

VITTORIO VILLA

Il positivismo giuridico di Neil MacCormick

1. *Introduzione* – 2. *Una definizione concettuale di giuspositivismo* – 3. *Una ricostruzione del positivismo giuridico di MacCormick* – 4. *Alcune osservazioni critiche su conoscenza giuridica e valori* – 5. *Un'ultima parola sul positivismo giuridico di MacCormick*

1. *Introduzione*

In questi ultimi decenni Neil MacCormick è stato una delle figure più importanti del positivismo giuridico analitico contemporaneo. Il suo pensiero ha spaziato in molti settori importanti della filosofia e della teoria del diritto, producendo importanti contributi un po' dovunque. Fra questi contributi, mi interessa particolarmente metterne in evidenza due.

Il primo riguarda la sua tesi sull'importanza di riconoscere, a certe condizioni, un *valore conoscitivo* a tutta una serie di “discorsi su norme” svolti da teorici del diritto e giuristi (d'ora in poi, con riferimento a questi soggetti, userò l'espressione cumulativa “studiosi del diritto”), anche al fine di separare nettamente i discorsi conoscitivi da quelli in funzione ideologica, apologetici o rivoluzionari che siano rispetto al diritto positivo. Si tratta di una tesi che anch'io mi sono sforzato di sviluppare, sin dagli inizi delle mie ricerche (ricordo in proposito un periodo di ricerca passato presso MacCormick, ad Edinburgo, nel lontano 1983), convinto come ero che questa tesi potesse fornire, tra le altre cose, un ulteriore sostegno al *principio della separazione dei poteri*, fondamentale per gli stati di diritto contemporanei. Se, infatti, si afferma che è possibile produrre conoscenza “genuina” del diritto positivo, allora ne risulta rinforzata la tesi secondo cui il diritto (come prodotto del potere legislativo) *esiste*, in qualche senso, *come oggetto di conoscenza*, prima di essere applicato (dal potere giudiziario).

Il secondo contributo è quello relativo al fatto che, nella sua impostazione, la teoria del ragionamento giuridico diventa il fulcro centrale della teoria del diritto. Si tratta di un cambiamento teorico importante, che in tempi recenti ha coinvolto molti altri studiosi (Dworkin e Alexy, ad esempio), e che ha determinato una svolta cruciale nella teoria del diritto contemporanea: il passaggio dalle concezioni *oggettualistiche* (che vedono il diritto come *oggetto* che esiste in modo prioritario e indipendente

rispetto alle attività di interpretazione, di applicazione, di uso sociale che al diritto stesso fanno riferimento) alle concezioni *practice-oriented* (che vedono il diritto come una *pratica sociale normativa*).

In questo saggio mi soffermerò ad esaminare uno dei punti più importanti del pensiero di MacCormick, uno di quelli a proposito dei quali la sua riflessione è stata forse più sofferta e tormentata, anche perché costellata alcuni rilevanti mutamenti di opinione: la sua concezione del *positivismo giuridico*. La trattazione di questo profilo mi consentirà non soltanto di illuminare un aspetto molto rilevante del pensiero di MacCormick, ma anche di affrontare in modo finalmente diretto e compiuto due temi che sono sempre stati oggetto di discussione fra di noi: il tema del costruttivismo epistemologico come prospettiva “di sfondo” per la teoria giuridica e quello dei giudizi di valore come elemento centrale (e a mio avviso necessario) dei discorsi, a carattere conoscitivo, di studiosi del diritto e operatori giuridici.

A proposito del giuspositivismo, dico francamente qual è la mia opinione, anticipando così le conclusioni del mio saggio e segnalando subito un punto di dissenso con MacCormick. Ritengo, a differenza di quanto oggi egli sostiene, che la contrapposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo abbia ancora un ruolo centrale nel pensiero giuridico contemporaneo, purché si abbia cura di definire le due nozioni in modo adeguato. La definizione di giuspositivismo, che fornirò nel paragrafo seguente, determina, a mio avviso, una *opposizione concettuale mutuamente esclusiva* fra le due tradizioni di pensiero in questione¹. In questa mia definizione, tra l'altro, sia l'adozione di una prospettiva epistemologica costruttivistica, che la tesi della presenza (necessaria, a certe condizioni) dei giudizi di valore nei discorsi conoscitivi di giuristi e operatori gioca un ruolo importante.

Il saggio si svilupperà nel modo seguente. Nel prossimo paragrafo presenterò la mia *definizione concettuale* di positivismo giuridico, ricavandone, per negazione, quella di giusnaturalismo. Nel terzo paragrafo, alla luce della definizione proposta, cercherò di ricostruire, nelle sue varie fasi, la concezione del positivismo giuridico avanzata da MacCormick. Nella parte finale del lavoro svilupperò alcune osservazioni critiche sul pensiero di MacCormick. Le osservazioni saranno articolate in questo modo. Nel quarto paragrafo farò alcuni commenti di carattere generale sul modo in cui MacCormick intende la nozione di “conoscenza giuridica”, e sul tipo di rapporto che egli stabilisce fra conoscenza giuridica e giudizi di valore. Nell'ultimo paragrafo, infine, cercherò di esaminare criticamente le varie tesi sostenute da MacCormick sul positivismo e sulla sua opposizione al giusnaturalismo.

¹ Cfr. V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 25-26.

2. Una definizione concettuale di giuspositivismo

Nel proporre una definizione concettuale di positivismo giuridico seguo lo schema “concetto/concezioni” (utilizzato, ad esempio, da Dworkin²), in una versione affatto peculiare. Questo schema è particolarmente appropriato nei casi in cui si abbia a che fare con nozioni *essentially contested*³, nozioni strutturalmente aperte a interpretazioni divergenti, e cioè ad attribuzioni di significato fra loro confliggenti. L’espressione “concetto” viene qui usata con riferimento alla parte più consolidata, alla cosiddetta *area solida*⁴ di una determinata nozione del linguaggio comune o scientifico. In questo senso, concorrono a formare un concetto tutte quelle assunzioni che esprimono il contenuto di credenze di carattere *sostanziale* (collegate, cioè, a dei comuni presupposti di più teorie), ovvero di carattere *semantico* (collegate, cioè, al comune nocciolo di significato di una nozione suscettibile di più interpretazioni), sulle quali verte il consenso assolutamente ap problematico – che può anche essere implicito – dei membri di una comunità di riferimento⁵. Si potrebbe dire, da questo punto di vista, che i membri della comunità in questione (sociale o scientifica che sia) fanno affidamento su tali credenze, le “tengono per certe”⁶.

Naturalmente nessuna teoria, scientifica o filosofica che sia, può fermarsi alla soglia del concetto, che rappresenta soltanto la base condivisa di partenza, le assunzioni su cui si fa comune affidamento. Le *concezioni*, per l’appunto, rappresentano il primo stadio che attraversa la conoscenza non appena lascia il terreno solido di ciò che è “tenuto per certo” (e che proprio per questo non fa parte, in senso proprio, della conoscenza, ma dei suoi presupposti), per muoversi sul terreno, molto più sdruciolevole, di ciò che può essere oggetto di congetture falsificabili, sempre a rischio di confutazione. Da questo punto di vista, costituiscono *concezioni* quelle assunzioni su di un determinato campo di esperienza che forniscono una interpretazione preliminare di un concetto, come prima tappa dello sforzo di produrre una teoria su un determinato campo di esperienza.

² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London 1986, pp. 70-71.

³ La locuzione è introdotta da W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in “Proceedings of the Aristotelian Society”, LVI, 1955-56, pp. 167-198.

⁴ M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1985, p. 277.

⁵ Per una caratterizzazione di “concetto” molto simile alla mia, cfr. A. GRAYLING, *The Refutation of Skepticism*, Duckworth, London 1985, pp. 10-11. Grayling, tuttavia, preferisce usare la locuzione “transcendental beliefs”.

⁶ È evidente il debito che tale impostazione ha nei confronti della analisi wittgensteiniana dello “sfondo di certezza” della nostra conoscenza. Cfr. L. WITTGENSTEIN, *On Certainty*, Blackwell, Oxford 1979, § 94, 115, 163, 337, 341.

Fornire una definizione concettuale di “giuspositivismo”, che ne fissi, appunto il *concetto*, è una operazione che consente di realizzare alcuni risultati importanti. Essa è innanzitutto in grado di rendere contestualmente conto, forse in modo più adeguato che altri tipi di definizione, sia degli elementi unitari (a livello del *concetto*, appunto), sia degli – altrettanto importanti – elementi di differenziazione (a livello delle *concezioni*) che sono presenti nelle concezioni giuspositivistiche. In assenza di una definizione concettuale unitaria, insomma, ritengo sia più difficile spiegare la confluenza contestuale, nelle teorie giuspositivistiche, di elementi di continuità e di elementi di differenziazione; il rischio che si corre, insomma, è di finire per sacrificare l’uno o l’altro dei due aspetti, confondendo il livello del concetto con quello delle concezioni, e viceversa. In una confusione del genere incorre, a mio avviso, MacCormick nella misura in cui, nei suoi ultimi lavori, ritiene che non sia più feconda la contrapposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo⁷ (contrapposizione che sarebbe frutto di un «two-way-divided universe of jurisprudence»⁸). Egli non tiene conto della forte opposizione concettuale che invece esiste fra le due nozioni, privilegiando l’analisi delle concezioni e facendo così dipendere la tesi della opposizione o della sostanziale omogeneità fra le due tradizioni di ricerca dalla ricerca di eventuali differenze o somiglianze a livello di concezioni.

La definizione concettuale di “giuspositivismo” che propongo⁹ consta di due tesi, che, anche se non sono fra loro logicamente collegate, esprimono tuttavia *congiuntamente* il nucleo concettuale del giuspositivismo nel suo *sensu pieno*, il suo *contenuto concettuale minimale* condiviso da tutte le concezioni integralmente qualificabili come tali in senso compiuto. La prima verrà etichettata come una *tesi sul diritto* (e dunque, in un certo senso, come una tesi *ontologica*), la seconda come una *tesi sulla conoscenza del diritto* (e dunque come una tesi *metodologica*).

Secondo la prima tesi, tutti i fenomeni (in primo luogo, le norme) cui conviene l’appellativo di “diritto” costituiscono invariabilmente istanze di *diritto positivo*, e dunque di un diritto che rappresenta il *prodotto normativo* di decisioni e/o di comportamenti umani storicamente *contingenti* dal punto di vista culturale, e quindi, più in particolare, dal punto di vista etico-politico.

⁷ N. MACCORMICK, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, in *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. by R.P. George, Clarendon Press, Oxford 1992, p. 131.

⁸ N. MACCORMICK, *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 278.

⁹ Sviluppo con maggiore ampiezza questa definizione nel mio *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 26-33.

In accordo con la seconda tesi, (il cosiddetto *giuspositivismo metodologico*) “render conto” del diritto positivo è, per lo studioso del diritto, attività completamente diversa, e da tenere nettamente separata, rispetto a quella che si concreta in una presa di posizione (di accettazione o meno, di giustificazione o meno, eccetera) nei confronti del diritto stesso.

Come ho detto prima, si può costruire il concetto di giusnaturalismo a partire dalla negazione del concetto di giuspositivismo. Si può così ottenere il concetto di giusnaturalismo mettendo il segno di negazione ad entrambe le tesi precedenti.

Ciò vuol dire, per quanto riguarda la prima tesi concettuale, che il giusnaturalista nega che tutto il diritto sia integralmente contingente; il che significa, in positivo, sostenere che vi sono contenuti giuridici in qualche senso *necessari*, sottratti al dominio della contingenza, che sono qualificabili come tali per ragioni indipendenti dalle decisioni “locali” di comunità politiche storicamente determinate.

Per quanto riguarda la seconda tesi concettuale, ciò che scaturisce dalla sua negazione è che il giusnaturalista non ammette che sia possibile separare la “descrizione del diritto positivo” dalla “presa di posizione su di esso”; e ciò vuol dire, sviluppando la tesi contraria, che per il giusnaturalista “descrivere il diritto positivo” presuppone necessariamente un atteggiamento di carattere valutativo, che prenda posizione in merito alla rispondenza o meno di un determinato diritto positivo a criteri etico-politici, che concorrano a definire una idea di *giustizia* che viene concepita – sia pure parzialmente – come oggettiva e indipendente dai contesti specifici di applicazione. Secondo il giusnaturalista, in sostanza, per descrivere il diritto positivo bisogna pregiudizialmente – o quantomeno contestualmente – porsi il problema del *diritto giusto*, della conformità dei contenuti di un certo diritto positivo a un determinato ideale di giustizia.

Quanto or ora detto mi suggerisce una riflessione di carattere generale su quello che è il vero significato della opposizione, dal punto di vista ontologico. Non è basandosi sul livello della teoria del diritto positivo che si possono differenziare nettamente le due tradizioni di ricerca. All'interno di questo livello può ben esserci un accordo fra teorie giusnaturalistiche e teorie giuspositivistiche del diritto positivo. Credo peraltro che oggi tale accordo per molti studiosi ci sia, relativamente all'approccio che guarda al diritto come *pratica sociale*. Il problema, invece, è il riconoscimento o meno di un livello (giuridico?) ulteriore. A questo proposito, stando a quanto detto prima, a me pare che il senso profondo della opposizione fra giusnaturalismo e giuspositivismo abbia una natura fondamentalmente meta-etica. Con ciò voglio dire che il problema non è tanto se riconoscere o meno l'esistenza di una *legge* o di un *diritto naturale* (si può essere giusnaturalisti anche in mancanza di quest'ultimo riconoscimento), quanto piuttosto di accettare o meno la tesi della possibilità

di una fondazione assoluta e oggettiva dei valori (in questo caso *giuridici*), o perlomeno di alcuni di essi, in chiave transculturale e non contingente. In altri termini, qui la contrapposizione è, a livello meta-etico, fra *assolutismo etico* (giusnaturalismo) e *relativismo etico* (giuspositivismo). Sarebbe interessante, a questo proposito, capire bene in quale dei due schieramenti possa essere inquadrata la posizione dell'ultimo MacCormick. Tornerò su questo punto in seguito.

Per adesso, giunti a conclusione del paragrafo, mi pare opportuno fare alcune osservazioni su tutti e due i livelli della definizione di giuspositivismo, quello ontologico e quello metodologico.

Per quanto riguarda il livello *ontologico*, esso ricomprende, in un senso che chiarirò, la *separability thesis*, e cioè la tesi, che per molti è l'elemento fondamentale di contrapposizione fra giusnaturalismo e giuspositivismo, quella secondo cui non è in alcun senso concettualmente necessario che il diritto positivo rispecchi determinati contenuti o esigenze di carattere morale¹⁰. Dal punto di vista della definizione concettuale qui adottata, la *separability thesis* non è un postulato o un assioma fondamentale del giuspositivismo, ma, più correttamente, un *corollario* che scaturisce dalla prima tesi concettuale sopra menzionata. Se si accetta, infatti, la tesi secondo cui tutto il diritto positivo è frutto di decisioni contingenti, allora bisogna anche accettare, come necessaria implicazione, quella secondo cui non vi può essere alcun contenuto giuridico *necessario* – e dunque *a fortiori* alcun contenuto etico necessario – che debba per forza far parte del diritto positivo stesso.

Per quanto riguarda il livello *metodologico*, è di estrema importanza rilevare come questa tesi non sia per nulla identica a quella che prescrive agli studiosi del diritto di assumere, nell'ambito della loro attività che vengono tradizionalmente chiamate – anche se in modo improprio – *descrittive*, un *atteggiamento avalutativo*. Tornerò nel penultimo paragrafo su quest'ultima tesi, che la maggior parte degli studiosi giuspositivisti¹¹ considera, a mio avviso erroneamente, come una caratteristica essenziale del giuspositivismo. Qui mi limito a dire che un conto è sostenere che lo studioso del diritto giuspositivista deve separare nettamente l'attività di “descrizione del diritto positivo” da quella che si concreta in una “presa di posizione” nei suoi confronti; un altro conto, completamente diverso, è sostenere che il suddetto giurista debba assumere, all'interno della sua

¹⁰ Per una ottima esposizione di questa tesi, cfr. K. FÜSSER, *Farewell to “Legal Positivism”: the Separation Thesis Unravelling*, in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. by R.P. George, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 119-162.

¹¹ Cfr., ad esempio, N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1972, pp. 125-126.

attività “descrittiva”, un atteggiamento avalutativo. Queste due tesi non sono in alcun modo logicamente collegate. In altre parole, sostenere che la descrizione di un determinato diritto positivo richieda l’assunzione di un atteggiamento avalutativo vuol dire compiere un passaggio ulteriore, e cioè interpretare una assunzione concettuale, e dunque sviluppare una concezione a partire da un elemento di carattere concettuale. In buona sostanza, l’operazione che si compie è questa: si interpreta l’attività di descrizione del diritto positivo come una attività di carattere avalutativo, attraverso un passaggio che non è per nulla scontato, né tampoco logicamente determinato, ma che, al contrario, potrebbe anche produrre esiti completamente diversi. Io, per mio conto, ritengo che, in determinate situazioni (da precisare ulteriormente), i discorsi conoscitivi dei giuristi siano contrassegnati dalla presenza – necessaria – di apprezzamenti valutativi. Non sono per nulla sicuro, invece, di quale sia oggi la posizione di MacCormick sulla questione. Ma anche su questo tornerò in seguito.

3. *Una ricostruzione del positivismo giuridico di MacCormick*

Non è affare semplice ricostruire la concezione del giuspositivismo di MacCormick, perché essa si è sviluppata, non senza incertezze e tensioni, attraverso fasi diverse, fino ad approdare ad una posizione che, perlomeno a suo avviso, non è più chiaramente identificabile né come giuspositivistica né come giusnaturalistica.

A partire dalle tante occasioni in cui MacCormick, nei suoi lavori, fa i conti con il giuspositivismo, è però possibile isolare, schematizzando al massimo, tre grandi fasi, che rappresentano tre importanti “punti di snodo concettuale” in cui l’autore esprime tre diverse posizioni sul giuspositivismo.

La *prima fase* esprime una difesa convinta della opposizione “giusnaturalismo/giuspositivismo”; la *seconda fase* rappresenta un momento di revisione critica, in cui l’opposizione è messa in questione, ma non abbandonata del tutto; la *terza fase* rappresenta l’abbandono di questa opposizione, all’interno di una concezione che la ritiene non più significativa e feconda dal punto di vista esplicativo. Ma andiamo con ordine, cominciando dalla prima fase.

Per esigenze di economia espositiva condenso la prima fase nell’esclusivo riferimento a *Legal Reasoning and Legal Theory* (nella prima edizione, 1978¹²). Qui MacCormick esprime una posizione assai

¹² N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978.

chiara e netta, presentando una versione quasi esclusivamente metodologica del giuspositivismo, che egli limita sostanzialmente ad alcune tesi sul modo in cui lo studioso del diritto dovrebbe accostarsi al diritto positivo. La premessa del discorso è però una vera e propria “costante” del pensiero di MacCormick, ed è l’affermazione secondo cui «there is nothing antipositivistic about saying that law is not value free»¹³. Con questa affermazione MacCormick intende sostenere non solo che il diritto delle nostre organizzazioni giuridiche contemporanee incorpora valori, che sono contenuti nelle disposizioni che incorporano principi, ma anche che l’accettazione del contenuto di tali principi, espressa dai – o perlomeno da alcuni dei – membri di quelle organizzazioni ha una chiara *valenza etica*, nel senso che essi esprimono adesione a tali contenuti perché quest’ultimi mirano a realizzare stati di cose da loro ritenuti “giusti” e/o “buoni”.

Si tratta di un punto a mio avviso assolutamente condivisibile, sviluppando il quale MacCormick estende la nozione di accettazione del sistema giuridico che Hart (sviluppando la sua tesi sull’*internal point of view* dei partecipanti) aveva considerato in modo certamente troppo neutro ed esangue. MacCormick osserva che «the point of being a positivist is not to deny obvious truths of that sort. The point is rather in the assertion that one does not have in any sense to share in or endorse these values in order to know that law exists, or what law exists»¹⁴. Insomma, si può benissimo – e forse si deve – render conto dei principi in vigore in un certo contesto storico-istituzionale senza per questo accettarli; e l’autore conclude offrendo una definizione minimale di giuspositivismo, che caratterizza questa tradizione di ricerca «minimally as insisting on the genuine distinction between description of a legal system as it is and normative evaluation of the law which is thus described»¹⁵.

Due ulteriori osservazioni si impongono, al fine di preparare la strada per le osservazioni critiche che seguiranno poi nei prossimi due paragrafi. La prima è che MacCormick, in questa prima fase del suo pensiero, identifica, da una parte, il discorso conoscitivo dello studioso del diritto come un discorso “meramente descrittivo” e, dall’altra parte, non distingue fra prese di posizione nei confronti del diritto positivo e apprezzamenti valutativi. Così facendo si iscrive a buon diritto in quella concezione che può legittimamente essere qualificata come *descrittivistica*, concezione che è alternativa a quella *costruttivistica*, per la quale egli poi si schiera in modo abbastanza netto negli ultimi lavori.

¹³ *Ibid.*, p. 233.

¹⁴ *Ibid.*, p. 233.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 239-240.

La seconda osservazione è che sullo sfondo di questa definizione risiede, molto correttamente a mio avviso, una opzione meta-etica di carattere marcatamente non cognitivistico, che io del resto avevo considerato, nel paragrafo precedente (in una accezione relativistica), come la giustificazione più plausibile di una concezione giuspositivistica. Secondo il “primo MacCormick” a fondamento dei valori ultimi (di qualsiasi tipo essi siano, dunque anche di quelli contenuti in principi giuridici) vi sono disposizioni della volontà e atteggiamenti affettivi, non ulteriormente giustificabili attraverso ragioni. Non mi pare affatto casuale, aggiungo, che a questa prima definizione di giuspositivismo, che esprime, nel pensiero di MacCormick, la massima distanza fra il giuspositivismo e il giusnaturalismo, si accompagni una opzione meta-etica di carattere non cognitivistico, proprio a segnalare la stretta connessione che vi è fra le due opzioni.

Nella seconda fase del pensiero di MacCormick sul positivismo giuridico includo i lavori pubblicati da MacCormick negli anni '80, e segnatamente *H.L.A. Hart*¹⁶ e *An Institutional Theory of Law*¹⁷.

Nel lavoro su Hart, MacCormick affianca alla definizione metodologica del giuspositivismo (che già aveva precedentemente fornito e che qui ribadisce) anche quella ontologica, la quale attribuisce al diritto un fondamento esclusivo nelle pratiche sociali. Quest'ultima tesi viene esplicitata attraverso una definizione che include sia la tesi del diritto come prodotto umano, sia quella della assenza di una connessione necessaria fra diritto e morale (ma le due tesi non sono collegate in modo chiaro fra di loro). In questo senso, secondo MacCormick, il giuspositivismo esprime la tesi secondo cui «all laws owe their origin and existence to human practice and decision concerned with the government of a society, and... they have no necessary correlation with the precepts of an ideal morality»¹⁸.

Nel volume *An Institutional Theory of Law* MacCormick precisa ulteriormente la tesi, che io ho chiamato *ontologica*, del giuspositivismo. Egli introduce, in primo luogo come *first tenet of positivism* la tesi secondo cui «the existence of laws is not dependent on their satisfying any particular moral values of universal application to all legal systems»¹⁹, che è ricavabile, a suo dire, dalla nota affermazione austriana secondo cui «l'esistenza di una legge è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra». Qui si può notare la presenza di

¹⁶ Edward Arnold, London, 1981.

¹⁷ N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht 1986. Questo lavoro raccoglie lavori pubblicati precedentemente da MacCormick, sempre negli anni '80.

¹⁸ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., pp. 6 ss.

¹⁹ N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, cit., p. 128.

quella confusione fra livello ontologico e livello metodologico che avevo già notato nel paragrafo precedente. La tesi di Austin, infatti, andrebbe a mio avviso qualificata come una *tesi metodologica*.

In secondo luogo, MacCormick ricava dal *first tenet* un *second tenet of positivism*, che sarebbe poi la *social thesis*, secondo cui «the existence of laws depends upon their being established through the decisions of human beings in society»²⁰. In realtà, come osserverò nel paragrafo finale, è il *second tenet* ad essere logicamente prioritario rispetto al primo. È proprio dalla tesi secondo cui il diritto dipende da pratiche sociali contingenti che è possibile ricavare quella secondo cui l'esistenza del diritto non dipende dal soddisfacimento di valori morali universali, e non viceversa.

In questa seconda fase, comunque, MacCormick ribadisce ulteriormente, in chiave critica nei confronti di Hart, la tesi secondo cui i valori morali entrano all'interno dei nostri sistemi giuridici, e proprio perché al loro interno vi sono dei principi che sono finalizzati alla realizzazione di questi valori. Il riconoscimento di questa presenza comincia adesso a tormentare MacCormick, perché getta seri dubbi (a mio avviso non giustificati, come dirò dopo) sul *first tenet* del giuspositivismo, secondo cui l'esistenza del diritto non dipenderebbe da ragioni morali. MacCormick li risolve, provvisoriamente, saltando nuovamente dal livello ontologico a quello metodologico: il fatto che i membri della comunità giuridica esprimano preferenze morali non implica che debba farlo pure lo studioso nel render conto di quel diritto. Rilevo di passaggio che si tratta, a ben guardare, di due questioni diverse: un conto è la questione della connessione (necessaria o meno) fra diritto e morale, un altro conto è la questione di quale debba essere l'atteggiamento metodologico dello studioso del diritto.

Più in generale, in questa seconda fase è tutta quanta la tesi della opposizione fra giusnaturalismo e giuspositivismo che comincia a perdere di peso e di importanza nel suo pensiero. In *An Institutional Theory of Law* egli utilizza come argomento contro questa opposizione il fatto che oggi in Gran Bretagna qualcosa può diventare obbligatorio per legge solo se può essere giustificato per il tramite di giudizi di valore ragionevoli; riconoscere questo, secondo l'autore, avvicina di molto il giuspositivismo al giunaturalismo contemporaneo, ad esempio nella versione di Finnis, anche se rimane un importante punto di dissenso, e cioè la questione della assolutezza e della oggettività dei valori, sulla quale peraltro MacCormick non si sofferma (e questo può già essere interpretato come indizio di un altro elemento di dubbio rispetto alla sua precedente impostazione giuspositivistica).

Per quanto riguarda la terza e ultima fase del pensiero di MacCormick sul giuspositivismo, che copre il periodo che va dagli anni '90 sino ad oggi,

²⁰ *Ibid.*, p. 129.

utilizzerò prevalentemente i lavori *Natural Law and the Separation of Law and Morals* (d'ora in poi *Natural Law*)²¹, *The Ideal and the Actual of Law and Society* (d'ora in poi *The Ideal*)²² e, naturalmente, *Institutions of Law*.

In questa terza fase il discorso si fa molto più complesso e articolato e richiede dunque un lavoro di sintesi molto più marcato. Dovrò gioco forza procedere attraverso alcune necessarie semplificazioni. Mi limiterò, pertanto, a mettere in rilievo alcuni profili fondamentali della concezione del positivismo giuridico espressa dall'ultimo MacCormick.

Un primo profilo è caratterizzato dal fatto che nell'ultimo MacCormick vi è una attenzione molto più pronunciata per la questione della conoscenza del diritto, e dunque dell'eventuale valore conoscitivo dell'attività svolta dagli studiosi del diritto (giuspositivisti o meno che siano). Su questo punto mi soffermerò in seguito, in sede di commenti critici. Qui mi limito a rilevare che il riconoscimento dell'importanza di tale qualificazione comincia a coniugarsi, a poco a poco, con l'adesione ad un modello costruttivistico di conoscenza. MacCormick associa la concezione del costruttivismo epistemologico, applicata allo studio del diritto, a quella di una indagine che *ricostruisce razionalmente* quello che altrimenti sarebbe il "multiforme chaos" dell'esperienza giuridica, imponendovi un ordine²³. L'idea generale che egli veicola attraverso queste affermazioni è che gli studiosi «reintepret phenomena as parts of a coherent and well-ordered whole»²⁴. Ciò che noi vedremo, se facessimo a meno di una "teoria di sfondo", sarebbe nient'altro che un «chaotic flux of activity and process».

Rinvio al prossimo paragrafo i commenti su questa posizione di MacCormick, servendomi dei quali sosterrò che egli non sviluppa in modo coerente e compiuto il suo progetto costruttivistico.

Un secondo profilo della concezione del giuspositivismo dell'"ultimo MacCormick", collegato al primo profilo (perché riguarda un ulteriore aspetto dell'attività conoscitiva, interpretata in chiave costruttivistica), è quello del ruolo dei valori e dei giudizi di valore nell'ambito della conoscenza giuridica. Qui è importante distinguere tre diverse questioni, che MacCormick tende a confondere, ma che non sono concettualmente collegate fra di loro.

²¹ Cit., pp. 105-133.

²² In *Law, Values and Social Practices*, ed. by J. Tasioulas, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 15-37.

²³ N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 134-135.

²⁴ *Ibid.*, p. 134.

Una prima questione è quella della valenza morale che si può eventualmente attribuire al diritto positivo, in relazione al fatto che il diritto, ad avviso di MacCormick, ha un significato morale per i funzionari e per quantomeno una parte (quelli che esprimono una accettazione piena) dei membri della comunità giuridica di riferimento. MacCormick ribadisce piuttosto chiaramente questo in *Institutions of Law*, quando contesta radicalmente l'idea che «law or its doctrinal exposition can be in any interesting sense “value free”»²⁵. Il fatto che, tuttavia, egli non distingue appropriatamente, in quel contesto, fra “diritto” e sua “esposizione dottrinale” introduce un elemento di confusione concettuale che è destinato a pesare nel prosieguo della sua analisi.

In ogni caso, in queste affermazioni si avverte l'influenza del pensiero di Finnis e di Dworkin, ma è soprattutto Finnis e la sua tesi su ciò che può considerarsi il *focal meaning* del diritto²⁶ a incidere sulle posizioni di MacCormick. Quel che accade, infatti, è che le tesi antecedenti di MacCormick vengono ulteriormente supportate dal richiamo ad alcune tesi di Finnis sul *focal meaning*, tesi che finiscono per soppiantare i riferimenti a ciò che per Hart erano invece i “casi centrali” di uso del termine “diritto”. Secondo Finnis (e MacCormick), per ogni attività umana vi sono esempi che ne focalizzano meglio, a preferenza di altri, il suo significato complessivo, e proprio perché esemplificano in modo più appropriato i valori cui quella determinata pratica è orientata; dunque soltanto la teoria che produce il rendiconto più attraente di ciò che ha valore per gli esseri umani, all'interno di quella data pratica, può fornire una vera conoscenza di quel campo di esperienza. In termini più specifici, per Finnis (e MacCormick), la spiegazione di che cosa conta come diritto dipende dall'adozione di un punto di vista su che cosa valgano come esempi buoni, “focali” di questo “genere” preso in considerazione, dal punto di vista del suo valore; e questo implica aver una concezione di quei beni cui la pratica in questione è finalizzata. In proposito MacCormick dice che «laws, like other social institutions, are fully intelligible only by reference to the ends or values they ought to realize, and thus by reference to the intentions that those who participate in making or implementing them must at least purport to have. This does not entail any acceptance of substantive moral criteria as criteria of legal validity, but it does involve acknowledging the moral quality of the relevant ends and values, namely justice and the public good»²⁷. Uno dei valori più importanti (un valore assoluto?) del diritto, è quello della *legalità* (che può essere considerato

²⁵ N. MACCORMICK, *Institutions of Law...*, cit., p. 304.

²⁶ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980, pp. 12-18.

²⁷ N. MACCORMICK, *Natural Law and the Separation...*, cit., p. 113.

come una parte del bene morale), destinato a permanere stabile nel tempo, mentre altri valori giuridici possono essere oggetto di contrasti e di contestazioni. La presenza di questo valore presuppone che i partecipanti abbiano un “senso del bene”, e dunque la capacità di formulare giudizi su ciò che è bene per loro. Detto in altro modo, le attività dei vari soggetti che operano all’interno del sistema giuridico possono essere giustificate soltanto a condizione che una qualche concezione ragionevole di giustizia sia presupposta dalle loro stesse attività. Non si può partecipare sinceramente all’impresa giuridica senza avere un orientamento in direzione di questi valori. Con le parole di MacCormick, «a certain pretension to justice, that is, a purported aspiration to be achieved justice... is necessarily evinced in the very act of law-making in the context of a law-state»²⁸.

Una seconda e diversa questione è quella, squisitamente metodologica, legata a ciò che dovrebbe essere, in questa situazione di “contaminazione valutativa”, l’atteggiamento del giurista nei confronti del proprio oggetto. Qui la domanda è: tale atteggiamento deve essere a sua volta valutativo oppure no?

Bisogna purtroppo rilevare che la risposta dell’ultimo MacCormick a tale questione è particolarmente oscillante e complessivamente poco chiara. Egli si muove all’interno di uno spettro di posizioni che ha, ad un estremo, la tesi della persistente dimensione avalutativa dei discorsi degli studiosi del diritto (pur in una situazione in cui fra i materiali giuridici ci sono valori e giudizi di valore), e, all’altro estremo, la tesi secondo cui la contaminazione valutativa dell’oggetto sembrerebbe richiedere degli impegni valutativi ulteriori per lo studioso. Ma andiamo con ordine.

Intanto, il comune presupposto di questa analisi svolta dell’“ultimo MacCormick” è che l’attività degli studiosi rappresenti una sorta di *second line* rispetto all’attività dei partecipanti professionali²⁹; una attività che, però, è “interna al sistema” (si tratterebbe di *observers from within*), e che richiede dunque un certo grado di *engagement*. Quello che qui MacCormick sembra suggerire è, insomma, una sorta di “mescolanza” fra *descrizione detached* e *attività value oriented*.

Muovendo da questo comune punto di partenza, MacCormick, nei suoi ultimi lavori, fa un certo numero di affermazioni, non del tutto coerenti fra di loro. Parlavo sopra, appunto, di due estremi all’interno di uno spettro di posizioni. Da una parte, infatti, vi sono alcune affermazioni che sostengono che nulla cambia nell’atteggiamento di neutralità con cui lo studioso del diritto dovrebbe presentarsi, anche qualora egli si trovi ad “avere a che fare con valori”. Da questo punto di vista egli dice che i valori di cui si parla sono pur

²⁸ N. MACCORMICK, *Institutions of Law...*, cit., p. 276.

²⁹ *Ibid.*, pp. 5-6.

sempre “imputati al diritto” come suoi valori, e non apprezzati dalla scienza come propri³⁰: lo studioso, è vero, dovrebbe optare per il “migliore insieme di valori” che può essere imputato al diritto, ma non dovrebbe impegnarsi nei confronti di questi valori stessi. Qualora non esibisse questo tipo di impegno, lo studioso, per il solo fatto di essere coinvolto nella sua attività, mostrerebbe pur sempre, è vero, un orientamento nei confronti di un valore; ma si tratterebbe del “valore della verità” e non di un valore pratico.

Successivamente, però, MacCormick sembra attenuare sensibilmente la forza di queste affermazioni, soprattutto perché si scontra con il problema della ricchezza e della eventuale incoerenza e contestabilità dei materiali valutativi con cui lo studioso si trova ad avere a che fare. La presenza di questi elementi richiederebbe allo studioso un resoconto critico, un lavoro di selezione e di rettifica del materiale oggetto di indagine. Con le sue parole: «it is indoubtly controversial what function should be ascribed to law in general or to particular laws ... Failure to confront and account openly for value involved, and to defend's own proposals as to the relevant values are, may confer on work about law an apparently greater objectivity than if a proper open-ness were practiced. But it is this concealment of value-orientation, not its open avowal, that it is ideological in a sinister sense»³¹. Tornerò su questo importante punto in sede di commento critico.

Una terza questione è quella del modo in cui intendere, a livello meta-etico, la questione della giustificazione di questi valori e di questi giudizi di valore. Si tratta di un punto per me cruciale, stante il fatto che ho caratterizzato il giuspositivismo, dal punto di vista meta-etico, come una concezione relativistica. Ebbene, anche qui il pensiero di MacCormick è abbastanza osciillante e poco perspicuo. Del reso egli dice francamente, a un certo punto, che si tratta di un “problema aperto”. Egli, è vero, afferma chiaramente (mi verrebbe da dire, purtroppo) di aver rinunciato al non cognitivismo humeano, ma ammette che gli tocca a questo punto l'onere di una spiegazione alternativa³².

In realtà, proprio qui ci vorrebbe un chiarimento per bocca dell'autore, perché non si capisce bene quale tipo di posizione egli voglia sostenere in merito a tale questione. Mi limito a mettere in ordine alcune sue affermazioni. Egli dapprima nega chiaramente che, per certi giudizi di valore fondamentali, si possa parlare di “valori auto-evidenti”³³; una situazione del genere creerebbe, tra le altre cose, gravi ostacoli al principio di tolleranza. Tuttavia in

³⁰ N. MACCORMICK, *The Ideal and the Actual...*, cit., pp. 15 ss.

³¹ N. MACCORMICK, *Institutions of Law...*, cit., p. 305.

³² N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 30.

³³ N. MACCORMICK, *Natural Law and the Separation...*, cit., p. 129.

più occasioni, non esclude che in alcune controversie etiche e giuridiche ci possano essere “risposte giuste”, anche se poi non sappiamo trovarle³⁴.

Un terzo e ultimo profilo della concezione del giuspositivismo dell’“ultimo MacCormick” riguarda la sua posizione (definitiva?) sul giuspositivismo e sulla opposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo”. Ci si potrebbe chiedere a questo punto: che cosa resta della primigenia opposizione nell’ultimo MacCormick?

Se prendiamo in esame le sue affermazioni in *Institutions of Law*, dovremmo dire che non resta quasi niente. In tale contesto, infatti, MacCormick mette in discussione un pilastro del giuspositivismo, affermando che «provisions which are unjustifiable by reference to any reasonable moral argument should not be considered valid as laws»³⁵. Quello che egli qui vuole dire, in sostanza, è che se il contenuto normativo di una data disposizione non può essere giustificato da una delle possibili concezioni di giustizia (ad esempio sotto il profilo dei diritti umani) che possano essere avanzate da persone ragionevoli, allora tale contenuto non potrebbe essere considerato come “giuridico”. Nello stesso volume, un po’ più avanti, MacCormick ricava da queste affermazioni una implicazione di carattere più generale: egli dichiara, cioè, di muoversi ormai nell’orbita di una posizione non positivista o comunque post-positivista³⁶. Io credo che si possa dire, a conti fatti, che nella sua posizione odierna vi sono aspetti giusnaturalistici e aspetti giuspositivistici, ma non c’è più una opposizione chiara e riconoscibile fra le due tradizioni di ricerca. La dicotomia fra giuspositivismo e giusnaturalismo non rivela più per lui alcuna importante verità, espressione di una tesi che prefigura un «two-way-divided universe of jurisprudence»³⁷, cosa che a suo avviso non è più possibile condividere.

4. Alcune osservazioni critiche su conoscenza giuridica e valori

Ci sarebbe moltissimo da dire, in sede di commento critico, sulle posizioni di MacCormick nel merito di tutte le questioni sollevate, ma manca purtroppo lo spazio per un discorso approfondito e dettagliato.

Mi limiterò, pertanto, ad alcune schematiche osservazioni. Il mio commento riguarderà in particolare tre temi, che tratterò nell’ordine: il

³⁴ Cfr., ad esempio, N. MACCORMICK, *The Concept of Law and the “Concept of Law”*, in *The Autonomy of Law...*, cit., pp. 166-167.

³⁵ N. MACCORMICK, *Institutions of Law...*, cit., p. 242.

³⁶ *Ibid.*, p. 278.

³⁷ *Ibid.*, p. 278.

tema della conoscenza giuridica e quello dei giudizi di valore giuridici, che saranno trattati in questo paragrafo; e il tema della concezione del giuspositivismo, e della sua eventuale opposizione nei confronti del giusnaturalismo, che verrà trattato nell'ultimo paragrafo.

Per quel che riguarda il tema della conoscenza giuridica, c'è un punto su cui, come ho chiarito nella introduzione, mi piace esprimere un consenso pieno e forte con la posizione di MacCormick. La tesi della valenza conoscitiva dell'attività degli studiosi del diritto ha sempre esercitato un notevole fascino sui filosofi del diritto, ma sinora aveva interessato prevalentemente – anche se certo non esclusivamente – gli studiosi continentali, che avevano sotto gli occhi la dogmatica giuridica e la teoria del diritto in un contesto di diritto codificato. Alcuni di loro (Bobbio, Scarpelli e Ross, ad esempio), qualche decennio fa (per l'esattezza negli anni '50 e '60 del secolo scorso), avevano declinato il tema, sulla spinta delle concezioni epistemologiche neopositivistiche, nei termini di una indagine sul *valore scientifico* delle discipline giuridiche positive³⁸. Probabilmente non era possibile fare altrimenti, in un contesto dominato dalla tesi della identità fra “conoscenza” e “scienza”. Inoltre, l'indagine sul metodo promossa da questi filosofi del diritto si era mossa, sulla scorta di questi presupposti, sulla base della premessa costituita dal *monismo metodologico*³⁹: in altri termini si chiedeva ai giuristi di scimmiettare il metodo empirico degli scienziati naturali, visto come l'unico possibile modo di “fare scienza”.

Oggi, in un clima culturale profondamente mutato, in cui sono le concezioni epistemologiche post-positivistiche a dominare il campo, si rifiuta ormai la tesi della identità fra “conoscenza” e “scienza empirica” e si mette in questione l'impostazione *imperialistica* del monismo metodologico, in favore di metodologie ispirate al *pluralismo metodologico*⁴⁰.

In questo contesto molti studiosi, fra cui il sottoscritto⁴¹, hanno scelto la strada alternativa di sondare il valore conoscitivo dell'attività di studiosi del diritto e operatori giuridici, a prescindere dalla conformità al troppo rigido modello offerto dalle scienze empiriche. Ebbene, MacCormick si muove anch'egli in questa direzione senz'altro più feconda, con l'obiettivo di distinguere chiaramente, nell'ambito delle attività rivolte al diritto positivo, il campo di quelle che vengono svolte con obiettivi cono-

³⁸ Per una analisi di queste posizioni si veda il mio *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Giuffrè, Milano 1984.

³⁹ Per una definizione di “monismo metodologico”, si veda il mio *Storia della filosofia del diritto analitica*, il Mulino, Bologna 2003, p. 63.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 142.

⁴¹ Si veda in proposito il mio *Costruttivismo e teorie del diritto*, *cit.*

scitivi (sia pure con modalità e obiettivi diversi), da quelle che invece si concretano in operazioni ideologiche, in discorsi politici, in prese di posizione normative, in discorsi critici. In questa scelta strategica mi pare che continui a sopravvivere in lui una insopprimibile e genuina ispirazione giuspositivistica, relativa, in particolare, a quel positivismo metodologico che per me costituisce, come ho già detto, uno dei due aspetti fondamentali della definizione concettuale di giuspositivismo.

Come ho già avuto modo di rilevare nel paragrafo precedente, la strada prescelta da MacCormick, all'interno delle concezioni post-positivistiche, è quella del costruttivismo epistemologico. La mia impressione, tuttavia, è che questo progetto non sia sviluppato da MacCormick in modo coerente, sino alle sue estreme conclusioni. Quella che viene fuori è una versione troppo debole di costruttivismo. Due sono in proposito i punti da mettere in evidenza.

Il primo punto è che MacCormick limita il ruolo costruttivo della conoscenza, su di un piano più generale, al profilo della ricostruzione razionale di un campo di esperienza, alla instaurazione di un ordine al suo interno⁴². Ma la concezione costruttivistica, se correttamente intesa⁴³, si spinge più in là, sino alla operazione tesa a ritagliare, all'interno di un campo di fenomeni, quelli che rappresentano, all'interno di un dato schema concettuale, gli "oggetti-base" che fanno parte di un dato campo di esperienza e a selezionarne le proprietà ritenute più rilevanti. Non mi pare che MacCormick si muova con coerenza verso questa direzione. Che le cose stiano così è mostrato anche dal riferimento che egli fa, sempre in chiave costruttivistica, alla tesi popperiana del "Mondo 3", relativa alle modalità di esistenza dei fatti culturali e istituzionali⁴⁴, in questo caso delle norme e degli altri "oggetti giuridici". Si tratta di una tesi fortemente venata da premesse oggettualistiche, che non è possibile collocare all'interno di una concezione costruttivistica. La posizione di Popper equivale, in realtà, ad una versione molto sofisticata di neopositivismo.

Il secondo punto riguarda la questione della valutatività della conoscenza (in generale e per quanto riguarda la conoscenza giuridica), sulla

⁴² N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, cit., pp. 134-135.

⁴³ Buoni esempi di concezioni epistemologiche costruttivistiche coerentemente sviluppate sono rappresentati da N. GOODMAN, *Ways of Worldmaking*, Hackett, Indianapolis and Cambridge 1978; e da H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge 1981.

⁴⁴ K.R. POPPER, *Objective Knowledge: an Evolutionary Approach*, Clarendon Press, Oxford 1972, pp. 103-122, 153-165.

quale, come ho detto sopra, MacCormick esprime posizioni ambigue ed oscillanti; eppure la critica al principio della avalutatività, nella sua versione forte, fa integralmente parte di una concezione costruttivistica della conoscenza⁴⁵. Ma questo punto fa già parte del secondo tema, che passo subito a trattare.

Per quanto riguarda, appunto, il secondo tema, quello del rapporto fra giudizi di valore e conoscenza giuridica, non posso che ribadire ulteriormente quanto detto nel paragrafo precedente. MacCormick sembra incerto sul tipo di strategia da intraprendere per affrontare questo delicato problema, combattuto com'è dal desiderio di soddisfare due opposte esigenze: quella di riconoscere, anche in campo giuridico, la caratteristica di oggettività che dovrebbe far parte di tutti i discorsi conoscitivi, oggettività che egli continua tutto sommato a collegare al paradigma della "descrizione avalutativa"; e quella di ammettere che in questo stesso campo sono presenti materiali valutativi non certo secondari (i principi che introducono i diritti fondamentali, ad esempio), che richiederebbe all'osservatore un certo grado di compromissione valutativa. Ma si tratta di una tensione che rimane irrisolta, perlomeno a mio avviso.

Per parte mia penso che MacCormick avrebbe potuto osare di più cercando proprio nel costruttivismo le risorse epistemologiche per riconoscere come si possa oggi mettere in questione il principio di avalutatività della conoscenza da un punto di vista generale, e poi anche rifiutare, ma in un senso diverso e più forte, il principio di avalutatività della conoscenza giuridica⁴⁶.

Questo riconoscimento implica, a mio avviso, due tesi diverse, collocate su due differenti livelli di generalità. Implica, in primo luogo, da un punto di vista generale, la rimozione di quella sorta di "proibizione metodologica" posta dal *principio di avalutatività della conoscenza*. Così facendo si raggiungerebbe un primo risultato, che potremmo qualificare come *tesi minimale sui giudizi di valore*. Questa tesi afferma soltanto, *negativamente*, che non ci sono ragioni epistemologiche persuasive a sostegno di questa proibizione. Ma la possibile presenza di giudizi di valore, nell'uno o nell'altro dei domini della conoscenza, è una tesi che ha bisogno di fondarsi su argomenti ulteriori. In altri termini, per raggiungere un

⁴⁵ Un buon esempio di una critica, costruttivisticamente orientata, al principio di "avalutatività della conoscenza" lo troviamo in M. HESSE, *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*, Harvester Press, Brighton 1980, pp. 133 ss., 188 ss., 193 ss.

⁴⁶ Ho cercato di sviluppare un tentativo del genere nel mio *Legal Theory and Value Judgments*, in *Constructing Legal Systems*, ed. by N. MacCormick, Kluwer, Dordrecht 1997, pp. 117-147.

risultato più importante (e questa è la mia seconda tesi), quello di affermare *la presenza necessaria di giudizi di valore nella conoscenza giuridica*, dobbiamo invece sviluppare un argomento del tutto nuovo.

Non è possibile qui presentare in dettaglio questo argomento⁴⁷. Lo posso soltanto sintetizzare brevemente. Nel campo di esperienza giuridico, così come in quello di tutte le scienze umane, l'oggetto di indagine può contenere di già valori e/o giudizi di valore. Ebbene, pure nei confronti dei valori, in quanto oggetti di conoscenza, va coerentemente mantenuto un approccio di tipo costruttivistico; ciò vuol dire che di essi non può fornirsi una mera descrizione, ma bensì una ricostruzione interpretativa di tipo selettivo. In altre parole, anche i valori devono essere modellati dall'intervento attivo della conoscenza (giuridica). I valori, si potrebbe aggiungere, non nascono già equipaggiati con "etichette auto-identificanti". Questo intervento attivo potrebbe richiedere ad esempio, per gli studiosi del diritto, privilegiare una possibile interpretazione del loro contenuto, stabilire priorità gerarchiche fra di loro, metterne in luce alcune caratteristiche, lasciarne nell'ombra altre.

Si pensi, ad esempio, alla complessa situazione in cui i giudici della nostra Corte Costituzionale si trovano quando devono occuparsi di interpretare il contenuto semantico, valutativamente connotato, di principi costituzionali. Nei casi in cui più principi costituzionali siano potenzialmente rilevanti per la soluzione di un caso concreto e spingano in direzioni contrapposte, il compito di questi giudici – invero molto complesso – sarà quello di decidere quale di essi sia da privilegiare in quella data situazione, ovvero quello di operare un bilanciamento, limitato a quella determinata fattispecie, dei principi in ipotesi confliggenti.

Sulla base di quanto or ora detto, possiamo tirare la conclusione finale dell'argomento: e la conclusione è che il lavoro interpretativo, di tipo selettivo, che viene richiesto a giuristi e operatori non può essere svolto senza postulare l'intervento di *giudizi di valore di secondo ordine* (giudizi di valore su valori), che siano in grado di esprimere l'"apprezzamento migliore possibile" di quei valori che sono già presenti dentro il sistema giuridico. Detto in termini molto schematici, lo slogan da coniare dovrebbe essere questo: «ci vogliono valori per render conto di valori».

Ritornando, adesso, alle tesi di MacCormick, non mi pare accettabile il suo argomento, volto a salvare la neutralità dei discorsi conoscitivi dei giuristi, secondo cui ci sarebbe una differenza fra giudizi di valore a carattere scientifico (ad esempio orientati verso il valore di verità) e giudizi di valore a carattere etico. Alcuni studiosi di orientamento giuspositivista hanno

⁴⁷ Per il quale rinvio di nuovo al mio *Legal Theory and Value Judgments*, cit., pp. 117-147.

recentemente avanzato questo tipo di argomento⁴⁸. Esso consiste nel dire che dovremmo distinguere fra *committed value-judgments*, che provengono dall'interno di un dato sistema giuridico, e *neutral evaluations*, che vengono dall'esterno, e che sono espressione di valori tradizionalmente scientifici ("verità", "semplicità", "potere esplicativo", eccetera). In sintesi, questo ultimo tipo di valutazioni esprimerebbe giudizi – anche di carattere etico – sulla rilevanza e importanza dei fenomeni da indagare, ma non implicherebbe, dopo tutto, alcun tipo di apprezzamento valutativo.

A me sembra che qui di nuovo si finisca con il presupporre la vecchia posizione "demarazionistica" del giuspositivismo tradizionale, secondo la quale la presenza di valutazioni etiche richiede sempre al giurista una "collocazione interna" e una "presa di posizione" a favore o contro certe disposizioni presenti all'interno di un certo sistema giuridico, o del sistema giuridico nel suo complesso. Da questo punto di vista, esprimere una valutazione etica rappresenta sempre un passaggio dell'attività, di carattere pratico, che riguarda "giustificare qualcosa", ovvero "accettare o rifiutare qualcosa". La collocazione esterna sarebbe, al contrario, quella che è disponibile per lo "scienziato" (nel senso lato del termine), per colui che "descrive neutralmente i fenomeni", di qualsiasi tipo essi siano.

A questa posizione si possono opporre non meno di due osservazioni critiche. La prima consiste nel rilevare che non c'è alcuna connessione, di tipo logico o concettuale, fra adottare una posizione "interna" o "assumere un impegno normativo" nei confronti di un sistema giuridico, ed esprimere un giudizio di valore di carattere etico nei confronti del sistema stesso. È perfettamente possibile, cioè, "stare all'esterno del sistema", e dunque adottare una posizione che precluda qualsiasi tipo di impegno, ed essere sostanzialmente "costretti" ad esprimere giudizi di valore, per realizzare una migliore comprensione dei materiali, carichi di valore, contenuti all'interno di quel sistema.

La seconda osservazione critica vale a sollevare seri dubbi sulla distinzione fra "giudizi di carattere etico" e "apprezzamenti a carattere scientifico", che a me sembra coniata *ad hoc*, proposta per l'unica ragione di immunizzare la conoscenza giuridica rispetto all'intrusione di giudizi di valore "forti". Non penso che sia possibile tracciare una netta linea di demarcazione, di carattere qualitativo, fra questi due tipi di giudizi, con specifico riguardo al loro contenuto. Ritengo, al contrario, che una distinzione praticabile possa riguardare soltanto la funzione che tali giudizi si propongono di realizzare.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, quanto dice J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2001, pp. 32-33.

Per dare maggiore forza a questa affermazione, può essere utile far riferimento di nuovo al pensiero di Putnam. Secondo questo studioso, tutti i valori sono *on the same boat*: con le sue parole, «if values seem a bit suspect from a narrowly scientific point of view, they have, at the very least, a lot of “companions in the guilt”: justification, coherence, simplicity, reference, truth, and so on, all exhibit the same problems that goodness and kindness do, from an epistemological point of view»; ed egli conclude dicendo che «we should recognize that all values, including the cognitive ones, derive their authority from our idea of human flourishing and our idea of reason»⁴⁹.

Naturalmente, assumere in campo giuridico questa posizione, apertamente critica nei confronti del principio di avalutatività, richiede una serie di precisazioni e di distinzioni che qui non è possibile fare. Di una di queste, però, mi pare particolarmente importante parlare. Faccio qui riferimento alla distinzione fra *giudizi di valore che hanno una funzione cognitiva*, il cui scopo è quello di contribuire ad una migliore comprensione di un dato diritto positivo; e *giudizi di valore che hanno un funzione creativa in senso forte*, il cui compito è di modificare il sistema giuridico in direzione di valori e finalità che al momento non possono essere considerate come “parte del sistema”. Ma, ovviamente, i relativi giudizi di appartenenza hanno sempre un carattere costruttivo, nel senso che non descrivono neutralmente i valori e le finalità, come se queste ultime esistessero autonomamente nella realtà, sotto forma di elementi del “mobiliario dell’universo”. In ogni caso, i giudizi di valore che hanno una funzione cognitiva, nei limiti in cui siano introdotti con lo scopo di fornire una migliore conoscenza di un dato diritto positivo, non possono provenire liberamente “dall’esterno”, come il risultato di un intervento completamente discrezionale del giurista, magari orientato da motivazioni di carattere politico o ideologico.

Vorrei infine aggiungere che, in accordo con quanto fin qui detto, la posizione che ho cercato di sviluppare, sia pure troppo schematicamente (in questa sede), non può essere in alcun modo qualificata come “giusnaturalista”. Il mio approccio rimane fermamente, invece, nel campo giuspositivista, perché esso, tra le altre ragioni, apprezza al massimo grado e tiene nel massimo conto una delle più importanti caratteristiche che il giuspositivismo abbia mai attribuito alle operazioni poste in essere dagli studiosi del diritto (qualcosa che anche MacCormick ha apertamente riconosciuto e che rimane la componente residuale del suo giuspositivismo): quella secondo cui uno dei compiti più importanti del giurista è quello di cercare di fornire una conoscenza “oggettiva” del diritto positivo, nel

⁴⁹ H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, cit., pp. 140-141.

senso specifico di una conoscenza che è indipendente dall'accettazione o rifiuto etico e dalla manipolazione ideologica dei suoi contenuti.

È importante ribadire, a questo proposito, che la differenza fra un giuspositivista e un giusnaturalista non risiede per nulla nel fatto che il primo pensi che il diritto positivo possa essere descritto senza esprimere giudizi di valore, e il secondo pensi che debba essere necessariamente descritto facendo ricorso ad essi. La differenza risiede, al contrario, nel tipo di giustificazioni che, rispettivamente, giuspositivismo e giusnaturalismo offrono di questi tipi di giudizi. Qui l'alternativa è fra *giustificazioni oggettive* (nel caso del giusnaturalismo) e *giustificazioni relative* (nel caso del giuspositivismo); fra giustificazioni che sono fondate su valori oggettivi, e giustificazioni che si basano su valori che sono validi in modo *contingente*, relativamente ad un dato contesto.

5. *Un'ultima parola sul positivismo giuridico di MacCormick*

Vorrei adesso concludere il mio saggio tornando al tema delle varie concezioni del giuspositivismo via via sostenute da MacCormick. La mia impressione è che la posizione più solida e coerente fra quelle da lui espresse sia tutto sommato quella originaria, sia pure in un contesto dominato da premesse epistemologiche e teoriche di fattura tradizionale. Stando così le cose, la mia personale preferenza andrebbe per l'affermazione di una chiara opposizione concettuale fra giuspositivismo e giusnaturalismo, accompagnata da premesse epistemologiche e teoriche forse più aggiornate rispetto a quelle espresse dal MacCormick di *Legal Reasoning and Legal Theory*.

In ogni caso, ricapitolò brevemente le critiche già svolte nei confronti delle sue "posizioni di partenza". Questa serie di critiche riguarda, pertanto, la fase in cui MacCormick accetta, più o meno pienamente, la contrapposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo. Sulle fasi successive del suo pensiero ho avuto già modo di sviluppare le mie critiche nel paragrafo precedente.

La prima critica è che nel pensiero di MacCormick manca, già nelle sue prime formulazioni della opposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo, una chiara distinzione fra livello del *concetto* e livello delle *concezioni*, e dunque è assente una precisa consapevolezza di ciò che del giuspositivismo rimane stabile e di ciò che è soggetto a mutamento.

La seconda critica, collegata alla prima, è che non è presente, nel pensiero di MacCormick, la distinzione dei due diversi livelli *ontologico* e *metodologico*, in cui si articola la definizione di giuspositivismo. Questa carenza produce quei salti logici che ho già individuato nei paragrafi precedenti e sui quali non torno. Ma, anche rimanendo al livello ontologico, non viene precisato con chiarezza che la tesi logicamente prioritaria, delle

due che egli mette in campo, è la *social thesis*, e che è dunque da essa che scaturisce come implicazione la tesi della separabilità fra diritto e morale. Una ulteriore prova di questo fraintendimento è data dal fatto che egli, temendo (ingiustificatamente) che la tesi secondo cui certi valori morali penetrino nel diritto possa mettere in questione la tesi giuspositivistica della separabilità, cerca di risolvere la difficoltà saltando dal livello ontologico al livello metodologico: in questo senso egli sostiene che il fatto che i membri della comunità giuridica esprimano preferenze morali non implica che debba farlo pure lo studioso. Come ho detto, però, si tratta, di due questioni diverse: un conto è la questione della connessione (necessaria o meno) fra diritto e morale, un altro conto è la questione di quale debba essere l'atteggiamento metodologico dello studioso del diritto. Mi pare che sulla prima questione le recenti versioni *inclusiviste*⁵⁰ del giuspositivismo abbiano molte cose da dire, e siano in grado di mostrare come il fatto che una determinata organizzazione giuridica faccia riferimento a certi valori etici come parte integrante del suo diritto positivo è, tutto sommato, un elemento contingente, che dipende dai criteri di riconoscimento accettati all'interno di quel sistema giuridico⁵¹.

La terza critica è legata al fatto che MacCormick trascura di mettere in evidenza che il vero elemento cruciale su cui basare l'opposizione, a livello ontologico, fra giuspositivismo e giusnaturalismo si colloca sul piano meta-etico e riguarda la distinzione fra assolutismo etico e relativismo etico. Del resto, la prova della importanza, per lo stesso MacCormick, dell'alternativa fra questi due tipi di giustificazione meta-etica è data dal fatto che la fase in cui egli abbandona le premesse meta-etiche non cognitivistiche coincide con quella in cui egli comincia a mettere seriamente in discussione il significato e la rilevanza della opposizione fra queste due tradizioni di ricerca.

L'ultimo rilievo critico, già menzionato più volte, riguarda il livello metodologico della definizione. MacCormick trascura di distinguere la tesi concettuale, cruciale per il giuspositivismo, della distinzione fra "render conto del diritto positivo" e "prendere posizione su di esso", da quella, che riguarda il livello delle concezioni, secondo cui il discorso conoscitivo deve comunque essere rigorosamente avalutativo. Il mancato riconoscimento di questa distinzione causa ulteriori problemi alla sua teoria; e

⁵⁰ Fra queste versioni la più persuasiva mi sembra essere quella di W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994.

⁵¹ Si veda, in proposito, quanto sostengo nel mio *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di "inclusive positivism"*, in *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino 2001, pp. 255-288.

anche qui, non per caso, non appena comincia ad incrinarsi la sua fiducia nel carattere avalutativo dei discorsi conoscitivi degli studiosi del diritto, la sua scelta di campo in favore del giuspositivismo comincia a vacillare.

In sede di conclusione, non posso che ribadire, a prescindere da questi specifici commenti critici, che la concezione di MacCormick rimane un punto fondamentale di svolta nella teoria del diritto analitica contemporanea, o, forse, come si potrebbe ancora dire, nel positivismo giuridico analitico contemporaneo, stante il fatto che la posizione di MacCormick, perlomeno dal punto di vista metodologico, è ancora collocabile all'interno dello schieramento giuspositivista.