

Tradizioni, teorie, valori.

*Sulla storia della filosofia analitica del diritto**

Mauro Barberis

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Tradizioni.* – 3. *Teorie.* – 4. *Valori.* – 5. *Conclusione.*

1. – *Premessa*

Fra i lavori di Vittorio Villa, sinora destinati soprattutto agli specialisti, la *Storia della filosofia del diritto analitica*¹ costituisce per certi versi un'eccezione: non foss'altro per la sua destinazione didattica, infatti, il libro sembra voler riassumere per un pubblico più vasto le originali proposte “post-positiviste” e “costruttiviste” avanzate dall'autore in lavori come *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali* (1984), *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo* (1999), *Costruttivismo e teorie del diritto* (1999)². Comunque sia, questa *Storia* consente a chi abbia sempre seguito con attenzione la traiettoria teorica di Villa di chiedersi quale sia la sua odierna posizione rispetto alla tradizione giusfilosofica analitica oggetto del libro: in particolare, se si tratti di posizione di rottura, o di una sorta di riappropriazione critica.

A questa domanda si fornirà una risposta nella conclusione (§ 5) della presente nota: che, per il resto, consta di altre tre sezioni. La prima sezione (§ 2) riguarda l'approccio storiografico adottato da Villa, e solleva il sospetto che, nonostante il post-positivismo dichiarato dall'autore, si tratti di approccio più prossimo alla tradizionale storia della filosofia che alla più aggiornata storiografia giuridica e politica. La seconda sezione (§ 3) riguarda la ricostruzione della giusfilosofia analitica operata da Villa, e solleva il sospetto che gli stretti limiti temporali adottati dal libro – dal secondo dopoguerra agli anni Sessanta del Novecento – non dipendano tanto dall'oggetto, quanto dal metodo adottato. La terza parte (§ 4) riguarda il principio di avalutatività della scienza, e solleva il sospetto che le critiche rivolte da Villa alla *Wertfreiheit* manchino il bersaglio.

2. – *Tradizioni*

Nell'Introduzione alla *Storia della filosofia analitica* di cui (l'abbozzo di) questo libro costituiva originariamente una voce³, Franca D'Agostini e Nicola Vassallo osservano che la locuzione ‘filosofia analitica’ indica, oltreché un metodo, anche una tradizione di ricerca: tradizione che, in quanto tale, potrebbe e anzi dovrebbe venire ricostruita

* Recensione a V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 182

¹ D'ora in poi, le citazioni da quest'opera verranno fornite nel testo.

² V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Giuffrè, Milano, 1984; Id., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1999; Id., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.

³ V. Villa, *Filosofia del diritto*, in F. D'Agostini, N. Vassallo (a cura di), *Storia della filosofia analitica*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 355-389.

storicamente⁴. In alcuni lavori storici, l'uno di qualche anno fa, l'altro appena pubblicato, il sottoscritto osserva analogamente che la locuzione 'filosofia del diritto' indica, in senso stretto, una tradizione disciplinare nata nell'Ottocento con il nome di *Philosophie des Rechts*, in senso ampio una famiglia di tradizioni disciplinari comprendente, accanto alla stessa filosofia del diritto in senso stretto, materie come diritto naturale, *jurisprudence*, teoria generale, nonché la stessa sociologia del diritto⁵.

Queste osservazioni condividono l'idea che anche una storia della giusfilosofia analitica abbia a che fare con tradizioni (di ricerca o disciplinari): con «un insieme di assunzioni generali circa gli oggetti e i processi presenti in un certo campo di studi, e circa i metodi da usare per indagare su problemi e costruire teorie in tale campo»⁶. Occorre però insistere sul fatto che si tratta appunto di *tradizioni*: carattere che rende appunto opportuna, e forse indispensabile, una considerazione *storica* delle tradizioni chiamate 'filosofia analitica' e 'filosofia analitica del diritto'. Le tradizioni di ricerca non sono la statica applicazione di qualche principio filosofico, bensì formazioni dinamiche, che nascono come tesi sostenute da individui in carne e ossa per rispondere a problemi concreti tipici della loro epoca, ma poi evolvono storicamente, come effetto aggregato delle posizioni individuali.

Detto altrimenti, anche le tradizioni di ricerca appartengono a un ampio novero di fenomeni – «il linguaggio ordinario, le transazioni economiche quotidiane, i costumi, le mode, i processi spontanei di formazione del diritto e soprattutto la ricerca scientifica»⁷ – che non possono considerarsi né naturali né meramente artificiali, e che proprio perciò sono davvero intelligibili solo sulla base della loro storia. Si pensi alla stessa filosofia del diritto. Come si può sperimentare *in vivo* su qualsiasi studente del primo anno di giurisprudenza, non ancora addestrato giuridicamente, non esistono a proposito del diritto modi di esprimersi o di pensare “naturali”, che chiunque adotterebbe da sé, né modi di parlare o di pensare puramente “artificiali”, indipendenti dal linguaggio ordinario, dal senso comune e dalla storia di entrambi⁸.

Piuttosto, le nozioni chiave della filosofia del diritto, come di qualsiasi altra tradizione di ricerca, evolvono storicamente: si adattano ai mutamenti dell'ambiente, per dir così, attraverso processi di selezione culturale ai quali concorrono non solo le opinioni di filosofi e giuristi, ma cose quali le istituzioni politiche, le opinioni morali prevalenti, e simili. Se oggi parliamo del diritto come norma, o come ordinamento, o come interpretazione, questo non dipende dalla natura stessa dei fenomeni, che potremmo ben concepire altrimenti, né da nostre capricciose speculazioni, ma da quanto ci è stato insegnato a dire e a pensare, e da quanto se ne è detto e pensato prima di noi. Come vedremo fra un attimo, la stessa giusfilosofia analitica può e deve essere studiata storicamente persino a maggior ragione della filosofia del diritto speculativa.

⁴ F. D'Agostini, N. Vassallo, *Introduzione* a Id. (a cura di), *Storia della filosofia analitica*, cit., vii.

⁵ Per la distinzione fra filosofia del diritto in senso stretto e lato, apparentemente accolta anche da Villa, *Storia*, cit., pp. 31-39, cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bologna, 2000; per la sociologia del diritto come parte della filosofia del diritto in senso ampio, cfr. anche Id., *Breve storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004.

⁶ Così L. Laudan, *Progress and its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth* (1977), trad. it. *Il progresso scientifico. Prospettive per una teoria*, Roma, Armando, 1979, pp. 103-104.

⁷ Così B. Leoni, *Freedom and the Law* (1961), trad. it. *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata, 1994, p. 171.

⁸ Sulla falsa dicotomia natura/artificio, e sui fenomeni culturali, il riferimento classico è all'Epilogo di F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (1973-1979), trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1989, specie pp. 531-535.

Detto tutto il bene possibile dell'idea di scrivere una storia della filosofia del diritto analitica, dunque, si tratta ora di vedere come è scritta la storia di Villa: quale sia il metodo storiografico adottato, esplicitamente o implicitamente. A chi scrive sembra che tale metodo consista in questo: si prendono la filosofia analitica generale, contrassegnata dalla sigla FAG, e la filosofia analitica del diritto, a sua volta contrassegnata dalla sigla FDDA, e si espongono, in ordine cronologico, (alcune de) le loro relazioni reciproche. Questo approccio sembra ovvio, oltretutto suggerito dalla storia della filosofia analitica, già citata, da cui nasce il libro: la storia della filosofia analitica del diritto sembra una parte della storia della filosofia analitica. Eppure, questo approccio solleva almeno due obiezioni collegate: l'una generalissima, l'altra più particolare.

L'obiezione generalissima è suggerita da una vecchia battuta di Giovanni Tarello su chi, dovendo scrivere una monografia sulle scatole cinesi, pensasse di cavarsela combinando le voci 'scatola' e 'Cina' di un'enciclopedia, nell'ingenua convinzione che le scatole cinesi siano scatole e siano cinesi: finendo così per trascurare proprio l'aspetto caratterizzante delle scatole cinesi, ossia che si tratta di scatole contenute l'una nell'altra⁹. Orbene, Villa sembra pensare, analogamente, che per fare storia della giusfilosofia analitica basti "incrociare" una storia della filosofia analitica generale e una storia della filosofia del diritto: trascurando così l'aspetto distintivo della giusfilosofia analitica, ossia il fatto che questa ha sempre voluto essere riflessione di giuristi su diritto e dottrina giuridica, piuttosto che applicazione di una filosofia generale.

L'obiezione particolare, in effetti, è proprio questa. Il metodo adottato da Villa sarebbe stato forse ineccepibile se egli si fosse occupato di una delle tante filosofie del diritto in senso stretto: ossia di una delle tante applicazioni al diritto di una filosofia generale, come idealismo, neokantismo, ermeneutica. Lo stesso metodo, invece, diventa opinabile per il fatto che Villa si occupa della giusfilosofia analitica: che *non* è, o non è solo, o non è soprattutto, o non è tipicamente, una filosofia del diritto in senso stretto, e meno che mai l'applicazione al diritto di una filosofia generale, nel caso analitica. Si tratta, semmai, di una filosofia del diritto in senso ampio, erede più della *jurisprudence* e della *allgemeine Rechtslehre* che della *Rechtsphilosophie*, e quindi soprattutto di una riflessione di giuristi intorno al diritto e alla dottrina giuridica¹⁰.

Anche Villa, naturalmente, distingue fra filosofia del diritto in senso stretto e in senso ampio, fra filosofia del diritto "per filosofi" e "per giuristi" e soprattutto – questa la distinzione preferita – fra *filosofia* e *teoria* del diritto: dove il primo termine delle tre distinzioni indica sempre una disciplina filosofica, che per Villa affronterebbe il problema filosofico dell'attribuzione di senso all'esperienza giuridica, mentre il secondo termine indica sempre una disciplina giuridica, che affronterebbe problemi teorici (i caratteri comuni ai diversi sistemi giuridici), e metateorici (la conoscenza del diritto).

⁹ Cfr. G. Tarello, *Sulla teoria (generale) del diritto* (1969), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 395. Villa, invece, parla della giusfilosofia analitica come del «punto d'incontro di due discipline, la filosofia analitica e la filosofia del diritto» (p. 17), e della domanda sulla filosofia del diritto come della «fusione» delle domande su cosa siano, rispettivamente, la filosofia e il diritto (p. 18).

¹⁰ Almeno su questo non s'ingannerebbe la voce di A. Punzi, *Filosofia del diritto*, in "Enciclopedia del diritto", estratto dal vi aggiornamento, p. 1171, quando auspica un «ritorno del diritto alla filosofia»: se non fosse che anche la filosofia analitica è una filosofia, ma non una (nebulosa) filosofia generale, bensì una famiglia di filosofie particolari (filosofia del linguaggio, della scienza, e anche del diritto) elaborate a partire da scienze altrettanto particolari, come linguistica, fisica, e anche dottrina giuridica.

Pur scegliendo di parlare di filosofia del diritto in senso ampio, comprensiva di filosofia e teoria del diritto, d'altra parte, Villa tende a ricondurre anche la teoria alla filosofia, e la teoria analitica del diritto alla filosofia analitica generale (specie pp. 31-39).

Il problema di metodo che una storia della giusfilosofia analitica deve affrontare, invece, si pone forse in termini più netti. Se la giusfilosofia analitica fosse solo, o anche principalmente, una delle solite filosofie del diritto per filosofi, forse sarebbe ancora praticabile quel tipo di storiografia filosofica – di taglio idealistico, relativa alla storia “interna” delle teorie, metodologicamente “testualista”, o *text-oriented* – che Villa pratica effettivamente nel libro. Ma se la giusfilosofia analitica è anche o soprattutto una teoria specificamente giuridica del diritto, allora sarà preferibile una storiografia di tipo diverso: meno filosofica e più giuridica, relativa non solo alla storia “interna” ma anche alla storia “esterna” delle teorie o dottrine considerate, quindi metodologicamente “contestualista”, o *context oriented*¹¹.

Villa, d'altra parte, sembra perfettamente consapevole dei rischi dell'approccio prescelto. Infatti, egli replica in anticipo all'obiezione che nella raffigurazione da lui fornita «lo sviluppo della filosofia analitica» possa apparire «in qualche senso, eterodiretto, e cioè determinato univocamente da preoccupazioni filosofiche di carattere generale»: riconoscendo, al contrario, che la giusfilosofia analitica elabora teorie «in risposta innanzitutto a problemi (di carattere metodologico, teorico, etico-politico) che nascono dall'interno dell'esperienza giuridica» (p. 14). Come esempio di problema nato «dall'interno dell'esperienza giuridica», in effetti, egli adduce il problema della conoscenza del diritto: proprio il problema metateorico, si direbbe, tipico di una teoria del diritto, di una riflessione sul metodo della dottrina giuridica condotta da giuristi.

Con tutto ciò, d'altra parte, occorre ammettere che le scelte relative all'oggetto e al metodo di una ricerca sono, in ultima istanza, insindacabili; l'unica cosa davvero importante, in fin dei conti, è che la ricerca funzioni, ossia adempia agli scopi che l'autore si è proposto. Nondimeno, restano almeno due osservazioni critiche, che collegano il metodo al merito stesso della ricerca. Dal punto di vista del metodo, in primo luogo, resta stridente il contrasto fra l'aggiornamento metodologico ed epistemologico caratteristico di tutti i lavori di Villa e lo stile un po' *rétro* di questa storia della giusfilosofia analitica. Dal punto di vista del merito, in secondo luogo, lo stesso metodo sembra costringere Villa a limitare la propria ricostruzione ai pionieri, più che agli odierni cultori della giusfilosofia analitica: come vediamo nella prossima sezione.

3. – *Teorie*

La *Storia* qui annotata si articola in una Premessa e cinque capitoli; il testo è poi completato da un ricco apparato bibliografico e da un *Index rerum* assai utile, anche per chi utilizzi il lavoro come ausilio didattico. Sin dalla Premessa, Villa chiarisce che il libro «è ben lungi dal presentare una storia completa della filosofia del diritto analitica»: della quale, come vedremo, esso considera solo alcune tappe. La tesi di fondo dell'opera

¹¹ L'alternativa fra approcci testualisti e contestualisti – avanzata relativamente alla storia delle dottrine politiche, ma molto più generale – è stata perspicuamente delineata da Quentin Skinner, in una serie di lavori metodologici raccolti in J. Tully (ed.), *Meaning and Context. Quentin Skinner and His Critics*, Polity Press, Cambridge, 1988, e alcuni dei quali sono tradotti in Q. Skinner, *Dell'interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2001.

è che esista «una stretta connessione fra la storia della FAG [filosofia analitica generale] e la storia della FDDA [filosofia del diritto analitica]», almeno nel senso che la seconda sarebbe leggibile a partire dalla prima: anche se vi sarebbero analisti, come Ross, nei quali le considerazioni filosofico-generalì prevarebbero sulle considerazioni giuridiche, e analisti, come i teorici italiani, nei quali avverrebbe l'inverso (p. 9).

Sempre nella Premessa, l'autore illustra la struttura del lavoro: il primo capitolo è dedicato ad "Alcune definizioni orientative di carattere pregiudiziale"; il secondo, ad "Alf Ross fra realismo giuridico e neopositivismo"; il terzo, a "La scuola analitica italiana e il *broad positivism*"; il quarto, a "Hart e l'analisi del linguaggio ordinario"; il quinto, a "La filosofia post-analitica e la filosofia del diritto contemporanea". La principale preoccupazione di Villa, qui, sembra giustificare la scelta di riservare lo spazio maggiore – i tre capitoli centrali – a pionieri della giusfilosofia analitica come Ross, Bobbio e Hart: così arrestando la propria indagine agli anni Sessanta del Novecento e confinando nel capitolo finale cinquant'anni di sviluppi successivi, compresa la svolta "interpretativa" o piuttosto normativa impressa a questi studi da Ronald Dworkin.

A favore di questa scelta, nella stessa premessa e poi nel capitolo finale, Villa adduce molte buone ragioni, forse persino troppe: quando si adducono così tante buone ragioni, in effetti, sorge fatalmente il dubbio che la ragione vera sia un'altra. In *primo* luogo, Villa invoca il fatto inoppugnabile «che si tratta di vicende tuttora in corso», rispetto alle quali sarebbe difficile assumere l'atteggiamento dello storico (pp. 13 e 128): benché nulla vieti allo storico, in linea di massima, di fare storia contemporanea, e sebbene l'ultimo capitolo faccia appunto qualcosa di simile. Villa sembra pensare che la storia contemporanea costringa lo storico a comportarsi da partecipante alle vicende raccontate, mentre dovrebbe comportarsi da osservatore: che è un tributo inaspettato, da parte sua, a quel principio dell'avalutatività da lui criticato altrove, come vedremo nella sezione finale.

In *secondo* luogo, Villa insiste plausibilmente che, dopo gli anni Sessanta, filosofia e giusfilosofia analitica sarebbero mutate al punto da richiedere strumenti concettuali diversi da quelli adottati per filosofia e giusfilosofia analitica precedenti (pp. 13 e 128-130): in particolare, una definizione di filosofia analitica non più centrata, à la Michael Dummett, sull'analisi del pensiero in termini di linguaggio. In realtà, non sembra che almeno la giusfilosofia post-analitica abbia smesso di analizzare il pensiero giuridico in termini di linguaggio: l'unico esempio di giusfilosofo post-analitico citato al proposito, e che è il sottoscritto (cfr. p. 136), si è limitato a criticare una versione della teoria analitica della *language-dependence* di norme, senza configurare le norme giuridiche né come regolarità di comportamento né, meno che mai, come entità mentali¹².

In *terzo* luogo, Villa ricorda opportunamente che anche una ricostruzione storica non può non privilegiare certi problemi teorici: nel caso, il problema della normatività del diritto, che sarebbe appunto caratteristico della giusfilosofia analitica dal secondo dopoguerra agli anni Sessanta. Peraltro, Villa usa la locuzione 'normatività del diritto', in un senso molto più ristretto del solito¹³: per indicare la raffigurazione del diritto in

¹² Villa cita (benché un refuso tipografico faccia pensare a un altro lavoro) M. Barberis, *Regole e linguaggio: primi elementi per la critica del prescrittivismò*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1990*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 9-27: dove il controesempio delle norme consuetudinarie serve a criticare la versione diretta della teoria della *language-dependence*, per adottarne comunque una indiretta.

¹³ Cfr., paradigmaticamente, G. Postema, *The Normativity of Law*, in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Clarendon, Oxford, 1987, specie p. 81.

termini di norme (pp. 10-11). Sarebbe bastato usare la stessa locuzione nell'accezione solita, e più ampia, per farle abbracciare molti dei problemi attualmente dibattuti entro la *jurisprudence* sedicente "interpretativa" – in realtà normativa – di Dworkin e dei neocostituzionalisti: teoria giuridica che, nel bene o nel male, rappresenta la principale novità nella storia della filosofia del diritto analitica degli ultimi trent'anni¹⁴.

Insomma: l'impressione è che la ragione vera dei limiti imposti alla ricostruzione sia altra da quelle addotte, e consista proprio nel metodo criticato alla precedente sezione. La scelta di fare storia della giusfilosofia analitica a partire da una filosofia generale analitica, cioè, induce Villa a privilegiare giusfilosofi corrispondenti a epoche o fasi canoniche di tale filosofia analitica generale: Ross-neopositivismo, Scuola analitica italiana-*broad positivism*, Hart-filosofia del linguaggio ordinario. La stessa scelta, d'altra parte, porta Villa a non occuparsi *ex professo* di Dworkin e del neocostituzionalismo: di autori, cioè, le cui tesi sono forse riconducibili alla filosofia analitica generale¹⁵, ma ancor più alla stessa filosofia analitica del diritto, o addirittura a motivi esterni a entrambe (lotte statunitensi per i diritti civili, processi di costituzionalizzazione, e simili).

Ma consideriamo finalmente i contenuti della ricostruzione di Villa. Nel *primo* capitolo, anzitutto, si forniscono alcune nozioni preliminari: la distinzione concetto/concezioni, nella sua versione dworkiniana; l'opposizione fra giusnaturalismo e giuspositivismo, quest'ultimo definito in termini (non di separabilità fra diritto e morale, ma) di convenzionalità del diritto e di distinzione fra conoscere e prescrivere (non fra conoscere e valutare, perché Villa considera conoscitive almeno alcune valutazioni giuridiche, come vedremo nell'ultima sezione); la distinzione fra filosofia del diritto in senso ampio e stretto, già considerata; una definizione di filosofia analitica in termini di analizzabilità del pensiero tramite il linguaggio; la già criticata configurazione della giusfilosofia analitica come applicazione al diritto di una filosofia generale.

Nel *secondo* capitolo, Villa si occupa di Ross e del giusrealismo scandinavo, come applicazione al diritto della filosofia generale neopositivistica: che peraltro concepiva se stessa (non come filosofia generale, bensì) come riflessione metodologica interna alle diverse scienze. Villa, insiste invece sugli aspetti più strettamente filosofici del giusrealismo di Ross: empirismo, monismo metodologico, riduzionismo concettuale e simili. Come per tutti gli autori considerati, infine, Villa si chiede quale sia la risposta di Ross, o meglio del Ross più neopositivista, al problema della normatività del diritto: risposta che sarebbe rigidamente empiristica e riduzionistica. Norme e obbligatorietà, per il Ross neopositivista, sarebbero solo fatti comportamentali e psicologici, meri effetti del funzionamento della "macchina del diritto" (pp. 73-76).

Nel *terzo* capitolo, Villa si occupa della Scuola analitica italiana, considerata, al solito, come l'applicazione al diritto di una filosofia generale: in questo caso il *broad positivism*, ossia il neopositivismo "liberalizzato" del secondo dopoguerra. Villa si occupa soprattutto delle posizioni di Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli, ossia di ciò che chiama il «troncone» normativista della Scuola (cfr. pp. 82-83): «troncone»

¹⁴ Dworkin, del resto, costituiva uno dei principali esempi di costruttivismo giuridico nel precedente lavoro di Villa, appunto *Costruttivismo e teorie del diritto*: cit., pp. 167-181: sicché di Dworkin si sarebbe ben potuto parlare, dopotutto, anche adottando un approccio storiografico prevalentemente filosofico.

¹⁵ Ad esempio: già Willard Quine aveva sostenuto la continuità di scienza e filosofia, continuità oggi esemplificata dal rapporto strettissimo fra filosofia della mente e scienze cognitive. Orbene, la *jurisprudence* interpretativa di Dworkin vuol essere la prosecuzione dell'interpretazione del diritto da parte dei giuristi (senza distinguere fra giuristi in senso stretto e giudici).

caratterizzato da una maggiore apertura metodologica rispetto a Ross e allo stesso «troncone» giusrealistico italiano. Sul problema della normatività, peraltro, i normativisti italiani mostrerebbero un riduzionismo eguale e contrario al riduzionismo giusrealistico: come i giusrealisti riducevano le norme a fatti, così i normativisti li ridurrebbero a mere entità linguistiche, indipendenti dai comportamenti che le producono.

Nel *quarto* capitolo, Villa si occupa di Herbert Hart, che viene peraltro considerato meno come l'erede novecentesco della *jurisprudence* benthamiana e austiniana che come l'applicatore al diritto dei dettami della filosofia analitica del linguaggio ordinario: come l'utilizzatore in ambito giuridico, insomma, delle idee di filosofi quali Ludwig Wittgenstein e John Langshaw Austin. Villa, così, può insistere soprattutto sulle tesi hartiane che saranno sviluppate dalla successiva filosofia post-analitica: punto di vista interno, pratiche sociali, casi paradigmatici, e così avanti. Rispetto al solito problema della normatività, la posizione di Hart è gratificata di anti-riduzionistica: essendo il diritto concepito come una pratica sociale, in effetti, si tratterebbe di fenomeno né meramente comportamentistico né meramente linguistico.

Nel *quinto* capitolo, infine, l'attenzione si sposta – verrebbe da dire: finalmente – sulla filosofia post-analitica in genere, e sulla filosofia post-analitica del diritto in specie, immancabilmente contrassegnate anch'esse da due sigle ancora più impronunciabili delle precedenti, ossia FPA e FDDPA. Come s'è detto, Villa enfatizza la rottura che si sarebbe verificata nella tradizione analitica a partire dagli anni Settanta, con il proliferare di metodi e scuole “revisionistiche”; peraltro, egli manifesta la tendenza a considerare rivoluzionari anche sviluppi risalenti già ad autori che gravitavano attorno al circolo di Vienna – quali Otto Neurath, Karl Popper e lo stesso Wittgenstein – per non parlare di autori ancora precedenti: come il Max Weber su cui torneremo nella prossima sezione, o il Friedrich Nietzsche per il quale, com'è noto, “non esistono fatti, ma solo interpretazioni”.

Tanto a proposito della filosofia post-analitica generale, quanto a proposito della filosofia post-analitica del diritto, comunque, Villa insiste soprattutto su tre aspetti: la “svolta pragmatica” post-wittgensteiniana, che avrebbe il suo corrispondente giuridico nelle analisi neo-wittgensteiniane del “gioco della giustificazione” à la Aulis Aarnio; l'avvento di epistemologie post-analitiche, antirealiste e costruttiviste, che in filosofia del diritto corrisponderebbe alla critica dell'avalutatività della conoscenza giuridica; le contaminazioni con altre tradizioni di ricerca, che in ambito giuridico si tradurrebbero soprattutto in un confronto ravvicinato con l'ermeneutica. L'aspetto che sta evidentemente più a cuore a Villa, peraltro, è proprio la critica della *Wertfreiheit* in ambito giuridico: e proprio a tale tema è dedicata la prossima sezione.

4. – Valori

Il tema centrale del capitolo conclusivo dell'opera è rappresentato proprio dalla critica dell'avalutatività della scienza giuridica: critica che, si direbbe, riprende e sintetizza l'intera terza parte, intitolata “Costruttivismo, teorie giuridiche e giudizi di valore”, del penultimo e più ambizioso libro di Villa, il già citato *Costruttivismo e teorie del diritto*¹⁶. Del resto, sin dal suo primo libro, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, l'autore persegue coerentemente lo stesso obiettivo: usare le teorie

¹⁶ Cfr. V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., specie pp. 258-312.

post-positiviste, post-analitiche e costruttivistiche della scienza, o meglio della conoscenza in generale, per mostrare come anche la dottrina giuridica, dopotutto, possa considerarsi un'attività conoscitiva se non scientifica; e questo nonostante il fatto che – oltre a conoscere norme e valori – essa esprime giudizi di valore¹⁷.

Anche in questa *Storia*, in effetti, Villa muove dalla premessa che «l'estensione della sfera conoscitiva dei discorsi dei giuristi» sia «un risultato importante per la FDDA [filosofia del diritto analitica], anche per i risvolti etico-politici legati al rafforzamento del valore della certezza del diritto» (p. 146). Peraltro, non si capisce come la certezza del diritto possa rafforzarsi raffigurando come conoscitive e scientifiche pratiche considerate di solito normative e ideologiche: ossia alimentando di nuovo, stavolta con argomenti tratti dall'arsenale post-positivista, il vecchio mito della scientificità della dottrina. In effetti, Villa sembra condividere con Dworkin l'idea che approfondire certe acquisizioni teoriche – come la distinzione fra fatti e valori, fra normativo e conoscitivo – non consista tanto nello svilupparle, quanto nell'annacquarele e nel revocarle in dubbio¹⁸.

Il ragionamento di Villa si svolge in tre passaggi. Prima, si oppongono descrittivismo, o concezione della conoscenza come passivo rispecchiamento della realtà, e costruttivismo, o concezione della conoscenza come sua attiva (ri)costruzione. Poi, si sostiene che il costruttivismo renderebbe implausibile il principio della avalutatività della conoscenza scientifica: il costruttivismo avrebbe infatti mostrato nell'attività degli scienziati l'inevitabile presenza di giudizi di valore deboli, cioè metodologici, ma anche forti, cioè assiologici. Infine, si estende tale critica della *Wertfreiheit* alla dottrina giuridica degli Stati costituzionali odierni, nei quali la costituzione incorporerebbe valori morali: e questo al fine di concludere che tale dottrina non potrebbe esimersi dal valutare sulla base dei valori costituzionali, restando nondimeno conoscitiva (pp. 146-153).

Sul primo passaggio si può essere d'accordo: il costruttivismo è una ricostruzione dell'attività scientifica complessivamente più plausibile del descrittivismo. Sul secondo passaggio, invece, ci si trova di fronte a un autentico *non sequitur*: che gli scienziati ricorrano spesso a valori non è una buona ragione per smettere di perseguire l'avalutatività (anzi); proprio come il fatto che nelle società contemporanee vi sia un ampio dissenso sui valori non è una buona ragione per smettere di cercare il consenso. Detto altrimenti: il principio di avalutatività non è una descrizione dell'attività degli scienziati, che possa essere falsificata da un'altra descrizione: è una prescrizione di quanto essi dovrebbero fare, prescrizione sorretta da molte buone ragioni, alla quale possono opporsi solo altre prescrizioni, eventualmente sorrette da ragioni migliori.

Sul terzo passaggio – l'estensione alla dottrina giuridica dell'abbandono del principio di avalutatività – Villa ricorre, come a un *KO argument*, all'esempio dell'interpretazione costituzionale negli Stati costituzionali contemporanei: l'esempio favorito, si direbbe, da quanti tendono a ri-legittimare come conoscitive o scientifiche le

¹⁷ Si rinvia qui a M. Barberis, *La giurisprudenza nello specchio della scienza*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1985, 1, pp. 275-283, e a Id., *Intervento a un dibattito sullo stesso libro*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1985, 2, pp. 441-443: testi dai quale potrà ricavarsi, se non altro, che anche il sottoscritto avanza sempre, testardamente, le stesse obiezioni.

¹⁸ Villa cita a sostegno D. Zolo, *Theoretical Language. Evaluations and Prescriptions*, in C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. II, pp. 371-381: ma Zolo mostra proprio come approfondire la Grande divisione, distinguendo all'interno delle proposizioni fra proposizioni osservative e teoriche, o all'interno delle norme fra prescrizioni e valutazioni, non equivalga affatto a revocarla in dubbio.

pratiche interpretative vecchie e nuove della dottrina giuridica¹⁹. La cosa strana è che l'esempio potrebbe servire a dimostrare la tesi opposta: cosa c'è mai di conoscitivo nel fornire interpretazioni contrastanti di valori come libertà, uguaglianza, dignità umana? Eppure, proprio il fatto che gli interpreti della costituzione, negli Stati costituzionali, esprimano fatalmente valutazioni, sembra a Villa una buona ragione per considerare conoscitive le loro interpretazioni, e per contestare il principio di avalutatività.

Senonché, se il principio di avalutatività è una prescrizione, che si basa a sua volta su quell'autentico valore fondamentale che è la conoscenza stessa²⁰, bisognerebbe chiedersi cosa ci si guadagna – dallo stesso punto di vista conoscitivo, o almeno dal punto di vista normativo – estendendo alla dottrina costituzionale l'ambito qualifica di conoscenza. L'unico guadagno, apparentemente, si ha dal punto di vista normativo: si rilegittima come conoscitiva o scientifica una dottrina costituzionale – o magari persino una giurisprudenza costituzionale – che interpreta e valuta sulla base dei valori costituzionali. Dio sa quanto la dottrina, e ancor più la giurisprudenza costituzionale, abbiano bisogno di legittimazione nell'Italia di oggi: ma non pare proprio che contrabbandarle per conoscitive sia il modo migliore per legittimarle.

Dal punto di vista conoscitivo, invece, estendere alla dottrina costituzionale l'ambito qualifica di conoscenza fa guadagnare ben poco: al contrario, porta a confondere fra diritto com'è e come si vorrebbe che fosse, tornando a quell'indistinzione fra conoscitivo e normativo da cui il giuspositivismo ha il merito storico di averci liberato. Dal punto di vista conoscitivo – ma forse anche dal punto di vista normativo – serve soprattutto poter distinguere fra attività conoscitive e normative: forse la dottrina, in particolare costituzionale, può e deve valutare, ma la (meta)teoria può e deve restare avalutativa²¹. Villa vuole allargare ad alcune valutazioni la qualifica di conoscenza, rinunciando persino alla tesi della separabilità fra diritto e morale per gli Stati costituzionali: posizione rispettabilissima, oggi chiamata neocostituzionalismo, ma diversa dal giuspositivismo, anche inclusivo²².

Su tutto ciò, e in particolare sul tipo di concetti e di distinzioni di cui dovrebbe dotarsi la (meta)teoria del diritto per adempiere ai propri scopi, la discussione è aperta; il contributo di Villa è importante, e perciò stesso meritevole di discussione, proprio in quanto esprime paradigmaticamente una tendenza all'indebolimento di concetti e distinzioni della tradizione analitica oggi assai comune, se non maggioritaria. C'è però almeno un aspetto su cui la critica della *Wertfreiheit* operata da Villa sembra

¹⁹ Per una critica rivolta a Bruno Celano – che al contrario di Villa, però, non sembra negare affatto il carattere normativo dell'interpretazione costituzionale – cfr. M. Barberis, *Diritto com'è / come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in "Ragion pratica", 21, 2003, pp. 339-345, di cui questa sezione della presente nota costituisce per più versi una prosecuzione.

²⁰ Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980; 1992), trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, pp. 65-87 (dove la conoscenza è considerato il primo dei beni fondamentali) e pp. 89-108 (dove si elencano altri sei beni fondamentali, fra i quali – distinta dalla conoscenza – la ragionevolezza pratica).

²¹ Come aveva osservato, già discutendo le tesi del primo libro di Villa, G. Tarello, *Intervento*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1985, 2, p. 449: «nel settore della giurisprudenza sta nel modello di scienza la metagiurisprudenza, mentre nel settore della fisica sta nel modello di scienza la fisica e non la metateoria della fisica».

²² Cfr. V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 269, dove afferma che si debba «riconoscere [...] una qualche forma di *relazione necessaria fra diritto e morale* (limitatamente al contesto rappresentato dagli stati di diritto costituzionali contemporanei)». Questa è esattamente la posizione del neocostituzionalismo, distinta dal giuspositivismo inclusivo – posizione cui Villa dichiara di aderire – il quale invece mantiene il carattere contingente della relazione fra diritto e morale.

semplicemente sbagliata: ed è la connessione istituita fra principio di avalutatività e descrittivismo. Villa fa dell'avalutatività una conseguenza dell'immagine descrittivistica della conoscenza come specchio del mondo, mentre semmai è l'inverso: l'avalutatività è un principio cronologicamente, logicamente e assiologicamente anteriore.

Cronologicamente, la formulazione del principio di avalutatività precede il descrittivismo neopositivista: la formulazione classica si trova in Max Weber, ed è relativa – non alla metodologia delle scienze naturali, dove le esigenze di *Wertfreiheit* sono solo più ovvie, bensì – alla metodologia delle scienze sociali. È forse indicativo, da questo punto di vista, che pur dedicando decine di pagine alla critica della avalutatività, Villa menzioni la metodologia weberiana una sola volta, e ritualmente, in *Costruttivismo e teorie del diritto*, mentre non la menziona affatto in questa *Storia*²³; come spesso succede, l'enfasi gettata sul post-positivismo lo porta a trascurare che molte tesi post-positiviste, compresa la tesi dell'intervento di valutazioni nella conoscenza, costituiscono sviluppo di tesi neopositiviste o, come in questo caso, di tesi ancora anteriori.

Forse non c'è stato un altro autore, nella storia del pensiero occidentale, che abbia saputo coniugare come Weber il riconoscimento del ruolo ineliminabile giocato dai valori nella conoscenza con la consapevolezza che in tanto la conoscenza e la scienza sono legittimate, in quanto coltivano un valore loro proprio, la verità. Non è necessario ricordare qui, essendo abbastanza noto, che per Weber la relazione al valore entra già nella costituzione degli oggetti stessi delle scienze storico-sociali: queste “costruiscono” oggetti come il capitalismo, il carisma o la legalità, proprio sulla base di giudizi di valore relativi a ciò che è più significativo e importante. Ciò che Villa chiama costruttivismo si limita a estendere questa tesi, sostenuta da Weber per le scienze sociali, alle scienze naturali: senza far nulla di più, verrebbe da aggiungere.

È forse necessario ricordare, invece, come proprio per la consapevolezza del ruolo giocato dai valori nella scienza, Weber sostenga la tesi della *Wertfreiheit*: tesi che non significa affatto che la scienza possa o debba astenersi dai valori, bensì che può e deve perseguire un valore suo proprio – la conoscenza, la verità – anche in conflitto con altri valori, perseguiti da altre attività come politica, morale o diritto. La ricerca di quel bene fondamentale che è la conoscenza è il principio costitutivo, e l'ideale regolativo, della ricerca scientifica; ha senso giocare al gioco della scienza solo se si perseguono valori diversi da bellezza, ricchezza o giustizia, perseguiti da altri giochi. Di una scienza che fosse autorizzata a raffigurare il mondo sulla base delle nostre speranze, o delle nostre paure, semplicemente non sapremmo che cosa farcene²⁴.

Logicamente, dunque, l'avalutatività è preliminare e pregiudiziale rispetto al descrittivismo: il descrittivismo, al più, può considerarsene un'applicazione ingenua, che configura ottimisticamente la conoscenza come attingibile nella forma di un mero rispecchiamento. Chiarito questo, d'altra parte, si può poi anche ammettere che del

²³ La cosa è tanto più strana per lo spazio che Villa giustamente lascia alle considerazioni metodologiche svolte da Finnis nel primo capitolo di *Natural Law and Natural Rights* (trad. it. cit., pp. 3-23), intitolato “Descrizione del diritto e valutazione”: capitolo i cui debiti nei confronti di Weber sono enormi, e ampiamente dichiarati.

²⁴ Queste e altre considerazioni condivisibilissime sull'avalutatività della scienza si trovano in A. Panebianco, *Le scienze sociali e la politica*, introduzione a Id. (a cura di), *L'analisi della politica. Tradizioni di ricerca, modelli, teorie*, Il mulino, Bologna, 1989, specie pp. 62-63: testo tanto più attinente ai nostri temi in quanto parte dall'ammissione del fallimento della *received view* neopositivista, e conclude per una rinuncia all'avalutatività della teoria politica analoga alla rinuncia all'avalutatività della dottrina giuridica compiuta da Tarello (cfr. n. 19).

principio di avalutatività si danno diverse versioni; si può quindi riconoscere, con Giovanni Sartori²⁵, che l'intera questione della *Wertfreiheit* può venire sdrammatizzata: aderendo alla versione più debole – proprio la distinzione fra conoscitivo e normativo – alla quale neppure Villa sembra voler rinunciare²⁶. Il problema, in effetti, non è di «trattare i valori come se fossero fatti», come Villa contesta a Bobbio (p. 148); è di trattare i valori come se fossero valori: di non confondere valutazioni e conoscenze.

Assiologicamente, infine, il principio di avalutatività precede non solo qualsiasi considerazione metodologica, come l'alternativa fra descrittivismo e costruttivismo, ma configura l'intera impresa scientifica come un'attività valutativa, sia pure in un senso diverso, e più semplice, da quello di Villa. Questi afferma che nella scienza intervengono fatalmente giudizi di valore sia deboli, relativi a semplicità, produttività, correttezza metodologica e simili, sia – in particolare nella dottrina giuridica, e negli Stati costituzionali – giudizi di valore forti, relativi a valori etici come libertà, eguaglianza e giustizia. Il principio di avalutatività, come applicazione del principio del politeismo dei valori, configura invece tutta la scienza come un'impresa valutativa, ma caratterizzata da valori suoi propri: valori dianoetici, si potrebbe dire, non etici²⁷.

5. – *Conclusion*

È venuto il momento di concludere circa la reale posizione di Villa rispetto alla tradizione giusfilosofica analitica: rispondendo al dubbio, sollevato in premessa, se si tratti di rottura oppure di qualcosa di meno, di una sorta di riappropriazione critica. L'originalità della proposta originaria di Villa, elaborata vent'anni fa e largamente condivisa dal sottoscritto, in linea di principio, consisteva nel chiedere alla giusfilosofia analitica un profondo rinnovamento sul piano conoscitivo: l'applicazione alla teoria del diritto di molti degli strumenti teorici forniti dalla più aggiornata epistemologia e metodologia post-positivista. Vent'anni dopo, chi aveva avanzato questa proposta, come Villa e il sottoscritto, deve riconoscere che la storia della giusfilosofia analitica – ammesso che sia andata in qualche direzione – non è andata in questa direzione.

Certo, il gergo post-positivista si è affermato anche fra i giusfilosofi analitici, per non parlare degli altri; le autentiche rotture rispetto alla tradizione analitica, peraltro, non hanno percorso la via, conoscitiva, del post-positivismo, bensì un'altra via: una via normativa. Questa svolta normativa, verso l'applicazione al diritto di una sorta di teoria della giustizia, è rappresentata da Dworkin e dal neocostituzionalismo: anche se è forte la tentazione di considerare il loro ripudio della distinzione fra giurisprudenza espositiva e censoria come un ritorno a posizioni pre-analitiche, piuttosto che l'adesione a posizioni post-analitiche. Comunque sia, la teoria del diritto di Villa sembra di fronte a questa alternativa: o proseguire sull'originaria strada conoscitiva, oppure cambiarla, prendendo la via normativa di Rawls e dei neocostituzionalisti.

Tutti i limiti e le ambiguità di questa *Storia della filosofia del diritto analitica* – dall'omissione del neocostituzionalismo alla critica dell'avalutatività – derivano dal fatto di non voler riconoscere tale alternativa: dal tentativo di tenere insieme l'originaria

²⁵ Così G. Sartori, *La politica. Logica e metodo nelle scienze sociali*, Sugarco, Milano, 1979, pp. 45 ss.

²⁶ Cfr. ancora V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 259: «il mio argomento, a ben guardare, non mira affatto ad annullare la distinzione fra *giudizi di fatto* e *giudizi di valore*».

²⁷ Per spunti in questa direzione, cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 275-282.

proposta conoscitiva post-positivista e la nuova proposta normativa neo-costituzionalista, allargando il campo del conoscitivo per fargli abbracciare anche certi tipi di valutazione. Così, l'odierna teoria giuridica di Villa oscilla fra tentazioni di rottura, con l'indebolimento della Grande divisione e la rinuncia alla separabilità di diritto e morale, e una sorta di riappropriazione critica: quest'ultima assai più giustificata, a parere di chi scrive. Dopotutto, solo chi abbia già criticato la tradizione giusfilosofica analitica, come Villa e il sottoscritto, può apprezzarne le straordinarie doti di resistenza.