

ALDO SCHIAVELLO

Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto

The so called neo constitutionalism and legal knowledge

ABSTRACT

Da una prospettiva giusfilosofica, le tesi più interessanti del c.d. neocostituzionalismo sono quelle che sfidano il positivismo giuridico metodologico. Come *approach* al diritto, il positivismo giuridico presuppone la possibilità di distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere, tra diritto ideale e diritto reale, e, sulla base di tale distinzione, individua l'oggetto della scienza giuridica nel diritto positivo. L'attacco del neocostituzionalismo a questo modo di intendere la conoscenza del diritto ruota intorno a tre argomenti: a) l'argomento della pretesa di correttezza b) l'argomento legato alla impossibilità di distinguere nettamente l'osservatore dal partecipante e c) l'argomento della svolta interpretativa della scienza giuridica. Il mio obiettivo in questa sede è quello di mostrare che il giuspositivismo metodologico non è in grado di replicare in modo convincente ad una critica fondata su questi argomenti. Altra questione, che non affronto direttamente, è quella di stabilire se, a partire da queste critiche, sia possibile configurare una prospettiva giusfilosofica alternativa tanto al giusnaturalismo quanto al giuspositivismo. Per un verso, ritengo che si tratti di una questione leziosa, che rischia di arenarsi in dispute sterili il cui esito è pre-determinato dalle definizioni stipulative di partenza. Per altro verso, ritengo possibile e opportuno ricostruire, a livello concettuale, giupositivismo e giusnaturalismo come prospettive mutuamente esclusive. In questo caso, gli autori c.d. neocostituzionalisti potranno essere ricondotti ora all'una ora all'altra concezione del diritto, a seconda che le critiche al giuspositivismo metodologico siano accompagnate da una prospettiva meta-etica oggettivista e cognitivistica o, viceversa, soggettivista e non-cognitivistica. Nel primo caso, ci troveremo di fronte a concezioni del diritto anti-giuspositiviste (e, dunque, giusnaturaliste); nel secondo, di fronte a concezioni post-positiviste del diritto che, pur rinunciando alla purezza della scienza giuridica, mantengono fede alla massima *auctoritas non veritas facit legem*. In questo modo, si recupererebbe anche l'intuizione di giuspositivisti come Hans Kelsen ed Alf Ross che considerano il non-cognitivism etico un elemento essenziale del positivismo giuridico.

From a legal philosophical point of view, the most interesting theses of so-called neo-constitutionalism are those that challenge methodological legal positivism. As an approach to law, legal positivism presupposes the possibility of distinguishing between "law as it is" and "law as it should be", between ideal law and real law, and, on the basis of this distinction, it identifies the object of legal science in positive law. The attack of neo-constitutionalism on this way of seeing legal knowledge revolves around three arguments: a) the argument of the correctness claim b) the argument relating to the impossibility of clearly distinguishing the observer from the participant, and c) the argument of the interpretive turn in legal science. My goal here is to show that methodological legal positivism is unable to reply convincingly to a critique based on these arguments. Another issue, which I do not deal with directly, is to determine whether, from these criticisms, it is possible to configure a legal philosophical perspective that is an alternative to both natural law doctrine and legal positivism. On the one hand, I feel that this is a futile issue, which is likely to run aground in sterile disputes whose outcome is predetermined by the starting stipulative definitions. On the other hand, I think it is possible and appropriate, at a conceptual level, to reconstruct legal positivism and natural law as mutually exclusive perspectives. In this case, the so-called neo-constitutionalist authors can be linked to the one or the other conception of law, depending on whether criticisms of methodological legal positivism are accompanied by an objectivist and cognitivist meta-ethical perspective or, conversely, by a subjectivist and non-cognitivist one. In the first case, we would be looking at anti-positive-law ideas of law (and, therefore, at natural law ones); in the second, at post-positivist conceptions of law that, despite foregoing the purity of legal science, remain faithful to the maxim *auctoritas non veritas facit legem*. In this way we would also recover the intuition of legal positivists like Hans Kelsen and Alf Ross, who consider ethical non-cognitivism an essential element of legal positivism.

KEYWORDS

Neocostituzionalismo, positivismo giuridico, giusnaturalismo, diritto e morale, epistemologia giuridica

Neo-constitutionalism, legal positivism, natural law doctrine, law and morals, legal epistemology

ALDO SCHIAVELLO*

*Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto***

1. *Osservazioni introduttive, ovvero: Please, Don't Talk about Neo-constitutionalism Any More!*
2. *La sfida del c.d. neocostituzionalismo al giuspositivismo metodologico – 2.1. L'argomento della pretesa di correttezza – 2.2. Punto di vista interno – 2.3. La svolta interpretativa della scienza giuridica*
3. *Conclusioni.*

1. *Osservazioni introduttive, ovvero: Please, Don't Talk about Neo-constitutionalism Any More!*

Sembrirebbe che la funzione principale, se non addirittura l'unica, di alcune nozioni sia quella di innescare il gioco di società – assai in voga tra gli accademici – del “che cosa intendiamo quando parliamo di...?”. L'ipotesi che “neocostituzionalismo” sia una di queste nozioni è tutt'altro che peregrina. Se si consulta la copiosa letteratura che è stata prodotta sul tema a partire da quando questo neologismo è stato coniato, ormai quasi vent'anni fa¹, e gettato in pasto a giuristi, giusfilosofi e filosofi politici, si direbbe che si sia sempre al punto di partenza, vale a dire quello di precisare cosa debba intendersi con “neocostituzionalismo”. Definire o ridefinire le nozioni implicate nella propria ricerca è ovviamente buona norma per qualsiasi studioso; il problema sorge quando questa *actio finium regundorum* si risolve in un'attività fine a se stessa, superflua, evitabile, quando non addirittura dannosa (almeno a voler prestare fede al noto principio *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*).

Detto questo, va innanzitutto precisato che “neocostituzionalismo” è un termine ambiguo, al quale possono essere ricondotti almeno cinque significati (seguo qui PINO 2011)².

In primo luogo, “neocostituzionalismo” denota una forma di stato caratterizzata dalla presenza di una costituzione lunga, rigida e garantita attraverso un controllo giudiziario o para-giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie.

In secondo luogo, esso indica una cultura giuridica che condivide: *a)* la tesi della forza vincolante della costituzione, e cioè l'idea che ogni norma contenuta nella costituzione sia una genuina norma giuridica, vincolante e capace di produrre effetti giuridici e *b)* un peculiare atteggiamento interpretativo caratterizzato dalla propensione alla sovra-interpretazione, alla applicazione diretta delle norme costituzionali in caso di lacune (anche assiologiche) e alla interpretazione adeguatrice (GUASTINI 1998).

In terzo luogo, “neocostituzionalismo” designa una teoria del diritto che si propone esplicitamente come

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo. E-mail: aldo.schiavello@unipa.it.

** Ringrazio Francisco Javier Ansuátegui Roig, Francesco Belvisi, Stefano Berteà e Gianluigi Palombella per le loro penetranti osservazioni su questo saggio.

¹ La prima occorrenza del termine è unanimemente segnalata in POZZOLO 1998. Cfr. POZZOLO 2001, MAZZARESE 2002, GUASTINI 2011a, PINO 2011.

² Cfr. anche GARCÍA FIGUEROA 2009, 59-65 e *passim*.

alternativa rispetto alla teoria del diritto del positivismo giuridico ottocentesco. In particolare, la teoria del diritto neocostituzionalista rifiuta i dogmi dello statalismo, del legicentrismo e del formalismo interpretativo (COMANDUCCI 2002). Inoltre, tale teoria attribuisce un ruolo di primo piano ai principi e tende a distinguere questi ultimi, più o meno nettamente, dalle regole (BONGIOVANNI 2013) e, infine, propone una concezione “sostanzialista” della validità delle norme giuridiche (FERRAJOLI 2010, 2781 ss.).

In quarto luogo, il termine *de quo* etichetta una filosofia del diritto che si propone come alternativa a giuspositivismo e giusnaturalismo (MACKIE 1977; BARBERIS 2012). Manuel Atienza (2011, 142, trad. mia) individua il nucleo centrale di questa concezione del diritto nell’idea che «il fenomeno giuridico [sia] composto fundamentalmente da due ingredienti – quello autoritativo e quello valutativo – e che questo secondo [abbia] una sicura priorità sul primo».

I punti salienti di tale concezione del diritto sarebbero *a*) la riproposizione della tesi (giusnaturalista) della connessione necessaria tra diritto e morale³; *b*) l’accoglimento della tesi (giuspositivista) secondo cui il termine “diritto” e l’espressione “diritto positivo” sono sinonimi; *c*) l’idea che il diritto è una pratica sociale argomentativa (DWORKIN 1986, 18; ATIENZA 2006; VILLA 2012, 10 ss.); *d*) la critica al giuspositivismo metodologico e, in particolare, alla netta distinzione tra diritto com’è e diritto come dovrebbe essere e a quella tra descrivere e valutare-prescrivere (COMANDUCCI 2002; SASTRE ARIZA 1999 e 2003). I principali argomenti che corroborano la critica del neocostituzionalismo al giuspositivismo metodologico si fondano: I) sulla pretesa di correttezza avanzata dal diritto (ALEXY 1989 e 1992), II) sulla rilevanza del punto di vista interno per la scienza giuridica (SASTRE ARIZA 1999, 125 ss.) e III) sulla svolta interpretativa (KRESS 1987).

In quinto ed ultimo luogo, “neocostituzionalismo” indica un atteggiamento ideologico e assiologico di adesione morale alla forma di stato e alla cultura neocostituzionaliste. Per dirla con Paolo Comanducci (2002, 82), «il neocostituzionalismo ideologico non si limita a descrivere gli esiti del processo di costituzionalizzazione, ma li valuta positivamente e ne propugna la difesa e l’ampliamento».

Questa ricostruzione dei significati principali di “neocostituzionalismo” rafforza la mia convinzione che l’uso di questa nozione (peraltro circoscritto ad Italia, Spagna e Sud America) sia interessante essenzialmente come segno – come *brand*, mi spingerei a dire – di una certa atmosfera culturale (SCHIAVELLO 2003, 37) o, se si preferisce, come indizio di importanti mutamenti nel diritto (passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale di diritto) e nella cultura giuridica. Rispetto alla cultura giuridica, mi sembra che i mutamenti possano essere compendati nella sostituzione dell’ideal-tipo del giurista come “custode” del diritto con l’ideal-tipo del giurista “creatore”⁴. In base al primo modello, il giurista è considerato il depositario di un sistema di norme già dato. L’attività principale del giurista custode è quella interpretativa, intesa come attività meccanica che non richiede alcun (o soltanto un minimo) esercizio di discrezionalità. Evidentemente, il giurista custode è il distillato di scelte ideologiche e politiche relative al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l’autorità dello stato e così via. In base al secondo modello, il giurista è considerato a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e si dà per scontato che egli contribuisca a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Norberto Bobbio sostiene che il giurista creatore distolga la sua attenzione dall’attività interpretativa per dedicarsi, appunto, alla creazione del diritto.

³ BARBERIS 2014, 32, nega che si tratti di una mera riproposizione della tesi giusnaturalista e, infatti, a proposito del neocostituzionalismo preferisce usare l’espressione “tesi della connessione” e non “tesi della connessione necessaria”. Tuttavia, se il neocostituzionalismo sostiene soltanto che vi sono importanti collegamenti tra il diritto e la morale, non mi sembra che questa tesi possa imbarazzare in alcun modo un giuspositivista. Cfr. MACCORMICK, 1978, 266; HARTNEY 1994, 48.

⁴ Riprendo questa modellizzazione da BOBBIO 1977, 34 ss.

Presentare l'interpretazione e la creazione come opzioni rigidamente alternative è tuttavia fuorviante; anche nel caso in cui il giurista si auto-rappresenti o venga rappresentato come creatore del diritto, la sua attività prevalente è sempre quella interpretativa. Ciò che cambia rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Il giurista custode adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre il giurista creatore espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Se la nozione di “neocostituzionalismo” viene utilizzata in questa accezione, vale a dire essenzialmente come sinonimo di “stato costituzionale di diritto” e di “costituzionalizzazione” (quindi, nei primi due significati proposti da Pino), allora l'esigenza di evitare ambiguità e fraintendimenti superflui (*entia non sunt multiplicanda...*) suggerirebbe di ricorrere a queste ultime nozioni anziché alla prima⁵.

Un discorso a parte merita il neocostituzionalismo come filosofia del diritto. A prescindere dal fatto che si consideri o meno la contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo come mutuamente esclusiva (ed io sono propenso a ritenerla tale), è davvero complicato individuare un *fil rouge* che congiunga tutti gli autori che vengono considerati neocostituzionalisti.

Giorgio PINO (2011, 970) ritiene che questa obiezione, che punta l'accento sulla eterogeneità del neocostituzionalismo, «per un verso provi troppo, e per altro verso sia inesatta». Proverebbe troppo, perché tutte le correnti filosofico-giuridiche, se descritte ad un sufficiente livello di astrazione, non sono “blocchi di granito” ma sono in grado di includere al loro interno posizioni eterogenee e parzialmente confliggenti. Rispetto a questo, mi limito ad osservare che l'obiezione non riguarda l'eterogeneità in quanto tale (che, come rileva correttamente Pino, è una caratteristica ineliminabile di ogni concezione giusfilosofica) ma l'eccessiva eterogeneità delle posizioni ricondotte al neocostituzionalismo. Ovviamente, quando l'eterogeneità sia da considerare eccessiva non può essere determinato con certezza. Tuttavia, ritengo che le differenze tra autori quali, ad esempio, Ronald Dworkin, da un lato, e Luigi Ferrajoli, dall'altro, entrambi sovente etichettati come neocostituzionalisti, siano tali e tante da consentire almeno di dubitare che sia lecito ricondurli ad una stessa tradizione filosofico-giuridica. Tanto più che Dworkin viene considerato neocostituzionalista a sua insaputa e Ferrajoli contro la sua volontà (FERRAJOLI 2010; PINO 2011, 965 s.). È innegabile che anche tra la concezione del diritto di Hans Kelsen e quella di Herbert Hart vi siano importanti differenze così come, fatte le debite proporzioni, tra la concezione del diritto di Joseph Raz e quella di Jules Coleman⁶; tuttavia, tutti questi autori si percepiscono come giuspositivisti e ciò mi sembra almeno un buon punto di partenza.

L'obiezione sarebbe poi inesatta, secondo Pino, perché non è la prospettiva giusfilosofica neocostituzionalista ad essere patologicamente eterogenea, ma la parola “neocostituzionalismo” ad esprimere troppi significati. Rispetto a questa osservazione si può ribadire, innanzitutto, che l'una cosa non esclude necessariamente l'altra: la concezione del diritto neocostituzionalista può essere eccessivamente eterogenea e la parola “neocostituzionalismo” esprimere troppi significati. Inoltre, è difficile negare che quando nel dibattito giusfilosofico o filosofico politico si parla di neocostituzionalismo è proprio ad una presunta prospettiva giusfilosofica che si fa primariamente riferimento; quindi, è rispetto a “questa cosa qui”, *i.e.* a una concezione del diritto, che bisogna chiedersi – e che, di fatto, ci si chiede – se sia il caso di utilizzare l'etichetta in questione. Circoscritto il dibattito all'opportunità

⁵ Segnalo che, a complicare le cose, nel dibattito angloamericano si usa l'espressione *new constitutionalism* esclusivamente in queste due accezioni. Tale espressione inglese è indipendente dalla espressione italiana *neocostituzionalismo* e dalla castigliana *neoconstitucionalismo* le quali, come si è detto, non indicano soltanto (né prevalentemente) questo (BARBERIS 2012, 154-156). Evitare possibili fraintendimenti di traduzione è una ragione di più per sconsigliare l'uso del termine neocostituzionalismo.

⁶ Talvolta anche il positivismo giuridico inclusivo à la Coleman è ricondotto alla prospettiva neocostituzionalista e questo è dunque un ulteriore esempio di neocostituzionalista *malgré lui*.

di ricorrere al termine “neocostituzionalismo” per designare una prospettiva giusfilosofica, anche la risposta di Pino è peraltro negativa.

Infine, a rendere inopportuno l’uso del termine “neocostituzionalismo” per evocare una prospettiva giusfilosofica non è soltanto l’eccessiva eterogeneità delle posizioni che a tale prospettiva vengono ricondotte, ma anche il fatto che le più interessanti tesi giusfilosofiche etichettate come neocostituzionaliste hanno la pretesa di essere tesi vere e corrette sul diritto in generale e non soltanto sul diritto degli stati costituzionali o degli stati in cui il processo di costituzionalizzazione è ad uno stadio avanzato. In particolare, si tratta di tesi che mettono in questione l’aspetto più interessante del giuspositivismo novecentesco, quello metodologico e che, quindi, sarebbe più opportuno etichettare, a seconda dei casi, come antipositiviste o post-positiviste.

Quanto detto spiega l’uso dell’abbreviazione “c.d.” nel titolo, anche se, parafrasando il titolo di un noto saggio, si potrebbe anche dire *please, don’t talk about neo-constitucionalism any more!*⁷

Nella prossima sezione analizzerò – valutandone la tenuta – i principali argomenti che il c.d. neocostituzionalismo avanza contro il positivismo giuridico metodologico, e precisamente: a) l’argomento della pretesa di correttezza (par. 2.1.); b) l’argomento legato alla impossibilità di distinguere nettamente l’osservatore dal partecipante (par. 2.2.); c) l’argomento della svolta interpretativa della scienza giuridica (par. 2.3.).

2. La sfida del c.d. neocostituzionalismo al giuspositivismo metodologico

2.1. L’argomento della pretesa di correttezza

Robert Alexy, uno tra i più celebri “neocostituzionalisti”, difende la tesi di un legame di tipo concettuale tra diritto e giustizia – e, dunque, sfida la tesi giuspositivistica della separabilità – attraverso il noto argomento della “pretesa di correttezza”⁸.

Alexy immagina che un’assemblea costituente proponga come primo articolo di una nuova Costituzione la disposizione “X è una Repubblica sovrana, federale e ingiusta”. È indubbio che in questo articolo vi sia qualcosa di strano. L’anomalia sta nel fatto che il legislatore costituente qualifica come ingiusta la Repubblica nascente. Quel che rimane da stabilire è di che tipo di anomalia si tratti.

Secondo Alexy la norma in questione è afflitta da un vizio concettuale. L’enunciato che esprime il primo articolo della Costituzione dello Stato immaginario non è, in senso tecnico, contraddittorio; esso è però bizzarro ed incongruo, così come bizzarri e incongrui sono asserti come “piove, ma non ci credo”, “prometto di venire all’appuntamento, ma non ho alcuna intenzione di mantenere questa mia promessa” e così via. Può certamente capitare che stia piovendo e qualcuno non creda che stia piovendo, ovvero che qualcuno prometta qualcosa avendo l’intenzione di non mantenere la promessa. Non c’è nulla di bizzarro e di incongruo nelle credenze false e nelle promesse insincere. Quel che non va negli asserti precedenti è che la seconda parte “disfa” o “annulla” l’atto linguistico prodotto con l’enunciazione della prima parte. Insomma: asserire che stia piovendo e al contempo dichiarare esplicitamente di non credere che stia piovendo annulla l’atto di asserire, così come promettere qualcosa e al contempo dichiarare di non avere intenzione di ottemperare alla promessa annulla l’atto di promettere. Allo stesso modo, secondo Alexy, il fatto che il primo articolo di una Costituzione qualifichi la Repubblica come “ingiusta”, impedisce di

⁷ Il riferimento è ovviamente a DWORKIN 1983.

⁸ Cfr. ALEXY 1989 e 1992. In relazione a questo argomento, Alexy distingue tra una connessione “classificatoria” ed una “qualificatoria” tra diritto e morale. In questa sede possiamo evitare di approfondire tale distinzione. Per una analisi critica, cfr. BULYGIN 2006, 165-171. Cfr. anche GARCÍA FIGUEROA 1998, 207 ss.

considerare il documento prodotto dall'Assemblea costituente come una *vera* Costituzione e, in definitiva, di trattare tale documento come "diritto valido".

Alexy usa l'argomento della pretesa di correttezza contro la tesi della separabilità tra diritto e morale e, dunque, contro il positivismo giuridico. L'argomento della pretesa di correttezza, tuttavia, manca il bersaglio. Si tratta infatti di un argomento meramente formale, vale a dire relativo alla forma delle norme giuridiche (e dei sistemi giuridici) e non al loro contenuto, e ciò ne indebolisce considerevolmente la portata. Esso non è in grado di impedire, ad esempio, che un sistema giuridico nel suo complesso, o una o più norme appartenenti a quel sistema, siano profondamente ingiusti. Contro l'argomento di Alexy, un giuspositivista può prendere a prestito le parole che Hart (HART 1961, 241) rivolge al giusnaturalismo "proceduralista" di Lon Fuller: «se questo è il significato della connessione necessaria fra diritto e morale, possiamo accettarlo. Esso è purtroppo compatibile con una grande iniquità». Tale argomento consente di affermare che il diritto è un prodotto umano che può avere qualsiasi contenuto e che può essere descritto in modo valutativo; di conseguenza, si tratta di un argomento incapace di colpire il nucleo concettuale del positivismo giuridico. Come osserva opportunamente Eugenio Bulygin (BULYGIN 2006, 58), «anche ammettendo che qualunque sistema giuridico e qualunque norma giuridica avanzino sempre la pretesa di essere moralmente corretti o giusti, questo fatto, di per sé solo, non sarebbe in alcun modo idoneo a garantire la correttezza morale del diritto».

Ciò detto, sarebbe un errore ritenere che l'argomento della pretesa di correttezza sia trascurabile o privo di conseguenze, seppure in parte eccentriche rispetto a quelle immaginate da Alexy. In particolare, ai nostri fini, tale argomento evidenzia qualche possibile crepa nel positivismo giuridico metodologico, almeno nella misura in cui si conviene, come molti giuspositivisti convengono, che il non-cognitivismo etico (e, in particolare, l'emotivismo) non siano un presupposto necessario di una prospettiva giusfilosofica positivista⁹. Se, infatti, si accoglie il cognitivismo etico (o, almeno, versioni esigenti del cognitivismo etico), allora affermare che una norma giuridica esiste ma è ingiusta produce una contraddizione performativa del tipo di quella evidenziata da Alexy. Detto altrimenti, se si accoglie il cognitivismo etico, l'enunciato "secondo il diritto D, in C, bisogna fare ~p" contiene una parte implicita – "ma fare ~p è oggettivamente ingiusto" – che rende l'enunciato in questione viziato da una contraddizione pragmatica, così come viziato è l'enunciato "X è una Repubblica sovrana, federale e ingiusta". Non è un caso che ALEXY (1992, 54) sostenga esplicitamente che «il non positivismo presuppone quantomeno una non rudimentale etica non relativistica».

Queste osservazioni, che meriterebbero ben altro approfondimento, consentono di mettere in questione l'immagine giuspositivistica di un osservatore del diritto algido e distaccato, chiaramente distinguibile dal partecipante. In conclusione e riassumendo, tre sembrano i percorsi possibili per il positivismo giuridico.

Il primo è quello di negare l'argomento della pretesa di correttezza: una norma che prescriva di fare x e al contempo affermi che fare x è ingiusto, può essere considerata inopportuna e inusuale, ma pur sempre una norma.

Il secondo è quello di sposare recisamente una prospettiva meta-etica emotivista o comunque non cognitivista e, in questo modo, neutralizzare del tutto l'argomento della pretesa di correttezza. Se la

⁹ HART 1958, in particolare, 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; per Hart, la questione dell'individuazione del diritto – che è la questione centrale per il giuspositivismo – è del tutto indipendente dalla questione relativa alla natura, oggettiva o soggettiva, dei nostri giudizi morali. Mentre il giusnaturalismo implica l'adozione di una meta-etica oggettivista e cognitivista, il positivismo giuridico è compatibile sia con il soggettivismo sia con l'oggettivismo etico. HART 1982, 243-268 sembra tuttavia sostenere che sussista una connessione necessaria tra giuspositivismo e non-cognitivismo etico. Sulla rilevanza della metaetica per il positivismo giuridico (nonché sulla evoluzione del pensiero di Hart sul punto), mi permetto di rinviare a SCHIAVELLO 2010.

morale è irrazionale, infatti, l'argomento della pretesa di correttezza non è in grado di incidere in alcun modo sui discorsi concernenti la validità delle norme e l'esistenza dei sistemi giuridici. Tuttavia, questa opzione non è senza costi e, comunque, non rappresenta la posizione preminente tra i giuspositivisti contemporanei. Un esempio emblematico in questo senso è Raz, il più "duro e puro" tra i giuspositivisti viventi, che però, al contempo, accoglie in prima persona una meta-etica oggettivista e cognitivista di matrice neoaristotelica. Da un lato, egli propone una concezione della identificazione del diritto (*sources thesis*) secondo la quale una teoria del diritto è accettabile solo se i criteri da essa proposti per identificare il contenuto del diritto e per determinare la sua esistenza riposano esclusivamente su fatti relativi al comportamento umano suscettibili di essere descritti in modo avalutativo, e solo se, inoltre, i suddetti criteri vengono applicati senza bisogno di ricorrere ad un argomento morale. Dall'altro però Raz poggia la *sources thesis* su una concezione dell'autorità legittima, che egli denomina "concezione dell'autorità come servizio" (*service conception of authority*), la cui condizione decisiva, la "condizione di giustificazione normale" (*normal justification thesis*), collega la legittimità di una autorità alla capacità di quest'ultima di individuare ciò che è oggettivamente giusto fare in relazione ad una situazione concreta¹⁰.

Il terzo percorso consiste nel prendere sul serio la sfida dell'argomento della pretesa di correttezza (se accompagnato da una qualche versione del cognitivismo etico); quest'ultima opzione implica la disponibilità a ripensare i presupposti del giuspositivismo metodologico e, in particolare, la tesi della avalutatività della conoscenza. Se imboccare questa strada implichi l'autodistruzione del positivismo giuridico è una questione che non può essere affrontata in questa sede (vedi però *infra* par. 3).

2.2. Punto di vista interno

Il merito principale di avere mostrato che la filosofia del diritto – e, più in generale, la scienza giuridica – non possa evitare di prendere in considerazione la prospettiva del partecipante va ascritto, senza alcun dubbio, ad Hart, il più influente giuspositivista del secondo Novecento. È lo stesso giuspositivismo, dunque, a imboccare un percorso dagli esiti potenzialmente auto-distruttivi (GOLDSWORTHY 1990).

Hart elabora una teoria delle regole sociali (*practice theory of norms*) il cui obiettivo è quello di distinguere, in polemica con l'imperativismo, le regole sociali dalle mere abitudini, i comportamenti regolati da quelli regolari. Questa distinzione consente di spiegare, tra le altre cose, perché il diritto sia (o possa essere considerato) una autorità in grado di produrre obblighi genuini e non un semplice meccanismo (alla stregua dell'arma del rapinatore) per costringere gli individui a porre in essere certi comportamenti. I comportamenti regolari e quelli regolati hanno in comune l'aspetto esterno, vale a dire la regolarità empiricamente rilevabile di comportamenti convergenti. Le regole sociali, a differenza delle abitudini, presentano anche un aspetto interno, che consiste nell'accettazione di quella regola come modello di condotta. Per Hart, il punto di vista interno, non consiste necessariamente nell'accettazione morale di un sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali, ma soltanto in un generico atteggiamento critico riflessivo, empiricamente verificabile.

Hart riconduce quindi alla prospettiva del partecipante situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato invece necessario distinguere ed ordinare in modo seriale. Ad esempio, chi *accetta* le norme giuridiche esclusivamente perché lo fanno gli altri è, in base all'analisi di Hart, un partecipante a tutti gli effetti. Ciò che spinge il conformista ad accettare il diritto è, in definitiva, la paura della riprovazione sociale. La riprovazione sociale, tuttavia, non è altro che una sanzione non istituzionalizzata. La caratterizzazione in senso debole del punto di vista interno assottiglia le differenze tra la *practice*

¹⁰ Per una analisi più approfondita della prospettiva giusfilosofica di Raz mi permetto di rinviare a SCHIAVELLO 2004a.

theory of norms e l'imperativismo. Se le ragioni per accettare il diritto stanno sullo stesso piano, si può ipotizzare il caso in cui tutti i partecipanti accettino il diritto per conformismo e, ove ciò accada, la differenza tra "avere un obbligo" ed "essere obbligato" perde di consistenza.

Per evitare questo esito, è necessario caratterizzare l'accettazione del diritto in senso forte, vale a dire come accettazione morale. Ciò è riconosciuto da alcuni discepoli di Hart (come MacCormick e Raz), e da Hart stesso nel *Poscritto*, sia pure con qualche oscillazione e contraddittorietà¹¹.

Affermare che l'esistenza di una regola sociale implichi che vi sia qualcuno che ritenga il comportamento prescritto da tale regola preferibile, da un punto di vista morale, rispetto ai comportamenti alternativi, non impedisce che qualcuno segua la regola per pigrizia o ipocrisia, ovvero che altri si ribellino ad essa. Queste ultime situazioni, tuttavia, possono essere comprese solamente presupponendo l'esistenza di un gruppo rilevante che accetta le norme da un punto di vista morale. Tutti gli atteggiamenti che si possono immaginare in relazione alle norme sono dunque "parassitari" rispetto a quello di coloro i quali ritengono le norme adeguate da un punto di vista morale¹². Ciò significa che è possibile ipotizzare la situazione in cui una determinata norma sia accettata in senso forte da tutti, mentre non è pensabile che il comportamento prescritto da una regola non sia effettivamente approvato, da un punto di vista morale, da alcuno.

Questa tesi, vale a dire la tesi che l'esistenza di un sistema giuridico implichi che alcuni tra i partecipanti lo considerino giusto (o asseriscano di considerarlo giusto), è stata talvolta utilizzata per criticare la tesi della separabilità tra il diritto e la morale e la pretesa giuspositivista di una scienza giuridica neutrale ed avalutativa.

A questo argomento – noto, appunto, come argomento "della credenza morale" – alcuni giuspositivisti (per tutti, CARACCILO 1994) hanno replicato rilevando che il fatto che alcuni tra i partecipanti credano che il diritto sia giusto, non produce alcuna conseguenza diretta sulla tesi secondo cui l'individuazione del diritto dipenda esclusivamente da fatti sociali. L'esistenza di "credenti", di persone cioè che considerano giusto il loro sistema giuridico, non rileva per la tesi secondo cui l'esistenza del diritto è una questione di fatto. Le affermazioni del "credente" e dello studioso del diritto positivista sono infatti tra loro compatibili. Il primo sostiene che il sistema giuridico è conforme ad uno o più principi morali. L'adozione di questa credenza non implica, evidentemente, che il partecipante neghi l'esistenza di criteri non morali per l'individuazione del diritto e la determinazione del suo contenuto; anzi, la possibilità di individuare il diritto attraverso criteri non morali è una condizione necessaria perché si dia la possibilità di una controversia genuina – relativa alla effettiva conformità di un sistema giuridico alla morale – tra un "partecipante convinto" ed un osservatore che non condivide le credenze morali del partecipante. In altri termini, una controversia genuina sulla conformità di un sistema giuridico S ad un principio morale PM presuppone che i "contendenti" «siano d'accordo su qualche criterio non morale per determinare il contenuto di S» (CARACCILO 1994, 102; cfr. anche PRIETO SANCHÍS 1997).

Il fatto che (alcuni tra) i partecipanti siano convinti che il proprio sistema giuridico sia fondato su principi morali validi e appropriati, non costituisce un argomento adeguato per difendere la tesi della connessione concettuale tra diritto e morale. Tale argomento, infatti, mostra soltanto che coloro i quali sono giuridicamente obbligati a porre in essere un determinato comportamento credano di essere obbligati anche moralmente. Il fatto poi che tra i compiti del teorico del diritto vi sia quello di riconoscere il "punto di vista morale" del partecipante e di renderne conto non comporta, per il teorico del diritto, l'esigenza di abbandonare una prospettiva "distaccata" e, in definitiva, non compromette

¹¹ Cfr. MAC CORMICK 1978, 320; RAZ 1996, 260; HART 1994, 313.

¹² Cfr. Anche NINO 1993, 36 s.

l'immagine del «lavoro teorico come una impresa *value-free*»¹³. Ciò in altri termini consentirebbe di lasciare inalterata la tesi della neutralità (*neutrality thesis*) – che rappresenta l'accezione metodologica della tesi della separabilità (*separability thesis*) – secondo la quale non è necessario (e, soprattutto, non è opportuno) fare riferimento alla giustizia o ad altri valori morali per definire o individuare il diritto (FÜBER 1996, 121-122; BONGIOVANNI 2005, 45-58). Insomma, per dirla con l'ormai celebre *slogan* coniato da Hart (HART 1994, 314): «la descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione».

Le conclusioni rassicuranti cui perviene il positivismo giuridico in relazione alla questione della credenza morale possono essere ritenute soddisfacenti solo a condizione di ignorare il problema collegato all'impossibilità di determinare compiutamente il diritto a partire dai comportamenti e dagli atteggiamenti convergenti dei partecipanti. Questo problema implica che per rispondere alla domanda “qual è il diritto?” – sia in relazione ad una determinata esperienza giuridica sia in generale – non è sufficiente (anche se è necessario) guardare al comportamento ed agli atteggiamenti convergenti dei partecipanti, ma bisogna anche fornire una chiave di lettura del “materiale giuridico grezzo” o, per dirla con Dworkin, delle basi (*grounds*) del diritto. La prospettiva del teorico è dunque necessariamente *engagé* e parassitaria rispetto a quella di chi accetta il diritto da un punto di vista morale.

Alcuni giuspositivisti metodologici irriducibili (GUASTINI 2007, XLVI) ritengono che questa conclusione sia il frutto di un fraintendimento circa la tesi della neutralità. Questa tesi sostiene, come si è detto, che l'attività di individuazione del diritto sia una attività avalutativa; tuttavia l'individuazione del diritto è una attività complessa. In primo luogo, essa fa riferimento all'individuazione di un testo normativo (disposizione) come fonte del diritto; in secondo luogo, essa si riferisce all'accertamento del contenuto normativo del testo in questione. La tesi della neutralità riguarderebbe solo la prima accezione di “individuazione del diritto” – che coincide, per grandi linee (anche se per difetto), con ciò che Dworkin chiama le basi del diritto – e non la seconda accezione, che ricade nell'ambito della teoria dell'interpretazione.

Ritagliare uno spazio così angusto al positivismo giuridico metodologico ha tuttavia il sapore di una ritirata che si conclude con la caduta in un dirupo o, riprendendo una evocativa immagine proposta da Pino (2011, 988), una versione così esile del positivismo giuridico metodologico evoca «un fortilizio inespugnabile, però messo a guardia di un territorio ormai ampiamente conquistato dai barbari». Non credo che fosse questo ciò che Jeremy Bentham intendeva con la distinzione tra giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria¹⁴.

Queste osservazioni evidenziano anche un problema non secondario, e per molti versi emblematico, nel c.d. neocostituzionalismo giuspositivista e garantista proposto da Ferrajoli¹⁵. Un elemento centrale del giuspositivismo di Ferrajoli è una concezione della validità giuridica che rispetta la separazione tra diritto e morale: una questione è la validità di una norma, altra la sua correttezza morale e la sua giustizia. Ciò in perfetta linea con il motto giuspositivista *auctoritas non veritas facit legem*. Tale versione non riduzionista della validità stride però con le celebri riflessioni di Ferrajoli sul mutamento che il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale avrebbe prodotto sulla nozione giuspositivista di validità. Nello stato costituzionale, alla validità formale (o vigore) si aggiunge anche una dimensione sostanziale (validità in senso pieno). La validità formale presuppone il rispetto

¹³ COMANDUCCI 1998, 11. Cfr. MAC CORMICK 1978, 323 s.; GUASTINI 1997, 432 s.

¹⁴ Peralto, anche la possibilità di individuare avalutativamente le fonti del diritto è messa in questione dalla tesi del Dworkin più recente (2006, 6), secondo cui gli stessi criteri di riconoscimento sarebbero sottodeterminati dai comportamenti e dagli atteggiamenti convergenti dei partecipanti e dei giudici in particolare.

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI 2013. Sul punto, seguo la ricostruzione critica del pensiero di Ferrajoli avanzata in PINO 2014, 77-87, a cui rimando anche per i rimandi puntuali all'opera di Ferrajoli. Per una incisiva presentazione delle tesi di Ferrajoli, cfr. GARCÍA FIGUEROA 2005.

delle metanorme procedurali e di competenza relative alla produzione della legge, mentre la validità sostanziale richiede che vi sia coerenza e compatibilità tra le norme infra-costituzionali e le norme costituzionali che, secondo Ferrajoli, sono principi etico-politici. L'accertamento della validità sostanziale impone che si ponga in essere una attività interpretativa complessa che riguarda sia la disposizione infracostituzionale che quella costituzionale e il cui esito sarà la produzione della norma N_1 (infracostituzionale) ed N_2 (costituzionale) nonché la valutazione circa la coerenza e la compatibilità tra queste due norme. Questa complessa attività interpretativa che coinvolge – è bene ribadirlo – principi etico-politici, chiama in causa valutazioni sostanziali che «contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non possono essere di tipo prettamente ed esclusivamente giuridico, ma saranno anche – e necessariamente – di carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme in considerazione» (PINO 2014, 84).

Se, come sembra inoppugnabile, l'accertamento della validità sostanziale chiama in causa le valutazioni morali dell'interprete, allora non è possibile mantenere la tesi giuspositivista della separazione (a meno di non riservarla alla validità formale, con tutte le contro-indicazioni viste in precedenza).

Se questa obiezione è corretta, anche la rivisitazione del positivismo metodologico proposta da Ferrajoli è inadeguata. Egli sostiene che, negli stati costituzionali, la scienza giuridica non possa essere descrittiva e avalutativa perché deve assumere necessariamente un atteggiamento critico e progettuale «a causa dell'inevitabile presenza, a livello infra-costituzionale, di antinomie e lacune rispetto al progetto costituzionale» (PINO 2014, 80). Questa proposta può passare come una rivisitazione del giuspositivismo metodologico anziché come una sua abiura solo a condizione di presupporre che l'atteggiamento critico e progettuale della scienza giuridica non travalichi l'ambito di valutazioni prettamente giuridiche (o “intra-sistematiche”). Tuttavia se, per le medesime ragioni che abbiamo visto a proposito della concezione della validità, non è possibile prescindere da valutazioni morali, allora anche la recisa distinzione tra il diritto qual è (o anche quale dovrebbe essere alla luce del progetto costituzionale) e il diritto quale dovrebbe essere (*tout-court*) perde di consistenza.

Ciò impone di riconsiderare l'argomento della irrilevanza della credenza morale per la tesi della neutralità e più in generale per il giuspositivismo metodologico. Da un lato, è vero che lo studioso non deve necessariamente condividere in prima persona i valori soggiacenti alla prassi giuridica oggetto della sua analisi. Dall'altro, tuttavia, egli può render conto¹⁶ in modo compiuto del diritto soltanto indossando i panni del partecipante e, quindi, impegnandosi a ricostruire il diritto alla luce di una interpretazione dei valori incorporati nel diritto¹⁷. Ciò comporta un indebolimento della distinzione tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto dovrebbe essere e tale indebolimento rappresenta una sfida per il positivismo giuridico.

2.3. La svolta interpretativa della scienza giuridica

La tesi che la scienza giuridica sia interpretativa è uno degli aspetti più interessanti dell'idea più generale che la prassi giuridica abbia natura interpretativa (vedi *supra* 1); questa idea si presta in effetti ad essere banalizzata e fraintesa.

In una accezione affatto scialba, affermare che il diritto è interpretazione significa sostenere che l'attività interpretativa è una caratteristica saliente della pratica giuridica. I giuristi, in sostanza, perlopiù interpretano. Nessuno lo nega: è una affermazione vera ma, appunto, ovvia e eccessivamente

¹⁶ Recepisco qui la proposta di VILLA 2004, 29 ss., di usare l'espressione “render conto” al posto di “descrivere” in quanto meno compromessa con la tesi epistemologica della avalutatività della conoscenza.

¹⁷ Una questione interessante, di cui però non mi occupo in questa sede, riguarda l'atteggiamento dello studioso del diritto di fronte ai sistemi giuridici malvagi. Su questo, cfr. DYZENHAUS 2010.

generica. Se intesa in questo modo, la tesi del diritto come pratica sociale interpretativa più che segnare una svolta si preoccupa di ribadire l'ovvio.

In una accezione appena più densa ma errata, la "svolta interpretativa" viene brandita contro il positivismo giuridico, a partire da una presentazione stereotipata di questo (che, nella migliore delle ipotesi può considerarsi adeguata in relazione al positivismo giuridico del XIX secolo) al quale si attribuisce una concezione "meccanicistica" dell'interpretazione giuridica. Come è noto, nessun giuspositivista contemporaneo è sfiorato dall'idea che l'interpretazione del diritto non implichi un certo grado di discrezionalità e di valutazioni.

Un modo più sofisticato di contrapporre la "svolta interpretativa" al positivismo giuridico consiste nel rilevare che l'immagine giuspositivistica del diritto come un sistema di regole (il "modello delle regole" che Dworkin attribuisce ad Hart) non è corretta e che il ruolo cruciale dei principi rende il diritto inseparabile dalla morale. Anche in questo caso, il positivismo giuridico può replicare con argomenti convincenti (SCHIAVELLO 2004b, 56-82).

La versione più interessante della "svolta interpretativa" in chiave anti-giuspositivistica coincide con la concezione del diritto come integrità. Essa propone una immagine del diritto come una pratica sociale costruita intorno a principi e valori (che possono/debbono essere intesi come) congruenti. Il diritto coincide dunque con quella interpretazione della pratica che più delle altre è in grado di valorizzare il valore dell'integrità. Seguendo liberamente la ricostruzione che ne fa Raz (1994), per Dworkin il diritto coincide con la miglior ricostruzione morale della pratica giuridica che, appunto, consiste nel riconoscere la centralità del valore dell'integrità. Questa impostazione è alternativa sia al cosiddetto positivismo giuridico esclusivo, secondo cui "tutto il diritto è prodotto da qualche fonte" sia al cosiddetto positivismo giuridico inclusivo, secondo cui "tutto il diritto o è prodotto da qualche fonte o è implicato dal diritto prodotto da qualche fonte". La concezione del diritto come integrità merita di essere presa sul serio e, in una qualche misura, implica l'idea di una scienza giuridica interpretativa e, dunque, valutativa e non "distaccata".

Infine, l'idea che il diritto sia interpretazione esprime anche una precisa concezione dell'interpretazione giuridica che è possibile denominare neo-formalismo interpretativo e la cui versione più celebre è la tesi dworkiniana dell'"unica risposta giusta". Questa tesi implica che si attribuisca, come si è già detto, un ruolo cruciale ai principi, che si accolga una qualche versione dell'oggettivismo etico e si minimizzi la discrezionalità interpretativa. Questa è una tesi che indubbiamente ha avuto un forte impatto sull'auto-rappresentazione dei giudici e dei giuristi circa il proprio ruolo ma, anch'essa, presenta molti limiti e zone d'ombra; in ogni caso, è anche questo un aspetto della "svolta interpretativa" dal quale è possibile prescindere (vedi par.1).

Sgombrato il campo dagli aspetti della svolta interpretativa che, per una ragione o per l'altra, possono essere messi tra parentesi, possiamo concentrare l'attenzione sulla svolta interpretativa della scienza giuridica. La natura interpretativa della scienza giuridica dipende dalle caratteristiche del concetto di diritto. A questo riguardo ritengo utile riprendere la distinzione proposta da Dworkin (2006, 3-40 e 153-203; 2011, 183-217) tra tre tipi di concetti.

Alcuni concetti sono criteriali in quanto presuppongono un accordo generalizzato su una definizione, che può essere precisa o approssimativa, la quale consenta di distinguere tra usi corretti e usi scorretti. "Equilateralità" è un concetto criteriole assolutamente preciso; "celibe" è ragionevolmente preciso anche se vi sono usi dubbi di questo concetto (ad esempio: ha senso dire di un bambino di cinque anni che è celibe?); "matrimonio" è un concetto criteriole ancora più impreciso (un'unione tra persone dello stesso sesso è un matrimonio?).

Altri concetti sono di "tipi o generi naturali": «i tipi naturali sono cose che hanno un'identità fissa in natura, come un composto chimico o una specie animale, e [...] le persone condividono un concetto di tipo naturale quando lo usano per far riferimento a uno stesso tipo naturale» (DWORKIN 2011, 185).

Si tratta di concetti di cui presupponiamo esista un'“essenza naturale” (la composizione molecolare, il Dna e così via) che non dipende dai criteri che noi utilizziamo comunemente per identificare le istanze d'uso corrette di tali concetti. Ad esempio, possiamo credere che il leopardo e la pantera nera siano due specie animali diverse: nel momento in cui apprendiamo che il loro Dna è lo stesso, dovremo modificare le nostre convinzioni.

Infine, alcuni concetti sono interpretativi. Si tratta di concetti che a) sono collegati a pratiche sociali, b) esprimono il valore o i valori intorno al quale o ai quali tali pratiche si sono costituite e c) sopportano «differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari» (DWORKIN 2011, 185).

Il modo in cui Dworkin delinea i concetti interpretativi è chiaramente riconducibile all'analisi dei “concetti essenzialmente contestabili” proposta da Walter B. Gallie¹⁸. Tali concetti presentano cinque caratteristiche: 1) sono concetti che esplicitano il valore (*appraisive*) di una impresa ritenuta degna di essere perseguita e che collegano tra loro in modo indissolubile l'impresa ed il valore ad essa soggiacente; 2) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve essere complessa ed articolata; 3) le ricostruzioni di tali concetti devono prendere in considerazione tutti i diversi aspetti e le diverse caratteristiche dell'impresa; 4) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve avere un carattere “aperto”, deve cioè essere in grado di sopportare cambiamenti significativi, non prevedibili in anticipo; 5) l'uso di concetti essenzialmente contestabili presuppone la consapevolezza circa l'esistenza di usi alternativi con i quali l'uso prescelto deve confrontarsi e rispetto ai quali deve sforzarsi di prevalere: «usare un concetto essenzialmente contestabile significa usarlo in modo al tempo stesso aggressivo e difensivo» (GALLIE 1956, 172).

Se il diritto è un concetto interpretativo – e a me pare difficile negarlo – bisogna rassegnarsi ad ammettere che anche la scienza giuridica è (nel senso che non può che essere) interpretativa.

Innanzitutto, la teoria e la filosofia del diritto, sono chiamate a rispondere alla domanda “che cos'è il diritto?”. Come nota acutamente Hart, le risposte a questa domanda sono state molteplici e molto diverse fra loro. Questo è l'indizio principale a sostegno della natura interpretativa o essenzialmente contestabile del concetto di diritto. Il concetto di diritto si riferisce ad una pratica sociale dotata di valore. In questo senso, è difficile negare che vi sia una connessione necessaria tra diritto e morale. Ogni definizione di diritto rappresenta un tentativo – consapevole o inconsapevole – di offrire una ricostruzione della prassi giuridica alla luce del valore ad essa soggiacente, valore che, genericamente, possiamo ricondurre, seguendo Dworkin, al principio di legalità. Optare per una concezione del diritto piuttosto che per un'altra, non è senza conseguenze, ma incide profondamente sulla dottrina che, a sua volta, inciderà in modo diretto sulla prassi giuridica.

Gli esempi a sostegno di questa conclusione non mancano.

Riccardo Guastini (GUASTINI 2011b, 442) sostiene che «la scienza giuridica, propriamente intesa, è [...] descrizione a-valutativa del diritto: del diritto così com'è». Che cosa significa *descrivere* il diritto? Questa domanda, riconosce Guastini, ammette risposte diverse a seconda della concezione del diritto che adottiamo: se preferiamo una concezione normativistica, allora la scienza giuridica descriverà norme; se al contrario, optiamo per il *côté* giusrealista l'oggetto della scienza giuridica saranno le decisioni giurisdizionali. Una scienza giuridica che seleziona il proprio oggetto di studio può essere ritenuta descrittiva e a-valutativa? A me pare di no.

Un altro esempio riguarda le “lacune immaginarie” e le “norme apocrife” (nonché la presunta omosessualità di Oliver Twist del noto esempio di Dworkin). Dice sempre Guastini che l'enunciato “Oliver Twist è omosessuale” non è né vero né falso (al limite, senz'altro falso) perché Charles Dickens non scrive nulla (di esplicito) al riguardo nel suo romanzo. Allo stesso modo, l'art. 87, comma 5 cost.

¹⁸ GALLIE 1956, 167-198; cfr. GUEST 2013, 73 s.

che dispone: “[il Presidente della Repubblica] emana i decreti aventi valore di legge” è stato (ed è) oggetto di dispute “interpretative” relative alla individuazione dei limiti del potere del Presidente della Repubblica di emanare decreti. Eppure, «enunciati del tipo “il Presidente della Repubblica non può rifiutare l’emanazione di decreti-legge se non in circostanze così-e-così”» (GUASTINI 2011b, 448 s.) non sono né veri né falsi (al limite, senz’altro falsi) o devono essere convertiti da enunciati interpretativi in formulazioni di una norma apocrifia. Pur non volendo entrare nel merito, anche in questi casi viene presupposta tutta una serie di opzioni meta-interpretative, che hanno peraltro evidenti risvolti ideologici e, nel caso del diritto, politici in senso stretto. Peraltro, a voler seguire fino in fondo questa impostazione, bisogna concedere che, se, ad esempio, una norma vieta di dormire nelle stazioni ferroviarie, il giudice che assolve il distinto signore che si era assopito, da seduto, aspettando l’arrivo del suo treno, sta ignorando il diritto vigente; invece, l’altro giudice che condanna il vagabondo che si era sdraiato con un cuscino sotto la testa su una panchina della stazione ma che era ancora sveglio al momento dell’arresto, sta usando, come premessa maggiore della sua decisione, una norma apocrifia¹⁹. E questa non sembra affatto una ricostruzione soddisfacente della situazione.

In conclusione, non soltanto una scienza giuridica “pura” non è opportuna, in quanto condannata all’irrelevanza, ma è anche impossibile; per dirla con Mario Jori (2010, 134):

«il metodo giuridico non può essere fondato su scelte interamente scientifiche e puramente cognitive [...]; al contrario la descrizione del diritto giurisprudenziale risulta indirizzata alla pratica e invariabilmente determinata da scelte di valore forti, cioè politiche. La neutralità può essere piuttosto perseguita nella forma della intersoggettività, rendendo palesi le scelte di valore presupposte, permettendo agli interlocutori di vederle e discuterle».

3. *Conclusione*

Da una prospettiva giusfilosofica, le tesi più interessanti del c.d. neocostituzionalismo sono quelle che sfidano il positivismo giuridico metodologico. Si tratta di tesi che hanno la pretesa di avere una portata universale e che, dunque, sarebbe più appropriato etichettare come “post-positiviste” o “anti-positiviste”. Il mio obiettivo in questa sede è stato quello di mostrare la fondatezza di questa critica al giuspositivismo metodologico. Non mi sono invece preoccupato di stabilire se, a partire da queste critiche, fosse possibile configurare una prospettiva giusfilosofica alternativa tanto al giusnaturalismo quanto al giuspositivismo. Per un verso, ritengo che si tratti di una questione leziosa, che rischia di arenarsi in dispute sterili il cui esito è pre-determinato dalle definizioni stipulative di partenza. Per altro verso, tuttavia, come già accennato (vedi par. 1), ritengo possibile e opportuno ricostruire, a livello concettuale, giupositivismo e giusnaturalismo come prospettive mutuamente esclusive. In questo caso, gli autori c.d. neocostituzionalisti potranno essere ricondotti ora all’una ora all’altra concezione del diritto a seconda che le critiche al giuspositivismo metodologico siano accompagnate da una prospettiva meta-etica oggettivista e cognitivista o, viceversa, soggettivista e non-cognitivista. Nel primo caso, ci troveremo di fronte a concezioni del diritto anti-giuspositiviste (e, dunque, giusnaturaliste); nel secondo, di fronte a concezioni post-positiviste del diritto che, pur rinunciando alla purezza della scienza giuridica, mantengono fede alla massima *auctoritas non veritas facit legem*²⁰. In questo modo, si recupererebbe anche l’intuizione di giuspositivisti come Kelsen ed Alf

¹⁹ L’esempio è in FULLER 1958, 161-168. Cfr. anche PINO 2013, 81-88.

²⁰ Cfr. anche la distinzione tra neocostituzionalismo “polemico” e “adattivo” proposta da DOGLIANI 2011, 130 ss.

Ross che considerano il non-cognitivismo etico un elemento essenziale del positivismo giuridico. In ogni caso, si tratta di una questione che esorbita dagli scopi di questo saggio.

Riferimenti bibliografici

- ALEXY R. 1989. *On Necessary Relations between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 2, 1989, 167 ss.
- ALEXY R. 1992. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997 (ed. or. *Begriff und Geltung des Rechts*, München, Alber, 1992, trad. it. di F. Fiore).
- ATIENZA M. 2006. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012 (ed. or. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006, trad. it. di V. Nitrato Izzo).
- ATIENZA M. 2011. *Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y giusnaturalismo*, in «Teoria politica», nuova serie, annali I, 2011, 139 ss.
- BARBERIS M. 2012. *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, 153 ss.
- BARBERIS M. 2014. *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.
- BOBBIO N. 1977. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 2 ed., Roma-Bari, Laterza, 2007.
- BONGIOVANNI G. 2005. *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- BONGIOVANNI G. 2013. *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 84 ss.
- BULYGIN E. 2006. *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Milano, Giuffrè, 2007 (ed. or. *Il positivismo jurídico*, Mexico, Fontamara, 2006).
- CARACCILO R. 1994. *L'argomento della credenza morale*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1994, 97 ss.
- COMANDUCCI P. 1998. *Diritto, morale e politica*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, 3 ss.
- COMANDUCCI P. 2002. *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica*, in MAZZARESE T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 71 ss.
- DOGLIANI M. 2011. *Costituzionalismo e giusnaturalismo*, in «Teoria politica», nuova serie, annali I, 2011, 129 ss.
- DWORKIN R. 1983. *My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Anymore*, in MITCHELL W.J.T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, 287 ss.
- DWORKIN R. 1986. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989 (ed. or. *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito).
- DWORKIN R. 2006. *La giustizia in toga*, Roma-Bari, Laterza, 2010 (ed. or. *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.)-London, Belknap Press, 2006, trad. it. di S.F. Magni).
- DWORKIN R. 2011. *Giustizia per ricci*, Milano, Feltrinelli, 2013 (ed. or. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.)-London, Belknap Press, 2011, trad. it. di V. Ottonelli).
- DYZENHAUS D. 2010. *Hard Cases in Wicked Legal Systems. Pathologies of Legality*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2010, 2771 ss.

- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FULLER L.L. 1958. *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, in SCHIAVELLO A., VELLUZZI V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 136 ss. (ed. or. *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, in «Harvard Law Review», 71, 1958, 630 ss., trad. it. di V. Velluzzi).
- FÜBER K. 1996. *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling*, in GEORGER.P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1996, 119 ss.
- GALLIE W.B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, 167 ss.
- GARCÍA FIGUEROA A. 1998. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARCÍA FIGUEROA A. 2005. *Intervista a Luigi Ferrajoli*, in «Diritto & questioni pubbliche», 5, 2005, 163 ss.
- GARCÍA FIGUEROA A. 2009. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- GOLDSWORTHY J.D. 1990. *The Self-Destruction of Legal Positivism*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 10, 1990, 449 ss.
- GUASTINI R. 1997. *Conoscenza senza accettazione*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M. (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, 407 ss.
- GUASTINI R. 1998. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion Pratica», 11, 1998, 185 ss.
- GUASTINI R. 2007. *Le avventure del positivismo giuridico*, in BULYGIN 2006, XXXVII-XLVIII.
- GUASTINI R. 2011a. *A proposito di neocostituzionalismo*, in «Teoria politica», nuova serie, annali I, 2011, 147 ss.
- GUASTINI R. 2011b. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- GUEST S. 2013. *Ronald Dworkin. Third edition*, Stanford, Stanford University Press, 2013.
- HART H.L.A. 1958. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, ora in SCHIAVELLO A., VELLUZZI V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 48 ss. (ed. or. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 1958, 593 ss., trad. it. di V. Velluzzi).
- HART H.L.A. 1961. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002 (ed. or. *The Concept of Law* Oxford, Clarendon, 1961, 2 ed. 1994, trad. it. di M. Cattaneo).
- HART H.L.A. 1982. *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- HART H.L.A. 1994. *Poscritto*, in HART 1961.
- HARTNEY M. 1994. *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, in «Ratio Juris», 7, 1994, 44 ss.
- JORI M. 2010. *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, Ets, 2010.
- KRESS K. 1987. *The Interpretive Turn*, in «Ethics», 97, 1987, 834 ss.
- MACCORMICK N. 1978. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001 (ed. or. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, 2 ed. 1994, trad. it. di A. Schiavello).
- MACKIE J.L. 1977. *La terza teoria del diritto*, in SCHIAVELLO A., VELLUZZI V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 249 ss. (ed. or. *The Third Theory of Law*, in «Philosophy & Public Affairs», 7, 1977, 3 ss., trad. it. di V. Velluzzi).
- MAZZARESE T. 2002. *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in ID., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 1 ss.
- NINO C.S. 1993. *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, in «Ragion Pratica», 1, 1993, 32 ss.

- PINO G. 2011. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 2011, 965 ss.
- PINO G. 2013. *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2013, 77 ss.
- PINO G. 2014. *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in «Diritto & questioni pubbliche», 14, 2014, 56 ss.
- POZZOLO S. 1998. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la intrerpretación constitucional*, in «Doxa», 21, 1998, 339 ss.
- POZZOLO S. 2001. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.
- PRIETO SANCHÍS L. 1997. *Constitucionalismo y positivismo*, Ciudad de México, Fontamara, 1997.
- RAZ J. 1994. *Autorità, diritto e morale*, in SCHIAVELLO A., VELLUZZI V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 286 ss. (ed. or. *Authority, Law and Morality*, in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, trad. it. di A. Schiavello).
- RAZ J. 1996. *Intention in Interpretation*, in GEORGE R.P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1996, 249 ss.
- SASTRE ARIZA S. 1999. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999.
- SASTRE ARIZA S. 2003. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, in CARBONELL M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, 239 ss.
- SCHIAVELLO A. 2003. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in «Diritto & questioni pubbliche», 3, 2003, 37 ss.
- SCHIAVELLO A. 2004a. *Autorità legittima e diritto nel pensiero di Joseph Raz*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIV, 2004, 363 ss.
- SCHIAVELLO A. 2004b. *Il positivismo giuridico dopo H.L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2004.
- SCHIAVELLO A. 2010. *Due argomenti a favore dell'incompatibilità tra positivismo giuridico e realismo morale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XL, 2010, 227 ss.
- VILLA V. 2004. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2004.
- VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.