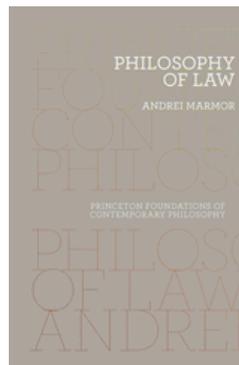




Andrei Marmor, *Philosophy of Law*



segnalazione di Mariano Croce

Ogni disciplina elabora un canone: un modo di rappresentare il suo oggetto, un linguaggio che esalta i punti di rilievo e sottace gli elementi secondari, elaborati e sostenuti da un pantheon di autori, che in diversa misura contribuiscono a determinare i confini della disciplina in questione. Ogni proposta teorica che faccia suo un canone, pertanto, va esaminata alla luce della dialettica impercettibile tra gli esiti cui essa approda e gli elementi che omette, consapevolmente o meno. Tale premessa è d'obbligo allorché si valuta l'impatto e il valore di un testo, come *Philosophy of Law* di Andrei Marmor¹, volto a circoscrivere e discutere i nodi salienti di un ambito vasto, come la filosofia del diritto, che nella

¹ Andrei Marmor è Maurice Jones Jr. Professor of Law e Direttore del Center for Law and Philosophy alla University of Southern California. Tra i suoi testi: *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, 2009; *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, 2007; *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2005.

tarda modernità (secc. XIX-XX) ha rappresentato uno dei campi più prolifici e attivi della riflessione filosofica. Questo perché Marmor fa suo, senza reticenze, il canone dell'*analytical jurisprudence* di matrice anglosassone, che da qualche decennio ha trasferito il suo quartier generale negli USA. Sarà quindi opportuno valutare gli apprezzabili esiti della sua indagine alla luce di ciò che essa lascia fuori.

Lo spettro di problemi e di autori che Marmor prende in esame segnala sin da subito l'appartenenza di questi alla suddetta scuola, i cui apporti teorici, non lo si può negare, sono assai significativi. Per quanto riguarda i problemi, l'autore ripercorre il filo del dibattito che nel secolo scorso ha visto il giuspositivismo anglofono difendersi dai serrati attacchi provenienti da diverse sponde critiche. Gli autori discussi invece sono perlopiù i protagonisti di quella filosofia giuridica che eredita e ripensa l'insegnamento di Herbert L.A. Hart. Ma proviamo ad andare nel dettaglio.

Il capitolo 1 affronta la *vexata quaestio* della 'purezza' della teoria giuridica e ricerca le ragioni dell'ostinazione con cui Hans Kelsen difendeva lo statuto di una scienza del diritto programmaticamente pensata come priva di legami con le altre scienze sociali. Il capitolo 2 esamina il punto d'avvio della scuola cui Marmor stesso appartiene, cioè la *practice theory* di Hart e il suo tentativo di ricucire lo strappo tra scienza giuridica e scienze sociali, senza però ridurre la prima alle seconde. Il capitolo 3 esamina due delle proposte più significative della scuola post-hartiana: la teoria del diritto come autorità di Joseph Raz e il convenzionalismo giuridico, di cui Marmor si fa difensore. I capitoli 4 e 5 riprendono, seppure parzialmente ripulite di un'ingenita cavillosità, le obiezioni di Ronald Dworkin alla filosofia di Hart e dei suoi numerosi epigoni. Si tratta di critiche (sorprendentemente capaci di tener piede per un ventennio e oltre) che colpiscono al cuore lo statuto della filosofia positivista passata in rassegna da Marmor nei primi tre capitoli: Dworkin infatti si fa sostenitore della duplice proposta per cui il diritto (almeno in alcune circostanze) presupporrebbe un riferimento all'etica, mentre la filosofia giuridica non sarebbe altro che un tentativo di interpretare e giustificare il diritto statale e il suo monopolio della coercizione legittima. Il capitolo 6, infine, tratta dell'indeterminatezza delle norme giuridiche a partire da una prospettiva di filosofia del linguaggio.

Snodandosi agevolmente tra tali spinose questioni, il testo offre un compendio comprensibile e agevole degli esiti di dibattiti che nel tempo hanno prodotto una notevole quantità di letteratura secondaria. Per questa ragione risulta difficile operare la sintesi di una sintesi, senza con ciò mantenersi su un livello di generalità e vaghezza, che tradirebbe lo sforzo dell'autore. Si è scelto quindi di centrare la presente ricostruzione del testo su due linee argomentative, che ad avviso di chi scrive costituiscono la trama portante della proposta di Marmor.

La prima linea disvela sin dai suoi esordi ciò che, in conformità al canone, il testo omette. L'introduzione del testo apre infatti con un'affermazione perentoria, temperata da una sospetta locuzione avverbiale: «Il diritto è, a grandi linee, un sistema di norme» (p. 1). Con ciò Marmor chiude alla discussione di un tema, come il ruolo e il peso delle regole quali parti costitutive ma non necessariamente preminenti del diritto, che è stato oggetto di profonde e proficue riflessioni in altri ambiti disciplinari, come la sociologia e l'antropologia del diritto. Ma la scelta di tagliar corto sul problema in oggetto, forse, non è indice di imperizia. Si tratta più probabilmente della necessità di riaffermare un'idea di diritto, come appunto sistema di norme, che è costitutiva di quell'ambito disciplinare che va sotto il nome di 'filosofia del diritto', o almeno di parte cospicua di esso. Marmor prende quindi avvio da una premessa tutt'altro che scontata, ossia che il diritto è un insieme di norme volte a guidare l'azione dei soggetti, a modificare il loro comportamento e a porre margini alla loro deliberazione pratica.

L'autore ripercorre la parabola di quella scuola filosofica che arriva, con notevoli sforzi, a produrre l'immagine di diritto appena schizzata. Nei primi due capitoli del testo egli raffronta e

discute l'eredità di due tra le figure più insigni della filosofia giuridica del Novecento, Kelsen e Hart, accostandoli in nome del comune tentativo di spiegare cosa sia la pratica giuridica e quale ne sia il fondamento. Marmor ha il merito di restituire a Kelsen quel ruolo di preminenza che la filosofia statunitense tende perlopiù a negargli. Egli infatti intravede nella proposta del giurista praghese un genuino e solido punto d'avvio del 'positivismo giuridico', quale paradigma che intende il diritto come *derivante da fatti*, fatti sociali, pensati e prodotti dall'essere umano.

Per quanto Marmor pieghi le intenzioni di Kelsen e il suo linguaggio alle necessità teoriche dell'*analytical jurisprudence* (con cui tuttavia il giurista praghese ebbe notevoli contatti nel suo lungo soggiorno statunitense), la sintesi è comunque efficace. Marmor mostra come Kelsen, nella sua difesa di una teoria pura del diritto, agisca da 'antiriduzionista' radicale. Egli si pone infatti lo scopo primario di difendere l'autonomia disciplinare della riflessione giuridica quale tecnica di investigazione della *validità del diritto*. 'Validità', che nell'ambito della riflessione giuridica è termine assai controverso, nel caso di Kelsen assume il significato di 'appartenenza al sistema vigente'. In tal senso, la teoria pura deve poter servire quale *schema interpretativo*, in grado di stabilire se una norma possa definirsi oppure no come appartenente a un dato sistema giuridico. Tale impostazione consente al teorico del diritto di disinteressarsi della questione – tutta sociologica – di spiegare come e perché l'ordinamento sia *di fatto* vigente ed effettivo. In altri termini, non si può pretendere che il teorico del diritto risolva il problema di come e perché i membri di una popolazione si attengano alle norme dell'ordinamento. Questa rinuncia, per converso, consente di ritagliare con precisione il ruolo del teorico del diritto, il quale è chiamato a offrire a legislatori e giudici uno schema concettuale in base a cui costoro possano sensatamente occuparsi del loro oggetto. La teoria del diritto, in ultima istanza, è finalizzata a produrre una nozione di diritto che renda intellegibile l'attività dei funzionari dello Stato.

Ma proprio nell'inseguimento pertinace della purezza, a giudizio di Marmor, Kelsen cade in una fallacia riduzionista. È noto infatti come per Kelsen le norme giuridiche siano parte di un sistema a gradi, in cui la norma inferiore trae la propria validità da una norma superiore, sino al punto in cui la vanga del filosofo non si pieghi sulla roccia di una norma fondamentale o fondante (che spesso ha la forma di «Obbedisci a quanto prescrive la Costituzione»). Dato però che quest'ultima non è autorizzata da nessuna norma superiore, la sua validità *deve essere presupposta*. In mancanza di tale presupposizione, la catena di validazione intra-normativa non può prendere avvio. È per questo, argomenta Marmor, che il giurista praghese finisce nella forche del riduzionismo: il diritto e la sua validità (quindi la sua obbligatorietà) sono «sempre relativi a un dato punto di vista» (p. 26). Se così fosse, la teoria pura finirebbe col ridurre la validità del diritto a una libera opzione circa la possibilità di intendere o meno il diritto come obbligatorio. In altri termini, solo la scelta di ritenere il diritto obbligatorio potrebbe rendere il diritto obbligatorio.

A questo punto, Marmor fa intervenire la riflessione di Hart, il quale, a suo avviso – e non a torto –, prenderebbe avvio da un deciso ripensamento della lezione kelseniana. Marmor ripercorre brevemente ma con efficacia le strategie che permettono a Hart di decostruire e rimuovere l'immagine di un diritto come serie di ordini impartiti ai cittadini dalle autorità politiche e rafforzati dalla minaccia di sanzioni. Il giurista inglese rivaluta e accentua il carattere strutturante del diritto, come tecnica di conferimento di poteri (sia pubblici sia privati). Non si tratta quindi di uno strumento di esercizio della sovranità, ma di una forma di organizzazione della vita sociale e di regolazione consapevole e reciproca delle interazioni tra soggetti privati. Per dare corpo a una simile immagine, Hart ha bisogno di negare che l'esistenza del diritto dipenda da una mera opzione, che renderebbe la validità del primo parassitaria all'adesione alla seconda. La strategia hartiana punta così a dimostrare che il diritto si

fonda su una *pratica sociale*, il cui carattere normativo e obbligante dipende proprio dal fatto che si tratta di una pratica. Non c'è nulla da ipotizzare né da presupporre, come riteneva invece Kelsen. La normatività del diritto risiede nella sua stessa esistenza. Ma vediamo in che senso.

Anche in tal caso, Marmor è chiaro ed esatto. Egli ritiene che l'apporto più significativo di Hart alla teoria del diritto consista nell'aver mostrato come quella norma di base, da Kelsen presentata quale mero fondamento ipotizzato e presupposto, debba essere intesa come *regola sociale*, che organizza concretamente le attività dei funzionari dello Stato e dei giudici in particolare. Quella norma fondamentale, da Hart detta «regola di riconoscimento», è in realtà un criterio che consente ai giudici di operare *in qualità di* giudici. Invero, costoro non potrebbero svolgere il loro ruolo se non seguissero la regola di riconoscimento e, all'inverso, un giudice cesserebbe di essere tale se la disattendesse. Il diritto trova quindi il suo fondamento di validità in una pratica, la quale ha carattere normativo non in quanto mera pratica, bensì in quanto delinea un criterio di condotta riflessivo comune.

Possiamo inserire qui la seconda linea argomentativa, che percorre per intero il testo di cui si discute. La tesi per cui lo stesso Marmor è considerato uno degli autori di punta dell'odierna *analytical jurisprudence* è che Hart in effetti ha colto nel segno, quantunque non sia del tutto riuscito a fondare teoricamente il concetto di pratica sociale. L'autore riparte quindi da quello che considera il fruttuoso approdo hartiano: «In qualsiasi società che abbia un sistema giuridico funzionante, vi sono determinate regole sociali, seguite dalla popolazione rilevante [ossia coloro che più hanno peso nella pratica del diritto: i funzionari dello Stato], che determinano chi debba contare come autorità e come questa debba essere strutturata» (p. 73). L'idea sostenuta da Marmor è che tali regole sociali sono «convenzioni costitutive». La regola di riconoscimento ha il ruolo di *costituire* le istituzioni attraverso cui il diritto opera: essa stabilisce cosa valga come diritto in un dato contesto.

In questa ottica, Marmor aderisce a quella che viene definita «svolta convenzionalista» – che emenda la proposta di Hart attraverso la sofisticata nozione di convenzione elaborata dal filosofo statunitense David Lewis –, ma ne rielabora profondamente lo spirito. Pur trattandosi di una convenzione, la regola di riconoscimento è tesa non tanto a risolvere problemi di coordinazione, quanto a fondare la pratica del diritto indicando ciò che vale come istanza valida della pratica. Il diritto dunque sarebbe proprio come un gioco, in cui una regola costitutiva stabilisce cosa sia un'istanza valida di quel gioco e chi debba considerarsi come giocatore. In tal senso, Marmor torna su una posizione di tipo kelseniano: le regole del gioco valgono solo per chi vuole entrare nel gioco. Se poi la partecipazione al grande gioco del diritto sia o meno favorita da ragioni morali o politiche, ad avviso dell'autore, non è questione che possa trovare risposta nella teoria del diritto.

Raggiunto tale esito, Marmor dedica il resto del volume a misurare il peso delle critiche che nel tempo la scuola positivista anglo-statunitense ha ricevuto e in particolar modo quelle di Dworkin. E in effetti quest'ultimo – che, come ha sostenuto Brian Leiter, a dispetto del successo straordinario come teorico del diritto, ha contribuito in modo significativo nel solo ambito degli studi dworkiniani – fa da protagonista indiscusso della seconda metà del libro, con il dannoso effetto di condurre il testo in una messe febbrile di obiezioni e contro-obiezioni, che smorza l'interesse del lettore (quantomeno del lettore che qui scrive). Non che si discuta di problemi futili: la relazione tra diritto e morale, il peso dell'attività dei giudici nella creazione del diritto, la natura descrittiva o normativa della filosofia giuridica. Marmor si sforza persino (e lo dichiara) di evitare la tortuosità di polemiche perlopiù autopoietiche. Tuttavia, in alcuni passaggi, la ricostruzione pedissequa della argomentazione non aiuta.

In conclusione, però, vorrei tornare al principio della presente discussione: ciò che il canone omette. Il testo di Marmor, che consiglierei comunque a chi desiderasse una buona guida per avventurarsi nel territorio sconnesso della filosofia del diritto senza timore di perdersi, tace per intero il problema di fondo: di che diritto si sta parlando? Esiste *il* diritto? Si può parlare di sistema giuridico dinanzi alla progressiva liquefazione di tutto ciò che un tempo era sistema? Questi temi, in un testo che si fregia del titolo di un intero ambito disciplinare, avrebbero dovuto esser quantomeno presentati come problemi da discutere, pur affidando ad altri tali onere. Ma, come si scriveva, il canone positivista odierno ha bisogno di tener ferma la connessione – tardo-moderna e per larga parte ideologica – tra Stato e sistema giuridico, presupponendola come ovvia e rendendola impermeabile a critiche. Questa omissione non rende certo tale canone privo di interesse, ma rischia di accelerarne il declino.

Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2011, pp. 172, \$ 22,95

[Sito dell'editore](#)