

# Le crisi del positivismo giuridico (\*)

## I paradossi teorici di una « routine » pratica

SOMMARIO: 1. I paradossi di un diritto senza morale. *a)* Dalla razionalità alla arbitrarietà identificabile; *b)* nel testo normativo non è posto il diritto; *c)* legittimazione politica alteratrice del processo di positivizzazione. — 2. La paradossale sicurezza dell'incertezza. *a)* Fare giustizia o sapere cosa si riterrà giusto; *b)* dal positivismo indesiderabile al positivismo impraticabile; *c)* non c'è un « sovrano istantaneo ». — 3. Essere e dovere. Una invincibile affinità. *a)* Due scienze positive del diritto contraddittorie; *b)* essere e dovere, sempre inscindibilmente uniti; *c)* la cosa giudicata come arbitrarietà incontrollata. — 4. Diritto positivo e legalità storica. *a)* Un metodologia antistorica; *b)* relativismo morale e giusnaturalismo criptico; *c)* aspirazioni progressiste e dispotismo illuminato. — 5. Lavoro giudiziario. Metodo tecnico o discrezionalità politica. *a)* Meccanismi tecnici senza momento creativo; *b)* colui che la applica stabilisce cosa dice la norma; *c)* una inevitabile discrezionalità. — 6. Normativismo positivista e principi giuridici. *a)* La logica come veste argomentativa della tecnologia; *b)* protagonismo pratico dei principi e rilevanza teorica delle norme; *c)* la polemica politica sull'attivismo giudiziario. — 7. Tra volontarismo arbitrario e prudenza ragionevole. *a)* La tecnica giuridica come ideologia; *b)* riabilitare la ragione pratica; *c)* senza buone ragioni non c'è democrazia. — 8. Non c'è diritto naturale senza democrazia, non c'è democrazia senza diritto naturale. *a)* Quale relativismo? *b)* diritto naturale e processo di positivizzazione; *c)* laicismo confessionale ed antidemocratico.

La mera individuazione di quel « positivismo giuridico la cui crisi si vorrebbe sottoporre a studio appare piuttosto problematica. I « posi-

---

(\*) Relazione svolta dal Prof. Andrés Ollero dell'Università di Granada, in occasione del Colloquio internazionale dei Giuristi Cattolici svoltosi a Roma dal 10 al 13 gennaio 1991 sul tema « Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo ».

tivismi giuridici », a seconda di come si presentano, potrebbero essere classificati come (1):

a) proiezione giuridica delle teorie positiviste *della conoscenza e*, quindi, della scienza;

b) tentativo di delimitazione dell'oggetto del sapere giuridico (la *realtà giuridica* quindi) riducendolo a diritto;

c) espressione di una *opzione etico-politica* che considera tutto quello che è giuridico non come un peculiare contenuto etico-materiale, bensì come un insieme di norme che viene identificato grazie ad elementi formali e che è vincolato ad un determinato concetto di sovranità politica e, addirittura, della sua legittimazione democratica (2).

Sebbene il terzo approccio possa apparire come una conseguenza teorica dei due precedenti, sia dal punto di vista pratico che da quello teorico, finirà spesso per agire da punto di partenza.

Non è possibile far ruotare degli ingredienti così disparati intorno ad un asse preciso senza alterare i profili di molte delle sue variabili. Fatte salve tali peculiarità, si possono comunque individuare nel « positivismo giuridico » una serie di elementi collegati tra loro da una reciproca sintonia logica, storica e culturale. Tali elementi diventano rilevanti per dare risalto ai paradossi di una teoria estremamente problematica, che viene sostenuta — spesso in maniera irriflessiva ed abitudinaria — solo grazie ad un certo contesto culturale ed etico-politico.

Tra questi elementi ne abbiamo selezionati otto:

1) Viene stabilita una netta frontiera tra *morale e diritto*, frontiera che si consolida grazie all'abisso epistemologico tra *essere e dovere*.

2) Sostituzione della ricerca della giustizia, con il suo contenuto inevitabilmente aleatorio, con l'ottenimento di una certezza che garantisce la sicurezza delle aspettative individuali.

---

(1) Tale triplice approccio ricorda quello difeso da N. BOBBIO in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, nel volume avento lo stesso titolo, Milano 1965, pp. 133-134.

(2) Significativa al riguardo la posizione di U. SCARPELLI in *Cos'è il positivismo giuridico?* Milano 1965, pp. 49, 92 e soprattutto, da 145 a 153. H. Kelsen, invece, sottolinea proprio le due prime prospettive e colloca la terza al margine delle impostazioni scientifiche: *Was ist juristischer Positivismus?* « Juristenzeitung » 1965 (XX), p. 465.

3) Elaborazione di una *scienza* positiva del diritto per riscattarlo da un'etica di discutibile razionalità.

4) Recupero della *storicità* del giuridico contro le astrazioni attribuite al giusnaturalismo.

5) Impostazione di un dualismo tra *attività politica* pregiuridica ed applicazione strettamente *tecnica* del diritto positivo (elaborato all'interno del diritto codificato, mediante la distinzione *lege lata/lege ferenda*).

6) Eliminazione di ogni ricorso al meta-giuridico attraverso l'ottenimento di una *pienezza dell'ordinamento giuridico concepito come un sistema unitario*.

7) Abbandono dell'attività giuridica quale esercizio prudenziale della *ragione pratica* per intenderla come applicazione dei dettami di una *volontà legittima*.

8) Neutralizzazione del giuoco dei poteri sociali *fattuali* garantendo la esclusiva sovranità della legittima *autorità politica*.

L'ottenimento di una simile molteplicità di obiettivi finisce per imbattersi in una difficoltà comune: una determinata concezione del linguaggio e della sua funzione nell'ambito della dinamica giuridica. Il diritto si serve del linguaggio. La scarsa impermeabilità del suo tessuto finisce per distruggere il carattere delimitante che sembra essere il tratto comune a tutti gli obiettivi perseguiti; forse perché bisognerebbe andare ancora più in là. Il diritto non solo si serve del linguaggio ma si comporta esso stesso come linguaggio <sup>(3)</sup>. Ecco quindi il suo duplice sforzo di scoprire-conferire un senso latente ai rapporti sociali, il peculiare dinamismo storico interpretativo del suo raffrontarsi alla realtà e la plasticità pragmatica e multi-forme delle sue formule. I « positivismi giuridici » ruotano intorno ad un doppio asse: un peculiare rapporto tra teoria e prassi — in cui la seconda viene subordinata alla prima in maniera applicativa — ed una dimensione puramente strumentale del linguaggio cui si attribuisce una impossibile asepsi.

---

<sup>(3)</sup> Su questo argomento v. A. KAUFMANN *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik* in « Festschrift für K.u English zum 70. Geburtstag », Francoforte 1969, pp. 243-273 e, soprattutto, 265. Cfr. su questo problema, dello stesso autore *Dal giustnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica* « Rivista internazionale di Filosofia del Diritto » 1973(4), pp. 72-722 e, soprattutto, 718.

A prescindere dai paradossi teorici cui dà luogo ciascuno di questi ingredienti, basta accennare alle implicazioni pratiche che nascono dalla loro negazione per azzardare l'ipotesi che, se si invoca il « positivismo giuridico », questo finirà per continuare a trasformarsi in eterna « routine ».

### 1. *I paradossi di un diritto senza morale.*

La separazione tra *diritto e morale* — chiave distintiva del positivismo anglosassone — viene intesa come netto confine tra quello che realmente è il diritto, in luogo ed in un momento determinato, e quello che ognuno pensa *debba essere*.

#### 1a. *Dalla razionalità alla arbitrarietà identificabile.*

Una teoria positivista della conoscenza respinge il *deficit di razionalità* che comporterebbe l'ammissione di un condizionamento « morale » del diritto in conseguenza della eterea definizione di tali proposte. L'identificazione del diritto positivo con il diritto scritto riflette l'ansia di considerarlo posto in modo nitido e compiuto. Il tentativo entra in crisi quando si constata che solo a partire da talune prospettive su quello che deve o non deve essere si arriva a leggere quello che il diritto è. La norma non ha un senso chiuso, nettamente oggettivato nel testo. Questo risulta intelligibile solo al di fuori o al di sotto della sua lettera.

Se si accondiscende a un desiderio di razionalità a tutti i costi ci si trova di fronte ad un difficile dilemma. Dovremmo collocare il senso del testo (quello che è diritto) nel suo « spirito » e non nella sua lettera, il che ci porterebbe a postulare la razionalità dello *spiritismo*. KELSEN respinge un così scomodo paradosso abbracciandone un altro: il trattamento razionale del diritto esige che si ammetta che la norma non ha alcun contenuto razionale; non comporta un senso che possa essere apprezzato mediante un giudizio. La norma non ci « dice » cosa sia il diritto ma contiene piuttosto una autorizzazione perché il diritto possa essere quello che qualcuno, da essa legittimato, « voglia » che sia <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> H. KELSEN *Reine Rechtslehre* Wien 1960 (le citazioni seguono la ristampa del 1967), pp. 20 e 241.

Paradossalmente, dal rifiuto della proposta morale, per esigenze di *razionalità*, si passa ad un diritto scritto, inteso come *arbitrarietà identificabile*.

1b. *Nel testo normativo non è posto il diritto.*

Anche se ci limitiamo a riconoscere la giuridicità delle norme positive, bisogna ammettere che *nel testo normativo non è ancora posto il diritto*. C'è paradossalmente, una proposta a che il lettore lo interpreti in un contesto valutativo.

Non si tratta solo di ammettere che in tutti i diritti ci sono elementi « morali » cristallizzati a partire dal momento in cui è stata posta la norma. A fronte di questo arcaico « originalismo », bisogna riconoscere un continuo fluire di valutazioni « morali », che contribuiscono allo sviluppo storico del senso della norma.

Più oltre bisognerà chiedersi se si tratta, di valutazioni propriamente « giuridiche » in senso stretto o no. KELSEN preferisce negare alla norma un contenuto preciso e ritiene che il diritto sia l'oggetto di *una posizione a catena*, priva di qualsiasi unitarietà di senso. Se nella più recente teoria della scienza si tende ad abbandonare la ricerca di una « razionalità istantanea », KELSEN aveva già abbandonato da tempo la « positività istantanea » <sup>(5)</sup> che essa richiede.

1c. *Legittimazione politica alteratrice del processo di positivizzazione.*

La separazione tra morale e diritto comporta il rifiuto di una autorità (fonte o magistero sociale autorizzato) di carattere morale parallela alle fonti del diritto vincolate al sovrano politico con cui

---

<sup>(5)</sup> Al riguardo v. il nostro lavoro *Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht* in *Philosophy of Law in the History of Human Thought* (ed. S. Panou ed altri), Stoccarda 1988, pp. 150 e ss., soprattutto 151. (La versione originale in spagnolo è stata pubblicata in « Anuario de Filosofía del Derecho », Madrid 1985, pp. 285 e ss. soprattutto 287).

entrerebbe in antagonismo. Anche se ciò può apparire una conseguenza teorica di quanto precede, ci troviamo in realtà dinnanzi al motore pratico del mantenimento abitudinario di tali premesse. Ci imbattiamo nuovamente nel paradosso, quando constatiamo che un simile problema politico compare, proprio in conseguenza della scissione, stabilita teoricamente, tra il mondo dell'essere e quello del dovere, che porta alla postulazione di fonti e di istanze sovrane contrapposte.

Bisognerebbe spostare al giuoco essere-dover essere, che è inseparabile da tutte le dinamiche giuridiche reali, gli schemi della legittimazione politica della creazione del diritto, invece di confinarli solamente in uno dei due poli.

Proprio nel momento in cui si ritiene che le valutazioni « morali » siano estranee all'ambito giuridico si riduce a marginale, per principio, la questione del fondamento della loro possibile legittimazione politica. Invece di vedere come e quando sarebbero politicamente legittime tali valutazioni — sempre presenti nel processo di realizzazione del diritto — si stabilisce che, essendo illegittime per principio, non devono esistere, a prescindere dalla loro effettività.

Il *modello di legittimazione politica* della creazione del diritto è condannato al paradosso nel momento in cui la *alterazione del processo reale di positivizzazione del diritto* viene trasformata in condizione per il suo funzionamento.

## 2. *La paradossale sicurezza dell'incertezza.*

L'affermazione secondo cui il positivismo giuridico comporta una sostituzione di valori, mettendo la *sicurezza al posto della giustizia*, in una posizione predominante, richiede qualche precisazione.

### 2a. *Fare giustizia o sapere cosa si riterrà giusto.*

Per una teoria positivista della conoscenza, a proprio fondamento vi sarebbe proprio l'impossibilità di pervenire ad un concetto razionale della giustizia.

È quel che accade — quasi archetipicamente — nella

posizione di Kelsen. Non sembra però essere questo il caso di altre figure come quella di Bentham, che non è eliminabile dalle fila del pensiero anglosassone. Tuttavia la difficoltà è solo apparente. Bentham, in effetti, sottoscrive la possibilità di una trattazione razionale dell'etica fino al punto di considerarla una « aritmetica morale » ma, fedele alla separazione positivista tra essere e dovere, colloca la teoria utilitaristica della giustizia ad un livello pregiuridico, come « scienza della legislazione »; funzione della scienza giuridica sarebbe quella di assicurare l'obbedienza al codice, attraverso cui essa deve diventare diritto.

Anche quando si ammette una etica razionale su base empirica, capace di favorire la libera critica della legge, compito specifico del giurista sarebbe quello di una puntuale obbedienza <sup>(6)</sup>. Si è assistito ad un analogo giuoco tra giustizia razionale pre-giuridica e sicura obbedienza al diritto positivo da parte dei codificatori continentali che hanno positivizzato il giusnaturalismo razionalista. In ogni caso, sia che si consideri irrazionale la giustizia sia che la si collochi ai margini del diritto, al diritto non spetterebbe, in realtà, il *fare giustizia*, bensì permettere al cittadino di sapere a cosa attenersi, di *sapere* in anticipo cosa verrà *ritenuto giusto*.

## 2b. *Dal positivismo indesiderabile al positivismo impraticabile.*

Il fallimento della « positività istantanea » — che permetterebbe di stabilire quando inizia o cessa di essere positivo un contenuto normativo — provoca la crisi del modello. Si teme che gli appelli alla giustizia, se si trascura il diritto posto e si opta per una critica che ne propone la sostituzione, conducano alla arbitrarietà. Però nessuna arbitrarietà va respinta tanto quanto quella che si camuffa sotto le apparenze di una fittizia sicurezza.

Un diritto positivo, il cui contenuto sia semplicemente proposto, non può offrire molto di più all'attesa della lettura valutativa che gli « dà » senso (ovvero che *capta* ciò che dal testo deriva in un contesto storico in mutamento). Se sicurezza equivale a non retroattività, la storicità della interpretazione

---

<sup>(6)</sup> J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, Prefazione (edito insieme a *A Comment on the Commentaries* di J.H. Burns e H.L.A. Hart, Londra 1977), p. 399.

giuridica la renderà impossibile, per quanto la si consideri auspicabile (7).

Il *positivismo* giuridico entra in crisi non tanto quando viene considerato indesiderabile — come è accaduto nell'ultimo dopoguerra — ma piuttosto quando se ne rileva la impraticabilità nella prassi. Se si considera non desiderabile la sostituzione della sicurezza alla giustizia, il diritto positivo, paradossalmente, non è in condizioni di garantirla nella misura voluta.

2c. *Non c'è un « sovrano istantaneo ».*

Se si considera — alla HOBBS — che è giusto quello che il sovrano ordina, per il semplice fatto che egli lo ha ordinato, la giustizia continua ad essere in apparenza l'indiscutibile valore supremo; se ne modificherebbe solo il contenuto o la fonte da cui deriva. In realtà non è così. Lo stesso HOBBS distingue tra morale e diritto ricordando che i consigli della prima valgono in virtù del loro contenuto ragionevole, mentre i mandati del secondo vengono eseguiti perché provengono da una volontà sovrana, indipendentemente dal loro contenuto. Ciò non vuol dire che abbiamo cambiato teoria della giustizia, dato che questa continua a mantenere il suo primato; visto che si tratta di una giustizia senza contenuto, si limita ad offrire un sapere cui attenersi se si assicura una ubbidienza generale a ciò che il sovrano ritenga giusto. Cercare di beneficiare della sicurezza senza rinunciare a che ci venga fatta giustizia sarebbe chiedere troppo (8).

Se quello che si vuole attraverso l'opzione etico-politica per la sicurezza è garantire al cittadino che la sua condotta sarà condizionata solo da quello che vuole il sovrano, liberandolo da proposte polemiche, la crisi di questo tentativo risulta evidente. Non esiste né un *sovrano istantaneo* né un sovrano unipersonale. Questo apre la strada, paradossalmente, ad una molteplicità di *teorie della giustizia* che orienteranno aleatoriamente la progressiva positivizzazione del giuridico.

---

(7) Cfr. il nostro lavoro già citato, alla nota (5), pp. 153 e 295 rispettivamente delle suddette edizioni.

(8) T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, ed. di T. Ascarelli, Milano 1960, p. 86.

### 3. *Essere e dovere. Una invincibile affinità.*

Il vivo desiderio di pervenire all'elaborazione di una *scienza positiva del diritto* sembra riconnesso alla filosofia positivista, archetipicamente riassunta nella visione comtiana della storia. La magia teologica e la pseudo-saggezza metafisica devono cedere il passo alla scienza positiva <sup>(9)</sup>. Liberato dalla credulità e dalla frode, lo studio dei fenomeni sociali (diritto compreso) ci consentirà di razionalizzare la convivenza umana con risultati pratici non meno spettacolari di quelli conseguiti nel mondo fisico. La rivoluzione tecnologica avrà sempre per compagna, superati gli oscurantismi, la rigenerazione sociale.

#### 3a. *Due scienze positive del diritto contraddittorie.*

La proiezione della teoria positivista della scienza nell'ambito del diritto ci condurrà, ancora una volta, al paradosso. Se questa teoria della conoscenza finisce per costruire una peculiare realtà a suo uso e consumo, è sorprendente che, in ambito giuridico, in conseguenza del forzato abisso tra essere/dovere, finisca per costruirne due ...

KELSEN — indubbiamente il più ambizioso e coerente teorico di una *scienza positiva* del diritto — opta per la collocazione della realtà giuridica nel mondo del *dovere*.

Se ci è consentito il bisticcio, il diritto che è (che deve, per l'ortodossia positivista, svincolarsi da qualsiasi considerazione su ciò che il diritto debba essere) consiste in un dovere peculiare. Ciò che gli dà coesione come ordinamento non è il contenuto delle sue norme (come accade negli « statici » sistemi morali) bensì una semplice connessione formale che

---

<sup>(9)</sup> Per K. OLIVECRONA la norma, così come viene intesa da Kelsen, stabilisce un « rapporto mistico » tra i fatti. « Una volta Kelsen ha dichiarato, esplicitamente, che questo, in realtà è il 'Gran Mistero'; questo è parlare chiaramente: è un mistero e sempre lo sarà », *Law as Fact*, 1939 (abbiamo seguito nella citazione l'edizione in spagnolo: *El derecho como hecho*, Buenos Aires 1959), p. 10. Più tardi, dopo aver segnalato la difficoltà di fare una distinzione tra giusnaturalisti e positivisti, finirà per proporre l'abbandono del termine « diritto positivo », cfr. *Law as Fact*, 1971 (abbiamo seguito, nella citazione, l'edizione in spagnolo: *La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcellona 1980) pp. 43 e 78. Per A. ROSS la concezione kelseniana dell'ordinamento come sistema basato su di una norma fondamentale è una « falsa idealizzazione » che fa inevitabilmente ricorso a « vuote tautologie »: cfr. *Toward a realist Jurisprudence*, 1946 (abbiamo seguito, nella citazione, l'edizione in spagnolo: *Hacia una ciencia realista del derecho*, Buenos Aires 1961), p. 115.

incatena gli atti di volontà concedendo loro un senso normativo (ossia trasformandoli da essere fattuale in dovere normativo).

La critica dei « realisti » scandinavi a questa prospettiva appare indubbiamente paradossale. Per loro la teoria kelseniana è pura metafisica dato che volta le spalle all'empirismo che deve caratterizzare tutte le scienze positive. Il suo falso positivismo sarebbe così perturbatore da finire per rendere inutilizzabile un termine così prestigioso.

I « realisti » hanno optato per la scienza positiva come *scienza dei fatti* (giuridici, in questo caso). Ma in tal modo se dobbiamo credere a KELSEN, finiranno per elaborare una scienza tanto positiva quanto poco giuridica. Una scienza che in realtà non si occuperebbe del diritto (situato nel mondo del dovere) ma di taluni fatti che avvengono nella vita sociale parallelamente a quelle norme capaci (in virtù di una proprietà analoga a quella di re Mida) di attribuir loro senso giuridico. La loro presunta scienza del diritto è, piuttosto, una sociologia para-giuridica.

Il positivismo giuridico, nella sua ansia di progettare una *scienza positiva del diritto* finisce per dar luogo a due teorie contraddittorie, ossia a nessuna...

### 3b. *Essere e dovere, sempre inscindibilmente uniti.*

Le due concezioni del diritto positivo, sempre nell'ambito positivista, rimandano a due opposti approcci sul quando e sul *come si pone il diritto*.

Per KELSEN, la connessione formale del sistema giuridico « dinamico », riconosce il senso oggettivo di norma giuridica a determinati atti di volontà sempre che l'ordinamento abbia, nel suo insieme, un *minimo di efficacia*. I realisti osservano, senza sorprendersi, come un elemento meramente fattuale si converta in *conditio sine qua non* della validità <sup>(10)</sup>. Essere e dovere sembrano identificati, sebbene la ortodos-

---

<sup>(10)</sup> Per A. Ross « risulta chiaro che, in realtà, l'effettività è il criterio del diritto positivo » che la norma fondamentale « svolge solamente la funzione di conferirgli 'la validità' richiesta dall'interpretazione metafisica della coscienza giuridica », *On Law and Justice* 1958 (nella citazione abbiamo seguito l'edizione in spagnolo su: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires 1963), p. 69.

sia positivista kelseniana spinga a considerarli semplicemente contingui.

Per gli scandinavi il diritto segue il ritmo dei fluidi comportamenti sociali. Solo « ex post facto » è possibile constatare la positività giuridica; ciò crea uno strano paradosso dato che il diritto — per definizione — aspira al governo del futuro e non alla stesura di verbali del passato. È fondamentale poter identificare le norme giuridico-positive senza aspettare di fare bilanci su quello che la società ha deciso di considerare come diritto positivo.

Gli empiristi, da parte loro, devono riconoscere — in quanto realisti — che affinché il semplice valore fattuale di una norma si converta in validità giuridica deve entrare in giuoco una condotta peculiare: *l'ubbidienza disinteressata* di colui che agisce compiendo un dovere <sup>(11)</sup>. Adesso è KELSEN ad osservare, compiaciuto, come i fatti si debbano basare (o, con obbligato eufemismo, mantenere prossimi) a elementi metafattuali, che erano precipitosamente stati respinti come metafisici.

La doppia versione del positivismo giuridico finisce per insinuare, paradossalmente, che *essere e dovere finiscono sempre per essere inscindibilmente uniti*, indipendentemente dalla variabile di positivizzazione giuridica per la quale si opti.

### 3c. *La cosa giudicata come arbitrarietà incontrollata.*

Tutto questo ci porta piuttosto lontano dall'esistenza di una volontà sovrana che emana per scritto i mandati destinati ad essere applicati con eleganza tecnica.

KELSEN sembra rispettare il modello visto che presenta la norma come atto di volontà condizionato da un'altra norma. Ma si tratta di un miraggio. Non si limita a sostituire un sistema etico-materiale (« statico ») con un altro formale e procedurale (« dinamico »). Questo porterebbe a sostituire il diritto come esigenza di giustizia con il diritto come arbitrarietà controllata. Per KELSEN le norme giuridiche non rendono applicabili contenuti diversi; in realtà non viene « applicato »

---

<sup>(11)</sup> A. Ross *Hacia una ciencia realista del derecho*, nota (9), pp. 89-90.

alcun contenuto perché ciò richiederebbe ammettere che si parte da un *giudizio* su quello che la norma dice, per aggiungere poi un applicativo atto di *volontà*. Per Kelsen la norma non dice nulla; vuole — o meglio — dà la facoltà di volere. Per quanto si voglia inquadrare la norma come ambito che rende possibili futuri atti di volontà con senso normativo, non è possibile chiedersi — coerentemente — cosa vuol dire la norma, ossia quali siano gli atti di volontà che sarebbe disposta a suffragare.

Sebbene l'inquadramento teorico sembri invitare ad aderire ad un debole cognitivismo, che permetterebbe di descrivere scientificamente il contenuto della norma, la dinamica giuridica — che costringe a rimettersi all'efficacia — finisce coll'obbligare a considerare il diritto come un atto di volontà che viene realizzato al di fuori del campo descritto scientificamente (12). Il giudizio scientifico verrebbe falsato dalla pratica stessa del diritto che è capace di dimostrare che — di fatto — la norma non afferma quello che sembra affermare o che finisce per dire più di quello che vuole dire. Il diritto come arbitrarietà controllata ci porta ad un nuovo paradosso: quel controllo è, a suo volta, arbitrario. Una volta che il giudizio venga espulso dall'ambito della dinamica giuridica, la « *cosa giudicata* » non sarebbe altro che una *incontrollata arbitrarietà finale*.

I realisti si allontanano ancora di più dal modello. La volontà del sovrano pagherà col rogo il suo delirio metafisico (13). Non c'è volontà con un contenuto preciso ed applicabile. Ciò è concepibile solo nei positivismi codificatori (di radice parallela razional-giusnaturalista o empirico-utilitarista) che portano in sé il germe del cognitivismo etico da cui hanno tratto origine. Il diritto sembra funzionare per *arti magiche*, ma la scienza positiva illustra il funzionamento reale di una *macchina sociale* soggetta ad una peculiare causalità. Il presunto sovrano non è altro che un antropomorfismo magico, che attribuisce personalità mistica ad un processo meccanico insufficientemente conosciuto (14). Approfondendo il funziona-

---

(12) H. Kelsen *Reine Rechtslehre*, nota (4), p. 352.

(13) Su questo argomento cfr. K. OLIVECRONA, *The Will of Sovereign. Some Reflections on Bentham's Concept of 'A law'* in « *The American Journal of Jurisprudence* » 1975 (20), pp. 95-111 e le sue critiche a questo aspetto della teoria kelseniana in *La estructura del ordinamiento jurídico*, nota (9), pp. 76-77.

(14) K. OLIVECRONA *El derecho como hecho*, nota (9), pp. 38-41.

mento di questa macchina arriviamo, ancora una volta al paradosso. La scienza positiva ci rivela che la macchina giuridica funziona grazie al fatto che i cittadini non sono sufficientemente scientifici da sapere come funziona. Senza la loro infondata convinzione che devono fare questo o quello, il diritto finirebbe per perdere validità. La scienza del diritto, quindi, ci offre una paradossale scoperta: *il diritto funziona solo a colpi di ignoranza sociale*. Se tutti i cittadini comprendessero che la norma giuridica è solo l'espressione di una routine avrebbero un solo motivo di ubbidienza, tanto interessato quanto problematico: l'invito di Olivecrona a non mettere in pericolo il regolare funzionamento di un meccanismo ad orologeria la cui ricostruzione potrebbe finire per diventare impossibile (15).

#### 4. *Diritto positivo e legalità storica.*

L'invocazione alla positività è sempre venata da un tono di rimprovero: del fisico contro il metafisico, dell'empirico contro l'immaginario, del concreto contro l'astratto e — soprattutto — del fluire storico contro il cieco afferrarsi ad un passato immobile.

##### 4a. *Una metodologia antistorica.*

Nell'ambito filosofico COMTE è tutto un sintomo della parentela tra *teorizzazione positivista e filosofia della storia*.

Nell'ambito giuridico sarà SAVIGNY ad abbinare scienza del diritto positivo e argomentazione storica. In tal modo SAVIGNY apre la via a nuovi paradossi. Egli è ovviamente convinto che sia diritto solo il diritto posto. Dato che la positività del diritto è un prodotto storico, il sapere giuridico deve essere concepito come una scienza storica del diritto (16), in contrasto con le

---

(15) Così finisce il contributo di K. OLIVECRONA nel volume in omaggio a Roscoe Pound (*Interpretations of Modern Legal Philosophies* New York 1947, anch'esso intitolato *Law as Fact* (nella citazione abbiamo seguito l'edizione in spagnolo inclusa nel volume collettivo *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956), p. 240.

(16) In chiara contrapposizione all'etichetta « diritto naturale » in *Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1815 (in *Vermischte Schriften* Aalen 1968, t.1), pp. 108-109. Dell'evoluzione del suo pensiero ci siamo occupati in *Savigny: el legalismo aplazado*, incluso nel volume della « Revista de Ciencias Sociales » (Valparaiso) dedicato a *Savigny y la ciencia del derecho*, 1979 (14/2), pp. 543-586.

astrazioni del giusnaturalismo razionalista. La mordace critica che i suoi epigoni riceveranno da IHERING non è che una anticipazione di una paradossale constatazione: la teoria positivista della scienza del diritto spinge inevitabilmente ad inquadramenti antistorici della realtà giuridica.

SAVIGNY intendeva il diritto come una *realità* nel contempo *oggettiva ed evolutiva*. Il diritto aveva un contenuto ben lontano dalla arbitrarietà <sup>(17)</sup> formalmente legittimata o dalla semplice routine fattuale estranea ad una *opinio iuris*. L'enfasi andrà sulla storicità evolutiva di tale contenuto. Dal punto di vista della *intuizione ontologica* tale inquadramento risultava particolarmente felice. La sua tragedia è stata il volerle applicare una *metodologia* radicalmente *antistorica* a partire dalla quale sarebbe stato messo in crisi a causa della promiscuità tra essere e dovere insita nel suo « organicismo ».

In KELSEN questa evoluzione organica è sostituita da un puro *cambiamento aleatorio*. Il diritto è un sistema « dinamico » <sup>(18)</sup>, in contrasto con la fissità statica da lui attribuita ai sistemi morali; però tale dinamismo non rispecchia lo spiegamento storico di una realtà obiettiva bensì il puro succedersi di arbitrari atti di volontà radicati su di un supporto formale comune. Fuggendo dalla fotografia fissa, non va oltre un rullo di diapositive che si limita ad offrire una sequenza di immagini più o meno coerente. Il positivista deve riconoscere che il diritto è un peculiare atto di volontà e smetterla con le storie.

I realisti adempiono alla consegna comtiana a modo loro. Condividono la sua considerazione di ciò che è giuridico come un fenomeno ulteriore rispetto alla fattualità sociale. Riten- gono che il sapere positivo capace di spiegarlo debba essere sociologico, ma la loro proposta di *scienza sociale*, prescinde almeno esplicitamente, da ogni *filosofia della storia*. Constatano che il diritto si « muove », rinunciando a capire verso dove. A partire da angolazioni « alternative » di scienza sociale, si suggerirà che la constatazione di tale movimento è comunque un modo, tanto efficace quanto interessato, di mantenere lo *statu quo* contro la storia.

---

<sup>(17)</sup> F.C. v. SAVIGNY *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. II, Heidelberg 1814 (le citazioni seguono l'edizione in spagnolo inserita nel volume *La Codificación*, Madrid 1970), p. 58.

<sup>(18)</sup> H. KELSEN *Reine Rechtslehre*, nota (4), pp. 198 e ss.

#### 4b. *Relativismo morale e giusnaturalismo criptico.*

Il positivismo insiste sulla necessità di occuparsi del *diritto positivo* negando carattere giuridico a tutti i presunti rivali situati al di fuori della *realtà sociale*. La storicità di quest'ultima, tuttavia, farà diventare problematica questa promessa di unione indissolubile.

Se diritto e realtà sociale si identificano, nasce un dilemma paradossale. O il diritto — così come la realtà sociale — è pura fattualità (e con ciò viene scambiata la sua funzione normativa con un'altra puramente riproduttiva) oppure il diritto trova nella realtà sociale la fonte della chiave normativa che gli dà un senso. Se tale chiave fosse aleatoria non vi sarebbe una gran differenza tra il diritto e la roulette; se la realtà sociale racchiude in se stessa chiavi obiettive, la sua descrizione si erge a norma nascosta e la sociologia degenera in sociologismo.

Questo è stato molto spesso il risultato. Lo sfasamento tra storicità sociale ed esigenze di sicurezza giuridica sostituiscono il discorso del diritto *come* realtà sociale con l'esigenza che le sue norme si adattino continuamente *a* tale realtà. Quest'ultima sarebbe autentica depositaria del senso del diritto.

Il *sociologismo* diventa giusnaturalismo inconfessato se in ogni momento storico la realtà sociale impone una risposta obbligatoriamente adeguata.

Quando a partire da un punto di vista « critico » si sa già in anticipo come la storia va a finire sorge quel peculiare « giusnaturalismo » che invita ad un uso alternativo del diritto. Il sociologista che, rifiutandosi di scrutare il futuro, si considera abilitato a decifrare il presente, finisce per introdurre nel presente la sua personale teoria della giustizia, sebbene la sua opzione per l'opportunismo lo sollevi da responsabilità.

Il positivismo che veniva presentato come espressione del *relativismo morale* finisce per instaurare paradossalmente un *giusnaturalismo criptico*.

#### 4c. *Aspirazioni progressiste e dispotimo illuminato.*

Una volta trovato l'accordo sul fatto che la norma giuridica si deve applicare in ogni momento secondo « la realtà sociale » del momento,

sorge il problema di chi sia colui al quale spetti la *interpretazione autentica* di quella nascosta *normatività sociale* che — offrendosi come criterio interpretativo della normatività giuridica — finisce in realtà per sostituirla. È ovvio che gli schemi di legittimità politica offrivano un appoggio al testo normativo, ma questa è solo una parte del necessario alla legittimazione dal momento in cui questa ha cessato di essere la padrona del suo significato.

Se chiediamo al sociologo di risponderci lo mettiamo in una situazione pericolosa e imbarazzante. Se è un tipo rigoroso può declinare l'incarico; difficilmente potrà dire al giurista quale « realtà sociale » debba servire da criterio interpretativo della norma. La sua funzione è piuttosto quella di descrivere che cosa il giurista — nel momento in cui realizza la sua funzione interpretativa — consideri di norma come realtà sociale. Può per contro, investire — in maniera più o meno evidente — come interprete sociale autorizzato un determinato gruppo di opinione, diventando così, di fatto, portatore di poteri non legittimati.

In questo modo si viene a consumare un nuovo paradosso. La presunta fedeltà del positivismo ai meccanismi di legittimazione politica (ovviamente democratica) si vede spiazzata dall'*aspirazione* « *progressista* » che l'accompagna e trova la sua formulazione archetipa nella versione comtiana (19).

Dinnanzi al giusnaturalismo come filosofia reazionaria della storia impegnata a conservare un imperfetto passato, il positivismo progressista, nella sua aspirazione ad anticipare il futuro, rileva con impazienza che, giorno dopo giorno, la *norma giuridica* rimane sempre *indietro*. Adattare la norma giuridica alla realtà sociale equivarrebbe a farla arrivare dove il suo creatore — all'origine timorato o divenuto arcaico — non era riuscito a giungere.

L'appello alla realtà storica si trasforma così nella più efficace delle

---

(19) Già nella seconda pagina del suo *Cours de philosophie positive*, 1830, rileva che per spiegarne la vera natura è indispensabile dare in primo luogo una occhiata generale alla marcia « progressiva » dello spirito umano. Due pagine dopo si riferisce alla « perfezione del sistema positivo, verso cui tende incessantemente » (le citazioni seguono la riproduzione anastatica di Parigi, 1968-1969, t.1).

strategie per un *dispotismo illuminato*. Non solo siamo passati dal relativismo morale alla proposta di doverosa inadempienza ma abbiamo anche messo da parte le forme di legittimazione democratica, attribuendo ad un gruppo minoritario (gli dei sono avari quando concedono le conoscenze) il diritto di discernere tra i fatti i germi del futuro ed i cadaveri del passato.

5. *Lavoro giudiziario. Metodo tecnico o discrezionalità politica.*

L'ansioso desiderio di stabilire una netta separazione tra attività politica e attività giuridica — tra *dibattito valutativo pre-giuridico* e *maneggio* rigorosamente *tecnico* del *diritto posto* — non solo esprime il terzo approccio proposto, ma si riattacca ai due precedenti. Servirebbe a poco incentrare tutta l'attenzione scientifica sul diritto posto, se nel suo dinamico dispiegarsi finisce inevitabilmente per diventare un altro da sé.

5a. *Meccanismi tecnici senza momento creativo.*

Il positivismo giuridico — proprio per la sua ostinazione a voler riconoscere solo le norme positive come diritto — si appellerà ad una scienza capace di fornirgli la strumentazione metodologica atta ad assicurare che tali norme non verranno alterate nella loro applicazione pratica.

Ciò spiega il carattere bifronte della cosiddetta « metodologia giuridica ». Sotto questa etichetta si annoverano frequentemente due tipi di apporti: una *metodologia della scienza del diritto* che indica i requisiti da osservare da parte del sapere giuridico perché lo si possa considerare scientifico, proiettando su di esso « normativamente » una determinata teoria della conoscenza e della scienza; una metodologia per la *prassi giuridica* che analizza i casi che si accompagnano alla realizzazione pratica del diritto, le possibilità ed i limiti delle norme per dar loro risposte nonché la strutturazione di tutti i modelli opportuni per cercare di far sì che tutto questo processo risulti, per quanto possibile, tecnico, rigoroso, razionale o — almeno — ragionevole.

I principali postulatori di un sapere giuridico scientifico si mostrano particolarmente attenti alla capacità della loro scienza giuridica a risolvere i problemi posti dall'applicazione pratica del diritto. Cercano di elaborare *meccanismi tecnici* che consentano di risolvere qualsiasi caso concreto, senza *reimpostare* il *momento creativo* del diritto che si presume consumato nel momento della sua creazione positivizzatrice.

La difficoltà di questo impegno è tale che si è arrivati a fare dell'ironia sulla realtà storica di questo tentativo <sup>(20)</sup>, ma non manca un fondamento per individuare gli elementi definitivi:

— strutturazione della *pratica* giuridica come operazione « *applicatrice* » di norme previamente poste;

— configurazione dell'ordinamento giuridico come un sistema *coerente e completo*, esente da antinomie e lacune — visione della *applicazione* della norma come compito *tecnico* in cui non andrebbero incluse valutazioni oltre a quelle poste dal legislatore;

— funzione *eccezionale* e terapeutica della *interpretazione* considerata come un rimedio risanatore di una *imperfezione* congenita o di un invecchiamento sopraggiunto individuato nella norma;

— tentativo di elaborazione di *metodologie interpretative* capaci di far diventare tecnico e scientifico anche questo lavoro, *evitando* così — in quanto superflua — qualsiasi *discrezionalità*;

— infine, presentazione di tutte le realizzazioni pratiche del diritto come *giudizio* razionale, ritenendo esaurito con la creazione della norma, l'intervento della *volontà* politica. L'affinità della dicotomia « *lege lata* »-« *lege ferenda* » rispetto a quelle essere-dover essere, diritto-morale e volontà sovrancritica non legittimata è evidente.

#### 5b. *Colui che la applica stabilisce cosa dice la norma.*

L'impraticabilità fattuale del modello è tale che, in effetti, non è facile oggi trovare un positivista capace di difenderlo. Kelsen, per

---

<sup>(20)</sup> R. DWORKIN, per esempio che — date le peculiarità del dibattito anglosassone — si vede paradossalmente accusato di rappresentare un certo tipo di « giurisprudenza meccanica », *Taking Rights Seriously*, 1977 (le citazioni seguono l'edizione in spagnolo: *Los derechos en serio*, Barcellona, 1984), p. 63.

esempio, ampiamente illuminato dalle peculiarità giudiziarie americane, arriverà ad un *abbandono* assoluto del modello. Egli riconosce il carattere creativo della presunta « applicazione » della norma fino al punto di strutturarla come « creazione » di una nuova norma, anche se particolare.

La dinamica del diritto cessa di essere concepita come un giudizio logicamente dipendente da premesse positivizzate, per porsi come susseguirsi formale di atti di volontà.

Nell'orizzonte del non cognitivismo etico, ogni atto di volontà finisce per decidere — a colpi di efficacia — quale sia realmente l'ambito legittimatore previamente offerto. Con questo il presunto processo di chiarificazione della norma viene in pratica ad invertirsi, assumendo così carattere retroattivo: paradossalmente quello che *dice* realmente una norma è *deciso* alla fine dal suo presunto « applicatore ».

HART si sforza di conservare il modello come puro postulato ideale; in eccezionali « casi difficili » sarebbe legittima una inevitabile discrezionalità. Questo *positivismo* strategico *ripiegato su sé stesso* porterebbe ad una curiosa situazione di scambio di ruoli nella polemica con DWORKIN.

La peripezia mette in evidenza la doppia radice del *positivismo giuridico*: una di stampo concettualistico, che non esclude il *cognitivismo etico* (di matrice razionalista od empirista) anche se codificato *positivamente*; un'altra, che parte dal *volontarismo*, ed esclude qualsiasi trattazione razionale dell'etica. KELSEN esaspera la frattura tra queste due prospettive, mentre HART si sforza disperatamente di conciliarle.

Il positivismo riteneva che il dibattito sulla giustizia si sarebbe chiuso con la positivizzazione della norma. La sua applicazione pratica doveva garantire la sicurezza ed escludere qualsiasi *discrezionalità*. I cognitivisti cercano di strutturare dei metodi interpretativi scientifici mentre i volontaristi si sforzano di mitigare la portata di una inevitabile discrezionalità.

DWORKIN entra polemicamente nel gioco e riconosce la dimensione valutativa di tutte le interpretazioni della norma ammettendo, nel contempo, dei principi conoscibili che consentirebbero di prescindere da una discrezionalità arbitraria.

Questo conduce al paradosso. Il positivista HART assume una discrezionalità per via di eccezione, mentre il « giusnaturalista » DWORKIN esclude ogni discrezionalità in senso forte dato che si basa su criteri oggettivi e conoscibili. I positivisti, quindi, constatano la impraticabilità del loro modello al punto da attribuirlo polemicamente ai loro avversari.

Il dilemma tra cognitivismo o volontarismo etico ne altera i connotati. Il modello positivista cui alludiamo proveniva in realtà (sia in BENTHAM che nel continente) da giusnaturalismi positivizzati. Un volontarismo coerente si vede costretto ad abbandonarlo (KELSEN) o a tenerlo in piedi più con equilibrismo che con coerenza (HART).

### 5c. *Una inevitabile discrezionalità.*

Il tentativo di delimitare il campo del politico ed il campo del giuridico rendendo superflua *una specifica legittimazione del lavoro giudiziario* entra in crisi. Per quanto possa sussistere come parte di una ideologia professionale, è difficile continuare a credere nella *neutra separazione tecnica* di una norma previamente creata in sede politica.

L'applicazione della legittima volontà sovrana viene soppiantata, nella teoria kelseniana, dalla semplice volontà arbitraria del creatore della norma particolare, soggetto al filtro solo teorico della norma previa, attivabile di fronte alle istanze di controllo.

La *interpretazione scientifica* della norma strutturerebbe il campo teorico di discrezionalità nel cui ambito è legittimato a muoversi il creatore della norma particolare. Invece di un nucleo nitido e di una periferia di casi difficili (come in HART), ci verremmo a trovare dinnanzi ad un *ambito di arbitrarietà* legittima ben demarcata e ad un altro di arbitrarietà illegittima *extramuros* della norma previa. Ma, in realtà, la interpretazione scientifica si limita a cercare di risolvere una polemica teorica; in ogni caso *non risulta vincolante* per l'istanza di controllo<sup>(21)</sup> — e neppure per l'ultimo creatore delle norme, se essa non esiste — e con ciò il presunto filtro in pratica affida al caso, il fatto che l'interpretazione scientifica venga, materialmente rispettata. Altrimenti si vedrebbe ridotta a gioco accademico. Anzi potrebbe addirittura venire falsata dalla forza retroattiva dell'*efficacia giuridica*.

---

(21) H. KELSEN *Reine Rechtslehre*, nota (4), pp. 352-353.

HART, quando ammette in via eccezionale una inevitabile discrezionalità, riconosce la necessità di una legittimazione politica dell'attività giudiziaria.

Sebbene tale impostazione non ponga particolari problemi per gli anglosassoni, il carattere universale della sua riflessione annulla le pretese caratteristiche del pensiero continentale. L'eco di tale constatazione appare chiaramente, ove si considerino i tentativi di cercare una base di legittimazione per un Potere Giudiziario che prima non ne sentiva la necessità, nella misura in cui — come riteneva Montesquieu — lo riteneva nullo a causa del suo ruolo di semplice enunciatore delle parole della legge.

Ecco quindi che la demarcazione tra *politica giuridica* ed *applicazione tecnica* del diritto risulta scarsamente sostenibile, al pari di quelle (essere/dover essere, diritto/morale) su cui aveva la pretesa di basarsi.

#### 6. *Normativismo positivista e principi giuridici.*

La strutturazione dell'*ordinamento giuridico* come *sistema coerente e completo* aspira a rendere superflue e illegittime tutte le tentazioni di ricorrere ad elementi metagiuridici. I nostri tre approcci si riuniscono ancora una volta: (c) il rifiuto di tutti i tentativi di rivincita clandestina da parte di *opzioni politiche* scartate dal *legislatore*, (b) si deve mantenere nell'ambito di un diritto positivo, (a) la cui peculiare capacità di espansione avrà bisogno di *modelli ad hoc* progettati dalla *scienza giuridica positivista*.

##### 6a. *La logica come veste argomentativa della teleologia.*

Lo strumento decisivo elaborato dalla scienza positivista del diritto allo scopo di facilitare una indefinita *capacità espansiva dell'ordinamento giuridico*, sarà costituito dai principi generali del diritto.

Saranno questi a rendere possibile l'ingresso nel gioco di uno dei criteri prioritari per una elaborazione presuntivamente tecnica del diritto: la *interpretazione sistematica*. Quando la interpretazione grammaticale e l'interpretazione storica non sono capaci di dare alla norma un senso compatibile con le esigenze del caso, diventa inevitabile andare più in là. Per evitare che questa indispensabile espansione ci condanni a

fuggire verso il metagiuridico, bisognerà *dilatare l'ambito del positivo*.

I principi generali del diritto vengono incontro a due radicali esigenze positiviste. Da un lato ruminano *contenuti* giuridici già *dati* — evitando in apparenza qualsiasi addizionale momento creativo — e dall'altro, agiscono all'interno della struttura della pratica giuridica come *operazione logica* e perfino sillogistica. Essi offrono una premessa maggiore di emergenza, di fronte alla comprovata impossibilità di collegare adeguatamente con il caso concreto la premessa costituita dal testo della norma.

L'*interpretazione* sistematica resa così possibile verrebbe ad essere una operazione scientifica, che allargherebbe l'ambito dell'uso tecnico del diritto, stabilendo una netta linea di confine con l'integrazione di contenuti estranei al diritto positivo. Ci verremmo a trovare nell'ambito di una *logica* apparentemente deduttiva, che riporterebbe nel seno della poco auspicabile integrazione ogni *argomentazione analogica*. Quando anche questa formula di espansione controllata diventi insufficiente, i principi generali consentiranno comunque di stabilire una nuova delimitazione di emergenza, facendo una distinzione tra collegamenti analogici capricciosi e collegamenti che consentano invece di constatare l'esistenza di una « analogia juris ».

Le successive revisioni del modello ne evidenziano l'insufficienza. La storicità di ciò che è giuridico ne evidenzierà qua e là i limiti. I tentativi di risolvere tali limitazioni mediante una interpretazione *sociologica* creano i problemi cui abbiamo già accennato. È come se il tronco presuntivamente logico della operatività del diritto venisse asfissiato da una endemica edera *teleologica*. I tentativi dei positivisti di strutturare scientificamente e tecnicamente questo nuovo criterio interpretativo falliscono. La *giurisprudenza degli interessi*, così legata a BENTHAM ed ai suoi tentativi di pervenire ad un calcolo ponderatore di grandezze ottenute empiricamente, ha generato un sociologismo particolarmente opaco. In realtà, il ragionamento giuridico è sempre più teleologico che logico.

La teleologia è sempre latente, quando si cerca di catturare la soluzione concreta richiesta dai singoli casi; la *logica* è solo la veste argomentativa più convincente quando la si deve far valere. Noi non

facciamo ricorso alla teleologia come rimedio estremo una volta esaurita la logica, ma ricorriamo alla logica per *rendere plausibile una esigenza teleologica preliminare*. Questo primato della teleologia si traduce in un *protagonismo della analogia* (22) come strada idonea alla individuazione della storicità del diritto. Tutto il progetto *scientifico-positivista* di una *metodologia per la prassi del diritto* risulta paradossalmente invertito.

6b. *Protagonismo pratico dei principi e rilevanza teorica delle norme.*

Se vogliamo tener fermo il ragionevole impegno di considerare diritto solo il diritto posto, l'insuccesso del modello ci induce a riconsiderare cosa dobbiamo considerare come tale. A questo punto quello che entra in crisi è il congegno positivista del *normativismo*. Le artificiosità di taluni principi generali, ottenuti ruminando il contenuto delle norme positive, arriverà a farci chiedere se non vi sono dei *principi* giuridici al pari delle norme, senza la cui presenza non sarebbe concepibile alcuna prassi del diritto.

Il mantenimento del concetto di ordinamento giuridico come sistema di norme (e di tutto quello che da esse è possibile far derivare) diventa teoricamente insostenibile (23). Ma presenta almeno una utilità pratica? Può darsi che la già dimostrata funzionalità dell'ignoranza sociale suggerisca il mantenimento del normativismo come formula atta a generare fiducia, perché simula un uso apparentemente razionale del diritto (24). Ma, anche ammettendo la redditività ideologica di una falsa concezione della giuridicità, non c'è nulla che ci possa esimere dalla ricerca teorica di un'altra spiegazione più prossima alla realtà.

Dinnanzi al modello di ordinamento giuridico come si-

---

(22) Al riguardo cfr. A. KAUFMANN *Analogie und 'Natur der Sache'*, 1965 (le citazioni seguono la 2ª edizione corretta di Heidelberg, 1982), p. 37.

(23) È interessante l'enfasi con cui R. DWORKIN discute il concetto di diritto come sistema di norme; cfr. i capitoli 2 e 3 de *Los derechos en serio*, nota (20), pp. 61 e ss.

(24) Provocatorie al riguardo le proposte di N. LUHMANN. Cfr. soprattutto *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969. Della sua opera ci siamo più volte occupati. Per esempio, *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica actual*, Madrid 1973 ed i lavori riuniti adesso in *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid 1989, pp. 63-98.

stema di norme, sorge l'alternativa di un ordinamento costituito sia da norme — che plasmano il gioco combinato di vari principi in rapporto ad una supposizione di fatto — che da quegli stessi principi che agiscono come criterio selettivo tra le norme di esplicitazione del loro senso storico. Tali *principi* non sorgeranno più per triturazione del materiale normativo ma verranno rivestiti di un chiaro *carattere preliminare* e saranno offerti come elementi fondamentali per combinare il caleidoscopico sviluppo dell'ordinamento giuridico.

L'accettazione pratica del modello non presenterebbe nulla di nuovo. Non mancano i *testi costituzionali* in cui sono raccolti tali principi pre-legali che condizionano la validità delle norme. Per quanto il normativismo consolidato inviti a considerarli come *norme di ordine superiore* e a diffusa delimitazione <sup>(25)</sup>, la realtà è che sono e agiscono come *principi*: si offrono ad una *mutua ponderazione* e non ci costringono alla scelta disgiuntiva delle opzioni tra norme. La circolarità costituzionale si può ritenere compiuta: dalla comprensione dei *diritti soggettivi* come *derivati dalle norme* legali ad una comprensione delle leggi come norme di validità subordinate al rispetto del contenuto essenziale di taluni diritti fondamentali che fungono da principi. Quello che sovente viene a mancare è la indispensabile reimpostazione teorica del normativismo che tutto ciò richiede.

È arrivato il momento di affrontare la questione con decisione. Allora la domanda non più rimandabile diventa questa se tali principi siano *realmente giuridici*. Attribuire loro un carattere « morale » pre-giuridico equivarrebbe a riconoscere che il diritto è un sistema la cui dinamica ha come protagonisti elementi che gli sono estranei.

KELSEN fa questo con la nota impassibilità e si consola con la convinzione che tale « protagonismo » sia irrilevante per un « giurista » (in virtù del carattere metagiuridico dei principi, vicini casuali delle norme) e che la loro analisi sia vietata allo scienziato (a causa del carattere irrazionale dei loro contenuti). Ammettere, come fa HART, una certa razionalità nella trattazione dei loro contenuti — sempre negandone, peraltro, il

---

<sup>(25)</sup> Sulla questione abbiamo polemizzato con G. PECES-BARBA in *La Constitución: entre el normativismo y la axiología*, inserito adesso in *Derechos humanos y metodología jurídica*, nota (24), pp. 225-241.

carattere oggettivo — ci condurrebbe ad un concetto piuttosto incerto di cosa possa intendersi come razionale.

Riconoscere a tali principi carattere giuridico ci obbliga ad una doppia *reimpostazione* del *concetto di diritto positivo come diritto posto*; a questo punto ci dobbiamo chiedere cosa intendere per diritto e quando possiamo considerarlo come posto.

La crisi interna del normativismo ci porta a relativizzare il ruolo del criterio *formale* di *identificazione della giuridicità*. Non possiamo più intendere come diritto quello che, apparendo formalmente come norma, si integra in un sistema appositamente costruito. Sembra essere obbligatoria una identificazione *materiale* della giuridicità, vista come una serie di esigenze che condizionano un convivere sociale nel rispetto di « quello che è umano ». La frontiera tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è verrebbe stabilita da tale ripercussione, senza che per questo il criterio del discernimento meriti — per una o per un'altra ragione — l'aggettivo « morale ».

Un problema diverso è come si finisce per porre il diritto. Da un punto di vista reale i *protagonisti pratici* di tale *positivizzazione* sono i *principi*, e non solo come criteri informatori delle norme. Agiscono anche da stimolatori del lavoro giudiziario che cerca ed interpreta le norme opportune — e, non si può dimenticare, come protagonisti essenziali dell'ambito più ampio dell'attività giuridica: la condotta del cittadino che giudica come si deve comportare con una ben scarsa conoscenza delle impervietà delle norme e con una minima propensione a prestare attenzione a ciò su cui i giudici lo vanno illuminando.

Sebbene la giuridicità sia qualcosa di scarsamente delimitabile e sebbene sia stata positivizzata in maniera così versatile, e proprio per questo, il protagonismo reale dei principi deve essere accompagnato dal ruolo centrale della *norma* come punto di *riferimento* della loro *analisi teorica*.

Dato che il diritto non è un insieme di norme, veniamo a trovare in esse una indispensabile piattaforma per poterne intuire il senso. Sebbene la pratica giuridica non consista nell'applicazione delle norme, il fatto di inquadrarla come tale consente una relativa previsione delle sue conseguenze e rende possibile articolare, in modo relativamente trasparente, il dibattito che sempre le si accompagna.

L'incrociarsi delle diverse prospettive soggettive intorno a ciò che sia richiesto dall'« umano » convivere esige istanze di mediazione, tra cui la norma — senza arrogarsi esclusivismi deformanti — occupa un posto di notevole importanza. Ma il *dibattito giuridico* fondamentale — il cui occultamento sarebbe di sospetta utilità — avrà sempre per oggetto i *principi* giuridici di cui bisogna tener conto all'atto di risolvere un conflitto e la loro oculata ponderazione.

Il tentativo positivista di identificare il giuridico con la formula in cui è posto, obbliga a fingere un processo di positivizzazione irreali. *Le forme positivizzatrici non definiscono la giuridicità*, e non permettono una sua tranquillizzante e netta demarcazione rispetto alla moralità. La delimitazione, sempre polemica, del giuridico — all'interno delle esigenze morali di rispetto verso ciò che è umano o delle considerazioni di opportunità o efficacia politica — deve trovare, nei meccanismi formali di positivizzazione, il campo argomentativo più idoneo per provare a indirizzarsi verso — una « cosa giudicata » e per cercare di prevedere il suo dettato risolutore.

#### 6c. *La polemica politica sull'attivismo giudiziario.*

Dal punto di vista della legittimità politica della creazione del diritto, tutto quanto abbiamo detto sinora ci costringe a tornare a discutere su chi sia *colui che pone realmente il diritto*. Il *normativismo* semplificava notevolmente il problema, riducendo la domanda a chi sia legittimato a porre le norme (dato che veniva esclusa ogni altra realtà giuridica).

Quando il *normativismo* si converte in *legalismo*, la semplificazione è ancora maggiore dato che si converte la legge in fonte giuridica unica (accompagnata, eventualmente da una consuetudine ridotta in pratica a criterio interpretativo e da taluni principi generali da essa stessa distillati).

A causa della impraticabilità dello schema positivista, diventa inevitabile la *polemica politica* per quanto la si voglia mascherare da dibattito scientifico. Politica e non *dottrinale* è la polemica sull'« *attivismo* » giudiziario, ossia sulla rinuncia a nascondere il rilevante ruolo creativo che il giudice — lo voglia o meno — deve assumersi.

La tensione tra logica e teleologia, interpretazione scien-

tifica ed integrazione politica, sillogismo ed analogia, riemerge a questo punto.

Che non si tratti di una peculiarità dei sistemi continentali codificati lo pone in evidenza la presenza del problema — con connotati particolari — anche nell'ambito anglosassone. Sebbene l'esistenza di una specifica legittimazione politica del giudice (diversa dalla competenza tecnica che si presume che egli abbia nel diritto codificato) potrebbe aver reso il problema più evanescente, la rilevanza costituzionale della Corte Suprema ci induce a porlo in termini del tutto analoghi.

Nell'ambito nord-americano l'« originalismo » che induce ad interpretare la Costituzione mantenendo il passo contemplato e voluto dai suoi redattori, maschera da dibattito metodologico una polemica di notevole valenza politica, quella se una impostazione socializzante estranea — ideologicamente e storicamente — al momento positivizzatore, possa o no essere ammissibile (26). Nel diritto codificato, invece, i giudici, grazie alla loro presunta neutralità o nullità politica, hanno potuto realizzare queste trasformazioni introducendo per via giurisprudenziale dottrine rilevanti come quella dell'abuso del diritto. Nel momento in cui, per contro, i diritti sono considerati non solo come derivati dalle leggi ma anche come « scudi » che « negano » la liceità di un intervento statale, viene respinto ogni tentativo giudiziale di « affermare » *i diritti non esplicitamente previsti* nel testo costituzionale attraverso la modificazione della teoria della giustizia in esso implicita. Il dibattito, in realtà, ruota intorno alla possibile *positivizzazione privilegiata* di alcuni *principi* che passerebbero ad occupare un posto chiave nel giuoco ponderativo che tutta l'attività giuridica comporta.

Nell'ambito europeo si osserva spesso il rifiuto dell'« attivismo » del Tribunale Costituzionale. Ciò è reso più facile dal carattere di *legislazione « negativa »* che Kelsen ha attribuito al suo progetto di controllo « concentrato » di costituzionalità.

Se un tale Tribunale andasse al di là del compito del semplice annullamento delle leggi per passare a positivizzare il diritto, verrebbe ad assumere competenze legittimamente at-

---

(26) Sulle polemiche recentemente sorte intorno alla questione in ambito USA, cfr. la cronaca di M. BELTRAN, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs; Bork: una polémica constitucional*, Madrid 1989.

tribuite al potere legislativo — in modo simile a quanto accade ai giudici della Corte Suprema americana che, quando affermano nuovi diritti, sacralizzano opzioni politiche, sottraendole al giuoco dialettico delle maggioranze parlamentari.

Ma, accanto all'ascetico invito kelseniano a un atteggiamento « negativo » meramente annullatorio, in non pochi casi entrano in giuoco testi costituzionali basati su di un insieme di *diritti fondamentali, assetati di positivizzazione*. Questa tensione contraddittoria denuncia l'anima politica dei così frequenti appelli alla dottrina.

Sia il ricorso all'« originalismo » (plausibile soprattutto nei testi costituzionali relativamente recenti <sup>(27)</sup>), sia il rifiuto a convertire il Tribunale in « terza istanza » giudiziaria o « terza camera » parlamentare non fanno che confermare la impraticabilità del modello positivista. Quello che viene in discussione non è se il giudice crei o meno il diritto (lo farà sempre, lo voglia o no) ma se deve consolidare una opzione oppure riformarla.

Il *legalismo* politico risulta in pratica *ancor meno sostenibile del normativismo* teorico-giuridico.

#### 7. *Tra volontarismo arbitrario e prudenza ragionevole.*

I più disparati positivismi giuridici concordano sulla necessità di abbandonare tutte le teorie in cui l'attività giuridica sia intesa come esercizio prudenziale di una presunta ragione pratica. Le si respinge: (a) in quanto irrazionali perché cadrebbero nella « fallacia naturalistica » <sup>(28)</sup> nel momento in cui collegherebbero essere e dover essere - (b) in quanto incerte, perché renderebbero labile il confine tra il diritto posto e quello semplicemente proposto e (c) in quanto politicamente illegittime, nella misura in cui un tale compito dovrebbe

---

<sup>(27)</sup> Così lo riconosce, nel *Fundamento 5*, la Sentenza del *Tribunal Constitucional Español* 53/1985 dell'11 aprile che ha giudicato, prima che entrasse in vigore, il primo progetto di legge per la depenalizzazione dell'arborto « non conforme alla Costituzione ».

<sup>(28)</sup> Un interessante rifiuto di tale accusa in S. COTTA, *Diritto naturale: ideale o vigente?* in « *Iustitia* » 1989 (2), pp. 119 e ss.

essere affidato a cittadini sprovvisti di un titolo abilitante alla creazione del diritto <sup>(29)</sup>.

7a. *La tecnica giuridica come ideologia.*

L'atteggiamento più diffuso tra i difensori di una scienza positivista del diritto è la considerazione della *prudenza* come una attività *pre-scientifica*.

Appare sintomatico che BACONE includa gli « idola fori » nel catalogo dei nemici della ragione destinati ad essere oggetto della sua profilassi iconoclasta <sup>(30)</sup>. Se COMTE accomuna i giuristi alla metafisica e annuncia una loro redditizia sostituzione con ingegneri sociali <sup>(31)</sup>, BENTHAM non ha dubbi quando con un'aria tra il noncurante ed il comprensivo afferma che sono gli avvocati i principali boicottatori delle sue proposte: del resto anche gli operai si oppongono all'introduzione di nuove macchine <sup>(32)</sup>. Il passaggio dalla prudenza alla scienza sarebbe qualcosa di obbligatorio, così come passare dall'alchimia alla chimica o dall'astrologia alla astronomia.

È paradossale — dopo quanto già indicato — che quello che

---

<sup>(29)</sup> J. BENTHAM rileva che « il male sta nell'incertezza della legge non scritta » dopo aver affermato che con « quello che viene chiamato diritto comune, non vi sono certezze sui diritti dei cittadini ». Ciò spiega perché, laddove non vi sia una legge scritta, « l'avvocato ed i giudici trovano ovunque, in questo sistema, dei vuoti che riempiono come loro più aggrada. La legge non scritta non fa altro che prestare un velo a decisioni arbitrarie ». Cfr. *De l'organisation judiciaire et de la Codification*, sez. VI (edizione di P.E.L. Dumont, 1830, t.3, ristampa Aalen 1969), pp. 102 e 105.

<sup>(30)</sup> F. BACONE, *Novum Organum*, aforisma LIX del libro 1° (ve ne è una edizione in spagnolo, Buenos Aires 1961, 2<sup>a</sup>); cfr. p. 96.

<sup>(31)</sup> L'identificazione dei « legisti » con i metafisici è costante nell'opera di A. Comte. Il processo di scomposizione che lo stato metafisico comporta si traduce in una sostituzione dei giudici con gli avvocati: cfr. *Cours de philosophie positive*, lez. 46, vol. IV, 1839 (nota [19], t.IX), pp. 526-527; vol. IV, Appendice generale, 3<sup>a</sup> parte (nota [1c], t. X), p. 70. I legisti adempiono alla loro funzione nel passaggio dallo stato militare allo stato industriale, cfr. *Cours de philosophie positive*, lez. 51, nota (19), t.IV, pp. 576-577. « La maggior parte degli attuali saggi si fonderà con gli ingegneri » ed i « più eminenti tra loro si convertiranno, indubbiamente, nel nucleo di una vera classe filosofica, direttamente destinata a guidare la rigenerazione intellettuale e morale delle società moderne, *ibidem*, lez. 57 (nota [19], t.VI), pp. 411-412.

<sup>(32)</sup> J. BENTHAM *Traité des sophismes politiques*, 1° parte, cap. III (ed. di P.E.L. Dumont, nota [29], t.1) p. 487.

veniva presentato come *sostituzione* finisca per diventare una semplice *maschera*.

Sebbene la metodologia della prassi giuridica delineata dal positivismo venga presentata come alternativa alla prudenza, non la sostituisce, ma serve solo da tentazione per degenerare in arbitrarietà mascherata.

Non si tratta di negare le virtualità di una laboriosa « tecnica giuridica ». La sua utilità strumentale è indubbia come punto d'appoggio o di riferimento nell'ambito del sempre problematico giuoco della ragione pratica. Ma quando essa viene presentata come la sua alternativa, *la tecnica si trasforma* paradossalmente in « *ideologia* » che maschera la arbitrarietà.

#### 7b. *Riabilitare la ragione pratica.*

Il fallimento della tecnica giuridica come sostituto della prudenza riapre, in tutta la sua crudezza, il fondamentale dilemma sul carattere della *positivizzazione* del diritto: ci troviamo di fronte ad un *atto di volontà* o di fronte ad un *prudente* esercizio della *ragione pratica*? Il desiderio di attenersi fedelmente al diritto posto induceva ad un progetto di mediazione: acquisizione teorica della *voluntas* o *mens legislatoris* (a seconda della radice volontarista o cognitivistica dell'impegno) e successiva applicazione tecnica alla realtà concreta.

Una volta attestato il fallimento del tentativo, resta solo da proporre (seguendo il filone kelseniano) un volontarismo accumulativo, oppure la reimpostazione delle possibilità di un ragionevole esercizio delle attività pratiche come quelle che la *positivizzazione* del diritto richiede.

Una volta scartati il volontarismo ed il logicismo deduttivo, è necessario approfondire le peculiarità di un processo che è, nel contempo, *intuizione razionale* — delle esigenze dei principi giuridici — e *sviluppo pratico* — di quelle stesse esigenze — a fronte di circostanze concrete e storiche, ossia, nuove e irripetibili.

L'analogia diventa il principale strumento che la ragione può usare nel mettere in corrispondenza *principi* di valutazione e *circostanze* sociali, che coopereranno alla *positivizzazione* del

diritto con tutto il loro carico di storicità. La *cornice normativa* servirà strumentalmente da insostituibile punto di riferimento di un processo così problematico e da pietra angolare della sua razionalità. Non perché lo si possa « applicare » (la impraticabilità del tentativo ci esonera da tutti i dibattiti sulla sua desiderabilità), ma perché servirà da punto d'appoggio argomentativo e richiederà — quando si opti per non tenerne conto — una adeguata giustificazione.

La rilevanza che oggi raggiungono, all'interno del dibattito metaetico, i tentativi di *riabilitare la ragione pratica* attestano eloquentemente che la proposta positivista si è esaurita.

7c. *Senza buone ragioni non c'è democrazia.*

La doppia radice — volontarista e cognitivista — dei positivismi giuridici trova, d'altro canto, una interessante pietra di paragone quando questi vengono posti a confronto con gli schemi di legittimazione politica in uso.

HOBBS ci mostra chiaramente una decisa opzione nei confronti del *volontarismo* mantenendo, come minimo di diritto naturale indispensabile, il principio *pacta sunt servanda*.

Ma il suo volontarismo sfocia in un coerente *assolutismo* politico. Diritto è quello che vuole il sovrano o colui che è autorizzato dal sovrano a volere in nome suo <sup>(33)</sup>. Quando si passa ad un volontarismo collegiale, lo schema non sarà molto diverso. Solo attraverso il ricorso ad una « legislazione obliqua » AUSTIN riesce a mascherare come volontà del sovrano i compiti giudiziari <sup>(34)</sup>. Kelsen sradicherà ogni residuo giusnaturalismo con la sua essenziale norma fondamentale, portando a pienezza il volontarismo: all'origine (sostituendo alla sua norma fondamentale come ipotesi teorica un'altra intesa come volontà finta <sup>(35)</sup>) e nel corso dello sviluppo (ammettendo

---

<sup>(33)</sup> Ci siamo occupati dell'argomento in *Hobbes y la interpretación del derecho*, « Rivista Internazionale di Filosofia del diritto », 1977 (LIV-1), pp. 45-67, inserito poi nel nostro libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid 1982, pp. 55 e ss.

<sup>(34)</sup> J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, parte II, lez. XXVIII, 1874 (le citazioni seguono la 11<sup>a</sup> edizione, Londra 1909), p. 261.

<sup>(35)</sup> H. KELSEN *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, « Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht », 1963 (XIII, 1-2), p. 120.

senza indugi una correlazione di volontà sovrane successive, senza alcuna obliquità che tenti di giustificare il permanere di qualcosa che si è già esaurito).

L'abbandono del desiderio assolutistico del volontarismo, come esercizio inevitabilmente arbitrario (e solo relativamente prevedibile) del potere è stata la matrice delle formule di legittimazione politica tuttora valide, di inequivocabile radice cognitivistica.

Conscio di ciò, KELSEN si vede costretto — per non abbandonarle — a trattarle isolate in maniera incontaminata dalla sua pura teoria giuridica, ma in parallelo a questa <sup>(36)</sup>.

Una volta venuta meno la connessione tra teoria del diritto e legittimazione politica, questo sensibile vuoto, nella sua dottrina, finirà per essere riempito dall'efficacia. Non mancano i « kelseniani » che ignorano una peripezia così decisiva, e che cercano di riconnettere quello che un così coerente autore ha distinto con chiarezza. La topica connessione tra positivismo giuridico e democrazia liberale (come forzato contrappunto ad un giusnaturalismo ritenuto pregiudizialmente intollerante ed autoritario) spiega tale tentazione di incoerenza da cui KELSEN — per nulla dedito alle semplificazioni — si era tenuto risolutamente lontano.

Il volontarismo si vede emarginato nelle formule di legittimazione politica proprie dell'illuminismo. La fonte della legittimazione del potere non sarà tanto la volontà del sovrano (che necessita di legittimazione) quanto l'*opinione pubblica*: il dibattito razionale dei cittadini

---

<sup>(36)</sup> H. KELSEN non cessa di costruire ponti metascientifici tra i due aspetti, che lo portano a dare risposte a questioni trattate in altri punti di questo lavoro. Così confessa, a piè di pagina, che « opta » per la democrazia basandosi su « i rapporti tra la forma democratica dello Stato ed una concezione filosofica relativistica » cfr. *Wesen und Wert Demokratie* Tubinga 1920 (le citazioni seguono l'edizione spagnola: *Essenza e valore della democrazia*, Barcellona 1977), p. 123. Affermerà che « nella democrazia, la sicurezza giuridica reclama il primato sulla giustizia, sempre problematica; il democratico propende più al positivismo giuridico che al diritto naturale », *Staatsform und Weltanschauung*, Tubinga 1933 (le citazioni seguono l'edizione spagnola: *Forma de Estado y Filosofía*, pubblicata insieme alla precedente), p. 144. Nell'ambito di quella che definisce « lotta tra concezioni metafisiche », infine, segnala che « se si pensa che il valore e la realtà siano cose relative e che, pertanto devono essere disposte a ritirarsi in qualsiasi momento per lasciare il posto ad altre ugualmente legittime, come conclusione logica si hanno il criticismo, il positivismo e l'empirismo », *ibidem*, p. 153.

illuminati che si scambiano opinioni (non opzioni ma diagnosi tolleratamente proposte) sui problemi del convivere sociale.

Il *Parlamento*, incaricato della creazione di norme legali (le uniche concepibili per la variante positivista più rigida ed ortodossa: quella normativista e legalista) sarà lo scenario di un dibattito (scambio di argomentazioni razionali e non braccio di ferro tra forze conflittuali chiuse ad ogni consenso) tra i rappresentanti dei cittadini che nel loro discorrere razionale rispecchieranno le opinioni degli elettori.

Il rifiuto del « mandato imperativo » non è un assegno in bianco perché il parlamentare faccia quello che vuole, bensì il riconoscimento del fatto che il suo sforzo razionale non può essere ostacolato da decisioni prese preventivamente.

Da questo punto di vista, *senza buone ragioni non vi è democrazia*, dato che questa non è una somma di volontà, ma un tentativo intersoggettivo di avvicinarsi — ragionevolmente e tollerantemente — alla soluzione di problemi sociali controversi. Rivolgersi al volontarismo sarebbe un abbandonarsi a un nascosto assolutismo.

Rousseau denuncia la possibile dimensione falsificatrice di taluni meccanismi solo apparentemente razionali che — nel migliore dei casi — servono da veicolo ad una « volontà di tutti ». Ma, nel momento in cui sottoscrive un primato della prassi, continua a restare nell'ambito del volontarismo e non può ovviarne le conseguenze. La « volontà generale » diventerà la matrice dei più svariati totalitarismi <sup>(37)</sup>.

La forma parlamentare non è l'unica che pretende di segnare il distacco da un volontarismo di difficile legittimazione. Anche il *processo giudiziario* utilizza un meccanismo cognitivistico. Le parti portano argomenti in attesa che un giudizio autorizzato riconosca che la ragione sta dalla loro.

Si tratta di un « positivismo » di radice cognitivistica che torna ad imporsi. Potranno essere denunciate le forme proces-

---

<sup>(37)</sup> Ci siamo occupati dell'argomento in *La utopía rousseauiana: democracia y participación* in *Equality and Freedom* (edito da G. Dorsey) New York 1977, t.I, pp. 367-377; inserito successivamente in *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, nota (34), pp. 117 e ss.

suali in quanto « ideologicamente » falsificatrici <sup>(38)</sup> oppure si potrà descrivere con rapimento la redditività funzionale di tale coreografia.

Ma su di una cosa non vi sono dubbi: con l'assunzione del volontarismo le formule legittimatrici vigenti non hanno senso. Sarebbe possibile solo respingere coerentemente le forme democratiche ovvero rassegnarsi a descriverle come indispensabili tecniche di addomesticazione ed apprendistato sociale <sup>(39)</sup>. Il problema sorge quando le ricette metodologiche del positivismo fanno diventare il modello inservibile. Si è cercato di inserire nel dibattito politico (presuntamente pre-giuridico, realmente pre-legislativo) il giuoco delle ragioni, incapsulandone il risultato in talune strutture di sostegno normative suscettibili di manipolazione tecnica.

Si è persino arrivati a insistere sul carattere superfluo — e indesiderabile — dell'interpretazione o si è cercato di ridurla alla sua versione « autentica », quella realizzata dallo stesso corpo legislativo <sup>(40)</sup>. Il fallimento di queste formule — quando viene scartato un esercizio della ragione pratica — conduce ad un rassegnato riconoscimento del fatto che è necessario sopportare l'esistenza di ambiti di « discrezionalità » solo tacitamente legittimati.

Oggi è indispensabile reimpostare i modelli di legittimazione del potere per renderli capaci di gestire una razionalità pratica, invece di mantenerli sterilmente legati ad una impostazione logico-deduttiva im-

---

<sup>(38)</sup> K. MARX, commentando l'espressione « Recht geben » segnala « l'astuto utilizzo della sinonimia »: « si identifica qui il dare ragione nel senso abituale di una conversazione e dichiarare il diritto nel senso giuridico del termine. Ed è ancor più ammirevole la fede capace di smuovere le montagne con cui la gente 'ricorre ai tribunali' per il gusto di avere ragione; fede che spiega i tribunali a partire dall'ostinazione di avere ragione. », *Die deutsche Ideologie*, 1845 (le citazioni seguono i *Marx-Engels Werke*, Berlino 1969, t.3), p. 298.

<sup>(39)</sup> Come sarebbe il caso del già citato N. Luhmann. Ai titoli citati nella nota (24) si potrebbe aggiungere, tra gli altri, *Komplexität und Demokratie* (inserito in *Politische Planung*, Köln-Opladen 1971), pp. 35 e ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. l'allusione di MONTESQUIEU in *De l'esprit des lois*, XI, 6, proprio dopo la sua già nota caratterizzazione del giudice come bocca che pronuncia le parole della legge. All'autorità suprema del Potere Legislativo spetta « moderare la legge a favore della legge stessa; pronunciandosi meno severamente » (nelle citazioni abbiamo seguito le *Oeuvres complètes*, Parigi 1966, t. II), p. 404.

praticabile, quale che sia, indipendentemente dalla sua funzionalità di mascheramento dell'arbitrarietà.

8. *Non c'è diritto naturale senza democrazia, non c'è democrazia senza diritto naturale.*

La *identificazione* politica delle *opzioni positiviste* con valori come il pluralismo o la tolleranza e, di conseguenza, con la difesa delle *forme democratiche* di legittimazione politica ha indubbiamente agito come uno dei fattori pratici capaci di consolidare un edificio che presentava crepe teoriche non dissimulabili. A ciò si aggiunga la carica — particolarmente redditizia nei paesi latini — che le *invocazioni al laicismo* <sup>(41)</sup> apportano a questo panorama per comprendere la capacità di « eterna routine » che, nonostante tutto, continua ad accompagnare le teorie positiviste nell'ambito giuridico.

8a. *Quale relativismo?*

La teoria della conoscenza e della scienza, che serve da fondamento ai più rigorosi positivismi giuridici, sostiene fermamente l'impossibilità di una conoscenza razionale dei beni o dei valori. *Positivismo e relativismo etico*, diventerebbero così compagni inseparabili. Se, nel contempo, *tolleranza e democrazia* risultassero inintelligibili senza un punto di partenza relativistico, si consumerebbe un dogmatico collegamento tra positivismo e democrazia. Basta essere positivisti sul serio per smontare una così curiosa correlazione.

Se la tolleranza e la democrazia appaiono come valori o

---

<sup>(41)</sup> Se H. KELSEN definisce « la lotta tra le concezioni metafisiche » come « la posizione che si adotta nei confronti dell'assoluto », *Forma di Stato e Filosofia*, nota (36), p. 153, K. OLIVECRONA riceve nitidamente il messaggio. La « norma fondamentale è diventata l'ipotesi ultima del positivismo giuridico ». « Tale ipotesi non è necessaria per coloro che credono che Dio abbia concesso ai padri della prima Costituzione il diritto a stabilirla. Ma è necessaria dal punto di vista del positivismo giuridico, perché tale teoria consente di prescindere da una giustificazione religiosa dell'ordinamento giuridico ». *La struttura dell'ordinamento giuridico*, nota (9), p. 111. Per U. ScarPELLI, nel suo focoso tono divulgativo, il problema liberale ha trovato una soluzione nello Stato moderno, uno Stato che « è laico, ossia non vincolato definitivamente alle opzioni di una chiesa o di un partito con le caratteristiche di una chiesa », *Cos'è il positivismo giuridico*, nota (2), p. 152.

come esigenze etiche, il positivismo ha da dire razionalmente su di esse tanto quanto su altre offerte dello stesso genere.

KELSEN non ha dubbi quando redige il verbale della questione <sup>(42)</sup>, ma essere positivisti sul serio esige un atteggiamento ascetico, oggi poco frequente.

Nell'affrontare il relativismo ci troviamo di fronte ad una doppia accezione, parallela a quella che abbiamo già analizzato quando abbiamo affrontato la discrezionalità; possiamo intenderlo in senso « forte » o debole. Il relativismo in senso « forte » implica la *negazione dell'esistenza* di tutti i beni o valori intuibili razionalmente. Esso induce, pertanto, a interpretare la norma (abituamente o almeno quando si presentano « casi difficili ») con una analoga *discrezionalità*: un'opzione arbitraria per una decisione di qualsiasi tipo. Sarebbe ben diverso un relativismo che non si muovesse sul piano ontologico ma su quello gnoseologico: la discussione non verterebbe più sul fatto se esistano o no realmente beni o valori, ma in che misura è possibile una *conoscenza* ragionevole dei suoi *contenuti* e delle sue *esigenze*. Il semplice fatto di riconoscere un certo grado di conoscenza ne dà per scontata l'esistenza, poiché difficilmente si potrebbe conoscere, in meglio o in peggio, quello che è privo di realtà. Questo relativismo porterebbe ad una *discrezionalità prudenziale* che — lasciando da parte l'irrazionalità di tale operazione — si sforza di ottenere la conoscenza più adeguata possibile di un oggetto doppiamente problematico: non solo a causa della sua *dimensione etica* e valutativa ma anche, conviene non dimenticarlo, a causa del *dinamismo storico* che si accompagna a quel vincolarsi tra intuizione e sviluppo che è proprio della conoscenza pratica.

Tale dimensione viene ignorata — nel momento in cui affrontano la conoscenza etica o quella di ogni altro « senso » dell'agire umano — non solo da coloro che le negano il carattere razionale, ma anche da coloro che cercano di progettare delle scienze particolari che proiettano su questo ambito una metodologia adeguata alla conoscenza di altre realtà (aprendo la strada per esempio, a un diritto naturale « more geometrico »)

---

<sup>(42)</sup> Senza pregiudizio per i ponti metascientifici, già rilevati nella nota (36), l'approccio scientifico-giuridico di H. KELSEN risulta eloquentemente contrastato quando analizza l'opposizione agostiniana tra comunità giuridica e bande di ladri, *Reine Rechtslehre*, nota (4), pp. 50-51.

o da coloro che propongono scienze peculiari, basate su specifiche metodologie, capaci di facilitare attraverso vie innovative risultati paragonabili a quelli della scienza positiva (per esempio postulando l'esistenza di scienze dello spirito analoghe ad essa).

Il *relativismo in senso « forte »*, se assunto con rigore, non consente di fondare razionalmente alcuna posizione etica e neppure di considerare oggetto proprio della attenzione del giurista i diritti umani o l'appello ad altri basilari principi valutativi. E senza questi principi non è concepibile l'ambiente culturale in cui le suddette identificazioni abitualmente si situano.

Quando, forse pressati da una situazione polemica, ci si costringe a essere rigorosi, si finisce per affermare che il diritto in realtà non è che l'espressione del potere del più forte <sup>(43)</sup>: e questo ci collocherebbe agli antipodi della tolleranza democratica.

#### 8b. *Diritto naturale e processo di positivizzazione.*

L'enfasi particolare con cui si mette in rilievo che si deve considerare diritto solo il *diritto posto*, ha qualcosa di più nella vuota ridondanza solo nella misura in cui si pretende di respingere — come meramente supposto — un *diritto naturale* impostato come alternativa. Quest'ultimo sarebbe un rivale del diritto positivo, anzi pretenderebbe una supremazia nei suoi confronti. Come abbiamo potuto vedere in altra occasione, il problema non sta nel vedere se oltre ad un preteso « diritto posto » ve ne sia un altro per cui optare, ma nel determinare quando e *come* si pone il diritto. L'*addio* ad una « *positività istantanea* » distrugge le possibilità di identificare secondo tale criterio l'unico diritto — migliore o peggiore — realmente esistente.

Se quello che con ciò si vuole è che il cittadino sappia a

---

<sup>(43)</sup> Il filosofo del diritto G. PECES-BARRA agendo da portavoce socialista nel dibattito sull'art. 15 della Costituzione spagnola, relativo al diritto alla vita, ha così accolto il cambiamento della espressione « ogni persona » con l'allusione « a tutti », con la possibile depenalizzazione dell'aborto come sottofondo: « Signori, disilludetevi; tutti sanno che il problema del diritto è il problema della forza che sta alle spalle del potere politico e della interpretazione », *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, t.II, p. 2038.

cosa attenersi nel momento in cui si deve sottomettere ai dettami del diritto sottraendosi a un dibattito dottrinale su quello che debba essere considerato tale, un simile encomiabile tentativo — preso minimamente sul serio — è lungi dall'aver successo. Fino a che non verrà confermata la « cosa giudicata » il cittadino non saprà in realtà a cosa attenersi, sebbene indubbiamente il quadro normativo possa a volte, fornirgli delle piste.

Solo una *constatazione* descrittiva, prodotta *ex post facto* metterà il cittadino in condizione di identificare in maniera certa quale sia il diritto posto.

Il giusnaturalismo, d'altronde, non può pretendere che la società abbandoni l'ordinamento giuridico positivo per sottomersi ad un ordinamento alternativo. Quello che si esige senza remissione è una dimensione « normativa » (non semplicemente descrittiva) del giuridico. E questo implica una esigenza di comportamento per chi lo gestisce. Il giuridico si colloca, da un lato, come *esigenza reale* (in una dimensione pre-positiva) e si proietta, dall'altro, inevitabilmente verso un *processo di positivizzazione* senza il quale resterebbe a livello di pio desiderio. Le sue esigenze (« giuridiche » per via del contenuto) aspirano a realizzarsi formalmente, positivizzandosi.

Il *dibattito giuridico basilare* è, quindi, sempre *pre-positivo anche se poi si potrà prolungare* — *acquisendo profili storici e concreti* — per tutto il processo di positivizzazione. Il *diritto naturale*, come insieme di proposte realmente giuridiche che aspirano a diventare positive, non pretende di sostituirsi ad un diritto positivo di problematica identificazione, ma di animare il *processo di positivizzazione*. Potrà fornirgli una dimensione critica interna nel momento in cui si porrà il problema di come risolvere al meglio un determinato conflitto o di come trovare il senso più consono ad un rapporto sociale.

Proprio perché, in fin dei conti, non si può dubitare che quello che risulterà posto come diritto avrà gli effetti pratici del diritto, è così importante sforzarsi perché vengano rese positive le soluzioni che più esattamente rispecchiano le esigenze giuridiche.

Dare una risposta su quali siano, in ciascun caso singolo, tali

esigenze è lo scopo di tutti i dibattiti giuridici, sia che rientrino nella polemica sociale pre-legislativa, che nel dibattito parlamentare, che nella delibera giudiziaria. Il diritto naturale, data la storicità del suo sviluppo, non interrompe tale dibattito (*nessuno dispone di una « naturalità istantanea »*) anzi, lo mantiene aperto e lo alimenta. Lo stesso processo di positivizzazione gli serve da contrasto per correggere il possibile dottrinalismo di proposte lontane dalla realtà concreta. Anche il dispiegarsi storico del *diritto naturale* (come quello di tutto il giuridico) è frutto di una *delibera prudenziale e non della applicazione meccanica di una norma alternativa posta in un mondo parallelo*.

Ignorare questa *reciproca implicazione del naturale e del positivo nel giuridico* <sup>(44)</sup> ha una sola conseguenza: la sostituzione di quello che è naturale con quello che è puramente arbitrario, il fingere da un punto di vista formale che tale arbitrarietà — svincolata da ogni esigenza etica — sia politicamente legittimata nonché la conseguente trasformazione delle forme democratiche lungo i binari del giuoco incontrollato dei poteri sociali fattuali, resi immuni da qualsiasi critica...

### 8c. *Laicismo confessionale ed antidemocratico.*

Per mantenere una artificiale identificazione con le forme democratiche, e per nascondere le carenze fondamentali già indicate, le dottrine positiviste, tendono a legittimarsi squalificando quelle giusnaturalistiche, e traendo profitto da un dilemma artificiale. I sostenitori del diritto naturale (o di qualsiasi altra impostazione che implichi l'esistenza di contenuti giuridici obiettivi pre-positivi) sarebbero costretti a restare al di fuori di ogni dibattito tollerante.

Le attuali peripezie del mondo islamico offrono un singolare sostegno retorico, quando invitano a etichettare con lo squalificante aggettivo di « fondamentalista » chiunque difenda realtà etiche con fondamento oggettivo. Il giusnaturalismo sarebbe inevitabilmente autoritario e teocratico e troverebbe nel Komeini di turno la sua più paradigmatica espressione.

---

<sup>(44)</sup> Risulta particolarmente illuminante il termine « diritto naturale vigente » utilizzato in analogo contesto da S. COTTA, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, nota (28), p. 133.

Tale impostazione esclude, in maniera interessata, la possibile esistenza di proposte giusnaturalistiche che mettano in rilievo la dignità umana come aspetto essenziale delle esigenze etico-sociali e riconoscano i meccanismi di autoubbidienza come la loro più immediata espressione.

Dimentica inoltre, in maniera altrettanto interessata, come, in campo morale, il rifiuto della libertà di coscienza (intesa come autonomia del criterio soggettivo nei confronti di ogni istanza normativa esterna) risulti perfettamente compatibile con il riconoscimento della libertà delle coscienze (che vieta l'imposizione coattiva di qualunque criterio e fa diventare sacro il giudizio di una coscienza che viene invitata ad appropriarsi di tali criteri con la massima rettitudine). Il presunto dilemma, fatte salve le ovvie differenze tra foro interno ed esterno, appare alquanto capriccioso.

Qualora si ammetta l'esistenza di esigenze obiettive etico-giuridiche (« morali » solo nell'impreciso senso frequentemente usato in ambito anglosassone) e si riconosca tra esse — come la più decisiva nell'ambito della convivenza sociale — la dignità della persona umana e se ciò porta al riconoscimento della necessità di meccanismi di legittimazione politica basati sull'autoubbidienza, ci troveremo dinnanzi ad un giusnaturalismo ben diverso da quello topicamente vituperato.

Il carattere obiettivo delle esigenze etico-giuridiche, ivi compresa la dignità personale — deve necessariamente basarsi su di un lavoro argomentativo, nel momento in cui si proietta sulla pratica.

L'obiettività etica non solo non può fare a meno, ma richiede il raggiungimento di un convincimento nel destinatario della norma, presente implicitamente nel giuoco delle maggioranze democratiche.

Le esigenze obiettive di questa stessa dignità personale giustificheranno il ricorso a formule di difesa delle minoranze come l'obiezione di coscienza di ardua giustificazione, se si parte da una impostazione positivista. La situazione si inverte. Basti analizzare la nascita storica dei meccanismi fondamentali del giuoco democratico per trovarvi alla base gli approcci giusnaturalistici del cui spirito oggi si considerano, paradossalmente, depositari esclusivi i più accaniti difensori del positivismo.

Parafrasando le proposte utopistiche di chi non ha avuto esitazione a definire giusnaturalista il suo atteggiamento critico, si potrebbe arrivare ad una formula piuttosto lontana dai luoghi comuni: *non c'è diritto naturale senza democrazia, non c'è democrazia senza diritto naturale.*

Le conseguenze del secondo enunciato già sono state messe in rilievo: solo con il tradimento del punto di partenza positivista è possibile difendere razionalmente le forme democratiche, riconoscendo loro una base più solida di quanto non siano le semplici effusioni emozionali soggettive. La democrazia non ha bisogno di un fondamento etico oggettivo e lo ha ricevuto storicamente dalle dottrine giusnaturalistiche. Sofferamoci, quindi, sul primo enunciato.

Il riconoscimento delle forme democratiche come corollario dei contenuti giusnaturalistici genera delle conseguenze sul giuoco già descritto delle esigenze etico-giuridiche pre-positive ed in fase di positivizzazione. Nell'ambito pre-positivo del dibattito giuridico, il fondamento obiettivo delle proposte giusnaturalistiche (sempre condizionato dalla fallibilità soggettiva, quali che siano gli appoggi di cui può beneficiare nel foro interno) faciliterà e renderà convincente quel dispiegarsi di argomentazioni che in nessun modo va ritenuto superfluo. È in questo ambito — tra il politico ed il culturale — di formazione dell'opinione pubblica che tali proposte devono ottenere una autorevolezza sociale per poi diventare contenuti normativi positivizzabili. Tutti i tentativi che trascurassero questo percorso obbligato (frutto di esigenze giusnaturalistiche!) porterebbero ad un autoritarismo intollerante e antidemocratico.

Tale approccio non solo schiva gli anatemi laicisti — per i quali è obbligatoria la correlazione tra magistero confessionale ed autoritarismo politico — ma denuncia anche il giuoco paradossalmente *confessionale ed antidemocratico* verso cui spinge il *laicismo*.

Negare l'apporto delle proposte giusnaturalistiche al dibattito pre-positivo — tacciandole di sospetta confessionalità sarebbe assurdo, quanto pretendere che una esigenza giusnaturalistica (indipendentemente dalla base confessionale) diventi senza alcuna legalizzazione sociale, diritto positivo. L'identificazione di laicismo e « neutralità » sociale nei confronti dei più discussi problemi morali si suole tradurre, in pratica, in una operazione di « neutralizzazione » dei consensi

vigenti che sono in discrepanza con il laicismo trasformato in credo. Anche gli « illuministi » se non vogliono svolgere il ruolo di despoti, devono dotare le loro proposte di autorevolezza sociale prima di convertirle in norme, e non si possono concedere il vantaggio di poter formulare anatemi e scomuniche dal soglio del loro magistero « neutrale ».

Molto più complesso risulta il mantenimento di queste esigenze nell'ambito del processo di positivizzazione del giuridico. Gli appelli al principio di legalità ed i tentativi di escludere tutte le proposte « morali » che non siano quelle poste giuridicamente, si scontreranno coi paradossi già segnalati. La mancanza di alcuni meccanismi di legittimazione politica di questo compito — che inevitabilmente crea diritto — si sentirebbe chiaramente. Diventerebbe possibile, a partire dalle più disparate teorie morali, considerare aperta la strada a ogni tipo di « uso alternativo del diritto » al servizio dell'etica di turno.

Non mancano schemi formali che invitano alla ricerca intersoggettiva delle variabili positivizzatrici (collegialità dei tribunali, dibattito processuale, elezione popolare dei giudici, giuria...), che hanno un gran bisogno di essere rivitalizzate e che sono sotto la minaccia di strumentalizzazione come quelle che rientrano nella pratica legislativa.

Bisognerebbe analizzare se da questa angolazione è stato conseguentemente assunto il crollo degli schemi positivisti per evitare una proliferazione di « casi difficili », intesi come assegno in bianco al servizio di arbitrarietà più o meno « alternative ».

Neppure gli attuali approcci di radice consensuale o comunicativa possono escludere coerentemente il giuoco degli elementi giusnaturalistici in questo processo di positivizzazione sempre che — scimmiettando gli anatemi laicisti — vengano (mal) intesi come elementi bloccanti di un discorso che in realtà intendono alimentare. Appare ovvio che l'appello al consenso od alla comunicazione come base del discorso etico poggia su di un postulato previo inconfondibilmente giusnaturalista: la già accennata dignità umana. Ammetterlo e negare il senso — o considerare pericolosa — della ricerca di altri elementi, non meno giusnaturalistici, capaci di orientare il processo di positivizzazione, equivarrebbe a sottoscrivere una nuova versione del « diritto naturale

minimo » che non avrebbe molto da invidiare al modello di Hobbes, né dal punto di vista teorico né da quello pratico. Se accettiamo una realtà oggettiva che dia fondamento al procedimentalismo, siamo allora obbligati ad ammettere anche che il procedimento può servire da alveo per l'argomentazione di altre realtà non meno oggettive.

**Andrés Ollero**

# **iustitia**

A CURA DELL'UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI - ROMA, ANNO XLIV, OTTOBRE-DICEMBRE 1991

**Estratto**

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE  
SPED. IN ABB. POST. - GR. IV/70

**giuffrè editore**

**4**