende', cioè da cui non riesce più ad allontanarsi"²⁸. Il meccanismo genetico dell'ideologia – tutto infra-psichico come si è venuti notando – acquisisce tonalità patologica in Binswanger, operando attraverso l'assolutezza di un fondamento ideal-tipico, non storico (anzi a- o meta-storico), non fattuale (anzi contro-fattuale): "una particolare idea o ideologia diventa fissata o assolutizzata: se si fanno ancora delle 'esperienze' esse non vengono più valorizzate ed utilizzate, poiché il loro 'valore' è ormai rigidamente determinato. Insomma la Fissazione vuol dire l' 'assolutizzazione' di una unica *decisione* [corrispondente a ciò che si è qui denominato fondamento, n.d.A.]. Una simile assolutizzazione è possibile solo se la presenza si trova nella 'disperazione' e nell'esilio dalla patria e dalla eternità dell'amore e della amicizia, cioè se essa non conosce o non sente più la 'relatività' del sopra e del sotto nell'ambito di una indiscussa *fiducia* nell'essere, cioè nel quadro di una *non problematica sicurezza ontologica*"²⁹. In quanto al di fuori del nostro *focus*, non si scenderà nel merito scien-

²⁸ L. BINSWANGER, *Essere nel mondo*, cit., p. 347.

²⁹ Ivi, p. 351 (corsivo mio). Cfr. anche la nozione di *insicurezza ontologica primaria* in R.D. LAING, *L'io diviso*, cit., p. 31 sgg.

tifico di tali proposizioni (ci si limita a registrare come autorevole opinione scientifica che le ideologie, le quali “sono in genere forme di esaltazione fissata”, costituiscono una “fuga delle idee” incapacitante a “progettarsi in un altro futuro”³⁰).

Qui basti annotare come il dispositivo genetico dell’ideologia sia correlativo allo smarrimento di quel senso di relatività e problematicità che fisiologicamente contrassegna l’essere dell’uomo e, dunque, di ogni suo prodotto, compreso il diritto, il quale riconosce la problematicità dell’esistenza e la sua relatività allorché si concede duttilmente, nel suo momento applicativo, ad una modulazione ermenutico-giurisprudenziale che lo riconduca a casi ed episodi di vita.

³⁰ L. BINSWANGER, *Tre forme*, cit., p. 18.

Epilogo

Ai molteplici intrecci illativi dipinti nel corso del lavoro deve soggiungersi che lo spirito dell'epistemologia ideologica contravviene insanabilmente al dato fisionomico intrinseco attraverso cui si dà il diritto moderno e contemporaneo reso: a) dalla circostanza che il diritto medesimo pone le *condizioni di realtà e possibilità, recte* di validità di sé stesso (il diritto pone il diritto in totale assenza di rimandi legittimanti esterni); b) dal *carattere bilanciabile dei diritti e contro-bilanciato dei poteri*, liberamente viventi entro uno spazio giuridico plurale che garantisce a-ideologicamente (in quanto senza fondamento, *grundlos*) il pluralismo degli ordinamenti giuridici pubblici e privati, mirante ad ostacolare la tendenza dispotica innata in ogni potere costituito.

L'ideologia giuridica tradisce, anzi, si pone come contro-movimento, rispetto a tale arco di sviluppo storico, reclamando legittimazioni metafisiche del diritto oggettivo e dei diritti soggettivi *ab externo*, assolutizzando diritti soggettivi a detrimento di altri, nonché favorendo la concrezione anti-pluralistica dei poteri costituiti ed, in definitiva, lo sviluppo in senso tirannico o dispotico dei regimi giuridici.

Il Maestro Torinese delinea un sentiero d'uscita dalla problematica, che, tuttavia, ivi non si stima percorribile: “che esista una crisi dei fondamenti è innegabile. Bisogna prenderne atto, ma non tentare di superarla cercando altro fondamento assoluto da sostituire a quello perduto. Il nostro compito, oggi, è molto più modesto, ma anche più difficile. Non si tratta di trovare il fondamento assoluto – impresa sublime ma disperata – ma, di volta in volta, i vari *fondamenti possibili*”¹.

Invero, la surrogazione di un fondamento ad un altro (possibile o assoluto che siano), è operazione incorniciabile entro una metodologia schiettamente ideologica. Il punto – sarà ormai nitido all'epilogo del nostro cammino di riflessione – non è *quale* fondamento erigere o fissare, ma la attestazione, ad oggi inoppugnabile, di una realtà – tanto naturale quanto giuridica – che si mostra come *Ab-grund*, disvelando una integrale *Grundlosigkeit*, id est una piena refrattarietà ad ogni *Essere* dato *semel et semper*, a qualsivoglia dottrina delle *Essenze*, *Ontologia metafisica*, *Veritas* trascendente o *Fondamento* con pretesa di spiegare, legittimare o giustificare l'esistente.

La ricusazione di ogni fondamento (assoluto o possibile che sia) riposa – si è tentato di offrirne dimostrazione *retro* – sul rilievo nietzscheiano onde “dietro l'apparire non c'è niente”. Assumere che dietro l'apparenza fenomenica *non vi sia nulla* è altro dall'assumere che *vi sia il Nulla* (con il che si entificherebbe ed eleverebbe a fondamento quel *Nihil* postulato dalla posizione ideologica nichilistica²). La prima assunzione è espressione di una descrizione scientifica dello stato dell'arte delle conoscenze

¹ N. BOBBIO, *L'età*, cit., p. 16.

² Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit.

umane (beninteso: asserire che dietro l'apparire *non v'è nulla* è altro dall'asseverare che dietro l'apparire *non deve esservi nulla*), la seconda di una valutazione ideologica.

Per converso, in esito agli itinerari svolti, può reputarsi consona alla metodologia scientifico-giuridica dispiegata nel corso di queste pagine la posizione del teorico praghese del normativismo, al quale, dunque, si affida la chiusa: "che gli uomini hanno e probabilmente avranno sempre la necessità di giustificare il loro comportamento come assolutamente buono e assolutamente giusto, non si deve negare [...] Ma dal fatto che esiste un bisogno non si può dedurre che questo bisogno può essere soddisfatto grazie alla conoscenza razionale [...] La scienza può anzi dimostrare che non lo si può risolvere così, perché, per una conoscenza razionale, non esiste né può esistere una giustizia assoluta, che si tratta di un problema insolubile per la mente umana, il quale pertanto deve essere escluso dall'ambito della conoscenza. Il compito della conoscenza scientifica non consiste soltanto nel rispondere ai quesiti che le rivolgiamo, ma anche nell'insegnare quali domande possiamo sensatamente rivolgerle"³.

³ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 121.



AREE SCIENTIFICO-DISCIPLINARI

AREA 01 – Scienze matematiche e informatiche

AREA 02 – Scienze fisiche

AREA 03 – Scienze chimiche

AREA 04 – Scienze della terra

AREA 05 – Scienze biologiche

AREA 06 – Scienze mediche

AREA 07 – Scienze agrarie e veterinarie

AREA 08 – Ingegneria civile e Architettura

AREA 09 – Ingegneria industriale e dell'informazione

AREA 10 – Scienze dell'antichità, filologico-letterarie e storico-artistiche

AREA 11 – Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche

AREA 12 – **Scienze giuridiche**

AREA 13 – Scienze economiche e statistiche

AREA 14 – Scienze politiche e sociali

Le pubblicazioni di Aracne editrice sono su

www.aracneeditrice.it







Finito di stampare nel mese di settembre del 2011
dalla ERMES. Servizi Editoriali Integrati S.r.l.
00040 Ariccia (RM) – via Quarto Negroni, 15
per la Aracne editrice S.r.l. di Roma

