

○

LUISS 

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra: Metodologia della Scienza Giuridica

Il più recente dibattito sul positivismo giuridico

Relatore: Prof. Antonio Punzi
Correlatore: Prof.ssa Alessia Farano

Candidato: Francesco Cantagallo
Matricola 114323

Anno accademico: 2020/2021

INDICE

CAPITOLO 1. LE ORIGINI DEL POSITIVISMO GIURIDICO	5
1.1. LA NOZIONE DI POSITIVISMO GIURIDICO	5
1.2. LA SCUOLA DELL'ESEGESI	12
1.3. LO STORICISMO TEDESCO	18
1.4. L'UTILITARISMO INGLESE	24
CAPITOLO 2. L'EVOLUZIONE NEL TEMPO DELLE POSIZIONI DI BOBBIO SUL POSITIVISMO GIURIDICO	32
2.1. LA SCUOLA DI TORINO	32
2.2. BOBBIO E IL POSITIVISMO GIURIDICO DI HANS KELSEN	35
2.3. IL DIRITTO COME ORDINAMENTO	41
2.4. POSITIVISMO E GIUSNATURALISMO IN NORBERTO BOBBIO	47
2.5. DAL POSITIVISMO DI BOBBIO A UNA TEORIA VERAMENTE GENERALE DEL DIRITTO	53
CAPITOLO 3. IL POSITIVISMO GIURIDICO CONTEMPORANEO	54
3.1. STATO DI DIRITTO E STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO	54
3.2. IL DIBATTITO TRA HART E DWORKIN: IL CONFLITTO TRA DUE MODELLI DI DIRITTO	57
3.3. TRA DIRITTO E MORALE: LA RISPOSTA DEL GIUSPOSITIVISMO "GARANTISTA" DI L. FERRAJOLI ALLA SFIDA DEL NEOCOSTITUZIONALISMO DWORKINIANO.	61
3.4. IL POSITIVISMO GIURIDICO ESCLUSIVO IN J. RAZ	66
3.5. IN DIFESA DEL POSITIVISMO INCLUSIVO "LE POSIZIONI DI W.J. VALUCHOW E J.J. MORESO ALL'INTERNO DEL DIBATTITO TRA INCLUSIVISTI ED ESCLUSIVISTI	71
CAPITOLO 4. RIFLESSIONI E CONCLUSIONI	77
BIBLIOGRAFIA	79

INTRODUZIONE

Con il presente lavoro si è ripercorso sommariamente il dibattito riguardante il positivismo giuridico, partendo dalle sue origini fino ai tempi più recenti in cui il giuspositivismo è stato fortemente messo sotto attacco dalle critiche provenienti da quelle correnti di pensiero aderenti al neocostituzionalismo e più in generale “al partito dell’anti-positivismo”; critiche che in una buona parte dei casi hanno però avuto come bersaglio il giuspositivismo nelle sue tesi più retrograde ed antiquate (alle volte senza neanche qualificarlo o definirlo opportunamente), rifiutate anche dal giuspositivista contemporaneo, ma che in altri casi hanno saputo cogliere nel segno (Dworkin su tutti), portando alcuni tra i fautori moderni del positivismo giuridico a schierarsi in sua difesa elaborando nuove e più raffinate declinazioni (positivismo esclusivo ed inclusivo).

L’elaborato è suddiviso in quattro capitoli.

Il primo capitolo è dedicato alla genesi del positivismo giuridico, partendo dalle sue origini in Francia, Germania ed Inghilterra, ne vengono illustrati i momenti salienti e le radici ideologiche all’interno dei rispettivi contesti storici e culturali, ma soprattutto viene offerta una retrospettiva essenziale riguardante la nozione di positivismo giuridico, il quale essendo un concetto flou e multiforme necessita di un’opportuna qualificazione concettuale sotto i vari aspetti e tratti caratterizzanti in cui esso si presenta.

Il secondo capitolo ripercorre il pensiero di Norberto Bobbio e la sua progressiva maturazione filosofica, che gli consente di cogliere sia i punti di forza che le debolezze del positivismo giuridico e al quale si deve uno dei più penetranti tentativi di individuare i principali aspetti in cui il giuspositivismo si è storicamente presentato. Dalla Scuola di Torino all’influenza kelseniana sul pensiero di Bobbio viene quindi ripercorsa brevemente la sua storia filosofica che lo vede cambiare posizione nel tempo riguardo al giuspositivismo, offrendo sicuramente degli spunti ancora attuali per introdurre il quesito generale che maggiormente rileva ai fini dell’elaborato in questione, ovvero se il positivismo giuridico sopravviva con un ruolo attivo anche con l’avvento dello stato costituzionale, oppure se l’avvento di quest’ultimo abbia inflitto un colpo mortale e definitivo a tutte le possibili istanze giuspositivistiche.

Il terzo capitolo è quindi dedicato a quello che possiamo definire come “il più recente dibattito sul positivismo giuridico”, illustrando il pensiero di alcuni dei suoi esponenti più rappresentativi i quali muovendo le fila dalla critica (*value-oriented*) di Dworkin al positivismo (*rule-based*) di Hart hanno rialimentato il dibattito intorno al positivismo giuridico riuscendo a fornire declinazioni più raffinate ed evolute del concetto di giuspositivismo che riesce a sopravvivere, seppur mutando ulteriormente forma e connotati, anche all’interno della cornice delineatasi con l’affermazione definitiva dello “Stato Costituzionale dei diritti”.

Per concludere, un breve capitolo dedicato a delle riflessioni e conclusioni sul concetto di positivismo giuridico nell'era contemporanea e su quale forma e accezione di giuspositivismo sopravvive (attivamente) di fronte alle istanze del neocostituzionalismo e più in generale anti-positivistiche (seppur con qualche limite), che a partire dalla critica Dworkiniana hanno messo fortemente in crisi (come mai avvenuto in passato) le fondamenta ideologiche e concettuali del giuspositivismo rule-based di cui Hart è il principale esponente.

1.1. La nozione di positivismo giuridico

Definire cosa sia il positivismo giuridico è un'attività quanto mai complessa data la molteplicità delle correnti che, nel corso del tempo, sono ricadute sotto tale dicitura. La locuzione “positivismo giuridico”, difatti, è stata usata, negli anni, per identificare numerose teorie del diritto non sempre fra loro convergenti (almeno non sotto ogni singolo aspetto). Tali discrepanze sono anche il risultato della diversità dei contesti storici e culturali all'interno dei quali tali teorie hanno trovato applicazione.

L'espressione “positivismo giuridico” è stata coniata, sul finire dell'Ottocento, mutuandola dal positivismo filosofico¹. Tratto comune a tutte le correnti che, dall'Ottocento ad oggi, sono ricadute sotto la definizione di positivismo giuridico è che si articolano muovendo le fila da un medesimo presupposto: tutto il diritto è diritto positivo². Pertanto, tali teorie considerano il diritto sempre e soltanto un artefatto umano; esso è, pertanto, del tutto contingente, sia sotto il profilo valutativo, sia nei contenuti che risultano, pertanto, privi di qualsivoglia radicamento di tipo oggettivo; non v'è alcun elemento esterno rispetto al contesto storico e culturale all'interno del quale si colloca³.

Da tale definizione è possibile rilevare immediatamente come vi sia un'opposizione radicale del giuspositivismo al giusnaturalismo, il quale può essere definito negando la tesi centrale del positivismo giuridico⁴. Considerando il gruppo di teorie che ricadono, rispettivamente, sotto la definizione di positivismo giuridico e di giusnaturalismo è possibile affermare che le prime, in un dato momento storico, identificabile con l'illuminismo giuridico che accompagnò la nascita dello Stato moderno, furono una reazione alle seconde⁵. Il positivismo giuridico può essere inquadrato considerando tre distinte tesi⁶:

- “tesi della separabilità”, secondo la quale non vi è una connessione di tipo necessario fra diritto ed etica/morale; pertanto, anche il diritto che appare moralmente ingiusto è comunque diritto;
- “soggettivismo etico”, secondo cui tutti i giudizi di carattere etico e morale sono sempre di carattere relativo, personale e soggettivo; privi, dunque, di un fondamento di tipo oggettivo;
- “teoria mista”: possono presentarsi sia casi facili, per cui le disposizioni esprimono solamente una norma, sia casi difficili, per i quali le disposizioni esprimono più di una norma.

¹ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011, p. 79

² Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 205.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011, p.76

La prima di tali tesi è stata così formulata negli anni Cinquanta del secolo scorso da Hart, riprendendo alcuni concetti espressi alla fine dell'Ottocento da John Austin. Come su esposto, essa si presenta, nelle sue varie formulazioni, come una negazione della tesi della connessione necessaria formulata in ambito giuridico da parte dei giusnaturalisti⁷. Tale tesi nega che esistano quattro tipologie di connessione⁸:

- “connessione necessaria definitoria”: non è vero che esiste una connessione di tipo definitorio tra diritto e morale; pertanto è da considerarsi diritto anche il diritto che appare moralmente ingiusto;
- “connessione necessaria identificativa”: una volta che il diritto è stato prodotto, al momento dell'applicazione l'individuazione del diritto da applicare è effettuata in base alle fonti, non in base alla giustizia;
- “connessione necessaria giustificativa”: le decisioni prese in ambito giudiziale trovano la loro giustificazione in base allo stesso diritto, non in base ad un codice di tipo morale;
- “connessione necessaria interpretativa”: l'interpretazione del diritto deve avvenire in base allo stesso diritto, seguendo cioè le sue stesse disposizioni, e non attraverso le lenti di un codice di tipo morale.

Le connessioni fra diritto e morale negate dai giuspositivisti sono, come evidenziato, soltanto quelle di carattere necessario: possono esistere, invece, delle connessioni di tipo contingente (ossia non necessario) fra il diritto e la morale⁹. Il diritto, in particolare, può avere delle connessioni con la morale positiva, ovvero con la morale abitualmente seguita da una certa comunità di persone. Inoltre, esiste un rapporto di reciproca influenza fra diritto e morale, come testimoniato dai moderni principi costituzionali¹⁰.

La seconda delle tesi giuspositiviste, ovvero il soggettivismo etico, afferma la soggettività dei giudizi di valore: essi non rappresentano qualcosa di oggettivo, ma sono relativi esclusivamente ai soggetti che li formulano¹¹. Tale tesi rappresenta una negazione dell'oggettivismo etico, anch'essa tesi sostenuta dai giusnaturalisti, in base alla quale i valori erano incardinati nella natura delle cose¹².

⁷ Ivi p. 69-70.

⁸ Ivi p.70.

⁹ Ibidem

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ivi p.71

¹² Ibidem.

Un primo passo contro l'oggettivismo etico era stato compiuto dai giusrazionalisti, i quali avevano sostenuto che i valori non erano nella natura, bensì nella ragione; attraverso il dialogo e l'esercizio di tale ragione si poteva pervenire ai valori di carattere etico-morale¹³.

Se in questa posizione è presente, ancora, una forma di oggettivismo, la successiva affermazione di assenza d'una ragione universale renderà inevitabile il passaggio dall'oggettivismo al soggettivismo etico¹⁴.

Come per il positivismo giuridico, anche nel caso del soggettivismo etico la locuzione è utilizzata per indicare una pluralità di posizioni non sempre in perfetto accordo fra loro. Essa, specie agli inizi del Novecento, poteva denotare sia un soggettivismo etico propriamente detto, secondo cui qualsiasi giudizio di valore è di natura meramente soggettiva, sia un pluralismo etico, in base al quale esistono degli elementi oggettivi, dei valori di carattere oggettivo, ma essi possono essere fra loro confliggenti¹⁵.

Attualmente, la tesi maggiormente condivisa fra i giuspositivisti è rappresentata dal costruttivismo etico di Rawls, in base al quale i valori etici sono di natura intersoggettiva, costruiti mediante il dialogo razionale, e non dati in precedenza¹⁶. Questa posizione appare intermedia fra l'oggettivismo etico e il soggettivismo etico puro: da un lato si tende a garantire una certa oggettività (un certo accordo comunemente condiviso) riguardo i princìpi, ovvero i giudizi di carattere universale; al contrario, i giudizi riguardanti casi specifici rimangono irrimediabilmente soggettivi, dunque di carattere non universale¹⁷.

L'ultima tesi giuspositivista è quella della teoria interpretativa mista, sostenuta anch'essa per la prima volta da Hart. Anche questa teoria si articola in modo diverso a seconda del momento storico di riferimento¹⁸. Va segnalato, comunque, che questa tesi non è sempre stata abbracciata dai positivisti: nell'Ottocento, difatti, è stato abbracciato il formalismo, secondo cui ogni disposizione esprime una sola norma.

Riguardo la teoria mista, essa è stata poi così formulata da Hans Kelsen: ciascuna disposizione rappresenta soltanto una cornice di significati: l'attività di interpretazione consiste nella scelta della norma da applicare. La discrezionalità di quest'operazione appare più ampia se si guarda all'opera del legislatore nell'attività di applicazione della costituzione, mentre appare più ristretta se si guarda all'attività di applicazione della legge da parte del giudice¹⁹.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

Le principali concezioni del positivismo giuridico, così come si è storicamente presentato, sono state individuate nell'opera di Norberto Bobbio²⁰, il quale ha individuato tre distinte accezioni della locuzione²¹:

- il positivismo giuridico come “teoria del diritto”, ossia un insieme di tesi convergenti verso una concezione statualistica del diritto;
- il positivismo giuridico come “metodo di studio del diritto”, ovvero il modo di individuare l'oggetto di studio e l'atteggiamento verso di esso;
- il positivismo giuridico come “ideologia”, cioè la tesi circa l'obbligatorietà del diritto positivo.

La prima delle concezioni del positivismo giuridico è rappresentata da un insieme di tesi circa la natura stessa del diritto positivo²². Queste teorie sono state sviluppate in diversi contesti culturali a partire dall'Ottocento; tali teorie, sviluppate soprattutto da studiosi di origine inglese, francese e tedesca, hanno prodotto dei risultati molto simili, sebbene in contesti normativi molto differenti fra loro, poiché provenienti, rispettivamente, dal *common law* e dal *civil law*²³. Queste teorie possono essere esposte attraverso l'esposizione delle tesi circa la natura del diritto:

- “teoria della coattività”, le norme giuridiche differiscono da quelle morali per il fatto che le prime possono essere imposte ai destinatari anche in modo coattivo, ovvero contro la loro volontà; inoltre presentano delle sanzioni qualora non vengano rispettate²⁴; esse disciplinano, inoltre, l'uso della forza all'interno di un gruppo sociale²⁵;
- “positività e normatività”: il diritto è soltanto il diritto positivo, il quale si compone di comandi atti ad indirizzare la condotta²⁶;
- “tesi della sistematicità”, secondo cui le norme di un certo sistema giuridico formano un sistema ordinato²⁷;
- “tesi della coerenza”, secondo cui un dato sistema giuridico non contiene, al suo interno, delle antinomie²⁸;

²⁰ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 206.

²¹ Ivi, pp. 206-207.

²² Ivi, p. 207.

²³ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.72

²⁴ Ibidem.

²⁵ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 207.

²⁶ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.72

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

- “tesi della supremazia della legge” come fonte del diritto: le altre fonti sono tutte subordinate a questa²⁹;
- “tesi della completezza”, per la quale sono assenti lacune all’interno dei sistemi giuridici³⁰;
- “formalismo interpretativo”: le disposizioni hanno un solo significato³¹, pertanto l’attività di interpretazione giuridica si attesta come un’attività logica e di tipo tendenzialmente meccanico³²;
- “tesi della scientificità”, ovvero la tesi secondo cui la dottrina giuridica, per i suoi caratteri, è assimilabile ad una scienza³³.

Secondo il giuspositivismo teorico tutte queste teorie sono valide per qualsiasi sistema giuridico, indipendentemente dall’epoca e dalla cultura prese come riferimento³⁴.

Si tratta di una concezione del diritto di tipo statualistico secondo la quale il diritto è un sistema unitario di regole poste dallo Stato e che devono essere applicate tramite le decisioni giudiziarie³⁵. Il positivismo in senso teorico, dunque, afferma che il diritto è un insieme di norme munite di sanzione, che le norme sono imperativi, che la legge ha una supremazia sulle altre fonti (consuetudine, precedenti giurisprudenziali, opinioni della dottrina), che l’ordinamento è completo e coerente e che l’attività del giudice e del giurista è un’attività essenzialmente logico-deduttiva; è questa la forma in cui il positivismo si è prevalentemente manifestato nel XIX secolo³⁶.

Il giuspositivismo metodologico rappresenta invece il modo con cui i giuristi si avvicinano allo studio del diritto³⁷, ossia secondo quali criteri è delimitato il loro oggetto di studio. Tale approccio verte sulla tesi della scientificità dell’attività del giurista, la quale si connota, dunque, per un atteggiamento avalutativo³⁸.

²⁹ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 207.

³⁰ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.72

³¹ Ibidem.

³² Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 207.

³³ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.72

³⁴ Ivi, p. 73

³⁵ Antonio Punzi, *Diritto In.Formazione, Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli Editore, 2018, p.64

³⁶ Ibidem

³⁷ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 207.

³⁸ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.73

Si presenta così la dicotomia diritto “com’è/come dovrebbe essere”³⁹; la scelta dell’analisi solo del primo termine di questa dicotomia rappresenta l’attuazione, da parte dei giuspositivisti, della teoria della separabilità⁴⁰.

Altra tesi fatta propria dal giuspositivismo metodologico è rappresentata, come detto, dall’avalutatività con cui è svolta l’attività del giurista: essendo questa un’attività scientifica, il giurista, alla stregua dello scienziato, non deve formulare alcun giudizio di valore⁴¹.

Tale precetto è da riferirsi sia alla dottrina, particolare, poiché riferita ad un particolare sistema giuridico (italiano, inglese, tedesco), sia alla teoria, generale, poiché investiga il diritto nella sua essenza, prescindendo dal riferirsi ad un particolare sistema giuridico⁴² ed assumendo ad oggetto di indagine del giurista solo il diritto posto da organi autorizzati secondo determinate procedure.

Diversamente dal positivismo teorico, esso non fa propria l’idea ottocentesca del diritto come sistema completo e coerente di leggi, espresse in forma imperativa, munite di sanzione e da applicare ai casi mediante deduzione logica ed inoltre non nega che possa esistere un diritto naturale come diritto ideale, ammettendo però che oggetto della scienza giuridica sia solamente il diritto positivo vigente⁴³.

La terza ed ultima concezione del giuspositivismo, nell’analisi di Bobbio, è il giuspositivismo come ideologia: in questo caso la teoria portata avanti è quella dell’obbligo di obbedienza al diritto positivo da parte dei cittadini e di sua applicazione da parte dei giudici⁴⁴.

Questa tesi trova le sue radici già nel Seicento nel pensiero di Thomas Hobbes, il quale formula la tesi nella forma di un legalismo etico: essendo la legislazione il massimo parametro per determinare ciò che è giusto e ciò che non lo è, il diritto positivo va rispettato e si deve determinare un adeguamento della morale al diritto⁴⁵. La tesi del legalismo etico, nell’analisi svolta da Bobbio, si presenta secondo due distinte versioni. Una prima versione, più moderata, teorizza la funzione del diritto positivo come strumento, emanato da un’autorità detenente il monopolio dell’uso di metodi coercitivi, per assolvere ad una funzione di ordine e pace sociale, contribuendo alla realizzazione di quei valori che vengono valutati come meritevoli⁴⁶.

³⁹ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999 p. 207.

⁴⁰ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.73.

⁴¹ Ivi, 50.

⁴² Ibidem.

⁴³ Antonio Punzi, *Diritto In.Formazione, Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli Editore, 2018, p.65.

⁴⁴ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 207.

⁴⁵ Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in “Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law”, 16, 2011.p.74.

⁴⁶ Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, Giappichelli Editore, 1999, p. 207.

Una versione più estrema di tale tesi, invece, ritiene il diritto come qualcosa che detiene un valore intrinseco e che è, pertanto, qualcosa di giusto di per sé⁴⁷.

Il positivista in senso ideologico, quindi, non si limita a descrivere e interpretare un sistema vigente, ma, esprimendo un giudizio morale, lo accredita come sistema meritevole di essere obbedito. Questa versione del positivismo è stata talora accusata di fornire una giustificazione anche a sistemi dittatoriali per il fatto di sostenere che l'obbedienza al diritto posto dall'autorità sia in sé un bene. Sul punto, però, a ragione Bobbio precisa che tale accusa può essere rivolta solo alla versione del positivismo ideologico secondo cui le leggi positive sono giuste in quanto tali, per il solo fatto di essere comandate⁴⁸.

Quanto, invece, all'ideologia positivista secondo cui è bene obbedire alle leggi positive, a prescindere dal loro contenuto, perché attuano valori essenziali alla sopravvivenza della società come l'ordine, la pace e la certezza, l'accusa di giustificare l'obbedienza alla dittatura non è fondata. Per questa versione, infatti, "l'obbligo morale" di obbedire alle leggi è doppiamente condizionato:

- al riconoscimento che le leggi date siano mezzi idonei al raggiungimento del fine che è loro proprio;
- al riconoscimento che i valori garantiti dal diritto non entrino in conflitto con altri valori, quali quelli del rispetto della vita, della libertà, della dignità umana, che la coscienza morale giudica superiori".⁴⁹

Bobbio invita peraltro a non dimenticare che "i postulati etici del positivismo giuridico, il principio di legalità, l'ordine come fine principale dello stato, la certezza come valore del diritto, siano stati elaborati nel secolo XVIII dalla dottrina liberale, da Montesquieu a Kant, per porre argine al dispotismo, cioè come freno all'arbitrio del principe"⁵⁰.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Antonio Punzi, *Diritto In.Formazione, Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli Editore, 2018, p.64

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Ibidem

1.2. La scuola dell'esegesi

Con la cultura razionalistica dell'illuminismo, nata a metà del Settecento, nasce anche l'esigenza della codificazione, così da rendere il diritto qualcosa di razionale e universalmente e assolutamente valido⁵¹.

Il contesto francese presentava delle necessità di riforma del diritto molto più accentuate rispetto a quelle presenti in altri Paesi dell'Europa. Il diritto francese, difatti, da lungo tempo presentava delle discrepanze fra il nord e il sud della Francia. Nel meridione della Francia era in vigore il diritto scritto (*droit écrit*), ossia il diritto giustiniano, il quale era stato solo debolmente modificato dalle norme consuetudinarie o statuarie locali⁵². Al contrario, nel Nord della Francia sopravviveva un diritto fondato eminentemente sulla consuetudine (*droit coutumier*); in particolare le consuetudini risalivano alla tradizione franca e carolingia ed erano di stampo germanico, con principi molto distanti da quelli del diritto romano⁵³.

Già con la nascita dello stato assoluto era stato attuato il tentativo di un'unificazione del diritto, portato avanti prima grazie alle *ordinanze* di Luigi XIV e Luigi XV⁵⁴ e poi grazie all'opera *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* (1748) di Robert Joseph Pothier (1699-1772): in questo suo scritto egli intraprese un lavoro di sistemazione del diritto civile ispirandosi, secondo un'istanza giusnaturalista, al criterio dell'equità naturale⁵⁵.

Nonostante la concezione illuministica della natura del diritto, secondo la quale la sua complessità fosse solamente il risultato di un arbitrio della storia, l'opera di Pothier, seppur fondata sulla volontà di seguire tale istanza e di riformare la legislazione secondo ragione, non abbandonò del tutto la tradizione, operando, piuttosto, una risistemazione di quanto già presente⁵⁶.

Nella Costituzione del 1791 fu stabilito il principio del codice unico per tutto il regno. Le differenze fra il progetto di codice definitivo e le sue varie versioni intermedie hanno origine dalle diverse volontà che guidavano la loro stesura. Nei primi progetti erano ancora molto forti gli ideali illuministici e giusnaturalisti della Rivoluzione⁵⁷: pertanto si cercava di cancellare le tracce del passato, quali la monarchia francese e tutte le istituzioni che potevano rappresentarla. Successivamente, al contrario, queste istanze vengono pian piano meno, tanto che vengono ripresi, nella redazione del nuovo codice, molti elementi della tradizione, primo fra tutti il diritto comune Romano.

⁵¹ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, Milano, 1965, p. 245.

⁵² Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, pp. 29-30.

⁵³ Ivi, p. 30.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ivi, p. 31.

Nei primi tre progetti del codice, ad opera di Jean Jacques Régis de Cambacérès, nonostante la presenza dei suddetti ideali, si assiste ad un progressivo attenuarsi degli stessi, i quali appaiono ancora dominanti nel primo (1793) e nel secondo (1794), ma già molto più attenuati nel terzo (1796). Quest'ultima circostanza è anche da ricondursi ad un importante cambiamento: la sostituzione del Direttorio alla Convenzione⁵⁸.

Il progetto definitivo, cui si deve un largo contributo a Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807), tenta di conciliare il diritto germanico con quello romano: si assiste pertanto, nell'atteggiamento di Portalis, ad un'avversione al radicale razionalismo la cui volontà era la totale distruzione della tradizione precedente⁵⁹. Al contrario, si assiste ad un progressivo allontanamento dagli ideali illuministici: anche i richiami ai principi giusnaturalistici appaiono piuttosto generici⁶⁰.

Tale progetto fu infine discusso dal consiglio di stato, discussione alla quale prese parte lo stesso Napoleone, fino a trarne un testo definitivo il quale entrò in vigore a marzo del 1804⁶¹. Questo testo fu denominato *Code civil*, ma ben presto tale denominazione fu soppiantata, nell'uso comune, dalla locuzione *Code Napoléon*⁶².

Nonostante fossero state le istanze illuministiche ad avviare il processo di codificazione, queste sopravvissero solo debolmente all'interno del Codice Napoleone. Dal giusnaturalismo settecentesco, difatti, furono ripresi prevalentemente alcuni diritti innati dell'uomo che erano stati da questa corrente di pensiero sanciti: la libertà personale (sviluppata attraverso l'istituzione del divorzio e la piena libertà contrattuale in ambito lavorativo) e la proprietà privata (quest'ultima definita come la possibilità di godimento e disposizione delle cose senza vincolo alcuno)⁶³.

Il principio illuministico che maggiormente esercitò la sua influenza sul codice, seppur accolto quasi in maniera del tutto incidentale, non riguardò il suo aspetto contenutistico, bensì la sua struttura formale. Tale principio fu quello della limitazione dei poteri attribuiti ai giudici e condusse, nella sua esplicazione all'interno del codice, a formulare la teoria della completezza dell'ordinamento giuridico⁶⁴.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ivi, p.32.

⁶⁴ Ibidem.

Questa limitazione trasse la sua origine da due distinte istanze⁶⁵:

- la necessità di garantire la certezza del diritto, il quale, pertanto, non doveva essere sottoposto, nella sua applicazione, all'arbitrio del giudice;
- una motivazione di carattere politico, ovvero la volontà di netta separazione fra potere legislativo e potere giudiziario.

Questo principio, tuttavia, non era assoluto, poiché già lo stesso Portalis aveva constatato come il diritto positivo non potesse sostituirsi interamente alla ragione umana, in quanto potevano sempre presentarsi delle situazioni che non erano risolte in modo esatto da norma alcuna⁶⁶. Fatta eccezione per l'ambito penale, ambito all'interno del quale doveva essere fatta salva, più che mai, la certezza del diritto, lo stesso Portalis riteneva che, all'occorrenza, il giudice, al fine di dirimere una certa questione, qualora le leggi fossero state poco chiare, avrebbe potuto richiamare usi, precedenti giudiziari e diritto naturale, cercando di applicare, nel prendere una decisione, l'equità⁶⁷.

Quest'idea, sancita dall'articolo 11 del Titolo V del "Libro preliminare", era atta anche ad evitare la consuetudine, tipica dell'epoca rivoluzionaria, di rinviare al legislatore tutti quei casi che apparivano oscuri (o comunque poco chiari), così da mantenere saldo il principio secondo cui il giudice non doveva mai interpretare la legge⁶⁸. Senonché tale articolo, assieme all'art. 1 del Titolo I del "Libro preliminare", il quale dichiarava l'esistenza di «un diritto universale e immutabile, fonte di tutte le leggi positive», fu soppresso.⁶⁹ L'art. 12 del titolo V del progetto, il quale sanciva l'impossibilità, per il giudice, di astenersi dal valutare un caso anche qualora esso apparisse oscuro o privo di riferimenti normativi all'interno del *corpus* di leggi in vigore, fu, al contrario, mantenuto⁷⁰.

Cambiò però il senso attribuito all'articolo, in virtù della soppressione degli articoli citati: in un primo momento era stato fatto specifico riferimento ad altre fonti del diritto distinte dalla legge ordinaria che potevano dal giudice essere richiamate al fine di dirimere una certa questione, sempre richiamandosi ad una naturale equità⁷¹.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ivi, p. 33.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ivi, p. 34.

⁷¹ Ibidem.

Successivamente, si ritenne che il giudice dovesse trovare soluzione alla questione basandosi unicamente sulla legge; fu così che venne delineandosi la tesi per cui l'ordinamento giuridico è da considerarsi un insieme completo, privo di lacune⁷².

Esito di questo processo fu che la legge ordinaria venne riconosciuta come l'unico principio giuridico valido: nonostante la codificazione avesse preso le mosse dalle istanze giusnaturalistiche, il risultato fu l'approdo al positivismo giuridico⁷³. Ciò è in particolare evidenziato dal ruolo attribuito al diritto naturale: esso venne considerato, inizialmente, come l'essenza del codice, ma, successivamente, rifiutato ed irriso.

La tesi della completezza dell'ordinamento giuridico positivo, che determina una riduzione di tutto il diritto alla legge, la quale altro non è che espressione della volontà dello Stato, fu teorizzata da parte della scuola dell'esegesi, la quale si sviluppò in Francia durante il secolo XIX e vide il suo massimo splendore a cavallo fra il 1830 e il 1880⁷⁴.

Secondo questa scuola l'attività di studio del diritto doveva configurarsi unicamente come un attento e preciso commento del codice, articolo dopo articolo, secondo l'ordine stabilito dal legislatore al momento della redazione, della codifica del codice⁷⁵. Dopo la pubblicazione del codice, i giuristi adottarono un atteggiamento quasi di timore religioso nei confronti del codice, tanto che il loro atteggiamento nell'analisi dello stesso seguì quello che era il metodo di commento del "Libro Sacro", appunto l'esegesi⁷⁶. Attraverso l'attività di studio del diritto così configurata era possibile pervenire alla soluzione di qualsiasi problema; inoltre, il codice offriva sin da subito una sistemazione logica dei concetti giuridici⁷⁷.

L'opera di codificazione attuata dallo Stato francese appare come la condizione primaria per la nascita della scuola dell'esegesi, la quale si pone come analisi valutativa e lineare del codice; in questo ambito torna l'atteggiamento quasi scientifico del giurista che non spinge la sua attività al di là delle norme sancite nel diritto positivo: sul piano pratico è superflua ogni elaborazione ulteriore, poiché l'analisi dell'insieme degli articoli è già di per sé sufficiente alla soluzione dei problemi giuridici⁷⁸.

Come sottolineato da Bobbio, i giuristi della scuola dell'esegesi riconoscono l'esistenza sia del diritto naturale che del diritto positivo, dove il secondo dovrebbe consistere in una traduzione del primo.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ivi, p. 35.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Michel Troper, in *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 140.

⁷⁷ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 35.

⁷⁸ Ivi, pp. 35-36.

Il diritto naturale svolge un ruolo importante nell'interpretazione, tuttavia, essendo il diritto positivo una traduzione di quello naturale, l'attività prevalente si fonda sull'analisi del linguaggio, poiché esso esprime la volontà del legislatore⁷⁹. La quasi meccanicità di un processo così configurato pare in conflitto con qualsiasi filosofia del diritto: di fatto appare esclusa, in tale contesto, qualsiasi riflessione di tipo filosofico.

Seppur tale atteggiamento neghi, appunto, una qualsiasi forma di filosofia, quest'ultima viene comunque a delinearsi nella forma di un volontarismo in veste laica, la quale riduce tutto il diritto alla volontà non di una divinità, bensì dello Stato, il quale si vede sciolto dai limiti che gli erano stati imposti, a cavallo fra Seicento e Settecento, dai giusnaturalisti mediante il diritto naturale⁸⁰.

Gli esponenti della scuola dell'esegesi⁸¹ adottavano, pertanto, un metodo che escludeva riferimenti a qualsiasi tipo di diritto diverso da quello che era stato posto dall'autorità statale; il loro atteggiamento era di continua ricerca dell'intenzione, vale a dire della volontà, del legislatore insita nelle singole norme⁸².

Il dettame di non interpretazione del diritto seguito da coloro che aderivano alla scuola dell'esegesi determinò una concezione del diritto imperniata sulla staticità dello stesso, poiché l'istanza di garantire la certezza del diritto militava contro quella dell'adeguamento del diritto alle mutevoli esigenze della società: ritornava pertanto, in questo frangente, quell'atteggiamento antistorico che si era avuto con l'illuminismo e il giusnaturalismo nel loro completo e più assoluto rifiuto della tradizione⁸³.

Con la codificazione del diritto si andò a creare un ponte ideale fra il giusnaturalismo e il positivismo giuridico, con conseguenze di stampo fortemente positivistico: tutto il diritto è ridotto alla legge dello Stato e l'ordinamento così delineato è considerato un sistema completo⁸⁴.

I motivi che avevano portato alla codificazione e la tesi della statualità esclusiva del diritto positivo che discese da questo processo generano però una contraddizione: si ha, da una parte, un aspetto di tipo razionalistico, per il quale il diritto positivo si presenta come attuazione dei dettami della ragione e, per tale sua natura, acquisisce validità universale⁸⁵; dall'altra parte c'è un aspetto volontaristico, in base al quale la validità delle norme discende direttamente dal loro essere poste dal legislatore e sono, pertanto, attuazione della volontà, a prescindere da una qualsiasi conformità alla ragione⁸⁶.

⁷⁹ Michel Troper., in *The Cambridge Companion To Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 140.

⁸⁰ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 35.

⁸¹ Fra cui è possibile annoverare Carlo Bonaventura Maria Toullier (1752-1835), Giambattista Vittorio Proudhon (1758- 1838), Claudio Stefano Delvincourt (1762-1831), Alessandro Duranton (1783-1866), Raimondo Teodoro Troplong (1795- 1869), Federico Carlo Rau (1803-1877), Giovanni Carlo Fiorenzo Demolombe (1804-1887), Vittorio Napoleone Marcadé (1810-1854), Francesco Laurent (1810-1887).

⁸² Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, pp. 36-37.

⁸³ Ivi, p. 37.

⁸⁴ Ivi, p. 38.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

Col tempo l'elemento giusnaturalistico-razionale è progressivamente eclissato: la maggioranza dei giuristi riterrà, pertanto, che la validità della norma risieda, secondo un approccio squisitamente positivista, nel suo essere posta da parte del legislatore⁸⁷.

Questo processo, però, avviene gradualmente. In un primo momento si identifica la volontà del legislatore come un'espressione della razionalità, dai forti legami, dunque, con la convinzione giusnaturalistica. Successivamente si riconosce una volontà razionale nei paesi democratici, al popolo o ai suoi rappresentanti. Infine si ritenne che, come la volontà del legislatore era da riconoscersi come razionale, così doveva essere il prodotto di tale volontà, ovvero il diritto positivo⁸⁸.

La scuola dell'esegesi fu molto criticata, nel XX secolo, da parte di Gény, il quale attaccò il culto, da parte dei giuristi di questa scuola, della legge statutaria. La sua critica verteva sull'idea che la scuola dell'esegesi aveva considerato il diritto positivo come qualcosa di completo e coerente e, perciò, sufficiente alla risoluzione di qualsiasi caso senza fare appello alcuno ad altre fonti del diritto diverse dalla legge⁸⁹.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Michel Troper, in *The Cambridge Companion To Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 141.

1.3. Lo storicismo tedesco

Con la nascita del “romanticismo”, in tutta Europa si assiste ad un moto di reazione all’illuminismo, il quale investe ogni campo, dalla politica alla letteratura, dalla morale agli aspetti della vita pratica, coinvolgendo anche lo stesso diritto⁹⁰.

Il risultato cui si giungerà, così come, apparentemente in maniera paradossale, era avvenuto per l’illuminismo, è l’affermazione di una dottrina del diritto di stampo positivistica.

Con il romanticismo si recuperano tutti quei caratteri contingenti che permettono di riconoscere l’individualità sia del singolo che di un popolo. Alla base di tale atteggiamento c’è un vivissimo interesse per la storia e lo sviluppo storico, il quale torna ad essere centrale nella riflessione della cultura romantica, in aperto contrasto con quello che era invece stato l’atteggiamento illuminista⁹¹.

Il romanticismo critica apertamente la volontà illuminista di svalutazione del passato, così da operare un rinnovamento della società e della cultura basato solo sulle istanze della ragione; il passato di un popolo, di una nazione, è, per i romantici, il mezzo per spiegare il presente e per procedere verso il futuro⁹².

La cultura romantica, in antitesi con la precedente cultura illuministica, attribuisce grandissimo valore a tutto ciò che, al di là della ragione, elemento che è a tutti comune, determina l’individualità del singolo (passioni, sentimenti, fedi). Tale processo è poi esteso anche agli interi popoli, attraverso un processo che darà grande risalto al concetto di nazione, in aperto contrasto con la visione dell’uomo cosmopolita propria dell’illuminismo⁹³.

Nasce dunque, nel più ampio contesto del romanticismo, lo “storicismo”, il quale, seppur ben delimitato nel campo giuridico, investe ogni campo della natura umana⁹⁴. Lo storicismo critica, in particolare, il giusnaturalismo sotto una molteplicità di aspetti: il diritto, la morale e la politica. La critica degli storicisti è diretta contro la pretesa dei giusnaturalisti di ricavare dei principi validi universalmente mediante l’uso della sola ragione; al contrario, per gli storicisti essi sono il frutto dell’avvicinarsi, nella storia, di forze di tipo irrazionale⁹⁵. Pertanto, nella concezione storicistica, la storia di ogni popolo, di ogni nazione, deve essere al centro di ogni riflessione. Lo storicismo si pone, pertanto, agli antipodi del giusnaturalismo, poiché attua una rivalutazione di tutto ciò che appare singolare, caratterizzante l’individualità.

⁹⁰ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, pp. 62-63.

⁹¹ Ivi, p. 63.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ivi, p. 62.

⁹⁵ Ivi, pp. 63-64.

Al contrario, concepisce come una mera astrazione della ragione i concetti di diritto universalmente validi ed i diritti innati, spettanti all'uomo in quanto essere razionale: tutto ciò è considerato come un arbitrario tentativo della ragione, mediante astrazioni infondate, di spiegare il risultato di forze irrazionali che pervadono la storia dei popoli⁹⁶.

Un primo esempio di storicismo giuridico è rappresentato dalla concezione inglese della *common law*, difesa da Edmond Burke, il quale, in aperto contrasto con gli ideali illuministi e giusnaturalisti, criticò aspramente la creazione di nuove costituzioni e di dichiarazioni dei diritti mediante le quali si cancellavano, in nome di una razionalità astratta, le istituzioni che si erano create nel corso della storia⁹⁷.

Così delineato, lo storicismo potrebbe apparire un movimento di matrice conservatrice e reazionaria, volta a negare tutta la cultura illuministica; in realtà sarebbe scorretto connotare tale movimento in una siffatta maniera. Ciò che viene dell'illuminismo e del giusnaturalismo rinnegato non sono tanto i principi liberali, quanto, piuttosto, tutto quel sistema che, nei suoi connotati antistorici, non poteva realizzarsi storicamente⁹⁸.

Come detto lo storicismo appare in aperta antitesi col giusnaturalismo e, più in generale, coi principi, in campo giuridico, dell'illuminismo. In particolare appare radicalmente diversa la concezione del diritto positivo: per gli illuministi esso è sempre espressione della volontà del legislatore; al contrario, gli storicisti giudicano il diritto effettivamente realizzatosi come una creazione spontanea del popolo⁹⁹.

L'approdo dello storicismo al positivismo giuridico discende, pertanto, da motivi profondamenti diversi rispetto a quelli che avevano guidato verso tale mèta l'illuminismo; elemento fondamentale dello storicismo fu la distruzione del concetto di diritto naturale, poiché esso era giudicato come mera astrazione operata dalla ragione¹⁰⁰.

Uno dei precursori della dottrina giuridica storicistica è rappresentato (anche se tale giudizio appare tutt'altro che unanime) dal tedesco Gustavo Hugo (1764-1844), precursore della "scuola storica del diritto", autore nel 1798 del "Trattato del diritto naturale come filosofia del diritto positivo"¹⁰¹.

Nella concezione di Hugo, la filosofia del diritto rappresenterebbe «la conoscenza razionale per mezzo di concetti di ciò che può essere diritto nello Stato»¹⁰²; egli ritiene che tale attività debba sviluppare dei concetti giuridici di natura generale traendoli dall'esperienza del diritto positivo¹⁰³, da intendersi come il diritto dello Stato.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ivi, p. 65.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ivi, p. 66.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Franklin Classic, Berlino, 2018, p. 6

¹⁰³ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 67.

Esso, però, non comprende, come per gli autori della scuola dell'esegesi, soltanto il diritto posto positivamente dallo Stato, ovvero la legge ordinaria, ma anche fonti di natura diversa, quali il diritto consuetudinario, quello giurisprudenziale e quello dottrinale¹⁰⁴.

Tale concezione del diritto di Hugo nasce in un contesto di crisi del giusnaturalismo; sono ancora presenti dei riferimenti alla cultura illuministica del Settecento, ma è presente anche un orientamento alla nuova cultura romantica ottocentesca¹⁰⁵. Il diritto naturale non è più, in un tale clima, un ideale da raggiungere col diritto positivo, quanto piuttosto un mezzo per conoscere e sistemare quest'ultimo.

Il pensiero di Hugo trova un compiuto sviluppo nell'opera di un altro giurista di origini tedesche, ovvero Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), che accolse la critica fatta da Hugo al giusnaturalismo, sviluppando però anche i motivi storicisti¹⁰⁶. Difatti egli è ritenuto il primo vero iniziatore della scuola storica del diritto, nonché uno dei suoi massimi esponenti.

Negli stessi anni in cui scrive Savigny, il giurista Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) propone, sulla scorta delle idee illuministiche, la necessità di un codice unico per tutti i Paesi germanici i quali, eccezion fatta per la Prussia, adottavano il diritto giustiniano integrandolo con le consuetudini proprie di ciascun Paese, generando così una situazione complessivamente frammentaria¹⁰⁷.

Thibaut scrive, a tal proposito, un opuscolo nel 1814 intitolato "Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania" in cui egli propone la necessità di una codificazione universale, almeno per il diritto civile, seguendo il presupposto dell'universalità del diritto posto dalla ragione¹⁰⁸.

Nello stesso anno, Savigny pubblica l'opuscolo "Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica" come risposta a Thibaut. Nonostante ne condivida gli scopi, egli ritiene che debba essere diverso il metodo: non attraverso la codifica, quanto, piuttosto, mediante «una scienza del diritto organica e progressiva, che può essere comune all'intera nazione»¹⁰⁹, poiché devono essere tenute presenti le differenze storiche fra i vari Paesi.

Secondo un'impostazione tipicamente romantica, il Savigny si oppone con molta forza alle tesi illuministiche, specie quella di un diritto naturale universale e immutabile.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ivi, p. 68.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ivi, pp. 69-70.

¹⁰⁹ Friedrich Carl Von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Olms Verlag, 2013, p. 166.

Secondo Savigny, il diritto è paragonabile al linguaggio: esso è proprio di ciascun popolo e in continua evoluzione con esso¹¹⁰. Ciò significa che non può esistere un diritto immutabile valido universalmente, poiché il diritto è espressione dell'individualità di ciascun popolo. A tal proposito utilizza la locuzione "diritto naturale" con una particolare accezione: egli la riferisce alla consuetudine poiché essa è, nella sua visione, la fonte primaria del diritto, da cui discende poi il diritto positivamente posto¹¹¹; l'evoluzione del diritto, che segue l'evoluzione del popolo, si manifesta dapprima nella consuetudine e, solo successivamente, nel diritto elaborato scientificamente dai giuristi, mediante il quale si offre sussidio, secondo Savigny, alla consuetudine, poiché si eliminano l'incertezza e l'indeterminatezza¹¹².

Nel pensiero di Savigny appaiono chiaramente delle posizioni antirazionalistiche e antigiusnaturalistiche, poiché egli considera il diritto naturale non un'astrazione della ragione, ma qualcosa che si è storicamente attuato come spontanea creazione dei singoli popoli¹¹³. Pertanto, sebbene Savigny condivida lo scopo proposto da Thibaut, egli ne critica il metodo, ovvero la codificazione: per giungere a tale fine è necessario, al contrario, il diritto scientifico, tipico di civiltà già mature, ma non indirizzate verso la decadenza¹¹⁴.

Con le sue posizioni filosofiche, Savigny determina quello che è il nucleo della scuola storica del diritto; essa si contrappone, sin dagli inizi, alla precedente cultura settecentesca, tanto che viene utilizzato, dallo stesso Savigny, il termine di "scuola non-storica" per indicare tutte quelle teorie di stampo giusnaturalistico¹¹⁵.

Il carattere determinante della scuola storica è la convinzione che il vero diritto sia solamente quello realizzatosi storicamente. Nella concezione storicistica, difatti, assume un valore fondamentale la consuetudine, poiché essa rappresenta la spontanea e più autentica manifestazione della volontà del popolo¹¹⁶. La massima opposizione col giusnaturalismo si ha riguardo l'origine stessa del diritto. Per i giusnaturalisti esso non è altro che il prodotto della volontà di chi, volta per volta, detiene ed esercita il potere legislativo; ciò significa che il diritto di una certa epoca è del tutto sganciato da quello delle epoche precedenti. Anche per questo, secondo i giusnaturalisti, è possibile un diritto frutto della sola ragione e universalmente valido¹¹⁷.

¹¹⁰ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 71.

¹¹¹ Ivi, p. 72.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ivi, p. 73

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ivi, p. 74.

¹¹⁶ Ivi, p. 76.

¹¹⁷ Ivi, p. 74.

Per gli storicisti, invece, esso è sempre il prodotto della storia del popolo; c'è un legame fortissimo tra passato e presente, poiché il presente è il proseguimento e lo svolgimento del passato; nessun momento della storia umana appare qualcosa a sé, sganciata da tutto il resto¹¹⁸.

Questa idea risente anche del concetto di “spirito del popolo” il quale appare come soggetto di tutte le manifestazioni che connotano l'individualità di un certo popolo: arte, costumi, linguaggio, morale, politica e, naturalmente, diritto¹¹⁹. Il concetto di spirito del popolo, presente in molti esponenti dello storicismo, fra cui Georg Friedrich Puchta (1797-1846) appare, secondo uno spirito spiccatamente romantico, un concetto alquanto nebuloso; proprio questa vaghezza, assieme al suo carattere quasi mitico, determinò una serie di critiche ad esso rivolte, poiché le sue caratteristiche lo rendevano inadatto a ricoprire il ruolo di causa prima di un processo che si era attuato storicamente¹²⁰.

Lo storicismo, nel suo complesso, pone come valore massimo la storia e la sua attenzione è tutta rivolta al diritto che si è storicamente realizzato (coerentemente è dato, come già detto, un posto di grande rilievo alla consuetudine); proprio per questo atteggiamento, la scuola storica pare essere molto più positivista della scuola dell'esegesi: quest'ultima, infatti, pur dedicando la sua attenzione pressoché unicamente al diritto positivo, non nega l'esistenza di valori universali¹²¹. La scuola storica, invece, essendo nata come reazione deliberata al giusnaturalismo, concentra tutta la sua attenzione sulla storia, riconoscendo solo il diritto storicamente realizzatosi¹²².

Il carattere più spiccatamente positivista della scuola storica del diritto è il metodo formalistico; attraverso questo metodo, tradendo lo spirito storicistico da cui la scuola aveva tratto le sue origini, si perverrà alla sistemazione di un insieme di concetti astratti¹²³. La sistemazione logica del diritto offerta dagli autori della scuola storica è molto ricca e raffinata poiché essi eccellono, grazie alla loro perizia storica, nella ricostruzione degli istituti giuridici romani. Tuttavia, ricostruendo tali concetti essi pongono i presupposti per un'astrazione degli stessi, sganciandoli progressivamente dal contesto storico dal quale sono ricavati¹²⁴.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ivi, pp. 74-75.

¹²⁰ Ivi, pp. 75-76.

¹²¹ Ivi, p. 76

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ivi, p. 77.

Si comincia dunque a delineare, con evidenti richiami al razionalismo di stampo giusnaturalistico, la tendenza alla sistematicità, attraverso un'attività di concatenazione logica dei concetti giuridici¹²⁵.

Tale operazione di rielaborazione concettuale e sistematica degli istituti giuridici romani fu denominata "pandettistica" e vide il suo perfezionamento dell'opera di Puchta e di giuristi a lui posteriori. Essa, inoltre, si interesserà, nel tempo, oltre che del diritto romano anche del diritto dei nuovi codici.

Tale attività, pur nata nell'ambito della scuola storica del diritto, la quale negava la necessità di una codificazione, portò, in Germania, proprio ad un tale risultato, determinando l'affermazione del positivismo giuridico anche in Germania¹²⁶.

¹²⁵ Ivi, p. 78.

¹²⁶ Ivi, pp. 79-80.

1.4. L'utilitarismo inglese

Come nel resto dell'Europa, anche in Inghilterra, sul finire del Settecento, si manifestò l'esigenza di una stabilizzazione e di un accertamento del diritto che, in altri contesti quali la Francia, si era concretizzata mediante la codificazione. In Inghilterra, tuttavia, ciò si ebbe in un campo molto limitato, con conseguenze soltanto in campo dottrinale¹²⁷.

Il diritto inglese presentava delle caratteristiche peculiari che lo rendevano molto diverso da quello dell'Europa continentale: l'esigenza di certezza del diritto, che nel resto di Europa si manifestava come volontà di arginare l'arbitrio dei re assoluti e dei giudici, era meno sentita data la presenza della *common law*, la quale aveva rappresentato da sempre un mezzo per arginare l'arbitraria volontà dei sovrani¹²⁸.

Altro elemento rilevante era l'assenza di una necessità di semplificazione dell'amministrazione della giustizia: nel resto d'Europa, infatti, era stato proprio questo fatto uno degli elementi che aveva maggiormente aperto le porte verso l'opportunità di una codificazione¹²⁹.

Nonostante la presenza di idee illuministiche anche in Inghilterra, i principi che animavano tali correnti erano, a differenza del resto d'Europa in cui vigevano delle istanze che riprendevano un razionalismo astratto, imperniate su un razionalismo volto a presupposti empirici e quindi utilitari¹³⁰.

Uno dei massimi esponenti di quest'impostazione, fervente sostenitore della necessità di una codificazione, fu Jeremy Bentham (1748-1832), iniziatore del positivismo giuridico moderno¹³¹, il quale incarna sia ideali illuministici (di stampo empiristico-utilitaristico) che quelli compiutamente utilitaristici dell'Ottocento, i quali confluiranno poi nel positivismo¹³². Nelle sue opere, Bentham critica il sistema di *common law* proponendo la necessità di una codificazione. Tale necessità risponde, secondo Bentham, ad un'esigenza di certezza del diritto che nella *common law* non è pienamente realizzata per vari motivi:

- poiché il diritto è stabilito in ambito giudiziale, è difficile per il singolo cittadino prevedere le conseguenze delle sue azioni;
- il diritto è retroattivo, poiché quando il giudice si trova a giudicare un caso che non è stato mai risolto, egli crea una nuova norma che va a disciplinare un'azione che è stata compiuta in un momento precedente;
- è difficile per il popolo controllare l'emanazione, da parte dei giudici, delle norme, cosa che al contrario non avviene con un organo elettivo.

¹²⁷ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 41

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ivi, p. 42.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

Il pensiero filosofico di Bentham è inserito in una morale di tipo utilitaristico, il cui principio guida è quello di realizzare il massimo bene per il maggior numero di individui all'interno della collettività¹³³. Questa è una tesi legata all'empirismo e, pertanto, risalente a tempi molto antichi¹³⁴ e appartenente alla tradizione filosofica inglese¹³⁵.

Bentham appare radicalmente contrario alle istanze giuspositivistiche, tanto che nel suo scritto del 1791 (edito, però, solamente nel 1816) egli argomenta criticamente contro la dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino, poiché egli ritiene che si possa parlare di diritti solo laddove vi è un governo; dunque è una contraddizione logica presupporre dei diritti universali e innati¹³⁶.

Se, da un lato, Bentham appare contrario alle istanze illuministiche nel negare l'esistenza di un diritto naturale universale, dall'altro egli le accoglie nella sua posizione circa la necessità di una codificazione: solo così possono essere garantite tre caratteristiche essenziali del diritto¹³⁷:

- universalità;
- semplicità;
- chiarezza.

La critica alla *common law* discende proprio dall'assenza, in quest'ultima, dei caratteri sopra citati.

Bentham teorizza pertanto la necessità di una codificazione completa da articolare in tre parti¹³⁸:

- diritto civile;
- diritto penale;
- diritto costituzionale.

Secondo Bentham, la necessità della codificazione sarebbe tale poiché senza certezza del diritto viene meno l'assicurazione dei diritti individuali.

¹³³ Ivi, p. 43

¹³⁴ Se ne trova traccia già in Aristotele.

¹³⁵ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 44

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ivi, p. 45

¹³⁸ Ibidem.

Egli propone, dunque, una modalità alquanto singolare per la redazione dei codici: tale operazione non dovrebbe essere affidata ai giuristi (poiché non nutrono interesse alcuno nella semplificazione e razionalizzazione del diritto), né, tantomeno, ad una commissione; tale progetto, invece, dovrebbe essere affidato ad un individuo solo, scelto mediante un concorso pubblico¹³⁹.

Solo così si potrebbe ottenere un codice organico, razionale e universalmente comprensibile. Sono qui manifeste le istanze squisitamente illuministiche, in particolare la concezione di un legislatore razionale universale¹⁴⁰. Bentham richiama due requisiti che devono essere soddisfatti dal codice così realizzato¹⁴¹:

- la sua eticità, ovvero la capacità di realizzare la massima felicità del massimo numero di individui appartenenti alla collettività;
- la sua completezza, elemento di stampo tipicamente illuminista, così da garantire la solubilità di qualsiasi caso concreto;
- presenza di norme non solo chiare e concise, ma anche motivate, così da rendere esplicito ai cittadini il loro fine.

Queste idee formulate da Bentham ebbero un influsso pressoché nullo in campo pratico, poiché fortemente estranee al sistema di *common law*, tanto che in Inghilterra non si realizzò alcuna codificazione. Esse ebbero un limitato influsso solo in campo dottrinale, specie in materia di diritto penale¹⁴².

In aggiunta alle sue idee circa la codificazione, Bentham è ritenuto uno degli iniziatori del positivismo giuridico in virtù di un suo approdo ad una determinazione del concetto di diritto che ne consentirebbe una trattazione scientifica: egli elimina ogni elemento di carattere extragiuridico, rendendolo oggetto di una scienza autonoma¹⁴³. Nell'opera *Introduction to the principles of morals and legislation*¹⁴⁴ Bentham, coerentemente con l'idea di una riduzione del diritto a legge, configura il diritto, sulla scia della concezione del diritto di Hobbes, come il comando emanato da un soggetto (tipicamente il sovrano) che ha potere su altri individui¹⁴⁵.

¹³⁹ Ivi, p. 46

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ivi, pp. 46-47.

¹⁴⁴ Che verrà pubblicato solo nel 1945.

¹⁴⁵ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 47.

Esso è «un insieme di segni esprimenti una volizione concepita o adottata dal sovrano in uno Stato, riguardante la condotta che deve essere osservata in un determinato caso da una determinata persona o classe di persone, che nel caso in questione siano o si supponga che siano soggette al suo potere»¹⁴⁶. Partendo da tale definizione egli formula una determinazione della categoria giuridica, grazie alla quale esamina, successivamente, un insieme di concetti giuridici quali potere, diritto soggettivo, dovere, ecc.¹⁴⁷.

Questa determinazione del concetto del diritto appare, tuttavia, alquanto semplicistica e solleva non pochi problemi nella distinzione dello stesso dalla morale; le difficoltà connesse a tale problema sono note a Bentham, come si evince da diversi passi delle sue opere¹⁴⁸.

Inoltre, sempre nella stessa opera, è tracciata da Bentham la distinzione fra ciò che il diritto è e ciò che dovrebbe essere; entrambi possono essere oggetto di un libro di diritto: nel primo caso si ha una teoria del diritto espositiva, nel secondo una teoria del diritto censoria¹⁴⁹.

L'oggetto di indagine di Bentham, sulla scia della sua impostazione di stampo positivistico, è il diritto com'è; egli si serve di tale concetto per scopi di natura politica. Come Hobbes aveva criticato la *common law* poiché non era il risultato di una volontà sovrana, ma l'applicazione della ragione alla soluzione di un caso concreto, così Bentham polemizza allo stesso modo con Blackstone. La finalità politica di Bentham, tuttavia, appare molto diversa da quella di Hobbes. Il primo polemizza in quanto democratico radicale, il secondo in quanto assolutista: in entrambi i casi si mira ad una riforma legislativa¹⁵⁰.

Bentham dedica grande attenzione alla funzione censoria della *jurisprudence*, poiché egli assegna al giudice una funzione di stampo etico: egli deve criticare il diritto com'è richiamandosi a come lo stesso dovrebbe essere, con la finalità di assicurare la massima felicità al massimo numero di individui¹⁵¹.

Altra figura importante nella storia dell'utilitarismo è rappresentata da John Austin (1790-1859), allievo di Bentham. In Austin si trova una prosecuzione del lavoro di Bentham, il quale si era concentrato prevalentemente sugli aspetti etico-politici dello studio del diritto; al contrario, con Austin la riflessione si sposta sul piano logico-scientifico¹⁵². Come il suo maestro, anche Austin appare essere al di fuori della vita reale inglese, tanto che le sue opere e il suo pensiero ebbero un'influenza pressoché nulla sul diritto vigente.

¹⁴⁶ Jeremy Bentham, in *The limits of jurisprudence defined*, Charles Warren Everett, New York, 1945, p. 88.

¹⁴⁷ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 47.

¹⁴⁸ Ivi, p. 48.

¹⁴⁹ Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, Editori Laterza, Roma, 2020, p. 48.

¹⁵⁰ Ivi, pp. 48-49.

¹⁵¹ Ivi, p. 49.

¹⁵² Ivi, p. 50.

Al contrario, fu molto profonda la traccia che egli lasciò nella teoria inglese del diritto (nota come *jurisprudence*) di cui sviluppò l'indirizzo da lui stesso denominato analitico, ovvero logico-descrittivo¹⁵³.

In Austin, come in Bentham, troviamo, per quanto concerne la morale, l'utilitarismo. Tuttavia, il fine che i due si pongono è radicalmente diverso. Per Bentham, democratico, il fine è, come già detto, la massima felicità; al contrario in Austin, che assume una posizione conservatrice, il fine da perseguire è l'ordine¹⁵⁴.

Dalle teorie di Bentham, all'interno delle quali era stata tracciata la distinzione fra teoria espositiva e teoria censoria del diritto, Austin mutua la sua distinzione fra diritto com'è e diritto come dovrebbe essere. Egli distingue una teoria generale del diritto (*general jurisprudence*), anche chiamata "filosofia del diritto positivo", la quale si occupa del diritto come effettivamente si presenta, prescindendo, dunque, dai giudizi di valore e dalla scienza della legislazione¹⁵⁵. Quest'ultima ha come suo argomento la discussione circa come dovrebbe essere il diritto per potersi definire buono; essa è dunque, nella visione di Austin, una parte dell'etica¹⁵⁶. Nell'opera di Austin, contrariamente a quanto avveniva in quella di Bentham, vi è attenzione solo per il diritto com'è, ovvero per l'aspetto positivo del diritto. Così la *general jurisprudence* si connota come analisi dei concetti giuridici che possono essere astratti a partire da un certo ordinamento positivo, sia esso buono o cattivo¹⁵⁷.

Come per Bentham, anche in Austin il diritto assume la forma del comando. Il diritto positivo, in particolare, è quello posto da un soggetto politicamente superiore a soggetti politicamente inferiori. Il diritto, in quanto comando, rappresenta un invito all'azione che, se disatteso, comporta una sanzione o un danno per il soggetto che lo disattende¹⁵⁸. Tale concezione implica che il soggetto che emana il comando abbia i mezzi coercitivi per far rispettare tale comando dai soggetti cui è rivolto. Pertanto, nella visione di Austin, i termini comando, dovere e sanzione sono intimamente correlati nella definizione di diritto¹⁵⁹.

Pertanto, secondo Austin, non rappresentano diritto tutti quei comandi per i quali manchi una qualunque sanzione nel caso in cui non si ottemperi al dovere ad esse connesse. Egli parla, in questo caso, di "moralità positiva" per riferirsi alle consuetudini, opinioni, leggi d'onore o della moda, i quali, mancando dell'aspetto coercitivo, non rappresentano vero diritto¹⁶⁰.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ivi, p. 51

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ivi, pp. 51-52.

¹⁵⁹ Ivi, p. 52.

¹⁶⁰ Ibidem.

Nella sua impostazione, Austin si richiama esplicitamente alla concezione hobbesiana del diritto. Esso è considerato come qualcosa posto sempre da un soggetto sovrano; si ha, dunque, una concezione statualistica e positivista, poiché il diritto è tale solo quando esso è comando dello stato¹⁶¹.

Cosciente di quella che è la realtà giuridica inglese, Austin non nega lo status di diritto al diritto giudiziario, la *common law*; egli argomenta, difatti, che i giudici, anche se esso promana da un'autorità differente dal sovrano, hanno potere di crearlo a causa dell'autorità conferita loro dal sovrano¹⁶²;

Il diritto creato dai giudici nell'ambito della risoluzione di un caso concreto non per questo cessa di essere diritto statale, poiché il potere di creare diritto è conferito loro dallo stato¹⁶³.

Sulla scia di tale visione, la posizione di Austin riguardo il sistema di *common law* appare meno critica rispetto a quella assunta dal suo maestro Bentham; in particolare Austin non condivide appieno la critica di Bentham al sistema di essere del tutto incontrollabile da parte del popolo¹⁶⁴.

Anche se con posizioni più moderate e scevre dagli entusiasmi di matrice illuministica di Bentham, Austin si pone come fautore della codificazione. Tuttavia, anche grazie alla sua conoscenza delle opere di Savigny, egli ritiene che la codificazione non debba avere come scopo una radicale riforma etica e politica del diritto, quanto piuttosto una sua sistemazione sotto il profilo tecnico e logico; essa non deve, pertanto, configurarsi come mera raccolta di norme¹⁶⁵.

Il punto centrale dell'opera di Austin consiste nella costruzione di un sistema razionale del diritto. Tale razionalità, però, non si riferisce al contenuto delle norme, quanto piuttosto alla loro sistemazione: deve esserci coerenza e coordinazione a livello formale¹⁶⁶.

Sotto questo profilo, la *jurisprudence* austiniiana si presenta come ottimo esempio di positivismo giuridico: pur mancando di alcuni caratteri di tale indirizzo (specie l'idea di completezza dell'ordinamento), la filosofia del diritto positivo si pone come sistemazione razionale autonoma del diritto positivo, prescindendo dal contenuto etico oppure da presupposti di matrice storica o sociologica¹⁶⁷. In ogni caso Austin non nega l'esistenza di valori che possono essere pensati al di fuori del diritto positivo, né nega l'esistenza di un diritto naturale.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ivi, pp. 52-53.

¹⁶³ Ivi, p. 53.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ivi, pp. 53-54.

Tuttavia egli utilizza tale espressione per indicare i comandi di Dio (che rientrano, dunque, sempre nel diritto posto come comando da un superiore verso degli inferiori) oppure quelle norme della moralità positiva che si sono affermate in tutti i luoghi e in tutti i tempi¹⁶⁸. Questi elementi, però, non sono ricompresi nel suo oggetto di studio: il campo della scienza del diritto è soltanto il diritto positivo¹⁶⁹. L'analisi di Austin prende le mosse dai concetti offerti dai dati degli ordinamenti giuridici positivi; una volta individuati tali concetti astratti, egli procede definendoli logicamente ed individuando tutti quegli elementi che li possono distinguere da concetti affini. Ciò che avviene, insomma, è la costruzione di una dottrina generale del diritto costituita da un sistema di concetti meramente formali¹⁷⁰.

L'obiettivo che si pone la *jurisprudence* analitica è affine a quello dei giusnaturalisti del Settecento, ovvero l'edificazione di una scienza, la creazione di un sistema razionale di concetti giuridici.

Differentemente dai giusnaturalisti, i quali pretendevano di dedurre i concetti giuridici a priori dalla ragione (motivo per cui essi non potevano che rimanere astratti), Austin muove i passi a partire dalla realtà empirica, rappresentata dal diritto positivo¹⁷¹.

Nonostante Austin non abbia avuto pressoché alcuna influenza sul diritto inglese, la sua importanza storica rimane considerevole. In particolare le sue dottrine mostrano la tendenza delle teorie filosofico-giuridiche di stampo illuministico a sfociare nel positivismo giuridico, come testimoniato anche dalla codificazione francese¹⁷².

Un'ultima importante figura nella storia dell'utilitarismo inglese è rappresentata da John Stuart Mill (1806-1873), allievo di Austin. Mill appartiene propriamente alla storia della logica e della morale, ma, in virtù del suo rapporto con Austin, analizzò anche problemi filosofico-giuridici¹⁷³.

In particolare, ciò che rileva del suo pensiero è la sua teoria della giustizia, compresa nella sua opera morale *Utilitarianism* (1861), che professa un utilitarismo di matrice benthamiana, ma che supera la semplicistica visione della morale come calcolo dei piaceri. Mill, difatti, oltre a considerare la quantità di questi, considera pure la loro qualità¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Ivi, p. 54

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Ivi, p. 55.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ivi, p. 56.

¹⁷⁴ Ibidem.

Altro fattore caratterizzante la posizione di Mill, il quale si configura, alla pari di Bentham, come un democratico liberale, sono le sue concezioni dell'uguaglianza, di cui professa, in controtendenza con l'epoca, anche quella fra uomini e donne¹⁷⁵.

In opposizione a quanto sostenuto da Bentham, la giustizia, secondo Mill, non rappresenta una mera mascheratura retorica dell'utilità; anzi, Mill cerca di approfondire il legame esistente fra questi due concetti. L'elemento che differenzia la morale dalla giustizia è che, riguardo quest'ultima, non solo vi è un qualcosa che è bene fare e male non fare, ma anche una pretesa di adempimento da parte del soggetto nei confronti della comunità¹⁷⁶. La giustizia è qualcosa che deve essere difesa dalla società: la moralità di questa azione di difesa risiede, secondo Mill, nel fatto che ciò che si garantisce in tal modo è la sicurezza, la quale appare essere un interesse di tutta la collettività¹⁷⁷.

Per tali motivi la giustizia appare come l'aspetto più importante di tutta la morale, poiché essa appare essenziale al benessere sociale. L'utilità sociale, appunto, diviene il metro di valutazione dei costumi o delle istituzioni: essi garantiscono la giustizia fintanto che esercitano una qualche utilità sociale; venuto meno questo aspetto, esse degenerano al rango di ingiustizia¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ivi, p. 57.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ivi, p. 57-58.

CAPITOLO 2. L'EVOLUZIONE NEL TEMPO DELLE POSIZIONI DI BOBBIO SUL POSITIVISMO GIURIDICO

2.1. La scuola di Torino

La locuzione “Scuola di Torino” non indica propriamente una scuola che si è costituita in tale città, quanto piuttosto un gruppo di studiosi che circondò Norberto Bobbio durante il suo periodo di insegnamento. Non è possibile parlare propriamente di scuola poiché, nonostante vi siano elementi comuni a tutti gli studiosi, non mancano dei forti punti di divergenza fra gli stessi.

La città di Torino ha assistito ad una lunga tradizione di studiosi che hanno preceduto Bobbio: a partire dall'insegnamento di filosofia del diritto iniziato da Pietro Luigi Albini, questo filone è stato poi portato avanti da Giuseppe Carlè, il quale ha insegnato a Gioele Solari, maestro proprio di Norberto Bobbio ma anche di Renato Treves¹⁷⁹. Questa continuità nell'insegnamento, nonché nelle linee di pensiero e nella loro evoluzione, ha portato al conio della locuzione “Scuola di Torino”; gli studi di Treves sul neokantismo furono molto influenti, specie nel pensiero di Hans Kelsen, divulgato in Italia ad opera dello stesso Bobbio a partire dagli anni Cinquanta. Della Scuola di Torino è possibile iniziare a parlarne già con riferimento al gruppo che si era andato a formare attorno alla figura di Solari nel periodo a cavallo fra le due guerre.

In particolare, il trentennio del suo magistero torinese (1918-1948) vide molti giovani che lo circondavano intraprendere degli studi scientifici, i quali li condussero, dopo il raggiungimento della laurea, alla prosecuzione in molti dei campi coltivati dal loro maestro, divenendo anche loro stessi docenti universitari.

Costoro entrarono, però, in un ambiente universitario all'interno del quale la “filosofia del diritto” si configurava come disciplina obbligatoria per il corso di laurea in giurisprudenza dell'Università di Torino. L'origine di tale insegnamento, pertanto, è da ricercarsi nel secolo precedente e nell'esperienza di colui che ha piantato il primo seme della Scuola di Torino: Pietro Luigi Albini.

Pietro Luigi Albini (1807-1863) si pone come iniziatore della moderna concezione di insegnamento del diritto presso l'università di Torino. Egli, oltre a svolgere la professione di avvocato e l'attività di insegnante, fu, per un breve periodo negli anni del Risorgimento¹⁸⁰, politico, sostenendo le tesi liberali durante la sua attività parlamentare.

¹⁷⁹ Carla Faralli, *La Filosofia del diritto nel secondo Novecento* in “Il contributo italiano alla storia del pensiero”, Treccani 2012.

¹⁸⁰ Mario Giuseppe Losano, *Alle origini della filosofia del diritto a Torino: Pietro Luigi Albini con due documenti sulla collaborazione di Albini con Mittermaier*, Accademia delle Scienze, Torino 2013, 104 pp.

L'impostazione dell'insegnamento della materia giuridica da parte di Albinì dà grande importanza anche alla storia del diritto e alla filosofia del diritto, come testimonia il suo insegnamento dell'"enciclopedia giuridica" presso la stessa università di Torino.

Questi filoni caratterizzano tutta la sua produzione, la quale si incentrò anche sul tema delle libertà e dei diritti del cittadino, con particolare attenzione per la libertà di insegnamento e la pena di morte.

Il pensiero di Pietro Luigi Albinì fu influenzato dal contatto con due figure che ebbero una certa rilevanza scientifica nella sua vita: Federico Sclopis e Karl Mittermaier; fra Albinì e queste due figure vi fu un intenso carteggio presso l'Accademia delle Scienze di Torino. Il contatto con Mittermaier, in particolare, ebbe due importanti risvolti: da un lato permise ad Albinì di essere conosciuto anche al di fuori della capitale sabauda, oltralpe, dall'altro gli consentì di entrare in contatto con la filosofia del diritto di matrice tedesca e di conoscere il modo in cui le università in Germania erano organizzate. Questa esperienza, congiuntamente alla partecipazione da parte di Albinì alle commissioni per la riforma dell'insegnamento del diritto, gli consentì di introdurre il modello di stampo tedesco all'interno dell'Università di Torino.

Il cambiamento che si stava verificando rappresentava un riflesso delle vicende politiche in atto durante lo stesso periodo: il Piemonte, il quale si era tradizionalmente ispirato al modello francese, si stava spostando verso il modello tedesco, la cui transizione fu favorita dai moti risorgimentali ed accelerata dalla battaglia di Sedan. Nel pensiero e nell'opera di Albinì il diritto si configura come un prodotto dello "spirito del popolo" ed è qualcosa che si sviluppò alla stregua del linguaggio. Questa teoria, ripresa dalla scuola di pensiero tedesca, determina la centralità della lingua nazionale: essa è il mezzo, lo strumento, più adatto al fine di esprimere i concetti del diritto¹⁸¹.

Sulla centralità del popolo egli ritorna più volte durante la sua vita, affermando anche la natura del diritto come espressione dello stato sia intellettuale che morale di un popolo¹⁸². A partire da tale convinzione, Albinì istituisce un forte nesso tra il diritto e la politica, tanto che questo binomio è richiamato anche all'interno del titolo della sua prima opera¹⁸³.

Altra opera di rilievo è *Principii di filosofia del diritto*, pubblicata nel 1859, la quale si presenta come "semplice esposizione sommaria dei principi cardinali della dottrina filosofica del diritto"¹⁸⁴, e che contiene un'ampia bibliografia la quale può essere considerata come una sorta di biblioteca ideale di Albinì da cui i suoi studenti potevano attingere.

¹⁸¹ Pietro Luigi Albinì, *Saggio analitico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico-legale*. Pietro Vitali, Vigevano 1839, p. 327.

¹⁸² Pietro Luigi Albinì, *Elementi della storia del diritto in Italia dalla fondazione di Roma sino ai nostri tempi e nella monarchia di Savoia in particolare*, Mussano, Torino 1847, Prefazione, p. 9.

¹⁸³ Pietro Luigi Albinì, *Saggio analitico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico-legale*. Pietro Vitali, Vigevano 1839. p.328

¹⁸⁴ Pietro Luigi Albinì, *Principii di filosofia del diritto* per P. L. Albinì, Tip. Antonio Spargella, Vigevano 1857, p. 5.

Gli anni successivi videro un prosieguo dell'attività iniziata da Albini: l'insegnamento del diritto assistette, nell'arco di un secolo (1872-1972), al susseguirsi di tre nomi illustri: Giuseppe Carlè, che insegnò dal 1872 al 1917, Gioele Solari, il quale occupò la cattedra dal 1918 al 1942 e, successivamente, dal 1945 al 1948, ed infine Norberto Bobbio, il quale occupò la veste di docente prima nel biennio 1944-45 e, più tardi, dal 1948 al 1972¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Rinaldo Orecchia, *La filosofia del diritto nelle università italiane. 1900-1965*. Saggio di bibliografia, Giuffrè, Milano 1967.

2.2. Bobbio e il positivismo giuridico di Hans Kelsen

Una data ideale per fissare l'inizio della maturità intellettuale di Bobbio, come egli stesso dirà, è rappresentata dal 1949, anno nel quale egli pubblica, in Italia, un'analisi critica dell'opera di Francesco Carnelutti *Teoria generale del diritto*¹⁸⁶. Tale data, inoltre, rappresenta il momento di adesione, da parte di Bobbio, al normativismo di Hans Kelsen, teoria appunto criticata negli scritti di Carnelutti.

Fra Bobbio e Carnelutti non vi fu mai contatto diretto: il primo, difatti, insegnò presso l'università di Padova nel ventennio che va dal 1915 al 1936, trasferendosi poi presso l'Università Statale di Milano; Bobbio, invece, non fu chiamato presso l'università di Padova prima del 1938.

Nonostante questi due autori non abbiano avuto contatti di tipo diretto, Bobbio conosceva bene le teorie di Carnelutti; alla pubblicazione della seconda edizione della sua teoria generale del diritto, seguì un saggio di Bobbio nel quale, quest'ultimo, prendeva le distanze dalla teoria imperativistica del diritto, difendendo invece, al contempo, la dottrina pura del diritto; il suo saggio del 1949, pertanto, rappresenta il momento della sua conversione alle dottrine di Kelsen¹⁸⁷.

Le dottrine di Kelsen erano giunte in Italia sin dagli anni Venti, poiché alcuni suoi saggi erano stati pubblicati su di una rivista filo-fascista. Su tale rivista, i saggi di Kelsen erano accompagnati da una nota che, pur sottolineando l'importanza scientifica di tali scritti, si distanziava dall'ideologia ivi espressa, poiché strenua sostenitrice della democrazia, tanto deprecata dal fascismo stesso.

La collocazione dei suoi saggi su di una rivista con tali orientamenti apparve fuorviante a Kelsen, il quale, nel 1933, decise di inviare a Giorgio Del Vecchio un saggio sintetizzante tutta la sua dottrina pura del diritto, con la richiesta che fosse pubblicato sulla "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto".

In questo periodo Kelsen si preparava al suo secondo esilio; aveva dunque scritto un saggio in cui sintetizzava tutta la sua teoria del diritto e lo aveva spedito ai suoi più illustri colleghi, nella speranza di essere accolto in una qualche università¹⁸⁸.

Il manoscritto così pervenuto nelle mani di Del Vecchio fu poi affidato a Treves per la sua traduzione; quest'ultimo, circa un anno prima, nel 1932, aveva incontrato di persona Kelsen in un viaggio in Germania, assieme allo stesso Bobbio e a Geymonat.

¹⁸⁶ Mario Giuseppe Losano, *Il positivismo nell'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio*, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 13.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ivi, p. 14.

La traduzione di questo manoscritto fu fondamentale poiché avvicinò notevolmente la scuola di Torino al pensiero di Kelsen. Con tale traduzione, edita nel 1934, si ebbe, difatti, la prima edizione italiana della *Dottrina pura del diritto*, considerata la Bibbia per quanto concerne il positivismo giuridico¹⁸⁹.

Proprio a partire da questo momento inizia la fortuna di Kelsen in Italia, come scriverà lo stesso Bobbio; e proprio l'opera di Bobbio, specie a partire del 1954, contribuì lo stesso Bobbio con i suoi studi giusfilosofici. Nel 1949 si ebbe la conversione di Bobbio, da lui stesso così definita:

“Parlo di ‘conversione’ perché soltanto così spiego, da un lato, l’oblio in cui ho lasciato sprofondare i miei scritti giuridici precedenti e, dall’altro, la confessione più volte fatta, secondo cui alla rottura violenta col passato avvenuta nella storia del nostro paese tra il 1934 e il 1946 ha corrisposto una frattura nel corso della mia vita privata e pubblica, intellettuale e morale.”¹⁹⁰

Questo momento coincise, inoltre, con un processo di profondo rinnovamento che si ebbe in Italia alla fine della guerra: in particolare lo stesso Bobbio avvertiva una crescente insoddisfazione per tutta quella filosofia che egli giudicava puramente speculativa a cui contrapponeva la filosofia positiva di Carlo Cattaneo¹⁹¹. In questo periodo, dunque, vi fu un avvicinamento critico di Bobbio al positivismo giuridico di Kelsen, che venne da Bobbio sviluppato nelle sue opere. Con questo suo lavoro, Bobbio contribuì alla diffusione della dottrina pura del diritto in Italia¹⁹².

Analizzando i saggi che conducono Bobbio verso il normativismo di matrice kelseniana, è possibile delineare la sua posizione teorica come filosofo del diritto, seppur egli non le abbia mai raccolte in un unico sistema. In particolare, facendo riferimento ad un volume del 1955, la sua posizione dottrinale è ravvisabile per contrasto con le tesi di altri teorici del diritto¹⁹³, quali Carnelutti in primis, ma anche Jean Dabin, Alessandro Levi e Paul Roubier.

In alcuni scritti del biennio 1949-50 sono precisati alcuni elementi generali della sua linea di pensiero: egli sostiene che la teoria generale del diritto sia, da un lato, una disciplina formale e, dall’altro, una disciplina scientifica. Essa appartiene, pertanto, non alla filosofia, bensì alla scienza: essa si attesta, cioè, non come una ricerca di contenuti, quanto piuttosto come indagine di tipo formale¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Norberto Bobbio, *Diritto e Potere*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 7.

¹⁹¹ Mario Giuseppe Losano, *Il positivismo nell’evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio*, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 14.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Ivi, p. 15.

¹⁹⁴ Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955, p. 33.

Pertanto “la teoria generale del diritto” si attesta essere “una scienza formale del diritto”¹⁹⁵.

La teoria generale si attesta come ricerca di elementi costitutivi strutturali del diritto; essa è “una teoria del diritto positivo e vale nell’ambito di un determinato sistema”¹⁹⁶, pertanto è possibile riferirsi alla teoria generale di diritto italiano, francese, internazionale ecc¹⁹⁷.

A partire da ciò è possibile effettuare uno studio di tipo sistematico dell’ordinamento giuridico in generale¹⁹⁸. In riferimento a tali definizioni, appaiono essere due le possibili *deviazioni* della teoria generale del diritto¹⁹⁹:

- per un verso essa potrebbe procedere nella direzione delle discipline giuridiche particolari;
- oppure verso la filosofia del diritto, se indica un qualche valore cui ci si deve ispirare e richiamare.

Nell’analisi svolta da Bobbio, la teoria proposta da Carnelutti si configura come una teoria generale del diritto positivo italiano, deviante, però, esclusivamente nella direzione della filosofia.

In particolare, nel pensiero di Carnelutti, scopo della filosofia del diritto sarebbe introdurre l’etica nell’economia; quest’idea però, presente inizialmente nell’introduzione alla sua opera, viste le quasi unanimi critiche rivoltele, fu eliminata a partire dalla seconda edizione.

Come già detto, Carnelutti si schiera con la filosofia del diritto di stampo imperativistico, che identifica il diritto come un complesso di comandi posti da un’autorità sovrana. Tale teoria, nella concezione di Bobbio, può essere connessa logicamente con la teoria statualistica: la teoria imperativistica e quella statualistica si implicano l’un l’altra; esse sono, pertanto, due aspetti complementari che riflettono tutto il processo di formazione dello stato moderno²⁰⁰.

Tuttavia, in virtù del condizionamento storico di tali teorie, esse appaiono incapaci di dare spiegazione a tutti i fenomeni di natura giuridica, specie se si considerano la consuetudine ed il diritto internazionale.

La teoria normativistica, cui Bobbio aderisce, colloca il momento del comando fra gli aspetti psicologici e sociologici; così facendo essa si concentra sull’elemento di maggiore importanza per l’indagine del giurista, ovvero la regola.

¹⁹⁵ Ivi, p. 37.

¹⁹⁶ Ivi, p. 40.

¹⁹⁷ Mario Giuseppe Losano, *Il positivismo nell’evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio*, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 15.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ivi, p. 16.

Pertanto, tale teoria supera le difficoltà che vengono comunemente incontrate dalla teoria imperativistica, poiché essa va a focalizzare la propria attenzione non su quegli elementi che dividono i vari territori dell'esperienza giuridica, quanto, piuttosto, su ciò che li accomuna²⁰¹.

In questo modo si riesce anche a risolvere uno dei paralogismi che maggiormente ha creato ambiguità ed inconvenienti, ovvero l'identificazione fra diritto e stato. Carnelutti, nelle poche pagine in cui discute del normativismo, sembra porsi in una posizione polemica piuttosto che costruttivamente critica. Egli afferma che in talune scuole è prevalente l'analisi, fatto che può nuocere allo sviluppo della scienza del diritto²⁰².

Questo aspetto è da Carnelutti criticato specie in riferimento alla scuola iniziata da Kelsen, ovvero "la teoria pura del diritto", i cui caratteri dominanti sono, secondo lo stesso Carnelutti, "un possente sforzo analitico la cui formula fondamentale risiede nella distinzione tra la scienza e la politica del diritto"²⁰³.

Carnelutti ritiene che una teoria del diritto vada costruita tenendo presenti due momenti²⁰⁴:

- l'analisi della natura del dato;
- la sintesi dei risultati raggiunti.

Ciò che egli rimprovera alla teoria pura del diritto è che, seppur essa offra un grande contributo alla conoscenza del dato, crea uno squilibrio fra il momento analitico e il momento sintetico dell'indagine²⁰⁵.

Bobbio polemizza con tali affermazioni di Carnelutti, poiché le ritiene talora troppo vaghe per identificare una scuola piuttosto che un'altra. Al contrario egli sottolinea la fecondità scientifica della teoria pura del diritto²⁰⁶. Egli ritiene che essa diventi una scienza via via più rigorosa, "cioè si risolve in un sistema di sapere avente validità teoretica"²⁰⁷, quanto più diviene capace di eliminare dalla sua ricerca due tipi di problemi: i problemi scientificamente insolubili e quelli giuridicamente irrilevanti²⁰⁸.

I problemi scientificamente insolubili sono quei problemi che, per la loro soluzione, non prevedono l'uso del metodo scientifico, ma, ad esempio, del pensiero mistico oppure magico.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Francesco Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma 1946, VII, p. 3.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Mario Giuseppe Losano, *Il positivismo nell'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio*, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 17.

²⁰⁵ Francesco Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma 1946, VII, p. 3.

²⁰⁶ Mario Giuseppe Losano, *Il positivismo nell'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio*, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 17.

²⁰⁷ Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, p. 23.

²⁰⁸ Mario Giuseppe Losano, *Il positivismo nell'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio*, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 17.

Al contrario i problemi giuridicamente irrilevanti sono quei problemi che per la loro soluzione prevedono l'utilizzo del metodo scientifico, che è però il metodo proprio di un'altra scienza, diversa dalla teoria pura del diritto²⁰⁹.

Pertanto il merito della teoria pura del diritto consiste in due sue caratteristiche essenziali²¹⁰:

- la scientificizzazione, ovvero l'eliminazione di tutti quegli elementi di natura non scientifica;
- la purificazione, ovvero l'eliminazione di tutti quegli elementi di natura non giuridica.

L'adesione di Bobbio alla teoria formale di Kelsen può essere fatta risalire al 1949. Successivamente, nel 1954, egli pubblica un articolo in difesa di tale teoria, specie dalle posizioni espresse da sociologi e giusnaturalisti. Nel 1973, anno della morte di Hans Kelsen, seguirà poi una ricostruzione della teoria pura del diritto, tracciandone un bilancio²¹¹. Questo consuntivo della teoria pura del diritto procede su due linee direttrici: da un lato offre un apprezzamento dei risultati che sono stati nel tempo conseguiti dal positivismo giuridico; dall'altro traccia quelli che sono i futuri obiettivi di questo filone, affinché tale teoria rimanga al passo coi tempi²¹².

Il positivismo di matrice kelseniana fu di ispirazione, per Bobbio, anche di un'altra opera unitaria, la quale fu protagonista di una singolare vicenda editoriale. Essa prese forma inizialmente in Colombia, come unione di due dispense relative a due corsi tenuti da Bobbio circa la teoria della norma e la teoria dell'ordinamento²¹³, i quali appaiono di spiccata ispirazione kelseniana. Uno degli aspetti di ispirazione kelseniana cui Bobbio aderì maggiormente fu, difatti, la visione del diritto non come norma, quanto piuttosto come un ordinamento di norme; successivamente, lo stesso Bobbio ne curò l'edizione italiana²¹⁴.

Se si osserva l'andamento cronologico dei saggi di Bobbio, esso appare alquanto singolare. Bobbio raccolse all'interno di un unico volume tutti i saggi scritti su Kelsen e pubblicati nel periodo che va dal 1954 al 1986. Il volume si apre con un saggio del 1956 in cui è svolta un'approfondita analisi del pensiero dei critici di Kelsen (esclusa, naturalmente, l'analisi delle critiche di Carnelutti, poiché contenuta in un saggio antecedente, risalente al 1949); a tale scritto seguirà, poi, un silenzio di ben dieci anni sui temi d'ispirazione kelseniana²¹⁵.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ivi, p. 18.

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ivi, p. 19.

Nel 1967 inizia il processo di revisione critica della teoria del diritto: tale processo si apre con un saggio su essere e dover essere; quattro anni più tardi, nel 1971, è, invece, pubblicato un saggio sulle fonti del diritto in Kelsen²¹⁶.

Il biennio 1981-1982 vede la pubblicazione di ben tre saggi sul tema del *potere*. Con tale tema Bobbio torna ad essere, da filosofo della politica, un filosofo del diritto. Il tema del potere, nelle teorie di stampo kelseniano, rappresenta l'elemento di separazione tra realtà (essere) e normatività (dover essere), tanto che il rapporto fra diritto e potere darà il nome all'intero scritto dedicato a Kelsen²¹⁷. Infine, il volume del 1992 contiene dei saggi in cui si può leggere un confronto del pensiero di Kelsen con quello di Max Weber. Questo volume, pertanto, non appare unitario; esso, difatti, raccoglie degli scritti di Bobbio disseminati in un vasto arco temporale, lungo più di un trentennio, ovvero dal 1954 al 1986²¹⁸.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Ibidem.

2.3. Il diritto come ordinamento

Gli studi fatti da Bobbio nell'ambito della teoria generale del diritto non sono mai stati ricompresi in un'opera sistematica, complessiva. Tuttavia, un'opera più compiuta è ravvisabile nelle due dispense che sono state riunite insieme prima nell'ambiente colombiano e, successivamente, dallo stesso Bobbio²¹⁹.

Essa fu pubblicata in Italia nel 1993; oramai erano più di vent'anni che Bobbio si dedicava alla filosofia politica e nella Prefazione decide di ripercorrere la genesi editoriale di quello scritto: esso si presentava come l'unione di due dispense relative a corsi che lo stesso Bobbio aveva tenuto nei bienni 1957-58 e 1959-60, rispettivamente sulla norma e sull'ordinamento²²⁰.

Traspare, nell'atteggiamento di Bobbio, una certa riluttanza nella divulgazione di questi scritti sotto la forma di libro. Tale fenomeno può essere spiegato tenendo in considerazione la funzione didattica di tali dispense che, in virtù appunto di quello che doveva essere il loro utilizzo, presentavano delle semplificazioni; queste potevano essere considerate accettabili se riferite alla didattica, ma non lo erano altrettanto in un libro che si sarebbe rivolto, per sua natura, anche agli specialisti²²¹.

Nella lettura del volume del 1993 si deve considerare che esso propone dei testi risalenti agli anni Cinquanta, e, pertanto, sono lo specchio del pensiero di Bobbio di una quarantina di anni prima. Tali scritti rappresentano il momento conclusivo del periodo di tirocinio di Bobbio, durante il quale i suoi studi si erano concentrati, per circa una ventina di anni, sulla teoria generale del diritto e i suoi scritti erano stati in difesa delle teorie espresse da Kelsen²²².

Questi scritti sono, come apertamente dichiarato da Bobbio, d'ispirazione kelseniana, così come di matrice kelseniana sono i corsi cui questi documenti si riferivano. Bobbio in particolare riprende, come già accennato, la distinzione propria di Kelsen fra norma (singola) e teoria dell'ordinamento (insieme strutturato di norme)²²³.

Inoltre, sempre dalle teorie di Kelsen, egli riprende il concetto di individuare la caratteristica del diritto nell'ordinamento, piuttosto che nella norma, mutuando la concezione del diritto come un sistema dinamico, da contrapporsi alla morale che si attesta essere un sistema di tipo statico²²⁴. Questi scritti, in quanto pensati per svolgere una funzione di tipo didattico, si aprono con una panoramica generale delle varie teorie del diritto.

²¹⁹ Ivi, p. 20.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ Ibidem.

²²² Ibidem.

²²³ Ivi, p. 21.

²²⁴ Ibidem.

Così facendo, Bobbio richiama anche alcuni degli autori che egli aveva citato all'interno del suo saggio del 1942 sulla consuetudine; particolare riferimento è fatto a Santi Romano e all'istituzionalismo²²⁵. Questa corrente è ritenuta da Bobbio molto importante poiché integra la sua visione normativistica: secondo l'istituzionalismo, difatti, si instaura un legame diretto fra la formazione di un gruppo (istituzione) e l'emanazione di regole; in questo senso, pertanto, il normativismo non viene escluso dall'istituzionalismo, ma, al contrario, è incluso in esso²²⁶. Inoltre l'istituzionalismo ha, per primo, proposto la tesi propria anche del normativismo secondo cui si può parlare di diritto soltanto laddove esiste un gruppo di norme coordinate fra loro a formare un ordinamento²²⁷.

L'analisi svolta da Bobbio è indirizzata verso uno studio della norma giuridica sotto il profilo formale, ovvero indipendentemente dal suo contenuto; ciò che si analizza è la sua struttura, intesa sotto il profilo logico-linguistico, tanto che la sua dottrina si avvicinerà, col tempo, alla filosofia analitica del linguaggio²²⁸.

Nella sua Analisi Bobbio traccia una netta distinzione fra²²⁹:

- “formalismo giuridico” in senso stretto secondo cui il diritto è la forma della prescrizione, non il suo contenuto;
- “formalismo etico” in base al quale è giusto ciò che è conforme alla legge;
- “formalismo scientifico” consistente in quell'insieme di regole volte alla costruzione di una scienza giuridica soltanto dichiarativa.

Se la si considera dal punto di vista formale, una norma è una proposizione con funzione²³⁰:

- descrittiva;
- espressiva;
- prescrittiva.

In questo frangente viene a crearsi il problema circa la natura del diritto come proposizione di tipo prescrittivo e di quali siano i rapporti fra proposizioni prescrittive e descrittive; si vengono dunque a delineare le classiche distinzioni fra imperativi categorici ed ipotetici²³¹.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ivi, pp. 21-22.

²³⁰ Ivi, p. 22.

²³¹ Ibidem.

Una volta classificate le norme fra i comandi, ovvero gli imperativi, se si eleva tale caratteristica a tratto distintivo della norma si giunge alle teorie imperativistiche, da Bobbio criticate²³². Essendo la norma giuridica un imperativo volto a determinare un certo comportamento, si pone il problema di capire a chi sia rivolto tale comando. Secondo Jhering esso è rivolto non ai cittadini, bensì agli organi giudiziari, i quali hanno l'incarico di esercizio del potere coattivo²³³. Questa tesi fu in parte accolta dallo stesso Kelsen, il quale propone una distinzione fra²³⁴:

- “norma primaria”, la quale è rivolta ai cittadini;
- “norma secondaria”, rivolta, invece, agli organi dello Stato.

Concependo la norma giuridica come un imperativo ipotetico, il quale, secondo la logica classica, non è un comando, Kelsen arriva a distinguere la norma giuridica da quella morale, la quale è, invece, sempre un comando, e dalla legge naturale²³⁵. In particolare Kelsen procede nella sua analisi introducendo la differenza fra:

- “legge di imputazione”, propria del diritto;
- “principio di causalità”, proprio del mondo naturale.

Bobbio, analizzando la posizione di Kelsen, giunge alla conclusione che le due tesi che vedono, da un lato, la norma come prescrizione e, dall'altro, la norma come giudizio ipotetico, non sono fra loro in conflitto, dato che il giudizio ipotetico mediante il quale sono formulate ed espresse si presenta come giudizio ipotetico di tipo prescrittivo e non descrittivo²³⁶. Un elemento che caratterizza la norma giuridica, e la distingue, pertanto, da quella di altri ordinamenti, è, nell'analisi svolta da Bobbio, la sanzione.

Questa è definita come la risposta alla violazione della norma ed i vari ordinamenti, in risposta alla norma, ricorrono a sanzioni differenti²³⁷:

- sanzioni di tipo morale, le quali sono interne e, dunque, di scarsa efficacia;
- sanzioni sociali che, pur essendo esterne, sono non istituzionalizzate;
- sanzioni giuridiche, le quali sono massimamente efficaci poiché contemporaneamente esterne ed istituzionalizzate.

²³² Ibidem.

²³³ Ibidem.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ Ibidem.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ Ivi, pp. 22-23.

L'essere esterna e l'essere istituzionalizzata sono gli elementi fondanti della sanzione di una norma giuridica; a sua volta la sanzione così delineata diviene un elemento essenziale della norma giuridica. In particolare, anche quando ci si trova di fronte ad una norma non sanzionata, essa rinvia ad un'altra norma che è invece sanzionata. Non importa, dunque, che ogni singola norma sia sanzionata, ma che lo sia l'ordinamento nel suo complesso²³⁸. L'analisi formale svolta da Bobbio circa le norme prevede una serie di distinzioni. Tra queste alcune sono demandate alle singole discipline, come nel caso di norme²³⁹:

- sostanziali o processuali;
- consuetudinarie o legislative;
- statuali o internazionali.

L'analisi di Bobbio si sposta, successivamente, sull'esame, dal punto di vista sempre formale, dell'ordinamento giuridico. L'attenzione di Bobbio ricade sui rapporti che si instaurano fra le norme che compongono un certo ordinamento. Questa sua attenzione ha, in un certo senso, un carattere sperimentale, poiché, al contrario della norma, l'ordinamento non era mai stato oggetto di autonomo studio in passato²⁴⁰. Difatti, fino ai teorici dell'istituzione, l'elemento cardine delle teorie giuridiche che si erano susseguite nel tempo era sempre stato la norma; al contrario, l'ordinamento, visto come insieme di norme, non era mai stato considerato come un autonomo oggetto di studio²⁴¹.

L'attenzione per l'ordinamento si ebbe per la prima volta proprio con Kelsen, il quale, nella sua opera "Teoria generale del diritto e dello Stato" isolò alcuni problemi propri dell'ordinamento, distinguendo²⁴²:

- "la nomostatica" (sulla norma giuridica);
- "la nomodinamica" (sull'ordinamento giuridico).

Come precedentemente detto, una delle caratteristiche essenziali della sanzione era il suo essere istituzionalizzata. Questa caratteristica suggerisce, secondo Bobbio, che, affinché si possa parlare di diritto occorra la presenza di un qualche tipo di organizzazione²⁴³.

²³⁸ Ivi, p. 23.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ Ivi, pp. 23.24.

²⁴² Ivi, p. 24.

²⁴³ Ibidem.

L'ordinamento è analizzato, dunque, dal punto di vista formale ricercando quegli elementi, quei nessi, che ne fanno un sistema. Pertanto, si analizzano quelle caratteristiche formali che valgono per i sistemi in generale e, perciò, anche per quello giuridico²⁴⁴:

- unità;
- coerenza;
- completezza.

A ciascuna di queste caratteristiche, Bobbio dedica un capitolo della sua esposizione.

Secondo la teoria dell'unità dell'ordinamento giuridico esiste una gerarchia delle norme giuridiche attraverso cui si assiste ad un ritorno alla teoria delle fonti giuridiche. L'unità di un ordinamento giuridico complesso è quindi spiegata da Bobbio con rinvio alla tesi di Kelsen secondo la quale le norme si distribuiscono su vari livelli (costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico)²⁴⁵. Commentando tale ordine gerarchico, Bobbio arriva a discuterne il fondamento ultimo, individuato nella norma fondamentale: essa non è statuita, ma presupposta. Si assiste dunque ad un rinvio al "Gorgone del potere" come fondamento ultimo dell'ordinamento giuridico²⁴⁶.

Affinché vi sia coerenza nel sistema, devono essere assenti delle contraddizioni, delle antinomie, fra le varie norme, che devono essere in un rapporto di compatibilità fra di loro²⁴⁷. In tale frangente si presenta nuovamente la distinzione fatta da Kelsen fra sistema statico (proprio della morale) e sistema dinamico (proprio del diritto) all'interno del quale esiste una derivazione delle norme da altre norme per mezzo di un processo di successiva delegazione del potere²⁴⁸.

Le antinomie possono essere risolte, quando solubili, applicando alcuni criteri, come quello cronologico, gerarchico o di specialità, i quali, però, possono talvolta entrare in conflitto fra di loro. Pertanto la coerenza del sistema giuridico appare essere un'esigenza piuttosto che una necessità²⁴⁹.

Ciò implica che, in un certo momento, possono esistere due norme di pari grado in conflitto fra loro; per Bobbio, in questo caso, esse sono entrambe valide ma non entrambe efficaci: l'applicazione di una delle due norme ad un caso concreto implica che non si applichi l'altra e la soluzione dell'antinomia, in questo caso, prevede la necessità di abrogare, con un processo legislativo, una delle due norme²⁵⁰.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ivi, pp. 24-25.

²⁴⁷ Ivi, p. 25.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Ibidem.

La teoria della completezza dell'ordinamento giuridico prevede che al suo interno siano presenti le norme per giudicare qualunque caso concreto: essa prevede, cioè, che siano assenti lacune nell'ordinamento²⁵¹. La completezza dell'ordinamento diviene necessaria quando ricorrono congiuntamente due elementi²⁵²:

- il giudice ha l'obbligo di esprimersi su qualunque caso gli viene sottoposto;
- egli è tenuto a giudicare un caso concreto richiamando in via esclusiva alle norme contenute nell'ordinamento.

Nel caso venga meno uno di questi due elementi, viene meno anche la necessità di completezza dell'ordinamento. Il dogma della completezza è tipico delle concezioni statualistiche del diritto, poiché è diritto solo ciò che è emanato dallo Stato. Bobbio, nella sua critica a questa visione, ricorre all'analogia quale elemento di autointegrazione del diritto ove esso appare lacunoso²⁵³.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Ivi, pp. 25-26.

2.4. Positivism e giusnaturalismo in Norberto Bobbio

Gli aspetti fondamentali della visione del positivismo giuridico da parte di Norberto Bobbio sono individuabili nelle dispense relative ad alcuni corsi da lui tenuti e in due scritti che si presentano come raccolte di saggi sull'argomento²⁵⁴.

I corsi che ebbero luogo fra il 1958 e il 1960 produssero tre scritti²⁵⁵:

- “Teoria della norma giuridica”;
- “Teoria dell’ordinamento giuridico”;
- “Il positivismo giuridico”.

Queste tre dispense, di cui le prime due andarono a confluire nello scritto “Teoria generale del diritto”, rappresentano i vari momenti di un percorso che si conclude con l’accettazione critica delle dottrine sul positivismo giuridico elaborate da Hans Kelsen²⁵⁶.

Gli altri due scritti cui si è precedentemente accennato sono²⁵⁷:

- “Giusnaturalismo e positivismo giuridico”, del 1965;
- “Dalla struttura alla funzione”, del 1977.

Facendo riferimento al materiale elaborato per i tre corsi, il positivismo giuridico è affrontato secondo due distinte linee direttrici: una di esse ha a che fare con l’aspetto storico del positivismo giuridico; l’altra, invece, con le problematiche teoriche da esso sollevate. Bobbio individua sette distinti modi per definire il positivismo giuridico²⁵⁸:

- riguardo “l’approccio” al diritto, il positivismo giuridico ha come oggetto della sua indagine il diritto positivamente posto (il diritto come è), non il diritto come valore (come dovrebbe essere); il diritto, pertanto, assume validità non perché esso è buono, quanto piuttosto perché esso è prodotto secondo modalità corrette dal punto di vista formale;

²⁵⁴ Ivi, pp. 26-27

²⁵⁵ Ivi, p. 27.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ivi, pp. 27-28.

- riguardo la “definizione”, il diritto viene individuato per mezzo dell’elemento coercitivo, poiché appare efficace solo quella norma che prevede una sanzione qualora si agisca in violazione del comando da essa espresso;
- in merito alle “fonti” del diritto, il positivismo giuridico privilegia la legislazione come fonte, riducendo al minimo il ruolo svolto dalla consuetudine;
- riguardo la “teoria della norma giuridica”, nel positivismo giuridico il diritto è concepito come comando, il quale può essere rivolto ai cittadini oppure agli organi giudiziari;
- riguardo la “teoria dell’ordinamento giuridico”, il positivismo ritiene che ogni ordinamento possieda due caratteristiche: la completezza (non esistono lacune nell’ordinamento) e la coerenza (non sono presenti delle antinomie);
- riguardo il “metodo scientifico-giuridico”, secondo il positivismo l’attività del giudice deve limitarsi alla pura interpretazione dichiarativa o meccanica della norma;
- riguardo la “soggezione o vincolo alla legge”, è prescritta l’obbedienza assoluta alla legge.

Durante il secondo dopoguerra, fu molto marcata la contrapposizione che fu fatta tra il positivismo giuridico, accusato di aver favorito le dittature in Europa, e il giusnaturalismo²⁵⁹. I temi più presenti in quegli anni sono, da un lato, la crisi del positivismo giuridico e, dall’altro, la rinascita del giusnaturalismo²⁶⁰.

Anche nel pensiero di Bobbio c’è un continuo intrecciarsi di queste due scuole di pensiero. Tuttavia, al contrario di come avveniva in altri contesti, la tensione fra queste due linee direttrici non si risolve mai del tutto a favore di una piuttosto che dell’altra²⁶¹. Pertanto permane una lacerazione poiché si ha, da un lato, il positivismo che incarna l’esigenza di scientificità; dall’altro il giusnaturalismo che richiama la libertà in campo morale²⁶².

Sono due gli scritti in cui è possibile assistere ad una certa crisi del positivismo, ovvero “Giusnaturalismo e positivismo giuridico” del 1965 e “Dalla struttura alla funzione” del 1977 all’interno dei quali è discusso in modo critico il giuspositivismo ed è svolta anche una critica del giusnaturalismo di quegli anni.

²⁵⁹ Ivi, p. 28.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

Inoltre cominciano a manifestarsi le prime tracce dell'interesse di Bobbio per la funzione del diritto nella società. Lo scontro fra positivismo giuridico e giusnaturalismo è sentito da Bobbio in modi di volta in volta differenti:

- esso è visto come l'alternativo avvicinarsi di due diverse scuole di pensiero;
- esso si presenta come antitesi di due concezioni opposte e inconciliabili del diritto;
- esso si manifesta come una spaccatura che prevede da un lato la necessità del rigore scientifico, dall'altro le esigenze morali.

In questo senso una riflessione generale su punti di forza e debolezze del positivismo giuridico può muovere le fila dalle più rilevanti vicende giudiziarie internazionali del XX secolo: il processo di Norimberga ed il processo Honecker (e paralleli). Premesso che non sono in discussione le responsabilità morali e politiche degli imputati per i crimini in oggetto (e quindi al di là di ogni valutazione morale), spetta al giurista chiedersi in base a quale disciplina normativa debbano essere qualificati quegli atti.²⁶³

Se ci si attiene alla definizione positivista, secondo cui è diritto vigente ciò che è voluto dall'autorità politica in un determinato momento storico, molti di quegli atti devono essere ritenuti del tutto legali e non sanzionabili.²⁶⁴

Nel momento in cui però ventuno gerarchi nazisti sono stati chiamati a rispondere, di fronte ad un tribunale, di atti del tutto legali rispetto all'ordinamento dell'epoca in cui sono stati commessi, si è evidenziato un grave conflitto tra il principio di giustizia, che vuole punite quelle efferatezze, e il principio di certezza, che ammette l'obbligatorietà della norma sul presupposto della sua previa vigenza e conoscibilità. In ossequio a tale ultimo principio, nessuno può essere punito in virtù di una norma entrata in vigore successivamente alla commissione dell'atto.²⁶⁵

Dirimere tale dilemma è estremamente complicato ed impone il ricorso ad argomenti persuasivi più che ad assunti ideologici. Si mettano a confronto, a titolo esemplificativo, gli argomenti addotti dal giusnaturalismo radicale e dal giuspositivismo radicale.²⁶⁶

²⁶³ Antonio Punzi, *Diritto In.Formazione, Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli Editore, 2018, p.67

²⁶⁴ *Ibidem*

²⁶⁵ *Ibidem*

²⁶⁶ *Ivi*, p.67-68

Secondo il primo, una norma palesemente ingiusta non può essere fonte di obblighi ed in relazione al caso in oggetto, il giusnaturalista radicale argomenterà che l'atto criminoso è un atto da perseguire, a prescindere dal diritto vigente nel luogo e nel tempo in cui è stato commesso.²⁶⁷

La norma che lo dovesse autorizzare, o addirittura prescrivere, solo formalmente potrebbe essere considerata valida. Ne consegue che l'atto dev'essere comunque qualificato come criminoso ed il suo autore, in presenza delle opportune condizioni storico-politiche, chiamato a risponderne di fronte ad un tribunale.²⁶⁸

Secondo il giuspositivista radicale, viceversa, il diritto posto in essere dall'autorità costituita è comunque valido e vincolante a prescindere dal suo contenuto. Su di esso potrà esprimersi una valutazione in termini di giustizia, ma tale valutazione si articolerà sul piano morale o politico e comunque non inciderà sulla validità di quelle norme.²⁶⁹

Bobbio stesso afferma di non volersi schierare (e di non essersi mai schierato) in nessuno dei due campi. Come egli stesso sottolinea in alcuni suoi scritti, ha più volte difeso il giusnaturalismo in momenti in cui il positivismo giuridico era in ascesa e ha difeso le istanze giuspositivistiche (specie negli scritti in favore di Kelsen) negli anni di rinnovato giusnaturalismo²⁷⁰.

Data questa sua doppia inclinazione, Bobbio arriva ad affermare che la scelta esclusiva di una corrente di pensiero piuttosto che di un'altra gli appare il più delle volte come una scelta di tipo irrazionale e non come il risultato di una riflessione critica²⁷¹.

Un aspetto importante del pensiero di Bobbio è quello connesso all'impostazione kelseniana della teoria diritto che prevede una distinzione fra diritto da un lato e scienza del diritto dall'altro. Questa concezione, accettata da Bobbio già a partire dal 1967, distingue un carattere prescrittivo per la norma giuridica ed un carattere descrittivo per quelle proposizioni per mezzo delle quali sono enunciate le norme dalla scienza giuridica²⁷².

Proprio a tal riguardo, Kelsen innova la terminologia giuridica distinguendo fra²⁷³:

- norma giuridica;
- proposizione giuridica;

²⁶⁷ Ivi, p.68

²⁶⁸ Ibidem

²⁶⁹ Ibidem

²⁷⁰ Mario Giuseppe Losano, Il positivismo nell'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 17., p. 29.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ivi, pp. 29-30.

²⁷³ Ivi, p. 30.

Nonostante Kelsen rimase sempre fedele a questo modello, Bobbio, proprio a partire dal 1967, se ne distaccò, motivando tale scelta con la constatazione che, in taluni momenti, anche la scienza giuridica di Kelsen presentava un carattere prescrittivo. In particolare, tale carattere si manifestava nei momenti in cui Kelsen delineava come doveva essere costruita una teoria del diritto, ovvero come doveva essere fatta la scienza giuridica.

Pertanto, all'interno della teoria pura del diritto si assiste ad un avvicinarsi ora di un linguaggio di tipo descrittivo, ora di un linguaggio di tipo prescrittivo²⁷⁴. Si voleva, insomma, evidenziare il confine fra la realtà (l'essere) e la normatività (il dover essere) fra i quali, a detta di Kelsen, non doveva intercorrere rapporto alcuno²⁷⁵.

Negli anni Sessanta vi fu, da parte di Bobbio ma anche dei suoi allievi, un approfondimento della teoria pura del diritto, specie del suo aspetto sistemico. Molti degli scritti di quegli anni possono inquadrarsi come un'analisi di una delle sette accezioni del positivismo giuridico²⁷⁶. Si manifestava, nello stesso periodo, anche l'aspetto strutturale della teoria del diritto di Kelsen; in quest'occasione Bobbio suggerì un'analisi della stessa alla luce dello strutturalismo, corrente che stava conoscendo, presso soprattutto linguisti ed antropologi, un momento di forte espansione²⁷⁷. Seguendo questa linea di pensiero, inoltre, Bobbio suggerì alla casa editrice Einaudi la traduzione e pubblicazione in Italia dell'opera di Raymond Boudon in cui l'autore applicava lo strutturalismo alle scienze umane²⁷⁸.

Tale compito fu affidato a Losano, il quale, attraverso le sue ricerche, giunse alla conclusione che la maggior parte dei giuristi non andava oltre l'intenzione di applicare al diritto lo strutturalismo²⁷⁹.

Con il 1970 si erano analizzati gli elementi fondamentali del sistema giuridico, vale a dire sistema, struttura e strutturalismo; la conoscenza del meccanismo interno dell'ordinamento poteva considerarsi completa²⁸⁰. Tuttavia, questo percorso non aveva soddisfatto le esigenze teoriche espresse da Bobbio.

Kelsen aveva proposto una visione del positivismo giuridico che si poneva come continuazione del positivismo dell'Ottocento e tale visione era asserita dallo stesso Kelsen; egli aveva inoltre affinato fino a livelli insuperabili questa visione.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ivi, p. 31.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ Ivi, p. 32.

Tuttavia, la società intorno a Bobbio si era nel tempo evoluta e pertanto egli sentiva sempre più forte la spinta a distaccarsi da una visione puramente strutturale del diritto, ovvero dal positivismo normativo di stampo kelseniano²⁸¹.

L'insoddisfazione vissuta da Bobbio per tale sistema era determinata dalla constatazione di quanto a fondo il modello dello stato sociale avesse permeato la società; pertanto, anche il diritto appariva mutato, influenzato da questa nuova realtà²⁸².

Si assisteva allo svolgimento di due funzioni da parte dello Stato²⁸³:

- una funzione repressiva, volta a punire tutti i comportamenti indesiderati per lo Stato;
- una funzione promozionale, volta ad incentivare tutti i comportamenti desiderati.

Pertanto, risultava anacronistica la visione dello stato unicamente come lo “Stato castigatore” di Thomas Paine, poiché esso non si limitava più soltanto alla minaccia o alla repressione, ma svolgeva anche una funzione di promozione e premio di taluni comportamenti²⁸⁴; pertanto, la teoria sistematica del diritto non bastava più per descrivere questa realtà. In Bobbio si manifestò un crescente interesse per l'aspetto funzionale del diritto; questa sua inclinazione lo spinse a proporre alla casa Einaudi di tradurre l'opera “Scopo del diritto”, affidata sempre a Losano²⁸⁵. Elemento molto rilevante di questa traduzione fu la resa del termine tedesco “Lohnrecht”, il quale era stato coniato da Jhering in contrapposizione a “Strafrecht”, ovvero “diritto penale”.

Dopo numerosi tentativi l'espressione fu resa con “diritto premiale” proprio a sottolineare la funzione opposta di questo tipo di diritto rispetto ai modelli del passato²⁸⁶. Con l'accettazione della funzione come elemento fondamentale del diritto non si rifiuta però il suo aspetto funzionale; ciò che si realizza è, piuttosto, una sorta di completamento: è mantenuta la forza euristica della spiegazione strutturale del diritto, la quale, però, necessita di essere completata affiancandovi una spiegazione funzionale. Questo aspetto è assente in Kelsen in quanto egli aveva fatto punto cardine della sua metodologia l'attenzione esclusiva sull'elemento strutturale del diritto²⁸⁷. In Bobbio le due visioni, complementari ma distinte, rappresentano due facce di una sola medaglia: la teoria strutturale si connette al punto di vista giuridico, mentre quella funzionale all'aspetto sociologico. Analisi strutturale e analisi funzionale mettono in luce elementi differenti di un fenomeno unitario qual è il diritto²⁸⁸.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ Ibidem.

2.5. Dal positivismo di Bobbio a una teoria veramente generale del diritto

Il positivismo di matrice kelseniana ha una sua validità indiscutibile, sebbene essa appaia essere molto più limitata rispetto a quanto non si evinca ad una prima analisi. Questo tipo di dottrina è una dottrina generale di un particolare diritto che si presenta con tre caratteristiche²⁸⁹:

- è un diritto codificato, ovvero il diritto di tipo europeo-continentale; tale teoria si adatta bene alla *civil law* mentre è meno adatta a descrivere i sistemi di *common law*;
- è un diritto di origine statale, ovvero quel diritto posto per mezzo di un processo democratico-parlamentare; tale dottrina, pertanto, non si adatta perfettamente a diritti di origine storica o consuetudinaria;
- è un diritto laico, ovvero un diritto che non è guidato da un qualche sistema morale, sia esso di stampo religioso oppure no;

Losano rintraccia, grazie ai suoi contatti con i diritti europei ed extra-europei, quelli che possono essere definiti i limiti geografici e temporali della dottrina pura del diritto. Tale dottrina, però, rimane, nell'opinione di Losano, come il mezzo migliore per l'analisi di tutti quei diritti che manifestano le tre caratteristiche sopra elencate²⁹⁰.

Difficilmente è possibile costruire una teoria ancor più generale del diritto, ovvero di diritti che mancano di una o più delle caratteristiche elencate, poiché si dovrebbero raggiungere livelli di astrattezza tali per cui tutte le spiegazioni prodotte diverrebbero irrilevanti²⁹¹: l'unico criterio per identificare un ordinamento giuridico da includere in una teoria veramente generale del diritto sarebbe quello della sua effettività, accettando il pericolo di identificare il diritto con ogni ordinamento normativo che abbia la forza di imporre di fatto il rispetto delle proprie norme²⁹².

²⁸⁹ Ivi, p. 34.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Ibidem

3.1. Stato di diritto e Stato costituzionale di diritto

Costituisce un atto dovuto riconoscere a Bobbio il merito di aver tracciato uno dei più penetranti e riusciti tentativi di individuare le principali problematiche e aspetti in cui il positivismo giuridico si è storicamente presentato. Proprio grazie alla rappresentazione che egli fornisce del positivismo giuridico, seppur maturata nel tempo, sono stati acquisiti al dibattito filosofico internazionale alcuni punti fermi: l'ambiguità della locuzione "positivismo giuridico", che può indicare varie teorie e ideologie; la constatazione che tali teorie ed ideologie non costituiscono una costruzione filosofica compatta, da accettare o respingere in blocco; la necessità quindi che i critici del giuspositivismo circoscrivano il loro bersaglio a tesi determinate. Il suo pensiero, cogliendo debolezze e punti di forza del positivismo giuridico riesce ad offrire un'analisi che ancora oggi si rivela attuale per introdurre un tema centrale riguardante il positivismo giuridico contemporaneo, e cioè se con il passaggio dallo "stato di diritto" allo "stato costituzionale di diritto" sia stato inflitto un colpo mortale al positivismo giuridico, oppure se le sue nuove e più raffinate declinazioni riescono a sopravvivere con un ruolo attivo (a differenza del positivismo ottocentesco che viene unanimemente quasi abbandonato ed isolato nella sua cornice storico culturale).

Con l'avvento delle costituzioni post-belliche e quindi con l'affermazione dello stato costituzionale di diritto vengono infatti totalmente capovolti i caratteri dello stato di diritto sui quali si era permeato il positivismo giuridico ottocentesco. Tali caratteri possiamo riassumerli in 3 punti fondamentali:

- affermazione della sovranità dello stato;
- supremazia della legge su tutte le altre fonti;
- dipendenza dei diritti individuali dalla legge;

Lo stato di diritto ottocentesco è considerato come persona dotata di una propria soggettività giuridica e di un potere supremo al di sopra del quale non vi è nessun altro potere.

L'elemento che sta all'origine di questo stato-persona, che ne costituisce la base e ne garantisce l'unità è la nazione²⁹³, concepita come una pluralità di individui legati da vincoli di nascita, lingua, tradizione, cultura, usi, costumi e religioni.

²⁹³ In questo senso si veda Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino 1995

Trattandosi di un concetto fortemente anti-individualistico, l'interesse del singolo certamente potrebbe essere sacrificato di fronte all'interesse della nazione, se quest'ultima dovesse avere delle finalità o una volontà non corrispondente a quella del singolo: essa agisce politicamente ed è rappresentata dallo Stato, il quale viene definito Stato-Nazione²⁹⁴.

Questo Stato-Nazione esprime la sua volontà sovrana perseguendo i propri fini attraverso la legge, che rappresenta la fonte suprema dell'ordinamento giuridico cui è subordinata ogni altra norma giuridica, provvedimento o decisione degli organi amministrativi o giurisdizionali.

Nell'ambito dello stato di diritto non è quindi ipotizzabile una fonte superiore alla legge, come la costituzione, cui il sovrano possa essere assoggettato; le costituzioni, seppur presenti nello Stato di diritto, erano concepite come flessibili e non prevedevano un procedimento aggravato di revisione, risultando di conseguenza modificabili o revocabili dal legislatore in qualsiasi momento.

In tale prospettiva anche i diritti individuali dei cittadini dipendono dalla legge e quindi dalla volontà del sovrano: è quindi possibile affermare che nello Stato di diritto, i diritti sono assicurati, non "nella costituzione", ma "nello stato"²⁹⁵. Le costituzioni in questo contesto storico-culturale avevano quindi una funzione molto meno penetrante rispetto a quelle attuali in quanto non erano poste al vertice delle fonti.

Successivamente, con l'avvento delle costituzioni post-belliche e la conseguente affermazione del cosiddetto "stato costituzionale di diritto" si realizza un cambio di paradigmi dei suddetti caratteri dello stato liberale.

Innanzitutto, nel mondo occidentale viene definitivamente meno il concetto di sovranità statale e si afferma quello di sovranità popolare concretandosi nell'adozione di costituzioni democratiche: ci si trova di fronte ad una nuova concezione di sovranità intesa come entità detentrici di un potere che deve essere esercitato nel rispetto di determinate regole e principi stabiliti dalla Costituzione. Questa nuova concezione di sovranità deriva dal venir meno della centralità del concetto anti-individualista di nazione e dalla conseguente affermazione del pluralismo: si afferma così la convinzione che all'interno di una società convivono più individui ognuno con le proprie idee, con la propria cultura, con la propria religione e via dicendo.

Altra caratteristica importante dello Stato costituzionale è che con esso viene meno la supremazia della legge e la conseguente affermazione del primato della costituzione su tutte le altre fonti. Si assiste, come afferma Zagrebelski, alla "polverizzazione della legge"²⁹⁶.

²⁹⁴ Ivi, p. 108.

²⁹⁵ Ivi, p. 111.

²⁹⁶ Andrea Porciello, *Algunas cuestiones metateóricas relativas a la cuetion de la observaciòn nel fenomeno juridico: una breve comparaciòn entre positivismo juridico metodologico y neocostitucionalismo*, p. 29.

La funzione principale e caratterizzante delle Costituzioni contemporanee è sicuramente quella di indirizzare l'ordinamento stesso sulla base dei principi e dei valori in essa contenuti, oltre che ovviamente quella di organizzare l'ordinamento giuridico, motivi per cui esse possono essere definite Costituzioni lunghe: contengono norme che disciplinano l'organizzazione dei poteri pubblici, norme che sanciscono diritti, principi e valori fondamentali, ma soprattutto individuano "cosa" un sistema deve o dovrebbe diventare²⁹⁷, ed è proprio questo l'aspetto più importante del Costituzionalismo contemporaneo.

Si tratta, dunque, di costituzioni intese sia come massima garanzia contro l'arbitrio dei poteri pubblici, sia come indirizzo fondamentale da perseguire sulla base dei valori in essa stessa introdotti.

Tali travolgimenti rispetto alle costituzioni ottocentesche sono dovuti anche e soprattutto al rifiuto dell'ideologia dello stato totalitario (in particolare, il nazismo in Germania e il fascismo in Italia). Gli stati totalitari europei della prima metà del Novecento si distinguono per la negazione e violazione dei diritti fondamentali, del pluralismo sociale e ideologico e del principio di legalità. Tutto ciò ha causato dopo la Seconda guerra mondiale la necessità di un'effettiva e reale tutela dei diritti nei confronti di tutti i poteri pubblici e quindi anche nei confronti del legislatore²⁹⁸.

Come si può constatare dall'analisi, seppur sommaria, delle profonde differenze che vi sono tra il costituzionalismo ottocentesco e quello contemporaneo, non è possibile dal punto di vista teorico applicare a quest'ultimo le concezioni del positivismo giuridico.

In particolare, si pone in contrasto con i fondamenti dello stato costituzionale di diritto la tesi secondo cui la legge è l'unica fonte di qualificazione giuridica. Inoltre, la cultura giuridica contemporanea è caratterizzata dall'abbandono dei dogmi della coerenza e della completezza dell'ordinamento giuridico in quanto il costituzionalismo contemporaneo prevede la possibilità che vi sia concorso tra principi e valori fondamentali che a loro volta si caratterizzano per essere generici, vaghi, astratti ed indeterminati.

Appare evidente chiedersi se questa stessa conclusione valga anche dal punto di vista metateorico e quindi se il positivismo giuridico come approccio avalutativo allo studio del diritto possa essere fecondamente applicato anche allo Stato costituzionale di diritto contemporaneo oppure no; ed anche di fronte a queste considerazioni il giuspositivismo non si è arreso, infatti i difensori del positivismo hanno cercato con varie argomentazioni di giustificare la sopravvivenza della teoria positivista. Al contrario, gli esponenti del neocostituzionalismo danno alla suddetta domanda una risposta negativa: essi partono dal presupposto secondo il quale nello stato costituzionale di diritto, il diritto stesso incorpora e rinvia a valori e principi morali, etici e politici e di conseguenza non è possibile accostarsi in modo avalutativo allo studio del diritto.

²⁹⁷ Ivi, p. 30.

²⁹⁸ Pietro Costa, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, pag 142.

3.2. Il dibattito tra Hart e Dworkin: il conflitto tra due modelli di diritto

L'avvento dello stato costituzionale di diritto porta con sé un cambio dei paradigmi giuridici che determina inevitabilmente una crisi delle fondamenta dottrinali e filosofiche del positivismo giuridico. Tra questi paradigmi che risultano mutati rispetto ai precedenti ordinamenti giuridici, basati sullo stato di diritto, spicca sicuramente il riconoscimento (teorico) della creatività dell'interprete. In questo senso, la possibilità che il momento decisionale si realizzi tramite valutazioni disomogenee dei componenti del collegio è la conseguenza di una premessa teorica, ovvero l'accettazione che il processo interpretativo del diritto sia irriducibile al semplice sillogismo giudiziale. Se nel dibattito odierno è tendenzialmente pacifico che i testi normativi siano suscettibili di plurimi itinerari ermeneutici, questo equivale a riconoscere la legittimità di esiti non univoci dell'attività interpretativa del giudice e, con essa, la legittimità del dissenso. Trattasi di un'acquisizione alla quale la scienza giuridica è giunta attraverso però solo attraverso complessi dibattiti, cui possiamo rivolgere soltanto rapidissimi cenni.

Nei secoli XVIII e XIX, come noto, il continente europeo è stato percorso dalla combinazione di due parallele utopie concettuali: da un lato la centralità e l'eshaustività della legge nella regolazione delle situazioni giuridiche e, dall'altro, le complementari neutralità e univocità della funzione interpretativa del giudice²⁹⁹.

Con il passare del tempo, sono prevalse letture realistiche del fenomeno interpretativo e, di pari passo, sono maturate solide consapevolezze riguardo alla relatività del concetto di certezza del diritto e allo spessore della dimensione soggettiva dell'agire interpretativo. Questo nuovo approccio consente la stilizzazione del dissenso come veicolo del conflitto interpretativo fra giudici e si connette a profili metodologici assai controversi circa l'esattezza della scienza giuridica e della sua capacità predittiva. L'argomento conduce ad alcune fondamentali elaborazioni di teoria generale in merito alla funzione compositiva del diritto e al ruolo dei soggetti preposti alla sua corretta applicazione. Come valutare, ecco il punto, la correttezza delle soluzioni giuridiche?

Le principali coordinate giusfilosofiche del dibattito sono documentate dal confronto teorico internazionale svoltosi nel XX secolo fra alcuni dei maggiori studiosi del periodo. Per quanto riguarda la funzione compositiva del diritto, la risposta d'ispirazione kelseniana è stata molto diretta: un ordinamento giuridico riesce a mettere in forma il conflitto solo quando è efficace. Tale risposta prova troppo, poiché «non distingue a sufficienza fra casi in cui quella forma del conflitto che è il diritto funziona perché è applicata dai suoi destinatari o perché è fatta applicare dagli organi dell'applicazione»; e, anche nella prima ipotesi, pone sullo stesso piano, in quanto entrambi efficaci, la Norvegia occupata durante la seconda guerra mondiale e l'ordinamento giuridico della Germania occupante»³⁰⁰.

²⁹⁹ Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè (a cura di Paolo di Lucia), Torino, 2006. p.122.

³⁰⁰ Giovanni Bisogni, *La forma di un conflitto. Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente*, in *Ars interpretandi*, 2015, p. 52.

In seguito, sempre nell'ambito del giuspositivismo, emergono sfondi concettuali più sofisticati: la risposta hartiana al quesito in esame, infatti, muove dalla premessa che un dato ordinamento giuridico esiste anche se i comuni consociati non accettano le norme ma si limitano ad obbedire "per quanto li riguarda"; mentre il contributo che i funzionari possono fornire all'effettività, è quello di accettare le norme secondarie, a prescindere dall'obbedienza.

In altre parole, la valutazione dell'effettività di una norma giuridica deve essere fatta distinguendo fra comune consociato e cittadino, ovvero fra effettività interna ed esterna³⁰¹.

Per quanto concerne il margine interpretativo affidato al giudice, Hart ne giustifica l'ampiezza soprattutto in relazione a norme giuridiche indeterminate, quali certamente sono quelle contenute nei testi costituzionali; la discrezionalità del giudice, allora, eviterà di trasformarsi in arbitrio grazie all'esistenza dei limiti procedurali e sostanziali che ogni ordinamento predispone, in omaggio al principio dello stato di diritto.

Applicando il ragionamento hartiano all'oggetto della trattazione in esame, il dissenso può essere concepito come una garanzia di trasparenza nell'esercizio di tale discrezionalità: allo stesso interrogativo possono darsi soluzioni differenti, senza che questo comporti l'automatica erroneità di una di esse.

Il controcanto della suddetta visione è stato formulato da Dworkin, pochi anni dopo la prima divulgazione della teoria hartiana, muovendo da opposte premesse: l'inesistenza di lacune giuridiche e la possibilità di individuare una singola risposta corretta in sede di risoluzione dei casi³⁰². Secondo questo filone di pensiero, l'interpretazione giuridica ha natura dichiarativa, sicché l'azione del giudice è totalmente eterodiretta e niente affatto discrezionale; il perimetro applicativo risulterebbe dettato da un fitto tessuto di principi e di precedenti giudiziari strettamente legati alla tradizione di *common law* e, di rimbalzo, da uno sfondo di percezioni istituzionali e collettive di natura equitativo-moralistica, che limitano valutazioni di carattere personale.

L'edificio teorico di Dworkin sacrifica il ruolo creativo del giudice e, inoltre, subordina la correttezza dell'attività giudiziale a parametri di natura morale di dubbia condivisibilità. La conclusione dworkiniana, contro la quale sono mosse critiche di particolare consistenza, è la posizione "sovraumana" del giudice che può essere messa in discussione tramite un duplice ordine di ragionamenti.

³⁰¹ Herbert Hart, *The Concept of Law*, Londra, Oxford University Press, 1961, p. 133 ss.

³⁰² R.M.D al lavoro, *la legge è un sistema di regole?*, in R. SUMMERS, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, p. 44 ss.

In primo luogo è possibile concordare sulla ridotta discrezionalità dell'interprete, senza accogliere l'idea di astratti standards comuni sempre in grado di portare alla soluzione esatta. Questo sembra l'atteggiamento di MacCormick, che sposta l'obiettivo dell'analisi sui profili concreti del disaccordo, per abbandonare un approccio formalistico al precedente valorizzando, invece, il momento argomentativo della deliberazione sul singolo caso.

Secondo tale lettura, ogni controversia ha uno spazio di disaccordo pratico, all'interno del quale possono, per l'appunto, generarsi opinioni plurime dei membri del collegio, seppur nell'alveo di canoni orientativi e tecniche argomentative riconosciuti come validi dalla comunità giuridica di riferimento.

Un secondo ordine di perplessità, ha come baricentro le conseguenze derivanti dall'accettazione di una dimensione politico-morale nell'agire dei giudici costituzionali.

Si tratta di una prospettiva particolarmente evidente in ordinamenti dove età e sinteticità del testo costituzionale hanno favorito la nascita di una giustizia costituzionale dotata di funzioni "super legislative", difficilmente riducibili all'applicazione di standards giuridici vincolanti. Il migliore paradigma di simile circuito è offerto dall'esperienza statunitense.

Partiamo da un primo dato oggettivo: il diritto costituzionale statunitense si fonda su una base legislativa scarna e assai datata. La *rule of recognition* di questo sistema, quindi, deve gravitare sui parametri di costituzionalità identificati dai giudici nel corso del tempo; se è vero che i giudici sono vincolati dal documento costituzionale originario è, però, altrettanto vero che esistono diversi percorsi di accertamento del contenuto del testo. Qui si radica l'inesauribile dibattito della dottrina statunitense sui criteri individuativi del vincolo costituzionale, reso più complesso dalla natura diffusa del controllo e ben lontano dai canoni positivisti. Ma, soprattutto, qui si radica un secondo dato oggettivo: l'inevitabilità della dimensione politica nei processi deliberativi della Corte suprema e la concomitante debolezza di quella *judicial modesty* teoricamente capace di immunizzare il sindacato di costituzionalità da convergenze ideologiche alle maggioranze politiche del momento. In tal modo, lo spessore politico e morale dei membri della Corte diviene anche un fattore di orientamento determinante nella designazione dei medesimi, dando luogo ad una rete di mutua legittimazione fra organi che inficia la presunta imparzialità degli organi di giustizia costituzionale.

La politicità di certe corti supreme rappresenta una realtà talmente consolidata da costituire elemento essenziale delle rispettive forme di governo. Sarebbe, dunque, ingenuo attenderne la correzione; ma sarebbe lecito auspicare la collettivizzazione dei dibattiti e delle valutazioni che precedono gli atti di nomina, al fine di verificare l'allineamento fra i candidati e la comunità politica anziché il loro mero apprezzamento da parte della maggioranza di governo.

Pertanto, Dworkin, diversamente da Hart, difendeva i princìpi (accanto alle regole) in quanto comuni ad ogni sistema giuridico e quindi a suo avviso vincolanti per i giudici. Ciò lo portava a concludere che ci sia “una risposta giusta” ad ogni caso, compresi i cosiddetti *hard cases*, dato che in mancanza di regole ad hoc sarebbe sempre possibile individuare un principio idoneo a decidere il caso.

Una posizione a metà strada è quella adottata da N. MacCormick, che ha cercato di contemperare il positivismo *rule-based* di Hart con i princìpi *value-oriented* di Dworkin, ritenendo che il diritto non sia completo e siano inevitabilmente presenti lacune da colmare “mediante estrapolazione da ciò che già esiste”.

3.3. Tra diritto e morale: la risposta del giuspositivismo “garantista” di L. Ferrajoli alla sfida del neocostituzionalismo Dworkiniano.

Il dibattito sulla trasformazione dello stato di diritto in stato costituzionale di diritto, ed il conseguente ruolo dei princìpi nell'interpretazione del diritto si è sviluppato ed articolato anche in Italia. Ne è un esempio la posizione di Luigi Ferrajoli³⁰³, secondo cui l'esaltazione dei princìpi degrada i diritti a raccomandazioni etiche e sovverte la gerarchia delle fonti attribuendo un ruolo creativo alla dottrina giuridica e alla giurisprudenza, con una dinamica in contrasto con le esigenze di forme di tutela sempre più avanzate che si sono sviluppate gradualmente nella società moderna e post-moderna. A ciò si contrappone un assetto costituzionale che deve essere attuato dal legislatore e solo completato dalla dottrina e dai giudici.

Al di là della distinzione fra diritti, fra la funzione positiva o negativa dei princìpi, è utile focalizzare l'attenzione sull'attività giudiziaria per assicurare la massima realizzazione degli interessi giuridicamente protetti da un diritto o da un principio e la clausola orizzontale di socialità offre elementi di valutazione di grande significato.

In "Principia iuris" viene analizzata da Ferrajoli la dimensione sostanziale, oltre che formale, della validità delle leggi e della democrazia introdotta nei sistemi politici contemporanei dalla costituzionalizzazione di un insieme di diritti fondamentali corrispondente alla sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere e che ci si aspetta che ogni maggioranza decida. Questo è un mutamento radicale di paradigma sia del diritto in generale che della democrazia intesa quale forma ormai irrevocabilmente titolata ad avere il monopolio della legittimità.

Diritto e democrazia sono le due ampie sezioni in cui Ferrajoli articola "Principia iuris", parallelamente articolate secondo la stessa successione di tematiche che vengono analizzate con la diversa strumentazione teorica e secondo il diverso *standpunkt* della filosofia politica e della filosofia del diritto costruttivisticamente considerate.

Questi due paradigmi della forma di stato contemporanea non sono più concepibili, a parere di Ferrajoli, secondo i loro due modelli che si mostrano ormai obsoleti e risalenti: il diritto non è più riducibile alla sua interpretazione secondo il modello paleo-giuspositivistico, come del resto la democrazia secondo le teorie dominanti elaborate da Kelsen, Dworkin o Rawls, sulla base di condizioni solo formali o procedurali.

Questa stessa constatazione viene fatta propria anche da Finnis e da buona parte degli studiosi che si ispirano a una concezione del diritto ispirata dalla tradizione del diritto naturale, ritenendo impossibile giustificare la democrazia e la gerarchia del diritto in base semplicemente a considerazioni basate su meri fatti sociali.

³⁰³ Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 2771 ss.

Tale è anche la constatazione critica fatta da Fukuyama³⁰⁴ che ritiene insufficiente una concezione del *rule of law* che non tenga conto della irriducibile diversità delle altre culture rispetto a quella occidentale e ancor di più della necessità di includere nel discorso pubblico non solo i criteri di ragionevolezza propri della società liberali ma anche altre gerarchie di valori che, come la morale per il diritto naturale, fanno riferimento a ordini di valori che trascendono i fatti sociali³⁰⁵.

Diritto e democrazia sono definibili entrambi sulla base di una duplice fonte di legittimazione democratica: da una parte la sovranità popolare che si esprime nel voto e negli istituti della rappresentanza, dall'altra il sistema dei diritti e delle garanzie fondamentali poste a tutela dei cittadini dalle diverse maggioranze che legittimamente assumono il ruolo di governo.

In tal modo il diritto continua ad essere un prodotto della politica in accordo con il paradigma positivista, ma cessa di essere un semplice strumento di attuazione della volontà delle maggioranze politiche: è al contrario la politica che si subordina al diritto, e precisamente alla Costituzione, quale strumento legittimo di attuazione della visione di società giusta in questa stipulata una volta per tutte: rimane da dimostrare però come sia possibile in definitiva che le generazioni passate fissino le prescrizioni di cosa sia giusto anche per le generazioni seguenti, un postulato di giustizia che a volte incrina la fiducia nel testo costituzionale e lo rende strumento di lotta politica, con una circolarità sorprendente.

L'ampliamento dei contenuti del *rule of law* realizzato con la positivizzazione dei diritti fondamentali amplia il ruolo della giurisdizione, per via della soggezione del legislatore alla legge costituzionale e quindi al controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie. Quest'espansione del ruolo della giurisdizione impone secondo Ferrajoli la necessità di ribadire la legittimazione garantista, quale attività tendenzialmente cognitiva di applicazione della legge contro la sua moralizzazione e normativizzazione. Già alcuni teorici che, secondo Ferrajoli, sono riconducibili all'alveo del giusnaturalismo (come Dworkin, Alexy e Zagrebelsky), indeboliscono la forza normativa delle prescrizioni costituzionali e anche le fonti di legittimazione della giurisdizione sulla base di una concezione dei diritti fondamentali intesi come principi morali, che vengono fatti oggetto di preventivo bilanciamento anziché di diretta applicazione.

Secondo Pino³⁰⁶ le critiche di Ferrajoli al neocostituzionalismo travolgono anche alcune sue tesi che possono invece essere ritenute condivisibili perché comunque teoricamente feconde, anche dal punto di vista del positivismo giuridico che esclude la commistione tra diritto e morale e che per il tramite del neocostituzionalismo sembra trovare una nuova giustificazione, stavolta in termini di politica del diritto.

³⁰⁴ Francis Fukuyama, *Le origini dell'ordine politico: dai tempi preumani alla rivoluzione francese*, Farrar, Straus e Giroux, 2011.

³⁰⁵ Jurgen Habermas sembra aver operato un'inclusione di queste diverse possibilità di giustificazione, come appare sempre più plausibile sulla scorta di quanto mostrato da Taylor.

³⁰⁶ Giorgio Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 56, 2011, p. 965.

Occorre quindi a giudizio di Pino operare una serie di distinzioni concettuali: il neocostituzionalismo si dovrebbe fare portavoce di una forma di Stato, lo Stato costituzionale di diritto, inteso normativamente come un modo particolare di strutturare l'organizzazione dei poteri dello Stato stesso. Esso dovrebbe essere inteso come un insieme di buone pratiche e di atteggiamenti interpretativi e adottati dai giuristi e dalle Corti che presuppongono l'assunzione della Costituzione come documento giuridico propriamente normativo, e che hanno come obiettivo la maggior penetrazione possibile della Costituzione in tutti i settori dell'ordinamento.

Il neocostituzionalismo, pur nella varietà delle sue caratterizzazioni, porta a considerare i processi di positivizzazione, generalizzazione e internazionalizzazione del catalogo dei diritti fondamentali come forza propulsiva di un cambiamento non ancora pienamente attuato del diritto nazionale e normativamente internazionale. Tali garanzie possono accompagnare un cambiamento del diritto interno dei paesi che, affrancatisi da regimi totalitari (quali recentemente i paesi dell'Europa orientale e alcuni paesi dell'Asia centrale dopo la caduta dell'Unione Sovietica) si sono dati costituzioni democratiche che includono una elencazione puntuale dei diritti fondamentali e prevedono garanzie per la loro tutela e attuazione giuridica; tali paesi si sono dati costituzioni scritte, lunghe, rigide e garantite.

Il diritto internazionale ha come propri soggetti non più soltanto gli stati, ma anche gli individui che in quanto persone sono titolari di diritti fondamentali, universali e inviolabili, e le diverse istituzioni (nazionali, regionali, internazionali) e organizzazioni non governative che si occupano della tutela e dell'attuazione internazionale dei diritti fondamentali³⁰⁷. Nel rapporto fra diritto internazionale e diritto interno degli stati la positivizzazione internazionale dei diritti fondamentali comporta infatti una duplice limitazione, interna ed esterna, della sovranità statale. La limitazione della sovranità interna è causata dal fatto che il legislatore nazionale non può emanare leggi che violino i suddetti diritti; la limitazione della sovranità esterna perché legislatore e governo non possono adottare politiche estere che possano compromettere pace e sicurezza internazionale.

Questi cambiamenti del diritto nazionale interno, del diritto internazionale e dei rapporti tra di loro individuano il nucleo centrale del neocostituzionalismo; in particolare il nucleo centrale di un nuovo paradigma giuridico che, come afferma Rodotà, segna il passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato costituzionale dei diritti”³⁰⁸, ma anche di un nuovo paradigma politico normativo o garantista, per riprendere ancora una volta la terminologia di Ferrajoli, cioè quello della democrazia costituzionale.

³⁰⁷ Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, 2002, p.159.

³⁰⁸ Stefano Rodotà, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2006, p.83.

Diversi autori hanno lavorato per una maggiore caratterizzazione e per una sorta di apologetica del neocostituzionalismo, per distinguerlo dalla sua declinazione come una nuova forma di giusnaturalismo, come una forma di giuspositivismo, o ancora come una concezione del diritto diversa dal giusnaturalismo e dal giuspositivismo e che si profila come un *tertium genus*, in analogia con diversi tentativi esperiti in tal senso nel corso del XX secolo.

Secondo l'approccio caratteristico del contemporaneo giusnaturalismo l'esplicita enunciazione dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali di molti ordinamenti giuridici contemporanei testimonia l'affermazione e l'incorporazione della morale nel diritto positivo e la fattuale abdicazione del giuspositivismo alle istanze del giusnaturalismo.

In quest'ottica l'enunciazione dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali è considerata come il riconoscimento dei diritti naturali da parte del legislatore; questi diritti sono attribuibili ad ogni uomo in quanto tale ed è possibile intenderli come principi morali universalmente validi e razionalmente conoscibili. Tale enunciazione e catalogazione garantisce la produzione di leggi giuste in quanto il legislatore deve conformarsi a quanto stabilito dai diritti enunciati dalla costituzione pena l'annullamento delle proprie leggi. Essa inoltre garantisce un'applicazione giudiziale del diritto secondo i classici postulati dell'equità e della giustizia propri del diritto naturale, se ed in quanto la sua interpretazione sia conforme ai principi e ai precetti morali di cui sono espressione i diritti enunciati nella Costituzione.

Secondo la possibile interpretazione giuspositivista il neocostituzionalismo si configura come un nuovo possibile paradigma interpretativo del diritto positivo, un paradigma riconducibile però solo all'insieme di ciò che può essere derivato da una decisione politica o da un fatto sociale. Il riconoscimento dei diritti fondamentali, le possibili forme e i procedimenti concreti volti a garantirne l'attuazione e la tutela dipendono da quanto stabilisce di volta in volta la politica di ogni singolo ordinamento giuridico.

La massima garanzia che si può configurare nei confronti dei diritti fondamentali è quindi, come auspicato dagli autori che si è cercato brevemente di analizzare, la costituzionalizzazione del catalogo dei diritti stessi, da quelli più risalenti fino a quelli di ultima generazione. Questi andrebbero a costituire il contenuto sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, vincolando il legislatore ordinario e il legislatore d'urgenza a non modificarli arbitrariamente ma anche a non considerarli argomento di ponderazione o di bilanciamento

Il legislatore governativo ha ampliato sempre di più i suoi poteri, ricorrendo oggi a un linguaggio improntato alla necessità dettata dalle circostanze di urgenza in genere di natura economica: dopo le sentenze della Corte Costituzionale³⁰⁹ che in Italia hanno bloccato formalmente il ricorso all'uso reiterato della decretazione d'urgenza, negli ultimi anni l'espansione dell'iniziativa governativa avviene sempre più di frequente per il tramite delle nuove forme di intervento divenute prassi con la motivazione di contrastare la crisi endemica del sistema economico.

³⁰⁹ La Corte Costituzionale con sentenza n. 360/1996 ha messo un argine definitivo alla prassi della reiterazione dei decreti-legge. Giudicata assolutamente incompatibile con la disciplina costituzionale del decreto-legge la reiterazione è ammissibile soltanto quando il nuovo decreto risulti formato su autonomi motivi di necessità e urgenza, motivi, che in ogni caso, non potranno essere ricondotti al solo fatto del ritardo conseguente dalla mancata conversione del precedente decreto. Nonostante questo chiaro invito di politica legislativa e correttezza istituzionale effettuato dalla Corte e molto apprezzato dalla dottrina, negli ultimi decenni, a fronte della ormai endemica crisi della legge parlamentare, il decreto-legge continua a essere lo strumento utilizzato dai Governi per utilizzare una corsia preferenziale per fare approvare i propri disegni di legge, allontanandosi vistosamente dall'impianto del Costituente che aveva pensato al decreto-legge quale strumento straordinario.

3.4. Il positivismo giuridico esclusivo in J. Raz

La critica Dworkiniana al giuspositivismo ha avuto nel campo della filosofia del diritto una valenza di riferimento storica ed ha condotto verso un abbandono concettuale di quella ricerca, quasi spasmodica, di metalinguaggi, metateorie e analisi logiche, per proiettarsi, appunto, verso un lavoro di fondazione della normativa del diritto; proprio ad essa va riconosciuto il merito di aver sconvolto abitudini intellettuali consolidate in decenni di egemonia giuspositivistica, al punto tale che di fronte alle sue istanze il giuspositivismo ha dovuto necessariamente reinventarsi in declinazioni più raffinate ed evolute per poter sopravvivere.

In quest'ottica, se una prima strategia difensiva si è articolata nell'idea di rifiutare l'analisi del ragionamento e dell'esperienza giuridica offerta da Dworkin, riaffermando con nuove tesi e argomentazioni le ragioni della separatezza tra diritto e morale, una seconda corrente ha ribattuto sostenendo che lo studioso americano può avere ragione nella sua ricostruzione del fenomeno giuridico, ma non sempre, e che pertanto dalla sua analisi non discendono le conseguenze anti-positivistiche che egli invece ne trae.

La prima di queste due strategie è sviluppata ed argomentata su tutti da Joseph Raz e viene etichettata come "positivismo giuridico esclusivo", mentre la seconda è messa in moto da Jules Coleman ed è successivamente alimentata tra i più da W.J. Valuchov e J.J. Moreso, in difesa di quello che viene indicato come "positivismo giuridico inclusivo" o anche "positivismo soft".

La contrapposizione tra queste due varianti del giuspositivismo post-hartiano è una delle maggiori espressioni della crisi del positivismo giuridico che si realizza tra gli anni settanta ed ottanta del Novecento³¹⁰ ed in questo senso la teoria del diritto di matrice Raziana esprime la versione più significativa del concetto di positivismo giuridico esclusivo (nonostante Raz stesso non abbia mai utilizzato tale ultima espressione per riferirsi ad esso, ma solo perché egli ritiene che il positivismo nell'accezione esclusivista sia l'unico degno di essere etichettato con il nome di positivismo giuridico: tutti gli altri finirebbero per collassare nei confini del giusnaturalismo). L'obiettivo primario del positivismo giuridico esclusivo è dunque quello di difendere il positivismo giuridico normativista d'ispirazione hartiana dalle critiche di Dworkin, seppur accettando qualche compromesso di troppo per un giuspositivista classico: Raz è come Dworkin un allievo di Hart, che però a differenza del secondo si pone come un difensore del pensiero del maestro e dell'ortodossia positivista, pagando però il caro prezzo di rinunciare alla stretta relazione tra natura, concetto del diritto e attività pratica del giurista (prezzo che un giuspositivista classico sarebbe riluttante a pagare).

³¹⁰ Cfr. Enrico Pattaro, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 451-487;

A tal proposito il pensiero di Raz è particolarmente fine e sommariamente sembra poter essere articolato su più linee direttrici. Un primo livello è sicuramente quello della teoria della natura e del tipo di ragioni per l'azione che rappresenta ed offre il diritto. Raz argomenta a proposito di 'ragioni escludenti', ragioni le quali escludono qualunque altro criterio come giustificazione di una certa condotta: dove c'è una norma questa prevale su ogni altra ragione ed è essa che bisogna seguire.

La ragion d'essere di una ragione escludente è quella di escludere l'azione per considerazioni diverse che pure costituirebbero delle valide ragioni per agire³¹¹. Tale ragione escludente è poi una ragione dipendente o di secondo grado, in quanto è in subordinazione rispetto alle ragioni di primo grado che costituiscono le preferenze ed i fini degli agenti sociali e dei comuni consociati.

La versione esclusivista del positivismo giuridico in Raz presuppone anche una specifica concezione dell'autorità legittima, in cui può essere individuata una seconda linea direttrice del suo pensiero³¹², che egli stesso denomina "autorità come servizio", individuando le tre condizioni che consentono di affermare che un'autorità *de facto* sia anche un'autorità legittima.

In primo luogo, la "condizione della dipendenza" secondo cui le ragioni alla base delle decisioni dell'autorità devono dipendere dalle stesse ragioni che avrebbero guidato la condotta degli individui in sua assenza: l'autorità deve ponderare le ragioni che sono rilevanti per gli individui, non solo per sé stessa.

In secondo luogo, "la condizione dell'esclusione" in base alla quale le decisioni o direttive emanate dall'autorità, sono ragioni che invece di sommarsi si sostituiscono, escludendo appunto, ogni altra ragione degli individui: l'autorità in questo senso avanza la pretesa che i cittadini non debbano deliberare le proprie ragioni di fondo ma fidarsi, perché essa ha già valutato per loro.

Infine abbiamo la condizione decisiva, ovvero "la condizione di giustificazione normale", secondo cui per affermare che un individuo o un'istituzione eserciti un'autorità legittima bisogna dimostrare che le sue direttive, ovvero le "ragioni escludenti", consentano a coloro che ne sono soggetti di farsi guidare dalle ragioni per l'azione, ovvero le "ragioni di primo livello", meglio di come potrebbe avvenire qualora essi prescindessero dalle prime: un'autorità è legittima se le sue ragioni escludenti rappresentano un bilanciamento delle ragioni di primo livello migliore rispetto a quanto gli individui non possano fare da soli.

Tale concezione finisce inevitabilmente per far coincidere l'autorità pratica, che illustra doveri di comportamento emanando regole che influiscono sul comportamento degli individui, con quella epistemica, che garantisce esperienza in un determinato ambito e affidabilità su determinate informazioni per gli individui: bisogna fare ciò che l'autorità richiede perché essa possiede una conoscenza migliore rispetto agli individui su cosa sia giusto, equo od opportuno in relazione ad una determinata situazione.

³¹¹ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Princeton, 1990, p. 183.

³¹² Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1984, cap. III.

Questa giustificazione dell'autorità pratica ha radici diffuse e profonde risalenti addirittura alla convinzione platonica secondo cui una società giusta debba essere governata dai filosofi, partendo dall'assunto che i filosofi siano autorità epistemiche³¹³.

Rispetto invece alla terza declinazione di autorità, quella politica, Raz assume che ogni sistema giuridico vigente in qualsiasi luogo, esercita necessariamente un'autorità *de facto*. Ciò implica necessariamente o che il diritto affermi di possedere un'autorità legittima oppure che si ritenga il diritto eserciti un'autorità legittima, o entrambe le cose³¹⁴.

Il fatto che il diritto avanzi delle pretese di legittimità non implica affatto che l'autorità esercitata dal diritto sia effettivamente legittima; in questo senso un'autorità politica non potrebbe avanzare alcuna pretesa di legittimità se non possedesse almeno alcune delle caratteristiche rilevanti dell'autorità legittima.

A tal proposito i requisiti che consentono di affermare che la pretesa di essere un'autorità legittima sia sensata e plausibile sono due:

- “una direttiva può essere vincolante soltanto se è, o almeno è presentata come, il punto di vista di qualcuno riguardo al modo in cui coloro che sono ad essa soggetti dovrebbero comportarsi”³¹⁵.
- “deve essere possibile identificare la direttiva emanata dalla presunta autorità senza fare affidamento sulle ragioni o considerazioni in relazione alle quali la direttiva si propone di deliberare”³¹⁶ e solamente in questo caso le direttive dell'autorità possono rimpiazzare le ragioni di primo livello.

Esse costituiscono le pre-condizioni che implicano il positivismo giuridico esclusivo, e più precisamente la tesi secondo cui i criteri per identificare il contenuto del diritto e per determinare la sua esistenza si basano esclusivamente sul comportamento umano, considerato in modo avalutativo, senza bisogno di ricorrere ad un argomento morale³¹⁷.

La concezione dell'autorità come servizio di Raz consente al tempo stesso di riconoscere la legittimità di un'autorità preservando l'autonomia individuale; autonomia intesa però non nel senso di assenza di vincoli, ma presenza di vincoli creati da colui il quale si sottomette ad essi.

³¹³ Scott Jonathan Shapiro, Authority, in James Samuel Coleman, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 382-439.

³¹⁴ Joseph Raz, *The authority of law*, Clarendon Press, Oxford, 2009, p. 292.

³¹⁵ Ivi, p. 295.

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 2009, p. 287

Infatti, se si ammette la distinzione tra ragioni di primo e secondo livello, ovvero ragioni escludenti che giustificano la scelta di non agire sulla base del bilanciamento delle ragioni di primo livello, allora il riconoscimento di un'autorità non implica la perdita della propria autonomia, ma solo di agire e compiere decisioni sulla base delle ragioni escludenti³¹⁸: ciò equivale ad affermare che le ragioni di primo livello di ciascuno derivano dalle ragioni di secondo livello dell'autorità.

Una terza linea direttrice del pensiero Raziano è poi una vera e propria teoria del diritto in senso stretto, che si compone di due tesi principali, da una parte “la tesi del fatto sociale”, interpretata in maniera rigorosa e restrittiva, secondo cui il valore morale di una norma non può essere mai considerato quale criterio per l'identificazione del diritto³¹⁹, dall'altra “la tesi della separazione”, che afferma la separazione concettuale tra diritto e morale come due realtà considerate profondamente diverse.

Nella sua ricostruzione del fenomeno giuridico come fatto sociale Raz si discosta profondamente dall'analisi Dworkiniana, rivendicando anzitutto come corretta la procedura genealogica come test per l'accertamento della validità del diritto; criterio caduto invece sotto gli attacchi della critica dello studioso americano.

Egli afferma che la validità giuridica di una norma è stabilita non mediante argomenti che concernono il loro valore e la loro giustificazione, quanto piuttosto mostrando che la norma è conforme ai criteri di validità posti da altre norme del sistema che possono dirsi norme di riconoscimento³²⁰. Argomenta che poiché la validità di una disposizione giuridica dipende dalla sua fonte, e poiché la fonte è un atto o una serie di atti, ogni dubbio e discussione intorno alla validità delle disposizioni giuridiche verte su questioni di fatto, questioni suscettibili di determinazione oggettiva rispetto alla quale le vedute morali e politiche di ciascuno sono essenzialmente irrilevanti³²¹.

In particolare, poi Raz contesta la correttezza della teoria dei principi di Dworkin, secondo cui i giuristi decidono e ragionano non solo secondo regole ma anche e soprattutto secondo principi, i quali si applicano per bilanciamento piuttosto che come regole deduttive, non essendo riconducibili ad esse.

La sua critica di tale ricostruzione afferma che i principi sono solo norme molto generali o vaghe, le quali per essere applicate devono essere ulteriormente e necessariamente determinate mediante interpretazione oppure a discrezione dell'operatore giuridico. Tra regole e principi non ci sarebbe però quella differenza di sostanza di cui si fa forte Dworkin per introdurre il ragionamento morale nell'interpretazione giuridica.

³¹⁸ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 2009, cit., pp. 26-2.

³¹⁹ Andrei Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, in James Samuel Coleman, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 104-124, in particolare pp. 105-109.

³²⁰ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 150-151.

³²¹ Ivi p. 152.

L'interpretazione dunque, per il giuspositivista esclusivo, non è attività riconducibile ad una univoca risposta corretta cui si riferisce Dworkin, ma o l'applicazione di una norma risulta semplice nel caso concreto, e allora ci troviamo in presenza di un'operazione grossomodo automatica, oppure siamo dinanzi ad un caso veramente difficile, ed in questi casi si decide in maniera discrezionale, e la discrezione non soggiace alla teoria dei diritti di Dworkin.

A questo punto è possibile illustrare quello che sembra essere un quarto livello della teoria elaborata da Raz, secondo la cui tesi il concetto di diritto è indipendente dal concetto di chi pratica il diritto³²², implicando il rifiuto del punto di vista interno nell'accertamento di ciò che è il diritto. A tal fine non vale interrogare l'operatore giuridico o porsi nei panni di questo, come raccomanda invece Hart.

La natura del diritto pertanto è indipendente dalla rappresentazione che di questa hanno i giudici, avvocati ed altri operatori del diritto, così come è indipendente dall'autocomprensione della società in cui quel diritto è operativo. Sulla base di ciò sarà certamente possibile che una società sia retta dal diritto, senza saperlo o riconoscerlo.

All'esito del suo ragionamento Raz giunge ad una conclusione che probabilmente avrebbe lasciato perplesso il suo stesso maestro: poiché non sussiste una necessaria connessione tra il concetto di diritto e quello di norma ed essi non si equivalgono (anche se questo può ammettersi solo rinnegando tutto l'edificio del diritto come sistema di "ragioni escludenti" per l'azione), ne discende che il ragionamento giuridico non ci dice nulla di essenziale sul diritto e non è rilevante per il concetto medesimo di diritto.

In questa prospettiva la teoria del diritto viene fatta corrispondere alla filosofia del diritto che è del tutto indipendente dalla pratica del diritto. Solamente così, sostiene Raz, si può continuare ad attribuire alla teoria del diritto una pretesa di universalità, al di là della pluralità e della difformità dei concreti diritti positivi e delle pratiche a questi corrispondenti. La teoria è universale insomma proprio perché prescinde dal punto di vista interno, quello del pratico del diritto, mentre la pratica giuridica rimane necessariamente locale e contestuale³²³.

³²² Joseph Raz, *Incorporation by law*, in *10 legal Theory*, 2004, 15-16.

³²³ Joseph Raz, *Can There be a Theory of Law?*, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, 2005, 324 ss.

3.5. In difesa del positivismo inclusivo “le posizioni di W.J. Valuchow e J.J. Moreso all’interno del dibattito tra inclusivisti ed esclusivisti

L'esistenza di una seconda strategia argomentativa alle critiche di Dworkin è nota come "positivismo giuridico inclusivo" e ci pone delle domande. In cosa consiste la sua linea teorica e come si propone all'interno del dibattito? Si distacca di gran lunga dalle posizioni esclusiviste e in che senso è "inclusivo"?

Esso anzitutto è tale in quanto ammette la possibilità che i principi morali entrino a far parte del sistema delle fonti degli ordinamenti giuridici, seppur solo eventualmente, dal momento che un ordinamento giuridico ben potrebbe non recepire nessun principio morale nel sistema delle fonti,³²⁴ motivo per cui gli inclusivisti giungono alla conclusione che la relazione tra diritto e morale non sia necessaria.

Va premesso che il positivismo inclusivo è cosa ben nota al giuspositivismo classico, Kelsen compreso, secondo cui è possibile che l'ordinamento giuridico, intimando agli organi produttivi di norme positive di rispettare o applicare norme morali o principi o altre opinioni d'esperti, trasformi tali norme, principi ed opinioni in norme giuridiche positive e quindi in fatti del diritto; in questo senso è allineato anche Hart che argomenta come negli Stati Uniti i criteri ultimi di validità giuridica recepiscono esplicitamente principi di giustizia o valori morali sostanziali.³²⁵

Per il positivismo inclusivo, quindi, una norma può, ma non necessariamente, essere valida a condizione di contenere qualche riferimento ai principi morali. Su tale punto c'è chi distingue la posizione del positivismo inclusivo in senso stretto e quella del corporazionismo: per il primo può darsi il caso (non necessariamente) che la coerenza della norma con qualcuna od ogni esigenza morale sia una condizione necessaria per la dignità della norma come diritto in questa o quella giurisdizione, per il secondo i principi morali considerati normalmente come giuridicamente determinanti dai funzionari del sistema sono in effetti norme giuridiche, nonostante che essi possano non essere contenuti esplicitamente in nessuna fonte come provvedimenti legislativi o decisioni giudiziarie.³²⁶ In sintesi per il positivismo inclusivo i principi morali per far parte dell'ordinamento devono poter essere ricondotti ad una fonte dell'ordinamento, mentre per l'incorporazionismo è la moralità dei giudici che come tale trasuda nelle loro decisioni e così facendo diventa diritto valido.

In ogni caso il giuspositivismo inclusivo sembra voler mantenere una separazione di fondo tra morale e diritto affermando che, quasi ontologicamente, esiste una differenza tra il diritto vigente e il diritto giusto.

³²⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), 194, p.134.

³²⁵ Herbert Hart, *The concept of law*, p.199.

³²⁶ Matthew Kramer, *Moral Principles and Legal Validity*, in *22 Ratio Juris*, 2009, p.45.

Come ha affermato Kramer, infatti, le tre versioni del positivismo giuridico post-hartiano si fondano su tre diverse interpretazioni della massima positivista per cui l'individuazione del diritto dipende da determinati fatti sociali³²⁷.

Lo stesso Raz ha affermato che: "è un assunto comune a tutti i giuspositivisti che il diritto ha fonti sociali, cioè, che il contenuto e l'esistenza del diritto possono essere determinati facendo riferimento a fatti sociali e senza fare appello a considerazioni morali³²⁸".

Se il giusnaturalismo aveva stretto diritto e morale in un abbraccio da alcuni considerato mortale, il positivismo giuridico non intende però proporre una scissione completa ed ingenua; *lex iniusta non est lex* esprime dunque un concetto basilare: la legge ingiusta non è legge in un senso primario poiché ingiusta, ma lo è in un secondo modo poiché è statuita.

I positivisti giuridici sono dunque accomunati da un binomio, una scelta teorica e concettuale secondo la quale bisogna distinguere tra il modo in cui il diritto effettivamente è e come dovrebbe essere (secondo la massima di Austin: "l'esistenza del diritto è una cosa; il suo merito o demerito un'altra").

Il positivismo Raziano, come già illustrato, propone una relazione tra diritto e morale secondo la quale il valore morale di una norma non può mai essere un criterio per l'identificazione di un diritto; il merito morale non inficia mai l'autorità della legge poiché altrimenti ne altererebbe la pretesa di autorità pratica.

Il positivismo giuridico inclusivo in questo senso si distanzia dalla posizione di Raz perché introduce appunto la possibilità della contaminazione tra diritto e morale. Questa corrente teorica viene elaborata principalmente da Waluchow, Coleman e Campbell e in tempi più recenti da Himma, Kramer e J.J.Moreso sulla scia di considerazioni già fornite da Hart e dallo stesso Kelsen.

Entrambi gli autori, infatti, come già anticipato nella trattazione, convenivano che esistessero già questi casi di emersione della morale a regola decisionale finale, prendendo come punto di riferimento gli Stati Uniti, dove i criteri ultimi di validità giuridica sono sottoposti a principi di giustizia e valori morali; non a caso infatti uno dei meriti del giuspositivismo inclusivo è quello di rendere conto dei criteri di validità giuridica di molti stati costituzionali.

La storia del giuspositivismo non è perciò estranea alla contaminazione tra diritto e morale e ad una sua coniugazione "includente" anche se è all'opera di Waluchow "Inclusive legal positivism"³²⁹ che deve essere attribuita la genesi della corrente di pensiero e la sua denominazione formale.

La cogenza delle posizioni di Dworkin e Raz, la loro absolutezza, viene quindi mediata e ripensata nell'ottica del positivismo inclusivo in una posizione mediana che non a caso è stata accusata spesso di salvaguardare due obiettivi inconciliabili.

³²⁷ Matthew Kramer, *Where Law and Morality meet*, Oxford University Press, Oxford 2006, pp. 301.

³²⁸ Joseph Raz, *The authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979, p. 53.

³²⁹ Wilfrid Joseph Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994. p.156.

La necessità di un contatto tra diritto e morale è ciò che viene criticato dal positivismo inclusivo; che la morale sia una condizione necessaria affinché una norma possa essere detta giuridicamente valida o che debba esservi una totale estraneità tra i due è ciò che crea il nocciolo del dilemma.

Che la norma morale possa essere, ma non obbligatoriamente, un criterio per la validità giuridica era già stato sostenuto da Hart nel Postscript al Concetto di Diritto: "(Dworkin) ignora la mia esplicita ammissione che la *rule of recognition* può incorporare come criterio di validità giuridica la conformità a principi morali e valori sostanziali: in tal modo la mia dottrina è ciò che è stato chiamato "positivismo debole" e non, come nella versione di essa data da Dworkin "positivismo meramente fattuale"³³⁰.

Osserviamo quindi che i due positivismi concordano in una "teoria dei fatti sociali", ma proprio qui collidono poiché nel pensiero inclusivista della *rule of recognition* viene ammessa la possibilità che essa possa avere delle regole morali come criterio di validità; a differenza della teoria Raziana che invece non prevede che principi non empirici facciano parte dei criteri di riconoscimento.

Consapevolmente, quindi, vi è una separazione dalla teoria delle fonti sociali forte che presa *in toto* difatti renderebbe impossibile un positivismo inclusivo.

Proprio questa necessità di mediare tra due poli così distanti e soprattutto di rispondere alle critiche di Dworkin è ciò che spinge Waluchow, come da egli affermato, a un ripensamento e ad un tentativo di nuova sintesi del pensiero giuspositivista; l'analisi Dworkiniana aveva privato il positivismo giuridico di una qualsiasi forma di neutralità e aveva messo i suoi sostenitori in una posizione di dover prendere una decisione.

Waluchow, infatti, sosterrà un certo ammorbidimento della tesi della separazione, intesa non più in senso forte ed infatti chiamata "tesi della separabilità". Così l'autore: "*The separation thesis has a very specific, limited meaning, one that is in fact consistent with recognition of countless points of connection between law and morality*"³³¹.

Si comprende il dilemma di Waluchow e di altri nel non poter accettare che l'unica *rule of recognition* sia rappresentata dalle fonti sociali che porterebbero all'accettazione totale della massima *non veritas sed auctoritas facit legem*, una convinzione precedentemente accettata anche da Hart nel caso dei cosiddetti *hard cases*, noto terreno di scontro con Dworkin. Il positivismo inclusivo antelitteram di Hart difatti costituisce, ribadito anche da Waluchow, proprio per la sua comprensione del fenomeno sociale, a causa della sua flessibilità, un punto di forza della teoria che adeguatamente tiene conto delle costituzioni contemporanee.

³³⁰ Herbert Hart, *Il Concetto di Diritto*, Einaudi, Torino 2002, p.132

³³¹ Wilfrid Joseph Waluchow, *The Origins of Inclusive Legal Positivism* in Spaak Torbe, Patricia Mindus, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 389.

Il difetto ermeneutico di Dworkin, secondo Waluchow, è un fraintendimento tra la tesi della separazione e quella della separabilità³³²; la prima esprime incondizionatamente che la validità legale di una norma non debba mai dipendere da un principio morale mentre la seconda sostiene che sia concettualmente possibile, ma non necessario, che la validità dipenda da norme etiche.

In altri termini i positivisti inclusivi ammettono la plausibilità che le regole morali vengano annoverate tra le fonti dell'ordinamento giuridico. La tesi di Hart viene dunque interpretata da Waluchow come la base per la creazione della teoria della separabilità, anzi meglio è essa stessa secondo l'autore una teoria della separabilità e non della separazione.

Se la forza del positivismo inclusivo è sicuramente quella di essere una teoria conforme e capace di meglio interpretare le moderne democrazie costituzionali è pur vero che, contemplando la possibilità dell'emersione della morale come *rule of recognition*, essa si presta a critiche sullo statuto di questi standards morali che potranno essere accomunati alle fonti del diritto e diventare dunque fatti del diritto; ma è evidente che questo punto presta il fianco a una considerazione molto semplice: sembra vi sia una trasfusione dal diritto di valore al diritto di fatto, dalla morale al diritto positivo, che annacqua entrambe le categorie. Quando le corti si appellano a criteri morali per risolvere casi controversi è evidente che questi standards morali possano essere diversi da giudice a giudice data la natura sfuggente dei giudizi morali imprimendo alla funzione giudiziaria un'estrema dose di discrezionalità. L'introduzione della morale oltretutto rischierebbe, secondo la critica, di rendere il diritto indeterminato ed incompleto saldando irreparabilmente tra di loro creazione ed applicazione di quest'ultimo. Questo passaggio, pressoché dialettico, viene invece promosso e rivalutato da Waluchow come il momento pregnante della discussione.

Prendendo spunto da Coleman l'autore afferma che non vi debbano essere limiti imposti a ciò che è il criterio di validità legale; in altre parole esso è sempre sociale poiché artefatto e non trascendentale, ma non vi sono limiti al fatto che i principi morali vi entrino poiché una volta entrati essi diventano “fatto giuridico”.

In questo modo Waluchow rigetta l'assolutismo di Raz mantenendo la teoria dei fatti sociali presente e scevra da imposizioni giusnaturaliste. Ciò che conta, infatti, come *rule of recognition* dipende solamente da pratiche di riconoscimento condivise; questo è il nucleo fondamentale Hartiano che Waluchow ritiene inficiato dalla radicalità di Raz che imporrebbe limiti non richiesti e inaccettabili. In tal senso la separabilità è espressa nell'inclusivismo nella modalità in cui il diritto rimane separato dai principi morali proprio perché esso, qualora siano accolti, li crea e li sostanzializza come fatti sociali e di conseguenza poi come norme giuridiche.

³³² Ivi, p.494.

Non è chiaro comunque come questi principi siano accolti e perché debbano essere accolti come diritto positivo; giustamente E.Bulygin ha affermato che questo presupposto annacquerebbe la distinzione tra diritto e morale favorendo il terreno esclusivista in quanto non chiarirebbe la differenza tra le due posizioni. Risultato tantomeno cristallino che però, come precisa J.J.Moreso³³³, esistano non solo principi morali ormai formalmente positivizzati ma anche standards morali vincolanti per la funzione giudiziaria. La natura artificiale del diritto espone quindi alla discussione sulla correttezza di questi principi che, come Coleman, ma non solo, ha affermato, sono intrinsecamente controversi.

Ci si è ovviamente domandati come possa sopravvivere la pretesa di autorità del diritto a questo attacco dall'esterno; se infatti i principi morali sfidano la convergenza del criterio di riconoscimento essi ne ledono la capacità di dirimere e la sua utilità di identificazione e riconoscimento, come ha giustamente notato E.Mitropanos: "La prima critica al positivismo soft è che la sua ammissione dei criteri morali nella *rule of recognition* è incoerente con la funzione del diritto nell'identificare con certezza lo standard giuridico del sistema"³³⁴.

Moreso risponde all'accusa di Coleman ritenendo che vi sia spazio per una sorta di oggettivismo etico in filosofia morale ma allo stesso tempo afferma che, anche rifiutandolo, è possibile accettare il positivismo inclusivista; la chiave risiede nella distinzione tra "concetto descrittivo" e "concetto valutativo" applicabile dalla cortei³³⁵. Il secondo è sostanzialmente inaccettabile mentre il primo viene comunemente usato e ne è un esempio il concetto di "trattamento degradante" in uso nelle Corti spagnole.

Moreso reputa quindi questi "concetti descrittivi" idonei all'applicazione poichè si collegano a standards preesistenti e dunque non modificano il diritto, ma qualora entrassero in competizione "concetti descrittivi" dovrebbe subentrare necessariamente la discrezionalità della funzione giudiziaria. Sembrerebbe però che questi standards preesistenti siano in qualche modo già positivizzati e quindi non sfidino la *rule of recognition* il che è proprio il punto cruciale del problema dei principi morali.

Moreso conserva dunque nel suo pensiero la discrezionalità delle corti nei casi di posizioni eterogenee ed inconciliabili con un sintetico rimando ad Hart che faceva della "discrezionalità giudiziaria" uno dei suoi capisaldi affermando che la teoria giuridica non incappa nel rischio di diventare "valutativa" ma resta saldamente "descrittiva" anche quando la sua descrizione è una valutazione³³⁶.

³³³ Josep Joan Moreso, *In difesa del Positivismo giuridico inclusivo*, in *Ars Interpretandi*, pp.337-362.

³³⁴ E. Mitrophanous, *Soft Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n.17, 1997, p. 627.

³³⁵ Josep Joan Moreso, *In difesa del Positivismo giuridico inclusivo*, in *Ars Interpretandi*, p. 349.

³³⁶ Ivi, p. 351.

La proposta di Waluchow a tal proposito risulta più stringente e coerente considerato che non vi è nessun rimando alla filosofia morale bensì un ragionamento davvero serrato sulla teoria dei fatti sociali. Non vi è infatti nessuno motivo per non accettare che la morale entri nel diritto perché vi è già entrata e continuerà ad attecchire in virtù del fatto che essa penetra nel diritto proprio a causa della sua natura “convenzionale” ed artificiale. Il sistema del diritto, per Waluchow, non può crollare per colpa dei principi morali che avvelenano la *rule of recognition* poiché proprio esso stesso regola i propri limiti tramite pratiche convenzionali di “riconoscimento” concludendo, con un ironico ritorno del Leviatano, con le parole di Raz che cita Kelsen:

"Law regulates its own creation". The law itself determines which facts create laws and which abrogate them."³³⁷

³³⁷ Wilfrid Joseph Waluchow, *The Origins of Inclusive Legal Positivism* in Spaak Torbe, Patricia Mindus, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 510.

CAPITOLO 4. RIFLESSIONI E CONCLUSIONI

Un aspetto comune di diversi tra i più recenti e significativi orientamenti in teoria del diritto sembra essere una particolare insofferenza riguardo alcune delle tradizionali tesi del positivismo giuridico, considerate sterili dinanzi alle criticità che sorgono dalla complessa struttura normativa degli ordinamenti giuridici contemporanei, ma soprattutto ancorate ad un mondo quasi estraneo e troppo distante rispetto a quello moderno.

Fra i diversi elementi che caratterizzano gli ordinamenti giuridici degli Stati contemporanei l'attenzione è spesso concentrata sulle novità introdotte nel panorama delle fonti del diritto dalle moderne costituzioni rigide; il diritto costituzionale contemporaneo viene assunto, se vogliamo, come banco di prova dalle nuove concezioni antipositiviste per dimostrare l'incapacità teorica del vecchio positivismo giuridico a comprendere la struttura e l'essenza stessa degli ordinamenti giuridici contemporanei.

All'esito della trattazione appare evidente, a mio modo di vedere, come la "convivenza" tra il positivismo giuridico, inteso nelle sue più raffinate ed autorevoli declinazioni inclusiviste, e lo stato costituzionale di diritto, sia certamente possibile da un punto di vista logico e concettuale; "convivenza" che invece risulta del tutto impossibile con riferimento a tutte quelle concezioni di positivismo giuridico di stampo ottocentesco (ma anche più recenti), ormai obsolete, che nel primo Novecento hanno anche finito per essere strumentalizzate ai fini dell'affermazione dei regimi totalitari di Italia e Germania.

In quest'ottica gli "antipositivisti" finiscono spesso per scegliere come bersaglio critico proprio queste versioni più datate del giuspositivismo, quando non addirittura tesi erroneamente interpretate e che qualunque giuspositivista contemporaneo si guarderebbe bene dal sostenere, considerando anche il fatto che gli orientamenti antipositivisti tendono a fondersi e confondersi con le suggestioni provenienti dal neocostituzionalismo, complicando inevitabilmente la questione; si potrebbe quasi dire che il positivismo giuridico, inteso come concetto flou, sfuggente e multiforme, si presti inevitabilmente al rischio di essere strumentalizzato e/o banalizzato.

La ragione di un approccio quasi riluttante da parte degli anti-positivisti nei confronti del positivismo giuridico, è da ricercare, paradossalmente, nell'attitudine degli studiosi ad osservare il diritto positivo senza valutarlo con la giusta lente d'ingrandimento del metodo scientifico, che come regola, ha imposto di identificare in ogni epoca, natura e fondamento giuspolitico del diritto e dell'ordinamento effettivamente vigente nel tempo e nello spazio considerato, indicandone al suo esito l'effettivo carattere sostanziale.

Tuttavia, la versione teorica del positivismo che preferiamo, quella inclusivista, lascia anch'essa aperti molti interrogativi e questioni, come puntualmente precisato dai suoi fautori più importanti; la sua flessibilità sembra assumere i contorni di un'arma a doppio taglio prestando il fianco alle considerazioni degli esclusivisti che vedono, con ragione a mio avviso, a causa dell'ingerenza della morale nella *rule of recognition*, un appiattimento teoretico del diritto nella morale, e quindi una loro ricomposizione senza distinzione.

Lo stesso Moreso sembra infatti, al seguito nondimeno di una vigorosa difesa dell'inclusivismo, ammettere che la discrezionalità dei giudici, in conclusione, si basi su principi morali già positivizzati; diversamente, per strategia argomentativa e non solo, Waluchow giunge ad una conclusione pressochè uguale.

Il positivismo soft in questo caso appare effettivamente debole; se è indubbio che infine è la legge che crea se stessa e regola la propria creazione, dunque l'inclusivismo sembrerebbe non rendere conto di un'eventuale differenza tra le due discipline correndo il rischio decisivo di ipostatizzare la morale nel diritto.

BIBLIOGRAFIA

- *Mauro Barberis, Diritto e morale: la discussione odierna, in "Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law", 16, 2011*
- *Giorgio Pino, Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale, Giappichelli Editore, 1999.*
- *Bobbio N., Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Edizioni di comunità, Milano, 1965;*
- *Fassò, G., Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento, Editori Laterza, Roma, 2020;*
- *Troper, M., The Cambridge Companion To Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021;*
- *Hugo, G., Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, Berlino, 1809;*
- *Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Nabu Press, 2012;*
- *J. Bentham, The limits of jurisprudence defined, Everett, New York, 1945;*
- *Carla Faralli, La filosofia del diritto nel secondo Novecento in "Il Contributo italiano alla storia del Pensiero";*
- *Losano, Mario G., Alle origini della filosofia del diritto a Torino: Pietro Luigi Albinì (1807-1863). Con due documenti sulla collaborazione di Albinì con Mittermaier, Accademia delle Scienze, Torino 2013;*
- *Albinì, Pietro Luigi, Saggio analitico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico-legale. Pietro Vitali, Vigevano 1839;*
- *Albinì, Pietro Luigi, Elementi della storia del diritto in Italia dalla fondazione di Roma sino ai nostri tempi e nella monarchia di Savoia in particolare, Mussano, Torino 1847;*
- *Albinì, Pietro Luigi, Principii di filosofia del diritto per P. L. Albinì, Tip. Antonio Spargella, Vigevano 1857;*
- *Orecchia, Rinaldo, La filosofia del diritto nelle università italiane. 1900-1965. Saggio di bibliografia, Giuffrè, Milano 1967;*

- *Losano, Mario G., Il positivismo nell'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, 2015;*
- *Bobbio, Diritto e Potere, Napoli 1992;*
- *Carnelutti, F., Teoria generale del diritto, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma 1946;*
- *Bobbio, N., Studi sulla teoria generale del diritto, Giappichelli, Torino, 1955;*
- *Fioravanti, M. Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali, Giappichelli, Torino 1995;*
- *Porciello A., Algunas cuestiones metateóricas relativas a la cuestión de la observación nel fenómeno jurídico: una breve comparación entre positivismo jurídico metodológico y neocostitucionalismo;*
- *Costa, P., Lo Stato di diritto: un'introduzione storica, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica, Feltrinelli, Milano 2002;*
- *N. Bobbio, L'analogia nella logica del diritto, Torino, 1938;*
- *G. Bisogni, La « forma di un conflitto ». Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente, in Ars interpretandi, 2015;*
- *H. Hart., The Concept of Law, Londra, Oxford University Press, 1961;*
- *R.M.D. al lavoro, la legge è un sistema di regole?, in R. SUMMERS (a cura di), Essays in Legal Philosophy, Oxford, Basil Blackwell, 1968;*
- *L. Ferrajoli, Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, 2010;*
- *F. Fukuyama, Le origini dell'ordine politico: dai tempi preumani alla rivoluzione francese, Farrar, Straus e Giroux, 2011;*
- *G.Pino, Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici, 2011;*
- *M. A. Glendon, A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, Random House, 2002;*
- *S. Rodotà, La vita e le regole, Milano, 2006;*
- *E. Pattaro, Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi, in U. SCARPELLI (a cura di), Diritto e analisi del linguaggio, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 451-487;*
- *M. JORI, Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi, Giuffrè, Milano, 1987;*

- Raz, *Practical Reason and Norms*², Princeton, 1990;
- Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1984;
- S. J. Shapiro, *Authority*, in J. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002;
- J. Raz, *Autorità, diritto e morale*;
- J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*;
- Cfr. A. Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, in J.L.Coleman, S.Shapiro (edited by), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002;
- Raz, *The Authority of Law*;
- Raz, *Incorporation by law*, in *10 legal Theory*, 2004;
- Raz, *Can There be a Theory of Law?*, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory a cura di GOLDING e EDMUNDSON*, Oxford, 2005;
- Matthew Kramer, *Where Law and Morality meet*, Oxford University Press, Oxford 2006;
- J. Raz, *The authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979;
- W.J.Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994;
- H.L.A.Hart, *Il Concetto di Diritto*, Einaudi, Torino 2002;
- W.Waluchow, *The Origins of Inclusive Legal Positivism in Spaak Torbe*, Patricia Mindus, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, 2021;
- J.J.Moreso, *In defence of inclusive legal positivism*, 2001;
- E. Mitrophanous, *Soft Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n.17, 1997;