

DIRITTO POSITIVO E DIRITTO NATURALE, ANCORA...*

ANDRÉS OLLERO

La copula «e» ci ricorda come, per decenni, la tendenza sia stata quella irresistibile di formulare la questione come se si trattasse di articolare la problematica relazione tra *due diritti*. Condannati a questa patologica doppia visione, ci troviamo di fronte alla difficoltà di cogliere i tratti essenziali della realtà giuridica. Per lungo tempo, è stato obbligatorio optare per l'uno o per l'altro, o stabilire tra essi una determinata gerarchia¹. Per esempio, si riteneva che la validità di uno (quello positivo) dipendesse dall'altro (quello naturale). Come alternativa, è stato imposto il drastico annichilimento di quest'ultimo, partendo dalla provocante affermazione che *solamente il diritto positivo è diritto*; posizione particolarmente conturbante soprattutto nel caso in cui si ritenga superfluo specificare in cosa consisterebbe la suddetta positività, quando emerge o, soprattutto, come... Al diritto naturale si negava, in ogni caso, carattere giuridico, per ridurlo a mera esortazione morale; la sua rilevanza non oltrepasserebbe, nella migliore delle ipotesi, l'ambito del pre-giuridico².

* Questo lavoro è stato realizzato grazie all'aiuto del *Ministerio de Educación y Ciencia* spagnolo al progetto (SEJ2004-05009/JURI) su «I diritti umani nella società della comunicazione».

¹ J. Delgado Pinto si è dedicato con particolare interesse a questo argomento; per questo, in occasione del suo pensionamento, è stato pubblicato il libro: J.A. Ramos Pascua-M.A. Rodilla González (a cura di), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca-Aquilafuente 2006, in cui è stata inserita (pp. 905-933) la versione originale di questo lavoro, con ulteriori riferimenti bibliografici.

² J.M. Trigeaud sottolinea che, nel positivismo giuridico, «la morale non viene rispet-

La polemica sulla «separazione» — obbligatoria per il positivismo classico — del diritto e della morale è solita complicarsi ancora di più con una variopinta «distinzione» concettuale e terminologica. Credo che per un giurista sia particolarmente rilevante distinguere, nell'ambito delle esigenze dell'*etica*, quelle che si traducono in un'esigenza *morale* (in senso proprio) — nel quadro degli orientamenti massimalisti propri di ogni modello ottimo di condotta umana — da quelle propriamente *giuridiche* (positivizzate o meno), nel quadro del minimo etico che si può esigere per garantire la convivenza umana; lo si chiami «bene comune», «giustizia politica» o come sia opportuno. Ovviamente questo porterebbe a riconoscere un fondo «morale» (abbiamo preferito qualificarlo come «etico», per evitare la già menzionata confusione) in tutto il fenomeno giuridico. Questo si rivelerebbe in modo diretto, riconoscendo come giuridicamente esigibile un obbligo etico; oppure in modo indiretto, riconoscendo la presenza di esigenze etiche anche dietro l'idea di ordine che sta alla base di disposizioni giuridiche ispirate a mere ragioni di opportunità o di efficacia. Diverso è il caso in cui la mia coscienza morale, in senso proprio, può portarmi a rifiutare un'esigenza giuridicamente positiva, perché ritiene che non rispecchi adeguatamente quel minimo etico che giustifica l'esistenza stessa del diritto³.

Posta in questi termini, la questione restava indissolubilmente legata a una delle polemiche più tenaci, e di più dubbia fecondità, della storia della filosofia del diritto: quella che contrappone giusnaturalismo e positivismo giuridico. Inutile dire che proprio la convinzione di trovarci di fronte ad un inevitabile dilemma giustifica quel finale del titolo «ancora...»; bisogna aggiungere, oltretutto, che a volte ci troviamo di fronte a richieste⁴ che confermano la non estinta vitalità del problema.

tata in quanto tale, bensì nella misura in cui può essere diritto e, di conseguenza, convertibile in legge» (J.M. Trigeaud, *Justice et tolérance*, Bière, Bordeaux 1997, p. 105).

³ Questa impostazione è difficilmente comprensibile se si sostiene un concetto lato di morale («morality»), che include tutte «le considerazioni normative vincolanti di qualsiasi tipo», mescolando inevitabilmente quelle solo propriamente morali con quelle prettamente giuridiche, e spingendosi perfino a porre questioni, singolari agli occhi di qualsiasi giurista, del tipo «in cosa consistono i diritti giuridici (nell'originale, «legal rights») e come si relazionano con i diritti morali?» (J. Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford 1994, pp. 254 e 238).

⁴ Per esempio, il professor Francesco Viola chiese una collaborazione per redigere

1. GIUSNATURALISMO INCLUSIVO

È evidente che la prima di queste correnti dottrinali riconosce carattere giuridico al diritto naturale. Non mi è chiaro, invece, perché l'essere giusnaturalista obblighi necessariamente a subordinare la validità del diritto positivo al suo fedele rispetto delle esigenze giuridico-naturali; ne deriva che coloro che invece lo hanno ben chiaro si mostrano reticenti — nel bene o nel male — a considerarmi dei loro⁵. Forse sto difendendo un giusnaturalismo peculiare, che va incontro al positivismo «inclusivo»⁶ di coloro che relativizzano la vecchia obbligata separazione tra diritto e morale.

Da quel punto di vista, l'ardua problematica della *legge ingiusta* passava a occupare un posto centrale⁷. La sua versione più drastica ci dovrebbe portare oggi a capire che, per esempio, essendo il matrimonio indissolubile, eterosessuale e monogamo per natura, ogni regolamento che disconosca uno di questi fattori mancherebbe di validità giuridica.

La verità è che, come giurista, non ho mai capito le virtù di tale impostazione⁸. Altra questione sarebbe riconoscere che non mi devo

il termine *Diritto naturale e positivo* nella nuova edizione dell'*Enciclopedia filosofica* della casa editrice Bompiani.

⁵ E. Cantero Nuñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet De Goytisolo*, Fundación Matritense Notariado, Madrid 2000, p. 131, in cui critica il mio «rimettere in discussione il diritto naturale», che «sembra dovuto» alla mia «prospettiva democratica».

⁶ Cfr. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994.

⁷ Ciò porta J. Delgado Pinto a considerare che, anche se R. Dworkin è stato protagonista dell'«attacco più potente contro il positivismo giuridico degli ultimi decenni», la sua teoria, che non appoggiava questo punto, sarebbe stata considerata «senza fondamento, come una versione del giusnaturalismo» (J. Delgado Pinto, *La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración*, in «Derechos y Libertades», 11 (2002), pp. 15, 38 e 37).

⁸ Anche Finnis ritiene che «non serve a pensare con chiarezza, né per alcun buon fine pratico, oscurare la positività del diritto («law»), negando l'obbligatorietà giuridica «nel senso giuridico o intrasistemico» di una regola dichiarata recentemente giuridicamente valida e obbligatoria dalla più alta istituzione del «sistema giuridico» (J.M. Finnis, *Natural law and natural right*, Oxford University Press, Oxford 1992, trad. it. F. di Blasi, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino 1996). Secondo F. Viola, non bisogna ritenere che in San Tommaso «una legge ingiusta non sia diritto valido»; per questo suggerisce delle ragioni per obbedirle, «sebbene non incarni il concetto di legge nella pienezza del suo significato, non essendo conforme alla

sentire moralmente obbligato a obbedire a tali leggi, o perfino che — a seconda dei casi — dovrei considerarmi personalmente obbligato a disobbedirle⁹. Se si generalizzasse questa posizione, tali leggi si vedrebbero private di un decisivo motivo morale di obbedienza, con prevedibili conseguenze per il diritto. Anche se non si identificassero obbligatorietà morale e validità, tali leggi, costrette a fondarsi esclusivamente sulla coercibilità, potrebbero vedere compromessa la propria vigenza¹⁰ e la propria realizzazione pratica¹¹.

Se adottassi questo atteggiamento, qualcuno potrebbe pensare che io voglia ridurre il diritto naturale a mero desideratum morale, circostanza che mi convertirebbe in un positivista con pedigree. In effetti, il rifiuto della legge ingiusta trovava il suo inseparabile partner nella netta separazione positivista tra diritto e morale. Kelsen portò alla perfezione la distinzione di Hobbes tra consiglio e precetto, con la sua famosa dicotomia tra sistemi morali statici, in cui la validità di una norma dipende dalla congruenza dei suoi contenuti con quelli di altre norme con le quali si confronta, e sistemi giuridici dinamici, la cui validità si basa su una mera connessione formale estranea a ogni contenuto¹². Ci troveremmo allora di fronte al positivismo allo stato puro, insieme — bisogna pur ricordarlo — a un severo non cognitivismo etico¹³. Invece, dal punto di vista della razionalità pratica, è oppor-

ragione» (F. Viola, *La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain*, in *Jacques Maritain oggi*, Vita e Pensiero, Monza 1983, p. 568).

⁹ Della gamma di problemi «deontologici» con i quali si può scontrare un giurista, ho trattato quello della *Deontología jurídica y derechos humanos*, in *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, UCAM-AEDOS, Murcia 2003, vol. I, pp. 53-72.

¹⁰ Lo sottolinea F. d'Agostino in *Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*, San Paolo, Torino 2000, p.26.

¹¹ In tal senso, ritengo che bisognerebbe ridurre a due i tre elementi intorno ai quali R. Alexy fa ruotare il diritto: «legalità ed efficacia», che, secondo lui, costituirebbero il suo «aspetto reale o istituzionale», e «l'essere corretto», che supporrebbe la sua «dimensione ideale o discorsiva» (*La institucionalización de la razón*, in «Persona y Derecho», 2000, n. 43, p. 218). Dato che il «reale» sembra acquistare una rilevanza più sociologica che ontologica, avrebbe a che vedere più con la validità giuridica che con una vigenza pratica, constatabile «a posteriori», che potrebbe venire compromessa, senza dubbio, per possibile deficit di «correzione».

¹² T. Hobbes *De cive* XIV. Rispetto alla distinzione tra sistemi statici e dinamici, vedi H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, Messico 1979³, pp. 203-204, trad. it. M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1966.

¹³ F. Viola ricorda come «un modo per controllare il potere consisteva nel vinco-

tuno riconoscere — come nel mio caso — l'esistenza di esigenze propriamente giuridiche con maggior o minor grado di positivizzazione.

2. LEGGI «CONTRO NATURA»

Essere positivista, e rigoroso allo stesso tempo, è facile quando si è disposti a sostenere che le esigenze etiche (sia propriamente morali che giuridiche...) non sono suscettibili di fondazione razionale alcuna; affermazione talmente discussa nella realtà quotidiana del diritto¹⁴, che obbliga ad ammettere che — nonostante l'ingannevole denominazione corporativa — i giudici, in realtà, non possono emettere alcun «giudizio»¹⁵. Quando tali conseguenze non si considerano facilmente assumibili, il positivismo diventa claudicante e, cosa ancora più grave, non restano più prove del suo desiderato rigore.

Credo, al contrario, che dalla *natura* dell'uomo derivino esigenze etiche, nella pratica razionalmente conoscibili. Quando tali esigenze non mirano al raggiungimento della massima perfezione personale immaginabile, bensì all'imperioso rispetto di un minimo etico senza il quale la convivenza non sarebbe più *umana*, si tratta senza dubbio di esigenze giuridiche e non solo propriamente morali. La conseguenza è ovvia: senza bisogno di plagiare Radbruch¹⁶, dovrei chiedermi come

larlo al rispetto di certi contenuti normativi. Tuttavia, Kelsen non ritiene che questo sia specifico del diritto, perché ciò implicherebbe la possibilità di conoscere obiettivamente il buono ed il giusto» (F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 22).

¹⁴ «Il giuspositivismo si sente più a proprio agio nel mondo accademico che tra gli operatori giuridici e la concreta realtà giuridica» (R. Vigo, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, Messico 2003, p. 200).

¹⁵ Della questione, con particolare riferimento a Kelsen, mi sono occupato in *Giudicare o decidere: il senso della funzione giudiziaria*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 71 (1994), n. 4, pp. 679-703; inserito poi in *Diritto «positivo» e diritti umani*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 178-200.

¹⁶ W. Hassemer ricorda che Radbruch, «come positivista giuridico quale è sempre stato nel profondo del suo cuore», appoggia «il valore della sicurezza giuridica per i casi di normale funzionamento statale e giurisdizionale; ma mette in discussione il rispetto della legge quando, per il fatto di non mirare alla giustizia, è "antigiuridica e basta"» (*Controllo di costituzionalità e processo politico*, in «Persona y Derecho», 2001, n. 45, pp. 120-121). Affermazioni simili si trovano, due anni dopo, nello scritto *Konstitutionelle Demokratie*, in *La Constitución española en el contexto constitucional*

posso riconoscere carattere giuridico a norme di contenuto antigiu-
ridico. La risposta potrebbe essere la seguente: allo stesso modo in
cui non rinuncio a riconoscere come persona umana, e a rispettare di
conseguenza, chi si comporta in modo disumano; ma nonostante ciò
facendo il possibile per migliorare la situazione.

Non credo che la discrepanza presentata derivi necessariamente
dallo scontro tra una dimensione etico-materiale e un'altra puramente
logico-formale del giuridico. Piuttosto, la mia convinzione del carat-
tere giuridico di queste esigenze naturali si basa su una determinata
*teoria della giustizia*¹⁷; ma anche la posizione di chi la nega è debitrice
a sua volta — in modo cosciente o meno — di un'altra teoria della
giustizia, non meno etico-materiale della mia¹⁸. Per quanto io possa
considerare sbagliata quella che di fatto viene positivizzata, dovrei ri-
conoscerla avallata da elementi formali e procedurali *positivi*, senza i
quali il diritto risulterebbe anche — siamo di fronte a un paradosso
— de-naturalizzato.

Da quanto detto deriva una seconda questione: la mia distanza dal-
l'idea di una legge «contro natura» è giuridica e non puramente morale.
Dato che va di moda l'atteggiamento analitico, ricorrerò a esempi trivia-
li: se trovo appeso in un museo di prim'ordine un quadro che mi sembra
un orrore, e come tale lo qualifico, non sarebbe ragionevole dire che sto

europeo, Dykinson, Madrid 2003, p. 1321. Si veda, in merito, anche R. Alexy, *A Defence of Radbruch's Formula*, in D. Dyzenhaus (a cura di), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford-Portland 1999, pp. 24 e 16. F. d'Agostino afferma che «chi ha un minimo di familiarità con la dottrina tomista della legge ingiusta», la vedrà «tacitamente accolta» in questo doppio aspetto (*Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996², p. 39).

¹⁷ Non mi sembra sconveniente riconoscere che il diritto naturale è «l'etica giuri-
dica; vale a dire, la dimensione giuridica dell'etica o la proiezione di quest'ultima nel
campo del diritto positivo»; come logica conseguenza, la giustizia «non rappresenta
un giudizio critico esterno che si realizza su un determinato ordine giuridico già esi-
stente come tale, bensì un ingrediente imprescindibile dello stesso» (L. Prieto San-
chís-J. Betegon-M. Gascon-J. R. Paramo, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-
Hill, Madrid 1997, pp. 62 e 64).

¹⁸ Non deve stupire che J.A. Seoane, quando analizza tale possibilità nella nuova
impostazione della formula di Radbruch, che Robert Alexy realizza applicandola ai
possibili delitti commessi dai «vopos» nel muro, concluda che «si può affermare che
in fondo è più "giusnaturalista" di San Tommaso d'Aquino» (*La doctrina clásica de
la «lex iniusta» y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación*, in «Anuario da
Facultade de Dereito da Universidade da Coruña», 6 (2002), p. 790).

formulando un giudizio morale; si tratta, senza dubbio, di un giudizio estetico, che sia corretto o meno. Non capisco, di conseguenza, perché i giudizi sulle opere d'arte di scarsa qualità siano di carattere estetico, mentre i giudizi sulle deficienze giuridiche avrebbero un carattere puramente morale, giuridicamente esoterico¹⁹. Tale opinione si potrebbe giustificare solo se io stessi rifiutando una norma giuridica perché contraddice le mie aspirazioni morali massimaliste; ma ciò che in realtà affermo è che non soddisfa il minimo etico su cui si basa il giuridico.

Come ho già detto, la denuncia delle deficienze giuridiche osservate in una norma non mi obbliga a negarle un carattere giuridico: ritengo che, al contrario, ciò che è giuridico possa essere giuridicamente deficiente²⁰. Pretendere che un cavallo zoppo non sia più un equino sarebbe esagerato tanto quanto attribuirgli le stesse possibilità di vincere il gran derby che un cavallo sano. Il riconoscere che ogni diritto positivo è diritto non mi impedisce di giudicarlo giuridicamente (e non solo moralmente) migliore o peggiore. Questione diversa, che più di un positivista intelligente può ammettere, è che questo riconoscimento di una norma come diritto permetta non solo di criticarla giuridicamente, bensì di formulare anche su di essa una serie di giudizi morali.

Se mettiamo da parte l'improbabile fede nell'esistenza di una *positività istantanea*²¹, l'ambito giuridico ci appare come un insieme di esigenze di giustizia destinate a vedersi positivamente riconosciute nella convivenza sociale. Un ordinamento giuridico che non riconosca tali esigenze conterrebbe un *diritto denaturalizzato*. Quest'idea è sostenuta — con maggiore o minore rigore — da sedicenti positivisti che con-

¹⁹ F. Viola afferma che «almeno in certi casi estremi, come quelli del genocidio, della tortura o della schiavitù di esseri umani, viene difficile non pensare che sia proprio l'immoralità di tali comportamenti a renderli essenzialmente antiggiuridici» (F. Viola-G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna 2003, p. 99).

²⁰ Tutto ciò relativizza, di conseguenza, il tentativo di mantenere come espressione della separazione tra diritto e morale, che sarebbe propria del positivismo, l'affermazione ovvia, difesa da Hart nel *Post Schriptum al Concepto del Derecho*, Instituto Investigaciones Jurídicas, Messico 2000, p.49, trad. it. M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002 (nuova edizione con un poscritto dell'autore) in base alla quale «disposizioni perverse possono essere valide come regole o principi giuridici». Un caso a parte è che, prive di qualsiasi appoggio morale, dovranno cercarlo esclusivamente in una dimensione coattiva, fatto che comprometterà notevolmente la loro messa in pratica.

²¹ Ad essa ho fatto riferimento in *Metodología jurídica y derechos humanos*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 183 e ss.

siderano giuridicamente deficienti determinati ordinamenti positivi (quasi sempre di paesi lontani...) che non rispettano né garantiscono i diritti umani. Ma se tali esigenze di giustizia non prosperano attraverso un adeguato *processo di positivizzazione* restano ridotte a *diritto illusorio*; più utile, a volte, per legittimare la retorica e, opportunisticamente, l'oppressione, che per rendere la convivenza più umana.

3. PRECAUZIONE, FALLACIA...

Da parte del positivismo giuridico, al contrario, si è insistito nel fondare l'inesistenza di un diritto naturale sull'obbligata distinzione tra diritto e morale. Tale posizione continua a risultare discutibile, dal momento che costringerebbe piuttosto a separare il *diritto positivo* tanto dalla *morale naturale* quanto da quella che, in modo *positivo*, si mostra vigente in una società determinata. Non vedo perché il rispetto di tale distinzione tra diritto e morale debba rendere il diritto, già positivizzato, incompatibile con l'esistenza di altre espressioni della realtà giuridica. Il confronto effettivo si produce, in realtà, tra due concezioni della validità giuridica. Una la considera deteriorata quando non si rispettano determinati contenuti etico-materiali di rilevanza propriamente giuridica. L'altra la considera assolutamente estranea a una particolare idea del «naturale», nella quale non si troverebbero altro che contenuti morali agiuridici; dal punto di vista epistemologico ciò implicherebbe addirittura una fallacia, dal momento che pretenderebbe di derivare da premesse solo apparenti, che di fatto sono conseguenze normative.

Senza dubbio, quando riconosciamo delle esigenze giuridiche naturali, non stiamo descrivendo alcun dato di fatto²². Pretendere che, quando si ricorda che uno schiavo deve essere libero o che un affamato ha il diritto di mangiare, stiamo realizzando una descrizione fisica, sarebbe comunque singolare²³. Non lo sarebbe di meno il fatto di

²² C.I. Massini *La falacia de la falacia naturalista*, Idearium, Mendoza 1995, pp. 45, 47 e 75.

²³ J. Finnis fa una distinzione tra le «inclinazioni naturali», le mere disposizioni per operare, o le tendenze costanti, come appetiti sensibili, avversioni o passioni, e le tendenze che si radicano nella volontà come forme della capacità di rispondere a ragioni ed a beni umani intelligibili; la comprensione di questi è ciò che le converte in

ostinarsi a dire che ci stiamo limitando a dare un consiglio morale. In realtà, stiamo ricordando che l'uomo, per *essere* tale, *deve* vedere giuridicamente garantita la propria libertà e soddisfatte le proprie necessità basilari²⁴. L'affermazione di ciò che un essere libero è si identifica necessariamente con una doppia esigenza etica: come *deve* personalmente agire e come *deve* essere trattato dal punto di vista istituzionale. In entrambi i casi, secondo la sua natura. Altrimenti, verrebbe degradato²⁵: pur continuando ad essere fisicamente uomo, si comporterebbe e si sentirebbe trattato giuridicamente in modo disumano. Quando l'aspetto *naturale* si riduce a un fatto o un dato puramente fisico, dal quale sarebbe irrazionale derivare esigenze etiche, si è messa da parte la metafisica *dimensione entelechiale*²⁶, come dispiegamento di ciò che è essenziale per l'essere umano.

Una visione meno rigida dalla validità giuridica, così come una visione più realista della fluida connessione tra elementi etico-materiali e giuridico-formali, consentirebbe, al contrario, di ammettere che diritto naturale e diritto positivo non sono se non due dimensioni della stessa e unica realtà giuridica²⁷. Per verificare la possibilità che un au-

«naturali» per antonomasia. Cfr. J. Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, University Press, Oxford 1998, pp. 92-93.

²⁴ W. Hassemer, più di quarant'anni fa, sostenne che in Tommaso d'Aquino, nella tendenza al fine, dall'ordine dell'essere nasce quello del dover essere. Cfr. *Der Gedanke der «Natur der Sache» bei Thomas von Aquin*, in «Archiv für Rechts und Sozialphilosophie», XLIX (1963), pp. 35 e 40. F. d'Agostino, dopo aver fatto propria l'accusa di «fallacia descrittivista» con la quale alcuni analitici tacciano il tentativo di negare la possibilità di «sottomettere a controlli logicamente rilevanti discorsi precettivi», riconosce che la «descrizione di essenze» implica una valutazione, ma non «arbitraria o soggettivista» (*Filosofia del diritto*, cit., pp. 77 e 83).

²⁵ J.M. Trigeaud sottolinea come, seguendo questo cammino, «il diritto finisce con l'essere trattato come un mezzo tecnico di controllo sociale, al servizio di obiettivi utilitaristici abbandonati alla decisione del politico»; situazione che sfocia in un «nichilismo, che va oltre il prudente scetticismo del metodo humiano» (*Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bière, Bordeaux 1990, vol. II, p. 43).

²⁶ S. Cotta, *Il concetto di natura nel diritto*, in «Iustitia», 40 (1987), n. 2, pp. 67-79. J. Finnis afferma che fin da Platone ed Aristotele, fino a San Tommaso, «viene rispettata la distinzione tra “è” e “deve”, fatto e valore, con molta più attenzione che, per esempio, in David Hume. Posizioni contrarie sono un mito o un malinteso» (*The Natural Law Tradition*, in «Journal of Legal Education», 36 (1986), p. 493).

²⁷ J. Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del derecho natural*. Discorso letto nell'apertura solenne dell'Anno Accademico 1982-83, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1982, p. 19.

tentico giusnaturalista o un positivista coerente accettino tale impostazione, bisognerebbe definire i limiti dell'ortodossia in entrambe le correnti dottrinali.

Abbiamo sottolineato come il termine diritto naturale si converta in un autentico mare magnum, di fronte all'infinita combinazione di accezioni diverse rispetto a ciò che bisogna intendere per diritto e per naturale. È opportuno aggiungere che avviene lo stesso in chiave negativa quando, dalle fortezze positiviste, viene criticato il diritto naturale senza distinguere tra Aristotele, Ulpiano, Sant'Agostino, Ugo Grozio o John Locke, le cui posizioni non sono sempre così concordanti.

La questione si complica, non solamente perché le differenti dottrine sostengono linee molto diverse, ma anche perché, spesso, tendono a risolvere il disordine che ne deriva in via negativa²⁸. Il principale fattore che permetterà di riunire i «giusnaturalisti» delle diverse scuole consisterà nelle loro poliedriche critiche al positivismo giuridico; invece, il rifiuto del diritto naturale costituirà l'ultimo anello di congiunzione tra i positivisti delle più svariate provenienze. Il risultato supera ogni tentativo di mettere ordine dalle due sponde. Non stupirà il caso in cui qualcuno, chiaramente vincolato con il club, si dia per vinto e riconosca che «non esiste un diritto "positivo" nel senso in cui usa il termine il positivismo giuridico»²⁹.

Per quanto mi riguarda, non mi sembra dissennato ammettere che solamente il diritto positivo sia diritto³⁰. Le esigenze giuridico-naturali non positivizzate diventano una patetica testimonianza della carenza giuridica, incapaci di valere — né formalmente, né eticamente — quale

²⁸ Vittorio Villa, quando propone una definizione di «giuspositivismo, visto come un orientamento che si contrappone concettualmente, per via mutuamente escludente, al giusnaturalismo», non dubita nel riconoscere onestamente che si tratta di definizioni «in negativo» (*Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa*, in «Persona y Derecho», 2000, n. 43, p. 36).

²⁹ K. Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcellona 1980, p. 78; trad. it. S. Castignone, *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano 1967.

³⁰ La questione non pone ulteriori problemi dal punto di vista di una filosofia ermeneutica: «il positivismo giuridico non è caratterizzato dall'affermazione che ogni diritto è prodotto dell'operare umano — questione accettabile sotto molti punti di vista — bensì, fondamentalmente, dal fatto di sostenere l'«essere in sé stesso» del diritto positivo; vale a dire, l'identificazione tra il senso del diritto ed i testi giuridici o, che è la stessa cosa, l'autolegittimazione del testo» (Viola-Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 449).

ordinamento giuridico alternativo. Ostinarsi a dire che sono diritto più del diritto positivo mi sembra moralmente lodevole, ma inquietante dal punto di vista giuridico. Tutto ciò può spiegare il mio sforzo evidente per vederle, quanto prima, positivizzate, o la mia resistenza alla relativizzazione irresponsabile di un ingrediente giuridico così indispensabile.

D'altra parte, non ritengo così lontani dalla mia posizione quei positivisti che difendono coraggiosamente l'esistenza dei *diritti morali*. Se sono coerenti con la distinzione obbligata tra diritto e morale, non potranno sostenere che una cosa giuridica a tal punto da poter essere catalogata come diritto possa avere una rilevanza meramente morale. Piuttosto sembra che vogliano plagiare, forse senza saperlo, i classici greci. Questi non avevano dubbi nel qualificare come diritto naturale quella parte del diritto positivo in cui era agevole trovare un fondamento universalizzabile. Facendo appello al cielo (con Antigone) quando non si accettava il fatto che la polis, presunta espressione della pienezza etica cittadina, potesse ignorare un'altra esigenza anch'essa fondamentale. Quando sento invocare i diritti morali, non capisco come possano essere considerati esigenze ancora non giuridiche. Si tratta, piuttosto, dei diritti più giuridici che esistono, proprio perché si fondano su esigenze etiche e non su semplici ragioni di opportunità e di efficacia. Ne derivano le conseguenze prevedibili quando si tratta di procedere a sopperarli considerando attentamente altri diritti, privi di fondamenta così solide³¹.

Altra questione è che non ci sia bisogno di segnare un confine così netto tra i «diritti», basati sulle esigenze di giustizia, e le «politiche», nate da considerazioni di opportunità e di efficacia³². Una distinzione rigida farebbe resuscitare il dualismo tra un diritto naturale, che fonda i diritti propriamente detti, e un diritto meramente positivo, genera-

³¹ «Quando determinate questioni vengono eliminate dall'agenda politica, smettono di essere considerate come oggetti propriamente detti di decisione politica soggetta alla regola della maggioranza, o ad un'altra regola elettorale pluralista. Per esempio, per quanto riguarda l'uguale libertà di coscienza ed il rifiuto della schiavitù e della servitù, questo significa che le libertà basilari uguali, che costituzionalmente comprendono queste questioni, vengono considerate ragionevolmente fissate, correttamente assunte una volta per tutte» (J. Rawls, *El liberalismo político*, Crítica, Barcellona 1996, p. 183, trad. it. S. Veca, *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino 1999).

³² Rispetto al gioco pratico di questa distinzione, si veda R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcellona 1984, pp. 220 e ss, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982.

tore di politiche. Il corollario di questa scissione sarebbe ancora più paradossale: un Potere Giudiziario con ruolo giusnaturalista contrapposto a uno Esecutivo (e perfino Legislativo) con spinte positiviste³³.

4. CRITICHE A UN LEGALISMO CONDIVISO

Alla confluenza auspicabile tra diritto naturale e diritto positivo hanno contribuito in modo decisivo quanti hanno messo in questione, da entrambe le sponde dello stesso fiume, la presunta identità tra diritto e legge. Ai loro occhi risultava particolarmente vizioso l'ottuso dilemma tra il positivismo legalista e un giusnaturalismo che — legge naturale alla mano — non aveva nulla da invidiargli³⁴ quanto a legalismo. Si è insistito a ragione sul fatto che non si potesse considerare irrilevante il parlare di diritto naturale o di legge naturale come se fossero sinonimi³⁵. Nel diritto già positivizzato lo sottolineavano distinzioni come quella stabilita tra «Gesetz» e «Recht» dall'articolo 20.3 della Legge Fondamentale tedesca³⁶ o altre previsioni costituzionali che ad essa si ispiravano³⁷.

³³ R.P. George critica, a ragione, questa scissione della giustizia e del bene comune, presente in Dworkin, tra «diritti individuali» ed «interessi collettivi», sullo sfondo del loro «utilitarismo neutrale» (*Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2002, pp. 86, 88 e 92).

³⁴ J.M. Trigeaud si mostra particolarmente critico rispetto a questo «positivismo» giusnaturalista. Cfr. *Introduction à la philosophie du droit*, Bière, Bordeaux 1993², pp. 36, 38, 76 e 77. Ad esso alluderà di nuovo in *Droits de l'homme au XX^e siècle. Entre nature et personne* in «Persona y Derecho», 2000, n. 43, p. 154; inserito, successivamente, in *Droits premiers*, Bière, Bordeaux 2001, p. 176.

³⁵ A. Kaufmann lo mette in risalto già nella seconda delle sue pubblicazioni, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Mohr, Tubinga 1957, pp. 12 e 25. Lo fa citando A.F. Utz, che poi non insisterà troppo su questo punto e si limiterà a riferimenti tangenziali nel suo *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufsätze 1983-1997*, Schöningh, Paderborn 1998, p. 23. è stato anche sottolineato come, da un altro punto di vista, Maritain farà una distinzione tra legge e diritto naturale; cfr. Viola, *La conoscenza della legge naturale*, cit., p. 567.

³⁶ Kaufmann trarrà da esso una doppia conseguenza: la positività del diritto è pretesa dalla stessa «Natur der Sache», ma una legge ingiusta non sarebbe diritto; *Gesetz und Recht in Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf*, Klostermann, Frankfurt am Main 1962, pp. 363-364; inserito poi in *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum, Frankfurt 1972, pp. 135 e ss.

³⁷ Come nella «sottomissione piena alla legge e al diritto» che detta l'articolo 103.1

Indubbiamente non è la stessa cosa, soprattutto dal punto di vista epistemologico, parlare del giusto per natura o della legge naturale³⁸. Nel primo caso potremmo trovare, insieme al diritto già positivizzato, quel nucleo robusto che godrebbe di un fondamento di validità particolarmente solido, legato a contenuti etico-materiali e non a semplici ragioni convenzionali di opportunità o di efficacia. Lo stesso avviene per le più fedeli interpretazioni del giusnaturalismo aristotelico, così come nella già citata distinzione tra principi e politiche nei contemporanei Stati di diritto costituzionali. In entrambi i casi, stiamo parlando di diritto «proprio vigore» e non di utopie morali. La loro dimensione interpretativa facilita, nel processo che porta al diritto positivo, quella permeabilità rispetto ad esigenze naturali concrete, attraverso la *natura delle cose*³⁹, che la drastica denuncia profetica della legge ingiusta, con tacita intenzione alternativa, rendeva impraticabile.

L'adozione da parte dei teologi cristiani di un'impostazione giusnaturalista — di radice aristotelica, stoica o derivante dalla giurisprudenza romana — finisce con lo sfociare in un protagonismo asimmetrico della *legge naturale*. Si tratta della conseguenza logica della verticalità imprescindibile per una visione del mondo in cui irrompa un Dio eterno e, allo stesso tempo, personale, creatore della natura fisica e alla guida del cammino eticamente naturale di perfezionamento degli esseri liberi. La conseguenza immediata sarà, da un lato, l'inizio della distinzione tra legge naturale e legge umana; di esse, sempre in chiave legalista, susciterà particolare attenzione la loro possibile contrapposizione (legge umana ingiusta o legge naturale non positivizzata). D'altra parte, diventa più facile la confusione tra esigenze propriamen-

della Costituzione spagnola per l'Amministrazione Pubblica; o nell'allusione dell'articolo 9.1 al fatto che «i cittadini ed i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico», discorso che pone la sempre problematica distinzione tra legalità e costituzionalità. Di quest'ultimo ci siamo occupati, in modo dettagliato, in *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2005.

³⁸ Per Villey, a Kelsen «non entra in testa che sia necessario fare una distinzione tra questi due termini» (*Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, Presses Universitaires de France, Paris 1987, p. 148).

³⁹ Kaufmann sosteneva, nel 1957, che «non si sarebbero dovute accogliere quelle "norme morali" assolute in quei casi in cui il diritto positivo era risultato insufficiente, bensì la "natura delle cose", dal momento che «si sarebbero dovute analizzare le condizioni di vita con molta più attenzione» (*Derecho y moral in Derecho, moral e historicidad*, Marcial Pons, Madrid 2000, p. 81).

te morali ed altre più giuridicamente rilevanti⁴⁰. Tutto ciò nel segno di una legge naturale della quale al teologo preoccupa soprattutto la sua obbligatorietà morale, fino ad arrivare a considerare praticamente irrilevante una validità giuridica priva di tale fondamento⁴¹. Basta pensare all'opera di San Tommaso, al trattato sulla legge in cui si occupa della giustizia per cogliere la portata di questa possibile distorsione; si occuparono di acuirlo non pochi «tomisti» che — più teologi che giuristi — concentrarono la loro attenzione sul primo di questi trattati, quasi condannando il secondo all'oblio.

Il diritto naturale, trasmutato in legge naturale, si vide esposto ad un rapporto conflittuale con una realtà giuridica positiva non meno legalista. In effetti, la rottura con il giusnaturalismo classico, propria della Modernità, non fa altro che secolarizzare il legalismo dei teologi. Si dissocia la precedente armonia tra «ratio» e «voluntas», e viene portata sul trono una divinità adesso più cosmica che personale e, in ogni caso, deisticamente lontana. In Hobbes, il giuridico si riduce a legge, che esprime la volontà arbitraria del Leviatano. Per legittimarla si appella al «pacta sunt servanda»⁴², come ultimo residuo di una deontologizzata legge naturale, che sembra anticipare la funzione meramente trascendentale della norma fondamentale kelseniana.

La legge naturale diventerà presto superflua. Ciò avviene in ambito continentale, per via della convinzione della possibile perfetta positivizzazione, una volta per tutte, delle esigenze etico-giuridiche naturali, depositate in una ragione estranea alla storicità del reale. In ambito anglosassone, Bentham eredita l'empirismo hobbesiano per avviare un'ambiziosa scienza della legislazione, che manifesti quell'aritmetica in imperativo, frutto del calcolo utilitarista. Un codice positivizzato sarebbe, in entrambi i casi, l'uscita obbligata. Ormai non si ha bisogno

⁴⁰ Ne deriverà la difficoltà di riallacciare diritto naturale e diritti umani, presente, tra gli altri, in A. d'Ors, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Civitas, Madrid 2001³, pp. 21 e 29.

⁴¹ Quando è presente la mentalità giuridica cambia il panorama. Così A. d'Ors farà allusione all'«imperatività» della legge, segnalando come «questione diversa» la sua «obbligatorietà morale»; anche se «il diritto, per avere un'effettività non forzata dalla semplice coazione degli imperativi legali, deve coincidere con gli imperativi di un'etica che è accettata dalla società che cerca di ordinare e, singolarmente, dalla coscienza morale dell'individuo» (*Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid 1999, pp. 57, 30, 60, 69, di nuovo 30 e 71).

⁴² T. Hobbes, *De cive* III, 1; *Leviathan* I, 15.

di alcun diritto naturale, né come fondamento, né come condizione virtuale. Verrà visto come uno scomodo rivale, meritevole solo di sfiducia. Caso mai, verrà trattato come un'istanza «ideale», che non si merita il nome di diritto finché non verrà positivizzato.

5. NON COGNITIVISMO ETICO E DIRITTO

Sono state stabilite, dunque, le premesse per una filosofia del diritto necessariamente intesa come *filosofia del diritto positivo*. La validità del diritto passa ad autofondarsi in modo immanente. Sembra svincolarsi da ogni riferimento alla giustizia, in un sistema depurato dal condizionamento «statico» dei contenuti etico-materiali giusnaturalisti; bisognerebbe aprire la strada a una «nomodinamica», che non sarebbe altro che un'arbitrarietà proceduralmente sottoposta a controllo. Ma la realtà continua ad essere ben diversa...

Il non-cognitivismo etico adottato da Kelsen non è di facile digestione. Il positivismo della giurisprudenza dei concetti, che condivide con la Scuola dell'Esegesi il ruolo di matrice della nostra dogmatica giuridica, continuerà ad essere dichiaratamente cognitivista. Si basa sulla conoscenza razionale di alcuni contenuti etici positivizzati e della loro, non meno razionale, gestione logica capace di applicarli alla realtà⁴³; la volontà resta ancorata all'ambito metagiuridico della politica. Questo positivismo giuridico, per nulla rigoroso, eticamente cognitivista, è quello che — spesso in modo incosciente — continua a resistere fino ad oggi⁴⁴.

Bisognerà anche, nella variante scandinava, unire «more sociologico» la validità giuridica alla pratica sociale, come cammino per demistificare una metafisica giusnaturalista ridotta a un numero di magia.

⁴³ Così constata Hassemer, *op. cit.*, p. 1315.

⁴⁴ Non è per nulla strano che G. Peces-Barba affermi che nella Costituzione spagnola, l'articolo 1.1 svolgerebbe il ruolo di «norma materiale basilare sulle norme». Tutto ciò si basa nell'assumere «come presupposto, una ferma fiducia (sic) nell'impossibilità di un diritto naturale» (*Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1984, pp. 97, 100 e 109). È evidente che la proposta sembra eretica dal punto di vista dell'ortodossia kelseniana, visto che si configurerebbe in questo modo un sistema «statico», che secondo lui sarebbe più morale di quello giuridico. Bisognerà venerare Kelsen per continuare ad essere positivista, ma bisognerà negarlo, per non voltare le spalle alla realtà giuridica.

La validità giuridica finisce con l'appoggiarsi ad un'«obbedienza disinteressata», che genera vigenza sociale⁴⁵.

La confusa «regola di riconoscimento» di Hart non sembra andarle dietro. Kelsen aveva concluso ammettendo che — pur non servendole da fondamento — l'efficacia condizionava in modo decisivo la validità giuridica, dal momento che sarebbe assurdo attribuirle a ciò che non è vigente; avremmo, dunque, una norma basilare presupposta e una condizione pre-basilare imposta. Hart, nel suo confuso tentativo di eludere la questione⁴⁶, preferisce collocare la chiave del sistema alla fine, con beneficio di inventario. La validità si basa su di una regola di riconoscimento il cui contenuto, con una circolarità evidente⁴⁷, non sarà altro che l'espressione di ciò che viene considerato valido. Vale a dire, se ci è consentito il localismo: se non è zuppa è pan bagnato.

6. COSTITUZIONALISMO GIUSNATURALISTA?

La persistenza del cognitivismo etico è obbligata, perché la seconda metà del XX secolo comincia in uno scenario non incline al culto di

⁴⁵ Mi sono occupato del ruolo dell'obbedienza disinteressata nel concetto di validità giuridica di A. Ross, in *Un realismo a medias. El empirismo escandinavo*, in *Metodología jurídica y derechos humanos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 27-62; cfr. in particolare pp. 53 e ss.

⁴⁶ J. Delgado Pinto segnala come Hart, che «manca di una teoria della giustizia debitamente articolata», non «ha risolto, in modo convincente, il problema del fondamento dell'obbligatorietà del Diritto che pone la sua concezione normativista»; Lezione Magistrale nella sua investitura come Dottore honoris causa dell'Università Carlos III di Madrid, il 6-X.2004 (citiamo dall'originale gentilmente offerto dall'autore). Di «irrazionalismo etico e giuridico» aveva già parlato in *El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico*, in *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Universidad, Valencia 1977, vol. I, p. 184.

⁴⁷ Bisognerebbe, dunque, attribuirgli quello che, in modo molto visivo, è stato qualificato come «autismo giuridico», anche se l'autore di questa metafora così opportuna non lo menziona, e preferisce affermare che «Kelsen sarebbe l'esponente più depurato di questo punto di vista» (G. Peces-Barba, *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, epilogo a G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid 1995, p. 165; versione originale G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992). L. Prieto Sanchís fa notare, inoltre, che se ci troviamo di fronte a «un riconoscimento "ex post facto"», «non compie la missione per la quale fu ideata, che era proprio quella di informare o obbligare il giudice a

un'arbitrarietà solo presuntamente controllata⁴⁸. L'amara evidenza della perversione dell'ordinamento giuridico porta a fare risuscitare l'antica querela della legge ingiusta, insieme a quella *formula di Radbruch*, oggi nuovamente evocata, che faceva appello a un «diritto sovraleale» e ammetteva come possibile un'inquietante «antigiuridicità legale».

Nel dopoguerra, mezza Europa viene ricostruita secondo gli Stati di diritto costituzionali, così come farà più tardi l'altra metà in tappe successive, in seguito alle transizioni democratiche della penisola iberica e alla caduta del muro di Berlino. Si insisterà in questo modo — anche al di fuori di una cornice giusnaturalista — sull'importanza della distinzione tra legge e diritto, fino ad arrivare a suggerire che l'espressione classica «Stato di diritto» si tradurrebbe più fedelmente come «Stato di diritti». Il motivo consisterebbe nella necessità di ancorarsi a qualcosa di oggettivo, più forte delle ragioni e delle volontà politiche, per raggiungere il quale «il diritto doveva recuperare qualcosa di indiscutibile», che potesse essere considerato come «punto di partenza, "naturale" e incontrovertibile». La soluzione al problema è consistita nella costituzionalizzazione dei diritti, che si allontanava dalla «tradizione statalista ottocentesca dello Stato di diritto»⁴⁹.

decidere d'accordo con una regola esistente nel sistema» (*Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid 1987, p. 134).

⁴⁸ L. Prieto Sanchís afferma che «i giudizi di validità di un giurista attento alle esigenze dello Stato costituzionale, «secondo la terminologia kelseniana, sono giudizi a partire da un sistema statico e non solo dinamico». Nonostante ciò, continua a pensare che «la validità sia un concetto dinamico che risiede nella nozione di autorità, più che un concetto statico basato sulla nozione di verità» (*Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, Messico 1997, pp. 64 e 87; cfr. anche p. 95). G. Zaccaria sottolinea che, «perfino nella sofisticata costruzione kelseniana», nel «passaggio da un piano normativo dell'ordinamento a un altro, la struttura linguistica della norma continua ad essere concepita come già data, come esistente di per sé, come un oggetto che l'interpretazione deve limitarsi a rivelare», partendo dalla «pre-convinzione che la disposizione normativa sarebbe già sostanzialmente contenuta e data nel testo della norma». A ciò contrappone la necessità di «un'ampia revisione del precedente rapporto di coincidenza-identità tra la norma giuridica e la sua formulazione linguistica» (*L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova 1990, pp. 220 e 222).

⁴⁹ Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 65 e 68. Della sua difficile conciliazione con le impostazioni positiviste, dà un'idea l'improbabile sforzo per farlo tornare sui suoi passi, manifestato nell'epilogo alla versione spagnola, ove Peces-Barba si mostra particolarmente preoccupato nel fargli riconoscere che la dignità e la persona umana sono «nozioni che non appartengono alla tradizione del giusnaturalismo razionalista, bensì a quella

La conseguenza inevitabile sarà che, negli ordinamenti costituzionali, la validità non dipende solamente dagli aspetti formali della produzione normativa, «che permettono di affermare l'“essere” o l'esistenza delle norme»; ma dipende anche dalla valutazione della conformità del loro contenuto con il «dover essere» giuridico, stabilito dalle norme superiori, che, del resto, «hanno incorporato di fatto gran parte dei principi di giustizia tradizionalmente espressi dalle dottrine del diritto naturale». Di conseguenza, l'antico conflitto tra diritto positivo e diritto naturale e tra positivismo giuridico e giusnaturalismo ha perso gran parte del suo significato filosofico-politico⁵⁰. Non deve stupire il fatto che si sia arrivati a diagnosticare la «crisi o morte» di un positivismo che «batte in ritirata». Se si verifica una «sopravvivenza inerte», sarà un ulteriore esempio di come la realtà corra più veloce delle idee, dal momento che «il costituzionalismo incoraggia una scienza giuridica “impegnata” che mette in discussione la separazione tra diritto e morale»⁵¹.

Anche mantenendo le sacrosante distanze tra diritto e morale, un «giuspositivismo critico», preoccupato della valutazione e della critica del diritto vigente, non solo dal punto di vista esterno o politico della giustizia, ma anche dal punto di vista interno o giuridico della validità sostanziale, non potrà continuare ad accanirsi sulla separazione netta tra l'essere ed il dover essere. Al contrario, dovrà riconoscere «la doppia divergenza tra il dover essere e l'essere “nel” e “del” diritto positivo»; così come le diverse forme di incoerenza e di illegittimità che da esso derivano⁵².

Diventa addirittura indispensabile riconoscere onestamente che i principi costituzionali «somigliano, nella loro formulazione universalista e astratta, ai principi del diritto naturale», e che le Costituzioni riflettono «l'“ordine naturale” storico-concreto delle società politiche secolarizzate e pluraliste». Sono espressione di un «momento coo-

del giusnaturalismo cristiano-cattolico» (*Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, cit., pp. 67 e 159).

⁵⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, pp. 355, 356 e 358; cfr. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989.

⁵¹ Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 8, 9 e 16. Al contrario, «il giusnaturalismo non solamente non si batte in ritirata, ma in più ha dato il via a un'offensiva» (*Lecciones de Teoría del Derecho*, cit., p. 65).

⁵² Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 873, 874 e 927.

perativo» diverso dai «momenti competitivi» tra i gruppi politici nei quali nascono le leggi. Ne deriva che lo stile e il «modo di argomentare nel “diritto costituzionale”» somigliano al «modo di argomentare nel “diritto naturale”», e perfino che il ricorso ai principi riproduca una situazione simile a quella che smentisce la loro presupposta «falacia naturalista»: «la realtà esprime valori ed il diritto funziona come se reggesse un diritto naturale»⁵³. Si capisce, allora, che «il ruolo svolto precedentemente dal diritto naturale rispetto al sovrano, lo svolge adesso la Costituzione nei confronti del legislatore», e che, dunque, il costituzionalismo implica una «rivitalizzazione del vecchio diritto naturale»⁵⁴.

7. DIRITTI FONDAMENTALI CON FONDAMENTO

Si è passati dall'intendere i diritti nel contesto delle leggi, all'intendere le leggi (e perfino la loro validità) nel contesto dei diritti. Questi ultimi non vengono più considerati come concessioni legali volontarie dello Stato, concepite per controllare l'Amministrazione e per esprimere un ordine di valori che precede il diritto positivizzato. Tuttavia i diritti, per quanto ora vengano invocati come il «big bang» della realtà giuridica, non sono altro che il risultato di un assestamento dei rapporti sociali: l'espressione, in chiave soggettiva, delle esigenze che derivano da quella giustizia oggettiva che contribuisce a configurarli⁵⁵.

I diritti «umani» — aggettivo che assume un senso solo se contano su di un determinato fondamento, che siano o no già «posti» — si

⁵³ «Dovremmo riconoscere che, negli ordinamenti contemporanei, sono risorti aspetti del diritto premoderno», e che oggi sarebbe impossibile un «formalismo» o un «positivismo dei principi». Nonostante ciò, si insisterà sul fatto che «la Costituzione non è un diritto naturale, bensì la manifestazione più alta del diritto positivo» (Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 115, 116 e 119, così come 123, 124 e, di nuovo, 116).

⁵⁴ Ciononostante, identificare i valori morali con «il diritto naturale, è pur sempre una licenza letteraria» (Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 17, 37 e 51).

⁵⁵ Lo abbiamo riscontrato quando abbiamo analizzato *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidación personal*, in «La Ley» 11-12-1998, pp. 1-4. Più tardi si trova in Finnis, a proposito del «jus» e dei diritti: «in realtà, se si potesse ricorrere all'avverbio “giustamente” (“aright”), usandolo come sostantivo, si potrebbe dire che la sua spiegazione fondamentale ruota intorno ai “giustamente” (“arights”) (più che sui diritti [“rights”])» (Finnis, *Natural law and natural right*, cit., p. 235).

convertono in essenza di ciò che è politicamente corretto. Dato che il rigore non si può esigere sempre, il diritto naturale, capace di donar loro un fondamento proprio, continuerà ad essere considerato accademicamente scorretto...

Il nuovo scenario incoraggia a rimettere in discussione lo scontro radicato tra diritto naturale e diritto positivo⁵⁶, per cercare di accomunarli, alla ricerca di un diritto vigente⁵⁷ più umano (o, per lo meno, meno disumano). Questo sforzo si convertirebbe, tuttavia, in autentica levitazione, di fronte all'incertezza del terreno epistemologico sul quale bisognerebbe realizzare la loro fondazione.

8. RIABILITAZIONE DELLA FILOSOFIA PRATICA

La fenomenologia aveva momentaneamente offerto un nuovo concetto di naturale («Natur der Sache»), concretizzato in delle strutture «logico-reali», che avrebbe permesso alla legge di atterrare nella giustizia del concreto. Seguendo questo sentiero, ma con una maggiore dose di ambizione, si aspira poi a un'ontologia relazionale⁵⁸, capace di riaprire, dichiaratamente, le porte del cognitivismo etico⁵⁹. L'indigenza e la necessità di superarla appaiono come «caratteristiche ontologiche dell'uomo», che ci rivelano la sua «relazionalità coesistenziale»⁶⁰.

⁵⁶ Interessanti al riguardo sono i lavori realizzati da diversi autori e pubblicati da R. Rabbi-Baldi, sotto il titolo: *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2000.

⁵⁷ «Il diritto positivo sottomesso al doppio criterio dell'umanità e dell'obbligatorietà, può essere denominato, senza dubbio, "diritto naturale vigente"» (S. Cotta, *Diritto naturale: ideale o vigente?* in «Iustitia», 42 (1989), n. 2, p. 133. Per Maritain, al contrario, «ogni diritto è positivo, in quanto concretizzazione e attualizzazione del carattere virtuale del diritto naturale», per cui «il diritto naturale non esiste (non è vigente) al di fuori del diritto positivo; ma la legge positiva non esiste in senso pieno come legge, bensì all'interno della legge naturale», afferma F. Viola, per il quale entrambe le posizioni «sono pienamente compatibili» (*La conoscenza della legge naturale*, cit., p. 569).

⁵⁸ D'Agostino, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 9 e 10.

⁵⁹ «Un non-cognitivismo etico assoluto è irreali, dal momento che implicherebbe una scissione interna radicale del soggetto umano» (Cotta, *op. cit.*, pp. 121-122).

⁶⁰ S. Cotta, *Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural*, in «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», (1993-1994),

I tentativi che aspiravano a lasciare spazio a un giusnaturalismo non legalista, si sforzano di farlo riconciliare con la storicità del giuridico⁶¹. In Spagna, invitano ad anticipare la successiva deriva verso l'ermeneutica gadameriana, insieme all'«intelligenza senziente» e alla «personetà» di Zubiri, che includevano il diritto tra le «cose-senso». Tutto ciò porterà a mettere in discussione la possibilità che questo «essere-senso» limiti e condizioni la libera decisione e la creatività umane, essendo, allo stesso tempo, «una cosa che l'uomo deve elaborare e costituire». La conclusione evidenzia che «il giusto ed il giuridico sono una e la stessa cosa», ma che il giusto si fa strada «attraverso l'azione umana, come compito che deve portare a termine» una «ragion pratica determinata e situata storicamente»⁶².

In questa riabilitazione della filosofia pratica confluiscono, dunque, sforzi diversi. Verrà messo in risalto come il primo elemento della struttura epistemologica del giusnaturalismo sia la «problematicità» e non la «dogmaticità»⁶³. In questo modo, si mette in discussione uno dei dogmi positivisti, presenti ancor oggi nelle loro versioni più «inclusive». Il loro voler sostenere tacitamente una positività «istantanea», porta a dare per certo che il giusnaturalismo rimanda a un diritto «preesistente»⁶⁴. Viene ignorata, ancora una volta, la distinzione

n. 83, p. 338. Questa coesistenza manifesta una «parità ontologica», che «non porta con sé un essere — nel senso di uno stare insieme — semplice e fatico», bensì un «rapporto di conoscenza e di comunicazione», uno «stare in una relazione di accoglienza vicendevole» (*La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho*, in «Persona y Derecho», 2000, n. 43, p. 17).

⁶¹ J. Delgado Pinto ne prese atto, ripassando i tentativi di Utz e di Kaufmann. Si veda *Derecho. Historia. Derecho Natural*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 4 (1964), n. 2, pp. 118 (con nota 51), 132, 136 e 137.

⁶² Delgado Pinto, *op. cit.*, pp. 149, 151, 154, 156, 159, 160, 161 e 163. Lo stesso Zubiri, ed il suo uomo come «essenza aperta», riapparirà nelle sue *Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho*, in «Persona y Derecho», 2000, n. 43, pp. 23 e 29.

⁶³ Oltre ad essere il suo «secondo elemento caratterizzante», sarà «la ricerca di un fondamento originario e condizionante dell'essere del diritto, inteso come struttura della vita pratica» (Cotta, *Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural*, cit., pp. 332 e 333).

⁶⁴ Secondo V. Villa, «la positività non è un dato, ma un processo». Invece, il positivismo giuridico «escludente» sarebbe caratterizzato dal suo rifiuto di identificare «qualsiasi riferimento alla moralità politica» con l'esistenza di un «diritto preesistente», mentre quello «inclusivo» si vedrà collocato, al momento di analizzare la dimen-

tra legge (positiva o naturale) e diritto; e anche in che misura questo presupponga sempre la conclusione di un processo e non la sua premessa iniziale.

Il fenomeno varcherà i confini continentali e si farà notare negli sforzi dei «neoclassici» anglosassoni, impegnati a sviscerare la dimensione conformatrice della ragion pratica⁶⁵.

9. SCACCO AL NORMATIVISMO

La volontà di presentare il diritto come un sistema di norme entra in crisi di fronte al necessario riconoscimento del carattere giuridico dei principi⁶⁶. Gli scritti di Esser, in ambito tedesco, troveranno un'insperata coincidenza con l'inizio della polemica anglosassone, quando si ammette che, se si ignora il ruolo dei principi, la dinamica dell'ordinamento risulterebbe falsata⁶⁷. Le conseguenze saranno più rilevanti per l'ambito positivista che per quello giusnaturalista⁶⁸, il quale tende ad essere identificato con tendenze «principaliste».

sione costruttiva della giurisprudenza costituzionale, tra la «descrizione fantasmale di significati preesistenti» o una discrezionalità che implica la «creazione di nuovo diritto dal nulla» (*op. cit.*, pp. 60, 75, 56, 66 e 90).

⁶⁵ Cfr. lo studio dettagliato di D. Poole, *Grisez y los primeros principios de la ley natural*, in «Persona y Derecho», 2005, n. 52, numero in cui si trova anche la sua traduzione di *El primer principio de la razón práctica*. A nostro giudizio, la debolezza delle impostazioni di Hart deriva dal fatto di sottovalutare questo aspetto, nel suo tentativo di «evitare compromessi con teorie filosofiche controvertibili rispetto allo “status” generale dei giudizi morali» ed il loro possibile «livello oggettivo» (Hart, *op. cit.*, p. 30).

⁶⁶ J. Raz opta per attribuirlo al predominio di ciò che caratterizza come «la prospettiva dell'avvocato», secondo la quale «il diritto si occupa di quelle considerazioni sulle quali è appropriato che si basino i tribunali per giustificare le loro sentenze» (*La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcellona 2001, p. 215).

⁶⁷ G. Zaccaria ha analizzato attentamente «la relazione multiforme» tra il pensiero di Dworkin e quello dell'ermeneutica europea, alla cui tradizione si mostra estraneo. Tutto ciò non impedisce di trovare un parallelismo tra la sua «Chain novel» e la «Wirkungsgeschichte» gadameriana, *Questioni di interpretazione*, CEDAM, Padova 1996, pp. 199, 202, 207, 204, 218 e 220. Torna su questo argomento, paragonandolo a Esser, in *Razón jurídica e interpretación*, Civitas, Madrid 2004, p. 388.

⁶⁸ F. d'Agostino ricorda come «in nessuna lingua» ci sia «una coincidenza lessicale tra il termine che indica il “diritto” e quello che indica gli “strumenti” ai quali il diritto ricorre per strutturarsi, vale a dire le “norme”» (*Diritto e giustizia*, cit., p. 9). A sua

Lo stesso Hart si vede obbligato a rimettere in discussione il proprio normativismo, ed afferma: «è un difetto del mio libro che i principi vengano presi in considerazione solo di passaggio», e perciò «è stato un grosso errore da parte mia il fatto di non avere enfatizzato la loro forza non concludente». Ciononostante, egli si impegna a relativizzare il loro contrasto con le norme, considerando che «la loro distinzione è una questione di grado»⁶⁹.

La rilevanza del «senso» come cardine della realtà giuridica obbligherà a mettere in discussione le artificiose frontiere ideate dal positivismo, tra una critica «esterna» metagiuridica ed una possibile critica giuridica «interna»; o tra l'applicazione di norme propriamente giuridiche e il ricorso nettamente discrezionale a criteri morali. Si giungerà a riconoscere che «il diritto positivo presuppone, ma non può imporre, una comprensione di senso», e si verrà rimandati all'«ambiente culturale in cui si trova immerso» un diritto, che non si può più erigere a sistema normativo indipendente e autosufficiente⁷⁰. Resta da capire se tale «ambiente» fluttua nel vuoto o se è il frutto della captazione — senza dubbio storica — di alcuni criteri obiettivi⁷¹.

Bisognerebbe chiedersi, in effetti, «perché consideriamo come “diritto” dei sistemi di regole così diversi tra di loro, se non perché si occupano di una “cosa” che è, in qualche modo, comune». Forse, più che dare per scontato che ogni testo abbia un senso, sarebbe raccomandabile preoccuparci di cogliere un senso giuridico che occorrerà trovare in uno o più testi. È «il diritto in quanto senso specifico dell'operare umano ciò che previamente conferisce un significato ai testi, che proprio per questo vengono considerati “giuridici”»⁷².

Non deve sorprendere che, dopo aver considerato «ambiguo parlare di “positivismo corretto o etico” alludendo alla presenza di va-

volta, J. Ballesteros spinge a recuperare una «concezione non normativista del diritto naturale» (*Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid 2001, p. 107).

⁶⁹ Hart, *op. cit.*, pp. 11, 38 e 42.

⁷⁰ Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 138.

⁷¹ G. Zaccaria rifiuta le versioni del «pensiero debole» che pretendono di ridurre tutto a «interpretazioni di interpretazioni», visto che «l'interpretazione o è interpretazione di qualcosa o non esiste. L'interpretazione che scioglie nel suo seno ciò che deve interpretare e, di conseguenza, lo sostituisce, solo per questo non è più interpretazione» (*L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 69).

⁷² Viola-Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 448-449.

lori», come la libertà o l'uguaglianza, ci si chieda: e «perché non la xenofobia o la discriminazione razziale?»⁷³. Si sottolinea che «la rimaterializzazione della Costituzione attraverso i principi presuppone uno spostamento della discrezionalità dalla sfera legislativa a quella giudiziaria». Ma ci tranquillizza il fatto che non si tratterebbe, in questo caso, di una «discrezionalità immotivata», bensì «sottomessa a una depurata argomentazione razionale». A parte il problema che presenterebbe per il positivismo — visto che «è una teoria del diritto senza teoria dell'argomentazione» — l'invito ad effettuare un giudizio di ragionevolezza obbliga a porsi il problema di «quale sia la fonte del ragionevole», fino a riconoscere che il giudice deve cercare il criterio decisivo non nella Costituzione, ma piuttosto «al di fuori di essa»⁷⁴.

La risposta — ci suggeriscono — rimanderebbe ad una positiva «morale sociale», o, magari, «corporativa», più che alla «morale critica», caratteristica della tradizione giusnaturalista; i diritti umani costituzionalizzati troverebbero il proprio fondamento «in una volontà storica, vale a dire in una morale sociale legalizzata»⁷⁵. Una remissione di questo tipo, che escluderebbe qualsiasi dimensione «utopica» nei contenuti costituzionali, non ci sembra molto concorde con la realtà⁷⁶.

10. POROSITÀ TRA DIRITTO E MORALE?

In ogni caso, diventa imprescindibile sottoporre a critica il concetto di «positività», visto che è impossibile mantenere l'idea che il di-

⁷³ Prieto Sanchís, al fine di correggere Peces-Barba, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 27.

⁷⁴ L. Prieto Sanchís, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, in «Doxa», 23 (2000), pp. 173, 191, 178 e 179. Anche F. Viola sottolinea come questo costituzionale «giudizio di ragionevolezza in senso stretto non ha più un carattere "intrasistemático", cioè interno alla normativa già stabilita, ma ha un carattere "extrasistemático", in quanto valuta la norma sulla base di parametri in qualche modo "esterni"». Per questa via entrano in gioco «i principi della legge naturale», come campione del «diritto naturale presente all'interno del diritto positivo contemporaneo» (Viola-Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 115 e 116).

⁷⁵ Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., pp. 73 e 74.

⁷⁶ Lo avevamo già visto, da un punto di vista teorico, in *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía*, in «Persona y Derecho», 1990, n. 22, pp. 159-179; inserito successivamente in J. Saldaña (a cura di), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México 1997, pp. 179-195. Dal punto di vista

ritto si converte in positivo una volta per tutte, a colpi di legge⁷⁷. La «porosità» delle norme giuridiche, rispetto ai giudizi di valore, senza i quali non possono acquistare un senso, si fa manifesta. Di conseguenza, sarà sempre meno facile trovare un caso non «difficile».

Nessuno si sorprenderà della necessità di reimpostare la mitica separazione tra diritto e morale⁷⁸, mettendo in questione il normativismo o, addirittura, facendo strada a un positivismo giuridico «inclusivo». Nel frattempo, quello «escludente» continuerà a considerare discrezionali, in senso forte, i passi finali di un laborioso processo finalizzato a positivizzare il diritto senza unità d'atto. Paradossalmente, buona parte di quello positivizzato non sarebbe propriamente giuridico.

L'uso indiscriminato del termine «morale» contribuisce, senza dubbio, ad aumentare la confusione. Con tutto ciò, i positivismi «escludenti», come quello di Raz, sembrano meno forzati. Se si sostiene, in modo convincente, la possibilità di identificare nitidamente la portata reale del diritto positivo, con lo sfondo normativista di una positività istantanea (o tutto o niente...), qualsiasi decisione che non trovi appoggio in una norma posta (di contenuto netto), potrebbe trovarlo solo in ambito metagiuridico («morale»), nel quale il giudice opterebbe discrezionalmente per la soluzione che considera più adeguata.

Se, al contrario, abbandoniamo questa cornice positivista in modo coerente, bisognerebbe ammettere che, in realtà, ciò che si sta rendendo positivo è appunto diritto, e non esigenze propriamente morali, estranee all'ambito del giusto. Ci troviamo all'interno del processo di determinazione del giusto che ogni attività giuridica porta con sé.

Quando non si valuta in modo adeguato questa dimensione progressiva della ragion pratica e si dimentica la frontiera tra le esigenze

pratico, lo avevamo trovato in *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, pp. 84-85.

⁷⁷ Giuseppe Zaccaria afferma che «nella realtà giuridica contemporanea, il diritto positivo si costruisce grazie all'operare contestuale di fattori differenti, dalla legislazione alla prassi giudiziaria o alle pratiche sociali in cui concorrono tanto gli operatori giuridici quanto i privati cittadini». Sottolinea che dal punto di vista «politico-sociologico, si può certamente captare l'anacronismo della tesi che riduce ed esaurisce la positività in prese di posizione di chi ostenta l'autorità formale». Propone «un nuovo modello di positività, una dialettica complessa, un plesso triadico di comprensione, positivazione e riconoscimento» (*L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 232, 233 e 236).

⁷⁸ Per G. Zaccaria «il problema dell'inserimento delle dimensioni della morale e

moderate della giustizia, giuridiche per definizione, ed altre esigenze propriamente morali di inclinazione massimalista, ci condanniamo alla confusione. Sentiremo, per esempio, che al momento di agire

«il dovere del giudice sarà lo stesso, vale a dire: emettere il miglior giudizio morale possibile su qualsiasi questione morale da risolvere. Non avrà importanza, per qualsiasi proposito pratico, se, quando decide i casi, il giudice si trova a “creare” diritto conformemente alla moralità o, altrimenti, guidato dal suo giudizio morale, come se un diritto previamente esistente fosse stato rivelato da una prova morale per la determinazione del diritto».

Questa descrizione, così lontana dalla distinzione tra diritto e morale, propria di qualsiasi giurista continentale, mette in risalto come il giudice si sentirà chiamato ad esercitare una discrezione giudiziaria creatrice, d'accordo con la propria concezione della moralità, pur se soggetto a qualsivoglia limite impostogli dall'ordinamento giuridico⁷⁹.

Una simile porosità tra diritto e morale non c'è. A mio parere, il problema non è che dobbiamo ricorrere alla morale — in mancanza di diritto —, andando così oltre i limiti di quest'ultimo. Le esigenze etiche, estranee alla giustizia, saranno sempre solo — e niente di meno che — esigenze propriamente morali. Invece, le esigenze di giustizia saranno sempre esigenze giuridiche, più o meno — meglio o peggio — positivizzate. Non è il caso di confonderle⁸⁰. Il diritto non mancherà mai; altra cosa è che i limiti della norma scritta ci concedano più o meno terreno sui cui sostenerlo⁸¹. Quelle che positivizziamo, senz'al-

della politica nel diritto» è «il vero e proprio aspetto distintivo e nuovo della posizione di Dworkin in relazione alla migliore metodologia giuridica contemporanea» (*Questioni di interpretazione*, cit., p. 241).

⁷⁹ Hart, *op. cit.*, pp. 31 e 30.

⁸⁰ A mio giudizio, sembra un sintomo del pericolo di confusione, l'enfasi di R.P. George nel difendere, in onore all'«ecologia morale», la proibizione giuridica del «vizio sessuale non-commerciale» (fornicazione o adulterio), per intenderci, in contrasto, questa volta, con Finnis; la difende affermando che non esiste «un principio rigoroso di giustizia» che l'escluda (*Para hacer mejores a los hombres*, cit., p. 208).

⁸¹ F. d'Agostino sottolinea come «la funzione che le norme compiono all'interno dell'esperienza giuridica sia quella di garantire una specie di “cristallizzazione” delle diverse possibili modalità di relazione interpersonale, per renderle in questo modo più facilmente leggibili da parte di ciascuno e per “canalizzarle”, per così dire» (*op. cit.*, p. 10).

tra discrezionalità che quella dataci dall'agire ragionevole proprio della prudenza, sono esigenze giuridiche che, prive di tale terreno, vagherebbero come anime in pena.

Altra questione è che possano sorgere discrepanze al momento di cogliere il carattere di queste esigenze giuridiche. È quanto accade quando si leggono quelle già presenti nella norma scritta, essendo questa sempre oggetto di interpretazione; la determinazione dei loro confini implica un dialogo cooperativo tra la possibile captazione da parte del legislatore e quella che realizza il giudice. In casi anomali di netta discrepanza, che spingerebbero ad un'applicazione giuridica «*contra legem*», sarà il rispetto per i percorsi procedurali, pretesi dalla stessa giustizia, a vietare al giudice la possibilità di porsi come legislatore, impedendogli di imporre, senza alcuna legittimazione, la sua propria visione del diritto.

11. DALLA FUGA DEL «FORTE» AL DUBBIO DEMIURGICO

Diritto naturale e diritto positivo ci invitano oggi a considerarli come poli animatori di un unico processo di positivizzazione giuridica, che combina l'inevitabile emissione di giudizi di valore con il loro necessario contrasto procedurale. Non deve sorprendere, dunque, che si constati una convergenza crescente tra giusnaturalismo e positivismo giuridico.

Tuttavia, sarebbe eccessivo considerare risolta la vecchia contrapposizione. I confini tra le più recenti reinterpretazioni di San Tommaso ed il positivismo «inclusivo» sembrano continuare a basarsi su due punti di discrepanza. Da un lato, l'ammissione o meno di un *fondamento ontologico* realista in quegli ingredienti etico-materiali imprescindibili per il processo di positivizzazione. Dall'altro, la portata di una considerazione epistemologica cognitivista di tale processo, come autentico «giudizio», frutto dell'esercizio di una *ragion pratica* che rifiuta qualsiasi discrezionalità arbitraria.

Significativo, al riguardo, sarebbe il presunto dilemma tra una «giustificazione relativista» e un'altra «oggettivista» di tali giudizi. Quest'ultima implicherebbe l'esistenza di un fondamento oggettivo, che porterebbe con sé «una certa concezione della giustizia, o del bene comune», nonostante il diritto positivo possa allontanarsi da essa in senso negativo, senza con ciò perdere la propria giuridicità. A ciò si

opporrebbe la tesi della radicale contingenza del diritto positivo, dal punto di vista etico, che porterebbe a riconoscere che non c'è bisogno di conferirgli «alcun contenuto giuridico necessario». Tuttavia, non è da escludere un'«integrazione o estensione del sistema giuridico», prodotta in piena coerenza con il contenuto delle restanti norme, e pertanto «in nessun modo discrezionale, né ancor meno arbitraria»⁸². Sembra che, in fondo, continui a pulsare la radicata fiducia del più classico positivismo nella possibilità di una descrizione del sistema giuridico esistente, che bisognerebbe, poi, «estendere»⁸³.

Il presunto dilemma non sembra essere tale, dal momento che non ci staremmo muovendo nell'ambito della conoscenza — senza dubbio pratica, ma anche, in quanto soggettiva, inevitabilmente relativa — di qualcosa che o rimanda a qualche realtà oggettiva (ovviamente non cosificata⁸⁴) o non sarebbe altro che un assegno in bianco per rivestire di coerenza l'arbitrarietà. A rigor di logica, è discutibile che siano gli stessi principi costituzionali, e non la loro conoscenza, a meritare la qualificazione di «vaghi, generici e, a volte, ambigui»⁸⁵. In particolar modo, perché bisognerebbe considerarli come tali solo in tacita comparazione con altri più chiari, specifici e univoci; cosa che risulta difficile visto che viene scartato qualsiasi punto di riferimento oggettivo.

Ancora una volta, è più chiaro ciò che si rifiuta di ciò che si propone. Viene considerata radicalmente incoerente la «nozione di una “realtà di per sé”, come quella elaborata dal realismo metafisico», visto che potremmo contare solo su «una realtà per noi»⁸⁶; cosa che sembra suggerire che la precedente, puramente autistica, non potrebbe mai essere reale per noi. Si tratta, dunque, di un anatema metafisico che rifiuta qualsiasi tipo di oggettività. Volendo essere coerenti, ciò ci limiterebbe a

⁸² Villa, *op. cit.*, pp. 36, 43, 48 e 61.

⁸³ P. Serna mette in risalto «la scarsa utilità di una scienza giuridica meramente descrittiva che non è nemmeno in condizione di offrire un'immagine completa del sistema che pretende di descrivere», *Sobre el «Inclusive legal positivism»*, in «Persona y Derecho», 2000, n. 43, pp. 131 e 144-146.

⁸⁴ L'impegno nel rifiutare tale codificazione, senza rinunciare a una dimensione ontologica, porta autori come Kaufmann, all'estremo di proporre di farla ruotare intorno a un concetto di persona che sarebbe puramente «relazionale» e non «sostanziale»; si tratta di un tentativo criticato opportunamente da P. Serna, *Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arhtur Kaufmann* in *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Comares, Granada 2003, pp. 237-241.

⁸⁵ Villa, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁶ *Ivi*, p. 74.

conoscere noi stessi e ad uscire dalla conseguente perplessità nell'unico modo possibile: lasciando fare ad una volontà discrezionale e arbitraria quello che la ragione si mostra incapace di offrire. A Kelsen, in qualità di positivista, non tremò il polso; ad altri risultò troppo difficile.

Forse siamo arrivati al nucleo della questione. Il «forte», qualunque sia il suo segno, si è convertito nel politicamente scorretto; così anche qualsiasi «forma forte di cognitivismo», che rimanda ad un'«intuizione fondamentale», come quella pretesa dal «realismo etico»⁸⁷. Di conseguenza, accademicamente corretto sarà non solo fermarsi sul dubbio — puro sintomo di intelligente senso critico —, bensì anche postulare un riferimento reale per questo dubbio, né oggettivo né soggettivo, bensì tutto il contrario. Dobbiamo, dunque, abbracciare un nuovo dubbio demiurgico. Costatare la problematicità pratico-conoscitiva delle soluzioni giuste sarebbe poco. A colpi di intuizioni inconfessate, dobbiamo fabbricarci di nascosto un mondo che, pur non essendo obiettivo, ci serva da terreno per non sprofondare nell'arbitrarietà. Un mondo che in verità non è molto positivista, ma almeno è volontaristicamente ametafisico. Come premio, potremmo convincerci del fatto che non stiamo contrapponendo «in modo vicendevolmente escludente, a un oggettivismo forte un relativismo non meno forte»⁸⁸.

Verrà invocato, a tal fine, un «pluralismo di schemi di rappresentazione della realtà»⁸⁹. Tuttavia, per quanto siano schemi plurali, la realtà a cui rimandano dovrebbe essere la stessa, sebbene ci venga proibito confessarlo. Il dubbio demiurgico ci obbliga, al contrario, ad inventarci una realtà così relativa da risultare suscettibile di conoscenze oggettive sconnesse. La soluzione consisterebbe nel «passaggio da una obiettività metafisica a un'obiettività epistemica», concepita «in termini procedurali e non solo sostanziali», mediante il ricorso a tecniche ed a procedure corrette e appropriate⁹⁰.

⁸⁷ Lo stesso Hart quando, nei suoi ultimi scritti, mette in relazione oggettivismo e realismo, finisce con l'essere vittima della «sindrome dell'oggettivista disilluso». E ciò succederà per avere accettato «una concezione troppo forte di oggettività» (*ivi*, pp. 79 e 85-86).

⁸⁸ *Ivi*, p. 87.

⁸⁹ *Ivi*, pp. 80 e 86-87.

⁹⁰ Villa, *op. cit.*, p. 88. Particolarmente critico rispetto a impostazioni di tal genere, si mostra C.I. Massini, che rifiuta quella che qualifica come «fallacia procedurale», *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM, México 2004, pp. 99 e 120.

12. IL PROCEDURALE COME FALSA ALTERNATIVA

Il problema del proceduralismo è che, a seconda del punto di vista, può lasciare i principi costituzionali senza sostanza; in compenso si recupera l'aspetto più vulnerabile del positivismo giuridico, vale a dire la sua presunta dimensione «tecnica». In questo modo resuscita — anche se in modo incerto — l'aspetto metodologico, quando ormai risultava impossibile chiudere gli occhi di fronte all'ovvietà di questa quotidiana «scelta del metodo»⁹¹ richiesta da esigenze sostanziali. Le tecniche si mostrano corrette o appropriate solo alla luce del risultato, del quale abbiamo pre-compreso il carattere soddisfacente grazie ad intuizioni sulla giustizia. Il procedurale non può essere inteso, dunque, come alternativa sostituiva del sostanziale, bensì come via d'accesso ai contenuti etico-materiali; oppure, in casi estremi, come rimedio teso ad evitare che la difficoltà di un accesso affidabile ad essi condanni alla più crassa arbitrarietà. È ciò che avviene di fronte a situazioni che sono talmente complesse da giudicare, che si è persino invocato, nell'ambito del diritto penale, il «diritto dello Stato di sbagliarsi», quando si decide la detenzione di chi, successivamente, viene dichiarato innocente. Ci troveremmo di fronte all'«inevitabilità di adottare una decisione con un'ignoranza specifica», in un contesto in cui «diminuisce la fiducia nella possibilità di avere accesso alla realtà (teoria della conoscenza), oltre al tramonto della certezza in un diritto naturale (filosofia giuridica o dei valori)». Ciononostante, questa fondazione procedurale continuerebbe ad implicare «un gradino più alto di quello del positivismo». Non pretende di sostituire la verità, bensì — dando

⁹¹ La metodologia giuridica post-savigniana è stata caratterizzata dal «vizio di ovviare la questione fondamentale del perché l'interprete scelga un metodo determinato», dimenticando che «il metodo non è capace di spiegare la scelta del metodo»; al contrario, «il merito dell'ermeneutica giuridica di Josef Esser è quello di aver portato allo scoperto la pre-comprensione, come momento iniziale del comprendere giuridico», fatto che porta «la descrizione del procedimento di ricerca su un piano epistemologicamente maturo», per delineare successivamente «sul piano della metodologia "prescrittiva", una serie di misure che aspirano a rafforzare i controlli di razionalità» (Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación*, cit., pp. 384, 390-391 e 394). Non mi soffermerò su ciò, visto che ho avuto già l'opportunità di trattare l'argomento dell'influenza di Gadamer in Esser o Hruschka, nel 1973, in *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Editora Nacional, Madrid 1973, pp. 44 e ss.; e, successivamente, in *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso Diputados, Madrid 1996, pp. 201 e ss.

per scontata la sua esistenza — ricorre a procedure che «garantiscono, o almeno promettono, giustizia, in accordo con una teoria dei valori, e verità, in accordo con una teoria della conoscenza». Lungi da ogni velleità di sostituzione, «la ricerca della verità o della giustizia viene assicurata attraverso le procedure», così che «la giustificazione procedurale continua a costituire l'eccezione», del tutto provvisoria, mentre la verifica dell'«esistenza di un diritto migliore continua ad essere la regola»⁹².

Nel rapporto tra il piano della costituzionalità e quello della legalità — e, di conseguenza, tra il Tribunale Costituzionale ed il potere legislativo — il «predominio del procedurale» inviterebbe il primo a garantire «non tanto l'identificazione con determinati contenuti concreti», quanto «il rispetto di determinate procedure al momento di arrivare ad essi»; in questo modo verrebbero garantiti «vasti ambiti di decisione al legislativo». Tuttavia non sarà possibile fingere che «senza dubbio, in molti casi sussistono questioni giuridiche che si potranno risolvere solamente ricorrendo a criteri sostanziali»⁹³.

Ancora troppo, dunque, per considerare risolto il dibattito...

(Traduzione dallo spagnolo di Caterina Briguglia)

⁹² W. Hassemer, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Tecnos, Madrid 1997, pp. 35, 38, 41, 42, 44 e 47. Prende così le distanze (pp. 26-27 e 47) dalla teoria del suo maestro, quella dello «spazio libero di diritto», che abbiamo avuto occasione di criticare in *El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann*, in «Persona y Derecho», 2002, n. 47, pp. 310-324. F. Viola, quando ricorda che «le procedure giuridiche debbono rispettare certe condizioni di correttezza», parla di un «diritto naturale procedurale», presente nella valutazione di aspetti così decisivi come le esigenze del «giusto processo»; «ancora una volta il diritto naturale si presenta come una componente essenziale della definizione del diritto positivo» (Viola-Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 116).

⁹³ Hassemer, *Control de constitucionalidad*, cit., pp. 131-132. Troviamo affermazioni simili successivamente in *Konstitutionelle Demokratie*, cit., p. 1330.

Ars **Interpretandi**

Annuario di ermeneutica giuridica

11

2006

MUTAMENTI DEI SISTEMI GIURIDICI E GLOBALIZZAZIONE



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2006