

Volpi e ricci, ovvero: che cosa rimane del positivismo giuridico?

Aldo Schiavello*

I

I fattori che contribuiscono alla nascita di una tradizione di ricerca filosofica e che poi favoriscono l'egemonia di quest'ultima sulle altre sono sempre plurimi. Il positivismo giuridico non fa certo eccezione. È infatti possibile isolare almeno sei fattori che hanno favorito la genesi (nel XIX secolo) e l'affermazione (per buona parte del XX secolo) di questa tradizione di ricerca giusfilosofica (Bobbio 1996, 3-126). I primi due fattori hanno natura "socio-istituzionali", mentre i restanti quattro sono, a loro volta, "movimenti di pensiero".

Il primo fattore è rappresentato dalla nascita dello Stato moderno. Quest'ultimo può essere definito come l'esito del «processo di monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello Stato» (Bobbio 1996, 15). Il secondo fattore è il fenomeno della codificazione. L'obiettivo della codificazione è quello di ottenere un diritto semplice, chiaro, coerente ed accessibile a tutti. Il perseguimento di questo obiettivo presuppone una concezione della scienza giuridica che si limiti a descrivere in modo avalutativo il suo oggetto (cioè, il diritto positivo) e una concezione dell'interpretazione giuridica come attività meramente meccanica. Tra i movimenti di pensiero che hanno reso possibile la nascita e l'affermazione del positivismo giuridico bisogna ricordare il razionalismo illuminista, la scuola dell'esegesi, sorta in Francia a seguito della codificazione, l'imperativismo di Jeremy Bentham e John Austin e, infine, la scuola storica del diritto, radicata soprattutto in Germania. In breve: il razionalismo settecentesco ha contribuito alla nascita ed alla affermazione del positivismo giuridico in quanto ha difeso e teorizzato il dogma dell'onnipotenza del legislatore, favorendo così la nascita dello Stato moderno; la scuola dell'esegesi – i cui caratteri preminenti sono la concezione statualistica del diritto, la concezione intenzionalistica dell'interpretazione giuridica, il culto della legge e, infine, il ricorso al principio di autorità – ha contribuito in modo determinante al buon esito del processo della

lei comandi generali ed astratti del sovrano, consente di delimitare in modo chiaro l'ambito del diritto positivo e anche quello della scienza giuridica; infine, la scuola storica del diritto rappresenta un fattore decisivo per la nascita e lo sviluppo del positivismo giuridico, in virtù delle sue critiche radicali al giusnaturalismo, al razionalismo (critiche che sono condivise anche dall'imperativismo) e ad una prospettiva meta-etica oggettivista.

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo (Italia) | aldo.schiavello@unipa.it

La crisi ed il declino del positivismo giuridico, ormai conclamati, dipendono a loro volta da fattori plurimi ed eterogenei. Anche in questo caso, bisogna guardare, in primo luogo, alle trasformazioni socio-istituzionali. Se la sovranità è il tratto distintivo dello Stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello Stato contemporaneo: lo Stato liberale ottocentesco, lo Stato di diritto, riconosce come unici limiti alla Sovranità statale le procedure che il legislatore deve rispettare per creare diritto valido, lo Stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti sostanziali, di contenuto, che impediscono al potere politico di fare o decidere tutto ciò che vuole. L'incorporazione di valori morali nelle costituzioni contemporanee ha contribuito in modo decisivo all'apertura di un dibattito in ambito giusfilosofico sul dogma della separabilità tra diritto e morale e su quello della pretesa neutralità della scienza giuridica. Gli effetti di tale incorporazione di valori morali nel diritto sono acuiti dalla costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici, vale a dire da «un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente "impregnato" dalle norme costituzionali» (Guastini 1998, 185). La costituzionalizzazione, in particolare, fa vacillare l'idea che l'attività di individuazione e di descrizione del diritto sarebbe in larga misura indipendente rispetto ad un'attività di tipo interpretativo. Infine, uno dei fattori decisivi della crisi del positivismo giuridico è il fiorire, a partire dalla seconda metà del Novecento, di teorie del diritto anti-giuspositiviste. Tra queste, un posto particolare merita la concezione del diritto di Ronald Dworkin che fa dell'attacco frontale al positivismo giuridico di Herbert Hart e dei suoi seguaci uno dei suoi principali punti di forza.

In uno dei suoi lavori della maturità, Dworkin (2006, 187-222) si chiede cosa induca i giuspositivisti a continuare a difendere con protervia la propria prospettiva pur in assenza di argomenti convincenti (almeno secondo lo stesso Dworkin). La risposta di Dworkin (2006, 188) a questa domanda è la seguente: «positivists are drawn to their conception of law not for its inherent appeal, but because it allows them to treat legal philosophy as an autonomous, analytic, and self-contained discipline». In un altro passaggio del medesimo libro, egli ribadisce che è proprio la dedizione ad una analisi concettuale "pura" a sancire la fine del positivismo giuridico: «...Some legal philosophers - chiefly analytic positivists - continue to treat their conceptual investigations of law as independent of both legal substance and political philosophy. But they talk mainly to one another and have become marginalized within the academy and the profession» (Dworkin 2006, 34).

Le osservazioni di Dworkin sono forse eccessivamente liquidatorie, ma colgono un punto importante. Il positivismo giuridico ambisce a descrivere il diritto senza "sporcarsi le mani". È questo che Dworkin intende dire quando attribuisce al positivismo giuridico una prospettiva archimedeica. È proprio questa aspirazione ad essere destinata a venire costantemente frustrata segnando così, in definitiva, la crisi del positivismo giuridico contemporaneo (che Bobbio ha denominato, non a caso, metodologico).

Nei prossimi paragrafi presenterò brevemente tre argomenti che mostrano i principali limiti di una prospettiva giusfilosofica che ambisca alla neutralità ed alla autonomia. Gli argomenti sono i seguenti: a) l'argomento della pretesa di correttezza; b) l'argomento legato alla impossibilità di distinguere nettamente l'osservatore dal partecipante; c) l'argomento della svolta interpretativa della scienza giuridica. Nel paragrafo conclusivo dirò perché, e in che misura, ha forse ancora senso, nonostante tutto, dichiararsi giuspositivisti.

II

Robert Alexy (1989) difende la tesi di un legame di tipo concettuale tra diritto e giustizia - e, dunque, sfida la tesi giuspositivistica della separabilità tra diritto e morale - attraverso il noto argomento della "pretesa di correttezza".

Secondo questo argomento una disposizione normativa che esplicitasse la propria ingiustizia sarebbe afflitta da un vizio concettuale. La disposizione in questione non sarebbe, in senso proprio, contraddittoria; essa apparirebbe però bizzarra ed incongrua, così come bizzarri e incongrui sono asserti come 'piove, ma non ci credo', 'prometto di venire all'appuntamento, ma non ho alcuna intenzione di mantenere questa mia promessa' e così via. Può certamente capitare che stia piovendo e qualcuno non creda che stia piovendo ovvero che qualcuno prometta qualcosa avendo l'intenzione di non mantenere la promessa. Non c'è nulla di strano e di incongruo nelle credenze false e nelle promesse insincere. Il vizio di questi asserti è che la seconda parte "disfa" o "annulla" l'atto linguistico prodotto con l'enunciazione della prima parte. Insomma: asserire che sta piovendo e al tempo stesso dichiarare esplicitamente di non credere che stia piovendo annulla l'atto di asserire, così come promettere qualcosa e al tempo stesso dichiarare di non avere intenzione di ottemperare alla promessa annulla l'atto di promettere. In modo analogo, una disposizione normativa che si auto-denunci come ingiusta non sembra una "vera" disposizione normativa e, in definitiva, non sembra che possa essere considerata come diritto valido.

Alexy usa questo argomento per criticare la tesi giuspositivistica della separazione tra diritto e morale. Esso tuttavia manca quasi del tutto il bersaglio. L'argomento della pretesa di correttezza è infatti meramente formale, vale a dire relativo alla forma delle norme giuridiche e non al loro contenuto, e ciò ne indebolisce considerevolmente la portata. Esso non è in grado di impedire, ad esempio, che un sistema giuridico nel suo complesso, o una o più norme appartenenti a quel sistema, siano profondamente ingiusti. Come già Hart aveva osservato a proposito del giusnaturalismo "proceduralista" di Lon Fuller, se la connessione necessaria tra diritto e morale è intesa in questo modo evanescente, il giuspositivismo non ha alcun problema ad accettarla. Purtroppo, affermare che il diritto non possa esplicitare la propria ingiustizia non garantisce in alcun modo che il diritto sia giusto e neanche che esso non sia intollerabilmente ingiusto. Per usare le parole di Eugenio Bulygin (2007, 58), «anche ammettendo che qualunque sistema giuridico e qualunque norma

giuridica avanzino sempre la pretesa di essere moralmente corretti o giusti, questo fatto, di per sé solo, non sarebbe in alcun modo idoneo a garantire la correttezza morale del diritto».

Sarebbe tuttavia un errore ritenere che l'argomento della pretesa di correttezza sia trascurabile o privo di conseguenze, seppure in parte eterogenee rispetto a quelle prospettate da Alexy. Tale argomento evidenzia ad esempio qualche possibile crepa nel positivismo giuridico metodologico, almeno qualora si sostenga, come molti giuspositivisti, che il non-cognitivismo etico (e, in particolare, l'emotivismo) non siano un presupposto necessario di una prospettiva giusfilosofica positivista. Se, infatti, si accoglie il cognitivismo etico (o, almeno, versioni esigenti del cognitivismo etico), allora affermare che una norma giuridica esiste ma è ingiusta produce una contraddizione performativa del tipo di quella evidenziata da Alexy. In altri termini, se si accoglie una prospettiva etica cognitivista, l'enunciato 'secondo il diritto D, in C, bisogna fare ~p' contiene una parte implicita - 'ma fare ~p è oggettivamente ingiusto' - che rende l'enunciato in questione viziato da una contraddizione pragmatica. Non ha dunque torto Alexy (1997, 54) a ritenere che «il non positivismo presuppone quantomeno una non rudimentale etica non relativistica».

Queste osservazioni, che meriterebbero ben altro approfondimento, consentono di mettere in questione l'immagine giuspositivistica di un approccio al diritto algido e distaccato, appropriato per lo studioso e distinguibile dall'approccio compromesso del partecipante.

Tre sono le strade che il positivismo giuridico può percorrere per mettersi al riparo dalle obiezioni legate all'argomento della pretesa di correttezza.

La prima è quello di negare la "correttezza" dell'argomento della pretesa di correttezza: una norma che prescriva di fare x e al contempo affermi che fare x è ingiusto, può essere considerata inopportuna e inusuale, ma pur sempre una norma.

Il secondo è quello di accogliere una prospettiva meta-etica emotivista (come fanno ad esempio Alf Ross e Hans Kelsen) o comunque non cognitivista (in senso forte) e, in questo modo, neutralizzare del tutto l'argomento della pretesa di correttezza. Se la morale è irrazionale, infatti, l'argomento della pretesa di correttezza non è in grado di incidere in alcun modo sui discorsi circa la validità delle norme e l'esistenza dei sistemi giuridici. Questa opzione non rappresenta la posizione preminente tra i giuspositivisti contemporanei. Un esempio illustre in questo senso è Joseph Raz, il più "duro e puro" tra i giuspositivisti viventi, il quale accoglie una prospettiva meta-etica oggettivista e cognitivista di matrice neoaristotelica. Da un lato, egli propone una concezione della identificazione del diritto (*sources thesis*) secondo la quale una teoria del diritto è accettabile solo se i criteri da essa proposti per identificare il contenuto del diritto e per determinare la sua esistenza riposano esclusivamente su fatti

relativi al comportamento umano suscettibili di essere descritti in modo avalutativo, e solo se, inoltre, i suddetti criteri vengono applicati senza bisogno di ricorrere ad un argomento morale. Dall'altro lato Raz fonda la sources thesis su una concezione dell'autorità legittima - che egli denomina "concezione dell'autorità come servizio" (service conception of authority) - la cui condizione decisiva, la "condizione di giustificazione normale" (normal justification thesis), collega la legittimità di una autorità alla capacità di quest'ultima di individuare ciò che è oggettivamente giusto fare in relazione ad una situazione concreta.

Il terzo percorso consiste nel prendere sul serio la sfida dell'argomento della pretesa di correttezza (se accompagnato da una qualche versione del cognitivismo etico); quest'ultima opzione implica la disponibilità a ripensare i presupposti del giuspositivismo metodologico e, in particolare, la tesi della avalutatività della conoscenza.

III

Una delle tesi centrali e più celebrate del positivismo giuridico di Herbert Hart è quella secondo cui la filosofia del diritto e, più in generale, la scienza giuridica non possano fare a meno di prendere in considerazione, al fine di offrire una descrizione del diritto, la prospettiva del partecipante.

Hart elabora una teoria delle regole sociali (practice theory of norms) al fine di distinguere, in polemica con l'imperativismo, le regole sociali dalle mere abitudini, i comportamenti regolati da quelli regolari. Questa distinzione consente di spiegare, tra le altre cose, perché il diritto sia - o possa essere considerato - una autorità in grado di produrre obblighi genuini e non un semplice meccanismo (alla stregua dell'arma del rapinatore) per costringere gli individui a porre in essere certi comportamenti. I comportamenti regolari e quelli regolati hanno in comune l'aspetto esterno, vale a dire la regolarità empiricamente rilevabile di comportamenti convergenti. Le regole sociali, a differenza delle abitudini, presentano anche un aspetto interno, che consiste nell'accettazione di quella regola come modello di condotta. Per Hart, il punto di vista interno, non consiste necessariamente nell'accettazione morale di un sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali, ma soltanto in un generico atteggiamento critico riflessivo, empiricamente verificabile. Hart riconduce quindi alla prospettiva del partecipante situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato opportuno distinguere ed ordinare in modo seriale. Ad esempio, chi accetta le norme giuridiche esclusivamente perché lo fanno gli altri è, in base all'analisi di Hart, un partecipante a tutti gli effetti. Ciò che spinge il conformista ad accettare il diritto è, in definitiva, la paura della riprovazione sociale. La riprovazione sociale, tuttavia, non è altro che una sanzione non istituzionalizzata. La caratterizzazione in senso debole del punto di vista interno assottiglia le differenze tra la practice theory of norms e l'imperativismo. Se le ragioni per accettare il diritto stanno sullo stesso piano, si può ipotizzare il caso in cui tutti i partecipanti accettino il diritto per

conformismo e, ove ciò accada, la differenza tra “avere un obbligo” ed “essere obbligato” perde di consistenza.

L'unico modo per evitare la dissoluzione della *practice theory of norms* nell'imperativismo consiste nel caratterizzare l'accettazione del diritto in senso forte, vale a dire come accettazione morale. Ciò è riconosciuto da alcuni discepoli di Hart (come Neil MacCormick 1978, 288 e Raz 1996, 260), e da Hart stesso nel Poscritto (1994, 243), sia pure con qualche oscillazione e contraddittorietà. Affermare che l'esistenza di una norma implichi che vi sia qualcuno che ritenga il comportamento prescritto da tale norma preferibile, da un punto di vista morale, rispetto ai comportamenti alternativi, non impedisce che qualcuno segua la regola per pigrizia o ipocrisia, ovvero che altri si ribellino ad essa. Queste ultime situazioni, tuttavia, possono essere comprese solamente presupponendo l'esistenza di un gruppo rilevante che accetta le norme da un punto di vista morale. Tutti gli atteggiamenti che si possono immaginare in relazione alle norme sono dunque “parassitari” rispetto a quello di coloro i quali ritengono le norme adeguate da un punto di vista morale. Ciò implica che la situazione in cui una determinata norma sia accettata in senso forte da tutti è in linea di principio possibile, mentre non è pensabile che il comportamento prescritto da una regola non sia effettivamente approvato, da un punto di vista morale, da alcuno.

La tesi che l'esistenza di un sistema giuridico implichi che alcuni tra i partecipanti lo considerino giusto o asseriscano di considerarlo giusto, è stata talvolta utilizzata per criticare la tesi della separabilità tra il diritto e la morale e la pretesa giuspositivista di una scienza giuridica neutrale ed avalutativa.

A questo argomento – noto, appunto, come argomento “della credenza morale” – alcuni giuspositivisti hanno replicato rilevando che il fatto che alcuni tra i partecipanti credano che il diritto sia giusto, non produce alcuna conseguenza diretta sulla tesi secondo cui l'individuazione del diritto dipenda esclusivamente da fatti sociali. L'esistenza di “credenti”, di persone cioè che considerano giusto il loro sistema giuridico, non impedisce di trattare l'esistenza del diritto come una questione di fatto. Le affermazioni del “credente” e dello studioso del diritto positivista sono infatti tra loro compatibili. Il primo sostiene che il sistema giuridico è conforme ad uno o più principi morali. L'adozione di questa credenza non implica, evidentemente, che il partecipante neghi l'esistenza di criteri non morali per l'individuazione del diritto e la determinazione del suo contenuto; anzi, la possibilità di individuare il diritto attraverso criteri non morali è una condizione necessaria perché si dia la possibilità di una controversia genuina – relativa alla effettiva conformità di un sistema giuridico alla morale – tra un “partecipante convinto” ed un osservatore che non condivide le credenze morali del partecipante. In altri termini, una controversia genuina sulla conformità di un sistema giuridico S ad un principio morale PM presuppone che i “contendenti” «siano d'accordo su qualche criterio non morale per determinare il contenuto di S» (Caracciolo 1994, 102).

Il fatto che alcuni tra i partecipanti siano convinti che il proprio sistema giuridico sia fondato su principi morali corretti, non costituisce un argomento adeguato per difendere la tesi della connessione concettuale tra diritto e morale. Tale argomento, infatti, mostra soltanto che coloro i quali sono giuridicamente obbligati a porre in essere un determinato comportamento credano di essere obbligati anche moralmente. Il fatto poi che tra i compiti del teorico del diritto vi sia quello di riconoscere il "punto di vista morale" del partecipante e di renderne conto non comporta, per il teorico del diritto, l'esigenza di abbandonare una prospettiva "distaccata". Per dirla con Hart (1994, 244): «Description may still be description, even when what is described is an evaluation».

Le conclusioni rassicuranti cui perviene il positivismo giuridico in relazione alla questione della credenza morale possono essere ritenute soddisfacenti solo a condizione di ignorare il problema collegato all'impossibilità di determinare compiutamente il diritto a partire dai comportamenti e dagli atteggiamenti convergenti dei partecipanti. Questo problema implica che per rispondere alla domanda "qual è il diritto?" - sia in relazione ad una determinata esperienza giuridica sia in generale - non è sufficiente (anche se è necessario) guardare al comportamento ed agli atteggiamenti convergenti dei partecipanti, ma bisogna anche fornire una chiave di lettura del "materiale giuridico grezzo" o, per dirla con Dworkin, delle basi (grounds) del diritto. La prospettiva del teorico è dunque necessariamente engag e e parassitaria rispetto a quella di chi accetta il diritto da un punto di vista morale.

Alcuni giuspositivisti ritengono che questa obiezione sia il frutto di un fraintendimento circa la tesi della neutralit . Questa tesi sostiene che l'attivit  di individuazione del diritto sia una attivit  avalutativa; tuttavia l'individuazione del diritto   una attivit  complessa. In primo luogo, essa fa riferimento all'individuazione di un testo normativo (disposizione) come fonte del diritto; in secondo luogo, essa si riferisce all'accertamento del contenuto normativo del testo in questione. La tesi della neutralit  riguarderebbe solo la prima accezione di "individuazione del diritto" - che coincide, per grandi linee (anche se per difetto), con ci  che Dworkin chiama le basi del diritto - e non la seconda accezione, che ricade nell'ambito della teoria dell'interpretazione.

Ritagliare uno spazio cos  angusto al positivismo giuridico metodologico ha tuttavia il sapore di una ritirata e non pu  certo essere considerato un modo per replicare all'obiezione in questione.

IV

La "svolta interpretativa" della scienza giuridica propone una immagine del diritto come una pratica sociale costruita intorno a principi e valori (che possono/debbono essere intesi come) congruenti. Il diritto coincide dunque con l'interpretazione della pratica che pi  delle altre   in grado di valorizzare il

valore dell'integrità. Per Dworkin il diritto coincide con la miglior ricostruzione morale della pratica giuridica che, appunto, consiste nel riconoscere la centralità del valore dell'integrità. Questa impostazione è alternativa sia al cosiddetto positivismo giuridico esclusivo, secondo cui "tutto il diritto è prodotto da qualche fonte" sia al cosiddetto positivismo giuridico inclusivo, secondo cui "tutto il diritto o è prodotto da qualche fonte o è implicato dal diritto prodotto da qualche fonte". La concezione del diritto come integrità merita di essere presa sul serio e, in una qualche misura, implica l'idea di una scienza giuridica interpretativa e, dunque, valutativa e non "distaccata".

La natura interpretativa della scienza giuridica dipende dalle caratteristiche del concetto di diritto. A questo proposito è opportuno partire dalla distinzione proposta da Dworkin tra tre tipi di concetti. Alcuni concetti sono criteriali in quanto presuppongono un accordo generalizzato su una definizione, che può essere precisa o approssimativa, la quale consenta di distinguere tra usi corretti e usi scorretti. 'Equilateralità' è un concetto criteriale assolutamente preciso; 'celibe' è ragionevolmente preciso anche se vi sono usi dubbi di questo concetto (ad esempio: ha senso dire di un bambino di cinque anni che è celibe?); 'matrimonio' è un concetto criteriale ancora più impreciso (un'unione tra persone dello stesso sesso è un matrimonio?). Altri concetti sono di "tipi o generi naturali": «natural kinds are things that have a fixed identity in nature, such as a chemical compound or an animal species, and [...] people share a natural-kind concept when they use that concept to refer to the same natural kind» (Dworkin 2011, 159). Si tratta di concetti di cui presupponiamo esista un'"essenza naturale" (la composizione molecolare, il Dna e così via) che non dipende dai criteri che noi utilizziamo comunemente per identificare le istanze d'uso corrette di tali concetti. Ad esempio, possiamo credere che il leopardo e la pantera nera siano due specie animali diverse: nel momento in cui apprendiamo che il loro Dna è lo stesso, dovremo modificare le nostre convinzioni. Infine, alcuni concetti sono interpretativi. Si tratta di concetti che a) sono collegati a pratiche sociali, b) esprimono il valore o i valori intorno al quale o ai quali tali pratiche si sono costituite e c) sopportano «very great and entirely intractable differences of opinion about instances» (Dworkin 2011, 161).

Il modo in cui Dworkin caratterizza i concetti interpretativi è chiaramente riconducibile all'analisi dei "concetti essenzialmente contestabili" proposta da Walter B. Gallie. Tali concetti presentano cinque caratteristiche: 1) sono concetti che esplicitano il valore (appraisive) di una impresa ritenuta degna di essere perseguita e che collegano tra loro in modo indissolubile l'impresa ed il valore ad essa soggiacente; 2) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve essere complessa ed articolata; 3) le ricostruzioni di tali concetti devono prendere in considerazione tutti i diversi aspetti e le diverse caratteristiche dell'impresa; 4) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve avere un carattere "aperto", deve cioè essere in grado di sopportare cambiamenti significativi, non prevedibili in anticipo; 5) l'uso di concetti essenzialmente contestabili presuppone la consapevolezza circa l'esistenza di usi alternativi con i quali l'uso prescelto deve confrontarsi e

rispetto ai quali deve sforzarsi di prevalere: «to use an essentially contested concept means to use it both aggressively and defensively» (Gallie 1956, 172).

Se il diritto è un concetto interpretativo bisogna rassegnarsi ad ammettere che anche la scienza giuridica è (nel senso che non può che essere) interpretativa. Innanzitutto, la teoria e la filosofia del diritto, sono chiamate a rispondere alla domanda “che cos’è il diritto?”. Come nota Hart, le risposte a questa domanda sono state molteplici e molto diverse fra loro. Questo è l’indizio principale a sostegno della natura interpretativa o essenzialmente contestabile del concetto di diritto. Il concetto di diritto si riferisce ad una pratica sociale dotata di valore. In questo senso, è difficile negare che vi sia una connessione necessaria tra diritto e morale. Ogni definizione di diritto rappresenta un tentativo – consapevole o inconsapevole – di offrire una ricostruzione della prassi giuridica alla luce del valore ad essa soggiacente, valore che, genericamente, possiamo ricondurre, seguendo Dworkin, al principio di legalità. Optare per una concezione del diritto piuttosto che per un’altra, non è senza conseguenze, ma incide profondamente sulla dottrina che, a sua volta, inciderà in modo diretto sulla prassi giuridica.

In conclusione, non soltanto una scienza giuridica “pura” non è opportuna, in quanto condannata all’irrelevanza, ma è anche impossibile; per dirla con Mario Jori (2010, 134): «il metodo giuridico non può essere fondato su scelte interamente scientifiche e puramente cognitive [...]; al contrario la descrizione del diritto giurisprudenziale risulta indirizzata alla pratica e invariabilmente determinata da scelte di valore forti, cioè politiche. La neutralità può essere piuttosto perseguita nella forma della intersoggettività, rendendo palesi le scelte di valore presupposte, permettendo agli interlocutori di vederle e discuterle».

V

I limiti del positivismo giuridico evidenziati nei paragrafi precedenti hanno una ricaduta più o meno ampia sulla tenuta di questa tradizione di ricerca giusfilosofica a seconda dell’opzione meta-etica che si pone sullo sfondo. Nella prima metà del xx secolo tutti i principali giuspositivisti condividevano l’idea che il positivismo giuridico presupponesse necessariamente una meta-etica soggettivista e non-cognitivista. Hans Kelsen nella *Reine Rechtslehre* del 1960 asserisce che la validità degli ordinamenti giuridici non può dipendere dalla morale perché non esiste una morale assoluta e la giustizia è un ideale irrazionale. Alf Ross, nel suo celebre saggio intitolato *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, pubblicato originariamente nella *Revista Juridica de Buenos Aires* nel 1961, spiega che una tesi fondamentale del positivismo giuridico è la negazione dell’esistenza del diritto naturale e che tale tesi presuppone, più in generale, una prospettiva etica non-cognitivista. È noto che per Ross i discorsi sulla giustizia non sono altro che “pugni sbattuti sul tavolo” e che il giusnaturalismo è come una “sgualdrina che si concede a tutti”. Norberto Bobbio pubblica un corso di lezioni sul positivismo giuridico in cui

inserisce autori come Hobbes, Bentham ed Austin tra i precursori del positivismo giuridico, e non tra i giuspositivisti tout-court, proprio per la loro convinzione relativa alla possibilità di stabilire un'etica oggettiva. Uberto Scarpelli, in *Cos'è il positivismo giuridico del 1965* nega che esistano norme e valori assoluti e che questa è una importante acquisizione della filosofia morale di quel tempo. Alla luce di ciò, per Scarpelli, non è più possibile essere giusnaturalisti.

Sebbene la tesi che il positivismo giuridico imponga, a livello meta-etico, l'opzione per una prospettiva soggettivista, sia (e, soprattutto, sia stata in passato molto diffusa), non è una tesi scontata. Essa infatti è stata criticata, anche molto autorevolmente, dall'interno del fronte giuspositivista. Hart è tra i primi a difendere con decisione l'indipendenza reciproca tra una prospettiva giusfilosofica di matrice positivista ed una meta-etica di tipo soggettivista. Nel saggio *Positivism and the Separation of Law and Morals*, pubblicato originariamente nella *Harvard Law Review* nel 1958, Hart si domanda quali sarebbero le conseguenze per il positivismo giuridico qualora si accogliesse una meta-etica oggettivista e cognitivista e conclude che si tratterebbe di conseguenze trascurabili: "le leggi, per quanto moralmente inique, sarebbero ancora (per il punto che ci interessa) leggi". Sulla scia di Hart, Carlos Nino (1999, 19) sostiene che «la tesi secondo la quale il diritto positivo di una società può identificarsi e descriversi senza ricorrere a considerazioni morali o di valore [...] non implica necessariamente una posizione scettica su tali considerazioni...».

Pur non potendo approfondire questo aspetto in modo adeguato, ritengo che le obiezioni al positivismo giuridico avanzate nei paragrafi precedenti acquisiscano una forza distruttiva qualora il giuspositivismo accolga una prospettiva meta-etica oggettivista e cognitivista. Più correttamente, non sostengo che l'accoglimento di qualsiasi versione di cognitivismo etico produca contraddizioni irrisolvibili all'interno di una concezione del diritto positivista ma, più modestamente, ritengo che il positivismo giuridico sia incompatibile con versioni esigenti dell'oggettivismo e del cognitivismo etico. Sono "esigenti" le versioni meta-etiche oggettiviste che sostengono a) che è possibile predicare la verità o la falsità degli enunciati che contengono valutazioni o apprezzamenti morali, b) che tali enunciati sono veri o falsi indipendentemente dalle nostre opinioni e c) che i canoni del ragionamento morale costituiscono un metodo affidabile per conseguire ed accrescere la conoscenza morale. In più, le versioni esigenti dell'oggettivismo etico sono "moniste". Il monismo etico ritiene che, per ogni situazione data, esista un'unica soluzione giusta da un punto di vista morale. Il presupposto di questa posizione è che le ragioni per l'azione siano tra loro commensurabili e che gli eventuali conflitti tra tali ragioni in relazione ad una situazione data siano meramente apparenti, nel senso che esistono criteri oggettivi che consentono di stabilire oggettivamente quale tra i valori a prima vista confliggenti debba prevalere o quale compromesso possibile tra tali valori sia appropriato.

Se è vero, come sostengo, che esiste un collegamento necessario tra positivismo giuridico e non-cognitivism etico (con le precisazioni appena fatte), ciò ha delle ricadute anche sulla visione generale del diritto e del potere politico. Il potere politico è, per il positivismo giuridico, un male necessario. Il potere, l'autorità e, in primo luogo, la sovranità statale, sono essenziali al fine di garantire che la vita di una società di individui sia organizzata in modo ordinato e tendenzialmente pacifico. La minaccia dell'uso della forza è il modo tipico attraverso il quale il potere limita la libertà e l'autonomia individuale e, così facendo, garantisce la pace e l'ordine sociale. Il meccanismo del comando rappresenta solo uno dei modi in cui il diritto incide sul nostro comportamento e, probabilmente, non è neppure il più importante. Molteplici sono infatti gli stratagemmi che la "macchina del diritto" utilizza per modificare le nostre azioni. La macchina del diritto, con i suoi accorgimenti, funziona per molti versi dietro le spalle degli individui. Essa produce artificialmente e occultamente il sentimento secondo cui è giusto fare ciò che il diritto prescrive di fare. Quest'ultima osservazione contribuisce a spiegare perché ogni autorità avanzi la pretesa di essere legittima. Raz, ci mette in guardia nei confronti di questa pretesa: non è detto che l'autorità dello stato sia legittima e, in ogni caso, anche qualora l'autorità dello stato fosse legittima, il suo ambito sarebbe certamente meno esteso rispetto a quanto preteso dallo stato. Tanto più che talvolta l'autorità influisce in modo occulto sulle nostre convinzioni.

Infine, se si accetta il presupposto (sia sulla base di una meta-etica non cognitivista o cognitivista sia sulla base di una meta-etica cognitivista debole) che «...l'universo etico è un universo irriducibilmente plurale, popolato da una molteplicità di valori, e ideali, che inevitabilmente entrano in conflitto gli uni con gli altri» (Celano 2005, 175), allora bisogna riconoscere che il diritto non si limita a rendere più determinati, a specificare, i valori morali, ma esso entra "a gamba tesa" nell'universo etico, operando bilanciamenti necessariamente discrezionali tra i valori; così facendo, non può che incidere con prepotenza sulla vita degli individui. Esistono infatti diverse concezioni del bene e quella adottata di volta in volta dal diritto è solo una tra le possibili.

Questa consapevolezza rafforza la convinzione che il diritto sia un male necessario; infatti, benché il legame tra diritto e morale sia per certi versi un legame effettivamente inscindibile, come sostiene il giusnaturalismo, bisogna evitare di indulgere nella visione, irenica e pericolosa, secondo cui il diritto possa incarnare l'unica morale corretta.

Un grande filosofo liberale, tra i principali difensori del pluralismo etico, Isaiah Berlin, rileva giustamente che se si ritiene di possedere l'unica Risposta Vera, si è portati a pensare di dovere procedere spediti seguendo la direzione indicata dalla Verità senza curarsi degli eventuali ostacoli che potrebbero incontrarsi prima di raggiungere la meta (che viene spostata sempre un po' oltre). Per usare una sua celebre metafora, cucinare una buona omelette richiede che si sia disposti a rompere molte uova, e anche ove l'omelette rimanesse invisibile «the eggs are broken, and the habit of breaking them grows» (Berlin

1990, 36). Tanto minore è l'incidenza del diritto sulla autonomia degli individui, tanto maggiore, da una prospettiva pluralista conflittualista, sarà il suo valore morale. In ogni caso, il diritto sarà sempre e comunque un male necessario.

Questa è la lezione del positivismo giuridico che merita di essere preservata e che ci dovrebbe portare sempre a preferire le volpi ai ricci.

Bibliografia

ALEXY, R. (1989): On Necessary Relations between Law and Morality. *Ratio Juris*, 2, 2, pp. 167-183.

– (1997): *Concetto e validità del diritto* (ed. or. 1992), Torino: Einaudi, 1997.

BERLIN, I. (1990): The Pursuit of the Ideal, in Id., *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, ed. by H. Hardy, London: John Murray.

BOBBIO, N. (1996): *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (ed. or. 1961). Torino: Giappichelli.

BULYGIN, E. (2007): *Il positivismo giuridico*, Milano: Giuffrè.

CARACCIOLO, R. (1994): *L'argomento della credenza morale*, in Comanducci, P. e Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, pp. 97-110.

CELANO, B. (2005): *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico. Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV, 1, pp. 161-183.

DWORKIN, R. (2006): *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts/London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.

– (2011): *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts/London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.

GALLIE, W.B. (1956): *Essentially Contested Concepts*. Proceedings of the Aristotelian Society, 56, pp. 167-198.

GUASTINI, R. (1998): La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano. *Ragion Pratica*, 11, pp. 185-206.

HART, H.L.A. (1994): *The Concept of Law* (or. ed. 1961). Oxford: Clarendon Press.

JORI, M. (2010): *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa: Ets.

MACCORMICK, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

NINO, C. S. (1999): *Diritto come morale applicata* (ed. or. 1994). Milano: Giuffrè.

RAZ, J. (1996): Intention in Interpretation, in George, R. P. (ed. by), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, pp. 249-286.