



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

VINCENZO OMAGGIO

**Crisi del positivismo giuridico e crisi del diritto
In dialogo con Massimo La Torre**

M. La Torre, *Il diritto contro se Stesso. Saggio sul
positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze,
2019

VINCENZO OMAGGIO*

**Crisi del positivismo giuridico e crisi del diritto
In dialogo con Massimo La Torre**

M. La Torre, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2019

Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi di Massimo La Torre (Leo S. Olschki, Firenze, 2020) è un libro che reca impressi alcuni tratti caratteristici del suo autore. È un libro di grande personalità innanzitutto, un libro incisivo, in cui si va subito al cuore dei problemi a affrontare, senza fronzoli e senza divagazioni. Le problematiche e gli autori (i molti autori che circolano nel libro) vengono affrontati “faccia a faccia”, senza troppe mediazioni interpretative e senza concedere molto alle sottili questioni filologiche; sono presentati in modo essenziale, selettivo e penetrante, per essere messi di fronte alle loro responsabilità e anche alle loro contraddizioni qualche volta. Cioè all'autore importa sapere se e come costoro hanno risposto agli interrogativi più importanti, quelli che stanno a cuore a Massimo La Torre e anche a noi.

Anche lo stile della scrittura è tipico dell'autore: è una scrittura molto diretta, persino informale, senza per questo perdere nulla della precisione concettuale, ma guadagnando in incisività e in potenza espressiva; è anche una scrittura poco accademica, se volete, ma nel senso migliore della parola, impreziosita da espressioni molto pungenti. Potrei ricordare quando parla, ad esempio, degli arzigògoli avvocateschi di certi autori che vogliono evadere i punti più difficili; o “mandare a carte quarantotto” la concezione del diritto come prodotto di decisioni contingenti, parlando di Joseph Raz; o quel passo bellissimo in cui parla di alcuni sedicenti filosofi del diritto che non hanno mai letto Platone, né Aristotele, né Kant, ma vanno in giro con due librettini di Kelsen e Hart sotto il braccio.

Ciò detto, partirei dal titolo del libro, che è molto suggestivo: *Il diritto contro se stesso*, da leggersi in stretta connessione col sottotitolo *Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*. Si parla dunque del positivismo giuridico, che si reputa in *crisi* ma di cui si fa anche la *critica*. Critica e crisi hanno non a caso una medesima già celebrata etimologia: questo è il tema del libro. E questo rappresenta in realtà il primo problema da affrontare,

* Ordinario di Filosofia del diritto presso Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

perché non esiste “il giuspositivismo”, ma ce ne sono tanti e diversi tra loro, secondo le diverse epoche della storia e le diverse concezioni della filosofia. Il nostro autore afferma nella prima pagina del *Prologo* che il positivismo giuridico “più che una teoria è stato spesso un grido di battaglia e una bandiera”. La bandiera della modernità, dello Stato moderno, e del superamento delle vecchie idee tradizionali della filosofia e del diritto. Il diritto posto da noi è l’unico diritto valido e non esiste un “diritto di natura”. Ma se fosse solo questo, non meriterebbe le critiche di La Torre, il quale non glielo rivolgerebbe. Quindi, vale la pena scoprire quali sono le critiche che il giuspositivismo merita veramente secondo il nostro autore. Insomma occorre indagare in che senso Massimo La Torre è antigiuspositivista, se lo è, e qual è concezione del diritto intende proporre a correzione oppure a integrazione del giuspositivismo. Possiamo supporre, ad esempio, che l’autore propenda per il giusnaturalismo oppure per l’istituzionalismo giuridico, che sono presentati nel *Prologo* come “gli avversari” dell’impresa giuspositivistica? Oppure no? Per tornare al titolo *Il diritto contro se stesso*: com’è possibile che il diritto cada in questa contraddizione, si metta contro se stesso? E come può il positivismo giuridico rendersi responsabile di questo effetto perverso?

Il giuspositivismo, dicevo, si predica in molti modi. A tale proposito alcuni giuspositivisti hanno sostenuto che “il giuspositivismo” al singolare è un’invenzione dei suoi nemici, che si costruiscono così un bersaglio più facile da colpire. Herbert Hart - un filosofo del diritto che nel libro ricopre un ruolo di grande rilievo, anche più importante di Kelsen, un vero e proprio crocevia di tutte le nuove tendenze del 900 postbellico - ha distinto cinque significati di positivismo giuridico: l’affermazione che le leggi sono comandi; l’affermazione che non v’è connessione necessaria tra diritto e morale; l’idea che l’analisi dei concetti giuridici deve essere distinta da quelli sociologici e dalle valutazioni morali; la tesi che un ordinamento giuridico è “un sistema logico chiuso”; la teoria etica non cognitivista, per la quale i giudizi morali non possono venire dimostrati mediante prove o ragionamenti razionali. Storicamente il giuspositivismo nasce imperativista, formalista e statualista, ma questi caratteri esprimono solo un modo determinato (e ormai concluso) di realizzare un approccio metodologico, la ricerca di un oggetto possibile della conoscenza, in un’epoca in cui oramai la giustizia in senso oggettivo era divenuta inconoscibile. Sottrarre il diritto all’arbitrio e all’incertezza è stato il manifesto etico-politico della cultura illuministica, che si realizza nella divisione tra fatti e norme. L’unico tramite tra il fatto e la norma è dato dal

sovrano legislatore, che può fare norme con i propri atti, realizzando il massimo di oggettivazione. Il diritto si colloca allora sulla bocca del legislatore in un luogo sovraelevato e sottratto al conflitto.

Tuttavia, se le origini storiche sono contestualizzate, vi è però un assunto fondamentale che resterà centrale e indefettibile lungo tutto lo sviluppo della teoria giuspositivistica, dalle origini imperativistiche al più maturo normativismo kelseniano e postkelseniano, fino ai nostri giorni: un'incomponibile separazione tra il mondo della vita e il dominio della scienza; l'idea di una scienza del diritto puramente descrittiva, che si limita a conoscere il proprio oggetto senza modificarlo. Il metodo della scienza serve a definire il proprio oggetto; il diritto positivo (il diritto così com'è) è quel diritto che può essere descritto prescindendo da ogni giudizio etico e indica questo sforzo di oggettivazione, di rappresentazione del diritto sotto forma di oggetto del mondo reale, che può essere osservato dall'esterno e descritto: "descrivere il fatto della prescrizione". A questo si limita il lavoro del teorico del diritto. Joseph Raz, l'ultimo grande interprete della tradizione positivista, ha sostenuto che l'esistenza di un ordinamento giuridico è indipendente dal concetto di diritto di coloro che lo praticano. Il diritto non è un concetto riflessivo. Questo appare ancora il nucleo dell'ortodossia giuspositivista.

L'esigenza originaria di separazione dei poteri tra legislativo e giurisdizionale si assolutizza come distinzione tra momento attivo e momento conoscitivo e coinvolge pienamente lo statuto della giurisprudenza. L'attività produttiva del diritto è inconciliabile con la sua "conoscenza", che è razionalità teorica e non pratica, perché una razionalità pratica porterebbe a dover giustificare gli enunciati prescrittivi, sconfinando nel piano dei valori. Kelsen ha spiegato meglio tutti questo principio: la statuizione di norme, la legislazione, non è una funzione conoscitiva. Con la statuizione di una norma non si conosce com'è un certo oggetto già dato, ma si richiede qualcosa che deve essere. In questo senso la statuizione di una norma è una funzione del volere, non del conoscere. Quindi la cosiddetta "ragione pratica", sostiene Kelsen in *Il problema della giustizia*, è un concetto contraddittorio, un ossimoro di origine teologico-religiosa. Una ragione che statuisce norme è una ragione che conosce e che vuole allo stesso tempo. Ma questo è possibile solo per Dio, che conosce e vuole allo stesso tempo, non per gli uomini.

Per noi uomini la prospettiva è più angusta: o si conosce o si vuole. A questa alternativa non è sfuggito neppure Hart, nonostante tutti i suoi sforzi di innovare e di riformulare il giuspositivismo. Basti pensare alla

sua classificazione delle teorie interpretative, accolta da molti studiosi e divenuta in qualche modo imprescindibile. Le teorie si dividono in cognitive e scettiche (con la variante intermedia, che è un *mix* delle due precedenti), perché l'interpretazione o è riconoscimento del significato di una disposizione (attività cognitiva) o è attribuzione di un significato (attività creativa), quando scetticamente non si riconosce la presenza di un significato nei testi. Non c'è altro. O è riconoscere o è decidere, o è conoscenza o è creazione. Hart non ammette mai che nel lavoro dell'interprete vi possano essere elementi valutativi, tipici del sapere pratico, e perciò né meramente conoscitivi, né creativi.

Dunque, ciò che Massimo La Torre vuole proporci, a mio giudizio, è un superamento di questo oggettualismo, cioè di un'idea che configura il diritto come un insieme di oggetti (ideali, testuali o fattuali), che la scienza giuridica avrebbe solo il compito di descrivere avalutativamente. È questo che non va nel giuspositivismo, e per la verità, tale rappresentazione è comune anche al giusnaturalismo e al giusrealismo, anche se sovente con il termine "oggettualismo" s'intende la sua versione giuspositivista. Quindi, non si tratta di contrapporre al giuspositivismo un giusnaturalismo, basato su verità giuridiche metastoriche. Le verità metastoriche non ci sono, e se ci fossero, riprodurrebbero l'oggettualismo (delle verità metastoriche), che è esattamente ciò che non va. E non va perché il diritto non ha un'esistenza oggettiva, distinta dal complesso dei ragionamenti interpretativi e argomentativi e dalle attività applicative necessarie a positivizzarlo veramente.

Una concezione non oggettualistica considera il diritto come un'attività, in particolare, come un'attività sociale di natura interpretativa e argomentativa, che consiste nel reperire sulla base di regole generali le soluzioni ragionevoli per i casi concreti, che rappresentano la vita del diritto. In questa pratica l'individuazione delle regole di condotta dipende dai processi argomentativi e le attività mediante le quali si svolge il ragionamento sono altrettanto importanti delle regole del diritto oggettivo. Gli argomenti, che non sono dimostrazioni formalizzate, rimandano costitutivamente a un contesto di principi condivisi seppure discutibili, che non sono veri in sé, ma rappresentano lo spazio ermeneutico della discussione pubblica e dello stesso conflitto. Tra l'altro una pratica, a differenza di un oggetto, non ha un'origine, una scaturigine precisa; così anche la tradizionale contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo ne risulta sdrammatizzata. Non c'è un dato oggettivo da cui partire e di cui si possa sostenere la natura divina o naturale o

artificiale e via dicendo. Ciò a ulteriore testimonianza del fatto che non serve essere antigiuspositivisti, semmai è più utile provare ad andare oltre il giuspositivismo. Ad esempio, si può criticare il giuspositivismo e non riuscire ad andare oltre la prospettiva non cognitivista, come nel caso molto istruttivo di Gustavo Zagrebelsky e di Luigi Ferrajoli, a cui La Torre dedica un saggio molto acuto. Se si resta legati a una metaetica non cognitivista, detto altrimenti, se si pensa che la giustizia sia qualcosa di inarrivabile, che non esiste un livello di accettabilità razionale e che le decisioni sono prive di fondamento razionale, la critica del giuspositivismo non serve a molto.

Nello spazio dell'argomentazione si rende necessaria una filosofia del diritto. Secondo Robert Alexy, uno degli autori più studiati da La Torre e anche più apprezzati da lui, l'attività interpretativa tende verso un risultato corretto: questo è dato da una tesi interpretativa, che avanza una pretesa di correttezza. Essere coinvolti in una pratica sociale comporta difatti una pretesa di correttezza, vale a dire la pretesa di essere impegnati nella realizzazione di valori rilevanti per la comunità. E poiché tale pretesa deve poter essere controllata pubblicamente, allora è valido il principio secondo il quale l'interpretazione è argomentazione. Alexy aggiunge: "La teoria dell'argomentazione giuridica sfocia in questo modo nella filosofia del diritto e nella filosofia pratica generale". Tutti gli argomenti giuridici hanno bisogno di essere orientati da valutazioni materiali, questo è il senso della teoria alexiana dell'interpretazione. L'argomentazione istituzionale dipende dall'argomentazione pratica generale (la cosiddetta *Sonderfallthese* o "tesi del caso speciale"), la cui forza non risiede nell'ancoraggio istituzionale, ma deriva dalla forza del loro contenuto.

In quanto argomentazione pratica, essa richiama una ragione "situata", ermeneuticamente radicata nel proprio contesto. Una pratica argomentativa assume significato e rilevanza solo dentro una data comunità, caratterizzata da una propria prassi linguistica e da un proprio sistema di valori condivisi. Solo in quest'ambito si ritrovano i criteri di congruità necessari ad argomentare nei casi difficili e a valutare il peso degli argomenti adoperati. In astratto nessun argomento è migliore di un altro.

Nel suo libro *L'impero del diritto*, Ronald Dworkin, un altro autore rilevante per il discorso di La Torre, propone a sua volta un'idea del diritto come pratica sociale argomentativa, in cui le regole assumono un significato virtuoso alla luce dei principi, componendosi in un equilibrio riflessivo. Dworkin sottolinea il ruolo della comunità politica, ispirata ad

alcuni valori condivisi, che indicano i fini, gli scopi ultimi, che danno senso alla pratica sociale. Un ordinamento giuridico può essere compreso sul serio, solo se si prendono in considerazione i valori politici che lo fondano. La garanzia contro l'arbitrio interpretativo è offerta dalla *integrity*, la quale richiede che gli operatori giuridici, tanto il legislatore quanto il giudice, agiscano in modo coerente con un *set* di principi di moralità politica tra loro congruenti.

Carlos S. Nino, altro giusfilosofo di riferimento, ha fissato un "teorema fondamentale della filosofia del diritto", secondo cui le norme giuridiche non costituiscono di per sé ragioni operative per giustificare azioni e decisioni come quelle dei giudici. La non insularità del diritto, la sua superiorità rispetto alle ragioni escludenti per l'azione, conduce alla superiorità del punto di vista interno su quello esterno. Nell'ottica di Nino l'osservatore esterno ha bisogno di riferirsi al punto di vista dei partecipanti per identificare una pratica sociale, costituito dal contenuto delle azioni, dal significato che gli attori vi attribuiscono e dai ragionamenti che le giustificano.

In altre parole, l'idea del diritto come una pratica richiede una filosofia del diritto. Ecco perché noi notiamo riemergere a più riprese in questo libro il tema della distinzione, o meglio della contrapposizione, tra la filosofia del diritto dei giuristi e la filosofia del diritto dei filosofi. La posizione di La Torre è molto chiara: una filosofia del diritto priva di consapevolezza filosofica non ha prospettive. Si corre il rischio di fare come i sedicenti filosofi del diritto prima ricordati, con i due libretti sotto il braccio. Ma questo non vuol dire che si debba privilegiare la filosofia del diritto dei filosofi: pensiamo al caso di Raz, che compie l'operazione opposta a quella di Norberto Bobbio, ma l'errore è lo stesso, l'incapacità di tenerle unite. Per Raz è più importante la filosofia del diritto dei filosofi, per Bobbio quella dei giuristi, ma il risultato è lo stesso: la teoria della natura del diritto è indipendente dalla pratica dei giuristi.

Ecco spiegato anche perché il nostro autore torna a più riprese su quello che rappresenta tradizionalmente il pilastro del non cognitivismo, la cosiddetta legge di Hume. L'idea che l'essere e il dover essere possano procedere su due binari paralleli che non si incontrano mai, pena la caduta nella fallacia naturalistica, la quale consisterebbe nel far derivare erroneamente da enunciati descrittivi (dall'essere) degli enunciati prescrittivi (un dover essere). Ma anche qui le cose oggi devono essere guardate con maggiore distacco e ampiezza. C'è chi come John Finnis, dal punto di vista giusnaturalistico, ha aggirato il divieto di Hume, in quanto

ha proposto di prendere le mosse non già da un fatto naturale, come l'essere umano o la sua natura, ma da principi normativi, considerati espressione del bene. Da questi è quindi lecito far derivare altri enunciati prescrittivi, altre norme. C'è anche chi, come Carlos Nino, da una prospettiva più articolata, ha ribaltato contro il giuspositivismo la stessa accusa di fallacia naturalistica, osservando che il concetto di diritto giuspositivistico, tutto fattuale e descrittivo, pretende poi in realtà di essere concepito in termini normativi, come regola autoritaria, regola escludente, per le nostre azioni. Il fatto della legge non è solo oggetto di conoscenza, ma è anche una guida per la condotta, con buona pace della legge di Hume, che dice che da un fatto non si dovrebbe derivare una prescrizione.

Sono queste dicotomie (diritto e filosofia; essere e dover essere) a porre il diritto contro se stesso. Col giuspositivismo o anche senza il giuspositivismo. Soprattutto oggi, nel contesto della cultura dei diritti fondamentali, le norme giuridiche hanno bisogno di ragioni e le ragioni di teoria; il diritto, sostiene La Torre in conclusione, rimane sempre in una misura rilevante la sua filosofia e negando tutto questo si finisce per metterlo irrimediabilmente contro se stesso. Qui credo si trovi racchiuso il messaggio più importante di questo bel libro, meritevole di essere letto e discusso nella comunità dei filosofi del diritto.