

COSIMO NICOLINI COEN

Condizioni di possibilità e valore della discrezionalità nell’ambito giudiziario

ENGLISH TITLE

Conditions of Possibility and the Value of Discretion in the Judicial Field

ABSTRACT

What are the conditions of possibility of judicial discretion? In this paper this question is articulated in reference to the constitutional field. It is argued that those conditions of existence lie in the nature of the normative text and of its comprehension. From this point it is recognizable the connection between the judicial interpretations and those proposed by the nomic communities. But which values, if any, justify their existence? The multiplicity of readings could bring to a quite conflictual condition. This conflict reveals the degree of responsibility in the judicial interpretation. More radically, this condition of division of constitutional opinions sheds light on the intersubjective condition of every normative comprehension.

KEYWORD

Legal Interpretation – Robert M. Cover – Theory of Meaning – Hermeneutic and Judicial Responsibility – Intersubjectivity.

Tout recours au mot suppose l'intelligence de la première signification, mais intelligence qui, avant de se laisser interpréter comme «conscience de», est société et obligation.

E. Lévinas, *Totalité et infini Essai sur l'extériorité*, 1961-1988

INTRODUZIONE

Il presente contributo¹ propone un’analisi del fenomeno della discrezionalità

1. Questo contributo nasce dalla rielaborazione della mia tesi di laurea magistrale (a.a. 2015–16) in Filosofia del diritto – cattedra del prof. Paolo Di Lucia, che qui ringrazio per la costante attenzione con cui ha indirizzato la ricerca, prima e dopo la discussione di tesi. Ho poi avuto la fortuna di discutere il presente contributo con la prof. ssa Lucia Corso che ringrazio per le preziose indicazioni fornitemi.

giudiziaria. Due domande la sorreggono: 1. quali ne sono le condizioni di possibilità? 2. quale ne è il valore? Rispondendo alla prima domanda l'analisi si struttura su tre livelli corrispondenti a tre differenti condizioni di possibilità della discrezionalità giudiziaria: *a*) condizioni istituzionali; *b*) linguistiche – natura del testo; *c*) normative – natura delle regole che costituiscono la funzione giudiziaria. Corrispettivamente a ciascuna delle tre condizioni è possibile circoscrivere alcuni nodi: *a'*) il rapporto tra l'unità di un dato complesso istituzionale e la pluralità dei suoi soggetti membri; *b'*) la natura del testo normativo e dell'attività di comprensione cui viene sottoposto; *c'*) il rapporto tra regole costituenti una determinata realtà sociale e la prassi che si istituisce in rapporto a tali regole. In ognuno di questi livelli l'analisi prende le mosse da alcuni passaggi dell'opera di Robert Cover (*Justice Accused*, 1975; *Nomos and Narrative*, 1983) per delineare alcune ipotesi circa il rapporto tra 'forma' e 'sostanza' (aspetti inerenti il contenuto) all'interno dell'agire giudiziario; la natura del linguaggio normativo e delle regole dell'agire giudiziario. Queste ipotesi – attraverso il confronto con altri paradigmi teorici, come emergerà in particolare nei §§ 2.2. e 3.2. – esulano dal preventivo confronto con il pensiero di Cover. Attraverso il medesimo schema espositivo si tenterà di rispondere al secondo quesito, dapprima sulla scorta di Cover (§ 4.1.) e quindi autonomamente.

1. CONDIZIONI ISTITUZIONALI PER LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA

1.1. *La fine dell'autonomia giudiziaria nazionale e la meccanizzazione della funzione giudiziaria*

In *Justice Accused* Cover² analizza l'operato di alcuni tra i principali giudici statunitensi attivi poco prima dello scoppio della Guerra Civile in relazione al *Fugitive Slave Act (Fsa)*³: sino alla decisione della Corte Suprema *Prigg vs Pennsylvania* (1842) principale argomentazione spesa in ambito giuridico da parte antischiavista consisteva nel rilevare in che misura l'applicazione del *Fsa* da parte federale entrasse in contraddizione con i margini di autodeterminazione propri a ciascun singolo Stato, facendo così emergere un'antinomia tra due doveri di fonte costituzionale⁴. Rileva che: *i*) l'argomento dell'autonomia nazionale costituiva presupposto per svolgere la battaglia contro il *Fsa* all'interno del perimetro costituzionale; *ii*) l'argomento poggiava su un punto

2. Per un'introduzione al pensiero di Cover, F. Michaut, 2001. Cover iniziò a indagare il tema della responsabilità giudiziaria di fronte a una legge ritenuta ingiusta in R. Cover, 1968.

3. Legge del 1793 che sanciva in base all'art. IV, sez. II della Costituzione il diritto dei proprietari di schiavi di vedersi restituiti questi nel caso di loro fuga in Stati liberi dell'Unione. Per un quadro storico, P. Finkelman, 2001.

4. R. Cover, 1975, 162-3.

nevralgico dell'architettura istituzionale dell'Unione, ossia sull'equilibrio tra Centro federale e Periferia (singoli stati). Tale argomento venne indebolendosi a causa di una serie di sentenze della Corte Suprema federale ove si ritenne che nei casi rientranti nella fattispecie del *Fsa* fosse in gioco il mantenimento in vita dell'Unione – la cui preservazione divenne criterio dirimente. Così in *Prigg v. Pennsylvania*⁵ la Corte Suprema federale decise di annullare la decisione presa dalla Corte della Pennsylvania riguardo all'illegalità del rapimento di un'ex schiava e dei suoi figli da parte del *kidnapper* Prigg. L'argomento della Corte Suprema fu che tale decisione, ancorché legittima in riferimento alle norme in vigore in Pennsylvania, ostacolava l'applicazione del *Fsa*, rendendo inefficace una disposizione costituzionale valida. Questa decisione segnò una svolta nell'approccio giudiziario al *Fsa* di cui venne legittimata un'applicazione diretta da parte federale, così erodendo il diritto/dovere di ogni singolo Stato a istituire un processo autonomo. A illustrare tale aspetto è l'opinione dissidente del giudice McLean secondo cui gli Stati avevano, altresì, «il potere di insistere per avere un processo pacifico nella procedura di restituzione»⁶ del fuggitivo. Più strutturalmente, presentando la diretta applicazione del *Fsa* come necessario compromesso per la sopravvivenza dell'Unione, la Corte Suprema rimandava il quesito inerente la correttezza di merito del *Fsa* all'ambito legislativo – posizione riconducibile all'istanza di matrice illuminista della subordinazione del giudice alla legge. Tuttavia l'analisi di Cover permette di mettere in luce come la questione inerente l'applicazione del *Fsa* non fosse necessariamente liquidabile sulla base dell'istanza della separazione dei poteri, posta la complessa collocazione del *Fsa* nella struttura istituzionale e nel tessuto del testo costituzionale.

Prigg v. Pennsylvania segnò un passo decisivo verso l'adozione di una concezione meccanicistica⁷ della propria funzione da parte del corpo giudiziario nella misura in cui, a partire da tale decisione, in ogni ricorrenza di casi rientranti nella fattispecie del *Fsa* i giudici avrebbero ritenuto di essere vincolati a un'applicazione diretta del *Fsa* – ossia di essere esonerati dall'entrare nel merito della coerenza di questa disposizione rispetto ad altri elementi del testo costituzionale quali i principi di autodeterminazione degli stati e, più in generale, del *Bill of Rights*. Secondo l'utilizzo euristico fornito da Cover della teoria della dissonanza cognitiva di L. Festinger (1957), i giudici di morale antischiavista, percependo sempre più l'applicazione del *Fsa* come *policy* federale da cui dipendeva il mantenimento in vita dell'Unione, riuscivano a esimersi da una condizione di intollerabile conflitto, quale si sarebbe presentata se di fronte a loro i due termini della dicotomia (le proprie preferenze politico-morali *vs* il

5. Ivi, 167-9.

6. Ivi, 168.

7. R. Pound, 1908, 605-23.

giuramento alla Costituzione) avessero presentato analogo peso dal punto di vista della loro legittimità normativa. L'adozione di una concezione meccanicistica della propria funzione sopprimeva la possibilità stessa di prendere in considerazione, in quanto corpo giudiziario, qualsivoglia tipologia di argomentazione atta a suggerire la non (o differente) applicazione del *Fsa*. Emerge così come l'adozione di una concezione meccanicistica riposi su una scelta – finalizzata alla deresponsabilizzazione della decisione – e non già su una necessità epistemica inerente il *modus operandi* giudiziario.

Analogamente, parte del movimento antischiavista, rappresentata da Phillips e Garrison, riteneva che non sussistessero margini per portare le istanze antischiaviste all'interno delle aule dei tribunali poiché condizione di esistenza di questi – il testo costituzionale – era causa diretta del *Fsa*. I giudici erano dunque di fronte all'alternativa tra il dovere di applicare, seguendo il loro giuramento alla Costituzione, il *Fsa*, oppure di abdicare al proprio ruolo, abbracciando il proprio ideale morale. Nell'*aut aut* posto dai garrisoniani si rinviene, in termini specularmente opposti, quella stessa concezione meccanicistica della funzione giudiziale, tale per cui il testo costituzionale era visto unicamente sotto il prisma di una tra le sue disposizioni – il *Fsa*.

Differentemente, è individuabile nel movimento dell'*Utopic Constitutionalism* l'indizio fenomenico della possibilità, a livello strutturale, di una concezione non meccanicistica a partire dalla quale veniva riconosciuto, e apprezzato sul piano valoriale⁸, quel margine di discrezionalità che è proprio alla funzione giudiziale⁹. La condizione in base a cui l'*Utopic Constitutionalism* riconosceva e rivendicava la discrezionalità giudiziale risiede in una concezione controintuitiva del testo costituzionale la quale dava luogo ad una lettura ove il *Bill of Rights*, nonché la *Dichiarazione di Indipendenza*, venivano fatte prevalere di contro al *Fsa*. Si rinviene così il passaggio dall'argomento dell'autonomia nazionale, speso in ambito giudiziario precedentemente a *Prigg vs Pennsylvania*, all'argomento incentrato su di una differente lettura del testo costituzionale in quanto tale – argomento che agiva direttamente al cuore del potere federale.

1.2. Superamento del dualismo di *Is* vs *Ought* attraverso il riferimento al *Could be*

Nella concezione meccanicistica del ruolo giudiziale possiamo riscontrare una contrapposizione tra la l'*Is* e l'*Ought* della legge¹⁰. Diversamente dalla distinzione kelseniana tra ambito della causalità naturale [*Sein*] e dell'imputazione

8. Cfr. § 4.1.

9. H. Kelsen (1934), trad. it., 1952–2000, 111.

10. R. Cover, 1975, 152–154.

normativa [*Sollen*]¹¹, le categorie di *Is* e *Ought* fornite da Cover permettono di distinguere tra due domini di esistenza interni all’ambito del diritto. Con *Is* intenderemo la legge quale diritto posto. Con *Ought* intenderemo la legge quale dovrebbe essere, a seconda delle rispettive concezioni del singolo giudice ovvero del singolo cittadino. Fintanto che l’applicazione della disposizione costituzionale è intesa quale attività meccanica, espletazione di un significato già presente nell’*Is*, allora la dimensione dell’*Is*, del testo, si presenta come dominio coestensivo ed esaustivo della funzione giudiziale, concepita in un rapporto di antitesi rispetto a qualsiasi riferimento alla dimensione dell’*Ought*. Da qui è possibile notare come sottesa alla concezione meccanicistica del ruolo giudiziale si presenta un’antitesi strutturale tra Forma e Sostanza (aspetti inerenti il contenuto). In effetti la dimensione dell’*Is*, la testualità delle disposizioni, può essere tradotta come dimensione formale nella misura in cui con formalismo giuridico si intenda, in un senso più ampio rispetto a *Mechanical Jurisprudence*, l’istanza secondo la quale l’operare del giudice è – dal punto di vista epistemico – e/o deve essere – dal punto di vista valoriale¹² – un operare con le forme, dalla sussunzione di fattispecie concrete a fattispecie astratta sino all’analoga e così via¹³. L’*Ought*, ciò che la legge dovrebbe essere, può viceversa essere tradotta come dimensione sostanziale cui criterio decisionale ultimo è non già il corrispondere dell’operare giudiziale a determinate regole procedurali bensì il corrispondere o meno della disposizione, e della norma¹⁴, a un presupposto contenuto di ordine politico e/o morale. I termini di Forma e Sostanza sono, così presentati, inconciliabili.

Tuttavia, a partire dalla disamina del fenomeno dell’*Utopic Constitutionalism*, si scorge un varco che supera la suddetta antinomia. Si è detto che le condizioni concettuali di esistenza dell’*Utopic Constitutionalism* sono date dalla possibilità di inaugurare una lettura controintuitiva della Costituzione. Tale lettura ergeva i principi contenuti nel *Bill of Rights* – e più genericamente della *Dichiarazione di Indipendenza* – contro la disposizione costituzionale del *Fsa*. Questa dialettica tra documenti di natura normativa, interna all’ambito delle forme, si basa su orientamenti di tipo sostanziale. Si illustra così in che misura l’operare giudiziario sia, in varia misura, un operare tanto con le forme quanto, subordinatamente a queste, con le sostanze – per la semplice ragione che le forme con cui il giudice opera – e tanto più quanto più il sistema giuridico è complesso – contengono riferimenti a una pluralità di contenuti, tra di

11. H. Kelsen (1934), trad. it. 1952-2000, 48-52.

12. Il giuspositivismo odierno richiama tali aspetti – subordinazione del giudice alla legge – da un punto di vista valoriale così superando l’epistemologia del primo giuspositivismo; C. Luzzati, 2016, 25.

13. N. Bobbio, 1996, 143-7.

14. V. Crisafulli, 1964.

loro in rapporti di compatibilità variabile. Cover ricorre, in quanto locutore di lingua inglese, al verbo *could*¹⁵ per alludere a ciò che la disposizione costituzionale può significare. Noi proponiamo di tematizzare la ricorrenza di questo verbo riscontrandovi l'espressione di una dimensione che esula dal binomio *Is* e *Ought*. A partire da quali condizioni sussiste tale possibilità interpretativa? Secondo gli esponenti dell'*Utopic Constitutionalism* tali condizioni si trovano in presenza di principi costituzionali soggetti a differenti declinazioni normative. Una prima concettualizzazione dell'*exemplum* fornito dall'*Utopic Constitutionalism* consisterà nel dire che tali condizioni di possibilità sussistono nella misura in cui si è in presenza di testi normativi suscettibili di analoghi processi interpretativi. Alla domanda sulle condizioni di possibilità di un'ipotetica dimensione del *Could be* del significato del testo non è dato, dunque, rispondere se non riponendo l'attenzione alla natura del testo normativo.

2. CONDIZIONI LINGUISTICHE PER LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA

2.1. *Il testo normativo come Dna e l'apertura alle comunità nomiche*

Potremmo immaginare, si interroga Cover, un *nomos* completamente autoevidente, un testo normativo che non necessiti di interpretazione alcuna al fine di comprendere come ci venga prescritto di agire? Un testo di tale tipo sarebbe costituito «da cristalli totalmente puri» e si caratterizzerebbe per una «chiarezza abbagliante», priva di ombre e sfumature. Tale unità del significato, continua Cover, può sopravvivere solo per un istante, di per sé «puramente illusorio». Non solo perché presto un filosofo «sfiderebbe l'identificazione» di tale visione con la verità. Bensì, e soprattutto, perché a questo testo fanno riferimento esseri umani in carne e ossa i quali presto inizierebbero a dividersi sul significato da attribuire ad alcune delle sue prescrizioni o, ad un altro livello, sulla validità delle prescrizioni. Così il testo normativo è come un «Dna legale»¹⁶ da cui, in virtù di un processo di «mitosi giuridica» [*Juridical Mitosis*]¹⁷, crescono differenti interpretazioni. Esso può avvenire all'interno di una stessa «comunità nomica», fintanto che questa sia in grado di sopportare un determinato grado di variabilità interna, oppure spingersi ai suoi confini sino a produrre scissioni e nuove comunità. È questo «il problema della molteplicità del significato». Sulla base di tale assunto Cover riconosce differenti tipologie di «comunità nomica». Per quanto concerne le modalità di interpretazione di un dato testo normativo distingue tra la comunità nomica «insulare» e quella «redentrice». Per quanto concerne le modalità di gestione delle

15. R. Cover, 1975, 154-6, 168.

16. R. Cover, 1983, 15, 44.

17. Ivi, 15, 31.

differenti interpretazioni distingue tra modalità di gestione «paidetica» e «imperiale». La comunità nomica insulare vive in accordo alla propria interpretazione del testo normativo in condizioni di isolamento dalla restante società; viceversa quella redentrice rivendica la propria interpretazione del testo come valida per tutta la società. Cover fornisce così degli strumenti per una modellizzazione dell'agire sociale. Tali aspetti paiono utili anche in riferimento al problema qui in analisi. Anzitutto possiamo dire che mentre i garsoniani sono definibili come comunità nomica insulare¹⁸, in aperta conflittualità con il testo normativo di riferimento (Costituzione), e dunque portati a dar vita a una scissione (degli Stati liberi), l'*Utopic Constitutionalism* è definibile quale comunità nomica redentrice in quanto si appella ad una differente lettura del testo costituzionale per ridefinire il significato delle norme vigenti. In secondo luogo si può notare come la lettura proposta dall'*Utopic Constitutionalism* sia possibile solo nella misura in cui il testo normativo venga inteso quale Dna normativo e non già quale testo il cui significato sia autoevidente. In terzo luogo in *Justice Accused* Cover indica un fenomeno significativo al fine di comprendere le condizioni di possibilità della dimensione di ciò che abbiamo proposto di definire quale *Could be* del significato del testo normativo. I sostenitori dell'*Utopic Constitutionalism* non erano giudici, bensì attivisti di vario genere (da avvocati a semplici cittadini)¹⁹. Ciò significa che il *Could be* non sussiste soltanto per coloro che, secondo il loro ruolo istituzionale, sono chiamati a dirimere il caso concreto, bensì interagisce con l'insieme della collettività. Sicché una volta individuata tra le condizioni di possibilità della discrezionalità giudiziaria la natura di «Dna» del testo normativo, ne viene che tale discrezionalità getta luce non soltanto sull'operare giudiziario, visto quale intreccio di Forma e Sostanza, bensì anche sul (potenziale) operare normativo dei cittadini.

La dimensione del *Could be* ci porta a considerare un altro aspetto connesso all'ipotetica antitesi tra Forma e Sostanza. Come si è detto l'argomento principe che militava a favore del non riconoscimento della discrezionalità giudiziaria in rapporto al *Fsa* era quello della sopravvivenza dell'Unione – minacciata dal grado di eterogeneità di opinioni tra gli Stati circa la questione della schiavitù. La connessione tra il tema della discrezionalità giudiziaria e della tenuta unitaria di un assetto sociale indica il *fil rouge* che unisce l'analisi di *Justice Accused* a quella di *Nomos and Narrative* e permette di focalizzare l'attenzione sulla tensione intercorrente tra la «molteplicità del significato», conseguente all'esistenza della dimensione del *Could be*, e la necessità, teorica e pratica, dell'unità – del significato del testo normativo e della società *tout court*. L'analisi della discrezionalità nell'ambito giudiziario in quanto è analisi

18. Ivi, 35-8.

19. L. Spooner (1870), trad. it. 1997; F. Douglass, 1966.

di un agire che ha luogo per riferimento e comprensione a un testo illustra così alcuni elementi di contiguità tra teoria dell’agire sociale e teoria del significato.

*2.2. Il Could be del significato del testo normativo
come esito del carattere poroso del linguaggio*

Un secondo concetto utile a rendere ragione delle condizioni di possibilità per l’esistenza di una dimensione quale quella del *Could be* del testo normativo è quello di *Open texture*²⁰ che trova il suo presupposto nel concetto di *Porosität der Begriffe* di Waismann²¹. È possibile evidenziare come in luogo di parlare della presenza o assenza, in senso qualitativo, di lacune del testo sia necessario parlare di una natura strutturalmente porosa, in senso quantitativo, del linguaggio normativo²². Prendendo per corretto il presupposto secondo cui la porosità sia da intendersi quale condizione potenziale di vaghezza, possiamo riconoscere due cause del sussistere di tale condizione: *i*) la carenza di significato esplicito a livello di disposizione – tale per cui il giudice, nell’applicarla, è chiamato a supplirvi²³; *ii*) il *surplus* di significato, tale per cui il giudice, nell’applicare la disposizione, è chiamato a selezionare tra più significati possibili – così svolgendo quella funzione da Cover definita *jurispathic* e, in quanto tale, sintomatica di discrezionalità²⁴.

Ora, tale porosità del testo è coessenziale al linguaggio normativo oppure dipende dalla natura specifica di un dato testo normativo oppure, ancora, dalla concezione del testo che il corpo giudiziale o altri corpi sociali adottano? Non è facile rispondere. Ciò che si è qui analizzato a livello fenomenico – la coesistenza, nel medesimo lasso di tempo e nel medesimo contesto giuridico, dell’approccio meccanicistico e di quello controiduitivo dell’*Utopic Constitutionalism* – fornirebbe argomenti a sostegno della tesi per cui è l’adozione di una determinata concezione a spingere il corpo giudiziale (o altre entità, come le comunità nomiche) a riconoscere, ovvero concepire, il testo normativo secondo il suo carattere poroso, potenzialmente vago. Diversamente, la storia della codificazione nell’Europa della *Civil Law* fornirebbe argomenti a favore della tesi secondo cui tale porosità dipenderebbe dalla tipologia di testo normativo. Guardando alla codificazione napoleonica pare legittimo asserire

20. H. L. A. Hart (1961), trad. it. 1965, cap. VII.

21. Tuttavia si sono evidenziate le discrasie nell’uso di *Porosität* in Waismann e di *open texture* in Hart; F. Schauer, 2013, 197-8.

22. C. Luzzati, 1990.

23. Guardando ad altre disposizioni; a elementi non prescrittivi dei testi normativi; a valori egemoni nella società. Tale operazione non avviene nel vuoto: la disposizione – quale enunciato scritto – “precede e condiziona la norma”, quale significato; V. Crisafulli, 1964.

24. Distinta dall’equità poiché non inerisce un’operazione extra-formale; L. Ferrajoli, 2013, 125.

che la struttura linguistica del Codice non contenga una vaghezza potenziale – bensì, al massimo, delle lacune. D’altro canto è evidente che tali aspetti sono riconducibili ad una precisa politica normativa, quella del formalismo di matrice illuminista – che è in un rapporto di sola contiguità e non di identità con la concezione meccanicistica dell’agire giudiziale²⁵. Politica che rispondeva ai bisogni di chiarezza del testo, e conseguente certezza della pena, attraverso la soggezione del potere giudiziario a quello legislativo²⁶, nonché all’istanza di unificazione del tessuto sociale attraverso il superamento dei corpi intermedi di matrice medioevale. Così è una scelta di politica normativa, espressa nella rivendicazione per cui i giudici non siano altro «*que la bouche qui prononce les paroles de la loi*» ossia «*des être inanimés*»²⁷, a rappresentare la condizione di non possibilità, ovvero di non auspicabilità, della discrezionalità giudiziaria. Dirimente è che tale condizione di non possibilità si attesterebbe sul livello di presupposte scelte valoriali attinenti l’importanza dello stato di diritto e non (soltanto) sul livello della tipologia del testo in sé.

In ogni modo, il riferimento fenomenico al Codice – come tipologia di testo – e alla codificazione, come politica normativa, getta luce su alcune implicazioni del concetto di porosità del linguaggio. Quando astraiamo dal dibattito inerente l’aspetto valoriale (ad esempio, perché sia necessaria, e in che misura, la subordinazione del giudice alla legge) e guardiamo alla tipologia di testo rappresentata dal codice e alla specifica concezione della funzione giudiziaria ad essa associata, abbiamo la possibilità di individuare un’idea della testualità, e delle modalità di sua comprensione e applicazione, così riasumibile: il significato del testo è contenuto nel testo stesso e la sua applicazione, da parte giudiziaria, deve essere – e non può che essere – una sua meccanica estrinsecazione. Tra i rappresentati di tale concezione è da annoverare

25. Distinto è il ritenere che il giudice debba agire in base alle fattispecie astratte presentate dal diritto positivo – e non, ad esempio, in base a determinati ideali – dal ritenere che tale azione (la qualificazione normativa di un fatto, oppure di un’altra norma nell’ambito del sindacato di costituzionalità) sia priva di scelte interpretative. Infatti «positivismo giuridico e principio di legalità non equivalgono affatto alla riduzione di tutto il diritto alla legge astratta [...]. Soprattutto, non implicano affatto [...] la sottovalutazione della centralità della giurisdizione e delle decisioni interpretative che in essa intervengo», L. Ferrajoli, 2016, 32. Viceversa è possibile focalizzare l’attenzione sulla continuità tra giuspositivismo della codificazione e giuspositivismo *in toto*; P. Grossi, 2007, 225-6.

26. N. Bobbio, 1996, 13-27.

27. C.-L. Montesquieu, 1748, Lib. XI, Capit. VI, 327. Istanza che sopravvive all’ideologia della codificazione in quanto esprime le esigenze dei consociati di uniformità. Oggi tale istanza si declina non solo nel valore della subordinazione del giudice alla legge ma anche nella subordinazione del legislatore al dettato costituzionale – la quale richiede l’esercizio del sindacato di costituzionalità da parte giudiziaria dunque un suo ruolo attivo (di garante) rispetto al legislatore; cfr., Ferrajoli, 2013.

l'*École de l'exégèse*²⁸. Viceversa, come noto, movimenti quali il *Legal Realism* sostengono che non si dia significato normativo preesistente l'atto decisionale stesso²⁹. Riferimenti teoretici del *Legal Realism* sono infatti il pragmaticismo di C. S. Peirce e il pragmatismo di W. James. Rileva che, secondo la massima pragmatista, il significato di una parola è l'insieme dei suoi effetti – laddove, differentemente dalla riduzione di «vero» a «utile» rinvenibile in James, sulla falsariga di Peirce intenderemo il sintagma «effetti» come comprendente tanto l'insieme di usi concreti e/o prevedibili in cui è declinato il significato della parola, quanto l'insieme di usi virtuali – non prevedibili e in quanto tali indefiniti nel loro numero – a cui la comprensione di tale parola, nel progressivo avvicinamento al vero, potrebbe condurre³⁰. Superata così una concezione metafisica, ipostatizzata, del significato, si delinea un rapporto sempre più stretto tra testualità e agire – comprensione e applicazione delle proposizioni. Tema, quest'ultimo, centrale in *Verità e metodo* ove Gadamer riconosce nell'ermeneutica giudiziaria, affianco a quella teologica, il modello della comprensione ermeneutica³¹.

3. CONDIZIONI NORMATIVE DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA

3.1. *La natura delle regole che istituiscono e disciplinano la funzione giudiziaria*

Il rapporto tra testo e prassi può essere analizzato in riferimento alla natura delle regole normative, in generale, e di quelle regole che costituiscono e disciplinano la funzione giudiziaria, in particolare³². Quest'ultima strada è parzialmente intrapresa in *Justice Accused*³³. Cover scrive che è possibile comprendere le regole che costituiscono e disciplinano l'operare giudiziario alla luce di due metafore – dalle implicazioni reciprocamente antitetiche, quelle del gioco degli scacchi e del linguaggio ordinario.

La prima metafora concepisce la natura di tali regole secondo la seguente proporzione: il giudice sta alle regole dell'operare giudiziale come l'alfiere sta a quelle degli scacchi. Che cos'è un alfiere? Preso di per sé è un pezzo di legno, tuttavia esso è un 'alfiere' nella misura in cui è definito tale, nel suo ruolo, dalle regole del gioco. Quando qualcuno, durante una partita, muoverà l'alfiere in

28. N. Bobbio, 1996, 234-5; P. Amselek, 2012-2013, 320.

29. Nonché nella determinazione del fatto in esame, secondo il *constructive skepticism* di J. N. Frank (1949); A. G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, 2013, 101-3.

30. R. Fabbrichesi, 2014, 126.

31. H.-G. Gadamer (1960), trad. it. 1983-2001, 359.

32. Sulla distinzione tra regole costitutive e regolative, A. G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, 2013, 295-8.

33. R. Cover, 1975, 123 ss.

verticale, non solo starà commettendo un errore ma si starà ponendo fuori dall’ambito del gioco degli scacchi. Così quel giudice che non opererà secondo quelle regole che costituiscono e disciplinano il suo operare si porrà fuori dall’ambito giudiziale entrando in quello di un’altra tipologia di agire sociale, quale quello politico. La metafora del gioco degli scacchi si attaglia, dunque, alla concezione meccanicistica della natura delle regole e dell’operare giudiziale: i giudici che avevano adottato una concezione meccanicistica rispondevano – quando nell’applicare il *Fsa* si confrontavano alle istanze antischiaviste – con un accorato «*I can’t*»³⁴, sintagma atto a segnalare l’impossibilità deontologica in nome di quel vincolo costituzionale che li obbligava ad agire in un determinato modo, pena il non espletare più la loro funzione sociale di giudici, ossia il *non essere* più giudici.

La seconda metafora concepisce la natura delle suddette regole secondo la seguente proporzione: il giudice sta alle regole dell’operare giudiziale come il parlante il linguaggio ordinario sta a quelle della grammatica. Come si possono definire queste ultime? Sono regole «dedotte dalla prassi»³⁵ le quali prevedono un determinato grado di flessibilità tale da permettere loro l’assorbimento di quei cambiamenti, di diverso grado, provenienti tanto dall’élite intellettuale quanto dalla prassi quotidiana dei parlanti³⁶. Quando un locutore sbaglia, formulando una proposizione non in accordo alle regole, non diremo, come nel caso di colui che muova l’alfiere in verticale durante una partita di scacchi, che costui non stia più parlando la lingua di riferimento – che non è più un parlante tale linguaggio. Diremo, piuttosto, che sta commettendo uno sbaglio³⁷ che, fino a quando non ostacola la comprensione intersoggettiva, è strutturalmente tollerato dalla natura del linguaggio ordinario. Di più. Nella prassi del linguaggio ordinario occorrono sbagli e, per il tramite di questi, cambiamenti nella prassi che, sul lungo periodo, potranno essere assorbiti dalle regole grammaticali producendo un cambiamento formale. Vi sono, inoltre, cambiamenti che provengono dalla prassi di coloro che hanno un potere disciplinante sul linguaggio ordinario; come ad esempio scrive Cover in riferimento all’élite intellettuale la quale può introdurre, in modo consapevole, cambiamenti che, se recepiti dalla prassi collettiva, saranno integrati nelle regole grammaticali.

In accordo a questa metafora, le regole che costituiscono il vincolo dei giudici al testo costituzionale non ostacolano – bensì permettono – una sua comprensione distinta da giudice a giudice. Così, il giudice che applicando la Costituzione avesse letto il *Fsa* come contraddittorio rispetto ad altri principi

34. *Ibid.*

35. Ivi, 126-7.

36. *Ibid.*

37. J. Benoist, 2003, 191-6.

costituzionali, non avrebbe agito in termini morali, e quindi in contraddizione con la sua funzione giudiziale; piuttosto egli sarebbe intervenuto, con una lettura derivata dall'esercizio del suo raziocino e tuttavia collocata all'interno dell'universo normativo, sul significato del testo. È dunque la metafora delle regole della grammatica del linguaggio ordinario quella in grado di spiegare la possibilità di un fenomeno quale l'*Utopic Constitutionalism* i cui esponenti «contributed to an immense growth of law» in quanto

they worked out a constitutional attack upon slavery from the general structure of the Constitution [...]. Their work reveals a creative pulse that proliferates principle and precept, commentary and justification [...]. The law undeniably grew³⁸.

Tuttavia, come ricordato, l'*Utopic Constitutionalism* non era fenomeno costituito da giudici quanto da singoli attivisti. In questo passaggio, a nostro avviso, riconosciamo come già in *Justice Accused*, aprisse la sua analisi dell'universo normativo alla società. Questa apertura ci sembra spiegabile, anche, sulla scorta della metafora del linguaggio ordinario. Anzitutto perché tale metafora permette di comprendere che il rinnovamento del significato delle regole normative può avvenire attraverso mutamenti della prassi nella misura in cui vi siano singoli e collettività disposti ad agire, nelle diverse forme, in questa direzione³⁹. In secondo luogo perché gli stessi mutamenti di interpretazione a livello giudiziale saranno recepiti dal sistema nel suo complesso solo se saranno reiterati dagli stessi consociati, analogamente a come il mutamento introdotto dal letterato nel linguaggio ne modificherà le regole solo quando sarà adottato nella prassi ordinaria. Tali considerazioni pongono due interrogativi: *i*) se l'analogia tra regole dell'operare giudiziale e del linguaggio ordinario abbia validità euristica soltanto in riferimento a uno specifico ambito normativo, quello costituzionale, e sia invece inutilizzabile in riferimento ad altri settori del diritto; *ii*) se, anche restando al solo ambito costituzionale, non sia necessario individuare un nucleo normativo il cui significato non sia suscettibile di rinnovamento per tramite della prassi⁴⁰. Al primo interrogativo, che richiederebbe analisi a sé, è possibile fornire risposta affermativa, a partire dalla diversa forza che l'ideale normativo di cui sopra si riferiva con l'appellativo di formalismo di matrice illuminista tutt'oggi gioca nel diritto penale⁴¹. Al

38. R. Cover, 1983, 39-40.

39. Ivi, 52-3.

40. Così si distingue tra Costituzione densa e sottile ove quest'ultima «è nucleo della carta fondamentale», L. Corso, 2016, 209.

41. Ove i principi garantisti si declinano nel principio di tassatività della fattispecie penale e nei ridotti margini di discrezionalità giudiziaria – a partire dal divieto del ricorso all'analogia e dall'opposizione a disposizioni che facciano uso di clausole indeterminate; M. Jori, A. Pintore,

secondo interrogativo si tenterà di rispondere nel successivo paragrafo rintracciando, attraverso il filo conduttore dell'analogia tra regole normative e del linguaggio ordinario, l'esistenza di un fondamento.

3.2. *Il rapporto tra regole e prassi nell'ambito normativo*

Il confronto tra le due metafore permette di approfondire la natura del rapporto tra testo e prassi, ossia il ruolo svolto dalla prassi nella definizione del significato del testo di riferimento – suggerendo una differente concezione di ciò che intendiamo con significato. Wittgenstein scrive che «*Chess is defined by means of its rules. If you change even one rule, it would be a different game*»⁴²; così secondo Amedeo Giovanni Conte possiamo dire, sulla falsa riga dell'endiadi coniata da Peirce di *Type – Token*, che se durante una partita si muovesse un alfiere in verticale non avremmo un *token* del *type* sacchi⁴³. Tuttavia, come noto, Wittgenstein fornirà una rielaborazione teorica⁴⁴ della funzione della prassi nell'ambito del conoscere invitandoci a riconoscere che significato e uso non vivono in due dimensioni ontologiche distinte⁴⁵ e che vi sono alcune attività, alcuni giochi, le cui regole non sono individuabili a priori poiché sono delineate contestualmente al darsi del gioco medesimo⁴⁶. Secondo il filosofo del linguaggio Franco Lo Piparo⁴⁷ uno degli elementi che condussero Wittgenstein a tali tesi è costituito dallo scambio intellettuale intercorso tra questi e l'economista Pietro Sraffa per tramite del quale Wittgenstein avrebbe recepito le analisi che dal carcere fascista Gramsci stava conducendo sulla funzione della prassi nell'ambito del linguaggio ordinario. Gramsci sottolinea in che misura non sia corretto concepire la natura delle regole grammaticali quali presupposti puri, autosufficienti, a partire dai quali la prassi linguistica si porrebbe in un rapporto di totale dipendenza, a livello ontologico (per la sua esistenza), ed epistemico (per la sua conoscenza); e come, dunque, sia «l'uso a stabilire la regola e non la regola a determinare l'uso»⁴⁸. Tanto Gramsci quanto

2014, 290, 292, 259. Principi rivendicati in sede teorica ma anche dalla giurisprudenza, come segnalano quelle pronunce da parte della corte costituzionale che individuano in norme penali vaghe un attentato alle libertà dei cittadini – viceversa reputate garantite dalla tassatività delle fattispecie astratte.

42. L. Wittgenstein, 1939-1976, 24.

43. A. G. Conte, 1995, 519-61.

44. A partire da il *Libro blu*; il tema ricorre già nel *Tractatus*; L. Wittgenstein (1921), trad. it. 1964-2009, 3. 326, 3. 327.

45. L. Wittgenstein (1953), trad. it. 1967-2009, § 117, § 120, §§ 140-141.

46. Ivi, § 85.

47. F. Lo Piparo, 2014.

48. Ivi, 51.

Wittgenstein rivolgono, dunque, particolare attenzione al ruolo svolto dall’agire nella costituzione del significato. Attenzione che sembrerebbe spingere verso una concezione anti-fondazionalista. Tuttavia è possibile scorgere una differente prospettiva. In *Ricerche Filosofiche* (1953) e in *Della Certezza* (1969) Wittgenstein mette in luce l’esistenza di un *Grund*, di un fondamento del conoscere, costituito da una totalità di proposizioni⁴⁹, di abitudini e credenze e, in ultima analisi, da un agire condiviso⁵⁰. Analogamente Gramsci, dopo aver ricordato come «ogni strato nuovo sociale che affiora nella storia [...] immette nella lingua correnti nuove, usi nuovi e fa scoppiare gli schemi fissi che i grammatici hanno stabilito»⁵¹, asserisce che «per la propria concezione del mondo si appartiene sempre a un determinato raggruppamento e precisamente a quello di tutti gli elementi sociali che condividono uno stesso modo di pensare e di operare. Si è conformisti di un qualche conformismo»⁵². Se Lo Piparo segnala come il «conformismo grammaticale» di Gramsci si accordi all’argomento contro il linguaggio privato di Wittgenstein, è altrettanto possibile notare come l’accento su un conformismo originario, un fondamento ineludibile, sia riscontrabile anche nella dimensione normativa – in tal senso «Cover porta avanti un’analisi che ricorda l’argomento del linguaggio privato di Wittgenstein, poiché un *Nomos* idiosincratico è un concetto privo di senso»⁵³.

Il ruolo che la prassi detiene nello sviluppare il significato (di un dato linguaggio ordinario o di un dato testo normativo) può dunque essere inteso non già in antitesi, bensì in rapporto con il ruolo di a priori (svolto, ad esempio, dalle regole), nella misura in cui si intenda tale a priori non quale realtà eidetica preesistente, bensì quale sedimentazione di prassi passate. Così nel paradigma gadameriano della comprensione ermeneutica viene individuato un equilibrio tra il polo della precomprendere e dell’applicazione. Analogamente Peirce sottolinea come il nostro processo conoscitivo sia sorretto dall’equilibrio tra quell’insieme di proposizioni alle quali crediamo⁵⁴ e che costituiscono i nostri abiti di condotta ordinari, e quella forza, fornita dalla ricerca del vero coessenziale all’uomo⁵⁵, che ci risospinge nel processo di semiosi infinita. Equilibrio rinvenibile anche in quella specifica regione dell’agire e del pensare che è la regione normativa, a partire dal nucleo costituito dalla funzione giudiziale. Così quando domandiamo «do the judges find the law or do they make it?» risponderemo che:

49. L. Wittgenstein (1969), trad. it. 1978-1999, § 141, § 225.

50. Ivi, § 148, §§ 250-254, § 279, §§ 358-360.

51. *Il Grido del Popolo*, 16 febbraio 1918.

52. A. Gramsci, 1975, 4 vol., Q. 11, 1932-1933, 1376.

53. I. David, 2012, 10.

54. R. Fabbrichesi, 2014, 100.

55. Ivi, 105.

the judges in fact do both at once. They make the law by voicing what had not been voiced before, and how they voice it [...] is creation by the judges. But they create with given material which come to them not only with content but with organization, which not only limit but guide [...]⁵⁶.

4. IL VALORE DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA

4.1. *Il Could be come condizione per il riconoscimento della responsabilità decisionale*

Che cosa può fare il giudice quando si trovi di fronte ad una legge che egli reputa ingiusta? Era da tale domanda che prendeva le mosse *Justice Accused*. Cover, da giuspositivista, riconosce la distinzione tra sfera del diritto e sfera della giustizia⁵⁷. Tuttavia le due sfere non sono prive di intersezioni purché nell'*Is* del testo normativo si diano le condizioni per un *Could be* che permetta di riconoscere nel testo il punto di avvio per lo sviluppo del significato normativo. *Could be* che è condizione per una molteplicità di letture, tante quante quelle argomentabili dai giudici o dalle singole comunità nomiche. Una molteplicità, ricordava Cover con l'immagine del Dna normativo, che potrebbe essere illimitata ma che, *de facto*, è limitata a causa: *i*) della presenza quantitativamente definita di interpretazioni da parte giudiziale e da parte delle comunità nomiche; *ii*) del passaggio dalla potenza (interpretazione) all'atto (enunciazione dell'interpretazione vincolante). Tuttavia la condizione di molteplicità che riposa prima e al di là di tale decisione nutre di significato la realtà normativa e sociale di riferimento. In diversi modi. Offrendo – come nel caso *dell'Utopic Constitutionalism* o come in quello delle opinioni minoritarie enunciate in seno a una corte – la possibilità di un rinnovamento futuro⁵⁸. In secondo luogo obbligando a un confronto tra le diverse interpretazioni. Andando nella direzione opposta a quella rimozione della responsabilità individuata da Cover nella concezione meccanicistica della funzione giudiziale, la dimensione del *Could be* indica come l'interpretazione normativa, quantomeno di ordine costituzionale, si palesi quale ambito in cui può avere luogo una scelta tra più significati possibili, sottolineando il grado di responsabilità presente nella funzione giudiziale. Queste le ragioni che spingono a riconoscere, ovvero introdurre, la dimensione della discrezionalità nella sfera costituzionale dell'operare giudiziario⁵⁹. Di

56. K. N. Llewellyn, 1949, 457. Ringrazio il dottor Riccardo Mazzola per la segnalazione.

57. «Jusnaturaliste ou positiviste, Cover? Réaliste» poiché riconosce, a livello descrittivo e prescrittivo, una concezione del diritto «dynamique qui incorpore plus facilement une moralisation du droit», F. Michaut, 2001, 220-2.

58. L. Corso, 2011.

59. Illustrando la tesi secondo cui la possibilità della discrezionalità non dipenda tanto da

fronte alla legge ingiusta il giudice, prima di rassegnarsi a dichiarare la scissione tra legge posta e ideali di giustizia, potrà e dovrà «restare sveglio di notte»⁶⁰, porre in questione la prima qualificazione normativa a partire da una rinnovata indagine interna alla complessità testuale nonché a partire da un'attenzione rivolta alle istanze provenienti dalle collettività nomiche esterne alle corti.

4.2. *Il Could be come condizione di conoscenza*

Vi è, secondo noi, un'altra prospettiva a partire dalla quale riconoscere il valore sotteso alla discrezionalità nell'ambito giudiziario. L'assunto secondo cui la comprensione da parte di un soggetto di ogni comunicazione, scritta o orale, apra a un ventaglio di interpretazioni possibili, pare veritiero in riferimento ai documenti normativi⁶¹. Ne discende che la comprensione di ciò che effettivamente un testo costituzionale prescrive e/o asserisce passa, sovente, per un confronto tra più soggetti – come evidenzia una discussione in seno a una Corte costituzionale, un dibattito tra giuristi o tra semplici cittadini. La discrezionalità giudiziaria è espressione ultima di una divisione di opinioni, ossia della condizione di intersoggettività, presupposta al processo conoscitivo⁶². È da questo confronto intersoggettivo (a partire da due soggetti sino all'ingresso di un terzo interpretante e così via *ad infinitum*) che si può rinnovare la ricerca dei significati del testo fondativo di una collettività. La discrezionalità nell'ambito giudiziario (costituzionale) indica così, come suo presupposto, una condizione di giustizia formale in virtù della quale sia garantita la possibilità che più soggetti (giudici; soggetti individuali e collettivi) leggano, studino ed interpretino il testo normativo cui sono e si sentono vincolati. Al contrario l'ambito normativo si risolverebbe in automatismo privo di conflittualità e divergenze; esito auspicabile in determinati ambiti normativi, quali ad esempio quello penale, e tuttavia deleterio in quello costituzionale nella misura in cui è proprio

necessità epistemiche coessenziali alla funzione giudiziale quanto da una scelta di politica normativa. In accordo ad alcuni passaggi dell'analisi di L. Corso (2016) notiamo come tale scelta dipenda dall'assunto secondo cui è quel giudice (nella funzione del sindacato di costituzionalità) il quale sia in grado di esercitare un certo grado di discrezionalità, piuttosto che il giudice che operi secondo una concezione di totale soggezione alla legge scritta, il giudice in grado di recepire le interpretazioni costituzionali di cui si fanno carico i cittadini – così garantendone le libertà.

60. G. Calabresi, 2013, 114

61. P. Amselek, 2012-2013, 418.

62. A nostro avviso tale aspetto, che riconduce il fenomeno ermeneutico alla condizione, materiale e quotidiana, dell'intersoggettività, richiama l'attenzione all'istanza levinassiana secondo cui l'alterità – quella prima esteriorità che è *autrui* – è *conditio sine qua non* di ogni processo conoscitivo; cfr., E. Lévinas, 1961.

la possibilità di divisioni interpretative a fare di questo il luogo in cui la legge positiva è strumento di ricerca, per tramite della legge stessa, della giustizia.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMSELIK Paul, 2012-2013, *Cheminements Philosophiques dans le monde du droit et des règles en générale*. Armand Colin, Paris.
- BENOIST Jocelyn, 2003, «Quand’è che smettiamo di giocare ad un gioco?». In *Ontologia sociale Potere deontico e regole costitutive*, a cura di P. Di Lucia, 191-6. Quodibet, Macerata.
- BOBBIO Norberto, 1996, *Il positivismo giuridico*. Giappichelli, Torino.
- CALABRESI Guido, 2013, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*. Il Mulino, Bologna.
- CONTE Amedeo Giovanni, 1995, *Filosofia del linguaggio normativo II*. Giappichelli, Torino.
- CONTE Amedeo Giovanni, Di LUCIA Paolo, FERRAJOLI Luigi, JORI Mario (a cura di), 2013, *Filosofia del diritto*. Raffaello Cortina, Milano.
- CORSO Lucia, 2011, «Opinione dissenziente, interpretazione costituzionale e costituzionalismo popolare». *Sociologia del diritto*, 1: 27-55.
- EAD., 2016, *I due volti del diritto: élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*. Giappichelli, Torino.
- COVER Robert, 1968, «Book Review: Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression». *Faculty Scholarship Series*, Paper 2695.
- Id., 1975, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*. Yale University, New Haven.
- Id., 1983, «The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative», *Harvard Law Review*, 97: 4-68.
- CRISAFULLI Vezio, 1964, «Disposizione e norma». In *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè, Milano.
- DOUGLASS Frederick, 1967, *Life and Times of Frederick Douglass*. Thomas Y. Crowell Company, New York.
- FABBRICHESI Rossella, 2014, *Peirce e Wittgenstein: un incontro. Immagine, prassi, credenza*. Mimesis, Milano.
- FERRAJOLI Luigi, 2013, *La democrazia attraverso i diritti*. Laterza, Roma-Bari.
- Id., 2016, «Contro il crezionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell’approccio ermeneutico alla legalità penale». *Ars Interpretandi*, 2: 23-44.
- FESTINGER Leon, 1957, *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford Univeristy Press.
- FINKELMAN Paul, 2001, «The Founders and Slavery: Little Ventured, Little Gained». *Yale Journal of Law & the Humanities*, 13, 2.
- GADAMER Hans-Georg, 1983-2001, *Verità e metodo* (1960). Bompiani, Milano.
- GRAMSCI Antonio, 1975, *Quaderni del carcere*, Q. 11 (1932-1933). Einaudi, Torino.
- GROSSI Paolo, 2007, *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè, Milano.

- HART L. A. Herbert, 1965-2002, *Il concetto di diritto* (1961). Einaudi, Torino.
- JORI Mario, PINTORE Anna, 2014, *Introduzione alla filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino.
- KELSEN Hans, 1952-2000, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934). Einaudi, Torino.
- LÉVINAS Emmanuel, 1961-1988, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*. Livre de poche, Paris.
- LLEWELLYN Karl Nickerson, 1949, «Law and the Social Sciences – Especially Sociology». *American Sociological Review*, 14, 4: 451-62.
- LO PIPARO Franco, 2014, *Il professor Gramsci e Wittgenstein, Il linguaggio e il potere*. Donzelli, Roma.
- LUZZATI Claudio, 1990, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2016, *Del giurista interprete: linguaggio, tecniche e dottrine*. Giappichelli, Torino.
- MICHAUT Françoise, 2001, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover*. L'Hartmann, Paris.
- MONTESQUIEU Charles-Louis, 1748, *De l'esprit des lois*. Barrillot & fils, Genève.
- POUND N. Roscoe, 1908, «Mechanical Jurisprudence». *Columbia Law Review*, 8, 8: 605-23.
- SCHAUER Frederick, 2013, «On the Open Texture of Law». In *Defeasibility in Philosophy: Knowledge, Agency, Responsibility, and the Law*, ed. by C. Blöser, M. Janvid, H. Ole Matthiessen, M. Willaschek, 197-215. Brill, Amsterdam.
- SPOONER Lysander, 1997, *La Costituzione senza autorità No Treason No. 6* (1870). Il Melangolo, Genova.
- WAISMANN Friedrich, 1951, «Verifiability». In *Logic and Language*, ed. by A. Flew, 117-44. Blackwell, Oxford.
- WITTGENSTEIN Ludwig, 1964-2009, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916* (1921). Einaudi, Torino.
- ID., 1967-2009, *Ricerche Filosofiche* (1953). Einaudi, Torino.
- ID., 1979, *Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics* (1939), a cura di C. Diamond. Cornell University Press, Ithaca.
- ID., 1999, *Della Certezza. L'analisi filosofica del senso comune* (1969). Einaudi, Torino.