

notizie di

POLITEIA

RIVISTA DI ETICA E SCELTE PUBBLICHE

Anno XXXVII – N. 143 – 2021

5

Diritto e genere tra passato e futuro

A cura di Francesca Poggi

Saggi di: E. Cantarella, M. D'Amico, L. Ferrajoli,
D. Ferrari, I. Pellizzone, L. Re

72

Sull'antifondazionalismo etico di Bobbio

Stefano Colloca

104

Libertà e diritto

C. Del Bò, V. Ottonelli, A. Facchi-O. Giolo

117

Sul positivismo giuridico e la sua crisi

A. Schiavello, S. Pozzolo, M. La Torre

Sul positivismo giuridico e la sua crisi

Commenti al volume di Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso*

Ciò che è vivo del positivismo giuridico

ALDO SCHIAVELLO*

What is Living of Legal Positivism

Abstract: In his latest book Massimo La Torre makes a number of criticisms to legal positivism. Most of them are convincing. In this essay I try to reply to the few I disagree with. In particular, I deal with La Torre's objections against Hart's theories on legal interpretation and the internal point of view and against Raz's theory of legitimate authority. In the last paragraph I outline some ideological reasons for not considering legal positivism entirely dead.

Keywords: Legal positivism, Law and morality, Legal interpretation, Internal point of view, Legitimate authority, Law and force.

La storia, se fosse considerata come qualcosa di più
che un deposito di aneddoti o una cronologia,
potrebbe produrre una trasformazione decisiva
dell'immagine della scienza dalla quale siamo dominati.
(Thomas S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*)

1. Nel suo ultimo libro Massimo La Torre avanza una serie di critiche al positivismo giuridico¹. La maggior parte di tali critiche sono condivisibili ma arrivano, per così dire, a tempo ampiamente scaduto: la crisi del positivismo giuridico è un dato di fatto ormai da più di qualche decennio. La Torre ricostruisce la storia del positivismo giuridico e, soprattutto, la sua crisi tributando a questa tradizione di ricerca giusfilosofica l'onore delle armi e usando il tono narrativo giusto, vale a dire quello che si confà a una ricerca di archeologia delle idee.

A partire da questa constatazione ritengo di poter mettere tra parentesi il molto che condivido delle critiche di La Torre al positivismo giuridico al fine di concentrarmi su una difesa parziale di questa tradizione di ricerca giusfilosofica. Preferisco evidenziare

* Professore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.

ciò che è vivo del positivismo giuridico lasciando ciò che è morto a un'altra occasione. A tal fine, provo a replicare ad alcune obiezioni di La Torre relative a) alla teoria dell'interpretazione proposta da Herbert Hart (§ 2); b) al modo in cui Hart intende il punto di vista interno (§ 3); c) al positivismo esclusivo di Joseph Raz (§ 4). Nel paragrafo conclusivo, avanzo una difesa parziale (di alcuni aspetti) del positivismo giuridico (§ 5).

In questo paragrafo, invece, tento di spiegare *perché* è morto il giuspositivismo.

Affrontare tale questione impone di non andare tanto per il sottile, di mettere tra parentesi le distinzioni care ai giuspositivisti analitici (e, dunque, anche a me) e, in definitiva, di fare di tutta l'erba un fascio. Il declino del positivismo giuridico dipende da fattori plurimi ed eterogenei. Qui mi limito a indicare i principali.

Innanzitutto, bisogna guardare alle trasformazioni socio-istituzionali. Una concezione del diritto non è "giusta" o "sbagliata" in astratto ma dipende dal tipo di diritto e dall'assetto di potere esistente. Ogni concezione del diritto presuppone infatti una determinata pratica giuridica concreta e si fonda su scelte ideologiche e valutative; di conseguenza, anche il giurista che si auto rappresenta come mero "scienziato" che descrive il diritto così com'è (ad esempio: il giuspositivista metodologico) sta avvalorando una certa immagine del diritto e una certa ideologia giuridica e non è, a dispetto delle sue stesse intenzioni, un osservatore neutrale². Se questo è vero, occorre guardare con attenzione alle differenze tra lo stato moderno – in cui il positivismo giuridico si presentava in forma smagliante – e lo stato contemporaneo. Non bisogna in particolare trascurare il fatto che, mentre lo stato liberale ottocentesco riconosce come unici limiti alla sovranità statale le "procedure" che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti "sostanziali", di "contenuto", che impediscono a chi detiene il potere di fare o di decidere tutto ciò che vuole. E l'esplicita incorporazione di valori morali nel diritto degli stati costituzionali contemporanei ha prodotto dei cambiamenti significativi nel modo di intendere il diritto stesso e ha concorso a provocare un ripensamento all'interno del positivismo giuridico. In particolare, tale incorporazione ha contribuito in modo decisivo all'apertura di un dibattito tra i giuspositivisti sul dogma della separabilità tra diritto e morale e su quello della pretesa neutralità della scienza giuridica. Per dirla con La Torre: "...nello Stato costituzionale democratico il diritto vivente si nutre di ragioni prossime a quelle del diritto naturale"³.

Questo primo fattore del declino del positivismo giuridico è rafforzato da un altro: la "costituzionalizzazione" degli ordinamenti giuridici. In termini molto generali, la costituzionalizzazione è "un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente 'impregnato' dalle norme costituzionali"⁴. Tale processo fa vacillare l'idea, che affonda le sue radici nel giuspositivismo ottocentesco, secondo la quale l'attività di individuazione e di descrizione del diritto sarebbe in larga misura indipendente rispetto ad un'attività di tipo interpretativo. Non a caso, proprio in concomitanza con il dispiegarsi del processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici, il tema dell'interpretazione è stato posto al centro delle riflessioni teoriche sul diritto (sia di matrice giuspositivista che non).

Un breve cenno merita anche l'accusa, sollevata all'indomani della seconda guerra mondiale da alcuni giuristi e filosofi del diritto, soprattutto tedeschi, secondo la quale

il positivismo giuridico era corresponsabile dell'avvento del nazismo. Scambiando la parte per il tutto, vale a dire il positivismo giuridico ideologico, ben rappresentato dallo slogan *Gesetz ist Gesetz* ("la legge è legge"), per il positivismo giuridico *tout-court*, si è tentato di suffragare la tesi che una concezione del diritto positivista presupponga necessariamente un rispetto cieco e acritico per l'autorità in carica, qualsiasi essa sia. Il positivismo giuridico, ovviamente, è molto altro e i principali esponenti novecenteschi di tale tradizione di ricerca giusfilosofica si sono caratterizzati per un atteggiamento di grande sospetto nei confronti dell'autorità e del potere costituito (cfr. § 4). Tuttavia, come si è detto in premessa, spiegare il declino del positivismo giuridico richiede che si faccia di tutta l'erba un fascio.

Infine, uno dei fattori decisivi della crisi del positivismo giuridico è il fiorire, a partire dalla seconda metà del Novecento, di teorie del diritto anti-giuspositiviste. Da un lato, queste teorie condividono la concezione monistica del diritto, tipica del positivismo giuridico, secondo cui tutto il diritto è diritto positivo e, di conseguenza, anche l'opzione metodologica per una ricostruzione del fenomeno giuridico incline all'analisi delle istituzioni e delle prassi effettivamente vigenti in un certo territorio in un determinato momento storico, piuttosto che a speculazioni in astratto sulla categoria del giuridico. Dall'altro, esse criticano, a partire da una più o meno esplicita meta-etica oggettivista e cognitivistica, la tesi giuspositivista della separabilità tra diritto e morale.

Come si è detto, La Torre conclude il suo libro concedendo al positivismo giuridico l'onore delle armi: "[...] è passato il tempo d'un giuspositivismo orgoglioso e sicuro di poter fare a meno della riflessione filosofica, e incentrato, o meglio ripiegato, sul momento della decisione legislativa e sul sistema delle 'fonti'⁵. Questa conclusione, senz'altro condivisibile, scaturisce da molti fattori, alcuni dei quali sono stati introdotti in questo paragrafo.

2. Hart elabora una teoria dell'interpretazione giuridica che si propone di sfuggire all'alternativa tra formalismo e anti-formalismo interpretativo: "il formalismo e lo scetticismo sulle norme sono le Scilla e Cariddi della teoria del diritto: esse sono delle grandi esagerazioni, salutari quando si correggono reciprocamente, e la verità sta in mezzo a loro"⁶.

Prima di ricostruire brevemente le tesi di Hart sull'interpretazione, mi sia consentita un'osservazione di carattere generale. L'anelito a individuare uno spazio tra opposti inconciliabili è la cifra della filosofia hartiana e, peraltro, tale anelito svela una evidente influenza aristotelica sul pensiero di Hart. A sostegno di questa affermazione potrebbero farsi molti esempi; qui mi limito a segnalare un paio che sono importanti per comprendere il positivismo giuridico di questo autore.

Sin dall'inizio de *Il concetto di diritto*, Hart manifesta il proposito di rendere conto sia delle intuizioni che rimarcano il legame del diritto con la morale sia di quelle che enfatizzano il ruolo della forza per il funzionamento del diritto. Inoltre, pur essendo un paladino del positivismo giuridico, Hart non è per nulla sprezzante nei confronti del giusnaturalismo, tanto da riconoscere un contenuto minimo al diritto naturale. Quello di Hart è un giuspositivismo aperto e dialogante e questa caratteristica è essenziale per comprendere la enorme influenza esercitata da Hart sul pensiero giusfilosofico contemporaneo.

Tornando al tentativo di mediazione tra formalismo e anti-formalismo interpretativo, esso si fonda sulla distinzione tra una zona chiara di applicazione del diritto ed una zona di penombra. Nella zona chiara ricadono i casi facili, per i quali i termini generali contenuti negli enunciati normativi "sembrano non avere bisogno di alcuna interpretazione". La zona di penombra è occupata dai casi dubbi, nei confronti dei quali gli enunciati normativi esercitano pur sempre una funzione di guida dell'attività interpretativa, ma solo in modo incerto. Nei casi facili, il compito dell'interprete è essenzialmente quello, meccanico, di sussumere il caso di specie sotto la norma generale. Nei casi difficili, gli interpreti esercitano discrezionalità in quanto possono scegliere tra più di un risultato. Con tutti i *caveat* del caso, si potrebbe dire che l'interprete e, in particolare, il giudice, nei casi difficili agisca in modo simile (ma non in modo identico) al legislatore.

Questo esito della teoria hartiana dell'interpretazione giuridica non è condiviso da La Torre: "Il giudice mai afferma di decidere come il legislatore – sia pure 'coscienzioso' – del caso pendente, nemmeno in presenza di casi difficili e di lacune. [...] In realtà, il giudice dinanzi a un problema anche gravissimo di vaghezza o di incompletezza cerca sempre di ricondurre la propria decisione a una norma positiva e solo eccezionalmente – almeno nei sistemi di *civil law* – si fa forte esclusivamente di principi. Ma anche allorché il giudice chiede il soccorso di principi, fa ciò (almeno nel contesto della giustificazione) rivolgendosi non alle sue proprie credenze o ai suoi propri valori bensì ai principi dell'ordinamento e comunque mediante ragioni accertabili non dal solo organo giudicante (a se stesso) ma dalla generalità dei giudici e dei consociati"⁷⁷.

In linea con Ronald Dworkin, La Torre difende la tesi dell'unica risposta giusta: in ogni caso c'è una soluzione interpretativa corretta e compito dell'interprete è tentare di individuarla. Evidentemente, questa tesi presuppone una meta-etica oggettivista e cognitivista di un certo tipo che non è esente da possibili obiezioni. Mettendo qui tra parentesi le intricate questioni meta-etiche, mi limito a osservare che bilanciare i principi giuridici è un po' più complesso che pesare pere o mele e che, sempre, di fronte a un caso difficile, interpreti diversi (e giudici diversi) arrivano a conclusioni diverse. Ciò non implica necessariamente che non esista una risposta giusta ma, senz'altro, che non sia dimostrabile quale essa sia. Supponiamo dunque che per ogni caso giudiziale vi sia una risposta giusta anche se non è possibile dimostrare in modo conclusivo quale essa sia. A questo punto, bisogna chiedersi: qual è la rilevanza pratica per una teoria del ragionamento giuridico di postulare l'esistenza di un'unica soluzione corretta e, al tempo stesso, negare che esistano criteri conclusivi per la sua individuazione? Io credo nessuna.

Anche solo per questa ragione pragmatica credo che abbia ragione Hart ad affermare che: "[Nei casi difficili] i giudici possono... fare una scelta che non è né arbitraria né meccanica: e qui spesso mostrano delle virtù tipicamente giudiziali, la speciale adeguatezza delle quali a una sentenza spiega come mai alcuni siano riluttanti a chiamare 'legislativa' una simile attività giudiziale. [...] Senza dubbio... non si può dimostrare che una decisione sia l'unica corretta: ma essa può essere resa accettabile come il prodotto di un ragionamento di una scelta consapevole e imparziale. In tutto questo abbiamo il 'soppesare' e l' 'equilibrare' caratteristici dello sforzo di rendere giustizia fra interessi in conflitto"⁷⁸.

Insomma, è possibile prendere sul serio i diritti senza necessariamente inforcare occhiali con i filtri rosa.

A margine segnalo che Dworkin da un lato sostiene la tesi dell'unica risposta giusta (in un tono sempre più flebile nel corso degli anni) e, dall'altro, afferma che il diritto sia un concetto interpretativo. Ora, tra le caratteristiche dei concetti interpretativi, che Dworkin ricalca sull'analisi delle nozioni essenzialmente contestabili di Walter B. Gallie, c'è quella che tali concetti sopportano "... differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari"⁷⁹. Delle due l'una: o esiste sempre un'unica risposta giusta e allora il diritto non è un concetto interpretativo ovvero è un concetto interpretativo e allora possono esservi legittime divergenze interpretative irrisolvibili.

3. Una tesi saliente del positivismo giuridico di Hart è che non è possibile descrivere il diritto senza prendere in considerazione la prospettiva del partecipante. Il diritto è una pratica sociale che ha come obiettivo preminente di incidere sul comportamento degli individui che partecipano, a diverso titolo, alla pratica; dunque, se non si adotta la prospettiva dei partecipanti non si può comprendere il diritto.

Per Hart, il punto di vista interno, non consiste necessariamente nell'accettazione morale di un sistema giuridico e dei suoi principi fondamentali, ma soltanto in un generico atteggiamento critico riflessivo, empiricamente verificabile. Hart riconduce quindi alla prospettiva del partecipante situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato opportuno distinguere ed ordinare in modo seriale. La ritrosia hartiana a indagare sulle ragioni dell'accettazione dipende da due fattori. Il primo è l'impostazione fondamentalmente neo-empirista di Hart che lo induce a collegare la conoscenza di qualsiasi cosa a una verifica empirica. Le intenzioni individuali che spingono gli individui ad accettare una determinata regola sociale albergano nella mente e l'esistenza di tali intenzioni non può essere verificata. Il secondo fattore è la paura di instaurare un legame così stretto tra diritto e morale da produrre l'implosione del positivismo giuridico. Sostenere che l'esistenza del diritto presupponga che almeno qualcuno dei partecipanti lo accetti perché lo considera giusto è un modo per sancire l'esistenza di una connessione necessaria tra diritto e morale. Alcuni tra i giuspositivisti post-hartiani, tra i quali Neil MacCormick – che La Torre correttamente considera il più in linea con la sensibilità di Hart –, hanno sostenuto che l'unico modo per mettere la teoria hartiana delle regole sociali al riparo dalle critiche fosse quello di concedere che l'esistenza di una norma implichi che vi sia qualcuno che ritenga il comportamento prescritto da tale norma preferibile, da un punto di vista morale, rispetto ai comportamenti alternativi. Questi stessi giuspositivisti minimizzano le conseguenze per il positivismo giuridico di questa concessione: il fatto che alcuni tra i partecipanti credano che il diritto sia giusto, non produce alcuna conseguenza diretta sulla tesi secondo cui l'individuazione del diritto dipenda esclusivamente da fatti sociali. L'esistenza di "credenti", di persone cioè che considerano giusto il loro sistema giuridico, non impedisce di trattare l'esistenza del diritto come una questione di fatto. Personalmente ritengo che le cose non siano così semplici per il positivismo giuridico ma non è necessario approfondire questo aspetto.

Quel che mi interessa invece approfondire è l'affermazione di La Torre secondo cui Hart non manterrebbe fede alla sua promessa di ricostruire il diritto dalla prospettiva del partecipante. Uno dei motivi per cui la teoria dell'interpretazione di Hart non va bene, secondo La Torre – l'abbiamo visto al paragrafo precedente – è che mentre i

giudici, che sono i partecipanti *par excellence*, affermano sempre di decidere i casi sulla base del diritto preesistente, secondo Hart nei casi difficili creano nuovo diritto. In questo modo Hart abiura alla sua premessa metodologica di guardare al diritto dalla prospettiva del partecipante.

Benché tale obiezione meriterebbe una replica articolata e approfondita, mi limito a due brevi osservazioni.

La prima è che, come sottolinea ad esempio John Finnis, la prospettiva del partecipante non è monolitica ma plurale e complessa. Davvero *tutti* i giudici sono convinti di applicare sempre il diritto preesistente? Non credo. Jerome Frank, per fare un esempio, era giudice e tuttavia sosteneva lo scetticismo normativo.

La seconda osservazione è che guardare al diritto dalla prospettiva dei partecipanti è qualcosa di diverso dall'appiattirsi sulla prospettiva di questi ultimi. I partecipanti alla pratica giuridica possono talvolta sbagliarsi nel rappresentarsi come stanno le cose e compito di una concezione del diritto è segnalare questo errore. Ciò che una teoria come quella di Hart non può fare (a differenza del giusrealismo, ad esempio) è sostenere che i partecipanti si sbagliano sempre.

4. Il giudizio di La Torre sul positivismo giuridico post-hartiano è lapidario: "alcuni allievi e seguaci di Hart, come Joseph Raz e per certi versi Jules Coleman, tendono – per salvare il salvabile dinanzi all'offensiva di Dworkin – a rinchiudersi nell'ortodossia, facendo o della filologia dell'opera di Hart, vista ormai come l'alfa e l'omega di ogni possibile filosofia del diritto, oppure ne sviluppano, in maniera idiosincratica, un lato al costo spesso poi di sacrificarne pezzi importanti. Di maniera che l'ortodossia offre del giuspositivismo hartiano solo un'immagine abbastanza distorta e squilibrata nell'una o nell'altra direzione, ma sempre parlando addosso e guardandosi – per così dire – l'ombelico, senza la curiosità e l'apertura verso l'universo altro della filosofia che invece aveva caratterizzato l'impresa di Hart"¹⁰.

Altrettanto caustico è il giudizio di Dworkin: "...alcuni filosofi del diritto – principalmente i positivisti analitici – continuano a considerare la loro indagine concettuale del diritto come indipendente sia dalla sostanza giuridica sia dalla filosofia politica. Ma essi discutono soprattutto gli uni con gli altri e sono stati marginalizzati nell'università e nelle professioni"¹¹.

Sono giudizi che sottoscrivo. Da un lato, il cosiddetto positivismo giuridico inclusivo ha indebolito così tanto le tesi di partenza del giuspositivismo da finire senza neanche accorgersene tra le braccia dell'antigiuspositivismo dworkiniano. Inoltre, gli esponenti di questo *coté* del giuspositivismo post-hartiano, si sono dedicati a una sterile esegesi del pensiero del maestro col risultato di oscurare gli aspetti salienti e promettenti di una prospettiva feconda. Tornare a Hart è il consiglio migliore che si possa dare a chi ritiene di essere incline a una prospettiva giuspositivistica "debole" e "inclusiva".

Dall'altro, il positivismo esclusivo, incarnato principalmente dalla prospettiva di Joseph Raz, ha serrato le fila del positivismo giuridico al costo di perdere del tutto di vista le trasformazioni del diritto nel mondo contemporaneo e di risultare dunque *naïf*, inadeguato e, per dirla con Dworkin, pickwickiano. Al centro del positivismo giuridico esclusivo c'è la nozione di autorità e ciò stride con la "mitezza", almeno apparente,

del diritto contemporaneo. Alla tesi di Raz che la caratteristica saliente del diritto è la pretesa di essere un'autorità legittima, Dworkin e, in generale, l'anti-giuspositivismo contemporaneo, contrappone la tesi del diritto come pratica interpretativa e, in quanto tale, sprovvisto di autorità.

Detto questo, non bisogna addossare a Raz e, in generale, al giuspositivismo esclusivo, anche le colpe che non ha. La Torre attribuisce a Raz la tesi che "la virtù propria del diritto consisterebbe nel soddisfare le condizioni della legittimità, e queste venivano interpretate come la condizione necessaria per poter avanzare la pretesa di legittimità, vale a dire essere un'autorità effettivamente capace di imporre i propri decreti. Un'implicazione di tale argomento sembra allora che un'autorità sarà legittima se è effettiva, al di là di soddisfare ciò che invece nella definizione di partenza pareva la condizione richiesta, vale a dire di essere non tanto effettiva, fattualmente operativa come autorità, bensì d'essere effettivamente legittima"¹². Secondo La Torre, Raz sarebbe dunque un sostenitore del legalismo etico o del positivismo ideologico estremo.

In realtà, Raz è l'antitesi del giuspositivista ideologico; spiegare le ragioni di questa affermazione aiuta a evidenziare il lascito del positivismo giuridico al mondo contemporaneo.

Raz sostiene che ogni ordinamento giuridico avanza la pretesa di essere una autorità legittima. Il fatto che il diritto avanzi tale pretesa non implica che l'autorità esercitata dal diritto sia effettivamente legittima; ciò però non significa che sia possibile individuare le caratteristiche salienti del diritto mettendo tra parentesi, o comunque lasciando sullo sfondo, la questione della legittimità della sua autorità. Bisogna infatti individuare i requisiti o le caratteristiche che consentono di affermare che la pretesa del diritto, di ogni ordinamento giuridico, di essere un'autorità legittima sia a) sensata o comprensibile e b) *prima facie* plausibile. Tali requisiti, secondo Raz, sono due: in primo luogo, una direttiva autoritativa deve essere presentata come il punto di vista di qualcuno su come devono comportarsi coloro che sono ad essa soggetti; in secondo luogo, la direttiva autoritativa deve essere in grado di sostituire le ragioni *pro* o *contra* un determinato comportamento. È proprio questa seconda condizione e a giustificare la versione rigida del positivismo giuridico difesa da Raz. Deve essere possibile individuare le norme giuridiche senza ricorrere ad argomenti morali se tali norme debbono rivestire il ruolo di ragioni per l'azione "escludenti".

Ciò detto, Raz, nel disvelare gli ingranaggi dell'autorità, ci sprona a mantenere un atteggiamento vigili nei confronti della pretesa del diritto di essere una autorità legittima. Non è scontato che l'autorità del diritto sia legittima e, in ogni caso, anche qualora lo fosse, l'ambito di legittimità dell'autorità sarebbe certamente meno esteso rispetto a quanto preteso da chi avanza la pretesa di legittimità. Tanto più che talvolta l'autorità influisce in modo occulto sulle nostre convinzioni. Non a caso, è proprio Raz ad affermare che "...una popolazione pronta a resistere a leggi insensate, ingiuste e oppressive fa di più al fine di preservare la giustizia dei sistemi politici e delle loro leggi di quanto non faccia una popolazione docile disposta ad ingoiare qualsiasi cosa le venga propinata"¹³.

Questa convinzione – che implica un atteggiamento vigile e circospetto nei confronti del potere – accomuna le versioni migliori del positivismo giuridico e rap-

presenta una delle ragioni principali che mi inducono a mantenere una disposizione benevolente e simpatetica nei confronti di questa prospettiva giusfilosofica.

Nel perorare l'importanza di un approccio "filosofico" al diritto, La Torre adduce l'argomento che "...la forza che il diritto esercita, e già la sua pretesa all'obbedienza, può far male, provoca sofferenza, e dunque non sfugge alla domanda di giustificazione di coloro che la subiscono"¹⁴. Raz e buona parte del positivismo giuridico non avrebbero alcuna difficoltà a sottoscrivere queste parole.

5. Come ho cercato di mostrare nel paragrafo precedente, il potere politico è, per il positivismo giuridico, un male necessario. Il potere, l'autorità e, in primo luogo, la sovranità statale, sono essenziali al fine di garantire che la vita di una società di individui sia organizzata in modo ordinato e tendenzialmente pacifico. La minaccia dell'uso della forza è il modo tipico attraverso il quale il potere limita la libertà e l'autonomia individuale e, così facendo, garantisce la pace e l'ordine sociale. Il meccanismo del comando rappresenta solo uno dei modi in cui il diritto incide sul nostro comportamento e, probabilmente, non è neppure il più importante. Molteplici sono infatti gli stratagemmi che la "macchina del diritto" utilizza per incidere sulle nostre azioni. Come insegnano i giusrealisti, la macchina del diritto funziona per molti versi *dietro le spalle* degli individui. Essa produce in modo surrettizio il sentimento secondo cui è giusto fare ciò che il diritto prescrive di fare. Anche per questo bisogna guardare con circospezione a chi collega in modo indissolubile il diritto alla morale. Inoltre, se si accetta il presupposto (a partire da una meta-etica non cognitivista o da una meta-etica cognitivistica debole) che "...l'universo etico è un universo irriducibilmente plurale, popolato da una molteplicità di valori, e ideali, che inevitabilmente entrano in conflitto gli uni con gli altri"¹⁵, allora bisogna riconoscere che il diritto non si limita a rendere più determinati, a specificare, i valori morali, ma che esso entra "a gamba tesa" nell'universo etico, operando bilanciamenti necessariamente discrezionali tra i valori; così facendo, il diritto non può che incidere con prepotenza sulla vita degli individui. Esistono infatti diverse concezioni del bene e quella adottata di volta in volta dal diritto è solo una tra quelle possibili.

Questa consapevolezza rafforza la convinzione che il diritto sia un male necessario; infatti, benché il legame tra diritto e morale sia per certi versi un legame concettuale, come sostiene il giusnaturalismo, bisogna evitare di indulgere nella visione, irenica e pericolosa, secondo cui il diritto possa incarnare l'unica morale corretta.

Isaiah Berlin osserva che se si ritiene di possedere l'unica *Risposta Vera*, si è portati a pensare di dovere procedere spediti seguendo la direzione indicata dalla *Verità* senza curarsi degli eventuali ostacoli che potrebbero incontrarsi prima di raggiungere la meta. Per usare una sua celebre metafora, cucinare una buona omelette richiede che si sia disposti a rompere molte uova, e anche ove l'omelette rimanesse invisibile "the eggs are broken, and the habit of breaking them grows"¹⁶. Tanto minore è l'incidenza del diritto sulla autonomia degli individui, tanto maggiore sarà il suo valore morale. In ogni caso, il diritto sarà sempre e comunque un male necessario.

Questa è la lezione del positivismo giuridico che rimane attuale anche per noi e che dovrebbe farci sempre preferire le volpi ai ricci e suggerirci di tenere sempre *Il concetto di diritto* di Hart come *livre de chevet*.

Note

- ¹ La Torre, 2020a.
- ² Cfr. Schiavello, 2017.
- ³ La Torre, 2020b, p. 232.
- ⁴ Guastini, 1998, p. 185.
- ⁵ La Torre, 2020a, p. 227.
- ⁶ Hart, 2002, p. 173.
- ⁷ La Torre, 2020a, p. 69.
- ⁸ Hart, 2002, pp. 238-239, corsivo dell'autore.
- ⁹ Dworkin, 2013, p. 187.
- ¹⁰ La Torre, 2020a, p. 73.
- ¹¹ Dworkin, 2010, p. 39.
- ¹² La Torre, 2020a, p. 119.
- ¹³ Raz, 2003, p. 9, trad. mia.
- ¹⁴ La Torre, 2020a, p. ix.
- ¹⁵ Celano, 2005, p. 175.
- ¹⁶ Berlin, 1990, p. 36.

Riferimenti bibliografici

- Berlin, I. (1990), "The Pursuit of the Ideal", in Id., *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, ed. by H. Hardy, London: John Murray.
- Celano, B. (2005), "Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV, 1, pp. 161-183.
- Dworkin, R. (2010), *La giustizia in toga* (ed. or. 2006), Roma-Bari: Laterza.
- Dworkin, R. (2013), *Giustizia per i ricci* (ed. or. 2011), Milano: Feltrinelli.
- Guastini, R. (1998), "La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento italiano", *Ragion Pratica*, 11, pp. 185-206.
- La Torre, M. (2020a), *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze: Leo S. Olschki.
- La Torre, M. (2020b), "Il giurista come vero filosofo", *Rivista di filosofia del diritto*, 2, pp. 231-238.
- Raz, J. (2003), "About Morality and the Nature of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, 48, pp. 1-15.
- Schiavello, A. (2017), "Il diritto e il suo doppio. In cerca della frontiera tra la conoscenza giuridica e il suo oggetto", *Rivista di filosofia del diritto*, speciale/2017, pp. 65-86.