



MIMESIS

QUADERNI DEL LABORATORIO KELSEN

N. 4

Collana già diretta da *Alfonso Catania*

COMITATO SCIENTIFICO

Laura Bazzicalupo (*Università degli Studi di Salerno*)

Valeria Giordano (*Università degli Studi di Salerno*)

Francesco Mancuso (*Università degli Studi di Salerno*)

Geminello Preterossi (*Università degli Studi di Salerno*)

Antonio Tucci (*Università degli Studi di Salerno*)



LE METAMORFOSI DEL DIRITTO

Studi in memoria di Alfonso Catania

A cura di
Francesco Mancuso,
Geminello Preterossi e Antonio Tucci



MIMESIS
Quaderni del laboratorio Kelsen

© 2013 – MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
Collana: *Quaderni del laboratorio Kelsen* n. 4
Isbn 9788857517803
www.mimesisedizioni.it
Via Risorgimento, 33 – 20099 Sesto San Giovanni (MI)
Telefono +39 02 24861657 / 24416383
Fax: +39 02 89403935
E-mail: mimesis@mimesisedizioni.it

INDICE

INTRODUZIONE 11

DECISIONE E NORMA

Francesco De Sanctis
L'AMICO, IL COLLEGA, IL MAESTRO 15

Roberto Esposito
LE METAMORFOSI DEL DIRITTO A PARTIRE DAGLI STUDI
DI ALFONSO CATANIA 27

Vincenzo Ferrari
RICORDO DI ALFONSO CATANIA, AMICO E STUDIOSO 31

Francesco Viola
ALFONSO CATANIA: UN GIUSPOSITIVISTA MAI PENTITO 33

Francesco Riccobono
«SULL'ABISSO DEL SENTIMENTO DI OBBLIGAZIONE»
Note sul potere motivante delle norme giuridiche
attraverso la riflessione di Alfonso Catania 47

Carla Faralli
DIRITTO E REALTÀ
Alfonso Catania tra Kelsen e Hart 57

Silvana Castignone
ANCORA SU 'DIRITTO E FORZA': HÄGERSTRÖM, UN PRECURSORE? 65

<i>Realino Marra</i> VERSO UNA DOTTRINA SOCIALE DELLO STATO Brevi note su diritto e forza in Jhering	73
<i>Gian Paolo Trifone</i> ALFONSO CATANIA INTERPRETE DI SANTI ROMANO	83
<i>Giulia Maria Labriola</i> STATO DI ECCEZIONE FRA DECISIONE E NORMA Una nota	91
<i>Giovanni Bisogni</i> CHE COSA È RIMASTO DELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO <i>oggi?</i>	97
<i>Stefano Pietropaoli</i> IL MOMENTO DELLA DECISIONE Sul normativismo <i>ben temperato</i> di Alfonso Catania	107
RICONOSCIMENTO ED EFFETTIVITÀ	
<i>Angelo Abignente</i> EMPATIA, SCIENZA, DIRITTO: IN DIALOGO CON ALFONSO	119
<i>Maria Rosaria Ferrarese</i> TEORIA GIURIDICA E INTELLIGENZA SOCIOLOGICA	125
<i>Eligio Resta</i> DIRE, DOMANDARE, RISPONDERE	137
<i>Mauro Barberis</i> EFFETTIVITÀ, LEGITTIMITÀ E IDENTIFICAZIONE Sulle tracce di Alfonso Catania	149
<i>Baldassare Pastore</i> SPAZIO GLOBALE, TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO, ISTITUZIONI GIUDIZIARIE	161
<i>Paolo Comanducci</i> ALFONSO CATANIA: UN TEORICO DEL DIRITTO DEL NOVECENTO	165

<i>Paola Giordano</i>	
I NUOVI CONFINI DEL POSITIVISMO GIURIDICO	
Una riflessione a margine degli scritti di Alfonso Catania	175
<i>Giorgio Pino</i>	
SUL CONCETTO DI EFFICACIA	181
<i>Antonio Tucci</i>	
'METAMORFOSI' DELLA NORMATIVITÀ	187
<i>Valeria Giordano</i>	
LA 'FORBICE' TRA NORMATIVITÀ E FATTUALITÀ	
Il diritto è un'ipotesi?	195
<i>Emma Russo</i>	
LA DIMENSIONE COMUNICATIVA DEL DIRITTO IN ALFONSO CATANIA	203
OBBLIGO POLITICO E OBBLIGO GIURIDICO	
<i>Carlo Galli</i>	
IL CODICE ROCCO E NOI	211
<i>Maurizio Fioravanti</i>	
LEGGE E COSTITUZIONE NELL'EPOCA DEL DIRITTO PUBBLICO STATALE	221
<i>Giorgio Rebuffa</i>	
LE METAMORFOSI DEL DIRITTO A PARTIRE DAGLI STUDI	
DI ALFONSO CATANIA: SOVRANITÀ E GIURIDICITÀ	245
<i>Massimo La Torre</i>	
FUTURO E METAMORFOSI DELLA DEMOCRAZIA	251
<i>Virginio Marzocchi</i>	
DIRITTO E DEMOCRAZIA	267
<i>Paolo Becchi</i>	
DUE ASPETTI DELLA CRISI DEL POSITIVISMO GIURIDICO	273

Geminello Preterossi
TRA DIRITTO E POLITICA: LA LEZIONE DI UN GIUSPOSITIVISTA CRITICO 277

Francesco Mancuso
QUALE NICHILISMO? 283

Anna Cavaliere
SUL FONDAMENTO DELLA POLITICA:
STATO DI NATURA, POTERE E DIRITTO IN HOBBS 295

LA CRISI DELL'ETÀ DEI DIRITTI

Giuseppe Zaccaria
EFFETTIVITÀ E DIRITTO POSITIVO IN UN MONDO GLOBALE 301

Luigi Ferrajoli
L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI NEL PENSIERO DI ALFONSO CATANIA 315

Alessandra Facchi
I DIRITTI UMANI DI FRONTE AL PLURALISMO NORMATIVO:
RICONOSCIMENTO E EFFETTIVITÀ 325

Danilo Zolo
I DIRITTI UMANI, LA DEMOCRAZIA E LA PACE
NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE 337

Tecla Mazzarese
KELSEN FILOSOFO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E POLITICO DEL DIRITTO 347

Jean-François Kervégan
ELEMENTI DI UNA TEORIA ISTITUZIONALE DEI DIRITTI 377

Patrizia Borsellino
LE METAMORFOSI DEL DIRITTO
Un confronto con Alfonso Catania su morale e diritto 399

Maria Laura Lanzillo
PER UNA CRITICA DEL MULTICULTURALISMO
In ricordo di Alfonso Catania 403

<i>Isabel Trujillo</i> ANCORA SU EFFETTIVITÀ E GIUSTIZIA	409
<i>Lorenzo Scillitani</i> SUL PROBLEMA DELLA GARANZIA DEI DIRITTI DELL'UOMO Una riflessione con Alfonso Catania	417
<i>Alfredo D'Attorre</i> I DIRITTI DI FRONTE ALLA METAMORFOSI DEL DIRITTO	423
<i>Mario Dogliani</i> POTERE, TECNICHE E DIRITTO	429



FRANCESCO VIOLA

ALFONSO CATANIA:
UN GIUSPOSITIVISTA MAI PENTITO

È ben difficile mantenere un livello oggettivo di discorso quando si parla del pensiero di un amico scomparso. Si tende ad essere indulgenti nel timore di offendere la memoria di chi non può difendersi o di gettare un'ombra su un'amicizia che è stata sincera da entrambe le parti. Ma qui non si tratta di valutare o di giudicare, di cercare di stabilire la validità o verità di una dottrina, ma soprattutto di comprendere il senso di una ricerca che ha attraversato tutta una vita. Per questo cercherò di scomparire il più possibile e di mettermi per quanto m'è possibile nei panni di Alfonso Catania.

Ci sono dottrine e teorie che non parlano della personalità del loro autore e del suo impegno esistenziale, ma ve ne sono altre in cui traspare il travaglio e la passione di una ricerca personale. Mi sembra che la filosofia del diritto di Alfonso Catania appartenga prepotentemente a quest'ultima categoria, ma forse sono ingannato dal fatto di averlo conosciuto. Forse se conoscessimo bene tutti coloro i cui scritti ci capita di leggere arriveremmo spesso alle stesse conclusioni. Non lo so, ma so con certezza che anche chi non ha mai conosciuto Alfonso può comprendere qualcosa di rilevante della sua personalità attraverso i suoi libri.

Scorrendo i titoli dei suoi scritti, di cui ora rileggo con commozione le dediche sempre affettuose, salta agli occhi l'unità della tematica di fondo. Tanti libri, ma in realtà un unico libro, un'unica ricerca di vita, ma volta al grande ed eterno tema della filosofia del diritto, alla ricerca dell'essenza del diritto o, più esattamente, del concetto di diritto, come si addice ai grandi studiosi della nostra tradizione. Vi sono, infatti, alcuni che si disperdono – come me – nell'esplorazione dei tanti rivoli generati dall'esperienza giuridica. Vi sono altri che focalizzano solo un aspetto del diritto e su di esso concentrano tutta la loro attività di ricerca, rischiando noiose ripetizioni. Pochi guardano il diritto negli occhi e sono capaci di articolare le loro intuizioni di fondo in modo sempre nuovo sia per riconfermarne la validità prima di tutto a se stessi, sia per illuminare la inesauribile varietà dei fenomeni giuridici. Alfonso Catania è stato uno di questi.

Per questo ho scelto di parlare del suo giuspositivismo, perché esso è il nucleo centrale del suo pensiero, nonché il suo primo amore a cui – secondo la mia interpretazione – è rimasto sempre fedele. Ma, come al solito, mi sono ‘inguaiato’ – come direbbe Alfonso –, perché mi sono subito accorto che la difesa della validità o verità del giuspositivismo o di una definizione del diritto in chiave giuspositivistica è stata per lui un compito sofferto e drammatico in ragione della sua grande sensibilità nei confronti dell’evoluzione del diritto contemporaneo. Più leggo i suoi scritti e più mi rendo conto della presenza di una forte tensione fra l’intuizione originaria del senso del diritto e l’attenzione per i nuovi scenari dell’esperienza giuridica che apparentemente sembrano smentirla o che comunque richiedono una reinterpretazione e una nuova verifica di validità.

Insomma, parlare adeguatamente del giuspositivismo di Catania significa ripercorrere tutto il suo pensiero. Per questo il mio sommario discorso sarà inevitabilmente incompleto e parziale. Esso è volto a cogliere la sua intuizione fondamentale che è anche una passione e una lotta per il diritto, nonché la sua incessante esigenza di metterla alla prova della storia come si addice al teorico di razza. Io credo che in tutte le teorie degne di questo nome, persino anche in quelle analitiche, vi sia alla base un’opzione di fondo, l’imboccare una strada invece di un’altra perché si intuisce che proprio quella è la strada giusta. La grandezza del teorico sta nel non arrendersi facilmente di fronte alle apparenti smentite dei fatti e al contempo nell’esercitare l’arte del dubbio, prima di tutto nei confronti di se stessi. Se non fosse così, allora non vi potrebbe essere progresso per la filosofia e per la stessa scienza. I fatti non bastano, devono essere letti in modo convincente. Ogni lettura serve a verificare l’intuizione fondamentale e, se del caso, a correggerla e a rimodularla per renderla in grado di meglio comprendere se stessa.

Mi sembra del tutto evidente che l’intuizione fondamentale di Alfonso Catania, sentita come vocazione, come *Beruf*, come missione, sia stata quella di rigorizzare quanto più possibile il giuspositivismo. Ciò è chiaro fin dal primo e famoso scritto sull’accettazione nel pensiero di Hart del 1971, dove ad esempio si dice: «‘la critica’, ‘l’autocritica’, ‘le richieste di conformità’ sembrano a noi costituire una risposta troppo vaga e comunque non sufficiente a fugare il sospetto che qui con l’accettazione, nonostante e contro le intenzioni di Hart, si finisca con l’introdurre in una teoria del diritto che vuole essere positivista un elemento spurio che inficia la stessa separazione del diritto dalla morale: perché invero malgrado ogni forzatura, non si riesce a vedere nella ‘critica’, nella ‘autocritica’ e nelle ‘richieste di conformità’ semplici espressioni della *normative attitude* piuttosto

che la naturale manifestazione d'una considerazione delle norme in chiave etico-politica ideologica»¹. Insomma, la validità del diritto positivo non deve dipendere dall'approvazione delle norme, come avviene nel giusnaturalismo. Il fiuto del giuspositivista non fallisce se è vero che proprio l'ambiguità della teoria hartiana dell'accettazione e del punto di vista interno permetterà declinazioni in senso giusnaturalista, come ad esempio quella di John Finnis nel 1980.

Bisogna anche notare la somiglianza della critica ad Hart con quella mossa nel 1997 nei confronti di Scarpelli, che ben più decisamente ha legato la definizione di diritto e di positivismo giuridico alla scelta nei confronti di determinati valori, quali quelli della libertà e della democrazia, che pure Catania profondamente condivideva². L'avalutatività del diritto è innanzi tutto un'ascesi difficile che s'impone a cominciare da chi la sostiene.

Non c'è dunque da stupirsi se gli autori di riferimento appartengano tutti al clan dei giuspositivisti: Kelsen innanzi tutto, e poi Bobbio, Hart stesso, gli istituzionalisti italiani, come Romano e Mortati e sullo sfondo l'attrazione e repulsione nei confronti di Schmitt³. La filosofia giuridica di Alfonso Catania risente di tutte queste influenze in modo rilevante nell'intento di mettere a punto una sintesi delle differenti anime del pensiero giuspositivista e di evitare che la loro contrapposizione risulti in definitiva come una lacerazione o un'incompiutezza dannosa all'idea del giuspositivismo.

Risulta qui molto difficile mostrare puntualmente laddove prevale l'apporto di un autore rispetto ad un altro. Certamente Kelsen è la piattaforma su cui tutto l'edificio si costruisce, ma si tratta di un Kelsen tradotto e reinterpretato in modo da assottigliare sempre di più la distanza tra dover essere ed essere, poiché un vero giuspositivismo non si può allontanare troppo dai fatti. E così si intesse una concezione fatta di continui rimandi all'uno o all'altro autore, un andirivieni incessante per evitare gli squilibri e gli scompensi che facciano cadere ora nel fattualismo ora nella pura astrattezza normativa.

Una caratteristica propria del giuspositivismo di Alfonso Catania, che è bene sottolineare, è quella di non mettere tra parentesi ciò che avviene

1 A. CATANIA, *L'accettazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart*, ora in *Id.*, *Riconoscimento e potere*, Napoli 1996, p. 149.

2 A. CATANIA, *Introduzione a U. SCARPELLI, Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli 1997.

3 Qui è necessario rinviare ai notevoli saggi: A. CATANIA, *Carl Schmitt e Santi Romano*, in *Id.*, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli 1987, pp. 135-177 e A. CATANIA, *Mortati e Schmitt*, in A. CATELANI-S. LABRIOLA, (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attuali di un'idea*, Milano 2001, pp. 109-128.

prima e dopo l'atto di posizione del diritto. I giuspositivisti usano partire dal dato normativo e spesso restano in esso. Ciò che è successo prima e ciò che succederà dopo non sembra riguardare la teoria del diritto di per sé considerata. Ma non è così per Alfonso Catania. Ciò che avviene a monte e ciò che avviene a valle non possono non riguardare la filosofia del diritto e il diritto stesso. A monte c'è la decisione e a valle c'è l'istituzione. Il diritto dall'alto e il diritto dal basso. Il diritto come potere e il diritto come effettività. Questi due poli d'inizio e di compimento del diritto sono sempre presenti. Il primo è stabile e il secondo è mobile o flessibile. Il diritto è sempre, in ogni luogo e in ogni tempo, un prodotto del potere dell'uomo sull'uomo. Le fonti del potere cambiano incessantemente, ma sempre di potere si tratta. Non illudiamoci, anzi stiamo in guardia proprio quando il potere non è chiaramente identificabile. È proprio allora che è più pervasivo. Non è una denuncia o un smascheramento, ma la constatazione di una necessità.

Il secondo, l'effettività, aiuta a catturare la varietà delle forme del diritto e la loro dipendenza dai destinatari delle regole. Questi non sono soggetti passivi che subiscono una pretesa di validità soccombendo ad essa inevitabilmente, ma sono essi stessi fonte di potere con il loro atteggiamento che Catania preferisce individuare come 'riconoscimento' piuttosto che come 'accettazione', sicché anch'esso è in certo qual modo una decisione in quanto è un atto, ma non della volontà ma del pensiero⁴. È questo un modo di urbanizzare la tesi kelseniana del carattere ipotetico della norma fondamentale, trasferendola dalla scienza giuridica a tutti i consociati. Questi si mettono dal 'punto di vista del diritto' e non già dal loro soggettivo punto di vista⁵. Il punto di vista del diritto è insieme esterno ed interno. Ciò significa che normatività, obbligatorietà ed effettività si tengono insieme senza che propriamente si possa dire che l'una sia causa o effetto dell'altra.

Proprio qui incontriamo il maggiore tormento teorico del nostro amico contrario kelsenianamente a derivare il diritto dal fatto e al contempo a separarlo da esso, diffidente nei confronti di un'accettazione dei consociati che sia anche minimamente coinvolgente sul piano valoriale e al contempo ben consapevole del loro ruolo costitutivo nel riconoscimento della giuridicità. È quasi una missione impossibile, una ricerca di un punto di equilibrio inafferrabile. Ma Catania è certo che proprio lì si trovi il diritto, cioè nella terra di mezzo tra il fatto e il valore che è anche una terra di nessuno.

4 A. CATANIA, *Il riconoscimento e le norme* (1987), ora in Id., *Riconoscimento e potere*, cit., p. 99.

5 A. CATANIA, *L'accettazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart*, cit., p. 156.

«La scissione tra norma fondamentale ed effettività, perché di questo si tratta, conduce inesorabilmente alla crisi del positivismo giuridico, perché attraverso la considerazione che la norma fondamentale altro non è che la scelta di collaborare al potere costituito, e quindi conseguentemente attraverso la postulazione di una pluralità di norme fondamentali e quindi di una pluralità di scelte, si riapre la strada, insperatamente si ridà uno spazio ad un procedere giusnaturalistico che appunto, in tutte le sue versioni, ha sempre voluto ancorare la giuridicità a certi contenuti, a certe condizioni»⁶.

Si può così constatare quante insidie debba evitare una concezione rigorosamente positivista del diritto non disposta a compromessi. I valori si affollano intorno al diritto positivo e sorgono da ogni parte. Bisogna scacciarli dalla terra di mezzo. Gli atti umani devono essere continuamente purificati dalle valutazioni e dalle scelte soggettive, ma nello stesso tempo il diritto non è esangue perché anima gli ordinamenti sociali, è fonte di doverosità che legittima l'uso della forza. Comincio a pensare che il lavoro del giusnaturalista sia molto più riposante, anche se anch'io sono già sufficientemente stanco. Ma Alfonso Catania è instancabile ed implacabile nella sua difesa dell'avalutatività del giuspositivismo. Seguendo Kelsen, bisogna eliminare del tutto il ruolo della volontà nella costituzione della normatività. Persino il carattere psicologico della scelta o il sentimento di obbligatorietà sembra ad Alfonso Catania una minaccia per l'avalutatività. In effetti le emozioni e le credenze sono incerte ed inaffidabili quanto le valutazioni⁷. Ed è per questo che non ha molta simpatia per il realismo scandinavo, a cui tra l'altro rimprovera di limitare l'effettività al solo comportamento dei funzionari del diritto. L'istituzionalismo gli ha insegnato a concepire il diritto come un'impresa cooperativa, da cui nessuno è escluso né deve esserlo. Non si tratta di un omaggio alla democrazia, bensì di un rispetto rigoroso del principio di effettività del diritto.

Possiamo forse distinguere l'ampia produzione scientifica di Alfonso Catania in due parti: quella dell'elaborazione della teoria e quella della sua difesa nei confronti delle sempre nuove ed antiche minacce alla purezza del giuspositivismo.

Abbiamo visto, seppur di sfuggita, quanto laboriosa sia stata la costruzione di una teoria che non vuole cedere neppure di un millimetro alla coerenza nei confronti dell'intuizione fondamentale. Ma ora si tratta di di-

6 A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli 1983, pp. 157-158.

7 Ivi, pp. 136-137.

fendere questa teoria al cospetto delle apparenti smentite che provengono dall'evoluzione del diritto contemporaneo. Come si sa, l'opera fondamentale di riferimento è la *Metamorfosi del diritto* del 2008, che dà il titolo a questo Convegno e di cui è bene ricordare il sottotitolo *Decisione e norma nell'età globale* a testimonianza di una ricerca iniziata nel lontano 1979⁸ e mai chiusa.

Comprendiamo così che non si tratta tanto di difendere una dottrina quanto di metterla ancora una volta alla prova nella sua capacità di spiegare i nuovi fatti e di disinnescare le nuove trappole che il giuspositivismo trova nella sua strada. I fatti stessi possono diventare trappole se sono male interpretati e praticati in modo distorto. E questi fatti sono innanzi tutto quello della diffusione dei diritti umani, della pluralità delle fonti del diritto, della globalizzazione dei mercati e dell'internazionalizzazione del diritto, dell'accresciuto ruolo della giurisdizione, della crisi dello Stato e della sovranità. È inutile dire quanto ognuno di essi possa essere sfruttato per delegittimare una concezione positivista del diritto, ma Alfonso Catania ha risorse per contrastare sia operazioni apertamente giusnaturalistiche, sia soprattutto quelle cripto-giusnaturalistiche non raramente proprie dei colleghi giuspositivisti.

In generale, possiamo notare negli scritti più recenti un rafforzamento della componente istituzionalistica rispetto alla componente kelseniana, che tuttavia resta ancora ben salda a presidio della normatività del diritto.

Per comprendere il senso di *Metamorfosi del diritto* seguirò un percorso a ritroso come fanno i gamberi. È significativo che gli articoli più recenti sono tutti dedicati al giuspositivismo e alla positività del diritto. Quello che è forse l'ultimo scritto di Alfonso Catania riconferma qual è ancora la sua preoccupazione dominante: la custodia dell'idea giuspositivista⁹.

Proprio l'analisi del diritto contemporaneo ha messo in luce che il pericolo maggiore per il giuspositivismo risiede nella trasformazione del concetto stesso di 'positività'. Questa è divenuta problematica perché si va allontanando da quella di 'effettività' e va scivolando nelle braccia della mera postulazione dei valori. Infatti, non basta la formulazione normativa o testuale affinché il diritto esca dal limbo dei desiderata e si faccia effettivamente operante. I diritti umani sono, infatti, positivi, anche se non sono efficaci, mentre vi sono atti giuridici efficaci che si pongono in contrasto

8 A. CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli 1979.

9 A. CATANIA, *Il positivismo giuridico nella società globale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli 2011, pp. 679-695.

con i diritti¹⁰. Dove sta veramente la positività del diritto, nei primi o nei secondi? Il meno che si possa dire è che la positività stessa è diventata un concetto ambiguo ed inafferrabile.

Ancora una volta, il problema centrale è messo a fuoco con chiarezza: oggi il dibattito tra giusnaturalismo e giuspositivismo si concentra soprattutto proprio intorno alla nozione di positività. Non solo sono in via di formazione vere e proprie teorie giusnaturalistiche del diritto positivo (come ad esempio quella di Finnis), mentre in passato si trattava più di filosofie che di teorie, ma si va estendendo una zona intermedia di teorie non-positivistiche più o meno vicine ai due estremi.

Ricordo che Alfonso era stato tra i promotori e gli animatori di un dibattito svoltosi nel 1990 tra filosofi italiani del diritto proprio sul tema della positività giuridica¹¹.

Non si può dire che Alfonso Catania abbia mai degnato di molta attenzione il diritto naturale in quanto tale. Che il diritto possa essere fondato sulla natura umana per un kelseniano è decisamente da escludersi. L'appello alla 'natura', che oggi è disponibile ad un'infinita manipolazione, non rappresenta un antidoto alla deriva del diritto contemporaneo¹². Si può ammettere il diritto naturale solo se con questa infelice espressione si intende il diritto ideale o un ideale di giustizia, che è sempre destinato a restar tale, cioè scritto nei cieli e non nella terra o nella storia. Anche i diritti sono portatori di valori ideali, ma non bisogna illudersi che questi valori siano per ciò stesso effettivi e neppure che siano indiscutibili¹³.

Conseguentemente, critica tutte quelle concezioni che fanno derivare logicamente dall'esistenza dei diritti *ipso facto* conseguenze giuridiche positive, come quella di Luigi Ferrajoli che viene definita senza peli sulla lingua «assiomatica autonoma dal deperimento della sovranità statale»¹⁴ oppure come un «formalismo essenzialistico»¹⁵. In generale, il sostanzialismo del neocostituzionalismo lo preoccupa, ma neppure ha simpatia per il proceduralismo, perché vi scorge il pericolo di un occultamento delle

10 Ivi, p. 682.

11 Cfr. G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino 1991. Il contributo di Catania reca il titolo *Positività e validità del diritto* (pp. 103-111).

12 A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 22-23.

13 A. CATANIA, *Diritto naturale e diritto positivo nella tradizione occidentale. Costituzione e diritti umani* (1998), ora in Id., *Stato, cittadinanza, diritti*, Torino 2000, pp. 117-130.

14 A. CATANIA, *Il positivismo giuridico nella società globale*, cit., p. 685.

15 A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 23.

dinamiche del potere sotto l'apparenza di una finta neutralità. Solo l'istituzionalismo, da ben distinguere dal neoistituzionalismo, è in grado di dare alla positività una sostanza storica oggettiva¹⁶.

Infine, rigetta anche la prospettiva ermeneutica¹⁷ sia nella sua espressione forte à la Dworkin, che è criticata per la sua incapacità esplicativa del fenomeno giuridico e per la sua debolezza logico-conoscitiva¹⁸, sia nella sua espressione più urbanizzata dell'amico Giuseppe Zaccaria, che può essere utile per la sua duttilità e flessibilità come metodo interpretativo, ma che è pericolosa per la sua discrezionalità politica¹⁹. Come si può notare ancora una volta: *Amicus Plato sed magis amica veritas*.

Si evidenziano, così, i due caposaldi del giuspositivismo di Alfonso Catania, cioè quello metodologico e quello critico²⁰.

Non sono sicuro che il riferimento al giuspositivismo metodologico corrisponda in tutto e per tutto a ciò che Bobbio intende quando parla del positivismo giuridico come «modo di accostarsi allo studio del diritto». Certamente ha con questo molti aspetti in comune, come il riferimento ai fatti, l'avalutatività, il rifiuto del finalismo, la scientificità dell'approccio al diritto positivo. Ma è molto più robusto, perché comprende anche la tesi della non coincidenza della normatività giuridica con la fattualità, la tesi del carattere strettamente tecnico del diritto, la tesi dell'inerenza al diritto positivo della pretesa all'obbedienza, ma anche la custodia della possibilità di critica e di trasformazione del diritto²¹.

Come si può facilmente notare, si tratta tutte di tesi d'ispirazione kelseniana, volte a tenere insieme la validità con l'effettività e l'appartenenza simultanea del diritto alla normatività e alla fattualità, nella tensione reciproca tra il costruito procedurale della legge validamente posta in essere e l'osservanza dei consociati all'ordinamento nel suo complesso²². Tuttavia non deve sfuggire che l'attenzione per l'evoluzione del diritto contempora-

16 A. CATANIA, *Il positivismo giuridico nella società globale*, cit., p. 684.

17 Per un confronto tra Kelsen ed Emilio Betti in tema d'interpretazione giuridica rinvio a A. CATANIA, *La definizione generale del diritto nel pensiero di Emilio Betti*, ora in Id., *Teoria e Filosofia del diritto. Temi, problemi, figure*, Torino 2006, pp. 121-131.

18 A. CATANIA, *Il positivismo giuridico nella società globale*, cit., pp. 690-691.

19 A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 113-114.

20 Cfr. A. CATANIA, *Che senso ha parlare di positività del diritto, oggi?*, in "Politica & Società", 1/2009, pp. 29-45.

21 Ivi, p. 29.

22 Ivi, p. 33.

neo conduce a declinare diversamente la coppia concettuale 'normatività-effettività' sulla cui tensione si regge tutto il diritto positivo.

Per la verità, mi sembra che il ripensamento, sempre interno ad un assetto teorico che resta riconfermato nelle sue linee essenziali, riguardi piuttosto la nozione di effettività e ben poco quella di normatività. Ciò è pienamente comprensibile in quanto i mutamenti riguardano in primo luogo e in modo più palese il diritto come fatto. Vi sono nuovi fatti e nuove forme della giuridicità che interrogano il teorico e devono essere ricondotti in qualche modo convincente nell'alveo della teoria. E così aumenta considerevolmente l'attenzione per l'effettività.

Nel 2009 in una *lectio magistralis* tenuta al Suor Orsola²³ Alfonso Catania, che già nel 2003 aveva organizzato un rilevante convegno sull'effettività²⁴, mette in luce l'inadeguatezza dell'approccio kelseniano. L'effettività kelseniana è troppo sbilanciata sull'idea di compimento in quanto è parassitaria di una validità normativa che ha un carattere sistematico. Si tratta, infatti, della realizzazione del progetto normativo preesistente o dell'ordine voluto dalla norma. Ma l'ordine giuridico attuale si va costruendo e ricostruendo incessantemente dal basso e non si può più dare per idealmente presupposto. Pertanto, bisogna andare alla ricerca dei poteri effettivi e dei poteri immanenti. D'altronde, ciò riconferma la non coincidenza fra diritto e fatto²⁵ e permette a Catania di valorizzare ulteriormente la sua antica tesi del ruolo fattivo dei consociati, estendendola anche relativamente alla progettazione della vita associata con la differenza che ora i confini dell'ordine giuridico si allargano progressivamente fino a raggiungere o ad aspirare di raggiungere un livello globale. Questa differenza non è di poco conto, perché richiede criteri più articolati di corrispondenza fra i modelli normativi e i fatti istituzionali.

Se poi guardiamo alla diffusione attuale del pluralismo a tutto spiano, pluralismo istituzionale, pluralismo valoriale, pluralismo giuridico connesso alla crisi della sovranità, allora appare ancor più evidente la necessità di un'interazione fra la tecnica normativa e i comportamenti concreti. La conflittualità, ben più di prima, non può essere occultata sotto le vesti di

23 A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli 2009.

24 A. CATANIA, *Dimensioni dell'effettività tra teoria generale e politica del diritto* (Atti del Convegno, Salerno, 2-4 ottobre 2003), Milano 2005. La relazione di Catania dal titolo *Effettività e modelli di diritto* (pp. 33-48) si presenta come un'acuta rilettura delle principali teorie novecentesche del diritto alla luce del principio di effettività.

25 Ivi, p. 30.

un ordine formale, anche se spontaneo. Quest'accusa – nota Catania – era già stata rivolta a suo tempo a Santi Romano ed è ancor oggi valida nei confronti di tutte quelle concezioni che legano il diritto ad un ordine sociale oggettivo, comunque si sia esso formato. Di conseguenza, occorre operare un aggiustamento del giuspositivismo metodologico e dell'istituzionalismo romaniano. Rispetto a quest'ultimo già s'era notata una superfetazione della funzione stabilizzatrice dell'istituzione con il risultato di un'effettività esangue, in cui sembra che manchino gli uomini con le loro passioni, i loro interessi e le loro esigenze²⁶.

Non bisogna aspettarsi grandi novità e, ancor meno, ripensamenti profondi o pentimenti. Alfonso Catania è testardo e coerente con se stesso fino in fondo. Non possiamo parlare di novità, ma di una declinazione diversa di una dottrina che nella sostanza non arretra di un millimetro.

Innanzitutto c'è un maggiore ricorso al pensiero di Hart, che è più capace rispetto a Kelsen di render conto del maggiore ruolo dei consociati e, dunque, del rapporto fra effettività e prassi sociale. Poiché l'effettività hartiana significa attitudine normativa dei consociati ed insieme compimento delle norme, è senza dubbio in certo qual modo produttiva essa stessa di normatività, ma a patto che resti purificata dalla sua dimensione consensualistica.

«La natura prassistica e non necessariamente consensualistica dell'atto di riconoscimento salvaguarda questa effettività dai rischi comunitari e ideologici e mantiene aperte le dinamiche del dissenso»²⁷.

Il giuspositivismo metodologico esige che non si approfitti di un diritto ormai sconsolatamente riconosciuto come incerto. Alfonso Catania, per un lettore sensibile all'argomento come me, lascia trapelare la convinzione che l'ermeneutica giuridica con la sua adattabilità camaleontica ne approfitti abbondantemente, ma non lo dice mai esplicitamente²⁸, cosa che ancora una volta considero un gesto di amicizia.

L'imperativo categorico è quello di mantenere la teoria giuridica libera del tutto dalla dimensione valoriale. L'identificazione della decisione con il comportamento sociale non nega che essa non sia irrimediabilmente segnata dalla dimensione politica o ideologica, ma intende sottolineare che le motivazioni, cioè le scelte nelle loro ragioni valoriali, sono irrilevanti per la sfera propriamente giuridica²⁹. Ma al contempo questa deve renderle

26 A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari 2010, pp. 27-28.

27 Ivi, pp. 48-49.

28 A. CATANIA, *Il positivismo giuridico nella società globale*, cit., p. 691.

29 A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 12.

possibili proprio in quanto valoriali. Il desostanzialismo kelseniano è ancor più necessario nell'epoca del pluralismo valoriale, perché ne preserva l'esercizio. Il diritto è senza valore affinché i valori continuino ad abitare la vita sociale. Ma ciò è possibile solo a condizione di eliminare dalla teoria giuridica la ragion pratica, che è volta all'agire e, quindi, intrisa di valutazioni. Il riconoscimento non deve essere inteso in senso contenutistico, ma come riconoscimento della forma logica del diritto³⁰.

Arriviamo così ad una definizione più precisa del 'metodo positivista': servirsi dei concetti giuridici per capire piuttosto che per fare³¹. È una riconferma dell'orientamento kelseniano, cioè della norma come strumento conoscitivo, come schema di organizzazione che dà senso alle decisioni. «La sfida è di non leggere la rete normativa in chiave di giustificazione etico-politica di quelle decisioni, tramutandole in norme contenutisticamente razionali, ma di interpretarla come dimensione comunicativa del significato sociale delle decisioni stesse»³².

Nell'elencare i vantaggi che questa prospettiva offre a chi voglia o debba affrontare le sfide del diritto contemporaneo, tra cui quello di una maggiore flessibilità in grado di render conto della varietà tipologica delle norme³³ e quello della possibilità di disancorare la norma dal territorio³⁴, vorrei soffermarmi sulla particolare insistenza rivolta all'aspetto tecnico del diritto o, meglio, al diritto come tecnica, anch'esso – com'è noto – un tema kelseniano.

Non bisogna, infatti, enfatizzare la tecnica del diritto sì da farne un'ideologia, l'ideologia nichilista. Anche questa sarebbe una presa di posizione del diritto nei confronti dei valori con un doppio effetto negativo: la delegittimazione di ogni valore e con ciò stesso la giustificazione surrettizia dei valori dominanti³⁵. L'idea è, invece, che la giuridificazione nel senso della tecnica giuridica rende possibile il dialogo e la confronto fra diverse strategie della volontà e della scelta e al contempo preserva la possibilità della critica. La forma giuridica o il linguaggio giuridico per il suo carattere neutrale e controllato consente quella comunicazione che è altrimenti impossibile in un mondo abitato da valori in conflitto. L'esigenza di disciplinare la politica, le scelte e i soggetti delle scelte è sottesa ad ogni agire sociale, ma raggiunge la sua piena

30 Ivi, p. 17.

31 Ivi, p. 25.

32 Ivi, pp. 142-143.

33 Ivi, p. 77.

34 Ivi, p. 147.

35 Ivi, p. 45.

soddisfazione solo se è strutturata normativamente attraverso i dispositivi giuridici³⁶. Sarei quasi tentato di chiamare quello di Alfonso Catania un 'giusdispositivismo'.

Ciò spiega anche perché, sul piano dell'effettività, il concetto di 'ordinamento' si vada sempre più identificando con quello di 'organizzazione', il che non è di poco conto³⁷. Bisogna, infatti, giustificare l'esistenza di norme straordinarie e di forme di relazione giuridica che la forma canonica ordinamentale non potrebbe recepire. Non si tratta del modello meccanicistico-causale di organizzazione, ma di quello proveniente dalle scienze della vita, che privilegia l'autoreferenzialità, la proliferazione dei poteri, la dimensione reticolare piuttosto che gerarchica. Per il diritto ciò significa dar più rilievo alle norme di struttura, a quelle che conferiscono poteri, ma anche alla contingenza dei loro sempre mutevoli assetti³⁸. Il venir meno dei legami della sovranità non deve indurre ad indebolire o, peggio, ad abbandonare la forma giuridica con la caduta del diritto nel vortice del contenutismo valoriale³⁹. Tuttavia l'abbandono del concetto di 'ordinamento' significa anche una purificazione del concetto di diritto dai suoi legami contingenti con la sovranità, con lo Stato, con la nazione, con l'idea di una comunità politica coesa sul piano del potere e dei valori, con l'idea del diritto come ordine sociale oggettivo e stabile. Questo impone oggi il giuspositivismo metodologico!

Dunque, anche se con questi aggiustamenti e con queste purificazioni, quello che possiamo chiamare il paradigma teorico di Alfonso Catania viene nella sostanza riconfermato e arricchito. Con le sue stesse parole esso può essere così sintetizzato: «Il circuito che abbiamo evocato – *decisioni* volte ad influenzare i comportamenti che, a questo fine, assumono la *forma normativa* che comunica la decisione stessa (e la sua normatività o obbligatorietà), *riconoscimento* dei destinatari che identificano la decisione che pretende obbedienza, come normativa (cioè dotata di obbligatorietà) e *decidono* di conformarsi – ha senso solo se è effettivo»⁴⁰.

36 A. CATANIA, *Mortati e Schmitt*, cit., p. 127.

37 Il concetto di 'organizzazione' è una ripresa di indagini risalenti nel tempo e mai dimenticate. Esso era servito a mostrare il nesso tra la teoria pura e la problematica dell'effettività. Cfr., ad esempio, A. CATANIA, *Il diritto come organizzazione della forza*, ora in *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli 1987, p. 42-80.

38 A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., pp. 77-79.

39 Ivi, p. 34.

40 Ivi, p. 148.

Infine, incontriamo anche un'altra auto-qualificazione del giuspositivismo di Alfonso Catania: quella di «giuspositivismo critico»⁴¹. È chiaro che non bisogna certamente pensare al famigerato 'giuspositivismo ideologico', che conferisce valore morale alla positività giuridica in quanto tale, cosa del tutto agli antipodi del suo pensiero. Alfonso Catania aveva già da tempo preso le distanze in via di principio dal giuspositivismo come ideologia e, in considerazione della sua inattualità e ambiguità, dall'ideologia ottocentesca del giuspositivismo⁴².

È lo stesso giuspositivismo metodologico ad essere definito 'critico' nel senso del neoilluminismo⁴³. Questa dimensione critica, per usare ancora una volta una citazione testuale, viene così intesa: «In un significato pregnante del termine, critica è frattura della compattezza esibita dalla scienza giuridica – ma anche dalla *communis opinio* – sul fenomeno giuridico. È dunque scomposizione e ancora una volta disvelamento, puntualizzazione del movimento volontaristico, di potere, che sottende alla scelta giuridica. Critica è apertura del fenomeno giuridico per renderne visibili i poteri, le passioni, le possibilità – contingenti, storiche ma dunque modificabili, disponibili all'intervento di agenti attivi – sempre nella ferma convinzione della necessità e ineludibilità di queste correnti di potere e di queste passioni»⁴⁴.

E forse queste sono state le sue ultime parole, il suo ultimo messaggio di teorico del diritto. Esso mi ricorda il *non ridere nec lugere neque detestari, sed intelligere* di Spinoza, ma è notevole che provenga dal filosofo del diritto più passionale ed emotivo che abbia conosciuto.

41 Cfr., ad esempio, A. CATANIA, *Il positivismo giuridico nella società globale*, cit., p. 688.

42 Cfr. A. CATANIA, *Manuale di filosofia del diritto*, Napoli 1995, pp. 54-57.

43 A. CATANIA, *Che senso ha di parlare di positività del diritto, oggi?*, cit., p. 42.

44 A. CATANIA, *Il positivismo nella società globale*, cit., p. 695.

