

espressione e quali sono invece le condizioni accidentali.

I rimedi alla indeterminatezza riescono tanto più efficaci quanto più vengono estesi ad un sistema linguistico, creando una rete di corrispondenze ed opposizioni che circoscrivono il campo di riferimento di ogni espressione. La determinazione semantica viene integrata dalla determinazione sintattica che precisa, sino al limite di una completa formalizzazione, le relazioni fra i segni nei sistemi linguistici.

Gli interventi cui ho accennato portano ad un linguaggio parzialmente o totalmente artificiale. Non voglio affatto sostenere che un simile linguaggio possa darci una completa e definitiva determinatezza dei significati. La determinatezza ottenuta può essere adeguata a certi effetti e riuscire insufficiente in situazioni nuove.

Il mio scopo, in questa conversazione, era mettere in chiaro la fallacia dell'argomento di filosofia del linguaggio, più in alto considerato, a sostegno dell'attività del giurista come attività politicamente creativa. Ricordiamo l'argomento: i messaggi con cui si trasmettono norme giuridiche non sono mai determinati: i giuristi non possono non, e quindi devono procedere alla loro determinazione esercitando sui significati delle scelte politicamente creative. La fallacia dell'argomento sta nell'ignorare che il linguaggio può essere sottoposto a processi di determinazione e risultare più o meno determinato (ed eventualmente, agli effetti pratici, completamente determinato). Quell'argomento, di conseguenza, nasconde la vera questione. La vera questione è la seguente: sino a che punto ci si deve spingere nello sforzo di determinazione del linguaggio usato nei messaggi con cui si trasmettono norme giuridiche? In queste prospettive l'alternativa fra il positivismo giuridico e il diritto libero è un'alternativa ancora aperta. Essa è un'alternativa politica di fondo, fra un sistema che tende a concentrare il potere di creazione del diritto nella legislazione ed un sistema che tende a concentrarlo fra gli operatori del diritto influenzati dai giuristi teorici.

Se si prende, e sin dove si prende, la strada di un linguaggio e di messaggi normativi determinati, diventa uno dei compiti politici principali della scienza giuridica apparare questo linguaggio mediante le sue analisi costruttive.

## L'illuminismo giuridico di Scarpelli

MARIO JORI\*

Come risulta già dal titolo della "lezione" (*Il linguaggio e la politica dei giuristi*) le tesi originariamente formulate in *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano 1965) vengono presentate da un angolo diverso. Infatti, nella serrata argomentazione di *Cos'è il positivismo giuridico*, la tesi scarpelliana che la giurisprudenza abbia una natura complessivamente politica e non scientifica si fonda principalmente su considerazioni di filosofia della scienza; nella lezione si parte invece da considerazioni sul linguaggio giuridico.

---

\* Direttore dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto dell'Università degli Studi di Milano.

Un breve riassunto delle tesi del giuspositivismo scarpelliano può essere qui opportuna. La *descrizione* del diritto positivo fornita dalla giurisprudenza – afferma Scarpelli – non può essere considerata scienza: questa tesi ovviamente mette in crisi l'intera concezione giuspositivistica che si pone come obiettivo di promuovere nella giurisprudenza un approccio neutrale e scientifico al diritto positivo. Si noti che la tesi di Scarpelli non è quella ovvia, accolta da qualunque giuspositivista, che accettare un diritto positivo sia una scelta politica. Scarpelli sostiene invece che la stessa *descrizione* giurisprudenziale di un diritto positivo sia fondata su scelte e responsabilità politiche e sia influenzata dalle scelte politiche dell'utente. Lo stesso concetto di diritto, secondo Scarpelli, è basato su scelte normative che circoscrivono la nostra attenzione a una realtà normativamente precostituita. Le ipotesi dell'ordinamento giuridico e della norma fondamentale o di riconoscimento, che individuano cosa conta come diritto per la giurisprudenza, secondo Scarpelli non sono compatibili con una descrizione empirica della realtà sociale e lo stesso criterio di effettività in questo contesto diviene un criterio politico.

Se è vero che il fondamento della giurisprudenza sta sul terreno normativo e politico, è su questo terreno solamente che possiamo trovare le ragioni per giustificare le nostre scelte giuridiche fondamentali, per giustificare le scelte politiche comuni che sole permettono la intersoggettività e oggettività dei discorsi giuridici non più garantita dalla scienza. Il diritto positivo può ancora esistere come fenomeno collettivo, può ancora soddisfare il valore della certezza collettiva delle decisioni prese al suo interno non perché sia il frutto di una comune conoscenza scientifica dei fenomeni giuridici, ma perché e nella misura in cui è il prodotto di scelte politiche comuni e convergenti, della adesione continuamente rinnovata a politiche comuni incorporate in fonti del diritto ragionevolmente condivise e determinate.

Oltre ad offrire un modello giurisprudenziale, questa visione ci permette anche di spiegare la giurisprudenza come è: in questo quadro scarpelliano le costanti e notevoli correnti di disaccordo nella giurisprudenza giuspositivista ottengono una spiegazione assai più plausibile di quella datane tradizionalmente dalla giurisprudenza positiva, che si riduce a postulare insufficienze nella conoscenza scientifica del diritto. Nella terminologia di Ronald Dworkin la dottrina tradizionale è costretta a imputare la propria incapacità di raggiungere l'accordo sulla "giusta risposta" alla mancanza di giuristi superumani, di Hercules giuridici. Come al solito, Dworkin ci fornisce in modo brillante la risposta sbagliata. Sicuramente una scienza deve poter essere praticata da uomini normali; se sistematicamente non funziona dobbiamo sospettare la presenza di problemi più radicali che non la incapacità dei suoi adepti. Negli scritti di Scarpelli questo punto non è molto sviluppato, ma è chiaramente implicito: le divergenze non risolte nella descrizione del diritto possono essere spiegate per la presenza di parziali divergenze etico-politiche circa i precisi confini degli ordinamenti giuridici, cioè dal ricorso a concetti di diritto parzialmente diversi, e quindi a norme fondamentali e a teorie delle fonti surrettiziamente divergenti. Nel diritto moderno tipicamente si tratterà della presenza di diverse posizioni circa la influenza relativa che devono avere legislatore e giurisprudenza, della presenza di diverse concezioni dello stato, di diverse teorie della interpretazione. La spiegazione, dicevo, è molto migliore di quella tradizionale che presuppone che i giuristi praticino malamente la loro scienza, che ogni divergenza sia riparabile producendo una migliore conoscenza del diritto (ma

stranamente questa conoscenza non viene mai prodotta e dimostrata).

È importante notare che Scarpelli non è un giusrealista, non è scettico quanto alla interpretazione e non ritiene affatto che ogni risposta giuridica sia arbitraria. Egli rigetta il giusrealismo scettico come una soluzione troppo semplicistica, che dichiara che tutto è relativo e pretende di lasciare le cose come stanno. Ci sono in queste pagine alcune critiche brevi ma taglienti alla posizione scettica generica. Secondo Scarpelli, se la giurisprudenza giuspositivista non può essere scienza, il discorso sul diritto, in primo luogo la descrizione del diritto positivo, può ugualmente essere intersoggettiva e oggettiva, cioè rispettare il valore della certezza, purché vengano compiute alla luce del sole le opportune scelte politiche e linguistiche, se tali scelte sono comuni ed esplicite in base a regole metodologiche e di sostanza condivise e sufficientemente determinate.

Come ci ricorda Scarpelli in queste pagine, tutto questo richiede naturalmente una teoria semiotica del linguaggio normativo che lo permetta. L'articolo ripropone la teoria intermedia o moderata della interpretazione e della interpretazione giuridica sposata da Scarpelli, che esclude sia il formalismo interpretativo sia lo scetticismo: Scarpelli ricorre alla ben collaudata metafora del nucleo di certezza e dell'alone semantico. Non si tratta però solo di una mera ripetizione della critica di Hart allo scetticismo in nome della teoria intermedia della interpretazione. Ciò che troviamo in più in queste pagine è la riaffermazione di un'altra posizione fondamentale di Scarpelli, originale del giuspositivismo analitico italiano, il rinvio a un intervento attivo e illuministico sul linguaggio, fino alla produzione, se occorre, di un linguaggio giuridico artificiale. La posizione costruttiva del linguaggio giuridico, viene ricondotta a un illuminismo giuridico che ha appreso la lezione della scienza e della semiotica moderne. Il linguaggio giuridico può essere modificato in modo da renderlo più certo, fino all'estremo risultato del linguaggio artificiale. Nulla tuttavia potrebbe essere più lontano da un semplicistico scientismo. Scarpelli ci spiega che non si tratta mai di una operazione di razionalizzazione senza costi, ma di una scelta di politica giuridica attiva riguardante la distribuzione del potere giuridico, dove produrre un linguaggio legislativo più vago vuol dire molto potere a chi applica il diritto e produrre un linguaggio legislativo più preciso e vincolante vuol dire cercare di riservare più potere al legislatore. Questa chiarificazione ha dunque perso ogni illusione vetero-illuministica ed è compatibile con qualunque atteggiamento politico nei confronti del diritto giurisprudenziale, purché apertamente tale; e infatti molti anni dopo questo articolo, in uno dei suoi ultimi scritti Scarpelli si disse scoraggiato dal legislatore italiano e disposto a tentare la sorte con una giurisprudenza costituzionale più energica, dichiarandosi un *giuspositivista pentito*; ma non ebbe bisogno di rinnegare queste sue teorie, solo di cambiare una preferenza di politica del diritto.

Non deve stupire che questa posizione, per quanto magistralmente argomentata, e dopotutto semplice da capire, non sia stata popolare in questi anni, nella teoria del diritto e nella cultura giuridica. Essa infatti smaschera, in modo molto più realistico del giusrealismo, le operazioni ideologiche tanto care alla giurisprudenza dottrinale e giudiziaria, ingiustificabili non tanto perché cercano di influire sulle norme di legge o costituzionali quanto perché lo fanno in nome di una inesistente scienza e in simulata totale indifferenza ai valori, inaccettabili perché cercano di sottrarre surrettiziamente le grandi scelte di formazione del diritto al dominio dell'organo politico dotato di legittimazione democratica.