

L'IDEA DI DIRITTO
IMPLICITO:
UN IPOTETICO DIBATTITO
TRA LON L. FULLER
E ROBERT ALEXY

ANDREA **PORCIELLO**



L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy

The Idea of Implicit Law: a Hypothetical Debate between Lon L. Fuller and Robert Alexy

ANDREA PORCIELLO

Professore Associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di scienze giuridiche, storiche, economiche e sociali dell'Università Magna Graecia di Catanzaro
Email: andraporcioello@hotmail.com

ABSTRACT

In questo articolo s'intende riflettere sull'idea di "diritto implicito" per come è stata interpretata da Lon L. Fuller e Robert Alexy. Per entrambi gli autori, il diritto deve essere definito facendo *necessariamente* riferimento ad elementi impliciti inerenti alla sua stessa natura. Ma se Fuller interpreta gli elementi morali impliciti del diritto come criteri "neutrali" e "procedurali", Alexy, invece, li interpreta come delle condizioni materiali di giustizia che impongono al diritto un determinato contenuto. Nelle pagine che seguono si vogliono manifestare le ragioni per cui se è abbastanza agevole accettare l'idea di diritto implicito proposta da Fuller, risulta certamente più difficile condividere la ben più ingombrante ed impegnativa interpretazione offerta da Alexy.

This article is meant to reflect on the idea of "implicit law" as it was interpreted by Lon L. Fuller and Robert Alexy. For both authors law should be defined through an essential reference to implicit elements inherent in its very nature. Whereas Fuller retrieves in the implicit moral elements of the law some "neutral" and "procedural" criteria, Alexy, differently, interprets them as material conditions of justice which impose on law a specific content. In the following pages I want to show the reasons for which it is quite easy to accept the idea of implicit law proposed by Fuller, but it is certainly more difficult to accept the much more lumbering and demanding interpretation offered by Alexy.

KEYWORDS

Diritto implicito, Moralità interna, Contraddizione performativa

Implicit Law, Inner Morality, Performative Contradiction

L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy

ANDREA PORCIELLO

1. *Introduzione* – 2. *Il diritto implicito “procedurale” di Fuller: la moralità interna della legislazione* – 3. *Il diritto implicito “sostanziale” di Alexy: la pretesa di correttezza* – 4. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

La tesi che Robert Alexy sostiene in uno dei suoi lavori più noti, *The Argument from Injustice*¹, nonché in molti altri articoli successivi² dedicati al medesimo tema, è quella che più lo avvicina alla prospettiva di Fuller, soprattutto a quella che l'autore americano ha espresso nel volume del 1968 *Anatomy of the Law*³. Con essa Alexy tenta di dimostrare, contro il positivismo giuridico, che diritto e morale intrattengono un tipo di connessione “concettuale e necessaria”, o detto altrimenti che il diritto costituisce un concetto a due dimensioni, una fattuale o istituzionale ed un'altra ideale. Con le parole di Alexy:

«il diritto possiede una doppia natura, è questa la tesi che intendo sostenere. La tesi della doppia natura dispone la pretesa per cui il diritto comprende necessariamente tanto una dimensione reale o fattuale, quanto una dimensione ideale o critica. Nella definizione del diritto la dimensione fattuale è rappresentata dagli elementi di derivazione autoritativa e di efficacia sociale, laddove la dimensione ideale trova espressione nell'elemento della correttezza morale»⁴.

In quest'ottica, l'anti-positivismo proposto dai due autori, con tutte le differenze del caso, sembra avere la stessa origine e le medesime motivazioni: se il positivismo, in tutte le varianti in cui si è manifestato ed ancora oggi si manifesta, crede che il diritto

¹ ALEXY 2002.

² Tra questi lavori ricordiamo: ALEXY 1989, 167-183; ALEXY 1997, 103-113; ALEXY 2008, 281-299; ALEXY 2010, 167-182; ALEXY 2013, 97-110.

³ FULLER 1968.

⁴ ALEXY 2010, 167. «The law has a dual nature, and it is this thesis that I wish to explicate. The dual-nature thesis sets out the claim that law necessarily comprises both a real or factual dimension and an ideal or critical one. In the definition of law, the factual dimension is represented by the elements of authoritative issuance and social efficacy, whereas the ideal dimension finds its expression in the element of moral correctness». (Trad. mia).

sia tale per ragioni di carattere formale (*source thesis*), che lo stesso diritto pone e che (nel caso della variante inclusivista)⁵ possono rinviare solo in senso contingente alla dimensione morale, tanto Fuller quanto Alexy si mostrano invece convinti del fatto che il Diritto, il “concetto di diritto”, possa essere definito facendo *necessariamente* riferimento *anche, se non soprattutto*, ad elementi di natura morale:

«nessun serio anti-positivista [afferma Alexy in proposito, e Fuller avrebbe di certo sottoscritto una simile idea] intende escludere dal concetto di diritto gli elementi di derivazione autoritativa o l'elemento dell'efficacia sociale. Piuttosto, ciò che distingue l'anti-positivista dal positivista giuridico attiene all'idea per cui il concetto di diritto debba essere definito in modo tale da includere, accanto a queste proprietà fattuali, anche degli elementi morali»⁶.

Elementi morali che sono impliciti nell'idea di diritto e che non possono essere omessi o disattesi se si vuole costruire un sistema normativo che sia definibile come giuridico.

La differenza tra la prospettiva di Fuller e quella di Alexy, come a breve vedremo, si manifesta in modo chiaro nel momento in cui i due autori danno forma a tali impliciti elementi morali del diritto: se Fuller, riprendendo in parte tesi già espresse in molti lavori precedenti, reperisce negli elementi morali impliciti del diritto dei criteri “neutrali” e “procedurali” che disciplinano la produzione del diritto, una sorta di “arte della legislazione”; Alexy, invece, li interpreta come delle condizioni materiali di giustizia che impongono al diritto un determinato contenuto o che quantomeno escludono dall'ambito giuridico tutta una serie di contenuti possibili.

Se, dunque, Fuller, in ossequio al suo metodo “ibrido e mediano”, anche in ambito metaetico assume chiaramente una posizione di mezzo tra oggettivismo e relativismo, Alexy appare sul punto molto più deciso nell'abbracciare schiettamente la causa cognitivista, pur se in una sua versione moderata. Questo passo tratto da *Means and Ends*, credo espliciti in modo chiaro il tentativo metodologico di Fuller in campo metaetico, in special modo nel momento in cui il giurista americano, parlando della sua stessa teoria, afferma che essa:

⁵ Com'è noto, tra le varie proposte interne all'ambito teorico positivista, quella inclusivista è quella che ha esercitato la maggiore influenza sul dibattito contemporaneo. La sua tesi principale poggia sulla pretesa per cui il positivismo giuridico mantiene la sua coerenza interna, e quindi non rinuncia alla propria tradizionale identità, nel momento in cui include, accanto agli altri standards previsti dalla norma di riconoscimento, anche criteri di validità di derivazione morale. Si considerino a tale proposito i seguenti essenziali lavori: COLEMAN 1982; WALUCHOW 1994; MITROPHANOUS 1997, 621-641.

⁶ ALEXY 2013, 97. «No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy. Rather, what distinguishes the non-positivist from the positivist is the view that the concept of law is to be defined such that, alongside these fact oriented-properties, moral elements are also included». (Trad. mia).

«è piena di affermazioni che possono essere definite mediane. [...] Se la [mia] analisi spiazzerà coloro i quali sono alla ricerca di assoluti, allo stesso modo sarà poco persuasiva anche per coloro i quali si collocano al polo opposto del pensiero sociale, e [...] con tutta probabilità non eserciterà attrazione alcuna neanche nei confronti dei relativisti culturali che ritengono che tutti i giudizi di valore siano impressi negli individui dall'ambiente culturale. E non eserciterà maggiore attrazione neanche nei confronti degli scettici, i quali si mostrano convinti che ogni giudizio di valore che esprime una preferenza possiede una giustificazione di tipo emotivo e che dunque non è realmente un giudizio»⁷.

Di certo Alexy non condividerebbe una posizione “di compromesso” di questo tipo, e quanto segue renderà chiaro il perché: entrambi gli autori credono che il diritto e la morale siano connessi in modo necessario, entrambi si mostrano convinti del fatto che il fondamento di tale connessione debba essere reperito all'interno di una dimensione “implicita” o “ideale” del diritto, eppure i due approdano chiaramente a conclusioni differenti.

Nel presente scritto si vogliono manifestare le ragioni per cui, se è abbastanza agevole accettare l'idea di diritto implicito proposta da Fuller, risulta certamente più difficile condividere la ben più ingombrante ed impegnativa interpretazione offerta da Alexy.

2. Il diritto implicito “procedurale” di Fuller: la moralità interna della legislazione

In *Anatomy of the Law*, il testo in cui Fuller espone in modo sistematico e compiuto l'idea di “dimensione implicita” del diritto, è racchiuso in particolare un esempio, che peraltro presenta qualche elemento di somiglianza con quello che Alexy utilizzerà nelle pagine di apertura di *The Argument from Injustice*, un esempio che appare particolarmente adatto al fine d'instaurare un ipotetico dialogo tra i due.

Fuller immagina che una nuova nazione, dopo lunghi dibattiti e discussioni, proceda all'emanazione di una Costituzione.

«Tale Costituzione [precisa Fuller] viene redatta con grande cura e tutte le precauzioni del caso vengono prese al fine di stabilire in modo chiaro chi è che crea il diritto e quali sono le

⁷ FULLER 1981, 62. (Corsivo mio).«[...] abounds in what may be called *affirmations of the middle range*. [...] If [my] analysis is such as to alienate those who demands absolutes, it is perhaps equally true that the book will have little persuasiveness for those who stand at the opposite pole of social thought. [My] analysis is not likely to appeal to the cultural relativist who considers that all value judgments are impressed on the individuals by his social environment. Nor will the appeal be any greater for the ethical skeptic who asserts that any judgment expressing a preference for one state of affairs over another must be emotionally grounded and hence not properly a judgment at all». (Trad. mia).

regole che tale organo deve osservare se vuole produrre regole che siano capaci di vincolare i propri cittadini»⁸.

Il documento costituzionale, nello specifico, attribuisce il potere legislativo ad un parlamento e dispone contestualmente anche le regole elettorali in base alle quali scegliere i membri che lo compongono. Tali regole, aggiunge Fuller, vengono osservate in modo scrupoloso ed il Parlamento eletto inaugura la propria attività legislativa con l'emanazione del suo primo atto ufficiale, che recita così: «tutte le leggi che il Parlamento emanerà da questo momento in poi dovranno essere tenute segrete ai cittadini».

Fuller nota che per quanto bizzarro ed ingiusto possa apparire dal punto di vista del diritto positivo, del diritto esplicito, «tale atto non viola in alcun modo il testo costituzionale»⁹, per la semplice ragione che la Costituzione ipotizzata non dispone nulla riguardo alla pubblicazione delle leggi ed al relativo obbligo a carico del potere legislativo di rendere noto il contenuto dei documenti emanati. Il che non deve stupire, si affretta a sottolineare Fuller, visto che la Costituzione ipotetica «sotto questo profilo è simile a quella che vige negli Stati Uniti»¹⁰, in cui appunto nulla si prevede in tema di pubblicità delle leggi.

Il punto che Fuller vuole sostenere è che, di là da ciò che una Costituzione esplicitamente prevede o non prevede (perché ovviamente nella maggior parte dei casi le Costituzioni contemporanee, come quella italiana ad esempio, prevedono meccanismi di pubblicità delle leggi), è implicito nell'idea stessa di diritto e di Costituzione il fatto che il contenuto delle leggi debba essere reso accessibile ai cittadini. E alla medesima conclusione si giunge se ipotizziamo altri tipi di aberrazioni giuridiche simili alla segretezza degli atti legislativi:

«cosa dire [si chiede Fuller] di una legge completamente incomprensibile? Di una legge che contraddice sé stessa? Di una legge che richiede un dovere che va oltre le capacità umane? Oppure ancora, di una legge retroattiva che dichiara illegale un'azione che era pienamente lecita al tempo del suo compimento»¹¹.

Tutti questi casi appaiono “aberranti”, “assurdi”, “ingiusti”, non tanto perché

⁸ FULLER 1968, 60 s. «This constitution has been drafted with great care and every precaution has been taken to state clearly who can make law and by what rules the lawmaking authority must proceed if it is to make laws that will bind the citizen». (Trad. mia).

⁹ FULLER 1968, 61. «There is in this act no violations of the language of the constitution». (Trad. mia).

¹⁰ FULLER 1968, 61. «[it is] in this respect like the Constitution of the United States». (Trad. mia).

¹¹ FULLER 1968, 61. «What shall we say of the wholly unintelligible laws? The statute with an internal contradiction such that it appears to nullify itself? The law that purports to impose a duty to perform some act that lies beyond human capacities? The retrospective law declaring illegal an act that was perfectly lawful when performed?». (Trad. mia).

(necessariamente) lesivi di una qualche norma costituzionale espressa (che come abbiamo visto può anche non essere stata prevista), ma in quanto lesivi di una dimensione implicita del diritto che attiene alla sua *natura*, e non al fatto della sua *autorità*.

Fuller, con ogni evidenza, fa qui riferimento al suo concetto più noto, quello di *Inner Morality of Law*, presentato in quest'occasione come l'insieme delle regole implicite nel processo stesso della legislazione e che prescindono dal fatto della loro positivizzazione nel dettato costituzionale: «il processo legislativo è esso stesso soggetto a delle leggi implicite»¹².

Contro tale idea, qualcuno potrebbe ritenere che aberrazioni giuridiche come queste siano già precluse in partenza dall'utilizzo del senso comune e dalle ordinarie idee di decoro e di decenza di cui qualunque parlamento dispone, nella convinzione per cui non sia necessario essere esperti di questioni giuridiche per capire che l'emanazione delle leggi presupponga il rispetto di una serie di criteri impliciti, senza i quali l'attività legislativa, pur rispettosa del dettato costituzionale, viene di fatto minata nelle sue condizioni essenziali. Ma la storia, ammonisce Fuller, smentisce in modo inequivocabile tale ottimistica previsione: per cui, se il diritto e le sue regole vengono usate al fine d'indirizzare la condotta dei cittadini nel rispetto della loro dignità ed in modo conforme ai differenti ruoli istituzionali, allora, apparirà ad esempio del tutto evidente che le leggi debbano riguardare le condotte future, e non certo quelle passate, oppure che esse debbano essere chiare e richiedere soltanto ciò che è possibile attuare; ma se il fine fosse invece quello di assoggettare, di comandare al solo fine di comandare, di eliminare (anche solo politicamente o giuridicamente) gli oppositori dell'autorità, ecco allora che la dimensione implicita del diritto tenderebbe a svanire, anzi apparirebbe addirittura come un ostacolo da rimuovere, se si vogliono realizzare tali obiettivi nel nome del "diritto", se ancora lo si può definire tale:

«se fossimo titolari del potere legislativo e volessimo sbarazzarci di un nemico che non ha violato nessuna delle leggi contenute nei codici [sottolinea Fuller], quale espediente sarebbe più adatto di quello consistente nell'emanazione di una legge che disponga la pena di morte per un crimine avvenuto la settimana prima?»¹³.

E non è un caso che abusi di questo tenore divennero del tutto usuali durante il regime nazista e l'utilizzo delle leggi segrete o retroattive divenne per il diritto tedesco di quegli anni una prassi del tutto consolidata.

Il problema che Fuller dal punto di vista teorico pone attiene essenzialmente allo *status* da attribuire a leggi di questo tipo, ossia a leggi che sono certamente

¹² FULLER 1968, 61. «The lawmaking process is itself subject to implicit laws». (Trad. mia).

¹³ FULLER 1968, 61. «If you possess the lawmaking power, and you wish to get rid of an enemy who has violated no law now in the books, what expedient is more apt to occur to you than to enact a law declaring what he did last week to be a capital offence?».(Trad. mia).

ingiuste sul piano morale, ma che di fatto non sembrano violare in alcun modo i criteri previsti dal *made law*, le regole esplicite che disciplinano la loro emanazione.

Com'è noto, soprattutto in occasione del dibattito con Fuller, Herbert Hart ha sostenuto che leggi di questo tenore, di là dalla loro palese immoralità, che nessun teorico in verità mette in discussione, fossero leggi in senso pieno, come quelle emesse negli stessi anni all'interno degli ordinamenti non dittatoriali¹⁴. Affermare questo, però, significa secondo Fuller presupporre necessariamente il fatto che non esista *niente* d'implicito nell'attività della legislazione: ossia che l'attività legislativa produce norme valide e giuridiche nel momento in cui si svolge nel rispetto delle regole che *esplicitamente* disciplinano la condotta degli organi che la attuano. Se una Costituzione, ad esempio, non disponesse in nessuno dei suoi articoli un divieto di segretezza o di retroattività delle leggi, le leggi segrete o retroattive emesse dal Parlamento di quel sistema giuridico, anche se immorali in ragione del loro contenuto, sarebbero però giuridiche, valide e legittime, in quanto non negherebbero, né contraddirebbero alcuna previsione giuridica pariordinata o sovraordinata. In base a quest'idea, «un intero codice legislativo emesso segretamente e custodito in una cassaforte sarebbe diritto, tanto quanto una raccolta di norme consegnata nelle mani di ogni singolo cittadino ed espressa nel modo più chiaro nella lingua delle persone cui è destinata»¹⁵. Leggi segrete e retroattive, in quest'ottica, possono essere considerate illegittime solo nel momento in cui contraddicono una norma costituzionale espressa, una norma che nell'idea di Fuller non fa altro che positivizzare ciò che era già implicito nella natura stessa del diritto:

«laddove esista una norma costituzionale di questo tipo, si potrebbe credere che i giudici non avrebbero motivo di ricorrere ad alcuna comprensione implicita della natura del diritto, perché la Costituzione stessa è una forma di diritto esplicito – un'espressione di diritto positivo supremo pienamente capace di rispondere alle domande circa lo *status* giuridico degli atti legislativi»¹⁶.

Da ciò l'idea tipicamente positivista per cui il diritto esplicito da solo può bastare, esso è l'alfa e l'omega del fenomeno giuridico: anche ammesso che il diritto posseda delle esigenze implicite che un uso ordinario della ragione può facilmente evidenziare, tali esigenze non esistono finché non vengono tradotte in “esigenze giuridiche” da una qualche norma di riconoscimento.

¹⁴ Cfr. HART 1958.

¹⁵ FULLER 1968, 62. «[...] a whole book of laws enacted secretly and locked in a vault would be 'just as much law' as a compilation of rules put in the hands of every citizens and express in the plainest vernacular of the people to whom it was applicable». (Trad. mia).

¹⁶ FULLER 1968, 62. «Where such a constitution exists, it may seem there would be no occasion for the courts to resort to any implicit understanding about the nature of law, the constitution itself being a variety of made law – a kind of man-made “higher law” fully capable of answering the question whether a given legislative act is entitled to be called a law». (Trad. mia).

Non è ovviamente questo il parere di Fuller, per il quale, invece, la dimensione implicita del diritto costituisce un tratto irrinunciabile del concetto di diritto, che nessuna positivizzazione, neanche di rango costituzionale, può rendere superflua.

Ciò per almeno quattro distinte ragioni:

a) alla prima abbiamo già accennato nell'esempio dal quale abbiamo preso le mosse: «le più grottesche aberrazioni delle più ordinarie idee di ciò che il diritto dovrebbe essere sono proprio quelle che i costituenti con tutta probabilità non hanno neanche preso in considerazione»¹⁷. Esistono e sono esistiti casi in cui i costituenti non hanno ritenuto importante disciplinare in forma esplicita l'attività legislativa, e ciò ha avuto evidentemente un'importante conseguenza: se esistesse solo il diritto esplicito, se l'attività legislativa non racchiudesse nulla che fosse assimilabile ai criteri impliciti di cui parla Fuller, in tutte le aree in cui il diritto (costituzionale) esplicito resta “muto”, dovrebbe vigere un permesso latente. Detto in altri termini, se nessun articolo costituzionale vietasse, ad esempio, la segretezza della legislazione, nell'ottica dei sostenitori del *made law* ciò comporterebbe che le leggi segrete, per quanto odiose possano essere dal punto di vista morale, sarebbero leggi al pari delle altre. La spiegazione per un'omissione così importante, Fuller la reperisce nel passo di Wittgenstein in cui il filosofo austriaco scrive «qualcuno mi dice: insegna un gioco ai bambini! Io insegno loro a giocare ai dadi, e l'altro dice: non intendevo un gioco di questo genere!»¹⁸. Wittgenstein sembra suggerire che nel linguaggio (e Fuller estende l'idea anche al linguaggio giuridico) esiste sempre un “sottotesto”, una dimensione implicita che attiene contemporaneamente alla nostra logica e alla nostra cultura e che rende in molti casi superflua l'esigenza di esplicitare determinati argomenti. Per cui, così come a chiunque apparirebbe aberrante insegnare un gioco d'azzardo ad un bambino, sebbene nessuno abbia esplicitamente vietato di farlo, allo stesso modo dovrebbe apparire aberrante emettere leggi segrete, nonostante nessuna norma costituzionale vieti un comportamento simile. Dunque, la prima funzione del diritto implicito, così come immaginato da Fuller, è quella di indirizzare gli interpreti nel caso di lacune, anche di lacune costituzionali. Lacune che sono tali proprio perché il diritto non ha reso esplicito ciò che implicitamente e ragionevolmente esso già contiene.

b) In molti casi, però, forse nella maggior parte, le Costituzioni non restano “mute” in tema di legislazione (come invece fa la massima legge statunitense), ma indicano, a volte in modo alquanto preciso, i passi che l'organo legislativo deve compiere se vuole produrre norme che siano giuridiche e valide. Ebbene, in tale caso il

¹⁷ FULLER 1968, 62. «The most grotesque aberrations from ordinary conceptions of what law means are precisely those which the constitutional draftsman is most likely to leave out of account». (Trad. mia).

¹⁸ FULLER 1968, 62. L'esempio di Wittgenstein viene riportato da Fuller in questi termini: «Someone says to me: show the children a game! I teach them gaming with dice, and the other says: I didn't mean this sort of game». (Trad. mia).

diritto implicito diviene superfluo, o addirittura viene completamente meno? O detto altrimenti, può una norma costituzionale positivizzare in modo compiuto e totale ciò che prima era solo implicito all'interno del sistema giuridico? In proposito Fuller immagina un esempio particolarmente efficace: una legge regolarmente emessa da un parlamento dispone che i matrimoni sono validi solo se il soggetto che celebra la cerimonia compila il documento fornito dall'amministrazione e lo consegna all'ufficio competente entro cinque giorni dall'avvenuta cerimonia. Ma appena prima che la legge entri in vigore, un incendio distrugge completamente l'archivio di Stato, rendendo impraticabile per almeno sei mesi la registrazione dei matrimoni richiesta dalla legge. Ebbene, come regolarizzare lo *status* dei matrimoni che si sono celebrati in quei sei mesi, in chiara violazione della legge sulla registrazione? L'unica soluzione, sostiene Fuller, consiste in una legge retroattiva che regolarizzi *ex post*, per ragioni di evidente giustizia sostanziale, le situazioni pregresse. Ma se in quel sistema vigesse una norma costituzionale che esplicitamente avesse positivizzato l'esigenza implicita della irretroattività, la legge "riparatrice" dovrebbe essere considerata a sua volta invalida, e con essa tutti i matrimoni celebrati in quei sei mesi. Ecco le parole di Fuller: «l'esempio delle leggi retroattive mette in evidenza quanto difficile sia convertire le pretese implicite della decenza giuridica in delle espresse limitazioni costituzionali»¹⁹. Nell'idea di Fuller, la positivizzazione di un'esigenza implicita del diritto comporta, detto altrimenti, una cristallizzazione che in molti casi potrebbe risultare addirittura incompatibile con le più ovvie ragioni di giustizia e di correttezza. Laddove, invece, il "non detto" del diritto, le sue ragioni implicite, si prestano a bilanciamenti e sacrifici (parziali e totali) che appaiono a volte indispensabili per il mantenimento della legalità e per la realizzazione anche minima della giustizia: «alcuni allontanamenti dalle ordinarie pratiche legislative [commenta Fuller], quali quelli che si attuano con le leggi retroattive o quelle *ad personam*, possono in taluni casi realizzare i fini della legalità e della correttezza»²⁰. All'esigenza di certezza del diritto esplicito del positivismo giuridico, Fuller contrappone le ragioni della flessibilità del diritto implicito in quanto strumenti di giustizia.

c) La terza ragione che a parere di Fuller rende centrale ed ineliminabile il riferimento al diritto implicito attiene poi all'impossibilità costituzionale di prevedere o di anticipare determinate situazioni di emergenza. Molte Costituzioni, ad esempio, nel tentativo di rendere esplicita l'implicita esigenza di pubblicità, prevedono il c.d. periodo di *vacatio legis*, ossia un breve lasso di tempo che appare potenzialmente congruo al fine di far conoscere il contenuto della

¹⁹ FULLER 1968, 64. «The example of retrospective laws illustrates how difficult it is to convert the implicit demands of legal decency into explicit constitutional limitations». (Trad. mia).

²⁰ FULLER 1968, 65. «Certain departures from the usual practices of lawmaking, such as those involved in retrospective and special or one-man statutes [...] may in some cases actually serve the ends of legality and fairness». (Trad. mia).

legge ai destinatari prima che essa entri definitivamente in vigore. Ma anche quest'esigenza a volte è bene che lasci il passo a differenti ragioni legate all'eccezionalità del momento. Mettiamo il caso di uno stato d'emergenza nazionale che renda indispensabile la necessità di emettere norme che entrino immediatamente in vigore senza la "cautela" della *vacatio legis*. Proprio al fine di aggirare la lentezza della burocrazia legislativa, molte Costituzioni (compresa ad esempio la nostra), se da un lato obbligano il legislatore a pubblicizzare i propri atti, esplicitando evidentemente un'esigenza implicita nella legislazione, dall'altro garantiscono ai governi la possibilità di bypassare tutta una serie di limitazioni costituzionali in nome di un determinato valore supremo, di norma coincidente con la sicurezza nazionale.

Fuller guarda con sospetto sia alla prima limitazione costituzionale, sia alla seconda previsione che mira, in casi eccezionali, ad aggirare le limitazioni previste. A suo avviso, sarebbe molto più corretto e conforme alla natura stessa del diritto lasciare implicite le esigenze rese palesi dal senso comune, la moralità interna del diritto, affinché esse possano essere misurate e soppesate nelle situazioni concrete. Nella sua idea non si tratta di applicare o non applicare le leggi naturali della legislazione, si tratta di capire "quando" e "quanto" applicarle nel caso concreto. Per Fuller il diritto è sempre una questione di grado.

d) La quarta ragione è forse la più ovvia, ma anche la più importante: prima di poter applicare le parole di una Costituzione è sempre necessario interpretarle. L'idea di Fuller è che l'interpretazione dipende in modo necessario da quell'insieme di saperi impliciti senza i quali diviene di fatto impossibile attribuire un significato razionale e ragionevole ai testi giuridici. I giudici del celebre caso del «divieto d'ingresso ai veicoli nel parco» riescono ad escludere tutta una serie di soluzioni palesemente ingiuste, immorali e irragionevoli semplicemente perché attingono a fonti implicite derivanti «dai comportamenti e dalle pratiche della comunità e da alcune condivise idee sul migliore utilizzo del parco»²¹.

Sulla base di tali argomenti Fuller giunge alle seguenti schematiche conclusioni: le procedure che disciplinano l'attività legislativa possono ovviamente fallire per tutta una serie di cause e «la cattiveria umana è solo una di queste»²²; al fine di ricondurre la società intera ad una condizione in cui la legalità costituisce ancora un ideale realizzabile, la filosofia che crede nel fatto che l'unico vero diritto sia il diritto esplicito non è di nessun aiuto; le misure giuridiche sulla base delle quali realizzare tale ritorno alla legalità comportano necessariamente qualche allontanamento dai valori che in condizioni normali verrebbero considerati sacri ed inviolabili. Parafrasando Walter Bagehot, Fuller afferma a riguardo: «possiamo dire che i gradini

²¹ FULLER 1968, 67. «[...] from the attitudes and practices of the community and some shared conception of the most beneficial use of park areas». (Trad. mia).

²² FULLER 1968, 69. «Human perfidy is only one of these». (Trad. mia).

più bassi della scala che porta alla legalità sono particolarmente ripidi»²³.

Da ciò l'idea per cui il diritto implicito, inteso come l'insieme delle condizioni procedurali che rendono possibile il diritto, rappresenta una condizione vitale in qualunque sistema giuridico, una condizione destinata a rimanere necessariamente implicita. Per le ragioni addotte, l'idea d'incorporare nel *made law* il diritto implicito è per Fuller semplicemente impraticabile.

3. Il diritto implicito "sostanziale" di Alexy: la pretesa di correttezza

Il punto di partenza di Alexy, come già abbiamo avuto modo di sottolineare, è molto simile a quello di Fuller: il *made law*, quello che Alexy definisce "dimensione fattuale" del diritto, rappresenta una parte indispensabile del concetto di diritto, ma chiaramente non rappresenta "tutto" il diritto. Chi crede che il diritto esplicito, istituzionalizzato, esaurisca l'idea di diritto, tende necessariamente ad un concetto di diritto di matrice positiva:

«nella definizione del diritto, la dimensione fattuale è rappresentata dagli elementi di derivazione autoritativa e dall'efficacia sociale, (...) che sono dei fatti sociali. Credere che i fatti sociali possano da soli determinare ciò che è richiesto o no dal diritto ci avvicina ad una concezione giuridica positivista»²⁴.

Nel momento in cui al quadro appena delineato si aggiunge un terzo elemento, quello della dimensione ideale del diritto, una dimensione che anche per Alexy è *implicita* nell'idea stessa di diritto, la situazione cambia drasticamente ed il positivismo giuridico deve lasciare spazio alla sua teoria antagonista, il non-positivismo. La presenza di tale dimensione *implicita ed ideale* del fenomeno giuridico giustifica e dimostra la connessione necessaria tra il diritto e la morale.

A prima vista la proposta che Alexy esprime sul punto appare del tutto compatibile con quella espressa da Fuller. Possiamo schematizzare i suoi passaggi salienti in questi termini: a) il diritto è un fenomeno bidimensionale che comprende una parte *fattuale* ed una *implicita*; b) l'esistenza della dimensione implicita mette in gioco il discorso morale; c) nel momento in cui si prende atto di tale dimensione, per ciò che concerne il livello teorico, il positivismo giuridico diviene insostenibile.

²³ FULLER 1968, 69. «We may say that the bottom steps of the ladder leading back to legality are very steep». (Trad. mia).

²⁴ ALEXY 2010, 167. «In the definition of law, the factual dimension is represented by the elements of authoritative issuance and social efficacy [...]. Authoritative issuance and social efficacy are social facts. If one claims that social facts alone can determine what is and is not required by law, that amounts to the endorsement of a positivistic concept of law». (Trad. mia).

Ma in realtà le differenze, pur all'interno di un'impalcatura teorica simile, sembrano prevalere sulle somiglianze. E per coglierle possiamo fare riferimento, anche nel caso di Alexy, ad un esempio che ricorre più e più volte all'interno dei suoi scritti.

Tanto nell'ipotesi proposta da Fuller, quanto in quella avanzata da Alexy, si fa riferimento ad un contrasto tra il diritto esplicito e quello implicito, ossia e nel linguaggio del filosofo tedesco, tra la dimensione fattuale e quella ideale. Se però Fuller prende in considerazione una "contraddizione" tra un'ipotetica legge del Parlamento ed una *norma sulla produzione* implicita nella natura stessa del diritto, che poi altro non è che uno dei criteri della *Inner Morality of Law*; Alexy, nel suo esempio, prende in considerazione un tipo di "contraddizione" differente, quella tra un'ipotetica norma costituzionale (esplicita) ed una pretesa di correttezza implicita nella natura del diritto, che costituisce la sua dimensione ideale.

Com'è evidente, il fine teorico dei due autori è essenzialmente il medesimo, ossia quello di dimostrare l'esistenza della dimensione implicita del diritto. Ciò su cui le prospettive si allontanano attiene alla definizione di tale "dimensione": come si è visto, Fuller la interpreta in una chiave essenzialmente procedurale, laddove Alexy, come metteremo a breve in evidenza, offre una lettura che è anche (ed a mio avviso troppo) sostanzialista.

Alexy ci propone di prendere in considerazione un'ipotetica Costituzione che nel suo articolo di apertura dispone quanto segue:

Questa è una repubblica sovrana, federale ed ingiusta.

L'articolo, sottolinea Alexy, appare del tutto assurdo, tanto agli occhi del giurista, quanto a quelli del senso comune, così come assurda appariva, nell'esempio di Fuller, la disposizione legislativa che sanciva la segretezza di tutte le leggi future. Il problema, che emerge in entrambe le situazioni ipotetiche, consiste nel capire il *perché* di tale palese assurdità.

Nel caso di Fuller la spiegazione era certamente più semplice, sebbene sconfisse anch'essa nell'ambito di ciò che nel diritto non è manifesto, nella dimensione implicita appunto: la disposizione legislativa appariva assurda perché posta in contrasto con un principio costituzionale procedurale (che a volte può essere) non scritto, ma di cui è difficile disconoscere l'esistenza. La legislazione serve ad indirizzare le condotte degli individui e dunque costituisce un'attività finalizzata ad uno scopo, la cui piena realizzazione soggiace al rispetto di una serie di criteri procedurali impliciti di origine morale.

Nel caso di Alexy, com'è evidente, la situazione appare più complicata: la Costituzione è per definizione un atto apicale, al di sopra del quale, quantomeno restando in ambito nazionale, non esistono parametri ulteriori di validità, di legittimità e di moralità. Per cui, parlare di *assurdità* di un articolo costituzionale può apparire, in primo luogo ai sostenitori del *made law*, come un non senso: l'"assurdità" presuppone la contraddizione rispetto a qualcosa di sovraordinato e

la Costituzione è una fonte “super-primaria” che può essere contraddetta ma che di fatto non può contraddire, se non sé stessa.

Alexy, proprio al fine di risolvere tale complessa situazione ricorre ad un tipo di contraddizione del tutto speciale, la c.d. *contraddizione performativa*:

«l’idea che sta alla base della contraddizione performativa consiste nello spiegare l’assurdità come derivante dalla contraddizione tra ciò che *implicitamente* la Costituzione pretende, ossia il fatto di essere giusta, e ciò che viene *esplicitamente* dichiarato, ossia il fatto di essere ingiusta. Ora, la giustizia è un caso speciale della correttezza, perché la giustizia altro non è che la correttezza nella distribuzione e nella compensazione. Il nostro esempio dimostra che il diritto e la pretesa di correttezza non sono solo, come sostenuto da Eugenio Bulygin²⁵[...], connesse da ragioni prudenziali, ma anche e soprattutto da ragioni concettuali»²⁶.

Il contrasto che Alexy immagina, e che rende la disposizione costituzionale palesemente *assurda*, è, dunque, quello tra ciò che il diritto (costituzionale) esplicitamente prescrive ed una pretesa morale di correttezza che qualunque sistema giuridico, se vuole essere realmente tale, deve avanzare. Nell’idea di Alexy il diritto, il “vero” diritto, pretende di essere corretto dal punto di vista morale, di essere giusto, e ciò rappresenta un suo tratto peculiare necessario ed irrinunciabile.

Ciò premesso, cosa avverrebbe se un atto normativo (anche costituzionale) regolarmente emesso violasse la dimensione ideale, o detto altrimenti se non vantasse alcuna pretesa di correttezza? La risposta di Alexy è: dipende! Dipende dal grado della violazione, ed in piena sintonia con Gustav Radbruch conclude che solo alcune violazioni, quelle estreme, hanno ricadute sul piano della validità e dell’esistenza del diritto.

«L’unica forma di anti-positivismo che dà adeguata importanza ad entrambe le dimensioni, quella reale e quella ideale, è l’anti-positivismo inclusivo. L’anti-positivismo inclusivo [afferma Alexy] non sostiene né che le mancanze morali pregiudicano sempre la validità giuridica, né che non la pregiudicano mai. La sua più illustre espressione è costituita dalla formula di Radbruch, che può essere sinteticamente espressa in questi termini: l’estrema ingiustizia non è diritto. In base a questa formula, le mancanze morali pregiudicano la validità giuridica *se e solo se* viene superata la soglia dell’estrema ingiustizia. Tale soglia

²⁵ BULYGIN 1993, 19-24.

²⁶ ALEXY 2010, 169. (Corsivo mio). «The idea underlying the method of performative contradiction is to explain the absurdity as stemming from a contradiction between what is *implicitly* claimed in framing a constitution, namely, that it is just, and what is *explicitly* declared, namely, that it is unjust. Now, justice counts as a special case of correctness, for justice is nothing other than the correctness of distribution and compensation. Thus, our example shows that law and the claim to correctness are not only, as Eugenio Bulygin argues [...], connected by prudential reasons, but also – and this is much more – by reasons conceptual in nature». (Trad. mia).

viene superata nei casi di estreme violazioni dei diritti umani»²⁷.

La pretesa di correttezza, nell'idea di Alexy, assume quindi una connotazione che è innanzitutto sostanziale e che di fatto coincide con l'idea di Radbruch dell'"estrema ingiustizia". È nella natura (implicita) del diritto il fatto di essere giusto e nessuna norma esplicita, anche se di rango costituzionale, può violare tale *condizione oggettiva*.

Ora, se le ben più modeste pretese avanzate da Fuller, più modeste proprio per il fatto di fermarsi ad un livello prettamente procedurale, appaiono a grandi linee condivisibili, la più *ingombrante* proposta di Alexy appare assai più problematica, anche perché presuppone un tipo di cognitivismo metaetico che a sua volta richiede adeguate giustificazioni.

E l'aspetto più problematico attiene essenzialmente all'utilizzo che Alexy fa della formula di Radbruch²⁸, formula che sembra acquistare all'interno della sua teoria un triplice significato a seconda del sistema giuridico cui essa può essere riferita:

- 1) sistemi democratico-costituzionali
- 2) sistemi democratico-costituzionali parzialmente ingiusti
- 3) sistemi dispotici o comunque estremamente ingiusti

1) Con riferimento ai sistemi democratico-costituzionali, la formula di Radbruch, e più in generale l'argomento della pretesa di correttezza di Alexy, appare come una tesi descrittiva del modello di validità presente al loro interno, e ciò perché tali sistemi hanno fatto propria, incorporandola, la formula della pretesa di correttezza. Ciascuno di tali sistemi contiene una soglia oltre la quale il diritto perde la sua validità, soglia che si ottiene "unendo i punti" costituiti dai diritti umani che le Costituzioni dispongono. Non è un caso che Alexy, al fine di giustificare, o forse meglio al fine di verificare, l'esistenza della dimensione ideale, utilizzi, come si è pocanzi messo in evidenza, lo strumento della "contraddizione performativa", strumento che quando impiegato in ambito costituzionale appare anch'esso descrittivo, non della dimensione ideale del concetto di diritto ma, casomai, della funzione e della ragion d'essere di una Costituzione democratica: l'ipotetico articolo costituzionale che recita *Questa è una repubblica sovrana, federale*

²⁷ ALEXY 2013, 108. «The only form of non-positivism that gives adequate weight to both dimensions the real and the ideal, is inclusive non-positivism. Inclusive non-positivism claims neither that moral defects always undermine legal validity nor that they never do. Its most prominent expression is found in the Radbruch formula, which in its most compressed form runs as follows: Extreme injustice is not law. According to this formula, moral defects undermine legal validity *if and only if* the threshold of extreme injustice is transgressed. This threshold is transgressed in cases of extreme violations of human rights». (Trad. mia).

²⁸ Cfr. RADBRUCH 1946.

ed ingiusta effettivamente è contraddittorio, ma ciò che contraddice, a mio avviso, non ha niente di metafisico o di ideale, contraddice esclusivamente la ragion d'essere di una Costituzione democratica, la sua pretesa, appunto, di essere corretta dal punto di vista morale²⁹.

Non è questo il parere di Alexy, per il quale un articolo costituzionale così concepito sarebbe *nullo ab origine*, non raggiungerebbe neanche il concetto minimo di diritto, perché contenente una contraddizione tra ciò che il diritto (il concetto di diritto) esplicitamente esprime e ciò che invece tacitamente presuppone, ossia tra la sua dimensione istituzionale-fattuale e quella ideale.

Ciò, quando riferito ai sistemi costituzionali, è senz'altro corretto e condivisibile, ma semplicemente perché qualunque sistema di questo tipo pretende *realmente* di essere corretto moralmente, o detto altrimenti, perché aspira *realmente* ad una qualche forma di giustizia: se una Costituzione pretendesse espressamente di essere ingiusta starebbe contraddicendo sé stessa, la sua ragion d'essere, e non l'ipotetica dimensione ideale del concetto di diritto. Il punto è che il sistema giuridico costituzionale non è "Il Diritto", non rappresenta il concetto di diritto, è solo una sua eccellente manifestazione concreta. E tra il concetto e la sua concreta manifestazione, anche se la migliore concepibile, esiste ed è bene che esista sempre uno scarto, innanzitutto concettuale.

Mi si permetta una breve divagazione in ambito musicale. Nessun filosofo estetico ambisce a definire una volta per tutte il concetto di musica, ma ammettiamo che lo volesse fare e che affermasse, coerentemente con la prospettiva giuridica di Alexy, che la musica, per essere realmente tale, deve *necessariamente* vantare una *seria pretesa di correttezza estetica*, ossia che ad esempio deve presentare o comunque tendere ad una qualche forma di ideale equilibrio armonico. A partire da questo presupposto, il nostro filosofo potrebbe ritenere che la musica di Bach realizzi pienamente tale esigenza ideale e che, quindi, coincida con il concetto stesso di musica divenendo una sorta di paradigma attraverso cui giudicare, dal punto di vista estetico, tutte le differenti esperienze musicali. Ovviamente una conclusione di questo tipo lascerebbe molto a desiderare. Se questo fosse il concetto di musica, molte espressioni musicali del passato, del presente e del futuro non supererebbero un test così concepito: che dire ad esempio di Schönberg e delle sue dissonanze, o della musica classica indiana, che addirittura usa scale musicali differenti rispetto a quelle occidentali. Dovremmo forse dire che non si tratta di espressioni pienamente musicali?

²⁹ Questo è l'argomento critico mosso anche da Habermas: «[...]Why do you need any recourse to the Radbruch formula? Once you confine the dispute to legal systems within the frame of a democracy, then constitutional principles contain all the moral content you need, and even against my friend Ronnie Dworkin, I would maintain that the appeal to any other principle but those contained in the legal system as a whole would indeed be suspicious. So why are you asking for more than to have recourse, if necessary, to constitutional principles on the premise that we have a legal system where human rights are penetrating down to civil law and so on and so on?». HABERMAS 2005, 769-793.

2) Differente è la situazione che si profila nel momento in cui in un ordinamento democratico-costituzionale siano presenti ambiti normativi o singole disposizioni che superano la soglia di tollerabilità morale voluta da Radbruch e da Alexy. Prendiamo il caso della disposizione che negli Usa dispone la pena di morte per i reati d'omicidio³⁰. In applicazione della prospettiva di Alexy, se riteniamo che tale disposizione contraddica in modo estremo la dimensione ideale del diritto, dovremmo concludere che ogni volta che gli Stati Uniti condannano a morte un imputato, i funzionari starebbero agendo al di fuori dell'ordinamento giuridico, e quindi al di fuori del concetto stesso di diritto. A ben vedere, in questo caso la tesi della pretesa di correttezza costituisce esclusivamente un giudizio morale (peraltro qui condiviso), uno strumento di pressione morale del tutto simile a quello invocato dagli abolizionisti quando affermano che il diritto ingiusto non è realmente diritto. *Ma di fatto*, la pena di morte verrà meno, o in altri termini smetterà di essere diritto, solo quando anche l'ultimo Stato americano si convincerà della sua estrema ingiustizia e convertirà tale giudizio morale in una norma giuridica espressa. Fino a quel momento, ci troviamo di fronte ad un esempio di diritto "estremamente ingiusto", ma che è pur sempre diritto.

La situazione sarebbe molto diversa, aggiungerebbe Fuller, se l'applicazione della pena di morte venisse effettuata sulla base della violazione dei principi procedurali che disciplinano l'azione legislativa, impliciti o espliciti che siano. In questo caso, e senza scomodare ingombranti giustificazioni morali, l'azione legislativa sarebbe immorale e anti-giuridica semplicemente perché viziata alla radice dalla violazione del patto di reciprocità che sta alla base dei rapporti sociali e istituzionali.

3) Più complesso è il caso in cui si tenti di applicare la formula di Radbruch al di fuori dell'ambito democratico: se a definirsi espressamente ingiusto fosse un regime dispotico, potremmo ancora parlare di contraddizione performativa? Credo proprio di no.

Perché la contraddizione performativa, nell'idea qui sostenuta, non attiene al rapporto tra essere e dover essere, tra diritto e buon diritto, ma al contrasto tra ciò che un qualcosa è e ciò che (soggettivamente) pretende di essere, ed un regime dispotico, nella maggior parte dei casi, mantiene precisamente ciò che promette, ossia l'ingiustizia. Facciamo un esempio, purtroppo non proprio di fantasia.

Supponiamo che un gruppo terroristico riesca a fondare uno Stato, ossia ad esercitare stabilmente una qualche forma di sovranità su una popolazione stanziata su un determinato territorio. Come mille volte la teoria del diritto ha già fatto con riferimento allo Stato nazional-socialista, ci si potrebbe chiedere se un sistema normativo di questo genere costituisca o meno un ordinamento giuridico,

³⁰ Sullo status giuridico della norma che dispone la pena di morte, ed in particolare sull'utilizzo in ambito penale delle prospettive di Radbruch e di Alexy, mi permetto di rinviare a PORCIELLO 2007.

posta la condizione, però, che esso non avanzerebbe *in senso assoluto* alcuna pretesa di correttezza morale. (Qualcuno potrebbe obiettare che anche i regimi dispotici o dittatoriali avanzano pretese di correttezza, quantomeno dal loro punto di vista. Onde evitare complicazioni di questo genere, qui col termine correttezza sto semplicemente e banalmente facendo riferimento al rispetto dei più ovvi diritti fondamentali riconosciuti a livello internazionale).

Alexy non avrebbe dubbi: un sistema normativo di questo genere non costituirebbe un ordinamento giuridico, perché si collocherebbe nella sua interezza al di là della soglia dell'estrema ingiustizia voluta da Radbruch. Detto in altro modo, il sistema normativo di un regime così concepito, nell'idea di Alexy, non starebbe semplicemente contraddicendo sé stesso ed i principi di cui si fa portatore, starebbe ledendo, bensì, la stessa idea di diritto, ciò che il diritto dovrebbe idealmente essere. E per tale ragione, questo sistema non costituirebbe un ordinamento giuridico, ma soltanto un esercizio arbitrario e illegale della forza.

Anche in questo caso, sul giudizio morale contenuto in tale affermazione siamo ovviamente tutti d'accordo: un sistema giuridico che non tiene in nessun conto le più ovvie esigenze morali, i diritti umani innanzitutto, e che quindi non avanza nessuna pretesa di correttezza, è certamente un sistema normativo estremamente ingiusto, e per questo non dovrebbe esistere, o detto meglio, sarebbe bene che non esistesse.

Ma di fatto esiste, è questo il problema!

Afferma Marmor in proposito:

«nel momento in cui ammettiamo che al fine di disporre di qualcosa di simile alla formula di Radbruch abbiamo bisogno di un argomento normativo, facciamo affidamento su un argomento morale che ci dica qualcosa sul diritto. Non si tratta di una conclusione relativa alla natura del diritto. È semplice. Non è possibile produrre un argomento normativo sulla natura di una certa cosa senza approdare a conclusioni che sono anch'esse normative. Per cui, se si pone un argomento normativo, un argomento morale, anche la conclusione cui si approderà sarà morale. Sarebbe una buona cosa se tutti credessimo che il diritto ingiusto non è affatto diritto, tutti accetteremmo un'affermazione di questo tipo, il punto è che non è possibile giungere ad un argomento che ci dica qualcosa sulla natura del diritto partendo da un argomento morale: la conclusione sarà anch'essa morale»³¹.

La posizione di Marmor è chiara: da una premessa normativa, da un giudizio morale, possono solo derivare conseguenze normative, ossia ulteriori giudizi

³¹ MARMOR 2005, 778. «Once we admit that in order to get to something like the Radbruch formula, you need a normative argument, you rely on a moral argument to tell us something about the law. It is no longer the case that the conclusion is about the nature of law. As simple as that. I cannot make a normative argument about the nature of anything except normative conclusions, so if I make a normative argument, a moral argument, then the conclusion is a moral conclusion. It may well be a good thing if everybody thinks that unjust law is not law, fine, we can all agree with that, but you just cannot have a moral argument concluding with the nature of anything except again moral conclusion». (Trad. mia).

morali, che nulla però ci dicono su cosa il “diritto è”. Detto altrimenti, quando usata in un contesto globalmente ingiusto, la formula di Radbruch esprimerebbe unicamente un giudizio morale, privo di ricadute sulla natura del diritto, sulla sua dimensione ontologica.

La lettura di Marmor convince solo in parte, o comunque non tiene conto di una possibilità, forse l'unica in cui la formula di Radbruch appare essere suscettibile di concreta applicazione giuridica. Se mai un tribunale internazionale, espressione dei “nostri” valori costituzionali, fosse chiamato a giudicare l'operato dell'ipotetico stato dispotico cui abbiamo fatto riferimento, esso certamente accerterà la responsabilità morale e giuridica dei soggetti coinvolti, attraverso un qualche strumento riconducibile alla formula di Radbruch e giungendo alla conclusione che quei criminali hanno agito in modo estremamente ingiusto, e quindi al di fuori della dimensione giuridica. In questo caso, la formula di Radbruch, lungi dal descrivere ciò che già un ordinamento prevede, come nel caso 1), costituirebbe un fondamentale strumento per accertare la responsabilità, non solo morale, ma anche giuridica dei soggetti che in nome di quello Stato hanno agito.

Il punto che qui si vuole rimarcare è che ciò non dimostra che il diritto posto in violazione della dimensione ideale non fosse diritto, dimostra casomai, lo ripetiamo ancora una volta, che quel diritto non soddisfa i *nostri* standard giuridici, ossia standard che fanno comunque parte di un dato paradigma, e che viene considerato *ex post* come non-diritto perché supera la soglia di tollerabilità morale positivizzata nei nostri sistemi. In un ipotetico tribunale internazionale come questo, così come d'altronde è avvenuto a Norimberga, non si applicherebbero, in quest'ottica, i principi del diritto naturale, e neanche quelli propri della dimensione ideale del concetto di diritto, molto più semplicemente si applicherebbero ai vinti i principi e gli standard morali e giuridici dei vincitori. Sotto questo aspetto, sono perfettamente d'accordo con Brian Bix nel momento in cui sostiene che «sarebbe molto più caritatevole interpretare la formula di Radbruch come una prescrizione rivolta ai giudici, piuttosto che come una pretesa descrittiva, concettuale e analitica sulla natura del diritto»³².

Tutto ciò premesso, come si è tentato di mettere in evidenza, la tesi della pretesa di correttezza di Alexy, a seconda dell'ambito giuridico in cui viene applicata, può essere considerata alternativamente come una tesi descrittiva del diritto positivo, come un giudizio morale privo di ricadute in ambito giuridico o come un giudizio morale che ha ricadute sulla validità del diritto, ma solo *ex post*. Ma comunque la si voglia intendere, essa attiene ai principi propri del sistema giuridico costituzionale e non a quelli propri del concetto di diritto.

³² BIX 2011, 57. «[...] it would thus be more charitable to read the Radbruch Formula as a prescription for judicial decision-making rather than as a descriptive, conceptual or analytical claim about the nature of law». (Trad. mia).

4. Conclusioni

Il fatto che Alexy definisca la propria teoria come una teoria sul concetto di diritto potrebbe trovare giustificazione nell'idea per cui il sistema giuridico costituzionale incarna appieno la dimensione ideale del diritto e che quindi la lunga storia dell'evoluzione dei sistemi giuridici si sia in realtà conclusa con il dopoguerra europeo: momento in cui "l'essere" del diritto, dopo un viaggio complesso e tortuoso, si sarebbe finalmente ricongiunto al suo "dover essere". Ma come abbiamo già detto, di là dagli innegabili pregi del sistema costituzionale, esso costituisce pur sempre un modello, una fase, un paradigma collocato nel tempo e nello spazio, ed in quanto tale perfezionabile. Così come collocate nel tempo e nello spazio sono le teorie giuridiche e politiche che lo sostengono. La teoria di Alexy, che in tal senso non fa eccezione, è ragionevole e condivisibile, ma fino a quando la si consideri come una teoria "del e sul" sistema giuridico costituzionale. L'assolutizzazione che essa opera di tale sistema mi sembra ponga seri problemi di circolarità.

Non credo che Fuller incorra, invece, nel medesimo problema: con riferimento alla "questione nazista", ad esempio, per Fuller, prima che sostanziale, il problema che affligge il diritto espresso dalla dittatura di Hitler è di natura procedurale, e pone, in quanto tale, un problema di *fedeltà* alle esigenze implicite nel sistema giuridico. Ciò che mina la validità del diritto nazista, o del diritto ingiusto in genere, attiene al fatto che in un sistema siffatto non vengono innanzitutto rispettati i requisiti procedurali (moralì) della legislazione, requisiti che attengono, questi sì, al concetto e alla natura del diritto. Quando in un sistema di governo non vi è nessun rispetto della moralità interna del diritto, ciò significa che quel tipo di organizzazione delle condotte non è un'organizzazione giuridica, è un'organizzazione *manageriale* in cui un comandante, un capo o un'*élite* impone i propri interessi ad una massa informe di destinatari, ed all'interno della quale le persone non possono dirsi realmente libere.

Sebbene simili per molti aspetti e sebbene riconducibili ad una comune dimensione culturale, le posizioni di Fuller e di Alexy divergono essenzialmente per il diverso grado di oggettivismo etico che esse presuppongono. Se Fuller pone alla base del concetto di diritto una dimensione procedurale, in assenza della quale il sistema normativo smette di essere "diritto" perché perde alcune delle sue qualità essenziali, quali la chiarezza, la congruenza, l'efficacia etc., che rendono possibile il tipo di organizzazione che abbiamo in mente quando parliamo di diritto; Alexy fonda il proprio concetto di diritto su una dimensione valoriale culturalmente connotata, che rischia di far scivolare il suo autore in posizioni di imperialismo morale. Accettare la teoria di Alexy comporta necessariamente l'esigenza di accettare l'oggettivismo morale su cui essa poggia, e del quale non mi sembra Alexy riesca a dare piena giustificazione.

Riferimenti bibliografici

- ALEXYS R. 1989. *On Necessary Relations Between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 2, 2, 1989, 167 ss.
- ALEXYS R. 1997. *Giustizia come correttezza*, in «Ragion Pratica», 5, 1997, 103 ss.
- ALEXYS R. 1992. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (ed. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997).
- ALEXYS R. 2008. *On the Concept and the Nature of Law*, in «Ratio Juris», 21, 3, 2008, 281 ss.
- ALEXYS R. 2010. *The Dual Nature of Law*, in «Ratio Juris», 23, 2, 2010, 167 ss.
- ALEXYS R. 2013. *Some Reflections on the Ideal Dimension of the Law*, in «American Journal of Jurisprudence», 58, 2, 2013, 97 ss.
- BIX B.H. 2011. *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, in «American Journal of Jurisprudence», 56, 2011, 45 ss.
- BULYGIN E. 1993. *Alexy und das Richtigkeitsargument*, in A. AARNIO, S.L. PAULSON, O. WEINBERGER, G. HENRIK VON WRIGHT (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlino, Duncker & Humblot 1993, 19 ss.
- COLEMAN J.L. 1982. *Negative and Positive Positivism*, in ID., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- FULLER L.L. 1968. *Anatomy of the Law*, New York, Frederick A. Praeger., 1968.
- FULLER L.L. 1981. *Means and Ends*, in K. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order*, Durham, Duke University, 1981.
- HABERMAS J. 2005. *Replica*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Revista de filosofía jurídica y política», 39, 2005, 769-793.
- HART H.L.A. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 4, 1958, 593 ss. (ed. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005).
- MARMOR A. 2005. *Replica*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Revista de filosofía jurídica y política», 39, 2005, 769-793.
- MITROPHANOUS E. 1997. *Soft Positivism*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 17, 1997, 621 ss.
- PORCIELLO A. 2007. *Pena di morte*, in M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (eds.), *Questione di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007.
- RADBRUCH G. 1946. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946 (ed. it. *Ingiustizia legale e torto sovralegale*, in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (eds.), *Filosofia del diritto*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2002).
- WALUCHOW W.J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

