

Giorgio Pino  
Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale

0. *Introduzione*

Tratto distintivo di alcuni fra i più recenti e significativi orientamenti in teoria del diritto sembra essere una diffusa insofferenza verso alcune delle tradizionali tesi del positivismo giuridico, considerate troppo anguste e sterili di fronte alle (relativamente inedite) problematiche che sorgono dalla complessa struttura normativa degli ordinamenti giuridici contemporanei.

Fra i diversi elementi di complessità che caratterizzano gli ordinamenti giuridici degli Stati contemporanei, l'attenzione è spesso concentrata sulle novità introdotte nel panorama delle fonti del diritto dalle moderne costituzioni rigide, novità tali da indurre i più a parlare di una nuova forma di Stato, lo Stato costituzionale; il diritto costituzionale (contemporaneo) viene assunto come banco di prova dalle nuove teorie antipositiviste per dimostrare l'incapacità teorica del vecchio positivismo giuridico a comprendere la struttura e l'essenza stessa degli ordinamenti giuridici contemporanei; di conseguenza, si sottolinea l'esigenza di un approccio nuovo ai problemi classici della teoria e della filosofia del diritto (ad esempio: il rapporto tra diritto e morale, la teoria dell'interpretazione, i compiti della scienza giuridica, la tutela dei diritti, la teoria della sovranità).

Si tratta in realtà di un dibattito non lineare. Molto frequentemente, gli "antipositivisti" finiscono per scegliere come bersaglio critico (e come controprova della validità delle loro tesi) versioni piuttosto antiquate del giuspositivismo, quando non addirittura tesi comunemente (fra)intese come giuspositiviste ma che qualunque giuspositivista contemporaneo si guarderebbe bene dal sottoscrivere. Inoltre, gli orientamenti antipositivisti tendono a fondersi e confondersi con suggestioni provenienti dal costituzionalismo contemporaneo (pensiamo ad autori come Alexy, Dworkin, Habermas, Zagrebelsky) innestando le problematiche dello Stato costituzionale nel contesto di una più generale confutazione del positivismo giuridico.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ovviamente, nel dibattito contemporaneo vi sono istanze antipositiviste di matrice non strettamente costituzionalista; si pensi, ad esempio, alle correnti giusnaturaliste contemporanee che trovano un punto di riferimento nell'opera di

Oggetto di questo saggio non sarà comunque una ricognizione del dibattito contemporaneo fra giuspositivismo e antipositivismo (nelle loro rispettive numerose articolazioni). Si tratterà piuttosto di vedere quali punti della struttura teorica giuspositivista devono essere ripensati di fronte a tutte quelle tesi del costituzionalismo che oggi sembrano non solo pressoché universalmente accettate a livello teorico, ma altresì recepite in seno agli ordinamenti giuridici positivi: si metterà alla prova un impianto teorico che molti definiscono antiquato con una struttura giuridica positiva – lo Stato costituzionale – relativamente nuova (o solo da poco apprezzata in tutte le sue implicazioni anche dirompenti) e, indirettamente, con quegli orientamenti teorici che quella struttura intendono appieno valorizzare.

In altre parole, la domanda cui si cercherà di rispondere è: è davvero inevitabile che le prospettive teoriche aperte dalla struttura dello Stato costituzionale finiscano per decretare la morte del positivismo giuridico (già peraltro affetto da alcune gravi malattie), oppure i giuspositivisti stessi possono fecondamente partecipare al nuovo dibattito?

Appare allora opportuno esercitare una preliminare *actio finium regundorum*, al fine di individuare un nucleo di tesi idonee ad identificare con sufficiente precisione il positivismo giuridico, quantomeno con riferimento agli sviluppi di questa tradizione teorica nella seconda metà del Novecento. Dall'altro lato, si tratterà di individuare le principali novità teoriche implicate dalla struttura normativa degli ordinamenti giuridici dotati di costituzione rigida e giurisdizionalmente garantita.

Ciò che spero di mostrare è che una versione del positivismo giuridico che riesca a tenere conto delle più importanti novità introdotte dallo Stato costituzionale sia non solo astrattamente concepibile, ma altresì utile. A costo di quali rinunce e di quali revisioni, lo vedremo nel corso del saggio.

## 1. Positivismo giuridico

Se è sempre difficile (o troppo comodo, a seconda dei punti di vista) applicare cartellini di riconoscimento a movimenti culturali, questa attività può risultare ancora più arbitraria per il concetto di positivismo giuridico, nel cui ambito si fanno rientrare dottrine che hanno avuto caratteri e significati diversi. Considerata l'ampiezza di significato che il termine ha assunto, anche a causa dei diversi contesti storici e culturali in cui ha trovato applicazione, si potrebbe dire che siamo in presenza di un *essentially contested concept*, di una nozione

John Finnis (cfr. soprattutto J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), Giappichelli, Torino, 1996). Non ho comunque ritenuto essenziale, in relazione alle finalità di questo saggio, approfondire l'esame delle critiche di Finnis e di altri *natural lawyers* contemporanei al giuspositivismo.

intrinsecamente controversa: una di quelle nozioni che, pur avendo un contenuto concettuale comunemente condiviso da tutti coloro che cercano di definirne il significato, sono tuttavia esposte ad interpretazioni e a valutazioni differenti, molte delle quali supportate da buone ragioni.<sup>2</sup>

Proviamo allora a partire da quello che sembra il concetto di diritto presupposto dalle concezioni teoriche giuspositiviste potrebbe essere formulato così: tutto il diritto è diritto positivo; quest'ultimo è un artefatto umano radicalmente contingente, sia dal punto di vista della sua produzione, sia dal punto di vista della sua valutazione, e i contenuti normativi del diritto non hanno alcun radicamento oggettivo o vincolo esterno al contesto storico-culturale nel quale si collocano.<sup>3</sup>

A questa definizione minimale si associa di solito una connotazione in negativo, che consiste nel qualificare il positivismo giuridico come quella dottrina che si oppone al giusnaturalismo, che lo nega polemicamente e, per così dire, programmaticamente.

Così, se consideriamo giuspositivismo e giusnaturalismo come due dottrine o come due gruppi di dottrine storicamente determinate, ci accorgiamo che le prime nascono, in un preciso periodo storico, in antitesi e in reazione alle seconde; la definizione in negativo, per quanto semplicistica, ha quindi un elementare nucleo di verità nel mettere in luce che in un momento preciso della storia della cultura e delle istituzioni giuridiche, che possiamo identificare con l'illuminismo giuridico e la nascita dello Stato moderno, un gruppo di dottrine nasce in polemica opposizione ad un altro gruppo di dottrine precedentemente maggioritarie.<sup>4</sup>

Se è vero che il giuspositivismo si oppone al giusnaturalismo al punto di negarne radicalmente i presupposti, e quindi il concetto di diritto, per ottenere il concetto di diritto condiviso dalle dottrine giusnaturalistiche, sarà sufficiente negare il concetto di diritto presupposto dal giuspositivismo. Inoltre, il fatto che l'opposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo si basi su una simile

<sup>2</sup> Cfr. W.B. Gallie, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristote-lian Society*, vol. LVI, 1955-56, p. 167-198.

<sup>3</sup> Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1979<sup>3</sup>, p. 19; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1977<sup>3</sup>, p. 126; N. MacCormick, "Law, Morality and Positivism" (1982), in N. MacCormick-O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, p. 128-129; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 72-73; V. Villa, "Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo", in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 155-189, spec. p. 174-175.

<sup>4</sup> Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Comunità, Milano, 1952, spec. l'appendice su "La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico".

antitesi concettuale rende le due tradizioni di ricerca mutuamente esclusive, e congiuntamente esaustive: non si può appartenere allo stesso tempo all'una e all'altra, e negare l'una significa affermare l'altra.

Quest'ultimo assunto non sembra però condiviso dai principali autori antipositivisti, che non si dichiarano giusnaturalisti, né intendono (quantomeno *apertis verbis*) risuscitare la dottrina del diritto naturale. Le dottrine giusnaturalistiche, si dice, hanno in qualche modo esaurito la loro funzione storica, che consisteva nel prescrivere certi limiti e vincoli sostanziali alla produzione e all'interpretazione giuridica; tali limiti e vincoli ora sono recepiti in concreti documenti giuridici (soprattutto le Carte costituzionali), ed è dal punto di vista costituzionale che si pongono i moderni critici del positivismo giuridico.<sup>5</sup>

E' evidente allora che è necessaria una definizione più articolata tanto del giuspositivismo quanto del costituzionalismo e dello Stato costituzionale. Se infatti ci limitassimo da una parte a ridurre tutto il giuspositivismo alla definizione concettuale data sopra, e dall'altra ad identificare lo Stato costituzionale con un ordinamento giuridico dotato di una costituzione rigida e giurisdizionalmente garantita, la nostra ricerca dovrebbe subito concludersi con l'ovvia osservazione che anche le costituzioni (soprattutto se scritte) sono diritto positivo, e in quanto tali prodotti umani contingenti, e quindi la loro mera esistenza non rappresenta affatto un colpo mortale per il giuspositivismo.

Dobbiamo allora passare dal *concetto* di diritto presupposto dal giuspositivismo, alla considerazione di più articolate e specifiche *concezioni* giuspositiviste, vale a dire di dottrine che, per quanto diverse, continuano tutte a presupporre quel medesimo concetto di diritto positivo e che – si assume – sono messe seriamente in discussione nel contesto dello Stato costituzionale.

## 2. L'analisi di Bobbio

Si deve a Bobbio uno dei più penetranti tentativi di individuare le principali *concezioni* o *aspetti* in cui il positivismo giuridico si è storicamente presentato: il positivismo giuridico inteso come modo di accostarsi al diritto, ovvero come teoria del diritto, ovvero ancora come ideologia del diritto.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Così N. Matteucci, "Positivismo giuridico e costituzionalismo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, p. 1083: "[...] a noi non spetta di difendere il giusnaturalismo che è un fatto storico del passato da comprendere nella sua grandezza come nei suoi limiti; il nostro compito, forse, è quello di cominciare ad inventare, in accordo con i tempi, una nuova cultura giuridica - dove per cultura intendiamo qualcosa di più dei libri dei filosofi del diritto - se vogliamo venire incontro ai problemi della democrazia della seconda metà del secolo ventesimo".

<sup>6</sup> Vedi N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., parte II, e "Aspetti del positivismo giuridico" (1960), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit.

Per positivismo giuridico come modo di accostarsi allo studio del diritto Bobbio intende il modo in cui i giuspositivisti delimitano l'oggetto della loro ricerca e, correlativamente, la funzione che assegnano alla ricerca stessa. Da questo punto di vista, il positivismo giuridico si caratterizza per la netta distinzione fra diritto reale e diritto ideale, fra diritto come fatto e diritto come valore, fra diritto com'è e diritto come deve essere (come si vorrebbe che fosse); distinzione evidentemente finalizzata ad individuare solo il primo come oggetto della ricerca del giurista. Il giurista positivista si caratterizza allora per un atteggiamento avalutativo, eticamente neutrale, in altre parole scientifico nei confronti del diritto esistente.

Il positivismo giuridico come teoria rappresenta in realtà un insieme di tesi sulla natura del diritto, tutte in qualche modo improntate ad una concezione statualistica del diritto: la teoria della coattività, quanto alla definizione di diritto, in base alla quale per diritto si intende un insieme di norme che sono fatte valere con la forza, oppure il cui contenuto è la regolamentazione dell'uso della forza in un gruppo sociale; la teoria imperativistica, quanto alla definizione della norma giuridica, secondo cui le norme giuridiche sono comandi; la supremazia della legge, quanto alla teoria delle fonti, per cui tutte le altre fonti vengono a questa subordinate; quanto all'ordinamento giuridico nel suo complesso, poi, esso viene concepito come un sistema completo e coerente; quanto all'interpretazione giuridica, infine, questa è intesa come attività meramente logica e tendenzialmente meccanica (formalismo interpretativo).

Il positivismo giuridico come ideologia è una teoria dell'obbedienza al diritto, nel senso che il diritto in quanto posto (ovvero la legge in quanto positivamente statuita, laddove questo aspetto del giuspositivismo si sposi con quello precedente) merita per ciò solo rispetto morale: esiste in altre parole un obbligo morale di obbedire al diritto positivo. Questa dottrina che, come nota Bobbio, sarebbe più esatto chiamare positivismo morale o legalismo etico, si presenta in due versioni: in una versione moderata, essa sostiene che l'esistenza stessa di una regolamentazione giuridica, emanata da un potere che ha il monopolio della forza in un gruppo sociale, assolve di per sé, a prescindere quindi dal contenuto delle singole norme, ad una importante funzione di ordine, pace sociale, certezza nei rapporti intersoggettivi, contribuisce cioè di per sé alla realizzazione di valori che si considerano meritevoli; in una versione più estrema, il diritto non è più un mezzo per realizzare valori desiderabili, ma è addirittura un valore in sé, il diritto valido è per ciò stesso anche diritto giusto.

Altri tentativi, che qui si possono solo menzionare, di disarticolazione del concetto di giuspositivismo in specifiche concezioni si devono a H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino, 1965, p. 300, nt.; M.A. Cattaneo, voce "Positivismo giuridico", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1966; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p.37-52.

A partire dalla rappresentazione bobbiana del positivismo giuridico sono stati acquisiti al dibattito filosofico (non solo italiano) alcuni punti fermi : l'ambiguità della locuzione "positivismo giuridico", che può denotare una varietà di teorie e ideologie; la constatazione che queste teorie ed ideologie, per quanto siano spesso storicamente legate e a volte logicamente compatibili, tuttavia non costituiscono una costruzione filosofica compatta, da accettare o respingere in blocco; la necessità quindi che i critici del giuspositivismo circoscrivano il loro bersaglio a tesi determinate; la possibilità comunque di difendere separatamente tutti e tre gli aspetti del positivismo giuridico, ovviamente con argomenti diversi.<sup>7</sup>

Con qualche approssimazione, comunque, i tre aspetti del positivismo giuridico che abbiamo preso in considerazione sulla scorta di Bobbio sono storicamente legati alla nascita del concetto moderno di Stato di diritto. E' in questo contesto che si afferma infatti l'idea di Stato sottoposto alla legge, o governato dalla legge, con tutti i suoi corollari: l'accentramento e la monopolizzazione del potere normativo, un concetto forte di sovranità, la separazione dei poteri, la sottomissione del giudice alla legge, la codificazione. La struttura normativa di questo tipo di Stato è caratterizzata dalla centralità della legge, e per questo motivo esso è in genere definito *Stato legale* o *Stato di diritto legislativo*.

### 3. Il positivismo giuridico e lo Stato di diritto legislativo

Coerentemente all'ideologia liberale che la sostiene, la costruzione dello Stato di diritto è finalizzata dunque alla tutela della libertà dei cittadini, intesa innanzitutto come libertà dal potere politico, il quale deve essere razionalizzato e spersonalizzato. Nel processo di formazione dello Stato di diritto diventa allora centrale la dottrina della separazione dei poteri<sup>8</sup>. Inoltre, tanto la funzione giurisdizionale quanto quella esecutiva (o amministrativa) sono in qualche modo assoggettate a quella legislativa, in quanto: al giudice si chiede di applicare fedelmente la legge senza contaminarla con le sue soggettive interpretazioni (si

<sup>7</sup> Cfr. R. Guastini, "Norberto Bobbio teorico del diritto. (II) 1961-1965", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, p. 523-541; C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980<sup>2</sup>), Giappichelli, Torino, 1996, cap. I; G. Carriò, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, p. 143-182; M. Troper, "Le positivisme juridique" (1986), in Id., *Pour une théorie juridique de l'état*, PUF, Paris, 1994.

<sup>8</sup> Il legame che, in questo momento della cultura giuridica, viene avvertito fra libertà dei cittadini e divisione dei poteri è testimoniato dalla famosa formulazione dell'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".

pensi al giudice “bouche de la loi” di Montesquieu, o alla teoria del sillogismo giudiziale come formulata da Beccaria<sup>9</sup>); agli organi dell’amministrazione, alla burocrazia, si chiede di perseguire i propri compiti istituzionali nel rispetto della cornice fissata dalla legge, la quale fissa tanto gli scopi quanto i limiti dell’attività amministrativa (principio di legalità dell’amministrazione).

La legge ha così il posto più alto nella gerarchia delle fonti del diritto, non vi sono limiti *giuridici* all’attività legislativa, ma solo i limiti politici derivanti per l’appunto dalla composizione politica dell’organo legislativo. La legge è l’unico fondamento *giuridico* per i diritti dei cittadini: questi diritti non preesistono allo Stato, ma sono il frutto di un’atto di autolimitazione da parte dello Stato stesso, che in tal modo li costituisce con un suo atto di volontà (di nuovo: la legge). E’ questa la famosa teoria dei diritti pubblici subbietivi, in base alla quale i diritti fondamentali degli individui altro non sono se non “effetti riflessi” del diritto sovrano con cui lo Stato regola la sua attività (Gerber), “autoobbligazioni” (Jellinek), o “autolimitazioni” dello Stato (Romano).<sup>10</sup>

Come premesso, in questo modello di ordinamento giuridico possiamo rintracciare tutti e tre gli aspetti del positivismo giuridico indicati da Bobbio.

Per quanto riguarda la teoria del diritto, le caratteristiche dello statualismo e del legalismo sono in questo modello di Stato espresse nella maniera più tipica, la teoria dell’interpretazione come attività essenzialmente logica è fatta propria dalla Scuola dell’esegesi in Francia e dalla Scuola pandettistica in Germania, la teoria della coerenza e completezza dell’ordinamento giuridico sono pensabili (non solo in termini di ipotesi teorica ma probabilmente anche come concreto dato sociologico) grazie alla omogeneità della classe politica, che ha il monopolio delle fonti del diritto (o quantomeno della fonte suprema, la legge).

In questo clima ovviamente viene favorito un approccio avalutativo allo studio del diritto, innanzitutto perché lo scienziato del diritto non deve compromettere il fondamentale valore della certezza del diritto, e in secondo luogo perché la dogmatica giuridica non ha valore ufficiale di fonte del diritto.

E infine, riguardo al positivismo ideologico, è ovvio come una raffigurazione forte della sovranità statale, tale ad esempio da legittimare il dogma dell’onnipotenza del legislatore, induca ad attribuire allo Stato anche una valenza etica, a cui tributare un’obbedienza assoluta: è il caso dello Stato etico

<sup>9</sup> Cfr. C.L. de Montesquieu, *De l’esprit des lois* (1748), Libro VI, cap. 3; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1766), Mursia, Milano, 1987, soprattutto § IV (“Interpretazione delle leggi”); opinioni simili furono espresse anche da Voltaire e Verri. Sul punto, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988<sup>2</sup>.

<sup>10</sup> Per i riferimenti bibliografici degli autori citati nel testo rimando a L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997<sup>2</sup>, p. 86, nt. 88; sui diritti pubblici subbietivi v. A. Baldassarre, voce “Diritti pubblici soggettivi”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, 1988.

hegeliano, contro il quale i cittadini non possono nemmeno vantare il diritto alla vita, ma è anche il caso di Rousseau, secondo il quale con il contratto sociale vengono alienati allo Stato tutti i diritti naturali degli individui, ivi compreso il diritto alla vita.

Per inciso, tanto Rosseau quanto Hegel possono essere avvicinati al positivismo giuridico solo nel senso specifico di sostenitori del legalismo etico, e infatti qui li abbiamo trattati come due esempi di come nel contesto dello Stato legislativo sia stato teorizzato l'obbligo morale di assoluta obbedienza alle leggi. Si consideri anche come tanto Hegel quanto Rousseau si spingano ben oltre la concezione dell'obbligo di obbedienza al sovrano nella filosofia politica di Hobbes, il quale ultimo pure è di solito considerato ad un tempo il teorico dell'assolutismo statale e l'antesignano del positivismo giuridico: nella costruzione hobbesiana come è noto i cittadini mantengono pur sempre un diritto fondamentale, o meglio il più fondamentale dei diritti, il diritto alla vita, anche contro il sovrano. In ogni caso, come chiariremo fra breve, il legalismo etico è più spesso un argomento usato in chiave critica dagli avversari del positivismo giuridico, che una posizione esplicitamente difesa da parte positivista.

Se è vero che, come ha dimostrato chiaramente Bobbio, fra i tre aspetti del positivismo giuridico non si dà un legame logico-concettuale ma piuttosto un legame di tipo storico, allora è anche vero che nel contesto storico-istituzionale dello Stato di diritto legislativo, di fatto quei tre aspetti si sono presentati tutti insieme. In questo senso, è stato anche notato che la teoria statual-legalistica del diritto ha avuto un ruolo per così dire di tramite fra l'aspetto scientifico del positivismo giuridico e quello etico-politico dall'altra: l'apparato concettuale proprio dello statalismo rappresenta per alcuni un presupposto indispensabile per l'avalutatività della scienza giuridica, per altri (in chiave critica) un mezzo per mascherare una surrettizia valutazione favorevole del diritto positivo dietro la facciata della scientificità.<sup>11</sup>

#### 4. Cosa resta dei tre aspetti del positivismo giuridico

Si può subito escludere proprio l'aspetto etico-ideologico del positivismo giuridico dal panorama del positivismo contemporaneo.

Nota infatti Bobbio<sup>12</sup>, che la dottrina dell'obbligo morale di obbedienza alla legge nasce storicamente in un clima culturale giusnaturalista, ed è quindi storicamente falso attribuire al positivismo giuridico la responsabilità esclusiva di atteggiamenti quali il feticismo legalistico e il culto acritico della legge; ma

<sup>11</sup> Cfr. M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 6.

<sup>12</sup> Cfr. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 114-117.

l'accusa, spesso rivolta ai giuspositivisti, è di avere comunque esasperato quegli atteggiamenti (si tratta della versione estrema del positivismo etico): i giuspositivisti, si dice, sarebbero andati ben oltre l'elementare constatazione di fatto che un ordinamento giuridico non può reggersi esclusivamente sul timore della sanzione, spingendosi ad identificare la legge giusta con la legge valida, e prestando così incondizionata adesione anche a regimi giuridici moralmente aberranti: si pensi all'enfasi con cui Gustav Radbruch, critico del giuspositivismo (ma un tempo giuspositivista egli stesso) accusò il positivismo giuridico di giustificare l'obbligo di obbedienza a regimi moralmente ingiusti (la cosiddetta *reductio ad Hitlerum* del positivismo giuridico)<sup>13</sup>. Ora, tale accusa non solo appare estremamente generica, ben difficile da riscontrare nei testi dei teorici giuspositivisti più significativi, ma altresì essa attribuisce al positivismo la responsabilità di un modello di adesione morale al diritto positivo, fermamente criticato e respinto in primo luogo proprio dai principali giuspositivisti del Novecento: di Bobbio abbiamo già detto, mentre Ross ha etichettato questa posizione come "quasi-positivismo", indicandola piuttosto come una forma di giusnaturalismo<sup>14</sup>; né è possibile attribuire a Kelsen o a Hart tale posizione.<sup>15</sup>

Il motivo è presto detto: la versione estrema del positivismo ideologico è con tutta evidenza incompatibile con un altro aspetto del giuspositivismo, senza dubbio predominante nella teoria del diritto del Novecento, e cioè con l'aspetto epistemologico-scientifico, con il positivismo giuridico come *approach* avalutativo al diritto. E' ovvio che, se al giurista che adotta tale prospettiva si prescrive di trattare il diritto come un fatto e non come un valore, di separare i giudizi di validità giuridica dai giudizi di valore morale, *a fortiori* gli si vieta di attribuire forza morale obbligatoria al diritto in quanto meramente esistente, di fare del diritto una morale.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Sulla "parabola" di Radbruch, e più in generale sull'antipositivismo nella cultura giuridica tedesca, si veda A. Somek, "German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries", in D. Patterson (ed. by), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 343-354.

<sup>14</sup> A. Ross, "Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo" (1960), in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, 1982.

<sup>15</sup> Sull'impossibilità di attribuire a Kelsen e ad Hart una posizione incline al legalismo etico vedi, rispettivamente, N. Bobbio, "La teoria pura del diritto e i suoi critici" (1954), in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, e G. Carriò, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", cit. E' noto comunque che il pensiero di Kelsen si presta ad interpretazioni divergenti su questo punto; di fatto, l'accusa di "quasi-positivismo" è da Ross rivolta proprio a Kelsen; cfr. anche C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, cit., p. 27-31.

<sup>16</sup> Invece il giuspositivismo epistemologico non è incompatibile con la versione moderata del positivismo etico, che considera il diritto non un valore in sé, ma un

Questo punto si rafforzerà ulteriormente nelle concezioni giuspositiviste del Novecento grazie alla fusione fra positivismo giuridico e filosofia analitica, tramite la quale si cerca di dotare di un solido supporto filosofico la tesi della avalutatività. Il principio di avalutatività viene messo infatti in relazione ad uno dei punti fermi dell'impianto filosofico analitico: la Grande Divisione, o legge di Hume, che vieta di derivare giudizi di valore da giudizi di fatto. Il positivismo giuridico quindi, anche e soprattutto in seguito all'influenza della filosofia analitica, tende sempre di più ad accentuare l'aspetto epistemologico, metodologico, caratterizzandosi come una teoria della scienza giuridica che indica le condizioni alle quali la giurisprudenza può produrre un discorso genuinamente conoscitivo.<sup>17</sup>

Per quanto riguarda poi l'aspetto teorico del positivismo giuridico, abbiamo già avuto modo di notare che esso include una serie di tesi, fra loro indipendenti, che hanno caratterizzato un certo modello di Stato. E' noto che alcune di tali tesi sono state rielaborate, anche radicalmente; altre sono state del tutto

mezzo per raggiungere valori. Da questo punto di vista è opportuno tenere ben distinti il *positivismo ideologico* (o legalismo etico) dall'*ideologia del positivismo giuridico*, cioè da tutti quei valori che tanto la teoria quanto l'approccio giuspositivisti, in maniere differenti, intendono garantire: la certezza del diritto, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la subordinazione dell'amministrazione al principio di legalità, ecc. Sul positivismo giuridico come opzione in favore di determinati valori etico-politici è d'obbligo rimandare a U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, e "Il positivismo giuridico rivisitato", *Rivista di filosofia*, 1989, p. 461-475. Cfr. anche A. Squella, "Legal Positivism and Democracy in the Twentieth Century", *Ratio Juris*, 3, 1990, p. 407-414.

<sup>17</sup> Sulla fusione fra positivismo giuridico e filosofia analitica la letteratura è sterminata; fra i contributi più recenti e significativi, vedi E. Pattaro, "Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi" (1972), in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976; V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Giuffrè, Milano, 1984; Id., "La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo", in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II: saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990; M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit.; M.A. Barrere Unzueta, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990; A. Pintore, "Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico", in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino, 1994; M. Barberis, "Vincoli e strumenti. Sulla filosofia analitica del diritto", *Analisi e diritto*, 1995; L. Ferrajoli, "Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica", in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997.

Sulla "legge di Hume" vedi, da ultimo, B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

abbandonate se non apertamente criticate in primo luogo dai giuspositivisti stessi.

Per esempio, la teoria imperativistica della norma giuridica, risalente ad Austin, è stata sottoposta a profonda revisione nell'ambito della teoria normativistica di Kelsen, e quest'ultima a sua volta è stata riformulata (anche) alla luce della filosofia analitico-linguistica da Hart e Bobbio. La supremazia della legge sul piano delle fonti del diritto è stata messa in discussione, a causa dell'avvento delle costituzioni rigide (di cui parleremo nei prossimi paragrafi). La teoria formalistica dell'interpretazione è stata apertamente respinta da quasi tutti i giuspositivisti del Novecento (si pensi alla teoria dell'interpretazione giudiziale di Kelsen<sup>18</sup>, e alla critica al formalismo interpretativo da parte di Hart<sup>19</sup>) per fare invece capolino, sia pure in termini molto diversi, in alcuni autori dichiaratamente antipositivisti, e lo stesso vale per la teoria della coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico.<sup>20</sup>

Schematicamente, il rapporto fra i tre aspetti del positivismo giuridico potrebbe essere raffigurato, da un punto di vista diacronico, notando come l'aspetto ideologico sia probabilmente il primo ad apparire con la filosofia politica di Hobbes, nell'Ottocento divenga poi predominante l'aspetto teorico nei suoi diversi corollari (anche se c'è un certo equilibrio fra i tre aspetti), nel Novecento è infine l'aspetto metodologico a rappresentare meglio le concezioni giuspositiviste (in congiunzione con una definizione di diritto valido in chiave ordinamentale).

A causa di questa evoluzione, con la quale molte tesi un tempo centrali sono state via via abbandonate, è stata proposta l'adozione del termine "post-positivismo" per riferirsi alle concezioni giuspositiviste della seconda metà del Novecento.<sup>21</sup>

## 5. *Il problema della separazione fra diritto e morale*

Si può rilevare in ogni caso che il principio di neutralità rappresenta un punto cardine dell'impianto giuspositivistico: è infatti una delle possibili implicazioni della teoria della separazione fra diritto e morale, vero e proprio

<sup>18</sup> Vedi H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1990<sup>2</sup>, cap. VIII.

<sup>19</sup> Vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., cap. VII.

<sup>20</sup> Il riferimento è evidentemente a Ronald Dworkin, nella cui teoria della "unica risposta corretta" è stata spesso ravvisata una riproposizione di argomenti formalistici: cfr. G. Carriò, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", cit.; A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990; L. Prieto Sanchis, "Costituzionalismo e positivismo", *Analisi e diritto*, 1996, p. 213-215.

<sup>21</sup> Così M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit.

terreno di battaglia fra giuspositivismo e giusnaturalismo prima, e fra giuspositivismo e (genericamente) antipositivismo poi. Non è quindi inutile indicare brevemente i termini del problema, anche per vedere in che senso esso venga ancora riproposto.

Si deve subito notare che il problema del rapporto (o della negazione del rapporto) fra diritto e morale si può presentare da prospettive anche molto diverse, ad esempio:

1) non c'è (non ci deve essere) alcun rapporto tra diritto e morale, né dal punto di vista della produzione del diritto, né da quello della sua applicazione (l'utilitarismo giuridico illuminista, riproposto recentemente in campo penale da Hart e Ferrajoli);

2) il rapporto fra diritto e morale non è necessario: può ben succedere che un ordinamento giuridico o alcune sue norme recepiscono valori morali, ma anche nel caso contrario l'ordinamento o la singola norma non perdono la loro giuridicità (Hart, Raz);

3) pur nei casi in cui un ordinamento giuridico preveda, fra i criteri di validità giuridica, il rispetto di certi criteri morali (il che rende in qualche modo necessaria la relazione fra diritto e morale), resta pur sempre il fatto che il punto di riferimento è una morale convenzionale, frutto dell'accordo fra gli uomini, e non una morale assoluta e universale;

4) il compito dello scienziato del diritto è descrivere il diritto positivo, astenendosi dal valutarlo, o meglio non spacciando le proprie valutazioni per descrizioni scientifiche; le valutazioni appartengono non alla scienza del diritto ma alla politica del diritto, attività quest'ultima perfettamente legittima ma da non confondere con la prima (Bentham, Hart, Kelsen, Ross, Bobbio, e in genere tutti i giuspositivisti del Novecento).

Queste tesi, ed altre che se ne potrebbero enumerare, non stanno tutte sullo stesso piano: a parte il fatto che non sono tutte espressione del medesimo contesto politico e culturale, essendo state elaborate e difese in periodi diversi, in ogni caso si tratta di tesi che si pongono a livelli diversi nell'impianto teorico giuspositivista: alcune (1, 4) sono tesi normative che prescrivono un modello (di diritto, di scienza giuridica) desiderabile, altre (2, 3) sono invece di natura concettuale.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ferrajoli ha molto opportunamente ricondotto le molteplici articolazioni della teoria della separazione fra diritto e morale a tre diversi ordini di problemi, fra loro indipendenti sul piano logico: una tesi *meta-logica* che vieta, in quanto viziata da "fallacia naturalistica", la derivazione del diritto valido (diritto "come è") dal diritto giusto ("diritto come deve essere") e viceversa; una tesi *scientifica*, che nega che la giustizia sia condizione necessaria o sufficiente della validità delle norme giuridiche; una tesi *meta-scientifica*, sull'autonomia del punto di vista giuridico dal punto di vista etico-politico e da quello sociologico. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 1996<sup>3</sup>, p. 204-205.

Come che sia, il rapporto fra diritto e morale sembra a molti uno dei punti più deboli del positivismo giuridico. Tralasciando le critiche alla a-moralità del positivismo giuridico basate sull'accusa di legalismo etico, di cui abbiamo già detto, in genere due ordini di critiche sembrano piuttosto ricorrenti: innanzitutto, che in realtà esiste un rapporto concettuale e necessario fra diritto e morale, ed è quindi falsa la tesi positivista della connessione solo eventuale; in secondo luogo, che l'atteggiamento avalutativo prescritto al giurista giuspositivista, se anche non rappresenta una vera e propria adesione morale al diritto positivo, tuttavia gli impedisce di criticare leggi moralmente ingiuste. Entrambe le critiche vanno in definitiva a colpire il principio positivista di avalutatività: se infatti si riconosce un legame concettuale necessario fra diritto e morale, il giurista potrà e dovrà usare (anche) parametri morali per studiare, valutare e (eventualmente) criticare il diritto positivo, e questa resterà comunque un'operazione di carattere conoscitivo e non politico-ideologico (ammesso che si voglia ancora mantenere questa distinzione).

Discuterò le due critiche separatamente: la prima subito, la seconda nell'ultimo paragrafo.

Abbiamo già avuto modo di notare che il problema della relazione necessaria fra diritto e morale ha caratterizzato la tradizione di pensiero del giusnaturalismo. La riproposizione odierna del rapporto concettualmente necessario fra diritto e morale non proviene però da parte giusnaturalista, ma per così dire da antipositivisti moderati. Anzi, di solito si considera il nuovo interesse per tale problema (o meglio il nuovo modo di trattarlo) come una conseguenza, uno sviluppo delle idee di uno dei più importanti positivisti di questo secolo, Herbert Hart.

Come è noto, Hart ha sostenuto che è essenziale per l'esistenza di un ordinamento giuridico che i soggetti ad esso sottoposti (i cittadini), o quantomeno gli operatori giuridici ufficiali sviluppino un atteggiamento di accettazione, un punto di vista interno, nei confronti delle norme di quell'ordinamento giuridico, o quantomeno nei confronti della sua norma di riconoscimento. La tematica del punto di vista interno è stata poi da alcuni interpretata nel senso che quantomeno una certa categoria di soggetti deve credere nel valore morale di quell'ordinamento (anche se Hart parla semplicemente di accettazione delle norme *come criteri di condotta*, senza specificare se ciò denoti adesione morale), e questo perché ogni ordinamento giuridico ha una pretesa di "giustizia", di correttezza, quantomeno al livello delle sue norme di riconoscimento, della sua costituzione<sup>23</sup>. Sarebbe infatti

<sup>23</sup> Alcuni esempi piuttosto significativi di questa riproposizione del rapporto necessario fra diritto e morale sono: E. Garzon Valdés, "Algo mas acerca de la relacion entre Derecho y Moral" (1989), in Id., *Derecho, Etica y Politica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997; A. Peczenik-S. Urbina, "Why Officials? On Legal

ridondante, tautologico incontrare in una costituzione una norma che suoni “X è uno Stato giusto”.<sup>24</sup>

Questo argomento è in realtà sopravvalutato dai suoi sostenitori. La tesi positivista della separazione fra diritto e morale nasce infatti in un contesto di laicizzazione del diritto e dello Stato, in seno al quale si intendeva liberare il diritto, o meglio il giudizio di validità giuridica, dalle pesanti ipoteche rappresentate dalla tradizione (si pensi alla polemica di Bentham e Austin contro la *Common Law*) e dalla religione<sup>25</sup>; la produzione del diritto, in questa prospettiva, ha carattere convenzionale, nel senso che non riflette alcuna morale ideale, oggettiva o transculturale, e l'impresa conoscitiva del giurista non deve essere influenzata da una morale esterna al diritto. In altre parole, quella difesa dal giuspositivismo è la separazione fra diritto e morale ideale, o morale critica.

Ma le cose stanno diversamente a proposito della morale positiva, condivisa dal gruppo sociale che al contempo adotta una certa regolazione giuridica. E' infatti elemento costante delle concezioni giuspositiviste assumere un certo grado di effettività sociale come requisito della validità del diritto, sia pure in sensi diversi tanto per l'ordinamento nel suo complesso quanto per singole norme<sup>26</sup>, e nessun positivista ha sostenuto che l'effettività sociale possa raggiungersi grazie alla sola coazione. In altre parole, il concetto di diritto presupposto dal giuspositivismo implica con tutta evidenza una relazione fra il diritto e la morale positiva, intesa come la morale convenzionale fatta propria da un gruppo sociale.

Ebbene, è certo che gli antipositivisti recenti sottolineano a loro volta proprio la necessità della relazione fra diritto e morale positiva. Questo è stato dimostrato a proposito di Dworkin<sup>27</sup>. E' ancora più chiaro nel caso di Alexy, che

Positivism Old and New”, *Rechtstheorie*, 1995, p. 139-162; A. Calsamiglia, “Una visione del diritto dal punto di vista del partecipante”, *Analisi e diritto*, 1996, p. 57-76; J.C. Bayòn, “Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto”, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 47-63.

<sup>24</sup> Cfr. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 36.

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 203s.

<sup>26</sup> Lasciando da parte le concezioni giusrealiste, si pensi alla definizione di regola, e alle condizioni di esistenza dell'ordinamento giuridico secondo Hart (che abbiamo già più volte richiamato); ma spesso non si sottolinea a sufficienza che lo stesso Kelsen, che già aveva considerato l'efficacia un requisito dell'esistenza dell'ordinamento nel suo complesso, ha insistito sulla necessità di un certo grado di efficacia anche per l'esistenza delle singole norme giuridiche. Vedi H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 238-243.

<sup>27</sup> Cfr. B. Pastore, “Dworkin giusnaturalista?”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1984, p. 80; e L. Prieto Sanchis, “Costituzionalismo e positivismo”, cit., p. 223. In generale, cfr. A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1998.

sostiene la presenza di una pretesa di giustizia nell'esistenza del diritto, ma facendo riferimento alla giustizia così come intesa da un certo gruppo sociale o, addirittura, dal gruppo al potere: Alexy fa l'esempio<sup>28</sup> di un gruppo di predoni che si accorda per sottomettere i membri di una comunità e sfruttarli sistematicamente, ad esempio vendendone gli organi; ebbene, sostiene Alexy che gli ordini dei predoni, per quanto organizzati secondo certi schemi, certe gerarchie, certe procedure ecc., non potranno essere considerati diritto fino a quando non abbiano una pretesa di giustizia, ma questo, si badi bene, dal punto di vista dei partecipanti o, al limite, del gruppo (dominante) di predoni stessi.

Alla critica antipositivista della necessità della relazione fra diritto e morale è allora possibile rispondere che, in primo luogo, lo stesso tipo di relazione è perfettamente difendibile, o addirittura presupposto, da un punto di vista giuspositivista<sup>29</sup>; e in secondo luogo, tale critica finisce per dirci molto meno di quanto ci aspetteremmo, perché se è vero che intende collegare al diritto una pretesa di giustizia, è anche vero che si tratta di una giustizia qualunque, purché congruente con la morale positiva condivisa da un gruppo sociale: anche da una società schiavista, quindi. In fin dei conti, il problema della relazione fra diritto e morale sembrerebbe presentare un certo interesse solo dal punto di vista di una concezione oggettivista della morale<sup>30</sup>, quale è quella presupposta e difesa dalle concezioni giusnaturaliste. Ma gli ordinamenti giuridici contemporanei, come vedremo tra breve, hanno assunto una configurazione tale da far diminuire in certa misura l'importanza pratica – per così dire – dell'adozione di una prospettiva giusnaturalista.

La prima critica antipositivista, relativa alla relazione concettuale necessaria fra diritto e morale sembra quindi pressoché irrilevante. Come dire: molto rumore per nulla.

## 6. *Lo Stato costituzionale*

Resta invece da esaminare la seconda critica, che mira a colpire il positivismo giuridico nella forma (l'unica in cui ancora venga apertamente professato, come abbiamo visto) di giuspositivismo epistemologico. Da questo punto di vista, si denuncia l'impossibilità di mantenere il postulato dell'avalutatività della conoscenza giuridica, non solo in base all'esistenza di

<sup>28</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 31-33.

<sup>29</sup> Cfr. L. Prieto Sanchis, "Costituzionalismo e positivismo", cit., p. 221ss.

<sup>30</sup> In tal senso N. MacCormick, "Comment", in R. Gavison (ed. by), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Clarendon, Oxford, 1987, p. 105-113; R. Caracciolo, "L'argomento della credenza morale", *Analisi e diritto*, 1994, p. 97-110; P. Comanducci, "Diritto, morale e politica", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1997, p. 365-378.

una connessione concettuale necessaria tra diritto e morale, ma anche a causa del prepotente ingresso, all'interno stesso del diritto positivo, di principi morali esplicitamente riconosciuti dalla fonte suprema degli ordinamenti giuridici contemporanei: la costituzione rigida<sup>31</sup>. Per definire tale modello di ordinamento giuridico è diventata di uso corrente l'espressione "Stato di diritto costituzionale", o "Stato costituzionale" *tout court*.

Le caratteristiche salienti dello Stato costituzionale sono: l'introduzione di una *costituzione scritta*, avente carattere di *rigidità*: non può essere abrogata dalle norme legislative ordinarie in quanto è ad esse superiore nella gerarchia delle fonti del diritto. Inoltre, la supremazia della costituzione è garantita dall'istituto del *controllo di conformità costituzionale* delle leggi (e degli atti aventi forza di legge), controllo attribuito ad organi *ad hoc* oppure al potere giurisdizionale nel suo complesso.<sup>32</sup>

L'invenzione della rigidità della costituzione è uno dei punti di maggiore interesse della storia giuridica del nostro secolo, ed è stata paragonata ad una rivoluzione, ad un cambiamento di paradigma nel senso kuhnian nel modo di concepire il diritto.<sup>33</sup> All'interno di una costituzione infatti non troviamo solo le regole formali e procedurali che disciplinano la produzione normativa, ma altresì i principi che la produzione normativa stessa deve rispettare, perseguire, attuare, o quantomeno non violare. Questi ultimi standards generali intendono vincolare il contenuto degli atti normativi, e tali vincoli valgono anche nei confronti di quell'attività statale che nell'età moderna era considerata libera e sovrana per definizione, quella legislativa. E' per questo motivo che tale tipo di Stato non può essere più definito, come il *Rechtsstaat*, uno Stato legislativo, perché anche l'attività legislativa è sottoposta a vincoli giuridici, anche l'attività legislativa è *sub lege*: nello Stato costituzionale viene meno anche quel residuo di assolutismo (anche se paradossalmente si trattava di un assolutismo "democratico") che caratterizzava lo Stato legislativo, rappresentato dal dogma dell'onnipotenza del legislatore e dalla sovranità del parlamento.

Lo Stato costituzionale è dunque caratterizzato da una pluralità di livelli

<sup>31</sup> Per quanto il discorso tenderà ad essere generale, si prenderanno comunque come principale punto di riferimento gli ordinamenti giuridici europei continentali - che per quello che qui ci riguarda risultano abbastanza omogenei - e in primo luogo quello italiano.

<sup>32</sup> Oltre a queste condizioni-base, si potrebbero indicare altre condizioni di "costituzionalizzazione" di un ordinamento, come: la forza vincolante della costituzione, l'interpretazione estensiva della costituzione, l'applicazione diretta delle norme costituzionali, l'interpretazione armonizzante delle leggi, l'influenza della costituzione sulle relazioni politiche. Cfr. R. Guastini, "Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien", in Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens, XIVème Congrès International de Droit Comparé, Bristol 1998*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 449-478.

<sup>33</sup> E' la tesi, fra gli altri, di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

normativi, posti fra loro in relazione gerarchica. Fin qui niente di nuovo: è chiaro che ogni ordinamento giuridico ha una struttura gerarchica. La novità è però che, parafrasando Kelsen, la gerarchia normativa dello Stato costituzionale ha non solo una dimensione dinamica ma anche una dimensione statica.<sup>34</sup>

Mentre lo Stato legislativo ha, almeno al livello dell'attività legislativa, carattere essenzialmente dinamico, lo Stato costituzionale ha allo stesso tempo carattere statico e dinamico, perché la costituzione indica non solo le *procedure* della produzione normativa, ma anche i *limiti sostanziali* di essa.<sup>35</sup>

Anche un ulteriore concetto elaborato dalla teoria positivista contemporanea può rivelarsi utile, se non altro a fini espositivi, per una migliore comprensione del ruolo della costituzione rigida: la norma di riconoscimento (*rule of recognition*) teorizzata da Herbert Hart<sup>36</sup>. Tale norma indica infatti i criteri per riconoscere le norme valide del sistema, criteri che possono consistere tanto in procedure formali attinenti all'atto della produzione normativa, quanto in standards morali o di giustizia che vincolano il contenuto sostanziale dell'atto normativo: dipende solo dalla concreta formulazione della norma di riconoscimento. E questo è il caso, dice esplicitamente Hart<sup>37</sup>, della costituzione degli Stati Uniti d'America e, possiamo aggiungere, delle costituzioni di numerosi ordinamenti giuridici europei continentali.

Gli standards costituzionali di validità di derivazione morale, o comunque di carattere materiale consistono principalmente nel riconoscimento di diritti

<sup>34</sup> E' noto che per Kelsen il sistema giuridico presuppone una norma fondamentale di tipo essenzialmente dinamico; il che comunque non implica che *tutto* il sistema giuridico abbia carattere necessariamente dinamico. Ringrazio Bruno Celano per avere richiamato la mia attenzione su questo punto. Per un riesame critico della distinzione fra sistemi normativi statici e dinamici si veda L. Gianformaggio (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991.

<sup>35</sup> Così L. Ferrajoli, "Il diritto come sistema di garanzie", *Ragion pratica*, 1993,1, p. 150; L. Gianformaggio, "La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?" (1993), in Ead., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995; R. Guastini, "Conoscenza senza accettazione", in *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., p. 407-433.

<sup>36</sup> Vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 108-138.

<sup>37</sup> Lo stesso Hart sembra spesso accostare la norma di riconoscimento alla costituzione. Si consideri ad esempio il seguente passo, nel quale Hart difende il concetto di *rule of recognition* dagli attacchi di critici come Dworkin: "[...] in some systems of law, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity might explicitly incorporate besides pedigree, principles of justice or substantive moral values, and these may form the content of *legal constitutional restraints*"; H.L.A. Hart, "Postscript", in *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> edition with a Postscript edited by P. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 247 (corsivi miei); v. anche *Il concetto di diritto*, cit., p. 86ss. Un argomento del tutto simile è sviluppato da W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, cap. 5.

fondamentali, riconducibili alle due tipologie fondamentali dei diritti di libertà e dei diritti sociali.

I diritti di libertà, ai quali si può ricondurre il principio di eguaglianza, il valore della persona umana, i diritti civili, l'invulnerabilità della libertà personale, rappresentano la recezione positiva a livello costituzionale di una categoria di diritti già da molto tempo nota alla cultura giuridica: si tratta infatti di principi elaborati dal giusnaturalismo razionalistico e illuministico dei secoli XVII e XVIII e dotati del crisma di diritti naturali. I diritti sociali sono invece di diffusione più recente, collegati all'affermazione della concezione dello Stato sociale, e si riferiscono a delle pretese che il cittadino può avanzare nei confronti dello Stato quando versi in una particolare specifica condizione (e non già, come nel caso dei diritti di libertà, come uomo o cittadino *quia talis*): il diritto alla salute, all'istruzione, all'assistenza, alla sicurezza sociale rappresentano alcuni esempi.

In linea di massima, si può dire che l'affermazione dei diritti di libertà (e l'esigenza di tutelarli) comporta per lo Stato un'obbligazione di carattere *negativo*: il legislatore ha l'obbligo di *non* intralciare il godimento di questi diritti da parte dei cittadini; l'esistenza dei diritti sociali (e l'esigenza di tutelarli) comporta invece per lo Stato un obbligo *positivo* di intervento, al fine di realizzare tutte le complesse condizioni infrastrutturali che, sole, possono permettere il concreto godimento di quei diritti.

### 7. Lo Stato costituzionale e la filosofia del diritto

Ebbene, la positivizzazione a livello costituzionale dei diritti di libertà e dei diritti sociali porta con sé problemi tutto sommato inediti per la filosofia del diritto e per la teoria del diritto<sup>38</sup>.

Sul piano del dibattito attuale in filosofia del diritto, notiamo innanzitutto come apparentemente sembri venir meno gran parte dell'interesse per la secolare contrapposizione giusnaturalismo – giuspositivismo, quantomeno in due sensi.

In primo luogo, infatti, sembra che gli stessi giusnaturalisti abbiano rinunciato a definirsi tali: gli argomenti critici una volta usati dai giusnaturalisti contro i giuspositivisti, e riguardanti soprattutto la necessità e la legittimità di una valutazione morale del diritto esistente contro l'obbedienza prona alla legge attribuita ai giuspositivisti legalisti, tali argomenti dicevo sono oggi usati da teorici che non intendono essere associati alla tradizione del giusnaturalismo (ciò che casomai viene sostenuto dai loro critici) ma piuttosto a quella del

<sup>38</sup> Su questo processo, spesso definito in termini di positivizzazione o costituzionalizzazione dei diritti naturali, si vedano L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 348-351, e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 154-158.

costituzionalismo<sup>39</sup>. Di certo, fra giusnaturalismo e costituzionalismo si dà più di un legame, senz'altro di carattere storico e secondo alcuni anche di carattere concettuale<sup>40</sup>, ma resta il fatto che nel dibattito contemporaneo sono pochi i critici del positivismo giuridico che si dichiarino apertamente giusnaturalisti.

In secondo luogo, la contrapposizione giusnaturalismo – giuspositivismo appare in parte superata relativamente alla problematica della giuridicità dei diritti umani fondamentali e dei principi di giustizia: se questi siano giuridici ancorché metapositivi o comunque non positivi, oppure se – in quanto non positivi – abbiano una dimensione esclusivamente morale, politica e ideologica. Dal momento in cui quelli che una volta erano considerati diritti naturali sono stati recepiti in norme giuridiche positive, la questione del loro fondamento ontologico perde gran parte del suo interesse per una filosofia del diritto che voglia essere una filosofia per giuristi e non per filosofi, perché perde il suo interesse *pratico*, diventando un problema di carattere quasi esclusivamente *filosofico*: rappresentativa di tale atteggiamento è l'icastica e ormai famosa affermazione di Bobbio secondo cui il problema del nostro tempo non è fondare i diritti dell'uomo, ma proteggerli.<sup>41</sup>

Ovviamente da un punto di vista squisitamente filosofico la linea di demarcazione fra giusnaturalismo e giuspositivismo resta netta, e riposa su un'opzione fondamentale: quella fra oggettivismo etico e relativismo etico, sulla fondazione oggettivistica o relativistica dei valori. Così, il giusnaturalismo continua a difendere o quantomeno a presupporre come suo nucleo essenziale l'esistenza di valori oggettivi ed universali<sup>42</sup>, mentre il giuspositivismo (nei diversi modi in cui intende il rapporto tra diritto e morale) sostiene o quantomeno presuppone la relatività dei valori e la loro riconducibilità a specifici contesti culturali.<sup>43</sup>

Si deve però notare come sia stato fatto un appello al diritto naturale ed alla

<sup>39</sup> A questo si era già accennato *supra* a proposito ad esempio di Matteucci (cfr. nt. 5); la qualifica, in chiave più o meno apertamente critica, di neo-giusnaturalismo è stata ripetutamente attribuita a Ronald Dworkin (cfr. fra gli altri A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 69 ss.; *contra*, B. Pastore, "Dworkin giusnaturalista?", cit., p. 80), e recentemente anche a Zagrebelsky (R. Guastini, "Diritto mite, diritto incerto", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1996, p. 515 s.).

<sup>40</sup> Cfr. M. Troper, "Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1988, p. 61-81.

<sup>41</sup> N. Bobbio, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo" (1965), in Id., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992<sup>2</sup>, p. 16.

<sup>42</sup> Cfr. F. Viola, "Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo", *Ragion pratica*, 1, 1993, a p. 63: "Non si può essere giusnaturalisti senza affermare in qualche modo l'oggettività dei valori".

<sup>43</sup> V. Villa, "Legal Theory and Value Judgements", *Law and Philosophy*, 1997, p. 447-477.

sua utilizzazione nello Stato costituzionale, in un contesto che può avere importanti refluente di carattere pratico: quello dell'argomentazione nel diritto costituzionale. In tal senso, si è sostenuto che il processo interpretativo e argomentativo, quando ha ad oggetto norme e principi costituzionali, non può adottare lo stesso metodo dell'interpretazione diretta su norme legislative, in quanto i primi hanno un'apertura a valori metagiuridici che per lo più manca nelle seconde.

Il "diritto naturale" cui si fa in questi casi riferimento non è evidentemente il giusnaturalismo razionalistico dei secoli XVII e XVIII, che concepisce il sistema giuridico come un sistema assiomatico costruito *more geometrico* a partire da principi razionali autoevidenti, ma piuttosto il diritto naturale di impronta personalistica affermatosi dopo la seconda guerra mondiale, che identifica i diritti naturali con i diritti umani.<sup>44</sup>

Ebbene, dire che l'interpretazione delle norme costituzionali è simile (o deve essere simile) a quella basata su norme di diritto naturale non rappresenta semplicemente una preferenza per un modello retorico rispetto ad un altro, non è una semplice questione di gusto ma porta con sé implicazioni di politica del diritto che possono anche diventare rilevanti. Fra le implicazioni che l'adozione di uno stile argomentativo "di diritto naturale" potrebbe comportare, c'è ad esempio l'idea che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali debba essere estesa non solo ai diritti espressamente previsti dalla costituzione formale, ma anche ad altri in essa non espressamente menzionati; oppure, che vi sia all'interno della costituzione un nucleo solido (quello identificato per l'appunto con la recezione dei diritti naturali) sottratto ad ogni lecito tentativo di revisione; oppure ancora, l'idea che, una volta riconosciuto che i principi di giustizia sono entrati nell'ordinamento tramite la costituzione, il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi venga surrettiziamente trasformato in un giudizio sulla loro giustizia anche a prescindere da precisi riferimenti costituzionali.

La conseguenza pratica è evidentemente che in tutti questi casi, al giudice costituzionale è tributata una (ottimistica) fiducia sulla sua capacità di applicare i valori costituzionali (comunque interpretati), gli si riconosce un potere che è di gran lunga maggiore a quello che la costituzione, quantomeno quella italiana, gli attribuisce<sup>45</sup>. Potere che poi ricorda molto, a mio parere non a caso, quello

<sup>44</sup> Un autorevole precedente di questo dibattito si trova in G. Fassò, "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 897-952; nella letteratura più recente, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 156 s., 163; A. Baldassarre, "Costituzione e teoria dei valori", *Politica del diritto*, 1991, 4, p. 639-658; L. Mengoni, "L'argomentazione nel diritto costituzionale", in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 114 ss.

<sup>45</sup> Cfr. in tal senso A. Pace, "Diritti 'fondamentali' al di là della Costituzione?", *Politica del diritto*, 1, 1993, p. 3-11; e R. Guastini, "Diritto mite, diritto incerto", cit., p. 516.

che viene attribuito al giudice (si noti: a qualsiasi giudice, non solo a quello costituzionale) nel contesto della teoria del diritto come integrità di Dworkin.<sup>46</sup>

Ovviamente, non si può fare a meno di notare che spesso è proprio il modo in cui i testi costituzionali vengono di fatto formulati a legittimare simili tendenze: l'articolo 2 della Costituzione italiana fornisce un buon esempio, statuendo solennemente che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; bene, questo articolo, la cui elaborazione fu non a caso particolarmente controversa in Assemblea Costituente, ci dice che esistono doveri *inderogabili* e diritti *invioilabili*, e che tali diritti sono dallo Stato semplicemente *riconosciuti* (e non creati); e per di più, si trova nel capo dei “Principi Fondamentali”. Più in generale, le costituzioni rigide e garantite di solito contengono “dichiarazioni di diritti” che riflettono la ricezione costituzionale di valori etici e principi di giustizia, e sono rivestite di una terminologia dotata di una forte connotazione valutativa. Un'interpretazione di ispirazione *lato sensu* giusnaturalista di questa parte della costituzione porterebbe a ritenere che l'elencazione costituzionale dei diritti sia solo esemplificativa e destinata ad essere integrata di volta in volta, e che inoltre tale *corpus* di diritti (solo in parte espressamente codificati) sia sottratto alla revisione costituzionale. E' noto che diverse Corti costituzionali, fra cui quella italiana, hanno fatto esplicito ricorso a tale argomento, così espandendo notevolmente l'ambito della propria giurisdizione di costituzionalità.<sup>47</sup>

Sia chiaro, qui non si sta argomentando a favore di una interpretazione restrittiva, “legalistica” della costituzione; semplicemente, quello che si vuole mettere in evidenza è che una cosa è prendere sul serio la costituzione, come guida per l'interpretazione delle norme infracostituzionali, altra cosa è pensare che la costituzione offra sempre un'unica risposta corretta; una cosa è sostenere che alcune parti della costituzione (ad esempio i “Principi Fondamentali”) non possono essere modificate se non a prezzo dello stravolgimento dell'intero testo costituzionale, altra cosa è predicarne l'assoluta immutabilità<sup>48</sup>. Si tratta di

<sup>46</sup> Sul punto, M. Troper, “Judges Taken Too Seriously: Professor Dworkin's Views on Jurisprudence”, *Ratio Juris*, 1988, 2, p. 162-175.

<sup>47</sup> Cfr. M. Troper, “La nozione di principio sovraconstituzionale”, *Analisi e diritto*, 1996, p. 255-274; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 343-344, 376-385.

<sup>48</sup> Cfr. in proposito A. Pace, “Diritti ‘fondamentali’ al di là della Costituzione?”, cit.; U. Allegretti, “Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale”, in E. Rippepe e R. Romboli (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Giappichelli, Torino, 1995; G. Corso, “Cambiare la Costituzione. Sino a che punto?”, *Ragion pratica*, 4, 1995, p. 223-229; J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, cap. V.

opzioni di politica del diritto dalle rilevanti implicazioni pratiche, che è bene quantomeno esplicitare.

In fin dei conti, l'enfasi sul controllo di conformità delle leggi ai diritti fondamentali costituzionali non deve farci dimenticare che anche i giudici costituzionali non possono non incontrare il limite della costituzione; e da questo punto di vista, è senza dubbio commendevole lo sforzo di autori come Robert Alexy che, pur valorizzando l'importanza dei principi e dei vincoli costituzionali come criteri di validità per le altre norme del sistema giuridico, cercano di veicolare l'uso attraverso un'imparziale cornice di regole offerta dalla teoria dell'argomentazione.<sup>49</sup>

### 8. *Il positivismo giuridico e lo Stato costituzionale*

Proviamo a riepilogare brevemente le linee principali dell'argomento che è stato sin qui sviluppato. Il positivismo giuridico, che oggi si presenta principalmente come approccio scientifico e moralmente neutrale allo studio del diritto, è criticato per il suo rifiuto di riconoscere il necessario rapporto fra diritto e morale, e conseguentemente per la sua supposta incapacità di valutare criticamente il diritto esistente (o quantomeno di includere tale valutazione nel novero delle attività conoscitive). Abbiamo visto tre modi in cui è possibile rispondere a queste critiche da un punto di vista positivista:

1. se nel rapporto fra diritto e morale il termine di riferimento è la morale positiva, allora la critica antipositivista non colpisce nel segno, in quanto è perfettamente compatibile con premesse giuspositiviste (cfr. § 5);

2. tale critica inoltre si rivela poco interessante, a meno che non si assegni alla morale almeno un contenuto minimo necessario (assoluto e oggettivo) che ogni morale positiva (e di riflesso il diritto) deve soddisfare (cfr. § 5);

3. si transiterebbe così verso una posizione giusnaturalista, ma abbiamo visto che la recezione a livello costituzionale dei diritti naturali fondamentali da parte degli Stati costituzionali rende in certa misura ridondante e di limitato interesse pratico il ricorso ad argomenti giusnaturalistici (cfr. § 7).

Tutte queste sono, per così dire, posizioni difensive, strategie di difesa del positivismo giuridico nei confronti dei critici. Dobbiamo ora vedere cosa può offrire in positivo una teoria del diritto giuspositivista per contribuire ad un'utile comprensione e alla valorizzazione della struttura normativa dello Stato costituzionale.

Uno dei contributi più importanti ed originali verso un giuspositivismo costituzionalista è sicuramente la proposta teorica di Ferrajoli, basato su una problematizzazione del concetto di validità delle norme giuridiche<sup>50</sup>. Si tratta di

<sup>49</sup> Vedi R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 107.

<sup>50</sup> Vedi L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 347-362, 898-922; Id., "Note critiche

un concetto-chiave per il teorico giuspositivista, che tradizionalmente identifica l'esistenza giuridica della norma in base alla sua appartenenza (*membership*) al sistema giuridico: la norma è valida (esiste giuridicamente) se soddisfa i criteri di "appartenenza" che l'ordinamento stesso pone; ebbene il principio di avalutatività, nello Stato legislativo, aveva il compito di vincolare il giurista a questi criteri che avevano solo carattere formale; come abbiamo già evidenziato, non vi erano limiti giuridici materiali alla funzione legislativa, ma solo limiti formali e procedurali. Così, il giurista poteva agevolmente identificare il diritto valido con il diritto semplicemente posto, vigente: la mera positività (o vigore) era idonea a riassumere la validità giuridica della norma.

Ma lo statuto della validità giuridica cambia notevolmente nello Stato costituzionale, che incorpora limiti giuridici materiali e sostanziali per la produzione giuridica di ogni livello, anche legislativo. La validità giuridica non è più riducibile alla mera positività, la potestà normativa è vincolata non solo alla conformità a certe procedure ma anche all'attuazione (o alla non violazione) dei limiti sostanziali prescritti dalla costituzione, e che in gran parte riguardano il rispetto dei diritti fondamentali.

Nello Stato costituzionale la nozione di validità, cioè di esistenza giuridica in senso pieno, deve essere allora distinta da altri possibili predicati della norma giuridica, con i quali è stata spesso confusa nella storia delle dottrine giuridiche: quello della mera positività o vigore, quello della giustizia, quello della effettività. Schematicamente, il *giusnaturalismo* tende ad identificare la validità della norma giuridica con la sua giustizia: una norma è valida se è coerente con certi criteri etici o etico-politici ultrapositivi. Il *normativismo* riduce la validità alla positività: una norma è valida quando è stata posta dal soggetto competente secondo le procedure prescritte, vale a dire che è esente da vizi formali. Il *realismo giuridico* riduce la validità all'effettività: una norma è valida quando è di fatto osservata dai suoi destinatari.

La tesi di Ferrajoli è che occorre rendere autonomo il concetto di validità, identificandolo con l'assenza di contraddizioni fra la norma di cui si intende predicare la validità e le norme gerarchicamente superiori. E' qualcosa di simile al concetto di validità materiale già discusso da Bobbio<sup>51</sup>, solo che in esso viene innestata la problematica (tutto sommato abbastanza negletta dalla nostra cultura teorico-giuridica) dei valori e dei vincoli costituzionali alla potestà normativa, anche del legislatore. E' allora possibile porsi da quattro prospettive

e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*", in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 459-520 (v. spec. p. 465-477); Id., "Il diritto come sistema di garanzie", cit., p. 143-161.

<sup>51</sup> Vedi N. Bobbio, "Sul ragionamento dei giuristi" (1955), in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, p. 161-179.

diverse, anche se non del tutto indipendenti le une dalle altre, per valutare le norme giuridiche: giustizia, effettività, validità, vigore. La prima guarda al diritto da un punto di vista *etico-politico*, la seconda da un punto di vista *sociologico*, le ultime due da un punto di vista più propriamente *giuridico*; ma mentre la validità considera la norma da un punto di vista *nomostatico*, il vigore presuppone una prospettiva *nomodinamica*.

Una norma può presentare contemporaneamente tutti e quattro i predicati, ed essere così vigente, valida, effettiva e giusta, oppure presentare il solo requisito minimo della vigenza, senza essere coerente né con principi costituzionali né con principi di giustizia extragiuridici, e senza neppure essere osservata dai suoi destinatari. Però fra le diverse qualità della norma si danno importanti connessioni: infatti, affinché si possa dire di essere in presenza di una norma giuridica è necessario che la norma sia in vigore: non avrebbe senso parlare di una norma non vigente ma comunque effettiva (sarebbe in realtà una *prassi* o, ricorrendone le condizioni, una norma implicita), oppure valida o giusta (si tratterebbe solo di una pia aspirazione, giuridica o extragiuridica)<sup>52</sup>. Il vigore è quindi condizione della validità (ma non viceversa), anche se probabilmente la nozione di vigore dovrebbe essere riformulata in maniera da includervi anche quelle norme che – pur se non esplicitamente poste – vengono fatte derivare tramite un processo di generalizzazione dalle norme formalmente vigenti, come ad esempio i principi giuridici (la cui validità è poi un problema ulteriore).

Ebbene, la disarticolazione fra validità e vigore non ha solo conseguenze per la teoria positivista della norma giuridica, ma anche per la teoria della scienza giuridica e per il principio di avalutatività.

Infatti, se è vero che tanto il controllo sul vigore di una norma quanto quello sulla sua validità sono comunque questioni di interpretazione giuridica, perché riguardano pur sempre la questione della conformità di un atto normativo alle norme giuridiche che regolano la sua produzione, è d'altro canto evidente che sono diversi gli argomenti usati nel giudizio sul vigore e in quello sulla validità: mentre il controllo sulla regolarità formale degli atti normativi (positività, vigore) ha una "irriducibile componente fattuale", il secondo si basa (solo) su argomenti normativi sostanziali e giudizi di valore<sup>53</sup>. Giudizi sulla validità e giudizi sul vigore sono dunque asimmetrici, e questa asimmetria rischia di spiazzare la pretesa di avalutatività e descrittività avanzata dalla scienza giuridica positivista. Ma fino a che punto?

<sup>52</sup> Bobbio invece ("Sul ragionamento dei giuristi", cit., p. 168), pur ammettendo che la pienezza della validità è data dalla compresenza dell'elemento formale e di quello materiale, sostiene che la validità materiale può prescindere da quella formale (positività). Questo è il problema delle c.d. norme implicite, appena accennato nel testo, che non posso affrontare in questa sede.

<sup>53</sup> Così, L. Ferrajoli, "Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*", cit., p. 466, 472.

L'adozione del principio di avalutatività da parte del positivismo giuridico è in relazione ad almeno due esigenze fondamentali, che abbiamo già incontrato: il divieto di incorrere in fallacia naturalistica, collegato alla "Legge di Hume", di importanza centrale per il giuspositivismo analitico, e il divieto di confondere lo studio del diritto con la sua valutazione alla luce di criteri extragiuridici. Ebbene, questi due fondamenti del principio di avalutatività nella scienza giuridica non sembrano compromessi dalla circostanza che il teorico – avendo a che fare con "oggetti" dotati di una rilevante dimensione valutativa – dia conto di come tale aspetto sia presente (o meno) nelle norme, o negli atteggiamenti dei partecipanti alla pratica giuridica. In altre parole, niente vieta di difendere il principio di avalutatività e al contempo prendere sul serio i valori facenti parte del fenomeno sociale oggetto di studio.

Ma ciò non vuol dire che il teorico stesso debba assumere un punto di vista morale per riuscire in tale impresa<sup>54</sup>. Il fatto che fra gli strumenti di cui il giurista dispone per giudicare della validità di una norma (legislativa, ad esempio) vi siano anche i valori incorporati nella costituzione non vuol dire che il giurista debba necessariamente fare propri tali valori.<sup>55</sup>

A queste condizioni, i giudizi di valore in campo giuridico possono avere allora un'importante funzione scientifica, sempre che si tratti di valori *interni* a quella pratica giuridica, beninteso, e non di valori che l'interprete cerchi surrettiziamente di introdurre nell'ordinamento giuridico<sup>56</sup>. Fra i giudizi di valore giuridici interni (ricognitivi) e quelli ideologico-politici (creativi) passa la linea di confine fra scienza del diritto e politica del diritto.<sup>57</sup>

La possibilità di impiegare giudizi di valore in funzione conoscitiva mette il giurista in condizione di descrivere l'esistenza nella pratica giuridica di norme effettive ancorché invalide, o la disapplicazione di norme vigenti e valide, o la vigenza di norme invalide. Un positivismo critico può assicurare questa funzione alla scienza del diritto, senza perdere i propri presupposti fondamentali, e senza indurre il giurista a adagiarsi sul dato del diritto positivo.

<sup>54</sup> Cfr. E. Bulygin, "Norme, proposizioni normative, e asseriti giuridici" (1982), in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 89-115 (spec. pag. 101 ss.); P. Comanducci, "Diritto, morale, politica", cit.

<sup>55</sup> Cfr. R. Guastini, "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", in *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 49-65.

<sup>56</sup> In tal senso vedi L. Ferrajoli, "Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*", cit.; V. Villa, "Legal Theory and Value Judgements", cit.

<sup>57</sup> Ovviamente, si tratta di una linea di confine di carattere interpretativo, con molte zone d'ombra. Ma è noto che una delle vittime più illustri della costituzionalizzazione dell'ordinamento è proprio la certezza del diritto, come tradizionalmente intesa; cfr. in proposito G. Pino, "Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1998, p. 84-126.