

ALDO SCHIAVELLO

*L'eterno ritorno della contrapposizione  
tra giuspositivismo e giusnaturalismo.  
Una replica a Salvatore Amato\**

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *“Di cosa dobbiamo parlare?”: delimitazione dell’ambito dell’indagine* – 3. *Positivismo giuridico, diritto e coazione* – 4. *Lex iniusta non est lex* – 5. *Positivismo giuridico ed obbligo giuridico* – 6. *Positivismo giuridico e nichilismo*

1. *Premessa*

Ogni volta che mi capita di occuparmi della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo non riesco a non pensare alla storia di Shoichi Yokoi, il soldato giapponese che, all’oscuro della fine della guerra, visse nel suo rifugio sotterraneo nell’isola di Guam sino ai primi anni ‘70 del secolo scorso. Ricordo che, da piccolo, ciò che più mi colpì di questa storia non fu tanto la vicenda in sé, quanto il fatto che il povero soldato fu accolto in patria come un vero e proprio eroe per avere rispettato – alla lettera, è il caso dire – il principio che impone di non arrendersi mai. Non riuscivo a capire – e continuo tuttora a non capire – cosa vi fosse di eroico nel continuare a combattere una battaglia conclusa.

Il sospetto che anche la contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo sia una contrapposizione superata non è peregrino; ed essere io, in questo caso, il giapponese nella foresta, non è una prospettiva allettante. La difesa che Salvatore Amato fa del diritto naturale mi conforta almeno sul fatto di non essere rimasto da solo nella foresta. Peraltro, nel saggio di Amato vengono sollevate alcune questioni la cui centralità nel dibattito giusfilosofico contemporaneo suggerisce che la contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo, sia pure in forme diverse dal passato, offra ancora una adeguata chiave di lettura della prassi giuridica contemporanea.

\* Questo saggio è una versione leggermente rivista della mia replica alla relazione tenuta da Salvatore Amato al Convegno “Il diritto naturale tra cultura classica e filosofia moderna” (Palermo, 29-30 Novembre 2007) e a sua volta pubblicata in questo numero di “diritto & questioni pubbliche”. Si è scelto di mantenere la struttura della relazione originaria, evitando in particolare di appesantire l’apparato di note a piè di pagina.

Se è vero, come sostiene Neil MacCormick, che «le forme migliori di giuspositivismo conducono, per molti importanti aspetti, a conclusioni simili a quelle delle versioni più plausibili di giusnaturalismo»<sup>1</sup>, è altrettanto vero che vi sono anche aspetti in relazione ai quali la divergenza tra le due tradizioni di ricerca giusfilosofiche rimane abbastanza accentuata e merita di essere evidenziata.

Come osserva Mauro Barberis in relazione al sincretismo che caratterizza la discussione filosofico-generale, oltre che filosofico-giuridica, degli ultimi anni, «...se per avventura il ravvicinamento favorisse le omologazioni e i trasformismi correnti, allora meglio, molto meglio, conservare puntigliosamente tutte le differenze e concorrere da posizioni diverse sul libero mercato delle idee»<sup>2</sup>.

In questo saggio mi limito ad affrontare brevemente quelli che, a mio avviso, rappresentano i punti salienti della difesa che Amato fa del giusnaturalismo e, conseguentemente, della sua critica al positivismo giuridico.

Il primo punto può essere sintetizzato attraverso la domanda che apre il saggio di Amato: “di cosa dobbiamo parlare?”. È importante comprendere quali siano effettivamente le tesi che caratterizzano giuspositivismo e giusnaturalismo prima di intraprendere una difesa dell’una o dell’altra tradizione di ricerca giusfilosofica.

Il secondo punto verte sul modo in cui il positivismo giuridico intende la connessione tra diritto e coazione.

Il terzo è collegato alla tesi giusnaturalista – spesso, bisogna riconoscere, banalizzata dal positivismo giuridico – secondo cui *lex iniusta non est lex*.

Il quarto punto prende in considerazione il modo in cui Amato ricostruisce la concezione giuspositivista dell’obbligo giuridico.

Il quinto ed ultimo punto analizza la relazione che, secondo Amato, lega la tradizione del positivismo giuridico al nichilismo.

## 2. “Di cosa dobbiamo parlare?": delimitazione dell’ambito dell’indagine

Uno dei meriti che va ascritto ai giuspositivisti del secolo scorso è di avere preso sul serio la domanda sollevata da Amato e ripresa nel titolo di questo paragrafo e, quindi, di avere contribuito significativamente alla chiarificazione concettuale della contrapposizione tra positivismo giuridico e giusnaturalismo.

<sup>1</sup> N. MACCORMICK, *Diritto, morale e positivismo giuridico*, ora in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (1986), trad. it. e cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1990, pp. 157-179, la citazione è a p. 178.

<sup>2</sup> M. BARBERIS, *Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 149-161, la citazione è a p. 155.

In particolare, gli anni che vanno dalla fine degli anni '50 agli inizi dei '70 sono caratterizzati da una indiscussa egemonia culturale della prospettiva giuspositivista, da una indubbia vivacità del dibattito interno al fronte giuspositivista e dall'acribia dei suoi principali esponenti nel delineare con chiarezza le tesi di fondo del positivismo giuridico<sup>3</sup>.

Nonostante le profonde differenze sul piano giusfilosofico e teorico, gli esponenti principali del positivismo giuridico sono accomunati dalla condivisioni di tre assunti meta-teorici<sup>4</sup>.

In primo luogo, essi ritengono che sia possibile, ed opportuno, distinguere in modo netto tra il diritto quale di fatto è e il diritto quale dovrebbe essere. Tale distinzione è espressa con chiarezza da John Austin quando scrive: «L'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine, se esso si conformi o meno a uno standard assunto, costituisce un altro tipo d'indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione»<sup>5</sup>.

In secondo luogo, e a partire da questa distinzione, essi circoscrivono l'oggetto della scienza giuridica al diritto quale di fatto è, al diritto positivo. Per dirla con Hans Kelsen, «...il positivismo si limita ad una teoria del diritto positivo ed alla sua interpretazione. Esso desidera di conseguenza mantenere la differenza, anzi il contrasto fra "giustizia" e "diritto", antitesi che si manifesta nella rigida separazione della filosofia del diritto dalla scienza del diritto»<sup>6</sup>.

In terzo luogo, essi sostengono la tesi metodologica secondo cui la conoscenza del diritto positivo è una questione di fatto (tesi della neutralità). In altri termini, non è necessario (e, soprattutto, non è opportuno)

<sup>3</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano: H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 48-79; A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1961), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *ult. cit.*, pp. 80-95; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (ed. or. 1961), Giappichelli, Torino 1996; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1972; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965.

<sup>4</sup> Un discorso a parte meriterebbe Uberto ScarPELLI, che in quegli anni difende una versione eterodossa del positivismo giuridico.

<sup>5</sup> J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832; trad. it. dalla edizione del 1954 a cura di H.L.A. Hart); trad. it. di G. Gjylapian, cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna 1995, p. 228.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1963, pp. 397-454, la citazione è alle pp. 397-398.

fare riferimento alla giustizia o ad altri valori morali per definire o individuare il diritto<sup>7</sup>.

Il giusnaturalismo accoglie quattro “assunti fondamentali e non separabili”: 1) l’esistenza di un diritto meta-positivo, 2) che è intrinsecamente valido, a prescindere cioè dall’eventuale riconoscimento da parte del legislatore, 3) ed assiologicamente superiore rispetto al diritto positivo e, quindi, 4) che è dotato di una forza obbligatoria superiore rispetto al diritto positivo<sup>8</sup>. Da questa “duplicazione” del diritto (naturale e positivo) segue la tesi metodologica – che si configura come una chiara negazione della tesi della neutralità – secondo la quale la descrizione del diritto positivo è un’attività che non può essere nettamente distinta da una “presa di posizione” nei confronti del diritto positivo stesso, che tenga conto di valori etici fondamentali.

Sino agli anni ’70 del secolo scorso, dunque, la contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo è radicale ed assume spesso toni aspri, come testimonia in modo eclatante l’osservazione di Alf Ross che «come una squaldrina, la legge naturale è a disposizione di tutti. Non esiste ideologia che non si possa difendere con un appello alla legge naturale»<sup>9</sup>.

A partire dagli anni ’70 le cose sono cambiate per molte ragioni.

Innanzitutto, comincia, per una pluralità di cause, una crisi del positivismo giuridico che dura sino ai giorni nostri.

Tra le cause della crisi del positivismo giuridico bisogna elencarne almeno tre.

La prima è il passaggio dallo Stato di diritto allo stato costituzionale di diritto. L’esplicita incorporazione di valori morali nel diritto dopo la seconda guerra mondiale ha prodotto dei cambiamenti significativi nel modo di intendere il diritto stesso e ha concorso a provocare un ripensamento all’interno del positivismo giuridico. In particolare, tale incorporazione ha contribuito in modo decisivo all’apertura di un dibattito tra i giuspositivisti sul dogma della separabilità tra diritto e morale e su quello della pretesa neutralità della scienza giuridica.

La seconda causa è l’accusa, sollevata all’indomani della Seconda guerra mondiale da alcuni giuristi e filosofi del diritto, soprattutto tedeschi, secondo la quale il positivismo giuridico era corresponsabile dell’avvento del nazi-fascismo. Scambiando la parte per il tutto, vale a dire quello che Norberto Bobbio denomina “positivismo giuridico ideologico”, ben rappresentato dallo slogan *Gesetz ist Gesetz* (“la legge è legge”), per il positivismo giuridico *tout-court*, si è sostenuto

<sup>7</sup> Cfr. K. FÜBER, *Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unravelling*, in R.P. GEORGE (ed. by), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 119-162, in particolare pp. 121-122.

<sup>8</sup> Cfr. F. D’AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, p. 61.

<sup>9</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. e introduzione di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 1965, p. 246.

che una concezione del diritto positivista presupponga necessariamente un rispetto cieco ed acritico per l'autorità in carica, qualsiasi essa sia. Per la verità, questa accusa mossa al giuspositivismo dopo la Seconda guerra mondiale ha in parte favorito, del tutto inopinatamente, l'ultima "rinascita" del positivismo giuridico negli anni Sessanta del Novecento. È stato anche per difendere il giuspositivismo dall'accusa di immoralità, infatti, che gli esponenti preminenti di questa tradizione di ricerca giusfilosofica hanno compiuto uno sforzo considerevole per chiarire quale fosse lo statuto del positivismo giuridico.

La terza ed ultima causa che qui si menzionerà della crisi del positivismo giuridico è il fiorire, a partire dalla seconda metà del Novecento, di teorie del diritto giusnaturaliste e/o anti-giuspositiviste dal forte impatto sul dibattito giusfilosofico (si pensi, per limitarsi al caso più emblematico, alla prospettiva espressa da Ronald Dworkin). Queste teorie, da un lato, condividono la concezione "monistica" del diritto, tipica del positivismo giuridico, secondo cui tutto il diritto è diritto positivo e, di conseguenza, anche l'opzione metodologica per una descrizione o, meglio, ricostruzione del fenomeno giuridico incline all'analisi delle istituzioni e delle prassi effettivamente vigenti in un certo territorio in un determinato momento storico, piuttosto che a speculazioni in astratto sulla categoria del giuridico. Dall'altro, però esse criticano, a partire da una più o meno esplicita meta-etica oggettivista e cognitivista, la tesi giuspositivista della separabilità tra diritto e morale.

Oltre alla crisi del positivismo giuridico (e forse anche a causa di essa), a partire dagli anni '70 del secolo scorso si assiste ad un reciproco avvicinamento tra il fronte giuspositivista e quello giusnaturalista. Anche MacCormick, come abbiamo messo in evidenza nella premessa, rileva una tendenza alla convergenza tra le migliori versioni del positivismo giuridico e le migliori versioni del giusnaturalismo.

I giuspositivisti sono inclini a rivedere, riducendone la rigidità, alcune tesi assunte sino ad allora come dogmi intangibili. Bobbio, ad esempio, propone di sotterrare l'ascia di guerra tra le due tradizioni giusfilosofiche in quanto «...il divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere, espresso tradizionalmente sotto forma di contrasto tra legge positiva e legge naturale, si è venuto sempre più trasformando nel divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere all'interno di un medesimo ordinamento giuridico»<sup>10</sup>.

I giusnaturalisti contemporanei, dal canto loro, rinunciano di buon grado alla "duplicazione" del diritto. John Finnis, forse l'autore che più di tutti ha contribuito alla rinascita del giusnaturalismo negli ultimi decenni, concede che «...la legge degli uomini (*human law*) [è] un artefatto ed un artificio...», anche se poi aggiunge che « sia l'atto di porla sia il riconoscimento della sua positività

<sup>10</sup> N. BOBBIO, *Prefazione* a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. vii-xiv, la citazione è a pp. xi-xii.

(da parte dei giudici, di chi per professione ha a che fare col diritto, dei cittadini, e, pertanto, dagli studiosi che si pongono da una prospettiva descrittiva o prescrittiva) non possono essere compresi a prescindere dal riferimento ai principi morali che fondano e suffragano la sua autorità ovvero che sfidano la sua pretesa autoritativa»<sup>11</sup>. Luigi Mengoni riconosce che il diritto naturale è «un ordine morale definito dai valori della persona umana, al quale si aggiunge la qualifica di “diritto” per indicare non tanto la pretesa di essere diritto (preesistente al diritto positivo), quanto di diventare diritto...»<sup>12</sup>.

In breve, la riduzione delle distanze tra giusnaturalismo e giuspositivismo è dovuta, da un lato alla disponibilità del positivismo giuridico ad indebolire la tesi della separazione tra diritto e morale; non è un caso molti autori giuspositivisti preferiscano la dizione “tesi della separabilità” (*separability thesis*) a “tesi della separazione” (*separation thesis*). Dall’altro lato tale avvicinamento si deve alla rinuncia, da parte dei giusnaturalisti, alla duplicazione dell’oggetto-diritto ed alla conseguente rinuncia alla “asimmetria” con il positivismo giuridico.

Che senso ha dunque oggi fare professione di fede nei confronti del giuspositivismo o, alternativamente, del giusnaturalismo?

La mia risposta è che il punto di dirsi giuspositivisti sia da ricercare ancora a livello metodologico e precisamente nella tesi, condivisa da tutti i giuspositivisti contemporanei, che valga almeno la pena di porre in essere lo sforzo di mantenere separata l’attività che consiste nell’individuazione del diritto da quella che consiste nella giustificazione dello stesso. Benché l’epistemologia contemporanea abbia mostrato l’ingenuità del giuspositivismo metodologico tradizionale e l’impossibilità di una conoscenza *value-free*<sup>13</sup>, questo non significa che non sia opportuno distinguere, parafrasando Jeremy Bentham, tra una giurisprudenza espositoria ed una giurisprudenza censoria.

### 3. *Positivismo giuridico, diritto e coazione*

Amato individua un limite del positivismo giuridico nel fatto che tale tradizione giusfilosofica considera la coercizione un elemento essenziale del diritto.

A questa impostazione, Amato contrappone la riflessione di Tommaso d’Aquino sui figli di un “Adamo innocente” e quella di Joseph Raz sulla

<sup>11</sup> J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, in R.P. GEORGE (ed. by), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 195-214, la citazione è a p. 205.

<sup>12</sup> L. MENGONI, *L’argomentazione nel diritto costituzionale*, ora in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 116, citato da S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, Giappichelli, Torino 2002, p. 170.

<sup>13</sup> Cfr. V. VILLA, “Inclusive legal positivism” e neo-giusnaturalismo: lineamenti di un’analisi comparativa, “Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos”, 43, 2000, pp. 33-97.

“società di angeli”. In questa sede le osservazioni di Raz sono particolarmente rilevanti, dato che questo autore è l’espressione del più intransigente positivismo giuridico contemporaneo. Se lo stesso Raz nega che vi sia un nesso concettuale tra diritto e coazione – questo sembra essere l’argomento di Amato – che cosa resta dell’idea giuspositivista di diritto? Anticipando le conclusioni, quel che cercherò di mostrare è che la tesi di Raz non è poi così sconvolgente per il positivismo giuridico e, soprattutto, e più in generale, che la tesi di (certo) giuspositivismo secondo cui vi sarebbe un nesso concettuale tra diritto e coazione viene spesso equivocata.

Raz in breve sostiene che «...è possibile immaginare altri esseri razionali che possono essere soggetti al diritto, i quali abbiano, ed i quali sappiano di avere, ragioni più che sufficienti per obbedire al diritto a prescindere dalla sanzione. Forse anche gli esseri umani potrebbero essere trasformati in creature siffatte». Secondo Raz, questo mostra che la sanzione non è parte integrante del nostro concetto di diritto. Tuttavia, egli riconosce che, finché gli esseri umani non modificheranno in profondità la loro natura, l’ipotesi di un sistema giuridico senza sanzioni è «logicamente possibile, ma umanamente impossibile»<sup>14</sup>. La rilevanza della tesi raziana non sta tanto nell’ipotesi di scuola del sistema giuridico senza sanzioni in una società di angeli, ma nel sottolineare che vi sono ragioni per obbedire al diritto che sono più importanti, e logicamente prioritarie, rispetto alla paura della sanzione. Per dirla nel lessico raziano, le sanzioni giuridiche non sono ragioni escludenti, ma ragioni primarie ausiliarie.

Questa tesi è del tutto in linea con le critiche mosse già da Hart all’imperativismo. Tale versione del positivismo giuridico ottocentesco spiega la normatività del diritto attraverso quello che Hart chiama il “modello del bandito”: ciò che rende obbligatorio il comportamento prescritto dalle norme giuridiche è, in ultima istanza, l’esistenza di sanzioni che si applicano nel caso di trasgressioni. Le sanzioni, che sono un elemento delle prescrizioni giuridiche, rappresentano una motivazione ed una giustificazione del fatto che i destinatari delle prescrizioni adempiano a quanto richiesto, così come la pistola puntata alla tempia motiva e giustifica il cassiere della banca a consegnare i soldi al rapinatore. Secondo Hart questa concezione dell’obbligo giuridico «...appare [...] una distorsione e una fonte di confusione perfino nel caso di una legge penale, in rapporto alla quale un’analisi in questi semplici termini sembra più plausibile»<sup>15</sup>. Il bandito, infatti, attraverso le minacce, induce un determinato comportamento ma non rende quel comportamento obbligatorio in senso proprio. È corretto dire che un cassiere di banca che

<sup>14</sup> J. RAZ, *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, cit., pp. 149-177, le citazioni sono rispettivamente a p. 159 e a p. 158.

<sup>15</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1991, p. 10.

subisce una rapina “è stato costretto” o anche “obbligato” a consegnare il denaro, ma non che “aveva l’obbligo” di consegnare il denaro. Il diritto, al contrario, sembra essere in grado di produrre obblighi genuini. Ciò è comprovato anche dal fatto che, in relazione alle prescrizioni previste dalle norme giuridiche, espressioni come “si ha l’obbligo di...” o “si deve...” sono, da un punto di vista semantico, perfettamente adeguate; questo significa che la normatività del diritto non può fondarsi su ragioni prudenziali ma deve essere ricondotta a ragioni morali o, alternativamente, a ragioni giuridiche. Bisogna evitare insomma di confondere la parte (l’imperativismo) con il tutto (il positivismo giuridico).

Amato poi rileva opportunamente che l’esempio raziano di una società di angeli intende confutare il normativismo kelseniano, che è costruito intorno alla nozione di sanzione. Anche a questo proposito è forse il caso di fare qualche precisazione. La centralità che Kelsen riconosce alla sanzione non concerne tanto il “punto di vista interno” dei partecipanti o le ragioni di questi ultimi per conformare il proprio comportamento a quanto prescritto dal diritto, quanto l’aspetto “strutturale” del diritto e la possibilità di riconoscere il diritto, le norme giuridiche, da una prospettiva esterna. Come osserva Bruno Celano, per Kelsen «il diritto positivo non può essere pensato, rappresentato, se non come un ordinamento coercitivo, poiché per chi guardi al diritto positivo non v’è altra indicazione dell’obbligatorietà di un certo comportamento se non la previsione di una misura di coercizione nel caso si verifichi il comportamento contrario»<sup>16</sup>.

Questa tesi di Kelsen è, in effetti, discutibile e l’argomento di Raz è un buon argomento a sostegno dell’idea che un diritto senza sanzione è logicamente possibile. Peraltro, il modello kelseniano di diritto era già stato ampiamente criticato dallo stesso Hart. Ciò che qui però mi preme evidenziare è che spesso il normativismo kelseniano è stato appiattito sull’imperativismo – lo stesso Bobbio definisce Kelsen un “imperativista critico” – e questo implica una interpretazione del nesso concettuale tra diritto e coazione affatto differente. In conclusione, probabilmente Kelsen ha torto a sostenere che l’elemento essenziale del diritto per chi l’osserva dall’esterno sia la sanzione (per quanto, visto che gli esseri umani non sono angeli...); tuttavia è errato attribuire a Kelsen la tesi che le uniche o le principali ragioni che il diritto è in grado di fornire ai partecipanti siano ragioni prudenziali.

Amato sembra suggerire che vi sono teorie del diritto giusnaturaliste, come quelle di Fuller e di Finnis, che, anche alla luce delle osservazioni di Raz, appaiono più promettenti rispetto al modello kelseniano. Qui non è possibile discutere approfonditamente questa tesi; tuttavia, è indicativo ripercorrere i termini del dibattito tra Fuller ed Hart alla fine degli anni

<sup>16</sup> B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 117.

'50 del secolo scorso sull'esistenza di un nesso concettuale tra diritto e morale a partire dalle tesi di Fuller sulla moralità intrinseca del diritto.

In alternativa rispetto al positivismo giuridico, Fuller propone una sorta di "diritto naturale procedurale". Egli contrappone alla tesi giuspositivista secondo cui non vi sarebbe una connessione concettuale tra diritto e morale, l'idea che il diritto è una pratica sociale che ha una sua morale interna. Tale morale si sostanzia di otto esigenze, tutte riconducibili all'individuazione dello scopo del diritto nell'assoggettamento della condotta umana al governo di norme. Affinché il diritto possa perseguire il suo scopo, esso deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che la legge dichiara ed il modo in cui essa viene, di fatto, amministrata.

La morale interna si distingue dalla morale esterna in quanto essa non individua contenuti giuridici determinati, ma indica soltanto le forme o le procedure che il diritto deve rispettare per raggiungere il suo fine. Per dirla con Fuller: «sebbene queste leggi naturali riguardino una delle attività umane più essenziali, esse ovviamente non coprono l'intera vita morale dell'uomo. Non hanno nulla da dire su argomenti come la poligamia, lo studio di Marx, l'adorazione di Dio, l'imposta progressiva sul reddito, o la sottomissione delle donne. Se sorgesse la questione se uno di questi argomenti, o altri simili, debbano esser resi oggetto di legislazione, tale questione si riferirebbe a quella che ho chiamato la morale esterna del diritto»<sup>17</sup>. Da qui il carattere eminentemente procedurale del giusnaturalismo di Fuller.

Hart osserva che se l'alternativa proposta da Fuller al positivismo giuridico si risolve nella esplicitazione delle necessarie caratteristiche formali che una regola (non necessariamente una regola giuridica) deve possedere, allora si tratta di una alternativa fittizia: «se questo è il significato della connessione necessaria fra diritto e morale, possiamo accettarlo. Esso è purtroppo compatibile con una grande iniquità»<sup>18</sup>.

Io personalmente condivido le conclusioni di Hart; tuttavia non è questo il punto principale. Spesso chi critica il positivismo giuridico rimarcando l'esistenza di un nesso concettuale tra diritto e morale presuppone una lettura errata ed ingenua della tesi della separazione o della separabilità (è il caso di Fuller). In un certo senso, il positivismo non nega che tra diritto e morale vi sia una connessione ineliminabile. Sono emblematiche a questo proposito le riflessioni di Hart sul contenuto minimo del diritto naturale; ciò che il

<sup>17</sup> L.L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964; 1969<sup>2</sup>), ed. italiana a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano 1986, p. 130.

<sup>18</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 241.

positivismo giuridico nega, in effetti, è che il diritto, per essere riconosciuto come tale, debba incorporare una morale determinata. Questo è un aspetto centrale sul quale torneremo ancora in seguito.

#### 4. Lex iniusta non est lex

Il positivismo giuridico ha spesso banalizzato il significato della affermazione che fa da titolo a questo paragrafo e la cui versione più nota è probabilmente il “*lex esse non videtur quae iusta non fuerit*” nel *De libero arbitrio* di Agostino. John Finnis mostra in modo convincente che questa tesi – almeno nell’accezione in cui la difendevano tutti gli autori classici che ne hanno proposto una qualche versione – non significa che l’esistenza di una norma giuridica è condizionata al suo essere giusta ma soltanto che: «una legge ingiusta non è “legge” nel senso principale del termine [cioè, *simpliciter*], nonostante lo sia in un senso secondario [cioè, *secundum quid*]»<sup>19</sup>. Tommaso d’Aquino riconosceva addirittura che potesse esservi un obbligo di ubbidire alle leggi ingiuste qualora ciò servisse a sostenere la solidità di un sistema giuridico nel suo complesso.

Anche il noto argomento della “pretesa di correttezza” messo a punto da Robert Alexy può essere considerato come una lettura non banale della tesi che la legge ingiusta non è legge. L’argomento in questione si dipana nel modo seguente. Si immagini che un’assemblea costituente proponga come primo articolo di una nuova Costituzione la disposizione “X è una Repubblica sovrana, federale e ingiusta”. È evidente che in questo articolo c’è qualcosa che non funziona. Quel che rimane da stabilire è la natura dell’anomalia che affligge questa disposizione. Si potrebbe provare a ricondurre il vizio evidenziato ad una banale questione di opportunità politica: come non è consigliabile, nel corso di una campagna elettorale, che i candidati si soffermino sui tagli alla spesa pubblica che proporranno una volta eletti, così è bene che un legislatore non espliciti, nel testo della legge che si accinge a promulgare, che si tratta di una legge ingiusta. In realtà, le due situazioni non sembrano sovrapponibili. La clausola dell’ingiustizia ci appare infatti assurda, mentre la dichiarazione, fatta da un candidato in campagna elettorale, può risultare inopportuna o politicamente rischiosa ma non assurda. Un’altra possibilità è che l’articolo in questione sia criticabile da un punto di vista morale: non è bene, da un punto di vista morale, che uno Stato sia esplicitamente fondato sull’ingiustizia. Anche questa possibilità tuttavia non convince del tutto: ad essere passibili di una riprovazione morale sono le norme che perpetrano specifiche ingiustizie piuttosto che una mera *petitio principii* che pubblicizzi l’ingiustizia dello Stato. Una ulteriore ipotesi è

<sup>19</sup> J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), trad. it. di F. Di Blasi (a cura di F. Viola), Giappichelli, Torino 1996, p. 398. Più in generale, si vedano pp. 397-401.

che l'articolo in questione sia afflitto da un vizio convenzionale. Le convenzioni, tuttavia, anche le più radicate, per loro natura possono essere sostituite da altre. L'impossibilità di qualificare uno Stato come ingiusto in un articolo della sua stessa Costituzione appare invece come un presupposto costitutivo della prassi della legislazione costituente. Scartate queste ipotesi, Alexy afferma che l'anomalia dell'articolo dell'esempio vada ricercata a livello concettuale: il fatto che il primo articolo di una Costituzione qualifichi la costituenda Repubblica come "ingiusta", impedisce di considerare il documento prodotto dall'Assemblea costituente come una *vera* Costituzione e, in definitiva, di trattare tale documento come "diritto valido".

Fatte queste doverose precisazioni, che mettono in guardia dal banalizzare le tesi avversarie per poi confutarle con troppa facilità, bisogna tuttavia riconoscere che il giusnaturalismo contemporaneo ha fatto un uso talvolta non condivisibile della massima *lex iniusta non est lex*.

Una eco di quest'uso si rinviene anche nel saggio di Amato, ove ci si domanda, retoricamente, se «... un processo, che non muova dalla presunzione di innocenza e non garantisca il diritto di difesa e un giudice imparziale, [possa] essere considerato un processo, anche se si è svolto in conformità alle regole del singolo ordinamento giuridico»<sup>20</sup>.

Anche se la domanda non è banale, tanto da essere stata presa sul serio da illustri giuristi e filosofi del diritto (per tutti, Gustav Radbruch e Lon Fuller, sul fronte giusnaturalista, ed Herbert Hart su quello giuspositivista), ritengo che la risposta negativa, che Amato sembra dare per scontata, non sia quella corretta.

Seguendo Hart, io risponderei che un processo di quel genere dovrebbe pur sempre essere considerato un processo. E questa risposta si giustifica su basi morali. Qual è il vantaggio di asserire che un processo che ha quelle caratteristiche non sia effettivamente un processo? Direi nessuno, visto che ci si può opporre alla sua legittimità e lo si può criticare dicendo che la sua ingiustizia impedisce di trattare le decisioni che ne rappresentano l'esito come obbligatorie da un punto di vista morale. E, come afferma Hart in modo ineccepibile, «...ove si disponga di ampie risorse per parlar chiaro, non si deve presentare la critica morale alle istituzioni nei termini di una filosofia criticabile»<sup>21</sup>.

## 5. *Positivism giuridico ed obbligo giuridico*

Amato, riprendendo alcune riflessioni di Alexy, afferma che la domanda centrale di Kelsen è "perché debbo ubbidire a questa norma specifica e determinata?" e che la risposta che egli propone è "perché voglio evitare,

<sup>20</sup> S. AMATO, *Difesa innaturale del diritto naturale. Un tema qualche chiarimento e un esempio*, supra, § 3.

<sup>21</sup> H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., p. 72.

qui e ora, conseguenze spiacevoli”. Ho già spiegato in precedenza perché non considero convincente questa interpretazione del positivismo giuridico di Kelsen. Qui intendo brevemente mostrare che non sussiste alcun collegamento necessario tra il positivismo giuridico e l’idea che il diritto motivi il comportamento mediante la minaccia di sanzioni.

Un primo argomento contro la tesi che la concezione giuspositivista dell’obbligo ruota intorno alla nozione di sanzione consiste nell’affermare che il positivismo giuridico non si occupa della questione dell’obbligo. Questo argomento è espresso in modo molto chiaro da Michael Hartney: «il positivismo giuridico è semplicemente una teoria su ciò che è diritto e niente di più: solo le regole che derivano da fonti sociali sono regole giuridiche. Il positivismo giuridico non è una teoria linguistica, né una teoria morale o una teoria circa gli obblighi morali del giudice. Alcuni teorici del diritto possono essere positivisti giuridici perché sono scettici morali o utilitaristi o autoritari in politica o perché ritengono che tutte le leggi siano comandi, ma nessuna di queste teorie è parte del positivismo giuridico»<sup>22</sup>. In altre parole, il positivismo giuridico sarebbe una teoria sull’identificazione del diritto e non avrebbe nulla di specifico da dire sulla questione della sua giustificazione e della sua normatività. Questo argomento, tuttavia, nella misura in cui aggira la questione anziché affrontarla, è deludente. Il diritto si configura come una prassi che, se ha una funzione, è quella di fornire ragioni per l’azione: il diritto ci dice come dobbiamo comportarci. È proprio l’espletamento di questa funzione a sancire la rilevanza pratica del diritto. Una teoria del diritto può legittimamente negare che il diritto ricopra o, alternativamente, debba ricoprire questa funzione. Quel che invece una teoria del diritto non può fare, pena la perdita di qualsiasi attrattiva, è evitare – consapevolmente o meno – di confrontarsi con la pretesa del diritto di essere autoritativo e normativo. Di conseguenza, le versioni del positivismo giuridico che intraprendono questo percorso possono essere internamente coerenti, ma lasciano irrisolti alcuni dei problemi fondamentali della filosofia del diritto.

Un secondo argomento consiste nel riconoscere che la giustificazione dell’obbligo giuridico non può che riposare in ultima istanza su ragioni morali. In relazione a questo argomento, mi limito semplicemente a rilevare che molti giuspositivisti condividono questa conclusione. Raz, campione di un giuspositivismo rigoroso ed ortodosso, è un caso esemplare. Egli sostiene che il diritto è in grado di fornire genuine ragioni per l’azione nella misura in cui sia una autorità legittima; il parametro della sua legittimità risiede nella sua capacità di stabilire ciò che è giusto fare in una situazione data meglio di come potrebbero stabilirlo coloro che sono sottoposti ad esso.

<sup>22</sup> M. HARTNEY, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, “Ratio Juris”, 7, 1994, pp. 44-55, la citazione è a p. 48.

## 6. *Positivismo giuridico e nichilismo*

Amato attribuisce al positivismo giuridico una “tendenza nichilistica”, vale a dire: «una sorta di scivolamento teoretico per cui la mutabilità implica la relatività ed equivalenza di qualsiasi manifestazione giuridica. Una sorta di scivolamento teoretico per cui la mutabilità implica la relatività ed equivalenza di qualsiasi manifestazione giuridica. La positività del diritto viene a coincidere con il suo opposto, con la “negatività”: la capacità di negare innanzitutto se stesso, di rifiutare qualsiasi elemento di stabilità o permanenza»<sup>23</sup>.

Riguardo a questa affermazione è opportuno introdurre qui almeno tre possibili repliche.

La prima è che non tutti i giuspositivisti sono non-cognitivisti. Ancora una volta Raz è un esempio paradigmatico di giuspositivista e, al tempo stesso, di cognitivista. In generale, Hart ritiene che non vi sia un collegamento particolare tra giuspositivismo e non-cognitivismo (e men che meno nichilismo). Egli si domanda quali sarebbero le conseguenze per il positivismo giuridico qualora si accogliesse una meta-etica oggettivista e cognitivista e conclude che si tratterebbe di conseguenze trascurabili: «le leggi, per quanto moralmente inique, sarebbero ancora (per il punto che ci interessa) leggi. L'unica differenza che realizzerebbe l'accoglimento della teoria in questione riguardo alla natura dei giudizi morali sarebbe la possibilità di dimostrare l'iniquità delle leggi; da un enunciato su ciò che la legge richiede debba essere fatto, seguirebbe che una legge era moralmente sbagliata e così quella stessa legge non dovrebbe essere diritto e di converso la norma che è moralmente desiderabile dovrebbe essere diritto. Ma ciò non dimostra che quella legge non è (o è) diritto. La prova che i principi con i quali valutiamo o condanniamo le leggi possono essere razionalmente scoperti e non sono solo “determinazioni della volontà”, lascia inalterato il fatto che ci sono leggi che possono avere qualsiasi grado di iniquità o stupidità e restare pur sempre leggi. Di converso ci sono norme che pur avendo ogni titolo morale per essere diritto, non sono diritto»<sup>24</sup>.

Personalmente ritengo che, al contrario di quello che sostiene Hart, vi sia un collegamento inscindibile tra positivismo giuridico ed una qualche forma di non-cognitivismo, ma non è questa la sede per approfondire questo tema<sup>25</sup>. Qui è sufficiente rilevare che esistono giuspositivisti che

<sup>23</sup> S. AMATO, *Difesa innaturale del diritto naturale. Un tema qualche chiarimento e un esempio*, supra, § 5.

<sup>24</sup> H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., pp. 76-77.

<sup>25</sup> Cfr. eventualmente A. SCHIAVELLO, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Giappichelli, Torino 2002, pp. 295-319.

sono cognitivisti (Raz) ed altri che teorizzano la compatibilità tra giuspositivismo e cognitivismo etico (Hart).

La seconda replica consiste nel rilevare che il passaggio dal non-cognitivismo allo scetticismo o nichilismo è ingiustificato. Una concezione strumentale della ragion pratica riconosce comunque un ampio spazio alla ragione.

In primo luogo, la ragione consente di distinguere tra comportamenti corretti e scorretti, dati certi desideri. Se una persona, ad esempio, desidera guarire da una malattia e cerca di soddisfare questo desiderio affidandosi alle cure di un mago, sta ponendo in essere un comportamento sbagliato. Più precisamente, si tratta di un comportamento che, fatto salvo il suo desiderio di guarire, si fonda su una credenza falsa. Attraverso la ragione è possibile mostrare la falsità di questa credenza. Più in generale, la ragione è in grado di indicare *ex ante* come bisogna comportarsi per soddisfare i propri desideri, e *ex post* consente di distinguere tra comportamenti corretti e scorretti (giusti e sbagliati, ecc.). In conclusione, anche adottando una concezione strumentale della ragion pratica sembra possibile distinguere tra ragioni giustificative e ragioni esplicative.

In secondo luogo, bisogna considerare che i desideri degli individui sono molteplici e talvolta contraddittori. Può succedere che una persona desideri profondamente non contribuire ad aumentare la sofferenza del mondo e, al tempo stesso, desideri mangiare un buon filetto al pepe verde per cena. Si tratta, evidentemente, di due desideri confliggenti, che è compito della ragione ordinare in modo seriale, tenendo conto dell'insieme totale dei desideri della persona in questione. Spetta dunque alla ragione anche il compito di organizzare in un sistema coerente i desideri degli individui. Ciò implica che la ragione esercita una influenza affatto trascurabile sul comportamento umano. Se ci si accorge che alcuni tra i propri desideri ne contraddicono altri, è possibile che certi desideri vengano espunti, anche sulla base di un test di coerenza, dalla schiera complessiva dei desideri personali. Si può dire dunque, che anche nel caso della concezione strumentale della ragione, la ragione è in grado di influire sui desideri. Ciò non toglie, ovviamente, che all'apice di ogni ragionamento sarà sempre possibile rinvenire un desiderio.

In terzo ed ultimo luogo, si può plausibilmente ritenere che tra i desideri di un individuo viga una "gerarchia assiologica mobile". È possibile, in altri termini, che i desideri di ciascun essere umano *non* siano organizzati in una rigida scala gerarchica alla cui sommità si trovano alcuni desideri fondamentali, immuni sempre e comunque da qualsiasi tipo di critica razionale. La gerarchia tra i desideri individuali potrebbe al contrario essere mobile, nel senso che potrebbe variare a seconda della concreta situazione di scelta che un essere umano si trova ad affrontare. In un caso, un determinato desiderio potrebbe essere trattato come fondamentale ed ultimo, costituendo così la base o il presupposto di un certo comportamento; in un'altra occasione, quello stesso desiderio potrebbe essere messo in questione, potrebbe essere fatto

oggetto di una analisi al fine di valutare se effettivamente sussistono ragioni per agire sulla base di esso.

La terza ed ultima replica potremmo denominarla, seguendo Jeremy Waldron, l'“irrelevanza dell'oggettivismo morale”<sup>26</sup>: se anche le concezioni più avvertite del cognitivismo etico tendono – correttamente – a sottolineare come non sia possibile “dimostrare” la correttezza dei valori come quella dei fatti, allora si potrebbe sostenere che l'opzione per una meta-etica cognitivistica sofisticata è irrilevante dal punto di vista della scienza giuridica. Per dirla con Waldron: «il disaccordo morale rimane una difficoltà persistente per il realismo [morale], anche se non implica che esso sia falso, nella misura in cui non è in grado di stabilire connessioni tra l'idea di verità oggettiva e l'esistenza di procedure per risolvere il disaccordo»<sup>27</sup>.

Amato stesso sembra difendere una forma sofisticata di cognitivismo<sup>28</sup>. In breve, egli sostiene che a) “il relativismo è tanto necessario quanto impossibile. È necessario nelle premesse quanto impossibile nelle conclusioni”; ciò in quanto b) ciascuno fa esperienza dell'esistenza di una propria verità alla luce della consapevolezza che esiste “almeno un'altra verità che la contraddice, la modifica, la mette in discussione”; c) questa premessa relativista “conduce ad una serie di dati naturali non relativi, addirittura assoluti: l'importanza che la verità ha per la mia identità; l'importanza che la relazionalità ha per la mia identità e infine la stessa ricerca dell'identità come continuo colloquio interiore con noi stessi attraverso gli altri”.

In ultima analisi, la contrapposizione tra internalismo ed externalismo si avvita intorno al dilemma di Eutifrone: desideriamo ciò che desideriamo perché crediamo che ciò che desideriamo è buono e, dunque, degno di essere desiderato *ovvero* consideriamo qualcosa un bene, quindi degno di essere desiderato, perché lo desideriamo?

Personalmente, ho una certa preferenza per l'internalismo, in quanto rende meglio conto del fatto che in ambito morale vi sono dei disaccordi che non possono essere superati attraverso la ragione. Non c'è una *right answer out there*, per così dire, e ciò rende bene conto della tragicità dell'esperienza morale. In ogni caso, se si accoglie un cognitivismo blando, non c'è alcun problema per il positivismo giuridico.

Vorrei concludere ribadendo che il nichilismo è qualcosa di diverso dal non-cognitivismo e che, anche qualora vi fosse una connessione necessaria tra questa prospettiva meta-etica ed il giuspositivismo, non si potrebbe inferire da ciò un collegamento concettuale anche tra il

<sup>26</sup> J. WALDRON, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R.P. GEORGE (edited by), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford 1992, pp. 158-187.

<sup>27</sup> J. WALDRON, *ult. cit.*, p. 173.

<sup>28</sup> S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, cit., pp. 174-177.

giuspositivismo ed il nichilismo. Le osservazioni di MacCormick con cui chiudo questa mia replica segnano in modo difficilmente controvertibile la distanza tra positivismo giuridico e nichilismo: «Se gli esseri umani non accordassero importanza all'ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi; inoltre, ogni sistema giuridico non incorpora semplicemente una forma di ordine sociale, ma quella particolare forma di ordine a cui è attribuito un valore da coloro che hanno il controllo dell'attività legislativa, esecutiva e giudiziaria – o, quantomeno, è un mosaico dei valori concorrenti accolti dai vari gruppi che partecipano a tali attività. *Il punto di essere un positivista non è quello di negare verità evidenti di questa sorta, ma piuttosto quello di affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste. Non è necessario credere che il diritto sovietico, o quello francese o quello scozzese sia un buon diritto, o il depositario di una forma di ordine sociale oggettivamente buona, al fine di credere che è diritto, o per descriverlo, o interpretarlo, o spiegarlo, per quello che è*<sup>29</sup>».

<sup>29</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, II ed. 1994), trad. it. e introduzione di A. Schiavello, edizione a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino 2001, p. 266.; corsivo aggiunto.