



Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer

Legal formalism: a comparison between Jori and Schauer

ANNA PINTORE*

Università degli Studi di Cagliari

Abstract: In questo saggio vengono esaminate e messe a confronto le idee di Mario Jori e di Frederick Schauer in tema di formalismo giuridico. Pur essendo state elaborate l'una indipendentemente dall'altra, presentano notevoli somiglianze, perché entrambe usano la nozione di norma o regola come punto focale per chiarire la nozione di formalismo giuridico, e perché entrambe difendono quest'ultimo dalle critiche usualmente rivolte ad esso. L'autrice ritiene che l'esame delle idee dei due autori possa contribuire a chiarire (e criticare) la controversa nozione di defeasibility delle norme giuridiche e possa altresì, in via generale, contribuire a ridimensionare, dal punto di vista teorico-giuridico, le novità del diritto degli odierni Stati costituzionali, oltre che a comprenderne meglio i meccanismi di funzionamento.

Parole chiave: formalismo giuridico, Mario Jori, Frederick Schauer, norma giuridica, ragionamento giuridico, testo giuridico, interpretazione, defettibilità, stato costituzionale di diritto

Abstract: This essay examines and juxtaposes Mario Jori's and Frederick Schauer's ideas on legal formalism. Although developed independently of each other, these ideas show remarkable similarities: both focus on the notion of norm or rule as a tool for clarifying the notion of legal formalism; both defend legal formalism from the criticisms routinely moved against it. The author maintains that Jori's and Schauer's theories may contribute to shed light on (and criticize) the controversial notion of defeasibility of legal rules; they may also contribute to scale down, from a legal-theoretical point of view, the novelties of contemporary constitutional orders; finally, it may help to better understand their working machinery.

Key words: legal formalism, Mario Jori, Frederick Schauer, legal rule, legal reasoning, legal texts, interpretation, defeasibility, constitutional legal orders

CONTENUTO: I. PREMESSA.- II. LE NORME COME GENERALIZZAZIONI BLINDATE MA NON TROPPO.- III. IL FORMALISMO PRATICO E IL DIRITTO COME MACCHINA PER LE SCELTE PRATICHE.- IV. IL TESTO, IL CONTESTO, GLI INTERPRETI.- V. FORMALISMO PRATICO E STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Cagliari (Italia).
Codice ORCID: 0001-7974-8393. Posta elettronica: pintore@unica.it

I. PREMESSA

Come ragionano i giuristi? I loro argomenti e discorsi presentano caratteristiche peculiari o sono invece assimilabili ad argomenti e discorsi adoperati in ambiti estranei al diritto? La reale o supposta autonomia dei loro ragionamenti coincide con la reale o supposta autonomia del diritto? In che cosa si differenziano, se si differenziano, i ragionamenti giuridici da quelli morali? In quale misura le modalità di ragionamento dei giuristi sono influenzate dai mutamenti politico-istituzionali, come quelli che nel '900 hanno dato luogo, nel mondo occidentale, allo stato costituzionale di diritto? E in quale misura questi sono influenzati da quelli?

Sono domande generalissime e forse anche fuorvianti, nella misura in cui lasciano intendere che vi sia un unico tipo di ragionamento giuridico, un unico tipo di giurista e anche un unico tipo di diritto, e che perciò sia possibile dare una risposta unitaria a ciascuna di esse.

È chiaro inoltre che affrontare tali questioni richiederebbe di indagare su quasi tutti i maggiori problemi della filosofia del diritto, da quello dell'interpretazione a quelli del metodo giuridico e del concetto di diritto – cosa che sarebbe temerario anche solo tentare di fare in poche pagine. In ogni caso, sono queste le domande a cui generalmente aspira a rispondere pressoché ogni filosofo del diritto.

In questa sede vorrei più modestamente rivisitare alcuni aspetti del vetusto tema del formalismo giuridico. Beninteso, questo tema è pur esso di portata vastissima e, anche in ragione dell'equivocità dell'espressione «formalismo», è talmente ramificato da investire a sua volta pressoché tutti i principali problemi giusfilosofici. Vorrei prendere qui in esame un senso specifico di formalismo giuridico: il formalismo come caratteristica appunto del ragionamento dei giuristi, caratteristica che si ricollega al ruolo centrale delle norme o regole nel ragionamento pratico-giuridico.

In tempi recenti almeno due autori hanno parlato di formalismo in questo senso, e lo hanno fatto con l'espresso obiettivo di difendere almeno in una certa misura questo aspetto del ragionamento dei giuristi, ponendosi quindi in rotta di collisione con il *mainstream* che, oggi come ieri, carica la parola «formalismo» di connotazioni negative. Gli autori a cui mi riferisco sono l'italiano Mario Jori e lo statunitense Frederick Schauer. Per entrambi, il formalismo (in un senso da essi opportunamente ridefinito) è la chiave per comprendere le modalità consuete e caratteristiche del pensiero giuridico. Sia Jori che Schauer ritengono che il ragionamento formalistico non sia appannaggio esclusivo dell'ambiente giuridico, ma sia in quest'ultimo talmente presente, radicato e pervasivo da rappresentarne l'elemento davvero caratterizzante. Come accennavo poc'anzi, entrambi gli autori, infine,

esprimono un apprezzamento, sia pure qualificato, di *questo* formalismo dei giuristi.

Come si vedrà, i lavori di Jori e di Schauer presentano molte assonanze, che indubbiamente ci sono ma non vanno sopravvalutate. Ritengo anzi che approfondire le poco visibili differenze di approccio tra i due autori aiuti a inquadrare meglio il problema che sta sullo sfondo di queste pagine: ossia se la transizione novecentesca dallo stato legislativo allo stato costituzionale di diritto abbia determinato una trasformazione radicale *anche* nelle modalità di ragionamento dei giuristi e in particolare dei giudici, che oggi non potrebbero più essere catturate dall'etichetta «formalismo», ancorché intesa nel senso di Jori e di Schauer. Questa è una idea in gran voga negli ultimi decenni. Molti studiosi oggi sostengono che l'avvento dello stato costituzionale, in ragione della sua architettura istituzionale e dei suoi contenuti di valore, abbia imposto ai giudici di mutare radicalmente i propri modi di ragionare, argomentare e decidere. Il padre spirituale di questo orientamento è naturalmente Ronald Dworkin, prima con la sua teoria dei principi, poi con la sua teoria interpretativa del diritto come integrità (cfr. Dworkin, 1977, 1986).

Come dirò, ritengo che questa sia una tesi unilaterale e ideologica. Unilaterale perché trascura certi meccanismi basilari del diritto, che permangono invariati nonostante le grandi trasformazioni giuridiche senza dubbio introdotte dallo stato costituzionale; ideologica perché ha la pretesa dichiarata di fornire una ricostruzione razionale delle pratiche giurisprudenziali effettive, mentre in realtà mira nascostamente a promuovere alcune di queste pratiche e ad assecondarne la diffusione.

La mia conclusione è che il formalismo non è affatto morto, né è in punto di morte, e che anzi le tecniche formalistiche di cui il diritto fa uso potrebbero essere utilmente adoperate per frenare le attuali derive giurisdizionaliste, che rischiano di trasformare la giurisprudenza in un vero e proprio potere selvaggio.

II. LE NORME COME GENERALIZZAZIONI BLINDATE MA NON TROPPO

Partirò da Schauer, e dunque procederò a ritroso, dato che i lavori dello studioso americano sul formalismo sono successivi alla pubblicazione, che risale al 1980, del principale scritto di Mario Jori sul formalismo giuridico. Questo modo di procedere è reso possibile dal fatto che Schauer non è a conoscenza né dei lavori di Jori, né della discussione italiana intorno al formalismo giuridico da cui l'analisi di Jori muove. Sotto questo profilo anche Schauer purtroppo si adegua alle abitudini della filosofia del diritto *English speaking*, che, per limiti linguistici ma

49

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUER

LEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

specialmente culturali, ignora pressoché per intero la filosofia del diritto «continentale», procedendo in maniera separata e tendenzialmente autoreferenziale¹.

Ad avviso di Schauer gli argomenti usati nel diritto non sono diversi da quelli che troviamo in altri settori dell'esperienza umana. Ciò che caratterizza i ragionamenti dei giuristi è semmai l'importanza decisiva in essi attribuita alle regole, che egli intende come generalizzazioni prescrittive che ricollegano conseguenze giuridiche a casi, situazioni e individui descritti in maniera altamente selettiva; noi diremmo generale e astratta². Vale a dire che i giuristi normalmente decidono e giustificano le proprie decisioni appellandosi a standard normativi generali e perciò inevitabilmente selettivi, e lo fanno anche qualora prendere in considerazione tutte le peculiarità del caso concreto condurrebbe a decisioni più plausibili, più giuste, più soddisfacenti, insomma migliori.

Dunque, secondo l'autore statunitense, per capire che cosa significhi «*thinking like a lawyer*» è centrale la contrapposizione tra due strategie decisionali (cfr. Schauer, 1988, 1991a, pp. 51ss., 77ss., 2009, spec. cap. 1): una strategia particolaristica, che mira ad adottare la decisione tutto considerato migliore nelle circostanze di cui trattasi e una strategia generalizzante, in cui la decisione è sempre assunta in base a una regola, anche nei casi in cui il decisore si trovi di fronte a esperienze «recalcitranti», tali cioè da ricadere sotto il tenore letterale della regola ma da frustrare la sua giustificazione, oppure tali da soddisfare pienamente la giustificazione della regola ma da esorbitare dal suo tenore letterale. L'esempio è quello della regola che, al fine di tutelare la tranquillità dei clienti, vieta l'ingresso dei cani nei ristoranti, escludendo perciò anche il docile cane-guida per ciechi e per converso consentendo l'ingresso di bambini e consimili esseri molesti.

Qui però bisogna intendersi: così come descritta da Schauer, la strategia decisionale particolarista infatti non sempre fa completamente a meno di generalizzazioni normative, e anzi può essere *sensibile* sia alle regole sia alle buone ragioni che suggeriscono di fare ricorso a regole, ossia la prevedibilità, la certezza, la affidabilità che esse favoriscono (Schauer, 1991a, pp. 97ss.). Ciò che la differenzia rispetto alla strategia generalizzante, che a questo punto possiamo cominciare a chiamare formalistica, è la propensione di chi la adotta a modificare o accantonare la regola ogniqualvolta si presenti un caso recalcitrante, in altre parole a trattare le regole come indefinitamente malleabili o,

1 Non senza una certa dose di Schadenfreude rilevo che questa autoreferenzialità non reca gran giovamento alla qualità del dibattito filosofico-giuridico angloamericano odierno.

2 Schauer parla di regole (rules), mentre Jori parla di norme. Nel testo mi adeguerò ai loro usi e tratterò «norma» e «regola» come espressioni sinonime.

com'è di moda dire oggi, *defeasible*³. Tale strategia resta comunque particolaristica perché le generalizzazioni su cui essa si basa non sono trattate come regole vere e proprie bensì come massime d'esperienza (*rules of thumb*) prive di forza normativa, perché sempre accantonabili ove ciò sia reso necessario al fine di soddisfare in maniera più acconcia la giustificazione ad esse sottostante (ad esempio preservare la tranquillità dei clienti, nell'esempio del divieto d'ingresso dei cani nei ristoranti).

Decidere in base a una regola significa quindi *escludere* dal ragionamento considerazioni estranee al suo tenore testuale; decidere in maniera particolaristica significa *includere* nel ragionamento considerazioni, non desumibili dal tenore testuale della regola, ricavate dallo scopo sottostante alla regola medesima, oppure eventualmente da argomenti esterni alla regola e alla sua giustificazione, ad esempio argomenti che attingono a criteri di ragionevolezza, opportunità, giustizia⁴.

Tutto il discorso di Schauer è pertanto costruito intorno alla opposizione tra il tenore letterale di una regola e la sua giustificazione o, per dirla in termini più familiari ai giuristi continentali, tra la lettera e lo spirito della legge (su questa opposizione ritornerò *infra*, sezione IV)⁵. Per lui la strategia particolaristica, che mira alla decisione tutto considerato migliore, è quella che applica direttamente la giustificazione della regola senza passare attraverso il filtro delle sue parole. La strategia formalistica è viceversa quella che tratta la regola come «blindata» o «trincerata» (*entrenched*) ossia come opaca rispetto alla giustificazione ad essa sottostante. Il formalismo, nel senso in cui ne parla Schauer, consiste dunque nel trattare «the form of a legal rule as more important than its deeper purpose, or more important than reaching the best all-things-considered judgment in the particular context of a particular case» (Schauer, 2009, p. 30). È il diritto medesimo, egli dice, che conferisce al significato della formulazione normativa priorità rispetto al conseguimento dello scopo della norma e del migliore risultato. E il formalismo, inteso in questo senso, è una componente della nozione di stretta legalità (*legalism*) (p. 31), che dunque consiste almeno in parte nel privilegiare il significato letterale della regola come criterio decisionale su una «less constrained determination of purpose, reasonableness, or common sense» (p. 32; corsivo mio). Il formalismo in questo senso esprime una certa distribuzione di poteri decisionali;

3 In teoria del diritto è controverso sia che cosa si debba intendere per *defeasibility*, sia a quali entità sia appropriato riferirla. Essa viene per lo più identificata con la soggezione delle regole ad eccezioni implicite che non possono essere elencate in modo esaustivo prima della loro applicazione. Sulla discussione più recente sul tema, anche per l'ampia bibliografia citata, si vedano almeno Ferrer Beltrán & Ratti (2012b); Duarte D'Almeida (2015).

4 Nei suoi lavori Schauer non chiarisce mai del tutto, mi pare, se questi argomenti siano da considerare esterni o interni al diritto.

5 Anche Schauer usa talvolta questa terminologia, parlando di tensione tra lettera e spirito delle leggi (2009, p. 29).

esso è essenzialmente una tecnica di allocazione – e più precisamente di limitazione – di poteri giuridici, che è a sua volta strumentale al trattamento di una serie di «larger institutional and systemic values as important» (p. 35): prevedibilità, stabilità, trattamento uguale di casi uguali, timore di concedere discrezionalità troppo ampia ai decisori; valori tutti compendiabili nella formula *rule of law* —una dettagliata disamina di questi valori si trova in Schauer (1991a, cap. 7)—. Dunque, l'autore statunitense ritiene che, nonostante sia esposto a errori, le virtù del ragionamento basato su regole siano tali da renderlo generalmente, ancorché non incondizionatamente, preferibile all'alternativa particolaristica⁶.

D'altra parte, Schauer ammette che entrambe le strategie, quella formalista e quella particolarista, possano coesistere all'interno di un medesimo diritto e che coesistano di fatto, quantomeno nel diritto statunitense di cui egli si occupa, nella forma della coabitazione tra diritto legislativo e common law, essendo quest'ultimo, almeno in alcuni momenti della sua storia, fatto di regole che vengono plasmate e riplasmate in occasione delle singole decisioni giudiziarie.

Infine, egli ritiene che si possa continuare a parlare di formalismo, di decisione sulla base di regole, anche laddove l'opacità di queste ultime rispetto alle giustificazioni sottostanti o a considerazioni ad esse esterne e quindi la loro resistenza ai casi recalcitranti valga non in modo categorico ma solo in via presuntiva: ossia valga per la generalità dei casi, salvo quelli in cui l'assurdità o l'ingiustizia o l'irragionevolezza che discenderebbero dalla decisione adottata in base alla regola applicabile al caso siano talmente eclatanti da giustificare l'accantonamento di essa in favore della giustificazione soggiacente (o di una qualche ragione ad essa esterna, qualora anche la giustificazione sia reputata inadeguata). In altre parole, per lui il formalismo è compatibile con un trattamento, sia pure qualificato, delle regole come talora *defeasible*, defettibili, ossia cedevoli di fronte a considerazioni estranee al loro tenore testuale, almeno in presenza di circostanze particolarmente pressanti. In questo modo egli prende partito nella discussione recente, tanto vivace quanto confusa, in tema di *defeasibility*, considerando quest'ultima come una modalità di trattamento delle regole niente affatto necessaria ma solo eventuale e contingente. L'autore statunitense ritiene di poter così salvaguardare l'autonomia del ragionamento giuridico e la sua dipendenza dalle regole, contemperando il loro carattere vincolante con una limitata apertura a considerazioni extranormative e, parrebbe, extragiuridiche. Con questa mossa egli ritiene di poter rintuzzare le

⁶ Tale idea è stata da lui sviluppata sistematicamente nel volume *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Schauer, 2003). Gli errori di cui si parla nel testo sono quelli che dipendono dalla mai perfetta sovrapposizione tra la regola e la sua giustificazione; da essa derivano i fenomeni che Schauer chiama di sovra- e sotto-inclusività (cfr. Schauer, 1991a, pp. 31ss.).

obiezioni di Dworkin al «modello delle regole» e al giuspositivismo hartiano accogliendole almeno in parte (cfr. Dworkin, 1977, spec. pp. 14ss.).

Schauer chiama *giuspositivismo presuntivo* questo approccio alle regole. In questo caso il giuspositivismo andrebbe inteso non come una tesi concettuale o teorica circa la natura del diritto, o come un tipo di approccio al diritto, bensì come una tesi empirico-esplicativa sulle modalità decisionali consuete dei giuristi (Schauer, 1991a, pp. 196ss.). Il giuspositivismo presuntivo offrirebbe un resoconto attendibile della pratica diffusa nel sistema giuridico statunitense, in cui l'approccio formalista si combina con un particolarismo sensibile alle regole, non solo nell'ambito del common law ma anche dello stesso diritto legislativo. Anche di un sistema siffatto si potrebbe dire che è caratterizzato da un *limited domain*, una relativa separazione da altri ambiti sociali, nonostante le aperture in esso occasionalmente ammesse a considerazioni esterne (Schauer, 2004; Alexander & Schauer, 2007).

Numerose e complesse sono le questioni che le idee di Schauer sollevano. Dovendo procedere selettivamente, menzionerò solo quelle più rilevanti ai miei fini, rimandando la loro discussione alla sezione IV.

Innanzitutto, ci si può domandare quali siano di preciso i fattori che determinano o favoriscono la «blindatura» o opacizzazione delle regole, insomma la loro esclusività nel guidare le decisioni. Il punto è importante, ma secondo me non viene trattato in maniera del tutto cristallina dall'autore statunitense. Mi sembra infatti che egli oscilli fra tre criteri: la presenza di un testo canonico nel quale la regola è formulata (Schauer, 1991a, p. 68); il significato letterale della regola (*plain or literal meaning*) (p. 69); un insieme di significati di fondo condivisi, vale a dire una comprensione condivisa da parte di coloro che, avendo interiorizzato la regola, la accettano (pp. 70-71; su queste oscillazioni di Schauer, cfr. Barberis, 2002).

In secondo luogo, ci si deve chiedere se sia accettabile adoperare l'opposizione tra lettera e spirito della legge come chiave per fissare la distinzione tra ragionamento formalistico e ragionamento particolaristico (Schauer, 2009, pp. 24ss.). Davvero sconfinare nel campo delle ragioni giustificative soggiacenti a una regola equivale ad abbandonare il formalismo e a sposare uno stile di ragionamento particolaristico? E di conseguenza equivale a trasferire interamente il potere decisionale da chi ha posto la regola a chi è chiamato ad applicarla? Certo se così fosse dovremmo concludere che, contrariamente a quanto l'autore opina, il formalismo nel senso da lui inteso è davvero poco diffuso tra i giuristi, dato che costoro sono soliti prendere in considerazione, accanto e oltre la lettera, una molteplicità

53

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUER

LEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

di altri fattori, come appunto lo scopo della norma, la sua non assurdità, la sua coerenza e congruenza con altre norme ecc., insomma tutti i vari fattori catturati dai tradizionali canoni interpretativi (Luzzati, 1990, p. 275).

In terzo luogo, andrebbe chiarito chi o che cosa controlli la forza della presunzione in favore del ragionamento vincolato da regole e, inoltre, in quale misura questa presunzione sia effettivamente controllabile. Talora Schauer lascia intendere che il potere di evadere dai vincoli normativi sarebbe conferito agli organi decisionali da apposite metaregole —così lo interpretano Ferrer Beltrán & Ratti, 2012a, p. 25—, altre volte fa più genericamente riferimento al sistema —cfr. Schauer (2012, p. 87), in cui sottolinea che la *defeasibility* dipende da «how some decision-making system will choose to treat its rules»—, all’ambiente giuridico⁷, oppure alla pratica giuridica (Schauer, 1991a, p. 210). Oggi molti teorici del diritto tendono a rappresentare le regole come indefinitamente *defeasible*: qualora la loro applicazione conducesse a un risultato assurdo, irragionevole o ingiusto, in sede di decisione le considerazioni da esse dettate potrebbero essere legittimamente emendate oppure accantonate in favore della decisione più ragionevole, equa, adeguata (vedi, tra gli altri, Tur, 2001; MacCormick, 2005; Atienza & Ruiz Manero, 2012). Costoro prospettano criteri alternativi a quello formalistico di Schauer per razionalizzare tali operazioni, e li chiamano ad esempio ponderazione e ragionevolezza. Se avessero ragione, ciò significherebbe che il formalismo come inteso dall’autore americano non ha più corso perlomeno nell’ambito dei diritti odierni.

Per affrontare (in maniera necessariamente sommaria) questi problemi è necessario passare attraverso le idee di Mario Jori, dalle quali è possibile ricavare elementi che aiuteranno ad abbozzare qualche risposta.

III. IL FORMALISMO PRATICO E IL DIRITTO COME MACCHINA PER LE SCELTE PRATICHE

Se paragonato a quello di Schauer, il discorso di Jori sul formalismo appare più scarno, ma anche di più vasta portata esplicativa, come vedremo. Jori trae ispirazione dalla nozione di norma come ragione esclusiva di secondo grado elaborata da Raz (Jori, 1980, pp. 4ss., 86ss., 1992)⁸. Partendo da quest’ultima, contrappone una tecnica di scelta

7 «Still, an intolerance for absurdity has produced a legal environment in which judges are commonly *empowered* to set aside the result indicated by the most locally applicable rule-formulation when that result would be absurd» (Schauer, 1991a, p. 214). Ma, viene da domandarsi, *empowered* da chi?

8 Anche Schauer segue in una certa misura Raz, (cfr. Schauer, 1991a, pp. 88ss.) ma ne critica la raffigurazione delle regole come ragioni categoricamente escludenti e mai cedevoli neppure di fronte a fattori particolarmente pressanti.

pratica in base a norme o all'ingrosso a una tecnica di scelta volta per volta o al dettaglio. Quest'ultima si basa sul computo delle ragioni pro e contra una data scelta in ogni singola circostanza vagliata nelle sue peculiarità idiosincratiche⁹. Di contro, le norme, in quanto ragioni esclusive di secondo grado, sono strumenti di scelta «all'ingrosso» perché forniscono criteri decisionali (ragioni) standardizzati valevoli per tutti i casi che presentano le caratteristiche da esse indicate: quindi sono strumenti selettivi ossia generali, perciò valevoli per ogni caso che presenti le medesime caratteristiche trattate dalla norma come rilevanti. È per tale ragione che questa tecnica viene da Jori chiamata *formalismo pratico*: formalismo, per il suo carattere selettivo rispetto alla reale complessità dei «casi della vita», e pratico, per il fatto di essere al servizio di scelte su come agire e su come giustificare le decisioni proprie o altrui. Per Jori il formalismo inteso in questo senso è il punto di partenza e la chiave per chiarire e vagliare le indistinte critiche di formalismo solitamente rivolte al diritto e ai giuristi specialmente dal senso comune.

Si può notare che fino a questo punto siamo grosso modo nell'ordine di idee di Schauer, salvo che per un aspetto. Diverso è infatti il modo di prospettare la scelta che quest'ultimo chiama particolarista e Jori scelta volta per volta o «al dettaglio». Per Schauer, come si è visto, il particolarismo può esplicarsi anche in presenza di una regola, qualora il decisore la tratti come un semplice filtro attraverso il quale risalire alla sua giustificazione sottostante, e adoperi come ragione quest'ultima, decidendo in maniera diversa da come avrebbe deciso se si fosse lasciato guidare dal solo tenore letterale della regola. Per Jori invece il ragionamento al dettaglio è quello che avviene in assenza di criteri generali preconfezionati (salvo quel che si dirà subito in tema di indeterminazione). Semmai per lui è vero che una regola che includesse ad esempio la clausola *ceteris paribus* sarebbe da considerare solo come una buona ragione, non come una ragione conclusiva ed esclusiva: perché è la regola stessa che si autoqualificherebbe in tal modo (Jori, 1980, p. 77; è probabile che anche Schauer giungerebbe alla medesima conclusione).

D'altro canto Schauer converge con Jori nel trattare come in definitiva particolaristica la scelta compiuta sulla base di norme del tutto indeterminate: l'indeterminatezza del significato dello standard normativo equivale in sostanza a libertà di scelta delle ragioni in base a cui decidere. Per Jori l'indeterminatezza delle norme riduce, fino al limite ad annullarla, la distinzione tra tecnica formalistica e particolaristica (1980, p. 9). Infine, i due autori vanno di conserva

⁹ Jori fa notare che in questi casi si sarà normalmente vincolati «da qualche più o meno coerente complesso di principi pratici che attribuiscono alle ragioni pratiche considerate tali da un agente, appunto, il loro *status* di ragioni d'azione» (1980, p. 45).

nel criticare chi nega o occulta questa libertà di scelta, nel criticare cioè la pretesa di poter sempre ricavare dal testo delle regole, dalle parole in esso adoperate, argomenti univoci e risolutivi per ogni caso. Si usa parlare di formalismo anche a questo proposito, ma in un senso radicalmente diverso, come *formalismo interpretativo* (Jori, 1980, pp. 25, 49)¹⁰. Per Jori sussiste un antagonismo tra il formalismo interpretativo, che è un'ideologia, e il formalismo pratico, che è una tecnica. Infatti, accreditando falsamente l'immagine di un interprete sempre asservito alle parole della legge, il formalismo interpretativo finisce per assecondarne la massima libertà, dato che favorisce l'evasione nascosta dai vincoli a suo carico rappresentati dalle tecniche di formalismo pratico.

Venendo ora a queste ultime, va detto che anche per Jori l'uso delle norme come strumenti di scelta pratica è tutt'altro che peculiare del diritto, essendo semmai una modalità di ragionamento, scelta e decisione comunissima in tutti gli ambiti della pratica. Nell'ambiente giuridico però il formalismo pratico si complica alquanto, si ramifica e si generalizza. Infatti, nel diritto non solo si sceglie in base a norme, ma le norme stesse sono scelte a loro volta in base a criteri standardizzati, ossia in base ad altre norme (metanorme): in poche parole, attraverso quelle che si usa chiamare fonti del diritto. Tali criteri sono essenzialmente di due tipi: contenutistici e (ulteriormente) formali. Da un lato, infatti, le norme possono essere selezionate in base al loro contenuto, ossia in quanto esso sia deducibile dal contenuto di una metanorma: è il caso del contenuto della sentenza che deve essere dedotto da quello della legge. Dall'altro lato, le norme possono essere selezionate in base a fattori estranei al loro contenuto, tipicamente in base al collegamento che viene istituito dal diritto medesimo tra esse e certe attività o accadimenti (procedure) e/o certi individui (competenze). È il caso per esempio delle norme di legge, che vengono scelte in base a criteri di procedura e di competenza fissati dai regolamenti parlamentari e dalla costituzione. In poche parole, e come si usa dire, le norme in questo caso vengono create o poste o prodotte in base a certe procedure da organi competenti che, in quanto tali, funzionano da

¹⁰ Questa espressione non è usata da Schauer, che parla anche in tal caso di formalismo tout court. Schauer così riassume le sue tesi: «There exist two distinct forms of legal thought often designated as "formalistic". In the first, a decisionmaker reaches the result indicated by some legal rule, independent of that decisionmaker's own best judgment and independent of the result that might be reached by direct application of the justifications lying behind the rule. The second refers to a style of decisionmaking in which the decisionmaker denies having made a choice when in fact the decisionmaker did so. Formalism in this sense, treating as inexorable a decision that was in fact open, is ordinarily more deserving of opprobrium» (1991b, p. 664). V. al riguardo la sua critica a *Lochner v. New York* (198 U.S. 45, 1905), la celeberrima decisione della Corte Suprema in cui si pretese di ricavare dal significato ordinario dell'espressione «*liberty*» di cui al XIV emendamento della Costituzione statunitense l'incostituzionalità delle limitazioni per legge dell'orario di lavoro (Schauer, 2009, p. 30).

autorità giuridiche. È il pedigree di dworkiniana memoria (Dworkin, 1977, pp. 17ss.).

Il ricorso a questi ultimi metodi formalistici si giustifica in via generale perché, tramite l'allocazione di poteri giuridici, consente di mettere la parola fine sulle dispute: sia a quelle intorno alla migliore scelta delle norme generali da adottare, sia a quelle intorno alla migliore applicazione di tali norme generali ai casi concreti (Jori, 1995, pp. 125-126). Si tratta dunque di un'esigenza di certezza in senso lato.

Questo appare specialmente chiaro se si tiene conto del fatto che il formalismo deduttivo-contenutistico e quello delle competenze/procedure nel diritto si ritrovano di solito intrecciati in vario modo. Intanto, il diritto può stabilire che la deduzione di una norma dal contenuto della metanorma abbia valore giuridico solo se compiuta da certi individui dotati di competenza normativa, di solito con l'ausilio di certe procedure, e questo segna una limitazione della «libera ragion pratica» che opera tramite deduzioni di contenuto, cioè tramite un'operazione logica che chiunque è in grado di compiere, perché in questi casi avrà valore giuridico solo la norma dedotta dalle autorità competenti in base alle procedure previste, e avrà un tale valore anche qualora l'operazione di deduzione compiuta sia per qualche ragione difettosa (salvo impugnazioni, revisioni, dichiarazioni d'incostituzionalità ecc.: tutte a loro volta esplicazioni delle tecniche formalistiche). Qui l'esigenza di certezza, che porta a porre antagoniste esigenze di giustizia sostanziale, equità e simili, balza in primo piano.

D'altro canto, però, le procedure e competenze possono essere usate anche per conferire a una qualche autorità giuridica poteri totalmente o parzialmente discrezionali. Questo si verifica allorché il titolare del potere decisionale non viene vincolato a produrre norme/decisioni dotate di contenuti normativi predeterminati oppure viene sì vincolato, ma in modo oltremodo indeterminato («si operi nell'interesse generale» o simili). Ciò che può giustificare, anche se non sempre di fatto giustifica, questa concessione di discrezionalità è l'idea che il risultato che si vuole perseguire sia troppo indeterminato o variabile perché sia possibile/opportuno prescriverlo direttamente e nei dettagli, e che sia preferibile orientarne indirettamente il perseguimento usando le misure per così dire laterali delle competenze e delle procedure.

Dunque le regole, per Jori come per Schauer, sono strumenti di allocazione di poteri decisionali. Jori peraltro sottolinea che questa allocazione può essere modulata, operando sia nel senso di restringere sia nel senso di ampliare tali poteri, che sono in ogni caso ascritti ad

57

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUERLEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

autorità giuridiche tutte istituite e funzionanti secondo le tecniche del formalismo pratico.

Il diritto, dice Jori, è maggiormente colpito dalla critica di formalismo non perché sia l'ambito in cui queste tecniche vengono adoperate in via esclusiva: esse infatti sono in uso anche altrove, specie in alcune religioni istituzionalizzate e in certe organizzazioni politiche burocratiche. Nondimeno, il diritto è «il campo in cui questa tecnica ha avuto il suo massimo, sistematico e visibile sviluppo» (Jori, 1995, p. 125). Il fatto che la critica di formalismo assuma come bersaglio elettivo il diritto si spiega considerando che tali tecniche, in ambito giuridico, si presentano in maniera più accentuata, trasparente e pubblica; per esempio il ruolo decisionale delle autorità non viene occultato dietro una loro presunta infallibilità, come accade nella chiesa cattolica.

L'ordinamento giuridico può essere dunque concepito come un insieme di norme e metanorme connesse fra loro tramite l'uso delle varie tecniche formalistiche sopra indicate. Se visto in questo modo, esso per Jori si presenta dunque come un meccanismo di giustificazione di scelte d'azione, una enorme e complicatissima macchina mentale che guida al compimento di scelte all'ingrosso, naturalmente chi accetti di farsi guidare da esso¹¹. Questa è la prospettiva da cui lo trattano i giuristi che, appunto, in prevalenza ragionano e decidono formalisticamente e giustificano le proprie scelte richiamandosi a norme e metanorme; nella veste di produttori di «scienza giuridica», poi, i giuristi elaborano descrizioni di questo meccanismo decisionale in cui ne illustrano, ripercorrendoli, gli aspetti selettivi e le concatenazioni normative. Questo non significa però che la attività della dottrina e della pratica del diritto per Jori abbia un ruolo solo notarile, come vedremo fra poco.

Osserva Jori, in conclusione, che «in ispecie il diritto contemporaneo e moderno è determinato non solo da ciò che contiene, ma anche da ciò che esclude, dal fatto di essere un sistema chiuso di giustificazioni (normative); dal fatto che qualunque argomento a favore di una qualunque scelta d'azione non viene assunto nel diritto senz'altro in base ai suoi meriti (comunque essi siano misurati) ma solo se risponde ai criteri di accesso nell'ordinamento giuridico» (1992, p. 125). È la tesi che, come si è detto, Schauer chiama del *limited domain*; in base ad essa, non tutte le fonti, le norme, gli argomenti socialmente spendibili lo sono anche nel diritto, ma solo quelli che il diritto stesso

¹¹ Due precisazioni. In primo luogo, la teoria di Jori non comporta che ogni diritto sia *un* (e un solo) ordinamento in cui tutte le norme e le metanorme siano riconducibili a un unico criterio giustificativo ultimo. In secondo luogo, il fatto che egli parli di meccanismo *mentale* può suggerire che vi sia da parte sua un approccio psicologicistico al ragionamento giuridico. Ma questo sarebbe sbagliato, e anzi questo è un punto che segna un forte distacco rispetto a Schauer. Le ragioni per Jori non coincidono coi motivi psicologici bensì sono delle astrazioni semantiche che prescindono da qualsivoglia influenza effettiva sulla psiche delle persone (cfr. Jori, 1980, pp. 86ss.; cfr. invece Schauer, 1991a, pp. 51ss., 112 ss.).

ammette come tali. Il diritto, insomma, funziona come meccanismo di ragionamento scelta e decisione basato sulla selezione delle ragioni ammesse e sull'esclusione di tutte le altre.

Tuttavia, come abbiamo visto, nel caso di Schauer l'idea del giuspositivismo presuntivo serve ad attenuare l'isolamento sistemico del diritto, dato che in certi casi sia pure eccezionali sarà possibile sconfinare dal *limited domain*, ossia accantonare gli argomenti che il diritto considera rilevanti in favore di altri ad esso esterni¹². In questo la teoria di Schauer parrebbe più attrezzata di quella di Jori a dar conto della realtà dei diritti contemporanei, perlomeno se ci si basa sul modo in cui quest'ultima è raffigurata da molti teorici del diritto odierni, da Dworkin in avanti. Infatti la teoria di Jori sembra invocare un'esclusività delle norme-ragioni (ricordiamoci il suo richiamo a Raz) e una chiusura del diritto che paiono ormai caratteristiche obsolete, non più adeguate a render conto della realtà dei diritti costituzionalizzati.

Nondimeno, anche il ramoscello d'ulivo che Schauer porge a Dworkin sotto forma di giuspositivismo presuntivo potrebbe essere considerato una concessione ancora troppo timida alla luce degli sviluppi del diritto contemporaneo, del ruolo sempre più centrale giocato in essi dalle costituzioni e da principi, espliciti e impliciti, che grondano di valori morali: tutti elementi che sembrano rintuzzare ogni pretesa di esclusività delle ragioni giuridiche e di *limited domain*, e paiono aprire il giurista a orizzonti argomentativi più vasti e al contempo più duttili. Più precisamente, gli ordinamenti occidentali, tramite i principi, i diritti e la menzione di grandi valori come la libertà, l'uguaglianza e la dignità umana, avrebbero immerso, in maniera che viene prospettata come irreversibile, il diritto nella morale (o addirittura nella Morale), intesa come serbatoio sia di contenuti precettivi, sia di metodi di ragionamento (in primis ragionevolezza, ponderazione, proporzionalità). Di contro, l'immagine offerta da Schauer è quella di un giurista ancora fortemente tenuto in riga dalle norme, che ne controllano la libertà decisionale anche quando la concedono ossia anche quando lo autorizzano a trascendere le norme medesime per attingere a criteri esterni ad esse e forse esterni allo stesso diritto¹³.

Pertanto ambedue le teorie del formalismo giuridico potrebbero essere catalogate come espressioni di un pensiero giuridico

12 Ma non necessariamente morali: il non-giuridico infatti non coincide con la morale. Schauer si mostra apprezzabilmente refrattario all'ossessione nefasta della odierna teoria giuridica angloamericana per i rapporti tra diritto e morale (1991a, p. 198). Per quel che concerne Jori, lo stesso vale a maggior ragione (vedi Jori, 2010, p. 91).

13 Si è detto sopra (cfr. p. 50) che però questa è solo un'interpretazione possibile delle tesi di Schauer il quale, alla resa dei conti, sembra affidare la questione del *limited domain* e dei confini del diritto agli atteggiamenti psicologici e alle pratiche prevalenti (cfr. il suo *Law's Boundaries*, in corso di pubblicazione), dimenticando che non è possibile neppure incominciare a identificare questi fattori senza tenere conto delle regole metodologiche che reggono le pratiche giuridiche.

(veteropositivismo?) ormai superato dalla storia e dalla cultura giuridica, le quali avrebbero decretato l'operatività anche nel diritto di una ragion pratica libera da condizionamenti formalistici, che tratta le regole come mere ragioni, eventualmente ragioni buone o perfino pesanti ma non invincibili e sempre soppesabili e accantonabili al fine di ottenere la risposta corretta alle questioni giuridiche.

IV. IL TESTO, IL CONTESTO, GLI INTERPRETI

Prima di passare ai temi indicati poc'anzi è necessario partire da una considerazione generale sulle teorie di Jori e di Schauer. Tra di esse c'è una evidente somiglianza di famiglia non solo per come raffigurano le scelte basate su norme e la loro centralità nel diritto, ma anche perché, sul piano del metodo, sono entrambe animate dall'intento precipuo di descrivere l'effettivo modo di operare dei giuristi¹⁴. Nondimeno, esiste una discrepanza fondamentale tra le due prospettive che è bene segnalare subito, anche se le sue implicazioni saranno evidenziate più oltre. Quella di Jori si presenta infatti come una teoria generale del diritto – e più precisamente una teoria generale dell'ordinamento/ragionamento giuridico – che mira a dar conto, se non di ogni diritto passato presente e futuro, almeno del diritto occidentale storicamente noto, anche se spesso fa speciale riferimento ai diritti moderni e contemporanei, diciamo dal diritto napoleonico in avanti (Jori, 1980, pp. 35ss.). Quella di Schauer si presenta invece come una teoria generale delle norme – del ragionamento basato su norme – che, in quanto tale, tiene abbastanza in sordina la dimensione ordinamentale e nomodinamica (per usare il lessico kelseniano) del diritto e che in ogni caso mira dichiaratamente a dar conto solo di un certo tipo di ambiente giuridico, come quello nordamericano contemporaneo, ispirato nella sua struttura organizzativa ai principi del *rule of law*.

Sotto questa differenza di impostazione generale si annida però secondo me anche una divergenza significativa nel modo stesso di intendere il formalismo giuridico come tecnica di ragionamento basato su norme. Tale divergenza riguarda il modo di intendere le caratteristiche del vincolo al ragionamento pratico che opera con le regole, ossia i fattori da cui dipende la sua sussistenza e la sua operatività.

Dire che i giuristi, quando decidono e giustificano le loro decisioni, sono vincolati dalle norme giuridiche è un'ovvietà lapalissiana —è anche un concentrato di problemi filosofici, beninteso—. Ma da che cosa ricaviamo che lo siano in via esclusiva, vale a dire che non siano

¹⁴ Scavando un po' più a fondo credo si troverebbero, però, divergenze notevoli sul modo stesso di concepire la metagiurisprudenza descrittiva da parte dei due autori. Non posso approfondire qui questo punto.

liberi di accantonare a loro piacimento le norme rilevanti per giungere alla soluzione migliore sulla base di argomenti liberamente prescelti? Insomma, da che cosa ricaviamo che le norme giuridiche siano ragioni *esclusive*, come ritiene Jori e come ritiene anche Schauer, sia pure lasciandosi aperta la via di fuga del giuspositivismo presuntivo?

Abbiamo visto che Schauer, oltre al significato letterale e alle comprensioni condivise, menziona come fonte di esclusività del vincolo normativo la presenza di un testo canonico nel quale le regole possono essere espresse. A me pare che con questa indicazione egli segnali un elemento importante, in realtà un aspetto del diritto talmente radicato e pervasivo da risultare ormai pressoché invisibile. Ma occorre approfondire il punto con l'ausilio della teoria del formalismo pratico di Jori.

Intanto si tratta di chiarire la nozione di testo canonico o ufficiale. L'autore statunitense usa questa nozione per riferirsi in generale a qualunque testo normativo dotato di formulazione fissa, come per esempio il solito cartello «vietato l'ingresso ai cani» affisso alla porta dei ristoranti. Questo però è un senso troppo ampio, specialmente perché è inadatto a marcare la differenza tra una regola la cui formulazione sia protetta e una regola alla quale, diciamo così, capiti di essere espressa tramite una certa stringa di parole che vengono mantenute invariate per ragioni di comodità, certezza, fruibilità intersoggettiva o simili, ma che potrebbe essere espressa con parole diverse senza che ne discenda alcuna conseguenza significativa, beninteso a patto che le due formulazioni siano sinonime¹⁵. La nozione di testo canonico acquista infatti una sua specificità e un suo interesse solo laddove sia riferita a un testo la cui formulazione è appunto protetta o blindata, ossia è tale da non poter essere modificata neppure per renderla più fruibile, chiara ecc., tranne che nell'esercizio di un potere normativo predisposto a tal fine¹⁶. Questo è il senso in cui parla di testo canonico Jori: come prodotto, appunto, dell'uso delle tecniche formalistiche delle competenze e delle procedure, e prodotto non manipolabile tranne che col ricorso alle medesime tecniche formalistiche, naturalmente ove ciò sia previsto dal diritto (Jori, 1980, pp. 25ss.). Nel quadro tracciato da Jori, il testo canonico è dunque legato a doppia mandata alle tecniche del formalismo pratico.

61

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUER

LEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

15 Pensiamo al cartello che talvolta si trova affisso all'ingresso dei ristoranti con la scritta «noi non possiamo entrare» accompagnata dal disegno di un cane. Nel diritto si potrebbe pensare alle raccolte degli usi e delle consuetudini commerciali curate in Italia dalle Camere di Commercio.

16 «[...] quel che contraddistingue la disposizione vera e propria [...] è che, qui, la formulazione precede e condiziona la norma, ponendosi come dichiarazione vincolante ed insostituibile (ed in questo senso costitutiva) della norma, anche se di rado sia di per sé sufficiente a determinarne per intero ed univocamente il significato storicamente attuale» (Crisafulli, 1964, pp. 195ss.).

Ci sono vari fattori che possono spiegare perché i contenuti normativi vengano incapsulati in testi dotati di tali caratteristiche: il testo canonico è un modo abbastanza affidabile per segnalare la provenienza della norma da una certa autorità giuridica; esso inoltre garantisce la fruibilità dei suoi contenuti normativi a pari titolo da parte di utenti distanti nel tempo e nello spazio e la persistenza di tali contenuti, almeno fintantoché una qualche autorità competente decida di modificarlo o di eliminarlo; il testo (o meglio la sua pubblicazione) funge inoltre da indicatore del momento esatto dell'entrata in vigore di certi contenuti normativi.

Ma la funzione pragmatica eminente del testo canonico, la sua basilare ragion d'essere, non è di mera comodità o fruibilità bensì è proprio quella di sancire l'esclusività dei contenuti normativi che esso esprime¹⁷. Per dirla altrimenti, il testo canonico ha un senso solo se si presuppone che il diritto che lo usa prescriva di cercare in esso e solo in esso i contenuti giuridici in base ai quali compiere le scelte pratiche e giustificarle. È una banalità ma proprio per questo va ricordata. Che un testo sia blindato e protetto vuol dire in sostanza «si deve fare proprio com'è scritto qui», e del resto la formula della promulgazione delle leggi esprime essenzialmente quest'idea, benché in maniera un po' più solenne. Questa idea, da quando i testi giuridici hanno cominciato a staccarsi dai loro autori¹⁸ e ad essere protetti attraverso tecniche formalistiche è diventata un elemento fondamentale della pragmatica del diritto, oltre ad essere un prerequisito imprescindibile delle organizzazioni giuridiche che si imperniano sull'idea dello stato di diritto (Jori, 2009, pp. 218-219). Nel diritto, specie moderno e contemporaneo, questa modalità d'uso delle tecniche formalistiche è talmente radicata, generalizzata e pervasiva da non suscitare più la minima attenzione. Tutti, giuristi e profani, usano quotidianamente espressioni come «la legge dice», «le parole della legge» «il testo di legge» ecc., che possono avere senso solo in questo quadro. Anche nel diritto costituzionalizzato, che viene sovente presentato come il trionfo dei contenuti sulle forme giuridiche, la tecnica formalistica della canonizzazione dei testi trova conferma e piena applicazione: nel momento in cui la costituzione non viene più affidata a regole consuetudinarie che sanciscono i costumi e le leggi fondamentali, ma diviene Costituzione ossia testo a sua volta protetto e talora non più modificabile con mezzi giuridici.

¹⁷ Barberis parla della formulazione canonica delle regole come istitutiva di una presunzione di infettibilità (2011, pp. 145-146; cfr. anche 2002, p. 191).

¹⁸ V. le fini considerazioni di Conte (2016, spec. pp. 37 ss.), che illustra come la stabilizzazione del testo normativo, legata alla riscoperta del *Corpus Iuris* nel XII secolo, fu preparata nel V e VI secolo dal Codice di Teodosio II e dalla compilazione di Giustiniano.

63

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUERLEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

In conclusione è certamente troppo rapido e impreciso dire, come fa Schauer, che sono le loro formulazioni a rendere le regole trincerate. In primo luogo, non si dovrebbe genericamente parlare di formulazioni, ma di formulazioni linguistiche scritte qualificate, elevate a testi ufficiali. In secondo luogo, non sono le formulazioni in sé considerate a produrre questo risultato, ma il valore giuridico che viene ad esse attribuito dal diritto medesimo tramite le tecniche formalistiche.

Il diritto pretende dunque un controllo dell'esclusività delle sue norme e della rigidità dei suoi confini, e cerca di ottenere questo risultato in specie tramite l'uso di testi canonici¹⁹. È bene però sottolineare che questo controllo può manifestarsi non solo nella direzione della chiusura, ma anche nella direzione dell'apertura: in altri termini, esso si presenta come un controllo di secondo grado della gestione di tali confini. Nella prima direzione operano la minuziosa regolamentazione delle fonti ammesse e delle norme da esse ricavabili, tutte di solito nei diritti moderni incorporate in testi canonici ossia protetti (tra questi, sia detto per inciso, vanno computati anche i provvedimenti giurisdizionali). Nei diritti occidentali moderni troviamo anche ulteriori espliciti rafforzamenti di questa esclusività, come avviene in modo diretto col principio di tassatività delle norme penali incriminatrici, e in modo indiretto con le riserve di legge e con la separazione dei poteri (i giudici sono soggetti *solo* alla legge); altri elementi che operano in questa direzione sono la previsione di una gerarchia delle fonti e di metanorme sull'interpretazione nonché di altre tecniche miranti a vincolare la libertà dell'interprete, quali le definizioni e le norme interpretative. Di contro, accanto a questo genere di norme e metanorme se ne incontrano altre che palesemente operano nella direzione opposta, dell'apertura: ossia che autorizzano o prescrivono di guardare al di là dei materiali giuridici contenuti nei testi per cercare le fonti o i contenuti delle decisioni (pensiamo alle clausole generali) o che prescrivono di considerare la norma applicabile come una mera buona ragione (la sopra ricordata clausola *ceteris paribus*); lo stesso risultato, come anche si è già ricordato, può essere perseguito tramite regole formulate in modo notevolmente vago o generico o ancora tramite il conferimento di discrezionalità in bianco. Da ciò risulta che, in definitiva, la questione del grado di esclusività e di limitatezza del *limited domain* del diritto non può essere affrontata guardando alla norma singola. Non si può prescindere da una prospettiva sistemica e pragmatica oltre che da un esame dei contenuti effettivi degli specifici ordinamenti giuridici.

¹⁹ Com'è ovvio, affermare che il diritto pretende qualcosa è nient'altro che una prosopopea. Poiché oggi va di moda attribuire al diritto pretese di ogni tipo (che, guarda caso, coincidono sempre miracolosamente con le idee del teorico di turno), mi sono presa anch'io la licenza di attribuirne ad esso una. Come spero risulti chiaro dal testo, il mio è però solo un modo stringato per indicare certe caratteristiche pragmatiche del diritto.

Beninteso, quanto sopra non pregiudica ed anzi lascia apertissimo il problema se esclusività e chiusura siano o meno una buona idea, e specialmente non dice alcunché su quale tasso di successo operativo questa pretesa del diritto, di gestire in via esclusiva i propri contenuti e i propri confini, possa avere agli occhi dei giuristi e di ogni altro suo utente.

Questa è infatti solo una parte assai limitata del quadro, che deve essere completato tenendo conto degli atteggiamenti degli interpreti, specie di quelli autorizzati perché dotati di autorità giuridica, con cui le determinazioni interne e i vincoli fissati da un diritto devono fare i conti. Sarebbe infatti semplicistico ritenere che la pretesa di controllo in via esclusiva da parte del diritto degli argomenti da cui ricavare le decisioni giuridiche si autorealizzi. Questa è anzi la classica raffigurazione ideologica che i giuristi amano fornire della loro attività, allorché la presentano come interamente eterodiretta dai testi e quindi dai loro autori.

In realtà, come sappiamo, i testi, anche se ufficiali, non si interpretano e applicano da soli, anche se ciò non significa che essi siano dei gusci vuoti. Jori a tal proposito osserva: «affidarsi a delle parole provenienti da una autorità [...] per controllare le più importanti azioni sociali, vuol dire [...] accettare di sostituire la nostra intuizione di ciò che è giusto con la nostra intuizione linguistica; nella speranza, credo fondata, che la seconda sia meno soggettiva incerta e variabile della prima» (1993, p. 117). Per sottoscrivere questa idea occorre naturalmente essere convinti che i testi giuridici possano avere un significato in certa misura precostituito a, e relativamente indipendente da, le singole occasioni d'uso. Sia Jori che Schauer condividono indubbiamente questa prospettiva, richiamandosi ambedue a Hart; la declinano però in modi differenti.

L'approccio di Schauer al formalismo, come ho ricordato nella sezione II, si focalizza sull'opposizione tra lettera e spirito della legge. Il filosofo americano fa abbondante uso della nozione di significato letterale, raffigurandolo come qualcosa che prescinde sempre da considerazioni esterne al testo, in particolare dalle giustificazioni dei contenuti normativi in esso incapsulati. Egli inoltre sembra ritenere che, qualora un significato letterale vi sia, esso rappresenti la base normale, necessaria e sufficiente, per giustificare le decisioni giuridiche, salvo casi eccezionali. Certo, egli prende in considerazione l'eventualità che, quando una formulazione normativa sia indeterminata, per selezionare tra i molteplici suoi possibili significati si faccia ricorso a considerazioni relative allo scopo della norma medesima; aggiunge inoltre che un *legal environment* potrebbe attribuire agli organi decisionali il potere di guardare anche o solo alla giustificazione soggiacente alle regole

oppure a fattori esterni ad esse e, parrebbe, al diritto medesimo (Schauer, 1991a, p. 214; per una critica all'ambiguità della nozione di *legal environment*, cfr. Atria, 2001, pp. 115ss.). Ma in definitiva il formalismo nel senso da lui inteso parrebbe funzionare nei soli casi in cui il ragionamento dei decisori è guidato dal significato letterale delle disposizioni normative (Zorzetto, 2013). Però in questo modo mi sembra che egli commetta l'errore di identificare la tecnica formalistica con un particolare approccio all'interpretazione o, se si vuole, con una specifica «teoria» dell'interpretazione, quella che nell'ambiente giuridico da cui proviene viene chiamata testualismo e che ha avuto come suo massimo alfiere il giudice Scalia (1989, 1997). Si capisce perciò la ragione per cui egli tratta il formalismo come intimamente legato alla stretta legalità, obiettivo a suo avviso perseguibile solo a patto che l'interprete rimanga vincolato al significato letterale dei testi.

Quello di Schauer è però un approccio da un lato alquanto problematico, dall'altro lato troppo esigente. È problematico tanto quanto lo è la nozione stessa di significato letterale che, lungi dall'essere un dato semantico univocamente caratterizzabile, è semmai l'etichetta di un problema semiotico oltremodo controverso. Di recente Claudio Luzzati ha elencato, e solo a titolo esemplificativo, ben sedici differenti nozioni di significato letterale (2016, pp. 268ss.; v. altresì Velluzzi, 2000). Il fatto che nell'economia del discorso di Schauer il significato letterale sia presentato in costante opposizione alla giustificazione delle regole aiuta indubbiamente a circoscrivere la portata di questa nozione, ma non dissipa i dubbi intorno ad essa perché, come è ben noto, anche la nozione di giustificazione di una regola è tutt'altro che pacifica.

Quello di Schauer è poi un approccio troppo esigente, perché comporta che non si possa mai parlare di decisione in base a regole e di formalismo qualora un significato letterale, comunque inteso, non vi sia, oppure il decisore non si attenga strettamente ad esso (pur attenendosi, poniamo, a un orientamento interpretativo del tutto consolidato e pacifico). Ma sappiamo che questo avviene costantemente e che del resto l'interpretazione non può funzionare senza il ricorso a fattori estranei al testo, a elementi contestuali sia linguistici che extralinguistici. Sappiamo bene inoltre che fa parte del senso comune di ogni giurista e del modo consueto di ragionare nel diritto l'idea che il risultato interpretativo, anche ottenuto con la più stretta fedeltà al testo, debba come minimo rispettare certe condizioni quali la non assurdità (argomento apagogico), la non inutilità (argomento economico), la non contraddittorietà, la non incongruenza con altre parti del diritto o con l'intero sistema, e via dicendo.

65

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUERLEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

Questo approccio troppo esigente si spiega probabilmente, oltre che con la sopravvalutazione del significato letterale di cui s'è detto, con l'ambizione di Schauer di voler produrre una teoria del ragionamento normativo di portata generalissima, ciò che lo porta a sottovalutare alquanto le specificità dell'ambiente giuridico. In primo luogo, egli sottovaluta il carattere sistemico del diritto e quindi il fatto che il giurista, a differenza del cliente di un ristorante con cane al seguito, per giungere alla propria decisione non concentra mai la sua attenzione su frammenti di testi normativi visti in isolamento, ma esamina, anzi deve sempre esaminare, porzioni più o meno ampie del materiale giuridico, a partire dalle fonti che rendono giuridico il testo prima facie rilevante per la decisione del caso. In secondo luogo egli sottovaluta la circostanza che nel diritto l'aspirazione al controllo semiotico totale delle operazioni dei giuristi da parte del legislatore deve fare i conti con una varietà di fattori che la ostacolano e che premono in direzione opposta. Questi sono certamente fattori di carattere semantico – classicamente, l'indeterminatezza dei testi giuridici, tema sul quale Schauer giunge, mi pare, a conclusioni sostanzialmente hartiane, come del resto Jori. Ma sono anche e specialmente fattori di carattere pragmatico, aventi a che fare col ruolo delle varie autorità, e non solo del legislatore, nella gestione del linguaggio giuridico e con l'ambiente conflittuale in cui tale gestione ha luogo.

Jori, dal canto suo, non lega le sorti del formalismo pratico a una specifica teoria o tecnica dell'interpretazione. Semmai le collega a una concezione della pragmatica giuridica in cui il linguaggio del diritto viene caratterizzato come un *linguaggio amministrato*, ossia controllato e gestito (tramite le varie tecniche formalistiche), ma non dal legislatore in via esclusiva bensì anche dalle altre autorità giuridiche, in specie com'è ovvio dai giudici (Jori, 2016, pp. 56ss.). Jori non manca inoltre di ricordarci che tale linguaggio è altresì fortemente influenzato, almeno nel mondo continentale, dalle idee degli interpreti dotati di sola autorevolezza – la giurisprudenza dottrinale. Da parte di tutti costoro non c'è mai una recezione solo passiva del contenuto dei testi, la quale in realtà sarebbe comunque impossibile anche solo per ragioni semantiche.

La teoria del formalismo giuridico proposta da Jori è una teoria del vincolo rappresentato per i giuristi dalle norme che già tiene conto dei limiti in cui questo può operare. Tali limiti non dipendono solo dalle caratteristiche semantiche del linguaggio giuridico che, attingendo in prevalenza dal linguaggio ordinario, ne eredita tutte le incertezze di significato. Essi sono anche e specialmente limiti che dipendono dalla pragmatica del linguaggio giuridico, che è quella di un linguaggio fatto per consentire di raggruppare soluzioni univoche ma impossibilitato

a raggiungerle sempre e in ogni caso. Questa impossibilità dipende dall'ambiente conflittuale in cui il diritto opera.

Jori ci insegna che è ragionevole riporre una certa fiducia nella univocità dei testi normativi²⁰, senza per questo ricadere nel *noble dream* stigmatizzato da Hart (1983), il nobile sogno dworkiniano della giusta risposta, ma che tale fiducia va inquadrata in una semiotica realistica del linguaggio giuridico, ossia in una semiotica consapevole dei suoi limiti in termini di rigore e di calcolabilità – limiti che rendono appunto necessaria l'amministrazione di questo linguaggio anche da autorità altre che non il solo legislatore, pur sempre tuttavia con l'uso delle tecniche del formalismo pratico.

La necessità di amministrare il linguaggio giuridico, per Jori, discende dalla sua incapacità di autoregolarsi spontaneamente, poiché manca da parte di tutti i partecipanti all'impresa giuridica, ivi compresi i cittadini comuni, una spontanea convergenza intorno a scopi condivisi. Viceversa, l'ambiente giuridico è dominato da conflitti acuti di valori e di interessi, che rendono per lo più impossibile una soluzione algoritmica delle questioni giuridiche in base a un metodo unanimemente condiviso. Questo spiega come mai la pretesa di controllo in via esclusiva del linguaggio giuridico da parte del legislatore, anche negli ordinamenti giuridici moderni e contemporanei in cui si manifesta nel modo più palese e pervasivo, debba fare i conti con le spinte in direzione opposta che provengono dalle altre autorità giuridiche le quali, nel momento in cui decidono sulle questioni giuridiche sostanziali, prenderanno decisioni anche sul linguaggio giuridico che pretende di orientarle. Perciò nulla garantisce che tali decisioni siano precisamente quelle che il legislatore ha voluto predeterminare.

In un contesto pragmatico come quello raffigurato da Jori, i vincoli normativi discendenti dalle fonti del diritto e dalle norme generali e incapsulati nei testi canonici non potranno perciò mai essere una questione di tutto o niente, bensì sempre una questione di più o di meno. E questo non perché la presunzione di esclusività delle norme sia cedevole in casi più o meno eccezionali, ma perché il potere semiotico del legislatore è sempre in concorrenza con quello detenuto dalle altre autorità giuridiche nonché fortemente condizionato dalle idee circolanti nella cultura giuridica.

67

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUERLEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

20 «la pratica giuridica si fonda sul fatto che diamo continuamente interpretazioni non arbitrarie» (Jori, 2014, p. 268).

Cerchiamo di tirare le fila dal discorso precedente. Il diritto, ossia il legislatore ordinario (e quello costituzionale) pretende esclusività e aspira a un *limited domain*, e l'indicatore e il veicolo più emblematico di questa pretesa sta nell'uso massiccio e generalizzato delle tecniche formalistiche finalizzate a incapsulare i contenuti giuridici in testi canonici. Il diritto insomma aspira a un controllo totale delle operazioni di applicazione delle sue norme generali o meglio aspira a un metacontrollo, che può esplicarsi tanto nella direzione del vincolo quanto in quella della concessione di spazi di libertà decisionale più o meno ampi. Questa aspirazione al (meta)controllo deve tuttavia fare i conti con le spinte che operano in direzione opposta da parte degli organi dell'applicazione, che spesso tendono a evadere anche dai vincoli legislativi del tutto chiari – e questo per i motivi più svariati di carattere ideologico, d'interesse, o per l'aspirazione a giungere alla soluzione che viene percepita come più appropriata, più giusta ecc. Hanno insomma interesse ad accrescere le proprie quote di potere decisionale anche attraverso la gestione e manipolazione del linguaggio legislativo. Le vie di fuga sono molteplici. Esse sono certo favorite dalla cattiva legislazione, ma sono comunque ineliminabili data la inevitabile indeterminatezza del linguaggio giuridico e data la impossibilità pragmatica di congegnare metodi interpretativi sufficientemente rigorosi e tali da garantire risultati univoci in ogni caso.

Dunque operazioni come quelle che oggi vengono designate con l'espressione *defeasibility* sono possibili, frequenti e certamente non inedite. Se non se ne è convinti è sufficiente richiamare la vecchia, ma sempre in auge, teorica dell'abuso del diritto, che non è nient'altro che una giustificazione su larga scala del trattamento come *defeasible* di interi settori del diritto²¹. Quel che più importa, sono operazioni che i giuristi possono compiere senza necessità di scomodare la morale, la giustizia o l'equità, senza la necessità di invocare cioè materiali estranei a quelli indisputabilmente giuridici. L'arsenale di cui costoro dispongono è infatti abbastanza capiente e tale da consentire loro di ricondurre anche decisioni alquanto creative sotto l'ombrello giustificativo del diritto vigente – e la costituzionalizzazione del diritto, lungi dal restringerla, ha determinato una notevole espansione di questa libertà. Così, è sufficiente far leva su espressioni vaghe o formulazioni generiche, oppure «trovare» nell'ordinamento un principio giuridico implicito, meglio se già in circolazione nella

²¹ Non per nulla tra i teorici del diritto più risoluti nel sostenere l'inerente *defeasibility* delle norme giuridiche vi sono gli autori di *Illicitos atipicos*, Manuel Ateiza e Juan Ruiz Manero (2000; dei quali si veda 2012). Dell'immensa letteratura sull'abuso del diritto mi limito a citare Velluzzi (2012, 2016).

cultura giuridica, o assumere di poter ricavare da una disposizione costituzionale argomenti in favore di un'eccezione implicita a una regola che testualmente non la preveda. Non c'è bisogno di far ricorso ad argomenti direttamente morali (ma anche economici, d'interesse ecc.), cosa che sembra del resto accadere di rado, almeno nelle corti continentali.

Il problema non è se queste operazioni siano nuove o inedite (non lo sono affatto), ma è quello per così dire quantitativo della loro frequenza e specialmente quello per così dire qualitativo del livello su cui si collocano all'interno dell'ordinamento le norme e le fonti così manipolate.

Ora, lo stato costituzionale di diritto rappresenta senza dubbio una novità storico-politica la cui portata difficilmente può essere sopravvalutata. Dal punto di vista teorico-giuridico, però, esso è il risultato inedito di una combinazione di elementi che non sono affatto inediti e che, per quel che più ci interessa, possono essere analizzati interamente in termini di formalismo pratico nel senso inteso da Jori. I meccanismi basilari sono infatti sempre gli stessi: da un lato abbiamo la predeterminazione, tramite norme generali, del contenuto delle scelte giuridiche, che nello stato costituzionale investe anche quelle del potere legislativo; dall'altro lato abbiamo l'affidamento della applicazione di queste scelte ai singoli casi e del controllo della loro correttezza ad autorità giuridiche, tra le quali, ecco l'altra novità, spiccano le corti costituzionali. Ciò che semmai cambia nello stato costituzionale di diritto è il dosaggio rispettivo di queste tecniche, e in particolare il fatto che, a fronte di una relativa determinatezza delle competenze degli organi giuridici, delle procedure che li identificano e che ne regolano l'esercizio dei poteri, i vincoli contenutistici posti a livello apicale dell'ordinamento, nel testo costituzionale, si presentano come fortemente diluiti, controversi e quindi scarsamente cogenti e risolutivi. La costituzione, analizzata in termini di formalismo pratico, ha infatti certamente introdotto dei vincoli di contenuto anche a carico del legislatore ma, data la loro esilità, lo ha fatto al prezzo di un inevitabile enorme ampliamento dei poteri semiotici degli organi dell'applicazione e dell'organo di controllo della legittimità costituzionale delle leggi. Insomma, il grosso dei poteri di amministrazione del linguaggio giuridico si è oggi spostato dalla legislazione alla giurisdizione, ordinaria e costituzionale²².

²² Fioravanti (2016, pp. 15, 18) prospetta una visione triangolare dei rapporti tra poteri nello stato costituzionale del diritto, al cui vertice sarebbe collocata la costituzione, a sovrastare i poteri, pari ordinati, del legislativo e del giudiziario. Per Fioravanti questo sistema «a sovranità indecisa» garantirebbe «livelli di certezza e di garanzia che il nuovo tempo storico solo in questo modo articolato e complesso riesce ad assicurare», senza integrare una lesione dei principi fondamentali dello stato di diritto. Va qui almeno menzionato un altro fenomeno da cui discende un ulteriore depauperamento dei poteri semiotici dell'organo legislativo: mi riferisco al proliferare di agenzie governative e autorità

69

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUERLEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

Tali considerazioni a me paiono ovvie, ma c'è una fortissima resistenza da parte della teoria del diritto a prendere atto della nuova realtà: che sarebbe il primo passo per cominciare a discutere realisticamente dei suoi vantaggi, degli inconvenienti, nonché dei possibili rimedi a questi ultimi.

Oggi ad esempio è molto diffusa, in varie declinazioni, l'idea che sia il diritto costituzionalizzato medesimo a incorporare e a imporre ai propri utenti nuove, peculiari e più aperte modalità di ragionamento e decisione. È il diritto costituzionalizzato medesimo che imporrebbe ai giuristi di ragionare moralmente, è la stessa Costituzione che avrebbe ormai incorporato e quindi reso vincolanti i dettami della ragion pratica (quali che essi siano)²³, sono i principi costituzionali ad aver fatto del diritto il luogo della argomentazione ragionevole, mite e aperta (cfr. Zagrebelsky, 1992). Invero, c'è una tendenza irresistibile dei teorici contemporanei del diritto a presentare le proprie conclusioni come imposte dalla natura stessa della cosa giuridica —Luzzati al riguardo parla di «travestimento oggettuale delle scelte metodologiche» (2012, p. 40)—.

Il caso della *defeasibility* è emblematico di questa tendenza: tramite tale termine/concetto oggi tanto alla moda si cerca di contrabbandare, presentandole come necessitate perché dipendenti dalla stessa struttura logico-semantica delle norme giuridiche, operazioni sulle norme che sono al più solo possibili e, in un quadro di stretta legalità, non sarebbero neppure possibili bensì illegittime. In realtà, quella della presunta inerente *defeasibility* delle norme giuridiche è una tesi ideologica che, presentandosi come descrizione di certe caratteristiche «oggettive» delle norme, serve a massimizzare, mascherandola, la libertà degli interpreti e a depotenziare drasticamente i vincoli introdotti dai testi giuridici²⁴. In poche parole, è solo un paravento utile a nascondere l'opzione ideologica in favore di una giurisprudenza dalle mani libere. O, per meglio dire, dalle mani ancora più libere, dato che nello stato costituzionale di diritto una enorme libertà già sussiste, essendo, mi pare, incontestabile che il ricorso ai principi costituzionali sia quasi sempre di per sé scarsamente risolutivo. Ecco allora che si cerca di legittimare argomenti e conclusioni che da essi non possono essere estratti in maniera cogente come quelli «giusti» perché

indipendenti con competenze settoriali (corruzione, concorrenza, privacy ecc.) e funzioni ibride, normative-amministrative-giurisdizionali.

23 La Torre (2007, p. 72) così riassume le idee di Alexy e Dworkin: «It is very important to stress that the substantive limitations imposed on legal discourse, drawn from the practice of discourse in general, are according to Alexy —as is the case according to Dworkin— embedded in the *constitution* of the democratic State».

24 Schauer osserva che la presunta tesi concettuale circa la necessaria defettibilità delle norme giuridiche è in effetti una tesi prescrittiva circa i poteri da ascrivere a certi attori giuridici, in primis in giudici, che porta a depotenziare drasticamente l'importanza delle regole e favorire la discrezionalità giudiziaria (1998, p. 237). Cfr. anche Luzzati (in corso di pubblicazione).

ragionevoli o conformi alla ragion pratica o ai dettami della Morale. Si ha l'impressione che questi fumosi criteri/fonti vengano invocati oggi con maggior forza proprio per occultare il golfo giustificativo tra premesse e conclusioni giuridiche che discende dall'esilità dei contenuti costituzionali sul piano semantico e dalla loro disputabilità sul piano pragmatico.

Nonostante le notevoli differenze che intercorrono fra le loro idee in tema formalismo giuridico, di cui si è cercato di dar conto nelle pagine precedenti, Jori e Schauer, come si è già sottolineato più volte, concordano nel trattare le norme come strumenti di allocazione di poteri giuridici. Questa è una considerazione fondamentale. Essa presuppone un approccio costruttivista alle istituzioni giuridiche, la convinzione, cioè, che queste possano essere plasmate attraverso un'azione intenzionale e che sia possibile influire entro certi limiti sui meccanismi del loro funzionamento, ossia che si possa modellarle in modo che perseguano, per quanto possibile, i fini desiderati da chi le disegna. Significa inoltre privilegiare modalità pubbliche e controllabili di intervento sulle istituzioni, sottraendole all'influenza di poteri occulti, che in quanto tali sono sempre a rischio di trasformarsi in poteri selvaggi. Questo vale in particolar modo per il potere semiotico dei giudici negli stati costituzionali di diritto.

Così, le tecniche formalistiche potrebbero essere adoperate per cercare di circoscrivere tale potere, sempre che si reputi questo un obiettivo degno di essere perseguito. Sarebbe però illusorio riproporre oggi l'ideale illuminista delle poche leggi semplici e chiare. La strada (anch'essa formalistica, come si è detto) della massimizzazione del controllo dei contenuti tramite un maggior rigore del linguaggio giuridico non è percorribile, almeno per quanto riguarda i testi costituzionali. Sembra un po' più realistico puntare invece sul ricorso a strumenti giuridici che indirettamente possano spingere i giudici, inclusi i giudici costituzionali, al self-restraint, a una maggiore indipendenza dalla politica, a un maggior rigore argomentativo e a una giurisprudenza tendenzialmente più stabile nel tempo. Il potere semiotico degli organi giurisdizionali e delle corti costituzionali può essere infatti in una certa misura controllato anche in modo indiretto tramite le tecniche delle competenze e delle procedure, ossia intervenendo sulla composizione di tali organi e sulle loro procedure decisionali: penso in particolare ad aspetti che incidono sulle modalità di selezione dei componenti di tali organi, sulla loro durata in carica, sulle incompatibilità, sulle modalità decisionali, sul peso del precedente. Quando la base di partenza è rappresentata da testi evanescenti come quelli costituzionali, non suscettibili di maggiore precisione per impossibilità pragmatica, quest'ultima sembra l'unica strada percorribile. Essa non garantirà certo la soluzione più giusta ma potrà almeno favorire quella più certa.

71

IL FORMALISMO
GIURIDICO: UN
CONFRONTO TRA
JORI E SCHAUERLEGAL
FORMALISM: A
COMPARISON
BETWEEN JORI
AND SCHAUER

Inoltre, portando alla luce un potere sommerso, porrà almeno le basi per un suo controllo, forzandolo a un esercizio disciplinato. Non è la panacea di tutti i mali, certo, ma è il massimo a cui possiamo aspirare (posto che vi aspiriamo) nelle condizioni date.

RIFERIMENTI

Alexander, L. & Schauer, F. (2007). Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. *William and Mary Law Review*, 48(5), 1579-1603. Recuperato da <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/4>

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2012). Rules, Principles, and Defeasibility. In J. Ferrer Beltrán e G.B. Ratti (Eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (pp. 238-253). Oxford: Oxford University Press.

Atria, F. (2001). *On Law and Legal Reasoning*. Portland: Hart.

Barberis, M. (2002). On Canonically Formulated Norms: Schauer's Three Stances. *Notizie di Politeia*, 18(66), 181-196.

Barberis, M. (2011). *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.

Crisafulli, V. (1964). Disposizione (e norma). En *Enciclopedia del diritto*, XIII. Milano: Giuffrè.

Conte, E. (2016). *La fuerza del texto: Casuística y categorías del derecho medieval*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Duarte D'Almeida, L. (2015). *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Ferrer Beltrán, J. & Ratti, G.B. (2012a). Defeasibility and Legality: A Survey*. In J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti (Eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (pp. 11-38). Oxford: Oxford University Press.

Ferrer Beltrán, J. & Ratti, G.B. (Eds.). (2012b). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press.

Fioravanti, M. (2016). Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione. *Quaderni Costituzionali*, 36(1), 7-20. doi: 10.1439/82801

Hart, H.L.A. (1983). American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream. En *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 123-144). Oxford: Oxford University Press.

Jori, M. (1980). *Il formalismo giuridico*: Milano: Giuffrè.

Jori, M. (1992). Formalismo giuridico. *Digesto delle discipline privatistiche: Sezione civile*, VIII. Torino: Utet.

Jori, M. (1993). La cicala e la formica. In L. Gianformaggio (Ed.), *Le ragioni del garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli.

Jori, M. (1995). Formalismo giuridico. In M. Jori e A. Pintore (Eds.), *Manuale di teoria generale del diritto*. 2.^a ed. Torino: Giappichelli.

Jori, M. (2009). Interpretazione e creatività: il caso della specialità. *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 4, 211-246. Recuperato da http://www.edizioniets.com/criminalia/2009/005D_JORI.pdf

Jori, M. (2010). *Del diritto inesistente*. Pisa: ETS.

Jori, M. (2014). A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 14, 260-319.

Jori, M. (2016). Legal Pragmatics. In A. Capone e F. Poggi (Eds.), *Pragmatics and Law: Philosophical Perspectives* (pp. 33-60). Dordrecht: Springer.

La Torre, M. (2007). *Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law*. Dordrecht: Springer.

Luzzati, C. (in corso di pubblicazione). *Scale e serpenti, anzi: scale mobili e bilance. Una riflessione positivista sulla defeasibility*.

Luzzati, C. (1990). *La vaghezza delle norme*. Milano: Giuffrè.

Luzzati, C. (2012). *Principi e princípi: La genericità nel diritto*. Torino: Giappichelli.

Luzzati, C. (2016). *Del giurista interprete: Linguaggio, tecniche, dottrine*. Torino: Giappichelli.

MacCormick, N. (2005). Arguing Defeasibly. In *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.

Scalia, A. (1989). The Rule of Law as a Law of Rules. *The University of Chicago Law Review*, 56(4), 1175-1188. Recuperato da <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol56/iss4/1>

Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.

Schauer, F. (in corso di pubblicazione). Law's Boundaries. *Harvard Law Review*.

Schauer, F. (1988). Formalism. *The Yale Law Journal*, 97(4), 509-548. doi: 10.2307/796369

Schauer, F. (1991a). *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press.

Schauer, F. (1991b). Rules and the Rule of Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 14(3), 645-694.

Schauer, F. (1998). On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*, 51(1), 223-240. doi: 10.1093/clp/51.1.223

Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press.

Schauer, F. (2004). The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*, 90(7), 1909-1956. doi: 10.2307/1515650

Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press.

Schauer, F. (2012). Is Defeasibility an Essential Property of Law? In J. Ferrer Beltrán e G.B. Ratti (Eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (pp. 77-88). Oxford: Oxford University Press.

Tur, R. (2001). Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 21(2), 355–368. doi: 10.1093/ojls/21.2.355

Velluzzi, V. (Ed.). (2000). *Significato letterale ed interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli.

Velluzzi, V. (Ed.). (2012). *Abuso del diritto: Teoria, storia, ambiti disciplinari*. Pisa: ETS.

Velluzzi, V. (2016). L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica. In G. Visintini (Ed.), *L'abuso del diritto* (pp. 163-176). Napoli: ESI.

Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite: Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi.

Zorzetto, S. (2013). The Language of Legal Rules: Some Notes about Plain-Meaning in Law. *L'Ircocervo*. Recuperato da http://www.lircocervo.it/index/pdf/2013_1/2013_1_LEGISLAZIONE_2_Zorzetto.pdf

Ricevuto: 07/05/2017
Approvato: 26/06/2017