

*Metacritica del neocostituzionalismo.
Una risposta ai critici di “Neocostituzionalismo e
positivismo giuridico”**

di Susanna Pozzolo

Questo lavoro trae origine dalla discussione che si è tenuta nel corso del “Primo seminario giovani ricercatori di teoria del diritto”, svoltosi presso l’Università degli Studi di Palermo il 12 aprile 2002. Quanto sosterrò in queste pagine non pretende di essere in alcun modo esaustivo del dibattito sul neocostituzionalismo, ma si limita a offrire alcune risposte in stretta connessione con quanto emerso in quell’occasione, richiamando alcuni punti o temi che mi paiono centrali anche per una discussione più generale sull’argomento.

0. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*¹ è un volume dedicato all’analisi di un certo modo, antigiuspositivistico, di accostarsi al diritto che pare sempre più diffuso tra i teorici. Fra i molti aspetti che consentono di caratterizzare la dottrina neocostituzionalista², uno mi pare davvero centrale per dar conto della ricostruzione che ne offro nel lavoro: tale modo di accostarsi e pensare al diritto si presenta e propone come un’alternativa “completa” al positivismo giuridico. Con ciò voglio dire che il neocostituzionalismo non si presenta (o, meglio, aspira a non presentarsi) come una specie dei due generi nei quali si è soliti dividere il pensiero giuridico moderno, giuspositivismo e giusnaturalismo, bensì come un terzo genere che non mira – come più volte è stato fatto durante il Novecento – a raccomandare alcuna modifica o adeguamento di alcuna delle altre due prospettive. Proprio per questo aspetto negativo o critico, nell’analisi e nella ricostruzione del neocostituzionalismo si è presentata l’esigenza di ripercorrere almeno alcune delle tesi centrali del positivismo giuridico (almeno nelle sue versioni oggi più diffuse e discusse dai giuristi). Il discorso neocostituzionalista, infatti, si dirama su molti e diversi aspetti del panorama teorico che può ricomprendersi sotto l’appellativo di ‘giuspositivista’. Ciò vale per temi teorico-generalisti, come la distinzione fra regole e principi, la teoria o le teorie dell’interpretazione del diritto, ma vale anche per temi filosofico-politici come le caratteristiche dello stato e del diritto in una società liberaldemocratica.

* Colgo l’occasione per ringraziare ancora gli organizzatori, il Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società, i relatori e tutti i partecipanti al seminario per l’insostituibile apporto alla discussione, tra cui ricordo, oltre agli organizzatori (Giorgio Maniaci, Giorgio Pino e Aldo Schiavello) Bruno Celano, Isabel Trujillo, Vittorio Villa.

¹ Giappichelli, Torino, 2001.

² Ho denominato tale atteggiamento teorico ‘neocostituzionalismo’ presentandolo per la prima volta nell’ambito di una comunicazione dal titolo *La especificidad de la interpretación constitucional*, al XVIII Congreso Mundial de Filosofía jurídica y Social svoltosi a Buenos Aires-La Plata (Argentina) nei giorni 10-15 agosto 1997. Ora in “Doxa”, 21, vol.II, pp. 339-353.

Non è possibile, e forse neppure utile, riassumere in poche pagine il contenuto del libro, troppi essendo i punti che dovrebbero essere affrontati. Mi propongo invece di offrire alcuni chiarimenti, strettamente connessi con quanto emerso nel dibattito palermitano, e alcuni spunti di riflessione di più ampia portata. In primo luogo farò alcune puntualizzazioni sul termine stesso ‘neocostituzionalismo’, poi offrirò alcuni chiarimenti sul positivismo giuridico cui ho fatto riferimento nel volume. Non è facile tornare su questo testo senza immergersi nella polemica e nelle riflessioni che la sua stesura mi ha suggerito. E d'altronde non credo sarebbe neppure utile sterilizzare il mio intervento per un commento da un punto di vista esterno. Al contrario, mi pare più utile, intrigante e interessante, cogliere questa occasione per offrire o proporre una chiave di lettura del libro.

1. I punti da cui prendo le mosse sono gli stessi termini fondamentali o basilari dell'intero lavoro: ‘neocostituzionalismo’ e ‘giuspositivismo’.

Del secondo – della locuzione positivismo giuridico – è ben nota la polisemia e ci tornerò fra un momento (2. e 3.). Del primo termine, neocostituzionalismo, si potrebbe pensare altrimenti, giacché è di recente introduzione ed è chiaramente composto da ‘neo’ (o ‘nuovo’) e da ‘costituzionalismo’. Tuttavia, la mera congiunzione dei significati delle due parti che compongono il vocabolo, sempre che sia possibile, non determina il senso della nuova parola e, inoltre, il secondo elemento che compone il vocabolo non possiede affatto un significato univoco³. Ciononostante ci sarebbe un motivo apparentemente decisivo che potrebbe far propendere per la sua univocità: il vocabolo ‘neocostituzionalismo’ è il risultato di una stipulazione lessicale il cui referente dovrebbe quindi essere facilmente identificabile⁴. Sfortunatamente non è così. Il termine, che sia stato pensato per un “oggetto” identificato o ricostruito o inventato nel momento in cui lo si è nominato, oppure per un “oggetto” dai confini opachi e di difficile identificazione, è entrato nel lessico dei teorici con sorprendente facilità: quasi ci fosse già stata la “cosa” che si trattava solo di nominare. La fortuna del termine ‘neocostituzionalismo’ è palpabile; lo si ritrova nei discorsi dei filosofi del diritto e della politica, dei giuristi, degli storici delle idee, e di altri ancora⁵. È da notare che se il vocabolo ‘neocostituzionalismo’ fosse riuscito a mantenere lo stesso significato in tutti questi discorsi sarebbe stato un evento davvero notevole.

1.1. Il termine ‘neocostituzionalismo’ è impiegato nel mio volume per indicare una prospettiva giusfilosofica che si propone come via media fra giuspositivismo e giusnaturalismo: dottrine delle quali il neocostituzionalismo avrebbe, per così dire, eliminato i difetti e riunito i pregi. In particolare, questa dottrina consentirebbe di evitare il difetto del legalismo giuspositivista (ossia il legicentrismo e l'applicazione formalistica del principio di legalità, che non guarda ai contenuti

³ Cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., capitolo I.

⁴ Cfr. nota 2.

⁵ Solo per citare alcuni recenti esempi, cfr. T. Mazzarese, *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002; M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in “Ragion pratica”; M. Carbonell (a cura di), *Neocostituzionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

delle norme ma solo alla loro forma, ossia alla loro mera validità formale) attraverso la rilevanza giuridica attribuita e riconosciuta alla costituzione, sottolineandone e incentivandone la pervasività⁶. Osservando le cose dalla prospettiva neocostituzionalista, infatti, la “grande divisione” non si porrebbe fra positivismo giuridico e giusnaturalismo, bensì fra un modo costituzionalista e un modo legalista di concepire il diritto e il sistema giuridico.

Analizzando l’opera di alcuni autori che ho ritenuto maggiormente rappresentativi (in particolare: Robert Alexy, Carlos S. Nino, Gustavo Zagrebelsky) ho individuato alcuni tratti caratteristici, o alcune tesi caratterizzanti, che nel loro insieme formano il modello neocostituzionalista. Una volta ricostruita la dottrina, ho cercato di individuare gli scopi cui essa era diretta (una dottrina, infatti, può essere pensata come un metodo per conoscere, per ricostruire, per argomentare e così via). Tra gli obiettivi perseguiti dal neocostituzionalismo è certo presente lo studio o l’analisi del diritto positivo, ma occupa un posto rilevante anche la preoccupazione e l’obiettivo del costituzionalismo, inteso quest’ultimo, un po’ genericamente, come ideale dei limiti giuridici al potere politico. Appare dunque chiaro che ‘neocostituzionalismo’ e ‘positivismo giuridico’ non sono del tutto omogenei fra loro, giacché il neocostituzionalismo è anche, se non soprattutto, un ideale politico. Il positivismo giuridico, invece, cerca di caratterizzarsi soprattutto come metodo d’indagine del diritto positivo: è soprattutto una teoria del diritto. Nella ricerca ho tentato di saggiare la congruità della dottrina neocostituzionalista rispetto agli obiettivi che dichiara e la mia critica si è incentrata soprattutto su questo punto, rilevando un’incongruenza.

1.1.1. Il neocostituzionalismo adotta una nozione specifica di costituzione che è stata denominata “modello precettivo della costituzione concepita come norma”⁷. La costituzione così individuata risulta dotata di un’ampia pervasività in grado di condizionare tutto l’ordinamento rimodellando i rapporti sociali e perdendo quel compito di barriera contro il potere e la stessa legge, che aveva caratterizzato il costituzionalismo liberale. La costituzione pervasiva si configura come costituzione-indirizzo o come costituzione-scopo: come un progetto giuridico che deve essere sviluppato. Tale documento non è (più) riducibile all’atto fondativo del sistema giuridico, da cui appunto “discende o deriva” la restante parte dell’ordinamento con ciò presupponendo l’unitarietà del sistema stesso. Piuttosto, essa funziona come nodo assiologico centrale verso cui tutto il diritto deve convergere, poiché il sistema ha perso sistematicità e solo la costituzione sarebbe in grado di ridare unità e razionalità all’insieme. L’incontro fra democrazia e costituzionalismo, una volta trovato l’equilibrio fra la sovranità e il suo limite, determinerebbe una diversa prospettiva entro cui concettualizzare il potere: come scrive

⁶ Questa suddivisione di campo credo sia alla base anche dell’opposizione stato di diritto/stato costituzionale, frequentemente utilizzata nell’argomentazione neocostituzionalista. Invero, in tali termini l’opposizione è fuorviante, giacché lo stato costituzionale è una specie di stato di diritto, casomai l’opposizione andrebbe costruita fra stato legalista e stato costituzionale.

⁷ Cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. I; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994 e P. Comanducci, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1990; Id., *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992.

Maurizio Fioravanti⁸, la vita della costituzione democratica si svolge nel senso della sua attuazione, della necessaria solidarietà tra i poteri costituiti, e tra le forze sociali e politiche, nel processo di realizzazione dei suoi contenuti normativi. Tuttavia, a mio parere l'equilibrio fra democrazia e costituzione è, da un parte, ancora debole perché, tutto sommato, privo di una lunga tradizione cui potersi riferire e in grado di consolidarlo, e, d'altra parte, non giustifica l'abbandono della "strategia del sospetto" nei confronti del potere⁹. Quanto alla debolezza dell'equilibrio democrazia-costituzione sarebbe forse importante preservare quella che oggi potrebbe leggersi, se non come una separazione, almeno come una divisione dei ruoli e dell'ambito di azione dei poteri evitando le indebite invasioni di campo. Questo, tuttavia, nella concreta realtà dei nostri sistemi costituzionali non sempre accade, ed anzi uno dei sintomi di quello che può essere ritenuto un 'mal funzionamento' consiste proprio nella tendenza a confondere il ruolo e la competenza dei poteri, cosa che contribuisce a sovraesporre alcune istituzioni (ad esempio il Presidente della Repubblica) e a delegittimarne altre (ad esempio il Parlamento). Con riferimento specifico alla dottrina neocostituzionalista ho rilevato un'ulteriore estensione del ruolo attribuito non tanto al giudiziario in genere – fenomeno questo, presente in quasi tutte le democrazie moderne e che può portare a sviluppi diversi¹⁰ – quanto specificamente della corte costituzionale e del controllo di costituzionalità. In generale le cause dell'"espansionismo" del potere giurisdizionale sono diverse e diversamente valutabili. Da un lato, ad esempio, l'espansionismo può essere sintomo del diffondersi di una cultura dei diritti, d'altro lato, può essere sintomo della crisi della rappresentanza politica. Comunque sia, si potrebbe anche pensare che tale ampliamento di delega sia indice di un mutamento irreversibile del ruolo del giudiziario nei moderni sistemi giuridici, e in ciò potrebbe non esservi nulla di dannoso, ma a patto di ripensare il modello costituzionale per trovare una nuova forma in grado di riequilibrare la divisione del potere (proprio su questa linea si sviluppa parte del mio lavoro successivo all'edizione del volume discusso a Palermo) in tal modo tenendo conto della "strategia del sospetto" verso il potere (ovunque esso si annidi), che mi pare alla base di qualsiasi dottrina costituzionalistica.

Caratteristica importante del modello neocostituzionalista consiste non tanto nel rilevare l'importanza che va assumendo quell'opera che alcuni chiamerebbero creativa e altri, forse, integrativa della giurisprudenza, quanto piuttosto nel promuovere tale attività, cui dovrebbe guardare con favore anche la scienza del diritto¹¹. L'attività giudiziale, infatti, viene individuata come quell'elemento in grado di dare razionalità al sistema attraverso il suo continuo adeguamento alle esigenze che emergono dalla società, reinterpretando la legge e la costituzione a tale fine. Grazie alla pervasività costituzionale, infatti, sebbene assuma maggior ruolo nella dinamica dei poteri, il giudice delle leggi perde l'esclusività dell'interpretazione costituziona-

⁸ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, p. 156.

⁹ Cfr. A. M. Iacono, *La giustizia di Trasimaco e i filosofi del sospetto*, in "Ragion pratica", 20, attualmente in corso di stampa.

¹⁰ Cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. V e conclusioni.

¹¹ Cfr. S. Pozzolo, *ivi*, p. 10.

le, giacché diviene pratica favorita e costantemente applicata l'interpretazione adeguatrice delle leggi alla costituzione da parte di tutte le corti¹².

Fra gli elementi caratterizzanti il neocostituzionalismo si trovano, inoltre, le due seguenti tesi, fra loro connesse: i) il diritto non consta solo di 'regole' ma anche di 'principi' e ii) i principi abbisognano di una metodologia interpretativa peculiare e specifica¹³. Difendere la distinzione fra regole e principi può essere letto come un modo abbastanza esplicito di confrontarsi con il positivismo giuridico, almeno nella misura in cui si ritengono sufficientemente fondate le critiche formulate da Ronald Dworkin alla hartiana regola di riconoscimento. In particolare dove esse rivendicano l'incapacità per il giuspositivismo di identificare propriamente il diritto, giacché non sarebbe in grado appunto di identificare i principi, non dotati di *pedigree* ma di forza morale. La presenza dei principi è ciò che rende specifica la carta costituzionale, sebbene non ne abbia l'esclusiva. La peculiare conformazione della costituzione – che determina l'alto grado di pervasività – è alla base del bisogno neocostituzionalista di dotarsi di una metodologia interpretativa propria: la tecnica della "ponderazione" o del "bilanciamento". Tale tecnica, tuttavia, proprio in ragione della pervasività costituzionale, non risulta riservata, per così dire, al solo vertice della piramide ordinamentale, bensì viene estesa a tutto il diritto positivo dello stato costituzionale-democratico. E' bene sottolineare, comunque, che a questo proposito è forse improprio parlare di tecnica o di teoria dell'interpretazione, giacché il bilanciamento non mira ad attribuire significato alle disposizioni positive ma, ipotizzando che sia possibile scindere in due momenti questa complessa attività decisionale, opera nella successiva fase dell'applicazione. In particolare, se idealmente si distinguono le due principali attività dell'interprete, analiticamente parrebbe che questi debba prima attribuire significato ai testi attraverso una lettura morale e, ottenuta una situazione di conflitto, passare ad operare il bilanciamento fra principi, attribuendo ad uno di essi maggior peso e con ciò forza normativa per decidere il caso concreto. Poiché, tuttavia, attraverso questa ponderazione non si determina una regola generale di soluzione del conflitto fra i principi individuati, ma solo una regola particolare per il caso concreto, la gerarchia assiologica che è stata istituita risulta mobile e particolaristica.

Riassumendo, dunque, 'neocostituzionalismo' non indica solo un modo di pensare al diritto adeguato allo stato liberaldemocratico, e neppure indica solo una posizione genericamente costituzionalistica, che, ovviamente, sottolinea la presenza di alcuni principi politici che informano di sé il diritto dello stato costituzionale. Il vocabolo 'neocostituzionalismo' è stato pensato per indicare un fenomeno più specifico, caratterizzato dall'assunzione di una nozione di costituzione

¹² La pratica dell'interpretazione adeguatrice non è un'invenzione del neocostituzionalismo, ovviamente, ma di essa quest'ultimo si fa particolare difensore. Sul tema cfr. G. Amoroso, *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica del sindacato di costituzionalità*, in "Foro Italiano", febbraio, V, 1998, pp. 89-115.

¹³ Di tale tesi si distinguono almeno due varianti, una debole e una forte. Secondo la prima, la distinzione è qualitativa: la natura di 'principio' o di 'regola' sarebbe un dato oggettivo proprio di ogni formulazione normativa, una caratteristica che può essere osservata dal giurista attraverso un'attività cognitiva. Secondo la tesi debole, i principi giuridici sono quelle norme che così sono denominate dal legislatore, oppure in tal modo vengono configurate, applicate e denominate dai giudici od anche dalla dogmatica.

fortemente sostanzializzata, che agisce come programma e non come limite – una costituzione-scopo e non una costituzione-garanzia –, che richiede la tecnica interpretativa della ponderazione e che, per tale via, riannoda i legami fra diritto e morale, apparentemente recisi dal positivismo giuridico. ‘Neocostituzionalismo’, in breve, è vocabolo pensato per denominare una dottrina giusfilosofica apertamente anti-giuspositivista, che muovendo da una particolare ricostruzione del diritto dello stato costituzionale e della sua carta fondamentale ne promuove l’interpretazione morale¹⁴, offrendo una propria versione della tesi della connessione, peculiare nella misura in cui la situa all’interno dello stesso diritto positivo, e in particolare al livello dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali.

1.2. Il termine ‘neocostituzionalismo’ rispetto alla originaria significazione ha subito, per così dire, degli slittamenti, connessi certamente alla sua diffusione, e degli usi teorici che gli hanno consentito di indicare anche altri fenomeni.

a) Una prima modificazione ha allargato la sua capacità denotativa e ha ridotto le sue potenzialità connotative. ‘Neocostituzionalismo’ è, infatti, oggi impiegato, non solo per indicare la specifica dottrina cui ho fatto cenno al precedente paragrafo, ma anche per indicare il costituzionalismo *tout court*. Il termine, in tal modo, denota un maggior numero di dottrine, avendo acquistato in generalità, ma identifica un minor numero delle loro caratteristiche.

b) Una seconda modificazione, forse la più rilevante, ha permesso al vocabolo di indicare non più una dottrina, ma un modello di sistema giuridico dotato di specifiche caratteristiche.

c) Un ulteriore e qualitativamente diverso intervento sul vocabolo ha consentito di operare una sorta di parafrasi della suddivisione bobbiana di positivismo giuridico: individuando così un neocostituzionalismo come teoria, come ideologia, come metodologia¹⁵.

Queste modificazioni nell’uso del vocabolo, se ne evidenziano la fortuna, contribuiscono anche ad accentuare i toni della polemica. I diversi sensi acquisiti dal vocabolo si connettono gli uni agli altri in modo da formare un mosaico i cui tasselli diviene difficile tornare a separare, giacché fra essi è presente una forte connessione e interdipendenza, ad esempio la prima modifica (a) credo abbia permesso la seconda (b). Nell’assumere il vocabolo ‘neocostituzionalismo’ come una sorta di “precisazione”¹⁶ del vocabolo ‘costituzionalismo’, e una volta individuati i caratteri che determinano la sua specificità, gli stessi possono essere isolati in modo da ricostruire un peculiare modello di sistema giuridico (b). Quest’ultimo, se-

¹⁴ Cfr. M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, cit.; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino; Id, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 71-94.

¹⁵ Cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., capitolo V; P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, cit.

¹⁶ Cfr. A. Naess, *Communication and Argument. Elements of Applied Semantics*, Universitetsforlaget, trad.ingl., Oslo-Bergen-Tromsø, 1966; S. Pozzolo, *Diritto giurisprudenziale. Precedente come argomento e come precisazione*, manoscritto.

condo una certa ricostruzione¹⁷, si caratterizza per essere dotato di una costituzione¹⁸ che, oltre alle disposizioni sull'organizzazione dei poteri, esplicitamente prevede un catalogo di diritti fondamentali e una pluralità di misure atte a garantirli. Da questo punto di vista, la gran parte dei sistemi giuridici del secondo dopoguerra potrebbe dirsi neocostituzionalista. Seguendo un'altra ricostruzione¹⁹, 'neocostituzionalista' sarebbe quell'ordinamento giuridico che ha subito in qualche misura un processo di "costituzionalizzazione"²⁰: un processo che porta l'ordinamento giuridico a essere totalmente impregnato dalla costituzione. Costituzionalizzato, in altri termini, sarebbe quell'ordinamento giuridico caratterizzato dalla presenza di una costituzione particolarmente pervasiva, in grado di condizionare i comportamenti degli attori politici, della dottrina, della giurisprudenza. La "costituzionalizzazione", in tal senso, si presenta come una questione di grado, i cui elementi necessari sono rintracciati in una costituzione rigida che richiede un'attività specifica per la sua interpretazione ed anche per la sua applicazione (un'attività diversa rispetto a quella riservata alla legge e al diritto infracostituzionale).

L'impiego di 'neocostituzionalismo' per indicare uno specifico ordinamento giuridico (b) rischia, a mio parere, di generare una sorta di ridondanza. Ciò perché ritengo che il significato stabilizzato (momentaneamente determinato per mere ragioni storiche di uso del termine)²¹ di 'stato costituzionale', ossia il caso paradigmatico di stato costituzionale cui si fa intuitivamente riferimento nell'ambito della cultura giuridica occidentale contemporanea, presenta una carta fondamentale che comprende un catalogo di diritti e la loro garanzia. In ogni caso, se l'intenzione che si cela dietro tale uso fosse proprio quella di denominare, e così specificare, un certo modello di stato costituzionale (dotato di una carta dei diritti e della loro garanzia), la sua inappropriata risiederebbe nel fatto che il vocabolo è in primo luogo utilizzato per indicare una dottrina antigiuspositivista che nega utilità proprio a quel tipo di scienza del diritto che si preoccupa di individuare il modello di stato cui si è appena deciso di denominare neocostituzionalista²².

¹⁷ Cfr. T. Mazzaresse, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit., pp. 1-69.

¹⁸ Ma l'elenco potrebbe essere contenuto anche all'interno di una legge di livello costituzionale.

¹⁹ Cfr. P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, cit. Invero, Comanducci non tratta direttamente la caratterizzazione di un tale ordinamento giuridico, ma comunque ad esso fa esplicito rinvio nel saggio ricordato.

²⁰ Cfr. R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico*, in "Ragion pratica", 11, 1998, pp. 185-206.

²¹ Cfr. S. Pozzolo, *Congetture sulla giurisprudenza come fonte*, in L. Triolo, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001.

²² A mio parere l'uso di 'neocostituzionalismo' per indicare un insieme di istituzioni giuridiche non è appropriato e invero giacché non è neppure diffuso sarebbe da evitarsi completamente. Per indicare l'oggetto indicato al punto b) sarebbe allora forse meglio la locuzione 'stato sociale di diritto'. Tuttavia, se proprio si affermerà l'uso del vocabolo qui in discussione sarebbe allora più opportuno riservarlo a un oggetto davvero nuovo. Ad esempio, lo si potrebbe forse riservare per un ordinamento giuridico completamente *costituzionalizzato* dove, oltre ad essere divenuto centrale il protagonismo della giurisdizione, siano stati sviluppati strumenti e misure per una diversa configurazione dei poteri e un loro riequilibrio in funzione di garanzia, e dove siano previste azioni istituzionali idonee a rendere effettivi quei diritti fondamentali (di tipo sociale, di terza generazione)

(c) La parafrasi della tripartizione bobbiana presenta l'indubbio vantaggio di potersi dotare di tre sensi di neocostituzionalismo agevolmente confrontabili con i significati più noti della locuzione 'positivismo giuridico'. Questa operazione, è bene segnalare, genera comunque un equivoco, poiché di fatto suggerisce che il neocostituzionalismo abbia un elevato grado di articolazione che in realtà non possiede, o almeno non lo possiede nei suoi fautori: l'articolazione, in sostanza, viene elaborata dai suoi critici. E' stata la critica che ha offerto un piano per fare chiarezza all'interno del confuso mondo neocostituzionalista, e forse è stato proprio attraverso questa dissezione che è divenuto più semplice porre in luce le divergenze esistenti fra 'neocostituzionalismo' e 'costituzionalismo'. Sebbene il termine 'costituzionalismo' soffra di polisemia endemica, esso presenta un nucleo stabile (momentaneamente determinato) di significato rintracciabile nella elaborazione di strumenti giuridici atti alla limitazione del potere e alla garanzia dei diritti. E' ben vero che tale nucleo può essere configurato in diversa maniera, pur tuttavia resta fermo il suo senso teleologico di garanzia, di ordine, di tutela nei confronti del potere. Il neocostituzionalismo presenta certo fra le sue caratteristiche questo aspetto dottrinale, soprattutto nella misura in cui si tratta di una teoria normativa su come debba essere interpretato il diritto dello stato costituzionale, ma tende ad allontanarsi da questa tradizione nella misura in cui pretende di sostituire il giuspositivismo sviluppando dunque un altro tipo di discorso rispetto a quello normativo e costituzionalistico. Resta il fatto che è proprio nel suo costituzionalismo che esso mostra la sua principale debolezza poiché non propone affatto misure atte a controllare il potere in funzione di garanzia, bensì e al contrario finisce per favorire e accentuare quelli che possono essere visti come difetti e squilibri dell'odierno stato di diritto liberaldemocratico²³.

Le critiche mosse al positivismo giuridico, in particolare alle sue tesi teoriche, lo sviluppo dell'analisi del ragionamento giuridico e, comunque, gli ultimi cinquant'anni (almeno) di letteratura giusfilosofica in argomento hanno ovviamente avuto delle ripercussioni su tutto il pensiero giuridico e, per quanto qui rileva, hanno posto in luce un quesito fondamentale per le dottrine costituzionalistiche: chi controlla il controllore²⁴? Infatti, una volta abbandonato lo schema teorico del positivismo ottocentesco, certamente non riducibile al legalismo di cui lo accusano i neocostituzionalisti, anche il sistema delle garanzie e dei controlli incrociati fino ad ora individuati dagli ingegneri costituzionali, che a quello schema sono legati, rimane fortemente indebolito.

la cui inapplicazione è ancora largamente diffusa, individuando gli strumenti per offrire al cittadino o a gruppi di cittadini l'effettiva rivendicazione di tali diritti, che in tal modo non rimarrebbero appunto solo dei "diritti di carta" (sull'uso di quest'ultima locuzione cfr. R. Guastini, *Diritti*, in Id., *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 147-156, pp. 151-152). Pur sottolineando ancora una volta la mia opinione contraria, almeno in questo modo il vocabolo sarebbe usato per indicare una effettiva nuova forma costituzionale.

²³ Questa può sembrare una petizione di principio, ma così non è nella misura in cui non si consideri il positivismo giuridico una dottrina costituzionalistica, bensì un insieme di teorie sul diritto e sul metodo adatto allo studio del diritto positivo. Ciò non vuole negare l'importanza che il positivismo giuridico ha avuto nello sviluppo della dottrina del costituzionalismo contemporaneo, anzi.

²⁴ Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 203-204.

La sfida insita in tale quesito, cui il costituzionalismo contemporaneo non ha ancora risposto, non è affrontata dal *neocostituzionalismo*. Anzi, quest'ultimo considera risolta tutta la tensione e tutte le difficoltà che legano costituzione e processo democratico, risolvendosi nella formulazione di argomentazioni deontologiche dirette ai centri di potere e alla giurisdizione. Tale dottrina, in senso contraddittorio alla tradizione costituzionalistica contemporanea che da mera ideologia si è trasformata in meccanismo istituzionale, presuppone che il diritto dello stato liberaldemocratico non possa nuocere ai suoi cittadini, e in tale misura non sviluppa le garanzie giuridiche. Se così fosse allora non avrebbe senso neppure mantenere una prospettiva costituzionalistica: il problema del potere sarebbe risolto, anzi, dissolto nella democrazia. Insomma, se con 'neocostituzionalismo' si vuol fare riferimento a un qualche tipo di costituzionalismo occorre tener presente che si rinvia a un "oggetto" davvero molto ambiguo²⁵.

2. I due interventi critici, di Mario Perini e Aldo Schiavello, riportati in questo numero di *Diritto e questioni pubbliche*, pur sviluppandosi su due prospettive diverse, presentano la loro principale obiezione sull'uso del positivismo metodologico. Nel primo caso, nel lavoro di Perini, si tratta di un contributo alquanto adesivo alla prospettiva neocostituzionalista, mentre lo stesso non vale per il contributo di Schiavello che punta la sua attenzione precisamente sul dibattito interno allo stesso positivismo giuridico.

2.1. Nel primo contributo viene criticata la mia tesi che sostiene esservi una complementarità (sebbene Perini erroneamente scriva di una presunta "necessità logica" che non mi sentirei affatto di sostenere) fra costituzionalismo e giuspositivismo. Avrei acriticamente aderito alla metodologia "vetero positivistica" che non consentirebbe di comprendere "l'evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei" che consentirebbe al più di offrirne una caricatura. Perini, ricordando le critiche di Luigi Ferrajoli, afferma il carattere mitologico della pretesa valutatività del giuspositivismo metodologico e sembra aderire alle tesi che Uberto Scarpelli ha espresso in *Cos'è il positivismo giuridico*. Perini scrive che la decisione di identificare il diritto attraverso i suoi caratteri formali è una scelta di natura extra-giuridica e metasistemica: "quel non so che di poco chiaro che in un modo o in un altro compare nel momento fondativo di un ordinamento in ogni formulazione giuspositivista (nella *rule of recognition* di Hart, alla base della *Grundnorm* di Kelsen, ecc.), forse altro non è che l'emergere delle scelte politico-ideologiche dei sostenitori di quelle tesi". Non so bene a cosa si riferisca l'autore parlando di "quel non so che di poco chiaro", ma la metodologia mi pare non c'entri affatto con ciò che Perini chiama il "momento fondativo", se con questo si fa riferimento al fondare normativamente l'ordinamento giuridico, ciò è compito della teoria del diritto. Diverso è il discorso se consideriamo il tema della scelta dei criteri attraverso cui identificare il diritto positivo, in questo caso qualunque sia la scelta,

²⁵ Cfr. S. Pozzolo, *Un costituzionalismo ambiguo*, in M. Carbonell (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003 e in "Revista de la Facultad de Derecho", 238, Unam, Mexico, pp. 139-161.

sempre di una decisione parzialmente arbitraria si tratterà, anche quella fatta da Perini e dai neocostituzionalisti non potrà sottrarsi a tale qualificazione.

Perini contrappone la scelta del metodo positivista alla trasparenza di un discorso che pone in luce le scelte ideologiche dello studioso, evidenziando l'impossibilità di un interprete assolutamente neutrale poiché sempre partecipa alla configurazione del diritto positivo. Il neocostituzionalismo invece parrebbe avere questo merito. Quest'ultimo, infatti, permetterebbe di tener effettivamente conto del materiale di cui sono costituiti gli ordinamenti giuridici, ossia di norme e di valori. Nella ricostruzione offerta da Perini, il neocostituzionalismo favorirebbe l'uso del metodo della razionalità rispetto allo scopo nell'interpretazione del diritto così da poter raggiungere decisioni autoritative ma anche giustificate, senza che ciò non comporti l'imposizione di valori assoluti.

Che su quest'ultimo punto le cose stiano come ritiene Perini è ovviamente discutibile e nel mio libro, cui mi permetto di rinviare, sostengo la tesi contraria. L'enfasi che il neocostituzionalismo pone sui valori, contrapponendoli alle norme, a mio giudizio, incrina il valore stesso della costituzione e soprattutto della sua funzione di garanzia, che non si riacquista con la speranza che gli interpreti agiscano con "onestà intellettuale" o responsabilmente. Si tratta, in effetti, di due prospettive non solo giuridiche, ma anche politiche, differenti: quella neocostituzionalista punta sull'adozione di un codice deontologico degli interpreti, quella che vi si contrappone punta sulla instaurazione di meccanismi istituzionali di controllo.

Ma ciò che mi pare interessante discutere qui è quanto Perini dice sul metodo poiché mi pare lo confonda con la teoria giuspositivista, su questo tornerò più avanti al punto 3., tenendo anche conto delle osservazioni mosse da Aldo Schiavello.

2.1.1. Tra le ragioni che Perini avanza contro l'uso del positivismo giuridico metodologico si trova la sua apparente adesione alle tesi di Scarpelli, a cui ritiene io abbia fatto riferimento d'omaggio senza poi tenerle in considerazione. In primo luogo, vorrei rispondere sul punto dicendo che chi muove tali accuse non dovrebbe poi fare lo stesso come, a mio parere, fa l'autore.

Nel volume ho impiegato la tripartizione bobbiana del giuspositivismo senza esplicitamente problematizzarla. Data la varietà di giuspositivismi disponibili in letteratura ci si potrebbe chiedere perché non scegliere qualcosa di più "moderno". I motivi sono diversi. Sicuramente uno di essi risiede nella capacità esplicativa della proposta di Bobbio, che ritengo assolutamente attuale e utilissima ai fini cognitivi del fenomeno. Un altro motivo deriva dall'esigenza di costruire un'opposizione bilanciata fra neocostituzionalismo e positivismo giuridico: fine per il quale ho tenuto conto delle argomentazioni neocostituzionaliste che, criticandolo, indirizzavano, anche se genericamente, verso un certo tipo di positivismo giuridico. In fondo, si può dire che è il positivismo giuridico più classico che troviamo ancora alla base dell'architettura dei moderni stati costituzionali, anche e soprattutto per quanto attiene al ruolo dell'interprete del diritto e in particolare della giurisdizione. E così, ancora una volta, la formulazione bobbiana mi offriva un'ottima base per riflettere intorno ai cardini della dottrina dello stato di diritto e del principio di legalità che appaiono centrali in questo dibattito.

Compiendo tale scelta ho ovviamente accantonato altre proposte ricostruttive del giuspositivismo e così anche quella offerta da Uberto Scarpelli in *Cos'è il po-*

*sitivismo giuridico*²⁶, che porta lontano da un giuspositivismo rigorosamente metodologico.

In opposizione alle dissezioni bobbiane, Scarpelli propone una sintesi che presenta il concetto di diritto come l'elemento comune a tutti i sensi veicolati dalla locuzione 'positivismo giuridico'. Sebbene il suo interesse sia diretto all'analisi dell'espressione 'positivismo giuridico', egli si propone soprattutto di offrirne una definizione esplicativa e politica, sviluppando un'indagine sulle "ragioni" dello sviluppo e dell'affermazione del giuspositivismo. Come già aveva notato Giovanni Tarello, "Scarpelli non si è sottratto ad una tentazione ricorrente, che è quella di trovare "qualcosa di comune" a tutte le cose che si chiamano con lo stesso nome: e poiché egli si sente, per una serie di simpatie ideologiche, affine a molti autori che (secondo abitudini acquisite) si pensano come "positivisti", ha anche identificato la "cosa comune" a tutti i positivismi con le ragioni delle sue affinità con questi "positivisti"²⁷. Ciò non significa certo che la prospettiva di Scarpelli non sia interessante, anzi. Ma è rivolta a fini diversi dai miei; se richiamandola, Perini vuol far notare che il positivismo giuridico può essere letto anche come un'ideologia sul diritto (cosa diversa dal positivismo ideologico) ne prendo atto e sottolineandone l'interesse passo a svolgere alcuni rilievi sul punto.

Il concetto di diritto è, secondo Scarpelli, l'elemento comune a tutte le posizioni giuspositiviste. In particolare, si tratta della definizione volontaristica e avalutativa del diritto che ne fa un sistema di norme poste da atti di volontà, dotate di certe caratteristiche e perciò identificabili indipendentemente dalla conformità a precetti morali o ideologici²⁸. A questa nozione di diritto, sempre secondo Scarpelli, si lega l'approccio scientifico degli studiosi giuspositivisti proprio perché diviene imprescindibile poter conoscere il diritto, in tal senso Scarpelli scrive che "la definizione del concetto di diritto determina la direzione e il termine dell'approccio"²⁹, ossia l'uso di una definizione avalutativa e volontaristica del diritto richiede un approccio metodologico ispirato a valori scientifici³⁰. Da questo punto di vista, Scarpelli afferma che la prospettiva del giuspositivismo è interna allo stato di diritto³¹ – esso "ha dato allo stato moderno il tipo di giurista teorico e pratico di cui

²⁶ U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965 (d'ora in poi CPS).

²⁷ G. Tarello, *Positivismo giuridico*, in Id., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 87-91, p. 90.

²⁸ Cfr. CPS, p. 30.

²⁹ Ibid.

³⁰ Il punto, insomma, sottolinea Scarpelli, è il concetto da cui si muove, concetto che almeno parzialmente determina gli altri discorsi, l'assunzione teorica "ha poi effetti sulla pratica del diritto poiché le implicazioni e le conseguenze della definizione del concetto di diritto si riversano su tutti i settori del discorso", CPS, p. 31.

³¹ La posizione di Scarpelli si caratterizza per essere esplicitamente interna alla dottrina dello stato di diritto, di cui mette in luce le relazioni con il giuspositivismo come teoria. In tal senso egli assume come un valore morale e politico la fedeltà alla legge, sulla base del presupposto che sia possibile discriminare fra la sua applicazione fedele e infedele. E, infatti, afferma che il punto di vista del positivismo giuridico è interno, interno alla definizione di diritto positivo, su cui sarebbero accomunate la pratica e la scienza del diritto. Il giurista positivista, in breve, assumendo un certo concetto di diritto, formula dei discorsi interni a tale assunzione, così, anche quando si tratta di scienza del diritto, occorre ricordare, che è quella a fornire gli strumenti concettuali che la pratica

lo stato moderno aveva bisogno³²—, ossia la teoria dello stato di diritto ha bisogno di una confacente metodologia d'indagine. Sebbene ciò sia discutibile, almeno nella misura in cui sembra legare in modo inscindibile il metodo a un certo modello di ordinamento giuridico (cfr. 3.), e al di là delle critiche che Scarpelli muove alle pretese scientifiche di detto metodo, occorre sottolineare come la tesi dell'autore sia conforme a quella da me sostenuta nel libro, quando affermo che la genesi del positivismo giuridico è comunque connessa al sorgere dello stato moderno post-rivoluzionario e ricordo che “‘costituzionalismo’ e ‘giuspositivismo’ presentano [...] forti connessioni: per fare un solo esempio, è stato sostenuto che, almeno nell'area tedesca, il positivismo giuridico abbia surrogato il costituzionalismo liberale, lì molto debole”³³.

Seguendo Scarpelli, infatti, emergono molto chiaramente le ragioni storico-politiche che legano positivismo giuridico e costituzionalismo, e così operando, come ho sostenuto, si pone in luce come le due nozioni non siano affatto incompatibili fra loro bensì siano complementari. Il positivismo giuridico, in particolare quello teorico, ha contribuito a imporre quella “particolare tecnica di formazione e di espressione della volontà politica, la tecnica per cui la volontà si forma attraverso procedimenti regolati da norme giuridiche positive di struttura e si esprime in norme generali ed astratte”³⁴. Si tratta, insomma, della tecnica politica dello stato moderno, che richiede una scelta generale, come quella operata dal positivismo giuridico, per il diritto e il metodo positivo. La scelta del positivismo giuridico è dunque una scelta di secondo grado che mira a superare la necessità di decidere di volta in volta dinanzi ai casi particolari,³⁵ e così osservata la questione anche attraverso le tesi di Scarpelli trovano conferma i rapporti fra giuspositivismo, stato di diritto e costituzionalismo³⁶.

La ricostruzione scarpelliana permette di sottolineare quanto il positivismo giuridico abbia contribuito alla formazione dello stato moderno, di cui lo stato co-

impiega, “è la scienza del diritto che teorizza quella maniera di far delle norme [...] procedendo alla determinazione dei criteri per cui certe norme poste dalla volontà degli esseri umani vengono identificate come norme del diritto positivo e perciò sono elevate a guida dei comportamenti e criterio per giudicarne e sono attuate nella pratica”, CPS, p. 58

³² CPS, p. 95. Scarpelli giunge infine a sostenere che la locuzione ‘positivismo giuridico’ indica “una concezione e definizione del diritto come sistema di norme, norme di comportamento e norme di struttura, poste da esseri umani con atti di volontà, costituito (anche se non esclusivamente) di norme generali ed astratte, coerente o riducibile a coerenza, completo perché esclusivo, coercitivo; un trattamento del diritto, in accordo con tale concezione e definizione del diritto, consistente nel trarre dalle sue norme una guida per i comportamenti e criteri per giudicarne, con una margine di elasticità quanto ai criteri e modi dei procedimenti di determinazione del significato dei segni espressivi delle norme, cioè all'interpretazione; una pratica del diritto che realizza nell'applicazione quel trattamento ed una scienza del diritto volta anch'essa a quel trattamento e così preparatoria della pratica”, ivi, pp. 127-128.

³³ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 15; cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 368.

³⁴ CPS, p. 130.

³⁵ Cfr. CPS, p. 133.

³⁶ Personalmente condivido il raccordo operato fra stato di diritto e giuspositivismo; purtroppo, mi sento vicina alla critica tarelliana all'opera di Scarpelli: apprezzo l'impegno morale e politico dell'autore, ma non condivido il presupposto teorico circa l'interpretazione della legge.

stituzionale contemporaneo è uno sviluppo, e pone in luce anche come la scelta per il positivismo giuridico si fondi su ragioni politiche: è una scelta che mira a rimuovere i giudizi di valore per lasciar posto ai soli giudizi di validità. “E’ [infatti] la morale che separa il diritto dalla morale”³⁷; i giudizi di valore interni al sistema si distinguono dai giudizi di valore sul sistema. È per tali motivi che Scarpelli ritiene che il concetto di diritto proprio del positivismo giuridico svolga una funzione pragmatica e possieda “una portata orientativa corrispondent[e] alla scelta generale del positivismo giuridico”³⁸; l’avalutatività, ossia la sua neutralità, corrispondono all’oggetto di tale scelta, ossia al diritto positivo identificato tramite caratteristiche formali, indipendentemente dai contenuti³⁹. “Chi combatte o difende il positivismo giuridico combatte o difende la scelta politica di una figura di giurista, di tecniche giuridiche, di una scienza (dal punto di vista interno) e di una pratica del diritto, di strutture del diritto, che sono essenziali all’organizzazione politica dello stato moderno o ad un’organizzazione politica che dello stato moderno ripeta i caratteri fondamentali, combatte dunque o difende una tale specie di organizzazione politica”⁴⁰. Con alcune precisazioni e accogliendola nella sua portata normativa e costituzionalistica questa affermazione di Scarpelli è pienamente condivisibile. In particolare, lo è nella misura in cui presuppone il problema liberale, il problema di chi non si affida all’assoluto e non impone i propri valori, ma accetta il confronto e il dibattito. Infatti, con le parole di Scarpelli:

“Il problema liberale ha trovato nei tempi moderni una soluzione nello stato moderno, con i suoi sviluppi liberali e democratici. Stato di diritto, in cui è sovrana la legge; stato liberale e costituzionale, che ammette ed anzi eleva a suo principio e garantisce nella suprema legge costituzionale la libertà e il confronto delle scelte; stato democratico, che attraverso i procedimenti democratici da via via prevalenza, facendone contenuto di legge, alle scelte più largamente accettate nella società. Questo stato è laico, ossia non è definitivamente vincolato alle scelte di una chiesa o di un partito con i caratteri di una chiesa, ma con la sua struttura di garanzie liberali e procedimenti democratici custodisce una ricchezza di scelte diverse, ne rende possibile insieme la varietà e la convivenza nelle forme di una lotta per la persuasione, è aperto al cambiamento delle scelte”⁴¹.

Scarpelli ritiene che il valore di questo modello ideale trascenda l’incompletezza delle sue attuazioni e crede che “Il positivismo giuridico, con l’integrazione democratica e l’integrazione costituzionalistica, rappresent[i] nella cultura giuridica il corrispondente di questa soluzione liberale: il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà al diritto positivo, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, [sia] il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili”⁴². Il punto è che il valore derivante dalla scelta procedurale non può essere sottovalutato nell’ambito di una prospettiva garantista. Come segnala Anna Pintore con riferimento alle etiche procedurali, ritengo che le procedure che carat-

³⁷ CPS, p. 133.

³⁸ CPS, p. 134.

³⁹ Cfr. CPS, p. 134.

⁴⁰ CPS, p. 143.

⁴¹ CPS, p. 152.

⁴² CPS, p. 153.

terizzano lo stato di diritto, in primo luogo nell'attività legislativa, e che danno sostanza al principio di legalità, forniscono "una guida della condotta esclusivamente *indiretta*, giacché comprendono solo norme di seconda istanza, e vanno completate con la scelta delle norme di prima istanza, scelta da compiersi seguendo appunto le modalità indicate come procedure"⁴³. Orbene, lo stato di diritto, lo stato costituzionale e il processo democratico si basano su procedure, ossia possono essere rappresentati come un insieme di regole di procedura per la formazione delle decisioni collettive⁴⁴. In questo senso può (e credo debba) essere letto anche il principio di legalità, che non è un principio vuoto e neppure moralmente e politicamente neutro nella misura in cui è considerato costitutivo delle regole del gioco. Ma vi è di più, poiché l'antagonismo tra forma e sostanza è solo relativo⁴⁵, occorre tener presente che il costituzionalismo come dottrina garantista è in gran parte *forma o procedura*, e proprio per questa sua caratteristica genetica si caratterizza come dottrina *dei limiti giuridici al potere politico*. Uno degli squilibri più macroscopici dello stato costituzionale contemporaneo consiste nell'ampliamento del potere politico della giurisdizione a scapito della legislazione. Probabilmente questo fenomeno è irreversibile; tuttavia esso rappresenta un problema concreto per il costituzionalismo (a maggior ragione se si tratta di ordinamenti giuridici in cui è in corso un procedimento di costituzionalizzazione). Ed è da questo punto di vista che il giuspositivismo mostra la sua complementarietà con la prospettiva normativa del costituzionalismo, a cui offre, appunto, il sostegno delle regole formali. La scarsa attenzione che il neocostituzionalismo riserva a queste difficoltà giuridiche e politiche non trova una soluzione nella sua proposta di interpretazione morale. Infatti, sebbene i sostenitori dell'interpretazione morale non si rifacciano certo alla morale positiva ma rinviino a una non ben precisata morale critica, occorre notare che essa "fornisce più garanzie del diritto positivo solo a patto di nutrire una fede davvero costruttivistica ([...] nel senso di Friederich August von Hayek) nella ragione: chi, in condizioni normali, sceglierebbe di farsi giudicare – non dal proprio giudice naturale, bensì – da un comitato di filosofi morali?"⁴⁶.

L'opera di Scarpelli, insomma, non si presta affatto alle intenzioni neocostituzionaliste di liquidare il positivismo giuridico come un bagaglio obsoleto da lasciare in soffitta a futura memoria. Anzi, la ricostruzione scarpelliana sottolinea quanto il positivismo giuridico abbia contribuito alla formazione dello stato moderno (il giurista positivista "piega forme scientifiche di pensiero, di linguaggio e d'opera a fini e interessi politici: i fini e gli interessi politici dello stato moderno"⁴⁷), di cui lo stato costituzionale contemporaneo è uno sviluppo, e ne rivendica l'attualità.

Ciò che il discorso di Scarpelli non pone in giusta luce, a mio parere, è la relativa indipendenza dei fenomeni riconducibili al positivismo giuridico, ossia la relativa indipendenza fra il positivismo giuridico come metodologia e come teoria.

⁴³ A. Pintore, *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, in "Sociologia del diritto", 2, 1999, pp. 5-36, pp. 18-19; Id., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

⁴⁴ Cfr. *Democrazia senza diritti*, cit., p. 19 e N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991.

⁴⁵ Cfr. H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995.

⁴⁶ M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, cit., p. 160.

⁴⁷ CPS, p. 50.

Sebbene condivida la necessità di procedere a momenti di sintesi, mi sento vicina alla metodologia bobbiana di dissezione e disgiunzione dei positivismi, e le ragioni di tale vicinanza sono rintracciabili nelle belle parole che Norberto Bobbio⁴⁸ scrisse a Nicola Matteucci commentandone il saggio *Positivismo giuridico e costituzionalismo*⁴⁹. Bobbio riconosce che dalla prospettiva storica il significato più rilevante di ‘positivismo giuridico’ è quello teorico, tuttavia sottolinea come sia da tempo radicato anche ‘giuspositivismo’ come “considerazione del diritto come fatto”. Questo è importante per capire anche le ragioni della critica tarelliana cui si è fatto cenno. Infatti, Bobbio ricorda come la locuzione ‘positivismo giuridico’ sia atta a indicare anche il realismo giuridico e come questo consenta di individuare “un’alleanza” sul metodo fra cultura anglosassone e continentale⁵⁰. L’insistenza sulla distinzione fra metodo e teoria dei positivisti si fonda sulla necessità analitica dell’indagine nel campo della teoria del diritto che, ricorda ancora Bobbio, si occupa anch’essa di valori, di valori giuridici, ma con essi fa riferimento a un insieme di valori comuni a tutti gli ordinamenti giuridici “e non solo quelli cui va la [propria] simpatia politica”⁵¹. L’insistenza sul metodo si radica sulla convinzione che abbia contribuito allo sviluppo scientifico dello studio del diritto.

Riguardo alla “scientificità” del metodo e alla possibilità di procedere in modo avalutativo può essere utile chiamare in causa ancora Uberto Scarpelli, ricordando che la scienza del diritto giuspositivista è interna al sistema positivo. Con ciò voglio significare che l’avalutatività dell’identificazione del diritto rivendicata dal giuspositivismo non è una qualità assoluta, ma ha valenza entro uno schema concettuale definito. Il punto è che tale schema è tutt’oggi condiviso (dai giuristi, soprattutto dai pratici, e) dalle architetture costituzionali e se lo si vuole abbandonare senza danno occorre modificare in primo luogo queste ultime. Questa progettualità, e non l’elaborazione di mera deontologia della giurisdizione, richiederebbe a mio parere una posizione costituzionalistica coerente: il costituzionalismo moderno non è una mera ideologia, ma un meccanismo istituzionale.

3. Contro la tesi neocostituzionalista che afferma esservi incompatibilità fra costituzionalismo e positivismo giuridico, nel mio lavoro ho sostenuto la loro complementarietà. Tenendo presente quanto scritto al punto precedente, questo mi pare sufficientemente chiaro sul piano teorico-politico. Tuttavia, poiché la discussione intorno al positivismo giuridico è sempre fiorente, occorre considerare quella che Schiavello indica come la crisi del positivismo giuridico e riprendere quanto poco sopra è stato lasciato in sospeso con la critica di Perini. In particolare, tale crisi si radicherebbe nel passaggio da un positivismo semplice a uno più raffinato, da Austin ad Hart, che non risulterebbe affatto indolore e anzi determinerebbe il rischio di

⁴⁸ Cfr. C. Margiotta, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2, 2000, pp. 387-425

⁴⁹ N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1963, pp. 985-1100, ora ristampato in edizione limitata da Il Mulino, Bologna, 1995.

⁵⁰ *Lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, cit., pp. 416-425, p. 421

⁵¹ N. Bobbio, *ivi*, p. 422.

un “suicidio” del giuspositivismo. Il dibattito intorno a tale presunta crisi verte specificamente sulla versione hartiana del positivismo giuridico, di cui vengono posti in evidenza i nodi non risolti, soprattutto per quanto riguarda la nozione di ‘accettazione’ o di ‘punto di vista interno’ introdotta in *The Concept of Law*⁵².

Schiavello, benché concordi sulla indipendenza logica dei vari positivismi, nota come l'accostamento positivistico al diritto non possa fare a meno di una teoria del diritto, sebbene quest'ultima non debba necessariamente essere quella del giuspositivismo teorico. Ai fini della difesa del metodo ciò che appare necessario è la possibilità di distinguere fra diritto reale e diritto ideale, ma in discussione è proprio il c.d. dogma della neutralità della scienza giuridica, e dunque la possibilità di porre in essere tale distinzione. In particolare, alcuni ritengono che la varietà di “oggetti” identificati dalla scienza giuridica, non appena ci si allontani dalla mera enunciazione della tesi secondo cui è diritto soltanto quello posto o positivo, insinua dei dubbi sulla neutralità della scienza. A questo proposito occorre notare che le divergenze sono imputabili alla varietà di teorie, poiché si ancorano all'adozione di differenti criteri di identificazione del diritto positivo – ad esempio, ora il diritto posto dal legislatore, ora il diritto posto dai giudici – e non credo al metodo. Ossia, la varietà di oggetti identificati non inficia necessariamente la validità del metodo e nulla dice sulla sua potenzialità e sulla sua neutralità. Il metodo suggerisce o prescrive di individuare il diritto come fatto, ma poi quali fatti siano da prendere in considerazione è determinato dalla teoria. Si tratterebbe allora di porre in discussione quest'ultima che offre i criteri attraverso cui opera il metodo per individuare l'oggetto; si tratterebbe di valutare, ad esempio, se tali criteri sono adeguati o inadeguati allo scopo. Questo, però, implica una modificazione dell'oggetto del dibattito poiché non si tratterebbe di discutere la metodologia bensì la definizione del concetto di diritto. A questo punto si potrà sostenere che la necessità della teoria per il metodo incrina l'indipendenza logica dei fenomeni riconducibili al positivismo, ma come ha ammesso lo stesso Schiavello nulla dice che la teoria sia quella del giuspositivismo ottocentesco (il giuspositivismo come teoria nelle parole di Norberto Bobbio).

Se così stanno le cose, l'impiego del metodo darà risultati molto differenti a seconda della teoria che gli sarà abbinata. E invero questo permette di sottolineare l'indipendenza logica di cui si è detto. Il positivismo giuridico metodologico non credo sia una teoria del diritto mascherata da qualcos'altro e non credo che rientri fra i suoi fini definire il concetto di diritto. Sebbene sia certo un metodo che può essere usato anche per questo, non bisogna confonderlo con la teoria, e con il giuspositivismo teorico, che è ciò che definisce l'oggetto ‘diritto’.

Tuttavia, si potrebbe negare l'indipendenza logica delle diverse manifestazioni in cui può configurarsi il positivismo giuridico (metodo, teoria, ideologia) e seguendo Scarpelli si potrebbe sostenere che la metodologia non è indipendente dall'ideologia. Ma ciò a cosa porterebbe? Si potrebbe chiamare ideologica l'individuazione di un determinato ‘oggetto’ come diritto posto, poiché tale individuazione avviene sulla base dei criteri offerti dalla teoria del diritto che il giuri-

⁵² Cfr. M. Narvaez e S. Pozzolo, *Il concetto di accettazione non è una minaccia...per il positivismo hartiano*, relazione presentata al II convegno dei giovani ricercatori di filosofia del diritto, 16 maggio 2003, Università degli Studi di Milano.

sta condivide, questo, come ho detto, non inficia comunque il metodo. Si potrebbe ancora individuare un legame fra metodologia e ideologia nella misura in cui è una scelta ideologica quella di considerare giuridico solo il diritto posto e non un altro diritto, per un verso, anche in questo caso l'ideologia si lega alla teoria e, per altro verso, allora la scelta di qualunque metodo è in fondo ideologica: è ideologica anche la scelta teorica di distinguere fra 'essere' e 'dover essere'. A questo punto si tratterà di valutare la scelta in relazione agli scopi che si prefigge lo studioso e, a mio giudizio, nella misura in cui gli scopi siano connessi a esigenze cognitive, e anche nel caso siano connessi a una prospettiva costituzionalistica, la distinzione fra essere e dover essere rimane fondamentale. Cosa diversa è se il metodo sia o meno usato in modo corretto (sempre che verificarlo sia possibile). Si potrà affermare che considerare il diritto come fatto è inappropriato a certi fini, si potrà notare che molti studiosi ritengono di usare il metodo e poi in realtà non tengono davvero conto dei fatti e si muovono solo all'interno di concetti che, in quanto tali, mostrano elementi ideologici (nella misura in cui sono storicamente determinati). Ma ancora una volta questo non mi pare infici la validità del metodo.

Se poi risulta persuasiva la tesi che individua un rapporto fra positivismo giuridico e costituzionalismo (garantista, quello che si suole far "nascere" dalla rivoluzione francese e americana) da un punto di vista concettuale, almeno per quanto concerne la separazione fra essere e dover essere, e da un punto di vista storico, almeno per quanto attiene alla formazione dello stato, fino a quando il costituzionalismo non si metterà all'opera per individuare nuove forme costituzionali che, raccogliendo i frutti della critica alla teoria del diritto che l'ha fino ad oggi sostenuto, tengano conto della inadeguatezza di tutta una serie di paradigmi teorici non potrà liberarsi da una serie di principi e idee, che forse Perini e i neocostituzionalisti ritengono "preconcetti", che gli sono concettualmente necessari: uno di essi è la neutralità della scienza giuridica.

Che, come oggi va per la maggiore, si ritenga l'approccio ermeneutico (sull'onda forse della letteratura dworkiniana) migliore di altri per individuare il diritto è una mera questione di scelta della teoria del diritto che si preferisce. Per comprendere i valori che soggiacciono alla pratica giuridica non credo sia necessario adottare un punto di vista interno o accettare il contenuto normativo di tale pratica. Come scrive Schiavello, le teorie interpretative affermano che l'individuazione degli enunciati giuridici rappresenta il primo passo di un processo interpretativo e ricostruttivo il cui esito finale sarà l'identificazione del contenuto del diritto. Orbene, accogliendo questa prospettiva e mantenendo ferma la metodologia descrittiva, si può notare che l'oggetto sottoposto al processo interpretativo-ricostruttivo, poiché e nella misura in cui si tratta di una pratica sociale, potrebbe non essere affatto l'insieme degli enunciati giuridici e il loro senso ma, ad esempio, l'attività degli attori che *pongono* il diritto. Infatti, se si rimane sul piano della metodologia e non si passa su quello della teoria, il compito dello studioso del diritto non è offrire una teoria del diritto o una definizione di diritto o l'interpretazione del diritto per la soluzione di un caso concreto. Alla domanda "Qual è il diritto?" (qui e ora) lo studioso che opera con metodologia giuspositivista risponderà individuando gli enunciati giuridici posti dalle autorità giuridiche, perché individuate dalle regole del sistema, o rilevanti, perché affermatasi di fatto come tali (si pensi al ruolo della giurisprudenza nel diritto contemporaneo). Nella

misura in cui lo studioso risponda alla domanda offrendo l'elaborazione di una propria teoria del diritto e una propria definizione di diritto non opera con metodologia giuspositivista o non opera solo con essa (tipico caso è quello dello studioso che, in qualità di giudice, deve decidere un caso concreto). In tale situazione l'obiettivo dello studioso non è descrivere ma affermare una certa concezione del diritto e del suo contenuto che valuta migliore o giusta o appropriata o quant'altro. Si può pensare che sia inutile il primo operare, liberi di farlo, ma ancora una volta questo non inficia il metodo.

Se poi ciò che è in discussione è la possibilità stessa della conoscenza, il grado ottenibile e la metodologia ho anch'io una serie di perplessità. Come scrive Villa⁵³, dar conto del diritto positivo è attività diversa e da mantenere separata da quella che si concreta in una presa di posizione nei confronti del diritto stesso. Questo, tuttavia, diversamente da come ritiene Schiavello, credo che richieda un atteggiamento avalutativo proprio al fine di "ricostruire" il diritto a partire dalla moralità positiva in esso presente. Compiere valutazioni, ossia attribuire un valore, e rilevare valutazioni credo sia cosa diversa. A proposito di valutazioni e valori, von Wright ha recentemente sostenuto che le valutazioni si riferiscono a qualcosa che si fa e che si può descrivere. Il termine valore per contro sembra fare riferimento a una entità reale che è difficile o forse impossibile cogliere chiaramente⁵⁴. Von Wright, che muove da una teoria di tipo emotivista e in questo se si vuole si può cogliere una presa di posizione ideologica, avverte che poiché la gran parte dei termini di valore può essere sostantivizzata in tale misura essi sembrano rinviare a "oggetti"⁵⁵. Di molte "cose" si parla come se fossero dei valori, ad esempio della democrazia, ma queste "cose" non sono esse stesse dei valori, bensì sono gli oggetti valutati: "Democracy, for example, may be held in esteem, valued as a good thing; but this does not mean that it is itself a value"⁵⁶.

Seguendo Von Wright mi pare importante separare i valori e le cose valutate, tenendo presente che il discorso è quanto mai complesso giacché anche i valori possono essere valutati. In questa prospettiva si ritiene che le valutazioni siano storicamente e contingentemente determinate. Per tali ragioni von Wright afferma che le valutazioni sono "inescapably subjective and relative. This should be a memento for all of those who are in search of or think they can name"⁵⁷. Ciò non significa che una valutazione non possa dirsi valida, ad esempio perché è stabile per un lungo periodo di tempo ed è largamente condivisa da una certa cultura, ma questo nulla dice sulla sua verità. Semplicemente una valutazione è l'esplicitazione di un certo atteggiamento tenuto da un certo soggetto verso un determinato oggetto (o

⁵³ V. Villa, *Inclusive legal positivism e neo-giusnaturalismo: lineamenti di un'analisi comparativa*, in "Persona y Derecho. Revista de fundamentacion de las Instituciones Juridicas y de Derechos Humanos", 43, 2000, pp. 33-97, p. 44.

⁵⁴ Cfr. G.H. von Wright, *Valuations – or How to Say the Unsayable*, in "Ratio Juris", 13, 2000, pp. 347-357, p. 347. "The former term refers to something we do, and which I think can be given a relatively univocal description. The term "values" again seems to refer to a realm of entities of which it is difficult or maybe even impossible to get a clear grasp. Perhaps there is no such realm, properly speaking, at all!".

⁵⁵ "inhabiting a 'realm of values'", cfr. G. H. von Wright, *ivi*, p. 348

⁵⁶ G.H. von Wright, *ivi*, p. 348.

⁵⁷ G.H. von Wright, *ivi*, p. 349.

un altro soggetto). Le valutazioni, in sostanza, non sono vere o false, sebbene possano essere fra loro comparate. Può essere vero o falso invece l'enunciato espresso dal soggetto che valuta rispetto alla sua effettiva valutazione, ma questo non stabilisce un valore di verità della valutazione. Seguendo questa prospettiva si possono individuare almeno due modi di esprimere un giudizio di valore: "Mi piace X" oppure "X è bello". Nel primo caso l'enunciato mostra chiaramente che il giudizio consiste nell'atteggiamento positivo del soggetto verso X, nel secondo caso l'atteggiamento del parlante rimane celato e l'enunciato sembra indicare una qualità oggettiva di X. Il punto è che anche in questo secondo caso si tratta di una valutazione soggettiva sebbene mascherata. Il positivismo metodologico aspira, mira a, pretende di offrire enunciati che non nascondano le valutazioni e, nella misura in cui l'interpretazione di un enunciato possa dirsi tale, descrivano le valutazioni altrui.

4. In *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, si potrebbe dire con Scarpelli, ho assunto il punto di vista interno di una dottrina costituzionalistica e garantistica e, di conseguenza, il punto di vista interno di una teoria che a tale prospettiva si confacesse. La mia critica al neocostituzionalismo, infatti, ha cercato di non essere solo esterna ma anche interna. Da questa prospettiva interna ho ritenuto di individuare una serie di difficoltà per la dottrina che analizzavo e dalla prospettiva esterna ho ritenuto di dover negare le sue tesi centrali e di dover riaffermare una serie di postulati giuspositivistici. Questo non implica che non possa concordare con certa critica che viene rivolta al positivismo giuridico, anzi. Tuttavia, rivendico la necessità della metodologia a fini cognitivi. Se una mancanza può essere rilevata nei confronti del dibattito giuspositivistico in corso credo sia quella di non essere fedele e conseguente alla prescrizione di considerare il diritto come fatto e di muoversi pressoché esclusivamente all'interno di un gioco di concetti, che in quanto storicamente determinati, rischiano di essere assunti come dogmi. Resta il fatto che una serie di postulati, come l'idea che il diritto sia solo diritto positivo, per quanto ideologici, rispecchiano la pratica quotidiana del diritto stesso e il prezzo del loro abbandono può essere ancora troppo alto, soprattutto politicamente.

Ancora adottando un punto di vista interno al costituzionalismo, al neocostituzionalismo si può forse riconoscere il merito di aver contribuito a porre in maggior luce una serie di fatti cui gli studiosi non hanno ancora rivolto la dovuta attenzione. Mi riferisco in particolare al ruolo che gioca la giurisdizione nei sistemi giuridici contemporanei, determinato, in parte, dal mutamento di certi caratteri del diritto positivo e del ruolo di certi attori istituzionali e, in parte, da ragioni oggettive dettate dalla sua stessa funzione che, colte a livello teorico settoriale, non risultano ancora ricomposte a livello teorico generale. Sto pensando, ad esempio, al ruolo di necessario co-autore della giurisdizione nella produzione del diritto positivo; ruolo colto nell'analisi del ragionamento giuridico e nella teoria dell'interpretazione, ma di cui tutte le implicazioni non sono ancora state sviluppate⁵⁸. Tuttavia, credo anche che suddetti fatti e implicazioni abbiano una rilevan-

⁵⁸ Cfr. S. Pozzolo, *Congetture sulla giurisprudenza come fonte*, cit.

za per lo studioso in relazione all'obiettivo che si pone e in definitiva gl'importino nella misura in cui ne sia toccato il concetto di diritto che predilige.

Si può, infine, sostenere che l'ontologia soggiacente al positivismo giuridico sia oramai obsoleta e sia necessario addirittura mutare paradigma scientifico. In questo caso, tuttavia, occorre adottare una prospettiva coerente e rimettere in discussione il sistema giuridico dalle fondamenta, discutere insomma le stesse fonti del diritto.