

1. *Inclusive Positivism*

La teoria giuridica si trova in uno stato di perplessità. I tradizionali confini tra opposti punti di vista si sono offuscati. Più o meno con queste parole Wilfrid J. Waluchow introduce alla sua opera *Inclusive Legal Positivism*¹. In questo lavoro l'autore offre una descrizione e una difesa di quello che viene oramai chiamato "positivismo inclusivo" od anche "soft positivism". Sono significative le parole usate per introdurre all'argomento: il giuspositivismo oggetto dell'opera consiste, infatti, in una teoria che si propone di dimostrare la compatibilità e, forse, la complementarità della teoria hartiana e della critica ad essa rivolta da Ronald Dworkin.

Ciò che caratterizza il positivismo inclusivo, differenziandolo dal "positivismo esclusivo" di Joseph Raz, è la tesi secondo cui la morale può giocare un ruolo nella determinazione dell'esistenza, del contenuto e del significato delle norme valide².

L'argomentazione avanzata da Waluchow fa leva soprattutto su due fatti:

- in primo luogo, le corti si appellano a principi morali per risolvere e giustificare le loro decisioni, senza che questo costituisca *creazione* di nuovo diritto;
- in secondo luogo, i documenti normativi più in alto nella gerarchia delle fonti, le costituzioni, fanno esplicito riferimento a principi e valori morali condizionando l'attività legislativa; senza che questo determini un abbandono della tesi della *separazione* fra diritto e morale.

Come si evince dalla scelta argomentativa, il positivismo inclusivo di Waluchow accoglie alcuni suggerimenti della critica dworkiniana, ma non per modificare la teoria hartiana, bensì con la pretesa di completarla o esplicitarla, ossia

¹ Cfr. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 1.

² Cfr. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 2.

con l'intenzione di sviluppare delle implicazioni ritenute già presenti e non introdotte *ex novo* nell'originaria formulazione della teoria hartiana.

In particolare, il positivismo inclusivo mira a una riformulazione o, piuttosto, a un chiarimento della nozione di regola di riconoscimento teorizzata da Hart nel suo *The Concept of Law*³: regola accettata e usata da cittadini e funzionari per identificare il diritto valido⁴. Il positivismo inclusivo afferma che fra i criteri di riconoscimento stabiliti da tale regola può occupare un posto anche la morale. Affermazione questa che non sarebbe il preludio ad una teoria giusnaturalista, perché che la morale giochi o meno un ruolo nel riconoscimento del diritto valido sarebbe un dato contingente determinato dalla formulazione di ogni singola regola di riconoscimento.

Se si ammettesse questa possibilità verrebbero a cadere le critiche di Dworkin alla regola di riconoscimento hartiana: secondo le quali essa non "catturerebbe" tutti gli standard giuridici validi – ad esempio, non i principi – e non spiegherebbe la validità di ogni standard e neppure spiegherebbe l'obbligo dei giudici nei casi controversi. Queste critiche verrebbero a cadere, perché sarebbe la morale e non i principi a mettere il diritto in grado di dare risposte corrette.

La critica che sorge spontanea a questa proposta nasce dalla presumibile incertezza che si determinerebbe nell'accogliere la morale fra le fonti del diritto, così dissolvendo la stessa funzione della regola di riconoscimento. A parere di Waluchow, però, la tanto paventata incertezza sarebbe un'esagerazione. Sarebbe esagerato il contrasto tra la certezza ottenibile dalle regole la cui validità è determinata solo in funzione del "puro pedigree"⁵ e la presunta instabilità che si incontrerebbe se la validità o il contenuto di una norma fossero, alcune volte, parzialmente basati sulla sua conformità a principi morali⁶. L'autore ricorda

³ Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), seconda edizione a cura di P.A. Bulloch e J. Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.

⁴ Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), cit., pp. 100-110. Regola di riconoscimento che Eugenio Bulygin ha anche configurato come *regola concettuale*: cfr. E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento* (1976), in C. E. Alchourrón e E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Diversamente da Bulygin, Juan Ruiz Manero e Manuel Atienza optano per una concettualizzazione della regola di riconoscimento come composta da due regole: da una regola di condotta rivolta ai giudici e da una regola sociale; cfr. J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁵ Il test di "puro pedigree" indicherebbe l'esigenza che la validità delle regole di un determinato sistema giuridico sia accertata solo in base a caratteristiche formali, senza alcun riferimento alla loro moralità, o al loro contenuto sostanziale.

⁶ Cfr. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 122.

come spesso vi siano controversie anche sull'applicabilità e sull'interpretazione delle regole "con il pedigree". La stessa teoria hartiana dell'*open texture*⁷ indicherebbe l'ineliminabile indeterminatezza del linguaggio giuridico. Inoltre, Hart stesso nel *Postscript* afferma che la regola di riconoscimento può includere criteri di validità che richiedano la conformità a principi e valori morali⁸.

2. *Soft Positivism*

Eleni Mitrophanous⁹ muove un'interessante critica alla teoria del positivismo inclusivo, in particolare alla formulazione offertane da Waluchow.

In primo luogo, l'autrice ritiene che possano essere individuati due tipi di positivismo inclusivo:

- un primo tipo (PI₁) si caratterizzerebbe per la tesi secondo cui la morale può giocare un ruolo nell'individuazione del diritto valido; qui si afferma solo che la regola di riconoscimento può richiedere conformità a principi morali, ma, una volta identificata la norma come giuridica, ogni rinvio alla morale sarà di tipo esterno, ossia tale rinvio non avrà l'effetto di incorporare il principio morale all'interno del diritto¹⁰;

- un secondo tipo (PI₂) si caratterizzerebbe per la tesi secondo cui la morale, oltre a figurare nei criteri di identificazione del diritto valido, potrebbe giocare un ruolo anche nell'identificazione del suo contenuto; qui si afferma che la morale resterà inclusa nel diritto non solo quando ad essa faccia rinvio la regola di riconoscimento, ma anche quando a fare tale rinvio siano altre regole, perché questi principi morali trovano il loro riconoscimento in una pratica giuridica di accettazione. In quest'ultimo caso il rinvio alla morale sarà di tipo interno.

Non è difficile intuire che la distinzione fra PI₁ e PI₂ serve a Mitrophanous per difendere la tesi hartiana dalle revisioni interne proposte da Waluchow: seb-

⁷ Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit.; G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje* (1965), 4° edizione corretta e accresciuta, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

⁸ Cfr. H. L. A. Hart, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, cit., p. 250: «[...] the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values [...] they may instead be substantive constraints on the content of legislation such as the Sixteenth or Nineteenth Amendments to the United States Constitution respecting the establishment of religion or abridgements of the right to vote».

⁹ Cfr. E. Mitrophanous, *Soft Positivism*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 17, winter, 1997, pp. 621-641.

¹⁰ Nel testo di Mitrophanous non si chiarisce a sufficienza cosa si debba intendere per 'rinvio esterno alla morale'. Personalmente ho molti dubbi sulla sostenibilità di questa tesi come cercherò di chiarire in seguito.

bene critica, anche l'autrice ritiene che Hart sia un fautore del positivismo inclusivo, ma solo del primo tipo individuato, mentre Waluchow lo sarebbe del secondo.

Mitrophanous sottolinea come sia l'inclusione della morale fra i criteri della regola di riconoscimento a differenziare questo tipo di positivismo da quello che Waluchow denomina "esclusivo" ed attribuisce a Joseph Raz¹¹. Quest'ultimo si caratterizzerebbe per la tesi secondo cui l'identificazione del diritto e del suo contenuto sarebbero determinati esclusivamente da fatti sociali, senza alcun ricorso alla morale (*Strong Social Thesis*). Negare il ricorso alla morale non significherebbe escludere che il diritto possa rinviare in casi particolari a criteri morali: ad esempio, di una regola del tipo "Sono vietate le discriminazioni ingiuste" il positivismo esclusivo dirà: a) che si può predicare la validità della regola, perché è stata emanata dall'organo legislativo seguendo le dovute procedure; b) che il contenuto della regola è "Sono vietate le discriminazioni ingiuste". Mitrophanous aggiunge che rispetto al determinare cosa sia una "discriminazione ingiusta" si potrà ricorrere anche ad argomenti morali, ma non per questo la morale sarà necessariamente inclusa nel diritto, anzi, il rinvio che ad essa verrebbe fatto sarebbe del tutto contingente.

La critica al positivismo inclusivo di Waluchow presentata da Mitrophanous si incentra principalmente sulla certezza e sull'indeterminatezza del diritto. L'inclusione di criteri di validità che comportino rinvii *interni* alla morale è – a suo parere – incompatibile con la funzione e l'esigenza di identificare con certezza le regole giuridiche valide del sistema¹². La regola di riconoscimento hartiana è introdotta proprio al fine di limitare l'incertezza dei sistemi primitivi composti di sole regole primarie.

Correttamente l'autrice individua due questioni relative all'incertezza: 1) l'incertezza sui criteri di validità e 2) l'incertezza sulla soddisfazione dei criteri.

Quanto al primo punto, se l'introduzione di criteri morali comporta l'incertezza degli stessi criteri, significa che non c'è alcuna pratica sociale generalizzata di riconoscimento. Quindi, se così stanno le cose, la regola di riconoscimento cui si riferisce il positivismo inclusivo non è una regola sociale. Non si può dire che ci sia una regola sociale – ossia che tutti riconoscano il diritto in

¹¹ Cfr., ad esempio, J. Raz, *Legal Principle and the Limits of Law*, in "Yale Law Journal", 81, 5, 1972.

¹² Peraltro, Hart nel *Postscript*, cit., p. 252, è ancora ambiguo sul punto: «Only if the certainty-providing function of the rule of recognition is treated as paramount and overriding could the form of soft positivism that includes among the criteria of law conformity with moral principles or values which may be controversial be regarded as inconsistent».

base agli stessi criteri – se i criteri sono controversi. Secondo Mitrophanous, per essere contenuto in una regola sociale il rinvio alla morale dev'essere di tipo esclusivamente *esterno*: la morale non dev'essere inclusa nel diritto. Si pensi ad un criterio del tipo “Le regole giuste sono diritto valido”; benché questo criterio possa essere accettato da tutti, difficilmente si potrà dire che tutti sono d'accordo su quali regole siano giuste: il criterio della giustizia è completamente vuoto¹³.

¹³ Differente soluzione è data da Jules L. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in “Journal of Legal Studies”, XI, 1982, pp. 139-164, il quale sostiene che anche una regola di tal fatta sarebbe pur sempre una regola di riconoscimento hartiana. Quest'ultima regola, se intesa in senso semantico, si mostrerebbe nell'uso diffuso e costante da parte dei giudici del criterio della giustizia. Sebbene non sia possibile affrontare in questa sede le argomentazioni addotte da Coleman, è possibile richiamare almeno l'attenzione su alcune difficoltà che la sua proposta presenta. L'argomento di Coleman è che, sebbene i giudici riconoscano norme diverse come diritto, perché differiscono nell'identificare ciò che è “secondo giustizia”, essi coincidono nell'usare lo stesso criterio, la stessa regola di riconoscimento: tutti i giudici identificano ciò che è diritto utilizzando il criterio “Ciò che è emanato secondo giustizia”. Si osservino adesso le implicazioni che derivano da questa teoria ponendosi prima dal punto di vista esterno e poi da quello interno.

a) Da un punto di vista *esterno*, l'osservatore potrà notare che i partecipanti adottano una pratica comune nel considerare certe regole come norme giuridiche. Con una regola come quella proposta da Coleman – “È diritto ciò che il legislatore emana secondo giustizia” –, l'osservatore potrà notare che i partecipanti considerano diritto ciò che i giudici decidono che lo sia. Intervistando i giudici, l'osservatore potrà ricavare la norma secondo cui “È diritto in C ciò che i giudici ritengono che il legislatore abbia emanato secondo giustizia”, ma non potranno ricavare la norma “È diritto in C ciò che il legislatore ha emanato secondo giustizia”, a meno che i giudici non condividano la stessa nozione di giustizia, dunque la stessa morale. Dato che lo stesso Coleman avverte di riferirsi alla morale nel suo significato di universale (ossia come insieme di principi riguardanti il comportamento umano, considerati giusti in sé, senza alcun rapporto con ciò che gli esseri umani credono sia bene e male) ci si potrebbe aspettare che l'autore aderisca chiaramente all'oggettivismo morale, ma è lui stesso ad avvertire che le persone sono in disaccordo su ciò che è morale. La soluzione di Coleman appare, dunque, insoddisfacente dal punto di vista esterno.

b) Dal punto di vista *interno* i problemi sembrano ancora più gravi.

Il partecipante, infatti, dovrebbe sempre avere a disposizione *ex ante* una decisione giudiziale per sapere cosa è diritto e dunque per sapere quale comportamento gli è richiesto. Ma per la verità, ciò non sarebbe sufficiente, perché ogni giudice potrebbe considerare diritto qualcosa di diverso, a meno di non aderire all'oggettivismo morale. In caso contrario, questa regola identifica una situazione pregiuridica, dove i partecipanti non sono in grado di conoscere i loro obblighi giuridici. È un fatto, comunque, che se anche vi fossero delle norme morali “vere”, i giudici non condividono nella pratica la stessa morale.

Quanto al secondo punto, l'incertezza rispetto al soddisfacimento dei criteri di validità si determina quando non è possibile stabilire se una regola appartenga o no al sistema e, dunque, se quella regola sia o no diritto valido.

Nell'affrontare questo problema il positivismo inclusivo afferma che la morale può accrescere la determinatezza del diritto: gli consentirebbe, infatti, di offrire la risposta corretta. Il positivismo inclusivo, secondo Waluchow, non avrebbe alcun bisogno di aderire alla teoria hartiana dell'interpretazione – secondo cui nei casi chiari il diritto è determinato e i giudici hanno l'obbligo giuridico di applicarlo, mentre nei casi difficili il diritto è indeterminato e il giudice decide discrezionalmente – perché se così fosse sarebbe il fallimento del diritto, dato l'alto numero di casi controversi. Il diritto, per contro, sarebbe da considerarsi indeterminato solo quando non offre la risposta corretta: includendo principi morali nel diritto il giudice non deciderebbe discrezionalmente neppure nei casi controversi, perché sarebbe pur sempre limitato nella sua decisione dai principi che indicherebbero una risposta differente e/o contraria rispetto al principio prescelto. In tal modo si ridurrebbe l'intrinseca indeterminatezza del diritto.

Mitrophanous segnala che in questo modo, per la verità, non si potrebbe più distinguere fra diritto determinato e indeterminato, fra diritto completo e incompleto, fra creazione e applicazione di diritto.

In definitiva dunque, il positivismo inclusivo sarebbe auto contraddittorio, perché non potrebbe svolgere i fini descrittivi per i quali è pensato.

3. *Questioni di chiarezza*

In generale si può concordare con l'incisiva critica di Mitrophanous al positivismo inclusivo di Waluchow, ma occorre fare alcune precisazioni.

In primo luogo, occorre chiarire che il termine 'morale' è polisenso. Se ne possono individuare almeno quattro significati:

a) *Morale individuale*: consiste in un insieme di principi riguardanti il comportamento umano in rapporto all'idea che ciascuno ha del bene e del male. La morale individuale è storicamente determinata e contingente; essa può essere ricondotta e ridotta a fatti e come tale descritta in termini valutativamente neutrali¹⁴.

b) *Morale positiva*, che consiste in un insieme di principi che riguardano il comportamento umano in rapporto all'idea che un determinato gruppo sociale ha del bene e del male. La morale positiva è, come quella individuale, contin-

¹⁴ Si può dubitare della possibilità di configurare una morale *puramente* individuale, come anche si può dubitare della possibilità di seguire *privatamente* una regola. Queste questioni non sono però qui rilevanti.

gente e storicamente determinata; essa è intrinsecamente connessa con una situazione sociale data, può essere ricondotta a fatti descrivibili in modo valutativamente neutrale.

3) Morale *concertata*. Essa consiste in un insieme di principi, ottenuti attraverso un dibattito intersoggettivo condotto secondo regole predeterminate, che riguardano il comportamento umano in rapporto all'idea che la maggioranza degli uomini ha del bene e del male. La morale concertata potrebbe essere esemplificata richiamando le molteplici dichiarazioni dei diritti dell'uomo, dei diritti del fanciullo e così via, sottoscritte dalla maggioranza degli organismi statali del mondo. Essa è contingente e storicamente determinata, legata allo sviluppo sociale e al livello del dibattito intersoggettivo; essa è positiva in quanto espressa in documenti giuridici o dotati di grande valore, ma non è necessariamente effettiva. Essa piuttosto corrisponde ad un modello normativo cui si deve tendere.

4) Morale *universale*. Essa sembrerebbe consistere in un insieme di principi riguardanti il comportamento umano, considerati giusti in sé, senza alcun rapporto con ciò che gli esseri umani credono sia bene e male. La morale universale sarebbe il giusto in sé, in senso storico e spaziale. Essa sarebbe indipendente dallo sviluppo sociale e da qualsiasi dibattito intersoggettivo.

In secondo luogo, occorre chiarire la polisemia del termine 'validità'. Sulla traccia di una tipologia proposta da Eugenio Bulygin¹⁵, si possono considerare almeno tre significati¹⁶:

- l'*esistenza di fatto*: una norma è valida in tal senso quando esiste, ossia produce degli effetti nell'ambito di un gruppo sociale;

- l'*appartenenza*: una norma è valida in questo secondo senso quando fa parte di un sistema giuridico, in quanto soddisfa i criteri stabiliti da esso;

- l'*obbligatorietà*: una norma è valida in tal senso quando la sua osservanza è moralmente e giustamente dovuta.

Il primo e il secondo senso di validità sono descrittivi, il terzo è normativo. Dei tre significati individuati quelli che dovrebbero interessare il presente discorso sono il primo e il secondo: validità come esistenza di fatto e validità come appartenenza. La regola di riconoscimento, si è detto, consiste in una pratica sociale ed è valida in quanto esiste di fatto: produce degli effetti nell'ambito di un gruppo sociale. Le altre regole del sistema giuridico sono valide se apparten-

¹⁵ Cfr. E. Bulygin, *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, in "Ratio Juris", vol. 3, 1, 1990, pp. 29-45.

¹⁶ Bulygin individua anche un quarto significato: ciò che egli chiama "esistenza formale". Una norma è valida in questo senso quando, sebbene non osservata e non appartenente al sistema, è stata da qualcuno (che non sia un'autorità competente a farlo) formulata.

gono al sistema giuridico: se soddisfano i criteri di validità fissati dalla regola di riconoscimento.

Orbene, l'introduzione di criteri morali fra quelli stabiliti dalla regola di riconoscimento comporta diverse conseguenze a seconda che ci si riferisca all'uno o all'altro dei sensi di "morale" individuati.

Se si considera la *morale individuale*, si torna alla tesi della discrezionalità della funzione giudiziaria. Il giudice decide in base al suo apprezzamento morale, in base al suo personale universo etico. Questo può condurre a due situazioni alternative:

- una prima, in cui vige il libero arbitrio del giudice. In tal caso ci si trova in una situazione di totale incertezza, incompatibile con l'odierna nozione di legalità: qualcosa di simile alla società primitiva di cui parla Hart in *The Concept of Law*, ma peggiore, perché vi sarebbero molti giudici mentre nella prima vi è solo Rex;

- una seconda, in cui il libero apprezzamento del giudice è mitigato dall'universo etico del gruppo sociale; qui la discrezionalità giudiziaria è compatibile con l'odierna nozione di legalità, per cui anche facendo ricorso a convinzioni personali il giudice non decide arbitrariamente. Il che ci conduce al secondo significato di morale: come *morale positiva*.

Se considerata la questione da questo punto di vista, il rinvio operato dal diritto *non* è alla morale, bensì a *standard morali positivizzati*, ossia a standard giuridici. Uno standard morale, infatti, una volta positivizzato diviene uno standard giuridico. Ciò permette di chiarire come la distinzione proposta da Mitrophanous fra *rinvio interno* e *rinvio esterno* alla morale nasca da una confusione. L'autrice, infatti, non adottando un approccio analitico al tema non distingue i diversi sensi del termine 'morale', ed è così costretta a formulare la distinzione esterno/interno che non chiarisce il problema.

Mitrophanous inoltre, come Waluchow, non sembra tenere in alcun conto la distinzione fra 'enunciati deontici', 'norme' e 'proposizioni normative' – distinzione purtroppo con frequenza dimenticata dalla più recente letteratura giuridica influenzata dall'opera di Dworkin – e sembra, per contro, adottare una nozione confusa di 'enunciato giuridico' simile a quella dworkiniana, dove le proposizioni normative presentano contemporaneamente caratteristiche ora tipiche delle norme, ora tipiche delle proposizioni, ma fra loro incompatibili¹⁷.

Credo che Mitrophanous cerchi di superare le difficoltà derivanti dall'uso di una nozione confusa di 'enunciato giuridico' attraverso la distinzione *interno/esterno*, ma non raggiunge un risultato accettabile. Tenendo presente la distinzione sopra ricordata è possibile chiarire la confusione presente nel positivi-

¹⁷ Cfr. E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 89-115.

smo inclusivo. Si isola, come correttamente fa Mitrophanous, la questione dell'*identificazione* del *diritto valido* dall'*identificazione del suo contenuto*.

Nel primo caso ci si trova ad analizzare 'enunciati giuridici', ossia testi normativi, la cui validità sarà da stabilirsi verificando che il procedimento della loro emanazione abbia soddisfatto i criteri *formali* stabiliti dalla regola di riconoscimento; forse in questo consiste il *pedigree* cui Waluchow si richiama. Questo tipo di *attività conoscitiva* è la stessa che viene svolta da giudici, da avvocati e da scienziati del diritto.

Nel secondo caso ci si trova ad analizzare 'norme', ossia significati di 'enunciati giuridici'. Diversamente da prima, qui occorre prendere in considerazione il ruolo e l'obiettivo che si propone l'interprete, perché quest'attività può condurre a risultati *non conoscitivi*, ma *prescrittivi*. Nell'ambito del presente discorso interessano in particolare il ruolo e l'obiettivo del giudice e il ruolo e l'obiettivo della dottrina.

Se l'interprete è un giudice, egli – dopo aver individuato il materiale normativo formalmente valido e dopo averne selezionato un insieme astrattamente applicabile – vaglierà i diversi significati ascrivibili o da altri ascritti a tale materiale, con ciò concludendo la sua attività meramente *conoscitiva*. Tra i diversi significati individuati il giudice sceglierà, ascrivendo alla disposizione giuridica (o a più disposizioni giuridiche) un significato determinato, la norma del caso¹⁸. La scelta normativa del giudice sarà determinata a livello psicologico da fattori diversi: altre norme, massime di esperienza giuridica, credenze, convinzioni etiche, e così via. L'operatore giuridico esporrà successivamente in un documento normativo (di solito una sentenza, un'ordinanza) la decisione del caso e le ragioni addotte a favore di essa. Quest'ultima attività diretta all'individuazione della norma che regola il caso è *prescrittiva*. Si può ben affermare che qui la morale o alcuni principi etici che il giudice condivide abbiano svolto un ruolo nella scelta normativa da lui compiuta. Ma ciò che occorre sottolineare è che, almeno dal sorgere dello stato di diritto, la giustificazione della decisione che questo particolare interprete *deve* fornire *deve* trovare il suo fondamento in ragioni giuridiche e principi giuridici (nella legge) e non in ragioni morali. La decisione giuridica dovrà configurarsi come la sussunzione della fattispecie concreta sotto la fattispecie astratta. Entro questi limiti si può anche parlare di connessione fra diritto e morale *positiva*; connessione questa ammessa dal positivismo metodologico-concettuale.

L'indagine intorno ai diversi fattori psicologico-sociali che contribuiscono alla scelta di una particolare norma è compito della psicologia e della sociologia

¹⁸ Cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 107-120; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

giuridica; queste attraverso una rilevazione empirica tentano di spiegare, ad esempio, l'ideologia del magistrato (più spesso della magistratura o di una sua parte). Solitamente è, per contro, oggetto d'indagine della dottrina il *risultato* di tale processo decisionale: la sentenza, l'ordinanza, il documento normativo, che possono essere configurati come l'espressione esterna del processo psicologico del giudice, ma non è affatto certo che questi rispecchino in modo veritiero il ragionamento "interno". Quest'attività d'indagine assume la morale positiva del giudice come oggetto di indagine, per cui l'attività torna ad essere *conoscitiva*.

Se l'interprete è la dottrina (o la scienza giuridica), e se di essa se ne considera il ruolo e l'obiettivo, occorre compiere una distinzione a seconda degli obiettivi e del ruolo che essa si propone di raggiungere e svolgere:

- a) una dottrina che si pone *compiti descrittivi* e svolge un ruolo *scientifico*;
- b) una dottrina che si pone *compiti prescrittivi* e svolge un ruolo *normativo*.

Se l'interprete si pone compiti meramente conoscitivi terminerà il suo lavoro quando, giunto all'individuazione del materiale normativo valido, vaglierà i diversi significati ascritti e/o ascrivibili ad esso. In alcuni casi, sempre mosso da obiettivi conoscitivi, l'interprete potrà proseguire la sua attività intraprendendo un lavoro di tipo teorico: ricostruendo ad esempio un modello di ragionamento giuridico (caso paradigmatico di questo genere di attività è la ricostruzione della motivazione attraverso un sillogismo giudiziale). Secondo alcuni quest'attività non è meramente conoscitiva perché comporta una semplificazione della realtà operata attraverso la scelta di alcuni elementi che lo stesso interprete ritiene maggiormente importanti. Ma occorre segnalare che, sebbene l'attività di ricostruzione teorica in modelli possa condurre all'espressione di discorsi prescrittivi, se l'interprete è mosso da obiettivi conoscitivi il modello costruito potrà ben svolgere un'importante funzione esplicativa compatibile con altri modelli descrittivi.

Se per contro l'interprete si pone compiti prescrittivi, dopo aver terminato la prima fase conoscitiva dell'indagine, intraprenderà un'attività piuttosto simile a quella svolta dal giudice, ma con la sostanziale differenza che non gli sarà richiesto di giustificare la scelta normativa in base ad argomenti giuridici e potrà farlo esplicitamente in base ad argomenti morali; la sua unica preoccupazione, tutt'al più, sarà quella di offrire una giustificazione *persuasiva* rispetto all'uditorio cui si rivolge. Benché in questo caso possa risultare ovvia la connessione fra diritto e morale positiva, di effettiva connessione si potrebbe forse parlare solo qualora l'interpretazione proposta dal giurista fosse accolta dai giudici; ma anche in questo caso il giudice che si trovasse ad accoglierla dovrebbe riformularla fondandola su argomenti meramente giuridici.

In tutti questi casi, quando un sistema giuridico presenta standard del tipo "È tutelato il diritto alla libera espressione del proprio pensiero", non viene per ciò stesso a configurarsi un rinvio alla morale, ma piuttosto un rinvio a standards giuridici che precisano il significato della locuzione 'libera espressione del proprio pensiero', escludendone, ad esempio, il proferimento di insulti. È chiaro

che tale significato sarà determinato dalle credenze dei partecipanti; credenze che sono connesse alle loro concezioni etiche. Diritto e morale positiva presentano pertanto delle connessioni, che risultano evidenti anche guardando a formulazioni normative del tipo “dovuta diligenza”, “buon padre di famiglia”, “ingiusta discriminazione”, il cui significato è determinato in base a canoni giuridici che variano nello spazio e, soprattutto, nel tempo, correlativamente al mutare delle credenze morali e politiche dei partecipanti. Resta da sottolineare che la connessione fra diritto e morale positiva, oltre a non essere negata dal giuspositivismo metodologico-concettuale – ed anche dal giuspositivismo hartiano –, non comporta ripercussioni sulla tesi della separazione.

Con la locuzione ‘morale positiva’ ci si riferisce a un insieme di credenze etiche effettivamente accettate, condivise e praticate da una persona o da un gruppo sociale; così si può affermare che esistono più morali: quella cristiana, quella utilitaristica, quella comunista, e così via. La morale in questo senso può allora considerarsi come un fatto, passibile di essere descritto al pari di qualunque altro fatto. Il positivismo giuridico metodologico non nega che vi possa essere connessione fra diritto positivo e morale positiva, e ciò non implica l’abbandono della tesi della separazione. Quest’ultima, infatti, afferma che è possibile individuare il diritto senza fare ricorso a criteri morali (o di valore). Il diritto, come insieme di fatti, è determinabile in modo avalutativo, così come lo è la morale positiva. Ma i criteri morali cui Waluchow si riferisce e che eventualmente potrebbero essere usati per individuare il diritto possono solo appartenere alla morale universale e non alla morale positiva. I criteri morali usati dal giudice non sono da lui assunti come fatti, bensì come valori.

Il giuspositivismo metodologico aderisce alla tesi della separazione e, conseguentemente, nega che vi sia connessione necessaria fra diritto positivo e morale universale. La morale universale, infatti, consiste in un insieme di principi riguardanti il comportamento umano, considerati giusti in sé, senza alcun rapporto con ciò che gli esseri umani credono sia bene e male: sarebbe il giusto in sé, in senso astorico e aspaziale e, quindi, indipendente dallo sviluppo sociale e da qualsiasi dibattito intersoggettivo. Così configurata, se vi fosse connessione necessaria, la morale universale o si trasforma in morale positiva o il diritto non sarebbe altro che uno strumento della sua applicazione. Ma se così fosse, nel primo caso, una teoria che sostenesse la necessaria connessione non sarebbe altro che una forma di positivismo ideologico mentre, nel secondo caso, essa negherebbe positività al diritto, considerabile solo come valore e/o tutt’al più come applicazione mediata di valori universali¹⁹. Resta chiaro che il rinvio alla

¹⁹ In questo senso per esempio cfr. C. S. Nino, *Derecho, moral y politica*, Ariel, Barcellona, 1994.

morale universale determinerebbe una connessione che non sarebbe di tipo contingente, bensì necessaria. Il contenuto significativo delle regole sarebbe determinato una volta per tutte, indipendentemente dalle credenze, dalla storia, dalle decisioni degli operatori giuridici e da qualsivoglia altro fattore.

Se il rinvio è alla *morale universale* il significato di un criterio del tipo “È diritto ciò che il legislatore emana secondo giustizia” non sarebbe vuoto, perché rinvierebbe ad una nozione di giustizia “vera”, universale appunto. Ma in tal caso, il criterio, sebbene non vuoto, non sarebbe di alcuna utilità: perché il contenuto del diritto sarebbe *inconoscibile*. La morale universale, per definizione, non può essere ridotta a fatti, non può essere positivizzata, essa è qualcosa di meramente normativo che non ha alcun rapporto con il mondo empirico. Dunque, una regola di riconoscimento che includesse il rinvio alla morale universale sarebbe una sorta di rinvio al diritto naturale. Questo, infine, appare come il punto debole del positivismo inclusivo che, in particolare per distinguersi da quello esclusivo, sembra ritenere che sia la *morale universale* a svolgere un ruolo nell’individuazione del diritto e del suo contenuto; ma con ciò il positivismo inclusivo utilizza un criterio che non consente di individuare il contenuto del diritto, con ciò ponendosi fuori dal positivismo giuridico metodologico.

La tesi di Waluchow esige l’oggettivismo morale. Qualora non si aderisse a tale forma di oggettivismo, la tesi dell’autore indicherebbe che qualsiasi utilizzo di standards politici o morali da parte dei giudici sarebbe mero esercizio della discrezionalità. L’unico modo per il positivismo inclusivo di distinguere fra diritto determinato e diritto indeterminato è affermare che il diritto offre risposte giuste, dunque aderire all’oggettivismo morale. Il positivismo inclusivo non può, infatti, pretendere che principi e valori morali siano criteri di validità per determinare il contenuto delle regole se non ammette che quei principi e valori siano oggettivi.

Il *Postscript* di Hart sul punto è ancora ambiguo, ma non interessa qui discutere se egli aderisca al positivismo inclusivo, anche se nel senso debole. Ciò che è importante precisare è che i giuristi usano una nozione di validità come appartenenza più articolata del *pedigree* cui si richiama Waluchow sulla scorta di Dworkin. I giuristi (giudici e dottrina), infatti, usano ‘validità’ in senso *formale* e ‘validità’ in senso *materiale* che, per usare il termine introdotto da Dworkin, formano insieme il *pedigree* della norma.

Quando i giuristi parlano di validità *formale* essi fanno riferimento all’assenza di vizi procedurali (questo sembra l’unico significato di ‘validità’ considerato sia da Dworkin sia da Waluchow attraverso la nozione di ‘pedigree’). Questa nozione di ‘validità’ è propria degli atti normativi – che saranno validi se prodotti in conformità ai criteri sulla produzione giuridica –, ma non è propria delle norme. Quando i giuristi parlano di validità *materiale*, invece, si riferisco-

no a norme: significati di enunciati giuridici. Una norma sarà considerata materialmente valida quando non incompatibile con norme gerarchicamente superiori²⁰. Questi due criteri sono, invero, tra loro indipendenti, benché gerarchicamente ordinati: il criterio materiale è gerarchicamente sovraordinato al criterio formale, cosicché mentre una norma valida in senso materiale, ma formalmente invalida, farà comunque parte dell'ordinamento, una disposizione formalmente invalida che esprime solo norme materialmente invalide non potrà farne parte²¹. La regola di riconoscimento della teoria giuspositivista, e credo anche quella hartiana, considera *tutti* i criteri di riconoscimento: materiali e formali. Secondo Waluchow una regola di riconoscimento che considerasse sia criteri formali che materiali non sarebbe, per Dworkin, una regola giuspositivista, perché essa farebbe riferimento al *contenuto* della norma²². L'obiezione, invero, è fondata solo se il riferimento ai criteri materiali implicasse un riferimento alla *morale universale*; diverso è se si considera la *morale positiva* che è riducibile a fatti osservabili e descrivibili in modo valutativamente neutrale.

È ben vero che le costituzioni contemporanee hanno accolto un gran numero di principi etici, positivizzandoli nelle loro disposizioni; principi che condizionano l'attività legislativa e la validità delle norme del sistema. È altrettanto vero che la maggioranza delle decisioni prese dalle corti costituzionali si riferisce a questioni di validità materiale, piuttosto che a questioni di validità formale.

Occorre segnalare a questo riguardo che la nozione di validità formale si mostra *rigida*, non graduabile: una disposizione o è formalmente valida o non lo è (sebbene anche a questo rispetto possano sorgere questioni). Caratteristica rigidità che ha prestato il fianco alle ben note critiche dworkiniane, e ha dato adito anche alle molte teorizzazioni sulle distinzioni tracciabili fra 'norma' e 'principio'. Per contro la nozione di validità materiale non sembra altrettanto rigida e si presta ad essere riformulata in modo da includere la morale nel diritto. È bene però ricordare come già Hans Kelsen abbia chiarito che la disposizione normativa offre una cornice di possibili significati²³. Significati questi che possono dirsi potenzialmente finiti nell'ambito delle regole d'uso di un linguaggio determinato. Così, sebbene sarà un giudice a determinare il significato della disposizione,

²⁰ Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 216.

²¹ Cfr. R. Guastini, *ivi*, pp. 217-218.

²² Si veda per una posizione contraria H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, (saggi dal 1923 al 1942), trad. it., Giuffrè, Milano, 1981, p. 154. L'autore ritiene che anche l'incostituzionalità materiale sia, in fondo, incostituzionalità formale. Una norma materialmente invalida, infatti, violerebbe il precetto procedurale secondo cui le leggi contrarie alla costituzione devono essere votate nella forma prevista per la revisione costituzionale.

²³ Cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, cit.

questo significato non potrà essere uno qualunque, ma solo uno di quelli contenuti nella cornice.

4. *Conclusioni*

Il positivismo inclusivo afferma che la regola di riconoscimento può includere degli standards morali per individuare il diritto valido e il suo contenuto, e ciò risulta evidente dal fatto che i giudici facciano appello alla morale per risolvere le questioni loro sottoposte. Si può ammettere che i giudici fanno appello a principi morali, senza per questo rinnegare il positivismo giuridico metodologico-concettuale: solo, occorre specificare che tale appello morale è contingente. L'abitudine di non specificare il senso dei termini che si usano produce argomentazioni normative camuffate da descrittive.

Parlare di morale senz'altro specificare, come fa il positivismo inclusivo, indica, infatti, l'adozione di una prospettiva normativa, non diretta a conoscere il diritto com'è, ma a prescrivere come si vorrebbe che fosse. Teorie siffatte, in realtà, risultano dirette – consapevolmente o no – a offrire criteri per valutare il diritto configurandosi come politiche (o meta-politiche) del diritto.