

POSITIVISMO GIURIDICO

Secondo un'impostazione diffusa e accreditata, la storia del pensiero giuridico occidentale non sarebbe altro che il susseguirsi di episodi di contrasto, conflittuali, tra due dottrine: il **giusnaturalismo** e il **positivismo giuridico**.

L'identità del positivismo giuridico tuttavia appare problematica; Uberto Scarpelli afferma:

“Quasi non c'è espressione filosofica che non abbia provocato confusioni come e peggio di positivismo giuridico: ma se dovessimo eliminarle tutte, a quale povertà ridurremmo il linguaggio filosofico?”. (Intervento alla Tavola rotonda sul positivismo giuridico, Pavia 2 maggio 1966).

La riflessione contemporanea sul positivismo giuridico oscilla tra due poli. Da un lato, vi sono le ricostruzioni unitarie proposte ad esempio da Norberto Bobbio (della quale ci serviremo), e da Scarpelli. Dall'altro vi sono le decostruzioni proposte ad esempio da Herbert Hart, Joseph Raz e, in forma radicale da Giovanni Tarello. Le prime adottano una configurazione unitaria del fenomeno nonostante le differenze; le seconde lo dissolvono in tesi, teorie, ciascuna delle quali contraddistinta da una denominazione specifica indicata come meritevole di considerazione.

Se si vuole dare conto di un fenomeno culturale come il positivismo giuridico, occorre prestare attenzione alla terminologia e fare uno studio adeguato di genealogia di termini e concetti.

Il sintagma “**diritto positivo**” è calco dell'espressione latina *ius positivum*, documentata dalla prima metà del XII secolo. Con esso si suole designare il complesso delle norme poste da uomini che agiscono in qualità di organi investiti di poteri normativi, in contesti sociali, tempi e luoghi determinati. Il diritto positivo, infatti, è sempre il diritto di una particolare comunità o società e in quanto prodotto umano, esso si contrappone al diritto che positivo non è, al diritto naturale, che non è fatto dagli uomini, ma per costoro è un dato di natura o un'espressione della razionalità insita in ogni uomo. La locuzione positivismo giuridico, quindi, deriva da diritto positivo e non, come si potrebbe pensare, dal termine positivismo quale denominazione dell'indirizzo filosofico, erede ottocentesco dell'empirismo sei-settecentesco, tra i cui esponenti figurano, tra gli altri, Auguste Comte e John Stuart Mill.

Positivismo giuridico è una locuzione equivoca, se ne possono distinguere diverse accezioni. L'accezione scelta ai fini di questa lezione, è quella di positivismo giuridico inteso come una **filosofia del diritto** egemone presso i giuristi tedeschi a partire dalla seconda metà del **XIX secolo**, erede della Scuola storica e divenuto paradigma della cultura giuridica europea, secondo cui: **non vi è altro diritto se non il diritto positivo, il diritto positivo è il sistema delle leggi prodotte dallo Stato e fatte valere con la forza.**

Il positivismo giuridico nasce in Germania nel quadro della polemica antirazionalistica condotta nella prima metà dell'Ottocento dallo storicismo (movimento filosofico-culturale). Lo storicismo dà origine alla **Scuola storica del diritto**, che sorge e si diffonde in Germania tra la fine del XVIII e il principio del XIX secolo e di cui massimo esponente è Friedrich Carl

von Savigny. La scuola storica ha preparato il positivismo attraverso la sua critica radicale del diritto naturale. La prima opera che si può considerare espressione della Scuola storica è uno scritto di Gustav Hugo del 1798 il cui titolo *Trattato del diritto naturale come filosofia del diritto positivo* esprime già il concetto che il diritto naturale non è più concepito come un sistema normativo a sé stante, ma come un insieme di considerazioni filosofiche sul diritto positivo.

Hugo si chiede che cosa sia il diritto positivo, e risponde che esso è il diritto posto dallo Stato; l'opera di Hugo riveste fondamentale importanza per il nuovo modo di considerare il diritto, il quale eserciterà una notevole influenza sul pensiero di John Austin, considerato il fondatore del positivismo giuridico vero e proprio.

La Scuola storica del diritto pone le basi del positivismo giuridico in quanto rappresenta una critica radicale del diritto naturale, così come lo concepiva l'illuminismo, cioè come un diritto universale e immutabile ricavato dalla ragione. Tre sono le tesi della Scuola storica e più in generale dello storicismo che mettono in crisi l'impianto giusnaturalistico. 1. Non esiste un "Uomo" con caratteri sempre uguali ed immutabili, esistono tanti uomini diversi tra loro, quindi viene esaltata l'individualità in contrapposizione al razionalismo che considera l'umanità astratta. 2. Non esiste un diritto unico, uguale in tutti i tempi e in tutti i luoghi: il diritto non è un'idea della ragione, ma un fatto, un prodotto della storia. 3. Nella storia la molla fondamentale non è la ragione, la valutazione razionale, ma l'impulso, la passione e non è quindi pensabile, come sostenevano i giusnaturalisti, che lo Stato si sorto in seguito a una decisione ponderata secondo l'idea del contratto sociale.

Ciò che costituisce la causa prossima del positivismo giuridico, tuttavia, è un fatto storico, il grande **processo di codificazione** avvenuto tra la fine del XVIII e il principio del XIX secolo. Le codificazioni rappresentano il risultato di una lunga battaglia condotta nella seconda metà del Settecento da un movimento politico-culturale illuministico, il quale operò quella che potremmo chiamare la "positivizzazione del diritto naturale".

Nel 1804 in Francia entra in vigore il Codice Napoleone: si tratta di un avvenimento fondamentale, che ha avuto una vasta ripercussione e una profonda influenza sullo sviluppo del pensiero giuridico moderno e contemporaneo. Oggi siamo abituati a pensare al diritto in termini di codificazioni, come se esso dovesse necessariamente esprimersi in un codice. In realtà l'idea della codificazione è sorta ad opera del pensiero illuministico nella seconda metà del Settecento, non si tratta di una condizione comune a tutto il mondo: basti pensare che la codificazione non esiste nei paesi anglosassoni. Essa rappresenta un'esperienza giuridica degli ultimi due secoli tipica dell'Europa continentale.

Solo con la legislazione napoleonica abbiamo un codice vero e proprio, così come lo intendiamo oggi, cioè un corpo di norme sistematicamente organizzate e appositamente elaborate.

Il destino della codificazione in Europa non segue gli stessi percorsi per tutti gli Stati: in Germania essa non viene attuata nel XIX secolo, perché i giuristi che vi erano contrari (soprattutto Savigny) riuscirono a far prevalere il loro punto di vista; in Francia viene attuata la codificazione ma senza una vera e propria teoria a sostegno di essa; in Inghilterra la codificazione non è mai stata attuata ma è qui che viene elaborata la più ampia teoria della codificazione, quella di Jeremy Bentham. Il pensiero di Bentham avrà un'influenza enorme in

tutta Europa, in America, perfino in India, ma non altrettanto in Inghilterra. L'autore inglese ha in comune con i filosofi razionalisti l'idea fondamentale da cui nasce il giusnaturalismo: la convinzione della possibilità di stabilire un'etica oggettiva, ossia fondata su un principio oggettivamente stabilito dal quale si possono ricavare tutte le regole del comportamento umano. La differenza tra Bentham e i giusnaturalisti consiste nel fatto che egli individua questo principio fondamentale e oggettivo, anziché nella natura dell'uomo, nel fatto empiricamente verificabile che ogni uomo persegue la propria utilità: *l'etica diventa così il complesso delle regole secondo le quali l'uomo può conseguire nel modo migliore il proprio utile.*

Tutta l'opera di Bentham è guidata dalla convinzione che sia possibile stabilire un'etica oggettiva: è appunto questa convinzione che giustifica la sua fede nel legislatore universale, nella possibilità, cioè, di porre leggi razionali valide per tutti gli uomini.

I progetti di codificazione di Bentham nascono dalla sua critica radicale al sistema di common law, cioè alla produzione giudiziaria del diritto. Cinque sono i difetti fondamentali che Bentham individua nella sua critica al common law:

1. L'incertezza; il diritto giudiziario non soddisfa l'esigenza fondamentale per ogni società, ossia la certezza del diritto che permette al cittadino di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni.
2. La retroattività del diritto; quando il giudice crea un nuovo precedente, cioè quando, trovandosi di fronte ad un caso che non può essere risolto in base ad una norma ricavabile dalle sentenze precedenti, risolve questo caso con una norma che crea *ex novo*, tale norma ha efficacia retroattiva, in quanto è applicata a un comportamento che è stato tenuto quando essa stessa non esisteva ancora; ogni norma di nuova creazione giudiziaria dispone per il passato.
3. Il diritto di common law non è fondato sul principio di utilità; mentre il legislatore può creare un sistema completo di norme che si fondino su alcuni principi basilari, il giudice non può seguire tale criterio, ma applica il diritto fondandosi su una regola preesistente.
4. Il giudice è obbligato a risolvere qualsiasi controversia anche qualora manchi di una competenza specifica in tutti i campi regolati dal diritto; questo inconveniente è invece eliminato con la produzione legislativa del diritto, in quanto la redazione dei singoli codici e delle singole leggi è affidata a individui dotati di specifica competenza.
5. Il popolo non può controllare la produzione del diritto da parte dei giudici; la produzione di leggi approvate dal Parlamento, invece può essere controllata dal popolo.

Nel panorama anglosassone è John Austin a rappresentare il *trait d'union* fra le correnti che concorrono a far sorgere il positivismo giuridico, e in particolare, fra la Scuola storica tedesca e l'utilitarismo inglese.

Austin definisce la legge come comando generale e astratto e analizza in profondità la differenza fra diritto giudiziario (common law) e diritto legislativo (civil law). La divergenza esistente tra questi due sistemi giuridici non consiste tanto nelle fonti che producono tali diritti, ma nel *modo* in cui essi sono prodotti: il diritto legislativo è costituito da norme generali e astratte, cioè da norme che regolano un numero indeterminato di casi che si verificheranno nel futuro; il diritto giudiziario è invece costituito da norme particolari, emanate allo scopo di regolare una singola specifica controversia.

Austin passa infine ad esaminare il valore di questi due tipi di diritti, per stabilire quale sia il migliore. Egli ritiene che il diritto legislativo sia superiore a quello giudiziario e sostiene che quest'ultimo debba essere sostituito dalla codificazione. Austin, tuttavia specifica che per codificazione si deve intendere non una semplice raccolta di leggi preesistenti, bensì la riformulazione *ex novo* di tutto il diritto vigente in una società, in modo da avere un testo legislativo coerente e unitario. D'altra parte, però, egli sottolinea che l'innovazione deve riguardare la forma, ma non il contenuto del diritto che viene codificato.

LA DOTTRINA DEL POSITIVISMO GIURIDICO

Secondo la ricostruzione di Norberto Bobbio, il positivismo giuridico può essere considerato in tre modi:

1. Come **MODO DI ACCOSTARSI ALLO STUDIO DEL DIRITTO**;
2. Come **TEORIA DEL DIRITTO**;
3. Come **IDEOLOGIA DEL DIRITTO**.

1. Per quanto riguarda il primo punto, il positivismo considera il diritto come un *fatto* e non come un valore; esso studia il diritto qual è, non quale dovrebbe essere. Il giurista, quindi, è chiamato a formulare solo *giudizi di fatto*, ossia giudizi che si limitano a constatare la realtà così com'è, e non *giudizi di valore*, che invece rappresentano una presa di posizione di fronte alla realtà. Ciò significa che per il positivismo il giurista deve studiare il diritto nello stesso modo in cui lo scienziato studia la realtà naturale, ossia in modo *avalutativo*. Ciò porta ad un assunto fondamentale che unisce tutte le forme di positivismo giuridico: la *separazione tra diritto e morale*, il diritto e la morale sono dimensioni totalmente autonome e non comunicanti.

Da questo atteggiamento deriva una particolare concezione della *validità* del diritto detta *teoria del formalismo giuridico*, secondo la quale la validità di una norma si fonda su criteri meramente formali, che si esprimono nell'aderenza alle regole di procedura e competenza, prescindendo dal contenuto.

2. Considerando il positivismo come teoria del diritto, esso riprende e rielabora la *teoria della coattività* secondo la quale il diritto è un insieme di norme coattive, ossia fatte valere con la forza. La teoria della coattività si fonda su una concezione *statualistica* del diritto, secondo la quale è *diritto* ciò che corrisponde al comando emanato dall'autorità costituita, ossia dallo *Stato*.

Un'altra teoria su cui si fonda il positivismo è la cosiddetta *teoria imperativistica*, che considera la norma giuridica esclusivamente come *comando* e quindi come *norma imperativa*. Anche in questo caso la teoria imperativistica è strettamente connessa ad una concezione statualistica del diritto; basta infatti abbandonare tale prospettiva perché questa teoria non tenga più, in quanto, se anziché considerare l'ordinamento statale, consideriamo quello internazionale, notiamo che ad esempio nei trattati internazionali, manca un elemento caratteristico del comando, ossia, il rapporto di subordinazione, dato che le relazioni internazionali tra gli Stati avvengono su base paritaria e quindi in questo caso le norme non si identificano semplicemente come comandi.

Inoltre secondo alcuni è discutibile il fatto di identificare le norme nella sola categoria di norme imperative, in quanto vi sono altri tipi di norme, come ad esempio quelle *permissive*, che concedono ai soggetti particolari facoltà garantite dall'ordinamento: es. si pensi alla possibilità di proporre appello contro le sentenze di primo grado.

Altra teoria che il positivismo non si limita a rielaborare, ma che nasce proprio con esso, è la **teoria dell'ordinamento giuridico** secondo la quale il diritto è un insieme strutturato e unitario di norme in un dato contesto storico-sociale. Prima dello sviluppo del positivismo giuridico, infatti, nel pensiero giuridico, lo studio del diritto era concentrato sulla singola norma, non sul complesso di norme come un insieme, un' entità unitaria costituita dalla relazione fra tutte le norme dello Stato.

Non sappiamo con certezza quando l'espressione ordinamento giuridico sia entrata nell'uso corrente, sappiamo però che esso è la traduzione italiana di un termine tedesco (*Rechtsordnung*) la cui volgarizzazione in Italia spetta a Santi Romano.

La teoria dell'ordinamento giuridico si basa su tre caratteristiche fondamentali: l'*unità*, la *coerenza* e la *completezza* dell'ordinamento giuridico. Per unità si intende il fatto che le norme sono tutte poste dalla medesima autorità e possono essere ricondotte alla medesima fonte originaria costituita dal potere legittimato a creare il diritto; gli ordinamenti giuridici sono unitari, nel senso specifico che la molteplicità di fonti e norme che li compongono fanno tutte riferimento ad un unico principio fondatore: la norma fondamentale, (criterio supremo che permette di stabilire l'appartenenza di una norma all'ordinamento, ossia la sua validità).

La coerenza esclude che in un medesimo ordinamento possano coesistere simultaneamente norme antinomiche, ossia contraddittorie, in contrasto tra loro rispetto ad una stessa fattispecie.

Riccardo Guastini sostiene che “si dà un'antinomia ogni qualvolta un caso concreto sia suscettibile di due diverse e opposte soluzioni”.(R. Guastini, Il diritto come linguaggio). Da queste antinomie, le c.d. *antinomie in senso proprio*, prodotte dall'incontro di due norme incompatibili, Bobbio distingue le *antinomie improprie* che comprendono le *antinomie di principio*, le *antinomie di valutazione* e le *antinomie teleologiche*. Le prime (quelle di principio) sono ricondotte al fatto che un ordinamento giuridico possa essere ispirato a valori contrapposti. Così, ad esempio, si considerano il valore della libertà e quello della sicurezza come valori antinomici, nel senso che la garanzia della libertà va di solito a danno della sicurezza, e la garanzia della sicurezza tende a restringere la libertà.

Le antinomie di valutazione si verificano nel momento in cui una norma punisca un delitto minore con una pena più grave di quella inflitta ad un delitto maggiore.

Quelle teleologiche, invece, sono quelle “che hanno luogo quando esiste un contrasto tra la norma che prescrive il mezzo per raggiungere il fine e quella che prescrive il fine, così che se io applico la norma che prevede il mezzo non sono in grado di raggiungere il fine, e viceversa.” (N. Bobbio, Teoria generale del diritto).

Con il requisito della completezza il positivismo giuridico afferma che nell'ordinamento *non* vi siano *lacune* del diritto, nel senso che il giudice può sempre ricavare da una delle norme dell'ordinamento una regola da applicare al caso concreto, anche qualora esso non sia espressamente regolato.

Si noti la distinzione tracciata da Bobbio fra 1) lacune reali (o proprie), ossia le lacune che riguardano casi in cui manca una norma da applicare, o, che riguardano casi in cui a mancare non è tanto una norma da applicare quanto, piuttosto, un criterio univoco per decidere del caso in esame; 2) lacune ideologiche (o improprie) che riguardano i casi nei quali a mancare non è una norma, ma una norma giusta; queste lacune derivano non dalla considerazione dell'ordinamento giuridico quale esso è, ma dal confronto tra l'ordinamento giuridico qual è e quale dovrebbe essere.

Un altro aspetto del positivismo riguarda la teoria delle fonti che è imperniata sul *legicentrismo*, ossia sul principio di prevalenza di un'unica fonte, la legge, su tutte le altre.

Per quanto riguarda invece il problema dell'interpretazione, il positivismo elabora una teoria dell'*interpretazione meccanicistica*, ossia predilige un'interpretazione meramente letterale, dichiarativa, non creativa del giurista.

3. Il positivismo giuridico come ideologia è una teoria dell'obbedienza al diritto, nel senso che il diritto in quanto posto (ovvero la legge in quanto positivamente stabilita) merita per ciò solo rispetto morale: esiste in altre parole un obbligo morale di obbedire al diritto positivo. Questa dottrina che, come nota Bobbio, sarebbe più esatto chiamare *positivismo morale* o *legalismo etico*, si presenta in due versioni: in una versione moderata, essa sostiene che l'esistenza stessa di una regolamentazione giuridica, emanata da un potere che ha il monopolio della forza in un gruppo sociale, assolve di per sé, a prescindere dal contenuto delle singole norme, ad una importante funzione di ordine, pace sociale, certezza nei rapporti intersoggettivi, contribuisce cioè di per sé alla realizzazione di valori che si considerano meritevoli; in una versione più estrema, il diritto non è più un mezzo per realizzare valori desiderabili, ma è addirittura un valore in sé, il diritto valido è per ciò stesso anche diritto giusto.

A partire dalla rappresentazione bobbiana del positivismo giuridico sono stati acquisiti al dibattito filosofico alcuni punti fermi: l'ambiguità della locuzione "positivismo giuridico", che può denotare una varietà di teorie e ideologie; la constatazione che queste teorie ed ideologie, per quanto siano spesso storicamente legate e a volte logicamente compatibili, tuttavia non costituiscono una costruzione filosofica compatta.

I tre aspetti del positivismo giuridico che abbiamo preso in considerazione sono storicamente legati alla nascita del concetto moderno di Stato di diritto. E' in questo contesto che si afferma infatti l'idea di Stato sottoposto alla legge, o governato dalla legge, con tutti i suoi corollari: l'accentramento e la monopolizzazione del potere normativo, una concezione forte di sovranità, la separazione dei poteri, la sottomissione del giudice alla legge, la codificazione. La struttura normativa di questo tipo di Stato è caratterizzata dalla centralità della legge, e per questo motivo esso è in genere definito Stato legale o Stato di diritto legislativo.

Questi aspetti caratterizzano il positivismo giuridico del XIX secolo, tuttavia, gli anni successivi alla fine del secondo conflitto mondiale sono contraddistinti non soltanto dal "ritorno" del diritto naturale, ma altresì dal consolidamento e dallo sviluppo di filosofie del diritto ascrivibili, al "*positivismo epistemologico*". Il consolidamento e lo sviluppo di indirizzi filosofici ascrivibili al positivismo epistemologico dipendono da alcuni fattori. Tra questi, un ruolo primario è svolto dalla *filosofia analitica*, dominante nella cultura delle potenze anglo-americane vittoriose, nelle due varianti dell'empirismo logico, di origini austro-tedesche ma trapiantatosi negli Stati Uniti sin dalla fine degli anni trenta, e della c.d. filosofia del linguaggio, sorta per opera del "secondo" Wittgenstein e dei suoi seguaci a Cambridge, nonché dei membri della Facoltà di filosofia dell'Università di Oxford.

Sul piano della teoria giuridica, il positivismo analitico si caratterizza per l'adozione di una *concezione linguistica del diritto*: 1. Il diritto è essenzialmente linguaggio (secondo Bobbio, ad esempio, *il diritto è il linguaggio normativo del legislatore*); 2. Le norme giuridiche sono entità linguistiche (enunciati in funzione prescrittiva o in altre funzioni non descrittive); 3. La

scienza giuridica è meta-linguaggio che verte sul linguaggio-oggetto del diritto; 4. La filosofia del diritto positivo è meta-linguaggio che verte sul linguaggio-oggetto del diritto o sul meta-linguaggio della scienza giuridica.

Sul piano programmatico il positivismo analitico si caratterizza per l'ideale di una teoria del diritto e una teoria della scienza giuridica descrittive ed esplicative.

All'incirca dalla seconda metà degli anni Settanta, per i "positivisti analitici" inizia un periodo di crisi.

Ci si interroga sull'utilità, se non addirittura sulla praticabilità, del programma epistemologico "positivista". La crisi si presenta per il cospirare di due insiemi di fattori, alcuni *esterni*, altri *interni*.

Figurano tra i fattori esterni della crisi fenomeni culturali e istituzionali come: -il *principialismo morale* di Ronald Dworkin, che ingaggia contro il positivismo giuridico di H. Hart e seguaci una lotta per l'egemonia nella cultura di common law; -la formazione dello Stato dirigista e del benessere (Welfare State); -lo sviluppo della sociologia del diritto; -lo sviluppo dello Stato costituzionale di diritto e la costituzionalizzazione delle culture e degli ordinamenti giuridici.

Per quanto concerne i fattori interni, la crisi nasce da una fondamentale percezione di inadeguatezza legata al sospetto che l'idea, su cui si fonda la teoria positivista, secondo cui è possibile distinguere tra il diritto qual è e il diritto quale deve essere, tra il diritto reale e il diritto ideale, sia clamorosamente erronea. La realtà dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, nella quale i giudici compiono fatalmente scelte creative, pare infatti smentire la possibilità di separare il diritto qual è e il diritto quale deve o dovrebbe essere.

Nella cultura giuridica italiana, il risultato di questa linea di riflessione in difesa del "positivismo analitico" è rappresentato da due teorie: il positivismo politico di Umberto Scarpelli e il costituzionalismo positivista di Luigi Ferrajoli. Nella cultura di common law, si registra invece l'indirizzo del "positivismo etico" o "positivismo normativo", i cui esponenti principali sono Tom Campbell e Jeremy Waldron.