



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

ANDREA ROMEO

**Judicial Review tra positivismo giuridico
inclusivo ed esclusivo**

W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei
diritti costituzionali*, ESI, Napoli, 2018

**Judicial Review tra positivismo giuridico inclusivo ed esclusivo**

W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, ESI, Napoli, 2018

Il volume accoglie la traduzione in italiano del saggio “*Legal Positivism and the Nature of Constitutional Rights*”, presentato da Wil Waluchow in un seminario tenuto presso l’Università Magna Grecia di Catanzaro, nell’ambito del corso di Dottorato di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo”. Il saggio, in realtà, è il frutto di un’opera di sistematizzazione di alcune tesi esposte del noto Professore americano oltre che nel suo celebre *Inclusive Legal Positivism*¹ anche in alcuni suoi articoli più recenti². L’Autore propone una narrazione del positivismo giuridico, e della rivendicazione di questo del “diritto come fatto sociale”, seguendo meticolosamente il cosiddetto “canone anglosassone”, dove il posto centrale è sovente riservato al dibattito Hart-Dworkin, vero e

· Assegnista di Ricerca in Filosofia del diritto presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ Si veda W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

² Si vedano W.J. WALUCHOW, *Charter Challenges: A Test Case for Theories of Law*, *Osgoode Hall Law Journal*, 29/1990; ID., *Legal positivism, inclusive versus exclusive*, in E. CRAIG (a cura di), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London, Routledge, 2001, liberamente disponibile senza impaginazione al sito <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/TO64>; ID., *Herculean Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 5/ 1985; ID., *The Weak Social Thesis*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 9/1989; ID., *Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism*, in *Legal Theory*, 6/2000.

proprio assillo teorico di molti accademici nordamericani, con buona pace della ricca tradizione europea.

Waluchow propone al suo lettore un'agile guida dei principi archimedei del positivismo giuridico, ripercorrendone in chiave ricostruttiva alcune delle tappe fondamentali del percorso storico. E come spesso accade nelle opere degli autori anglosassoni, la prima compiuta teorizzazione del positivismo è rintracciata nell'opera *The Province of Jurisprudence Determined*, dove Austin vi affermava con nettezza: «l'esistenza del diritto è una cosa; il suo merito o demerito un'altra»³. Per Waluchow (come per molti altri) si tratta della più icastica affermazione delle *Separation Thesis* – la bandiera del positivismo moderno –, antitesi della massima *lex iniusta non est lex* tradizionalmente attribuita al pensiero di un alfiere indiscusso della teoria del diritto naturale: Tommaso D'Aquino⁴.

Nel rigettare l'idea che il diritto possa rappresentare il prodotto o il riflesso di una legge naturale trascendente, i primi positivisti – ci fa notare Waluchow – «concepirono il diritto come un'istituzione sociale largamente auto-determinata ed autonoma che determina da sé i propri limiti, criteri di validità e che in generale regola le proprie attività»⁵. Il rifiuto delle premesse giusnaturaliste ha condotto, per il Nostro, all'affermazione dei due pilastri del positivismo moderno: (a) la cosiddetta “Tesi Sociale” in base alla quale il diritto è, essenzialmente, (i) un fenomeno sociale la cui validità dipende da (ii) speciali fatti sociali (atti legislativi o decisioni giudiziali) che costituiscono (iii) le fonti del diritto; (b) la “Tesi della Separazione” – ben catturata dall'affermazione austiniana – che ritiene

³ Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture VI, London, 1832, p. 279, cit. da W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, a cura di Massimo La Torre, Traduzione dall'inglese di Andrea Romeo e Leonardo Mellace, «L'Europa del diritto», Collana dei Seminari del Dottorato di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico europeo”, diretta da Massimo La Torre, Vol. 15, Napoli, ESI, 2018, p.5

⁴ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologie*, *Questio 90*, Art. 4, cit. in W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, cit., p.9.

⁵ W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, cit., p.9.



concettualmente separati diritto e morale, tanto che una norma può essere giuridicamente valida anche se priva di valore o in distonia con la morale. Il diritto, si dirà, è is non certo *ought to be*.

Se per Bentham o Austin il fatto sociale produttivo di diritto per eccellenza era dato dal comando di un superiore politico, per Hart – il secondo momento fondamentale per il canone anglosassone – la validità del diritto dipende da insieme speciale di regole secondarie (regola di riconoscimento) sociali accettate e messe in pratica dagli *official* dell'ordinamento. Hart, come ci fa notare Waluchow, non nega certo che diritto e morale abbiano punti di connessione – si pensi, a titolo di esempio, il modo in cui di giudici sono chiamati ad affrontare gli *Hard Cases*, ovvero alla nota concezione sul contenuto minimo di diritto naturale –; ciò che il positivismo riformato nega è, dunque, solo la dipendenza concettuale della validità del diritto dalla morale⁶.

Dopo aver ricostruito le tappe fondamentali del processo che ha condotto all'affermazione della scuola anglosassone del positivismo giuridico, Waluchow, seguendo fedelmente quel canovaccio, passa ad analizzare i micidiali scossoni che la costruzione positivista ha dalle critiche dworkiniane, con il crollo di alcune certezze della *Separation Thesis*⁷. Waluchow riconosce quanto Dworkin sia stato un avversario formidabile per il positivismo. Soprattutto, tra le sferzate del Professore americano, la critica secondo la quale i teorici positivisti avrebbero dimenticato l'esistenza di un'entità normativa fondamentale del diritto, ossia il "principio", la cui tematizzazione, come è noto, ha un effetto dirompente per l'edificio positivista. Il *full law*, cui si riferisce Dworkin, comprende anche i principi della morale politica che il diritto positivo incarna o esprime. Questo "diritto pieno", in sostanza, è dato dall'insieme dei principi della morale politica in grado di garantire la migliore spiegazione e giustificazione morale del diritto positivo, che in *Law's Empire* Dworkin

⁶ Ivi, 14-18.

⁷ Ivi, pp. 19-25.

definisce come migliore interpretazione costruttiva. Il diritto, dunque, da un punto di vista ontologico è un oggetto interpretativo – ben altro che il *semantic sting* dei positivisti –, e i principi retrostanti all’attività giustificativa trovano il loro “bedrock”, il loro “punto archimedeo”, nella prospettiva morale e nell’idea di giustizia. Ciò è esplicitato nella soluzione dworkiniana agli *Hard case*. Se per Hart, com’è noto, nella penombra di incertezza delle regole occorre affidarsi ai giudici affinché creino nuovo diritto, per Dworkin i principi consentono di accertare la fondatezza di una pretesa giuridica, di cui le parti sono portatrici – è la nota *Right Thesis*, che Dworkin contrappone alla *Source Thesis* ⁸.

Si tratta, ovviamente, di un dibattito notissimo, fulcro di molte riflessioni giusfilosofiche del mondo accademico anglosassone contemporaneo, specialmente nordamericano, e che Waluchow ha il merito di ricostruire in modo preciso e allo stesso tempo avvincente, fornendo al lettore, anche a quello non troppo esperto, le coordinate fondamentali per orientarsi nella discussione contemporanea. E seguendo tali coordinate, il passo successivo del Professore Canadese è quello di soffermarsi, sempre in modo lucido, sulle conseguenze delle critiche di Dworkin sulle posizioni teoriche giuspositiviste. Waluchow, allora, ci racconta di come la reazione agli attacchi teorici di Dworkin fu una sorta di scisma: il positivismo si è scisso tra chi, in qualche modo, ha tentato di recepire le critiche di Dworkin ed operare una nuova sintesi, e chi invece le ha rifiutate in blocco, ergendo un fossato essenzialista attorno al muro della Separazione⁹. Dal quel momento, in sostanza, il positivismo giuridico non fu più semplicemente tale, ma dovette scegliere se essere inclusivo o esclusivo. Qui Waluchow, esponente di punta, com’è noto, del versante *inclusive*, traccia in modo lucido la linea di demarcazione: il punto è se la *rule of recognition* hartiana possa includere elementi di morale sostanziale. Mentre il positivismo esclusivo – che si rifà, sostanzialmente alle posizioni teoriche

⁸ Ivi, pp. 23-24.

⁹ Ivi, 27 ss.

di Joseph Raz e ha tra i sostenitori Andrei Marmor, Scott Shapiro e Brian Leiter – continuava ad arroccarsi dietro la necessità concettuale della *Separation Thesis*, negando la possibilità concettuale di una regola di riconoscimento moralizzata, il versante *inclusive*– sulle tracce di Hart, ed annoverando tra i suoi difensori Jules Coleman, lo stesso Wil Waluchow, Matthew Kramer e Kenneth Einar Himma – ne proponeva una versione “ingentilita” e permeabile alle istanze di giustizia: la Tesi della Separabilità¹⁰.

Ed è qui che il libro si fa per il lettore certo più intrigante, e ciò perché Waluchow cerca di portare acqua al mulino del positivismo inclusivo muovendo da una prospettiva originale ed interessante, analizzando i riflessi che tali concezioni del diritto potrebbero avere sul sindacato di costituzionalità. Per i fautori del positivismo esclusivo, la validità giuridica non può mai dipendere dal suo *moral merit* (salvo voler rinunciare a quella pretesa di autorità pratica che assume un ruolo centrale nelle letture esclusiviste di Raz e Shapiro). Questa ultima affermazione, nondimeno, è chiamata a misurarsi con una circostanza problematica, riconosciuta dallo stesso Hart: talvolta alcuni ordinamenti moderni subordinano la validità di una legge al rispetto di standard costituzionali che rimandano a considerazioni pratiche dal sapore morale ed extra-giuridico, rimettendo, così, in gioco proprio quelle considerazioni di primo ordine che il diritto (funzionalmente) avrebbe il compito di tagliare fuori dal ragionamento pratico fornendo, appunto, delle *exclusionary reason*¹¹. Ciò – ci spiega Waluchow –, non mette troppo in ambascie i positivisti inclusivi che, sulle orme di Hart, non obiettano nulla al fatto che una disposizione costituzionale possa imporre il rispetto, per esempio, dell’equità procedurale come condizione la validità di un atto del legislatore ordinario.

¹⁰ Secondo la quale, per Waluchow: «è concettualmente possibile, ma in nessun modo necessario, che la validità giuridica di una norma dipenda parzialmente dalla sua coerenza con principi o valori morali». Ivi, 29.

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 204, cit. in W. Waluchow, *op. ult. cit.*, 30.

Ciò appare perfettamente coerente con la concezione “debole” della *Separability Thesis*. Nella lettura inclusiva del positivismo, se il rispetto di una costituzione rappresenta un test di validità giuridica – dunque si manifesta come regola di riconoscimento del sistema nelle decisioni dei funzionari –, e se la stessa costituzione introduce delle clausole il cui tenore invoca un ragionamento pratico morale, ne consegue che una legge che viola la condizione morale stabilita dalla clausola sarebbe sostanzialmente una legge non valida¹². Lo stesso, però, non può dirsi per il fronte del positivismo esclusivo.

Per risolvere il nodo gordiano posto dal valore normativo dei principi *moral-sounding* riconosciuti dalla costituzione, Raz, com'è noto, introduce la teoria dei «directed powers»¹³. In breve, secondo il Professore israeliano, le clausole costituzionali che contengono valutazioni morali della legislazione ordinaria non pongono come test per la validità il rispetto di un principio morale bensì, più semplicemente, orientano la condotta dei giudici costituzionali facendo sì che questi esercitino il proprio potere giuridico di dichiarare illegittima qualsiasi norma incompatibile con quel principio. In definitiva, tali clausole rappresenterebbero null'altro che criteri guida del potere di sindacato costituzionale¹⁴.

Per chiarire la differenza che intercorre tra la concezione del sindacato costituzionale proposta del positivismo giuridico inclusivo e quella dei

¹² Ivi, p. 49. «È il fatto che la legge è in contrasto con una superiore norma costituzionale a renderla invalida, non un atto di annullamento da parte che di un giudice».

¹³ Ivi, p. 48. Waluchow si riferisce a quanto Raz argomenta in J. RAZ, *The Inner Logic of the Law, in Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, rev. ed., Oxford Clarendon Press, 1996, p. 242.

¹⁴ *Ibidem*. La clausola del giusto processo, per esempio, «dirige e obbliga i giudici ad esercitare un potere giuridico per invalidare qualsiasi legge che sia incompatibile con quel principio morale».



n. 2/2018

directed powers dei difensori del positivismo esclusivo, Waluchow propone un'analogia (forse azzardata, ma comoda) con il regime giuridico che distingue, sul piano degli effetti, la sanzione della nullità con quella dell'annullabilità di un negozio giuridico¹⁵. Quando un negozio giuridico è nullo esso va inteso come se non avesse mai avuto alcuna validità giuridica non avesse mai prodotto effetti. Ben diverso il caso dell'annullabilità che, notoriamente, non preclude la produzione di effetti giuridici finché il legittimato all'azione di annullamento non decide di impugnarlo. Pertanto, senza la pronuncia (diremmo costitutiva) di annullamento il negozio rimarrebbe perfettamente efficace. Per Waluchow, allora, le differenze che caratterizzano le due classiche situazioni di patologia negoziale possono in qualche misura adattarsi al valore della pronuncia di illegittimità costituzionale nelle diverse prospettive del positivismo giuridico contemporaneo, rendendoci così la cifra della differenza concettuale.

Nella concezione dei diritti costituzionali avanzata dalla corrente *inclusive* – sebbene l'argomento non sia pacificamente sostenuto tra le stesse file dell'inclusivismo – il conflitto di una legge ordinaria con una clausola costituzionale dal contenuto morale non comporta che la prima sia suscettibile di “annullamento”; piuttosto, la legge è considerata illegittima sin dal momento della sua emanazione, è *tamquam non esset*, senza alcuna produzione di effetto¹⁶. Situazione questa – ne inferisce il Professore canadese – sovrapponibile alla mancanza originaria di efficacia di un contratto viziato da nullità. Da una tale prospettiva la pronuncia sulla legittimità delle leggi ha solo il compito di accertare l'esistenza di conflitto con la costituzione – potremmo dire che ha un'efficacia dichiarativa.

¹⁵ *Ibidem*. «La differenza fra la concezione sui diritti costituzionali proposta dal PGI, da un lato, e il PGE con i suoi poteri diretti, dall'altro, è analoga alla differenza fra un contratto nullo e uno annullabile nel diritto contrattuale anglo-americano».

¹⁶ *Ivi*, 49.

La variante *exclusive* – continua Waluchow – conduce a risultati differenti sul piano degli effetti. Nella teoria dei poteri diretti, infatti, non è il conflitto con il principio costituzionale a rendere *ab initio* incostituzionale una particolare norma giuridica; piuttosto tale conflitto rappresenta una condizione effettiva in grado di “innescare”, in un certo senso, il potere di invalidazione di cui il giudice è istituzionalmente depositario. Ne consegue che la pronuncia di una corte costituzionale, o della Corte Suprema americana, per esempio, ha valore sostanzialmente costitutivo, e il conflitto originario realizza solo la clausola condizionale dell’esercizio del potere di sindacato di costituzionalità¹⁷. Tale interpretazione, del resto, si spiega per ragioni di coerenza intellettuale con la lettura classica, ed intransigente, della Tesi della Separazione. Se, in effetti, l’illegittimità fosse dovuta all’originario conflitto con condizione morale incorporata nella clausola costituzionale si avrebbe un immediato recupero di quei contenuti pratici extra giuridici che i positivisti esclusivi non intendono ammettere nella struttura della regola di riconoscimento.

Invece, concependo l’illegittimità costituzionale come il frutto di un fatto sociale (di carattere non morale) come, appunto, l’esercizio da parte di un giudice del potere di dichiarare l’illegittimità costituzionale – che è semplicemente azionato o condizionato dal conflitto – la validità della *Separation Thesis* non sembrerebbe affatto in discussione. Del resto, «è un fatto sociale che un giudice abbia esercitato il suo potere di invalidare una legge, alla pari con analoghi fatti sociali che comportano l’adozione della normativa»¹⁸. Concepire il sindacato di costituzionalità nei termini di *directed power* significa, dunque, teorizzare una giustizia costituzionale che, nell’ambito di un costituzionalismo infeltrito di principi dal contenuto notevolmente aperto, sia comunque in grado di tenere fede alla tesi della

¹⁷ Ivi, 49-50

¹⁸ Ivi, 50.



Separazione come pure alla particolare interpretazione della Tesi Sociale di cui la prima è implicazione concettuale¹⁹.

In effetti, se si segue una certa interpretazione della *Social Thesis*, cara al positivismo più ortodosso e separatista, i fatti sociali concepiti come fonti della giuridicità non soltanto stabiliscono i criteri della validità, ma rappresentano, inevitabilmente, l'unico fondamento di tali criteri; da qui la conclusione per cui ciò che sancisce l'invalidità costituzionale non è la mancanza di conformità ad un principio morale, quanto, piuttosto, il fatto (sociale) che un tribunale abbia esercitato il suo potere di invalidarlo²⁰.

Una volta individuata la differenza nell'interpretazione dell'efficacia della pronuncia di incostituzionalità tra le due letture del positivismo, Waluchow tenta di compiere un passo ulteriore, più ambizioso, nel tentativo di dimostrare come la concezione inclusivista sia più aderente al modo in cui è usualmente il controllo sulle leggi nelle democrazie contemporanee²¹. Seguendo la teoria dei poteri diretti, in realtà, se ne dovrebbe inferire che le disposizioni costituzionali non attribuiscono direttamente diritti giuridici fondamentali – la cui violazione da parte del legislatore ordinario dovrebbe comportare la genetica illegittimità delle norme in contrasto –; piuttosto andrebbero interpretate come clausole condizionali per l'esercizio del potere di annullare le leggi incostituzionali. Per dimostrare questa conclusione l'A. inclina il discorso sul piano dell'efficacia delle leggi incostituzionali. Aderendo all'idea secondo cui l'illegittimità di una legge ordinaria deriva da una pronuncia costitutiva, ne consegue che fino a che il giudice non si sia pronunciato in merito, la legge in questione dovrebbe essere ritenuta assolutamente valida e produttiva di effetti, e ciò nonostante il conflitto con un principio di giustizia sostanziale incorporato nella Carta costituzionale. E se paradossalmente i giudici

¹⁹, 51. Simili considerazioni sono espresse dall'autore in W. WALUCHOW, *Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism*, cit., 133 ss.

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*.

dovessero decidere, per qualsiasi ragione, di non adempiere al proprio dovere istituzionale, la legge, seppure viziata, continuerebbe ad avere pieno vigore ed applicazione tra i consociati²².

Nondimeno, una tale ricostruzione, nella prospettiva Waluchow, sembrerebbe stridere con il modo in cui il costituzionalismo moderno concepisce la protezione dei diritti costituzionalmente garantiti, offrendo il destro ad obiezioni e critiche di non poco conto²³. E simili considerazioni potrebbero coinvolgere i più moderni sistemi di *judicial review*, tra cui anche gli Stati Uniti²⁴. Ben diversa, invece, la concezione inclusiva, che concepisce la pronuncia del giudice come la dichiarazione di un'illegittimità genetica, di un diritto che non ha passato il test per la sua validazione. E dunque improduttivo di effetti.

La conclusione del ragionamento è più che netta: «Se questi pochi brevi motivi, infine, siano sufficienti per indebolire il PGE (*positivismo giuridico esclusivo*) e la sua concezione dei poteri diretti dei diritti costituzionali rimane probabilmente una questione aperta. Ma non si può fare a meno di chiedersi se la lettura più naturale dei diritti costituzionali sia sufficiente per pensare che il PGE, alla fine, sia la teoria migliore. Forse, soltanto un ostinato fedele alla tesi della separazione, e della convinzione che la tesi della separabilità disattende le idee fondamentali del PG, potrebbe verosimilmente pensarla in modo diverso»²⁵.

L'analisi di Waluchow ha l'innegabile merito di declinare sul piano operativo il dibattito tra positivismo inclusivo ed esclusivo, dimostrandone le possibili ricadute nel modo di concepire la giustizia costituzionale. Nondimeno, la sua visione del giudizio di costituzionalità e del valore da

²² *Ibidem*.

²³ Ivi, 51-52.

²⁴ Ivi, 53. L'Autore cita in proposito il celebre arresto *Norton vs Shelby* (1886), ove si statò che «un atto incostituzionale non è una legge; non conferisce alcun diritto; non impone alcun dovere; non fornisce alcuna protezione; non crea nessun ufficio; esso è, nella riflessione giuridica, inefficace come se non fosse mai stato approvato».

²⁵ Ivi, 55.

riconoscere alle pronunce che dichiarano l'illegittimità costituzionale di un atto normativo non è affatto immune da critiche. Alcune di queste, invero, gli giungono addirittura allo stesso fronte *inclusive* (che appare, invero, più una famiglia di teorie che una scuola di pensiero unitaria)²⁶. Per

²⁶ Non è questa la sede per poter approfondire il dibattito scaturito dalla tesi di Waluchow. Per una analisi delle critiche sollevate, in seno allo stesso positivismo inclusivo, si veda, per esempio, K. HIMMA, *Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism*, in *Law and Philosophy*, 24/2005, pp. 1-45. Sul punto, Himma, pur appartenendo al consesso degli inclusivisti, appare piuttosto critico riguardo alla tesi dell'invalidità originaria. Con riferimento specifico al meccanismo di giustizia costituzionale le regola di riconoscimento, nell'ambito di una teoria contestuale nordamericana, dovrebbe avere un simile contenuto: una legge è da considerarsi valida «until declared inconsistent with the best interpretation of the Constitution that comports with due regard for precedent by the highest court to consider the constitutionality of [the norm]»; ovvero sia finché non è dichiarata incostituzionale poiché confliggente con la migliore interpretazione costituzionale fornita dalla stessa Corte. In sintesi, considerato il parametro costituzionale [E] (es. eguaglianza), una legge [L] che non soddisfa il contenuto di tale parametro rimane comunque valida se ha rispettato le procedure richieste per la sua emanazione (dunque gli appropriati fatti sociali, come vorrebbe un approccio raziano). Soltanto quando ne viene messa in dubbio la conformità alla costituzione essa può essere dichiarata illegittima, sempre che il conflitto sia giudicato tale in relazione all'interpretazione della costituzione che la stessa corte ne dà. Ed ovviamente rimane valida anche quando la corte non rileva il conflitto, seppur manifesto. Una simile condotta forse andrebbe incontro alla critica pubblica della comunità dei giuristi, ma questi ultimi sarebbero egualmente tenuti ad applicare L, ancora valida. In definitiva non è tanto il parametro E a funzionare come test, quanto, piuttosto, l'interpretazione del principio che la Corte ne dà e a cui vincola le altre giurisdizioni. Parziali critiche giungono pure da un altro alfiere degli inclusivisti, Matthew Kramer, il quale però controreplica pure all'argomento di Himma. L'A. osserva sul punto come il considerato parametro E obbligherebbe comunque i giudici (delle corte suprema o costituzionale) ad applicarlo nelle questioni riguardanti il sindacato costituzionale della legge ordinaria in cui lo stesso assume rilevanza indipendentemente da fatto che l'eventuale pronuncia di rigetto, o di inammissibilità erronea – finanche una sostanziale inerzia – faccia sì che i giudici inferiori od ordinari continuino a considerare valida la norma anche in caso di manifesto ed evidente contrasto. Detto in altri termini, il parametro E avrebbe sempre il valore di

valutare la bontà della decisa conclusione di Waluchow occorrerebbe immergersi nella ormai oceanica letteratura scaturita dalla contrapposizione tra le due correnti in cui si è diviso il positivismo giuridico; sebbene anche ad un primo superficiale sguardo, *prima facie*, la pretesa di Waluchow di suonare le campane a lutto per le posizioni più vicine alla tesi della separazione sembra forse troppo immodesta. Tuttavia, il testo ha la innegabile qualità di stimolare il lettore, anche quello che non è assiduo frequentatore delle dispute tra le due “fazioni”, ad affacciarsi su tale disfida teorica da una prospettiva diversa, coinvolgendo anche approcci diversi da quello prettamente giusfilosofico, immergendo, così, il dibattito teorico in quella dimensione della prassi troppo spesso, oggi, dimenticata nello stile di argomentazione forse fin troppo “essenzialista” di alcuni filosofi del diritto contemporanei.

test di validità giuridica e, circostanza non trascurabile, permettere anche di poter criticare la decisione o l'inerzia della corte, consentendo un punto di vista interno. Inoltre, anche a voler considerare il caso dell'errore, non si potrebbe negare che il parametro continuerebbe a funzionare come tale in tutte le successive questioni portate al vaglio del sindacato di costituzionalità. Dunque, se l'interpretazione che qui si propone dell'articolato pensiero di Kramer è corretta, non può non notarsi che se una legge non producesse alcun effetto allora non sarebbe certo necessario investire la Corte della questione in merito alla costituzionalità (o non sarebbe ammissibile data la carenza assoluta di rilevanza). Cfr.

M. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, 2004, p. 130-1.