

*Diritto, morale, positivismo giuridico: la storia infinita**

Aldo Schiavello

1. Il tema dei rapporti tra diritto e morale è uno di quei temi che un filosofo del diritto non può esimersi dall'affrontare. Anzi, non è azzardato affermare che proprio tale questione rappresenti l'oggetto *par excellence* della riflessione giusfilosofica. La contrapposizione fondamentale tra giusnaturalismo e positivismo giuridico dipende proprio da una radicale divergenza su quale sia il modo corretto di ricostruire la relazione tra diritto e morale. Carlos Santiago Nino ad esempio osserva che «la discussione circa l'esistenza o meno di un vincolo concettuale tra diritto e morale [...] costituisce, apparentemente, il nucleo centrale della vecchia controversia tra giusnaturalisti e giuspositivisti»¹.

Le discussioni sul tema dei rapporti tra diritto e morale si caratterizzano tuttavia per essere sovente viziate da confusioni e fraintendimenti. Tali confusioni e fraintendimenti talvolta sono così gravi da impedire di comprendere quali siano le tesi effettivamente sostenute dai contendenti e, di conseguenza, da ingenerare il sospetto che le controversie siano – come rileva lo stesso Nino nel passaggio sopra-citato – apparenti più che reali².

Spesso ad esempio si tollera un uso sin troppo disinvolto del termine 'morale'. Il fatto è che 'morale' è un termine polisenso e, dunque, è opportuno determinare, per quanto possibile, il significato da attribuire ad esso nel contesto del discorso. Quando si riflette sui rapporti tra diritto e morale è importante almeno precisare se si intende 'morale' nell'accezione di 'morale positiva' – cioè come «una delle tante morali diffuse nella società»³ – o in quella di morale 'critica' – cioè come una «morale ideale elaborata da filosofi e moralisti a partire dalla critica delle stesse morali positive»⁴.

La polisemia del termine 'morale' rileva ad esempio in relazione alla tesi, difesa dal positivismo giuridico, della separabilità tra diritto e morale. Alcuni critici del giuspositivismo hanno inteso questa tesi in un senso molto ampio, come se attraverso essa si volesse difendere, almeno a livello concettuale, una autonomia assoluta, da ogni possibile prospettiva, tra diritto e morale.

In risposta a questa interpretazione della tesi della separabilità, che in realtà non è altro che un fraintendimento ed una banalizzazione di tale tesi, Neil MacCormick, uno dei più brillanti allievi di Herbert Hart, è costretto a precisare:

Nessuno in possesso delle sue capacità mentali – e vi sono almeno alcuni positivisti che sono in possesso delle loro capacità mentali – ha mai sostenuto, o sosterebbe mai, che il diritto in se stesso è scevro da valori. Se gli esseri umani non accordassero importanza all'ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi; inoltre, ogni sistema giuridico

* Commento a: Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2004, pp. 301.

¹ C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata* (1994), ed. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1999, p. 15.

² C. S. Nino, *ibidem*.

³ M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, II ed., Giappichelli, Torino 2005, p. 42.

⁴ M. Barberis, *ibidem*.

non incorpora semplicemente una forma di ordine sociale, ma quella particolare forma di ordine a cui è attribuito un valore da coloro che hanno il controllo dell'attività legislativa, esecutiva e giudiziaria – o, quantomeno, è un mosaico dei valori concorrenti accolti dai vari gruppi che partecipano a tali attività. Il punto di essere un positivista non è quello di negare verità evidenti di questa sorta, ma piuttosto quello di affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste.⁵

I fraintendimenti e le banalizzazioni non sono una esclusiva prerogativa dei critici del positivismo giuridico. Anche i giuspositivisti indulgono talvolta in interpretazioni distorte delle tesi altrui. Così la tesi giusnaturalista della connessione necessaria tra diritto e morale, tesi che consiste in una negazione della tesi della separabilità, può a sua volta essere presentata in modo esagerato e paradossale facendola coincidere con l'affermazione perentoria che “la legge ingiusta non è legge”. Come rileva John Finnis, apprezzato tomista della scuola neoclassica, nonché allievo, così come MacCormick, di Hart ad Oxford, l'affermazione *lex injusta non est lex* non va intesa nel senso che l'esistenza di una norma giuridica è condizionata al suo essere giusta ma nel senso che: «una legge ingiusta non è “legge” nel senso principale del termine [cioè, *simpliciter*], nonostante lo sia in un senso secondario [cioè, *secundum quid*]»⁶.

Credo che queste osservazioni introduttive, sia pur brevi e rapsodiche, consentano di mostrare che la trattazione del tema dei rapporti fra diritto e morale non possa prescindere da uno sforzo volto a sgombrare il campo da fraintendimenti e semplificazioni. Il libro di Matthew Kramer che qui si commenta è, da questo punto di vista, molto utile. È innegabile infatti l'acribia dell'autore nel distinguere, in modo sagace e per nulla casuale, «alcuni tra la miriade di modi in cui diritto e morale interagiscono e alcuni tra i molti modi in cui essi rimangono separati» [p. 1].

2. Matthew Kramer insegna filosofia del diritto e filosofia politica a Cambridge e la sua ampia produzione scientifica copre alcune fra le tematiche centrali di entrambi i settori. Egli si è confrontato con la teoria del diritto post-moderna e decostruzionista in particolare, di cui ha indagato la compatibilità con la *analytical jurisprudence* di matrice hartiana, con la *feminist jurisprudence*, con il pensiero di Hobbes e Locke, con il dibattito sui diritti umani e, soprattutto, con la discussione, assai fiorente soprattutto nel mondo anglosassone contemporaneo, sul positivismo giuridico⁷.

Il libro che qui si commenta riguarda, evidentemente, quest'ultima tematica e può essere considerato una ideale prosecuzione di un altro lavoro di Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, pubblicato nel 1999. «L'ambizione centrale

⁵ N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, II ed. 1994), trad. e introduzione di A. Schiavello, edizione italiana a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino 2001, pp. 265-266.

⁶ J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), ed. it. a cura di F. Viola, trad. di F. Di Blasi, Giappichelli, Torino 1996, p. 398. Più in generale, si vedano pp. 397-401.

⁷ Kramer ha pubblicato, oltre al libro oggetto di questa recensione, le seguenti opere monografiche: *Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction: Against Rhadamanthus* (1991); *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconception* (1995); *Hobbes and the Paradoxes of Political Origins* (1997); *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community, and Equality* (1997); con N. Simmonds e H. Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (1998); *In the Realm of Legal and Moral Philosophy: Critical Encounters* (1999); *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (1999); *The Quality of Freedom* (2003).

di [quel] libro» – ci rivela l'autore – «[era] quella di difendere la tesi del positivismo giuridico secondo la quale diritto e morale sono recisamente separabili»⁸. Questa tesi lì viene difesa essenzialmente passando in rassegna e criticando le prese di posizioni di alcuni autori – dei quali certi, peraltro, si auto-proclamano a buon diritto giuspositivisti – che sostengono, con argomenti differenti l'uno dall'altro, che, in qualche modo, è corretto sostenere che diritto e morale sono indissolubilmente connessi.

Where Law and Morality Meet si discosta da *In Defense of Legal Positivism* principalmente nella sua prima parte, che si occupa in modo approfondito del dibattito contemporaneo interno al positivismo giuridico sulle possibili strade che la teoria del diritto di matrice giuspositivistica può imboccare negli Stati costituzionali contemporanei. Di questa prima parte ci occuperemo ancora in seguito.

La seconda parte segue da presso la linea del lavoro precedente, e può essere considerata una sorta di replica ai critici [cfr., in particolare, pp. 143-171].

La terza ed ultima parte vira decisamente dalla filosofia del diritto alla filosofia morale e consiste in una critica dell'affermazione di Hart che il dovere morale – a differenza dell'obbligo giuridico che prevede forme di responsabilità oggettiva – implica il potere di comportarsi un certo modo.

3. Il merito della prima parte del libro di Kramer – libro che in effetti è qualcosa di più di una raccolta di articoli pur non potendo aspirare ad essere considerato un lavoro monografico in senso stretto – è duplice. Innanzitutto, quello di distinguere in modo chiaro e rigoroso le diverse versioni del positivismo giuridico post-hartiano. In secondo luogo, quella di accogliere e di difendere la versione tra queste che, a prescindere dai suoi meriti comparativi rispetto alle altre, è probabilmente quella più fedele alla sensibilità giusfilosofica di Hart.

In breve, il positivismo giuridico sostiene, come è noto, che l'individuazione del diritto dipende da determinati fatti sociali (*social thesis*). Kramer suggerisce di differenziare tre versioni del giuspositivismo che propongono tre interpretazioni diverse di questa tesi [cfr., in particolare pp. 17-44].

La prima versione, che egli denomina, seguendo l'idioletto della *analytical jurisprudence* contemporanea, positivismo giuridico esclusivo⁹, prospetta un'interpretazione particolarmente rigorosa e stringente della *social thesis*, in base alla quale il valore morale di una norma non può in nessun caso essere considerato un criterio per l'identificazione del diritto. Più precisamente, Joseph Raz, principale rappresentante di questa versione del giuspositivismo, accoglie una concezione della identificazione del diritto, da lui chiamata *sources thesis*, secondo la quale una teoria del diritto è accettabile solo se i criteri da essa proposti per identificare il contenuto del diritto e per determinare la sua esistenza riposano esclusivamente su fatti relativi al comportamento umano suscettibili di essere descritti in modo avalutativo e solo se, inoltre, i suddetti criteri vengono applicati senza bisogno di ricorrere ad un argomento morale¹⁰.

⁸ M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 1.

⁹ Per quel che è a mia conoscenza, le espressioni 'positivismo giuridico esclusivo' e 'positivismo giuridico inclusivo' sono state introdotte da W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994.

¹⁰ J. Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979, pp. 37-52, in particolare pp. 39-40.

Le restanti due versioni del giuspositivismo post-hartiano sono accomunate dalla convinzione che la corretta interpretazione della *social thesis* richiede una distinzione concettuale tra due livelli di discorso. Il primo livello riguarda l'individuazione dei criteri per l'identificazione del diritto: quali siano i criteri per l'identificazione del diritto dipende, effettivamente, da fatti sociali suscettibili di essere descritti in modo avalutativo. Il secondo livello impone che si compia una riflessione sul "contenuto" dei criteri di riconoscimento. Per entrambe le versioni del positivismo giuridico che si contrappongono al positivismo giuridico esclusivo, è possibile – non necessario, come sostiene il giusnaturalismo – che, di fatto, alcuni di questi criteri di identificazione – che sono criteri di identificazione soltanto perché convenzionalmente accettati – consistano nel soddisfacimento di certe esigenze morali.

Le due versioni in questione del positivismo giuridico si distinguono per il diverso grado di radicalità nel sostenere questa interpretazione della *social thesis*.

Il positivismo giuridico inclusivo, accolto da Kramer, afferma che la conformità di una norma a valori o principi morali può tutt'al più rappresentare, da una prospettiva giuspositivista, una condizione *meramente necessaria* di validità giuridica. "Condizione necessaria" non nel senso che la conformità alla morale sia *necessariamente* una condizione di validità giuridica (il che contraddirebbe la tesi di fondo positivismo giuridico) ma che, *qualora* una norma di riconoscimento "incorpori" tra i criteri di validità la conformità a valori morali, tale conformità può rappresentare, da una prospettiva giuspositivista, una tra le condizioni di validità e non l'unica condizione di validità.

L'incorporazionismo difende una tesi più forte, vale a dire che una norma di riconoscimento che preveda come criterio *necessario e sufficiente* di individuazione del diritto la correttezza morale è compatibile, a livello concettuale, con il positivismo giuridico. In breve, secondo l'incorporazionismo, una norma di riconoscimento (convenzionale) che stabilisse, ad esempio, che le controversie giudiziali debbono essere decise secondo giustizia sarebbe, da una prospettiva giuspositivista, perfettamente ammissibile.

Mettendo tra parentesi la scarsa plausibilità dell'incorporazionismo, nonché le eccessive ed artificiali rigidità del positivismo giuridico esclusivo, il pregio principale del positivismo giuridico inclusivo di Kramer è, come si diceva, quello di riprendere la lezione di Hart che si caratterizza per lo sforzo di ricercare sempre una sintesi convincente tra posizioni configgenti. Per fare soltanto un esempio, la teoria hartiana dell'interpretazione è una via di mezzo tra formalismo interpretativo e scetticismo normativo, che Hart definisce come «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»¹¹. Così, il positivismo giuridico inclusivo può essere considerato l'opportuna sintesi tra positivismo giuridico esclusivo, da un lato, e incorporazionismo, dall'altro.

C'è tuttavia una domanda che, in conclusione, la lettura di questo libro ci sollecita: qual è lo stato attuale di salute del positivismo giuridico? Il sospetto è che non si possa indulgere in facili ottimismo. L'auto-referenzialità del dibattito tra i giuspositivisti (anglo-sassoni) – auto-referenzialità da cui non sfugge del tutto neppure il libro che qui si commenta – è infatti indice di una crisi evidente. Quel che di buono c'è in questo dibattito sembra derivare direttamente da Hart. Forse sarebbe il caso di tornare alla fonte, cioè ad Hart, e, da lì, cercare percorsi nuovi e, possibilmente, meno asfittici.

¹¹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1991, p. 173.