

Francesca Poggi  
La questione delle leggi.  
Brevi osservazioni a margine di un racconto di Franz Kafka\*

Le nostre leggi non sono purtroppo universalmente note,  
sono un segreto di quel piccolo gruppo di nobili che ci domina  
F. Kafka, *La questione delle leggi*

1. *La questione delle leggi: un dilemma per il giusrealismo*

In *La questione delle leggi*<sup>1</sup> Kafka ci presenta l'immagine di una comunità in cui si reputa che esista il diritto, che esistano le leggi, ma il loro contenuto è ignoto alla maggior parte dei consociati, anzi dei sudditi: solo la nobiltà conosce le leggi. Il popolo tenta di indurre le norme vigenti osservando le azioni della nobiltà, conservando rapporti scritti dai progenitori, che aggiorna continuamente nella speranza di giungere un giorno a conoscere il contenuto delle leggi, ma si tratta di una speranza sovente frustrata e ancora (sempre?) lontana dal realizzarsi.

Per la verità, dal momento che le leggi sono segrete, non si può neppure essere certi della loro esistenza: su tale questione il popolo si presenta diviso in due fazioni.

Una prima fazione, maggioritaria, crede nell'esistenza delle leggi e ritiene che il fallimento dei tentativi di carpirne il contenuto sia causato dal fatto

che la tradizione non basta neanche lontanamente, che pertanto vi si devono ancora fare studi profondi e che, sì, anche il suo materiale, per quanto ci sembri enorme, è ancora troppo esiguo e ci vorranno ancora secoli prima che sia sufficiente. Questo aspetto, ancora torbido nel presente, è rischiarato soltanto dalla fede che sia per venire un giorno in cui la tradizione e lo studio di essa tireranno, per così dire, un respiro di sollievo per essere giunti alla conclusione e tutto sarà chiaro, la legge apparterrà soltanto al popolo e la nobiltà dovrà sparire (p. 445).

\* Tra i tanti amici e colleghi che hanno discusso questo lavoro, vorrei ringraziare soprattutto Giulio Itzcovich per le osservazioni e i commenti che ha rivolto alla prima, embrionale, versione di questo saggio: commenti e osservazioni da cui ho ampiamente attinto per lo sviluppo successivo (ferma restando, come ovvio, la mia esclusiva responsabilità per le tesi qui sostenute).

<sup>1</sup> F. Kafka, *La questione delle leggi* (1920), in F. Kafka, *Racconti*, Milano, Mondadori, 1992, pp. 444-446.

Questa prima fazione accetta il ruolo sapienziale della nobiltà, ma, allo stesso tempo, tenta di scalzarla, di acquisire, attraverso l'induzione, quella conoscenza del contenuto del diritto che renderà la nobiltà inutile. I membri di questo partito condividono una visione oggettualistica del diritto: non si propongono di sovvertire l'ordine vigente, di porre un nuovo diritto, bensì solo di conoscere un diritto che già vi è. Si tratta di una visione quasi-giusnaturalistica nella misura in cui il diritto è visto come un dato immutabile, che esiste di per sé, indipendentemente da qualsiasi atto umano di posizione. A differenza dei giusnaturalismi storici questa posizione, però, non sostiene né che il diritto sia autoevidente o, in qualche modo, conoscibile attraverso l'intuizione o la ragione umana né che esso sia (in qualche senso) giusto. Al riguardo è interessante riportare l'argomento con cui i sostenitori di questa posizione escludono che i nobili applichino il diritto in modo arbitrario:

la nobiltà non ha evidentemente alcun motivo di lasciarsi influenzare dai suoi interessi personali a nostro danno, poiché le leggi, sin da principio, erano fissate per la nobiltà la quale sta fuori dalla legge e appunto perciò pare che la legge si sia concentrata tutta nelle mani dei nobili (p. 444).

Il sovrano (la classe sovrana) è sovrano perché *legibus solutus* e proprio perciò non può avere alcun interesse a distorcere le leggi a suo vantaggio. Inoltre, in termini marxiani, si potrebbe dire che, dal momento che il diritto, in quanto sovrastruttura, tutela gli interessi della classe dominante, che è la stessa che amministra il diritto, non vi è ragione di supporre che sia applicato in maniera arbitraria: avremmo qui il caso di un diritto ingiusto (perché discriminatorio) applicato in maniera giusta (ossia imparziale).

A ben vedere, i membri di questa fazione hanno tante difficoltà nel ricostruire il contenuto delle leggi proprio in quanto presuppongono, o l'esperienza ha insegnato loro, che non esiste alcuna connessione tra il diritto e la morale, oppure, in alternativa, che la morale, di cui il diritto è espressione, è essa stessa un segreto dei nobili: se il diritto fosse espressione di una morale oggettiva (o critica) conoscibile, o, ancor meglio, di una morale sociale condivisa da nobili e popolo, il suo contenuto non sarebbe più occulto.

Un secondo partito, minoritario, nega, invece, l'esistenza delle leggi

e tende a dimostrare che, se esiste una legge, può essere soltanto questa: legge è ciò che fa la nobiltà. Questo partito vede dappertutto atti arbitrari della nobiltà e respinge la tradizione popolare che, secondo la sua opinione, reca soltanto vantaggi minimi e casuali, per lo più invece gravi danni, poiché conferisce al popolo di fronte agli avvenimenti futuri una falsa sicurezza, fallace, che induce alla leggerezza (p. 445).

Questa fazione presenta indubitabili analogie con il realismo giuridico americano: la dottrina secondo cui 'diritto' è ciò che decidono i giudici. L'assimilazione comunque sembra solo parziale: per la maggior parte dei giusrealisti, ben-

ché le norme giuridiche non determinino le decisioni giurisprudenziali, queste ultime sono pur sempre causate da modelli, da considerazioni generali, che si riferiscono al tipo di situazione sottoposta a giudizio e che, essendo appunto generali, rendono le decisioni prevedibili<sup>2</sup>. Per contro, nella situazione immaginata da Kafka le decisioni della nobiltà potrebbero essere totalmente arbitrarie, potrebbero dipendere interamente dal tipo di dieta seguita dal nobile-giudice, così come vorrebbe il giusrealismo estremo di Frank e Hutcheson. Del resto, se la nobiltà decidesse in base a schemi generali, sia pure riguardanti situazioni-tipo, proprio questo sarebbe il diritto, il contenuto delle leggi, e, nella misura in cui tali schemi fossero conoscibili e costantemente applicati, tale contenuto non sarebbe più segreto.

C'è da chiedersi però se un ragionamento analogo non sia applicabile anche al giusrealismo "moderato": nella misura in cui postula che le decisioni giurisdizionali siano determinate, non dalle norme giuridiche, bensì da «uncodified norms»<sup>3</sup>, da «patterns correlated with the underlying factual scenarios of the disputes at issue»<sup>4</sup>, il giusrealismo non fa che spostare la qualifica di 'diritto' dalle norme giuridiche alle reali ragioni alla base della decisione. Al riguardo si noti che nella prospettiva di molti giusrealisti la distinzione tra cause e ragioni tende a sfumare, se non, addirittura, a dileguarsi. Da un lato, i giusrealisti si esprimono spesso in termini di causalità (conformemente ad un'impostazione sociologica): così, ad esempio, sostengono che le norme giuridiche non causino le decisioni giurisprudenziali, ma che queste siano causate da fattori differenti. D'altro lato, però, come si è detto, molti giusrealisti ammettono che alla base delle decisioni vi siano delle «uncodified norms», generali e costanti: delle norme, ossia delle ragioni che determinano e giustificano la decisione giurisprudenziale. Così, ad esempio, Leiter parla espressamente di «causal explanation of decisions in terms of reasons (even nonlegal reasons)»<sup>5</sup>.

In ogni caso, c'è da dubitare che le reali ragioni delle decisioni giurispu-

<sup>2</sup> Sul punto cfr., almeno, B. Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, in "Ethics", 111, 2001, pp. 278-301. Secondo Leiter, mentre un gruppo minoritario di giusrealisti (cui appartengono, ad esempio, Frank e Hutcheson) «thought that idiosyncrasies of the judge's personality determined the decision» (p. 281), la maggioranza sostiene che le decisioni giurisprudenziali «fall into discernible patterns (making prediction) possible, though the patterns are not those one would expect from the existing legal rules. Rather, decisions falls into patterns correlated with the underlying factual scenarios of the dispute at issue» (p. 281).

<sup>3</sup> Cf. B. Leiter, *op. cit.*, p. 282: «what courts really do is enforce the prevailing, uncodified norms as they would apply to the underlying factual situation».

<sup>4</sup> B. Leiter, *op. cit.*, p. 281.

<sup>5</sup> B. Leiter, *op. cit.*, p. 281. Ringrazio Giulio Itzcovich per avermi segnalato questo passo e Riccardo Guastini per avermi segnalato questo problema. Non è comunque chiaro il senso in cui si può sostenere che una norma "causi" una decisione: a meno di non addentrarsi in considerazioni inerenti ai sentimenti psicologici di obbligatorietà, la relazione in questione sembra molto diversa dai normali rapporti causa-effetto che si riscontrano nel mondo fisico.

ziali siano chiare, conoscibili e generali – come potrebbero esserlo, dato che non vengono mai esplicitate, ma devono sempre essere ricostruite dai teorici? Nella misura in cui anche queste «uncodified norms» sono indeterminate e oscure, nella misura in cui non è possibile indurle in modo certo a partire dalle singole decisioni, la questione delle leggi si ripropone in tutta la sua drammaticità e l'unica soluzione giusrealista praticabile sembra quella di ammettere che il diritto sia creato *ex post* dai giudici. In altri termini, o i giusrealisti credono che vi siano “vere” ragioni che determinano le decisioni giudiziali e, pertanto, si impegnano in un interminabile ed incerto lavoro di induzione che finisce per assimilarli ai sostenitori della prima fazione kafkiana, oppure riconoscono che diritto è solo ciò che dicono i giudici e che le reali ragioni della decisione, se vi sono, sono inconoscibili. Insomma: si può dubitare che davvero esistano due tipi di giusrealismo, uno che ammette l'assoluta arbitrarietà dei giudici e l'altro che sostiene che esistano ragioni generali, o, meglio, si può dubitare che il secondo tipo di giusrealismo sia sostenibile e che possa in concreto contribuire alla prevedibilità del diritto.

Al riguardo, la recente difesa del giusrealismo da parte di Brian Leiter, si fonda proprio sulla negazione che la prospettiva giusrealista sposti la qualifica di ‘diritto’ dalle norme giuridiche alle norme non scritte, ai modelli, che determinano la decisione. Leiter distingue due tipi di giusrealismo: da un lato, lo scetticismo normativo concettuale (*conceptual rule skepticism*) che sostiene che il diritto sia l'insieme delle decisioni giurisdizionali e/o delle previsioni su come i giudici decideranno; dall'altro, lo scetticismo normativo empirico (*empirical rule skepticism*) che costituisce non una teoria del diritto, bensì una teoria descrittiva del processo (*adjudication*) e sostiene che il diritto sia indeterminato e che, pertanto, non abbia efficacia causale rispetto alle decisioni giurisdizionali. Mentre il primo tipo di scetticismo rappresenta una posizione assolutamente contraddittoria, il secondo, a giudizio di Leiter, è non solo sostenibile, ma altresì compatibile con il giuspositivismo: secondo Leiter, infatti, per sostenere che il diritto sia indeterminato, occorre assumere che ciò che conta come diritto in una data società sia individuato da una regola di riconoscimento che faccia riferimento a criteri di appartenenza indipendenti dalle singole decisioni giurisdizionali e antecedenti ad esse.

La maggiore o minore plausibilità della tesi di Leiter dipende da numerose variabili, ma, nel complesso, non sembra una posizione convincente.

Innanzitutto si può ritenere che, per lo scetticismo normativo empirico, le norme giuridiche non svolgano alcun ruolo nel determinare le decisioni giurisdizionali e che queste dipendano solo da ragioni diverse<sup>6</sup>. Tali ragioni potrebbero essere costanti, generali, oppure potrebbero essere anch'esse indeterminate e/o indeterminabili. Nel primo caso, proprio se si adotta una prospettiva giuspositivi-

<sup>6</sup> Questa tesi pare sostenuta da Leiter (*op. cit.*) ad esempio allorché identifica lo scetticismo normativo empirico con le tesi secondo cui «it is false, if nonsense, to regard judges as themselves subject to rule» (p. 288) e «rules of law don't make much (causal) difference to how courts decide case» (p. 289).

stica, pare difficile negare che le “vere” ragioni delle decisioni costituiscano, esse sole, il diritto vigente. Posto che la norma di riconoscimento è una prassi, che la sua esistenza è una questione di fatto che dipende, in ultima istanza, dalla sua efficacia, dal fatto di essere seguita, in una società in cui i giudici decidono costantemente in base ad un insieme di ragioni R, proprio tale insieme costituisce, per la norma di riconoscimento vigente, il diritto di quella società. Nel secondo caso, invece, pare difficile rinvenire una regola di riconoscimento qualsivoglia, ad eccezione di quella secondo cui è diritto ciò che decidono i giudici. In un caso come nell’altro sono diritto le decisioni dei giudici o le ragioni in base alle quali decidono: lo scetticismo normativo empirico è (anche) una teoria del diritto<sup>7</sup>. Una simile teoria del diritto è compatibile con la metodologia hartiana e, più in generale, con il positivismo metodologico: anzi, come visto, è l’esito dell’applicazione del metodo giuspositivista ad una situazione in cui di fatto il diritto non vincoli i giudici. Tale teoria è però incompatibile con le tesi sostanziali di Hart: in particolare con la tesi secondo cui, di fatto, i giudici accettano (e applicano) il diritto vigente.

Proprio per evitare questo tipo di obiezioni, Leiter sembra aderire ad una variante dello scetticismo normativo empirico secondo cui: a) non tutto il diritto è indeterminato (esistono norme giuridiche primarie che determinano solo una decisione) e b) le norme giuridiche (o, meglio, le disposizioni giuridiche) anche se, spesso, non delineano un’unica decisione corretta, non consentono un numero indeterminato di soluzioni e, pertanto, svolgono anch’esse il ruolo di concausa nella determinazione del giudizio. In altri termini, talvolta il diritto è certo, ma più spesso non lo è in quanto le disposizioni giuridiche possono essere interpretate in più modi differenti, esprimono, disgiuntamente, più di una norma: anche in tal caso, però, esiste una cornice delimitabile di interpretazioni possibili, l’insieme delle soluzioni giuridiche non è infinito. Pur accettando queste specificazioni, però, occorre osservare che, se le ragioni che, unitamente alle disposizioni giuridiche, determinano le decisioni sono generali, costanti e prevedibili, allora pare difficile negare (anche) ad esse la qualifica di diritto; se, invece, le ragioni non giuridiche sono indeterminate, allora tutto ciò che si può dire è che, in certi casi, i giudici godono di discrezionalità. In quest’ipotesi, come Leiter stesso ammette, la differenza con la teoria hartiana diventa una questione di grado: un disaccordo empirico sul *quantum* di discrezionalità concesso ai giudici (un disaccordo la cui

<sup>7</sup> In entrambi i casi le norme giuridiche invocate, citate, dai giudici a favore della decisione costituirebbero solo dei “ninnoli vistosi”: certo, esse consentirebbero un minimo di controllo sulla razionalità della decisione, ma si tratterebbe di un controllo fuorviante, e, per dirla con Kafka, dannoso «poiché conferisce al popolo di fronte agli avvenimenti futuri una falsa sicurezza, fallace, che induce alla leggerezza». Inoltre, nella misura in cui si assume che il diritto sia indeterminato, tale controllo si esaurirebbe in un esercizio retorico dei giudici, i quali potrebbero sempre reperire qualche norma giuridica con cui giustificare *ex post* qualsiasi sentenza.

soluzione dipende dai singoli casi e dai singoli ordinamenti). Ciò, però, accade non perché il giusrealismo sia in generale compatibile con il giuspositivismo, bensì perché lo scetticismo normativo empirico di Leiter è una forma di giuspositivismo.

Tornando alla finzione kafkiana, il secondo partito, come si è detto, è minoritario e

è rimasto così esiguo appunto perché riconosce pienamente la nobiltà e il suo diritto di esistere [...] un partito che, oltre alla fiducia nelle leggi, ripudiasse la nobiltà, avrebbe subito le adesioni di tutto il popolo, ma un partito così non può nascere perché nessuno osa ripudiare la nobiltà [...] l'unica legge visibile e indubitabile che ci è imposta è la nobiltà, e noi dovremmo forse privarci di quest'unica legge? (p. 446).

Si noti che anche i giusrealisti (coloro che sostengono lo scetticismo normativo concettuale<sup>8</sup>) “ripudiano” le leggi ma riconoscono i giudici; proprio tale fatto è alla base della nota critica hartiana: «se vi devono essere dei tribunali, devono esservi delle norme giuridiche che li costituiscono»<sup>9</sup>. Se ‘diritto’ è ciò che dicono i giudici, come è possibile individuare chi siano i giudici senza far riferimento a norme giuridiche, sia pure solo procedurali?

Il giusrealismo, benché si presenti come una teoria puramente descrittiva, è stato spesso accusato di essere nascostamente normativo: di legittimare un’ampia discrezionalità giurisdizionale (se non, addirittura, di incoraggiarla). Personalmente non ho mai condiviso una simile critica: è ben possibile descrivere un sistema, anche il più ingiusto, senza accettarlo, è possibile «riconoscere” i funghi velenosi senza tuttavia “accettare” di mangiarli»<sup>10</sup>. Eppure il racconto di Kafka, secondo cui la seconda fazione «riconosce pienamente la nobiltà e il suo diritto di esistere», sembra mettere in crisi questa pretesa avalutatività. Certo, i giusrealisti possono limitarsi a descrivere il fatto che, in una data comunità, i giudici o i nobili sono accettati come autorità e non sono vincolati né da leggi inesistenti (nella finzione kafkiana) né dal diritto posto (nel mondo reale). Nonostante che questa sia indubbiamente una descrizione, il giusrealismo si ammanta, però, di un’aria prescrittiva, non tanto, come comunemente si pensa, per ciò che dice, quanto, piuttosto, per ciò che omette, per ciò che tace.

Il punto è che per la tesi giusrealista il diritto positivo non è vincolante e, pertanto, i giudici o i nobili di Kafka non possiedono alcuna legittimazione: ma que-

<sup>8</sup> In seguito parlerò di giusrealismo solo per designare la tesi denominata da Leiter scetticismo normativo concettuale e quella variante dello scetticismo normativo empirico che non attribuisce alcuna rilevanza alle norme giuridiche (e che, come detto, finisce a mio giudizio per equivalere allo scetticismo normativo concettuale).

<sup>9</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 160.

<sup>10</sup> R. Guastini, *Distinguendo*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 341.

sto è proprio ciò che i giusrealisti non dicono. Così, nella finzione kafkiana, le leggi non esistono e, se non esistono le leggi, non vi è ragione di riconoscere la nobiltà come autorità, posto che questa trae il suo potere proprio dal conoscere il segreto delle leggi: la seconda fazione, però, non si spinge a tanto, non giunge a ripudiare la nobiltà e per tale ragione resta minoritaria. Analogamente se nel mondo reale il diritto democraticamente posto non è vincolante per i giudici, allora questi risultano privi di legittimazione o, per lo meno, devono trovare la loro legittimazione al di fuori di quel diritto che li istituisce e conferisce loro potere: ma è proprio questo ciò che i giusrealisti non dicono.

Il giusrealismo non compie mai il salto dalla descrizione alla critica normativa dello *status quo*, ma questa omissione sembra tacitamente implicare, anche contro l'intenzione dei suoi autori, non la neutralità bensì una scelta valutativa opposta, ossia a favore dell'ordine esistente. Se la mia teoria mi porta a ritenere che l'ordine esistente sia ingiusto devo dirlo, perché se non lo dico sembro appoggiarlo<sup>11</sup>.

In altri termini, i presupposti teorici, descrittivi, del giusrealismo sembrano sottointendere una conseguenza prescrittiva: il giusrealismo non può (in senso fattuale) esimersi dall'esplicitare questa conseguenza normativa, non può rimanere su un piano puramente descrittivo, perché il suo silenzio sembra sottendere una valutazione di segno opposto. Sia che parli sia che taccia sembra esprimere un giudizio normativo. Credo che in questo senso, e solo in questo senso, si possa sostenere che il giusrealismo legittimi il potere giudiziale: lo legittima nella misura in cui non lo critica.

Tuttavia, a ben vedere, il giusrealismo non può nemmeno cominciare a criticare il potere giudiziale: come ben evidenziato da Kafka, «l'unica legge visibile e indubitabile che ci è imposta è la nobiltà, e noi dovremmo forse privarci di quest'unica legge?». Se dopo aver negato che le norme giuridiche positive siano vincolanti, neghiamo anche la legittimità dei giudici (o dei nobili) cosa rimane del diritto?

## 2. *Obblighi e diritto nella finzione kafkiana: un problema per il giuspositivismo*

Quella descritta da Kafka è indubbiamente una situazione poco desiderabile, una società in cui nessuno di noi auspicherebbe di vivere (salvo, forse, che come nobile): «è estremamente penoso essere governati da leggi che non si conoscono» (p. 444). Un simile ordinamento, infatti, non garantisce alcuna certezza del diritto, impedisce ai sudditi di organizzarsi «in qualche modo per il presente e per l'avvenire» (p. 445). Non è, però, questo il punto che intendo affrontare: piuttosto vorrei tentare di evidenziare come la pensabilità di un simile ordinamento *qua* ordinamento giuridico metta in crisi alcuni dei postulati della filosofia del diritto contemporanea.

<sup>11</sup> Ciò ovviamente non è sempre vero: come mi ha fatto notare Giovanni Battista Ratti, alcuni giusrealisti americani hanno esplicitato le conseguenze giuspolitiche delle proprie tesi, criticando espressamente le operazioni giurisprudenziali.

Nella società descritta da Kafka non esistono, almeno presso il popolo, obblighi giuridici in senso hartiano. È chiaro, infatti, che il popolo non può accettare norme che non conosce. Si potrebbe ritenere che l'unico obbligo giuridico sia quello di obbedire alle decisioni della nobiltà, ma tale supposizione non è affatto necessaria. Benché nel racconto non venga precisato, si può anche immaginare che la nobiltà sia "accusatore, giudice e boia", che essa includa i funzionari incaricati di applicare le pene e che il popolo si limiti a non opporre resistenza, a non insorgere, quando tali pene vengono eseguite – una situazione molto simile a quella immaginata da Kafka in *Nella colonia penale*, dove il condannato non conosce né il reato di cui è accusato né la pena cui è stato condannato. Si può ritenere che in una tale società esista un ordinamento giuridico? In base alla concezione hartiana direi di no. Secondo Hart perché esista un ordinamento giuridico sono necessarie due condizioni: 1) che i giudici e i funzionari accettino l'ordinamento e, in particolare, «le regole di riconoscimento che stabiliscono i criteri di validità giuridica e le sue norme di mutamento e di giudizio»<sup>12</sup> e 2) che la maggior parte dei consociati obbedisca alle norme primarie che sono valide in base ai criteri definitivi di validità dell'ordinamento<sup>13</sup>.

Nella finzione kafkiana la seconda condizione, ovviamente, non sussiste: il popolo non conosce le norme valide, né, pertanto, può obbedire ad esse (al limite vi sarà solo una coincidenza, casuale e occasionale, tra i comportamenti effettivi e quelli prescritti)<sup>14</sup>. Per tale ragione il popolo kafkiano non ha obblighi giuridici neppure nel senso individuato dalla teoria predittiva. Per tale teoria un soggetto ha l'obbligo di fare X se, e solo se, è probabile che qualora non faccia X incorra in una sanzione S: l'ignoranza circa il contenuto delle leggi impedisce, però, di formulare giudizi predittivi di tal genere o, almeno, li ammantava di assoluta incertezza. Al più, nella società kafkiana si può dire che un soggetto aveva l'obbligo giuridico di fare X, qualora l'omissione di X sia stata di fatto punita.

Anche la prima condizione individuata da Hart è, in un certo senso, problematica all'interno della società kafkiana: l'esistenza e il contenuto della regola di riconoscimento sono incerte, almeno per il popolo. Il popolo (e i lettori) non sono in grado di stabilire se esista tale regola o se, invece, ne esistano molteplici e contraddittorie. Tutto ciò che il popolo può fare è avanzare supposizioni al riguardo: così,

<sup>12</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *op. cit.*, trad. it, p. 137.

<sup>13</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *op. cit.*, trad. it, pp. 136-7.

<sup>14</sup> Come mi ha fatto notare Cristina Redondo, secondo una certa interpretazione della teoria di Hart una simile coincidenza casuale e occasionale tra il comportamento prescritto da una norma e il comportamento di fatto tenuto dai consociati è sufficiente affinché la regola in questione possa dirsi obbedita. Personalmente ritengo una simile interpretazione del tutto errata e non comprendo come si possa obbedire a qualcosa che non si conosce. Certo i consociati possono non accettare attivamente l'ordinamento e limitarsi a seguire le norme primarie (o la maggior parte di esse) per prudenza o conformismo: ma per far ciò devono pur sempre conoscerle.

secondo la fazione “giusrealista”, la norma di riconoscimento stabilisce che è diritto ciò che dichiarano i nobili, secondo l’opposta fazione è diritto ciò che è statuito dalle antiche leggi che i nobili si limitano a dichiarare. Si noti che queste due ricostruzioni hanno entrambe una capacità predittiva nulla, che, peraltro, non può valere come loro falsificazione: l’assenza di capacità predittiva è implicata dalla ricostruzione giusrealista (e pertanto non la falsifica), mentre nel caso della fazione opposta vi è un dichiarato *deficit* epistemico («ci vorranno ancora secoli» prima di riuscire a carpire il segreto del diritto). Certo, nonostante questo, la prima condizione hartiana non può considerarsi frustrata: che lo sia o meno dipende essenzialmente dall’atteggiamento dei nobili, dal fatto che i nobili accettino attivamente la regola di riconoscimento (qualunque essa sia) e su ciò non è dato sapere nulla.

Ebbene, un ordinamento in cui i consociati non conoscono le norme che li governano, in cui non hanno obblighi giuridici (né in senso normativo, né in senso predittivo), in cui la regola di riconoscimento è per essi epistemicamente inaccessibile può definirsi ‘diritto’? Credo che tale domanda rappresenti un problema per il giuspositivismo per la semplice ragione che, nella finzione kafkiana, tutti i consociati sono convinti di possedere un ordinamento giuridico, di essere governati da leggi.

Se un giuspositivista ammette che tale società possiede un ordinamento giuridico, allora è costretto a rivedere molte delle nozioni hartiane, dalle più alle meno consolidate – tra le prime, vi sono le condizioni relative all’esistenza dell’ordinamento giuridico, tra le seconde vi è la nozione di diritto naturale minimo, ossia l’idea che il diritto abbia un contenuto necessario. Per contro, se si nega che tale società abbia un diritto, si è costretti a spiegare la possibilità di un errore collettivo, e, a mio giudizio, si rischia anche di contraddire la tesi delle fonti sociali, la tesi secondo cui è una questione di fatti sociali ciò che conta come diritto in una data società. Nella finzione kafkiana tutti sono convinti di possedere un ordinamento giuridico, sono convinti che i nobili amministrino il diritto e i nobili di fatto rappresentano un’autorità: si può negare che tali fatti costituiscano diritto solo se si tratta quest’ultimo come una sorta di concetto naturale, al pari dell’acqua di Putnam che, necessariamente, è H<sub>2</sub>O<sup>15</sup>.

Ovviamente questo non è un problema fatale per i giuspositivisti: si può sempre negare, se non la pensabilità della società kafkiana, quanto meno la possibilità di una sua effettiva realizzazione: si può sostenere che non è di fatto possibile che una società sia retta da un simile ordinamento. Eppure il racconto di Kafka sembra ben rappresentare, anche se in modo parossistico, la prospettiva dell’uomo comune, perso di fronte all’oscuro mistero delle leggi, alle esoteriche criptografie dei codici e delle categorie giuridiche, e viene il dubbio che la parziale incapacità delle categorie giuspositivistiche di spiegare tale situazione sia dovuta ad un crescente distacco, più o meno consapevole, da tale prospettiva.

<sup>15</sup> Per una critica a questa concezione cfr., ad esempio, A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford-Portland, Hart Publishing, II ed., 2005, cap. V.

