

TCRS



Teoria e Critica della Regolazione Sociale

Quaderno 1/2007

Aldo Schiavello

SCIENZA GIURIDICA, METODO, GIUDIZI DI VALORE

Centro Studi TCRS

Via Crociferi, 81 - 95124 Catania - Tel. +39 095 230478 - tcrs@lex.unict.it

Aldo Schiavello
Università di Palermo
schiavo@unipa.it

In:
Pragmatismo concettuale e proceduralismo giuridico
Quaderno 1/2007

ISSN: 1970-5476
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95124 Catania
Tel. +39 095 230478 – Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Aldo Schiavello

SCIENZA GIURIDICA, METODO, GIUDIZI DI VALORE

...il positivismo non è ideologia soltanto nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare la scelta di una norma fondamentale, ma nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare metodi intrinseci di valore.

[U. Scarpelli]

1. Premessa

Il saggio di Jacques Lenoble che qui si commenta offre molti spunti interessanti. In particolare, la ricostruzione dell'evoluzione del positivismo giuridico anglo-sassone di matrice hartiana proposta da Lenoble è suggestiva ed individua in modo molto chiaro alcuni tra i principali limiti che impediscono al giuspositivismo contemporaneo di abbandonare per davvero quel *cul-de-sac* in cui esso ristagna ormai da qualche decennio. Personalmente, ritengo che la svolta pragmatista di Jules Coleman ed altri – alla quale Lenoble guarda con favore, pur non risparmiandole critiche – sia afflitta da gravi problemi strutturali che dovrebbero indurre una certa prudenza in chi volesse partire da lì per una rifondazione del positivismo giuridico o, più ambiziosamente ancora, per un ripensamento circa il modo di intendere la filosofia del diritto ed i suoi rapporti con le scienze sociali. Le perplessità sulla svolta pragmatista si riverberano dunque sulla *pars construens* del saggio di Lenoble che, a partire dalla svolta pragmatista (emendata da alcuni difetti), stabilisce « a link be made between the conceptual analysis of law and the 'normative' question of the necessary reorganisation of our governance arrangements »¹.

In breve, il dubbio principale nei confronti del giuspositivismo pragmatista di Coleman riguarda il modo in cui tale versione del positivismo giuridico rimodella la tesi convenzionalista, tesi che, come rileva correttamente Lenoble, è il cuore di ogni

¹ J. LENOBLE, *The Requirements of the Pragmatist turn and the Redefinition of the Concept of Law*, p. 18.

approccio positivista. Il nucleo minimale di questa tesi si risolve nell'affermazione secondo cui l'esistenza del diritto presuppone una convergenza interdipendente di comportamento ed atteggiamento.

Il problema è se l'esistenza di una convenzione richieda una *piena* convergenza di comportamento ed atteggiamento tra i membri della comunità rilevante, ovvero sia in grado di sopportare un *certo grado* di disaccordo. La prima soluzione è accolta dal giuspositivismo tradizionale e dal positivismo giuridico "esclusivo" di Raz, e può essere etichettata "convenzionalismo semplice"; la seconda, invece, è accolta dal giuspositivismo pragmatista e può essere etichettata "convenzionalismo sofisticato".

Una condizione della plausibilità del convenzionalismo sofisticato come teoria del diritto originale (cioè distinguibile dal giuspositivismo tradizionale e dal positivismo giuridico di Raz) e genuinamente giuspositivista (vale a dire riconducibile alla tesi convenzionalista) è rappresentata dalla possibilità di delineare un'ontologia dei fatti sociali in base alla quale l'oggettività delle entità convenzionali non presupponga, da un lato, il convenzionalismo semplice e, dall'altro, il realismo morale. Altrove ho mostrato come il positivismo giuridico pragmatista, pur ricercando insistentemente questa *via media*, non riesca a sfuggire in modo convincente all'alternativa convenzionalismo semplice/realismo morale².

Sia come sia, le ragioni profonde della debolezza e della crisi del giuspositivismo contemporaneo nella sua interezza vanno ricercate a livello epistemologico e metodologico. Nel saggio di Lenoble questo punto è messo in luce in modo molto chiaro:

A better understanding of the conditions of realisation of the normative requirement borne by the concept of law (that is, the conditions of realisation of law's guidance function) requires a critical evaluation of the reflexive insufficiency of our current governance arrangements, that is of our forms of production of norms. That is not say that one in any way challenges the *descriptivist* project of the positivist approach and the positivist denunciation of the normative approach of the usual forms of natural law. But this perhaps indicates the necessity of rethinking the link that inevitably exists between fact and value and of taking account of what Putnam calls "the collapse between fact and value".³

² Cfr. eventualmente A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004 e ID., *Intersoggettività e convenzionalismo giuridico*, in F. VIOLA (a cura di), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 59-106.

³ J. LENOBLE, *The Requirements of the Pragmatist turn and the Redefinition of the Concept of Law* cit., p. 46, corsivo dell'autore.

È dunque la tesi della avalutatività della scienza giuridica – tesi che, come rileva anche Lenoble, sembra essere irrinunciabile per il positivismo giuridico – a dover essere preliminarmente ripensata e ridiscussa.

2. “Scienza giuridica” e “giudizi di valore”: alcune chiarificazioni concettuali

E' opportuno, in via preliminare, precisare cosa si intende qui per 'scienza giuridica' e per 'giudizi di valore'.

In linea generale, la scienza giuridica individua «i tentativi di rappresentare, ridurre a unità e spiegare i fenomeni che vengono indicati generalmente come “diritto”; vale a dire a quell'attività prettamente conoscitiva, diretta a produrre teorie, che presenta forti analogie con l'attività che, nell'area delle scienze naturali, viene indicata appunto come scienza»⁴.

Sarebbe opportuno, evidentemente, all'interno dell'ampio dominio rappresentato dalla scienza giuridica distinguere diversi livelli e, in particolare, il livello teorico generale ed il livello dogmatico. Vi sono infatti differenze significative tra l'attività del teorico e quella del giurista. Piuttosto che seguire questa linea, tuttavia, in queste pagine preferisco affrontare quello che dal mio punto di vista è il problema centrale, vale a dire il tema dello statuto epistemologico e metodologico della teoria generale del diritto. L'espressione 'scienza giuridica' sarà quindi intesa in modo circoscritto come sinonimo di 'teoria generale del diritto'.

Il problema diviene dunque quello di determinare che cos'è la teoria generale del diritto e qual è il suo oggetto. Sinteticamente, si può dire che il compito (o, meglio, uno tra i compiti principali) della teoria generale è quella di indagare la natura del diritto ed individuare le caratteristiche essenziali della prassi giuridica. Come è noto, il predicato 'generale' associato a 'teoria del diritto' può essere inteso in due sensi e, cioè, o in contrapposizione al senso del predicato 'speciale', ovvero come sinonimo di 'universale'. Qui 'generale' è evidentemente inteso in questa seconda accezione⁵.

⁴ E. DI ROBILANT, *Prospettive sul ruolo dei giuristi nella società tecnologica della nuova Europa*, “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2, 1980, pp. 509-521, la citazione è a p. 510, corsivo dell'autore.

⁵ Sui diversi significati di 'generale' cfr. N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955, pp. 1-52; V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 282-288.

In altri termini, alla teoria generale del diritto spetta di rispondere alla domanda "che cos'è il diritto?". Per concludere su questo punto, è opportuno precisare che in questo breve saggio, oltre a non occuparmi delle differenze tra teoria del diritto e dogmatica, non affronto neanche la questione dei rapporti e della eventuale linea di demarcazione tra teoria del diritto e filosofia del diritto. Mi limito tuttavia ad anticipare che tale distinzione tende a perdere di rilevanza qualora non si accolga il dogma della avalutatività della scienza giuridica.

A questo punto, possiamo passare a spiegare che cos'è "un giudizio di valore". Conviene, innanzitutto, distinguere tra "giudizi di valore in senso debole" e "giudizi di valore in senso forte"⁶. Tra i primi, rientrano, ad esempio:

A) quelli che Ernst Nagel chiama "giudizi di valore caratterizzanti" e che ricomprendono al loro interno *technical appraisals, definitions of quantitative standards, parameters of empirical acceptability*, giudizi cioè che esprimono convenzioni e decisioni metodologiche che nessuno mette in questione⁷;

B) i giudizi di valore in cui i termini valutativi compaiono in una "posizione logicamente attributiva" ("questo è un buon x"⁸). Si tratta di giudizi che hanno un carattere funzionale (cioè: i criteri di valutazione posti da essi hanno di solito una base fattuale. La valutazione riguarda la capacità dell'oggetto in questione di svolgere la funzione specificata nel giudizio stesso);

C) i "giudizi di valore esterni", la cui differenza con i giudizi di valore in senso forte non dipende dal contenuto semantico o dalla funzione, ma, piuttosto, dalla loro posizione nei confronti dei discorsi teorici. Essi intervengono o *prima* che la ricerca inizi (ad es. i giudizi di valore che costituiscono lo "sfondo motivazionale" che spinge a perseguire un certo tipo di ricerca), ovvero dopo che sia stata completata (ad esempio, le valutazioni concernenti le possibili applicazioni di certe scoperte o teorie scientifiche).

Ovviamente, non sono questi i giudizi di valore che rilevano, che fanno problema, in relazione alla scienza giuridica ed alla teoria generale del diritto, ma i "giudizi di valore in senso forte", vale a dire «quei giudizi che, collocandosi all'interno della conoscenza scientifica, svolgono la funzione di fornire un apprezzamento – positivo o negativo – su di un dato oggetto (e può trattarsi di un

⁶ Riprendo questa distinzione da V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 240-242.

⁷ E. NAGEL, *The Structure of Science*, Brace & World, New York, 1961.

⁸ Si tratta di quelle che Georg H. von Wright denomina "norme ideali". Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norma e azione* (1963), trad. it. A. Emiliani, Il Mulino, Bologna, 1989.

oggetto naturale oppure culturale) o prodotto della conoscenza stessa (una teoria, una singola nozione teorica, eccetera). Questo apprezzamento viene di solito manifestato attraverso l'impiego di *termini valutativi* del tipo 'buono', 'giusto', 'corretto', 'commendevole', eccetera (e ovviamente dei loro contrari)»⁹.

3. *Conoscenza giuridica e giudizi di valore: una introduzione*

In ambito giuridico, i giudizi di valore in senso forte più rilevanti hanno carattere etico e/o politico.

La questione che affronteremo in questo paragrafo verte sul ruolo dei giudizi di valore nella conoscenza giuridica.

Per il giusnaturalismo più tradizionale i giudizi di valore sono necessari per accertare l'esistenza del diritto positivo come diritto valido. Dunque, la presenza dei giudizi di valore per il giusnaturalismo tradizionale non fa problema; anzi è necessaria.

Per il neo-giusnaturalismo (si pensi a John Finnis, ad esempio) la condizione concettuale minimale del giusnaturalismo non richiede che si sostenga la tesi che esista un diritto o una legge naturale. È sufficiente infatti che si sostenga la tesi secondo cui il diritto positivo deve avere un fondamento etico oggettivo, sottratto alla contingenza delle decisioni e dei comportamenti umani storicamente determinati. Un diritto positivo che non si conformasse a questi ideali etici a carattere oggettivo non verrebbe più considerato dai giusnaturalisti contemporanei come totalmente mancante dell'attributo della giuridicità, ma come una istanza periferica o deviante del diritto positivo, lontana dalle istanze considerate come paradigmatiche o centrali. Anche in questa versione, tuttavia, la presenza di giudizi di valore nella conoscenza giuridica è necessaria; infatti, per distinguere i casi centrali o paradigmatici di diritto dalle istanze periferiche o marginali dello stesso bisogna ovviamente ricorrere a valutazioni.

Seguendo Francesco D'Agostino, il "contenuto minimo" del giusnaturalismo (vecchio e nuovo) è individuato da quattro "assunti fondamentali e non separabili": 1) l'esistenza di un diritto meta-positivo, 2) che è intrinsecamente valido, a prescindere cioè dall'eventuale riconoscimento da parte del legislatore, 3) ed

⁹ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 241.

assiologicamente superiore rispetto al diritto positivo e, quindi, 4) che è dotato di una forza obbligatoria superiore rispetto al diritto positivo¹⁰.

In relazione al nostro tema, le differenze tra giusnaturalismo tradizionale e neo-giusnaturalismo sono tutto sommato trascurabili. In entrambi i casi, un problema eventualmente si pone in relazione alla meta-etica oggettivista e fondazionalista associata al giusnaturalismo. Ma di questo non è possibile occuparsi in questa sede.

Per concludere su questo punto, da una prospettiva giusnaturalista la conoscenza giuridica non può prescindere dalla presenza dei giudizi di valore (oggettivi).

Il discorso è certamente più intricato e, quindi, più interessante in relazione al giuspositivismo che, in ogni sua versione, si caratterizza per la "tesi metodologica della separazione", per dire così, tra conoscenza, e conoscenza giuridica in particolare, e giudizi di valore.

Il resto di questo articolo sarà dedicato A) a valutare la "sostenibilità" di questa tesi nelle sue versioni più accreditate e B) a discutere se, qualora questa tesi risultasse insostenibile, una conseguenza necessaria sarebbe il fallimento della prospettiva giusfilosofica positivista.

3.1. *La scienza giuridica giuspositivista sino agli anni '70 del Novecento*

Almeno a partire dai primi anni '80 del Novecento, parlare di "crisi del positivismo giuridico" è quasi divenuto un luogo comune¹¹.

Le ragioni di tale crisi sono molteplici. La principale, a mio avviso, ha a che fare con il tema di cui ci stiamo occupando, vale a dire quello dello statuto della scienza giuridica, del metodo. La crisi del positivismo giuridico è, in breve, espressione di una crisi più ampia che ha investito l'impostazione epistemologica neo-empirista, il fondazionalismo, il descrittivismo e così via. Di questi aspetti epistemologico-generalisti non mi occuperò qui, se non marginalmente, mentre tenterò di mettere in luce gli aspetti più peculiari della crisi dell'*approach* giuspositivistico al diritto.

¹⁰ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 61.

¹¹ Limitandosi alla letteratura italiana si possono ricordare almeno E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976 e M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987.

Prima di confrontarsi con il positivismo giuridico degli ultimi decenni, e con la sua crisi, è opportuno fare un passo indietro e presentare, seppure in maniera molto sintetica, le tesi fondamentali del positivismo giuridico così come espresse rispettivamente da Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Norberto Bobbio e, a parte, di Uberto Scarpelli, nel dibattito degli anni '60 del secolo scorso, quando il positivismo giuridico era nel pieno della sua egemonia culturale¹².

Kelsen individua il nucleo concettuale del positivismo giuridico – in aperta antitesi con il nucleo concettuale del giusnaturalismo – nella tesi secondo la quale tutto il diritto è diritto positivo, vale a dire un prodotto umano storicamente contingente. Più precisamente, il diritto positivo è essenzialmente un “ordinamento di coercizione”, espressione della volontà di un'autorità umana.

Di conseguenza, l'oggetto della scienza giuridica, per il positivismo giuridico, è (e non può che essere) il diritto positivo: «...il positivismo si limita ad una teoria del diritto positivo ed alla sua interpretazione. Esso desidera di conseguenza mantenere la differenza, anzi il contrasto fra “giustizia” e “diritto”, antitesi che si manifesta nella rigida separazione della filosofia del diritto dalla scienza del diritto»¹³.

È possibile riassumere gli assunti metodologici (metateorici) del positivismo giuridico secondo Kelsen in due punti.

In primo luogo, la definizione del concetto di diritto deve prescindere da elementi valutativi. In altri termini, bisogna evitare le “definizioni politiche” che individuano una corrispondenza tra il diritto ed una specifica concezione della giustizia; il concetto di diritto va quindi depurato da qualsiasi commistione con l'idea di giustizia (per la verità, nella *Reine Rechtslehre*, Kelsen precisa che il diritto positivo deve essere depurato non soltanto da valutazioni etiche, ma anche da descrizioni e spiegazioni di tipo sociologico e psicologico).

In secondo luogo, la scienza giuridica (positivista) deve limitarsi a descrivere il proprio oggetto, il diritto positivo, astenendosi da valutazioni sulla bontà, giustizia o correttezza del diritto esistente. Questa tesi, evidentemente, non comporta la trasformazione del giurista nel “lodatore di qualsiasi regime”¹⁴, ma consente una

¹² Per una analisi più approfondita cfr. eventualmente A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, cit., pp. 1-22.

¹³ H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, pp. 397-398.

¹⁴ Così N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), ora in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Esi, Napoli, 1992, p. 18.

opportuna distinzione concettuale tra il problema del valore del diritto e quello della sua validità.

Ross distingue, in modo più articolato rispetto a Kelsen, sette tesi che tradizionalmente sono state etichettate come giuspositiviste: *i)* la tesi secondo cui è possibile distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere; *ii)* l'assunto metateorico, che presuppone *i)*, secondo cui l'oggetto della scienza giuridica è il diritto qual è, descrivibile «in termini puramente fattuali, empirici, basati sull'osservazione e sull'interpretazione di fatti sociali», e non il diritto quale dovrebbe essere; *iii)* la concezione austriaca e, più in generale, imperativistica del diritto, secondo cui le norme giuridiche sono i comandi di un "sovrano" (il legislatore) ai suoi "sudditi" (i cittadini); *iv)* la tesi, associata all'imperativismo, «della forza che "sta dietro" il diritto»; *v)* la concezione meccanicistica del ragionamento giudiziale la quale, sulla scorta di una concezione del diritto come sistema chiuso e completo di norme, ritiene che le decisioni dei giudici siano l'esito di una deduzione logica a partire da norme giuridiche generali ed astratte (formalismo interpretativo); *vi)* l'idea, che Ross definisce quasi-positivista, secondo la quale il diritto, per il solo fatto di essere stato emanato da una autorità, deve essere obbedito; *vii)* la negazione dell'esistenza del diritto naturale¹⁵.

Tra queste tesi, tutte appartenenti a diverso titolo alla tradizione del positivismo giuridico, Ross accoglie soltanto le prime due e l'ultima.

Hart individua cinque tesi che sono state attribuite al positivismo giuridico: 1) la tesi secondo cui il diritto è costituito da comandi di esseri umani; 2) la tesi secondo cui non vi è una connessione necessaria tra diritto e morale; 3) la tesi della rilevanza dell'analisi dei concetti giuridici e della sua distinzione dalle ricerche d'ordine storico o sociologico; 4) la tesi secondo cui il diritto è un sistema chiuso di norme; 5) la tesi secondo cui i giudizi morali, a differenza dei giudizi di fatto, sono irrazionali¹⁶.

Si può ragionevolmente ritenere, anche se Hart non è del tutto esplicito al riguardo, che egli sottoscriva le tesi 2) e 3) e rifiuti le tesi 1), 4) e 5).

Bobbio, rifacendosi espressamente all'analisi hartiana di cui si è appena riferito, individua tre aspetti distinti del positivismo giuridico: a) come modo di

¹⁵ Cfr. A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo* (1961), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 80-95.

¹⁶ H. L. A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., pp. 48-79.

accostarsi allo studio del diritto; b) come teoria del diritto; c) come ideologia della giustizia¹⁷.

Come *approach* al diritto, il positivismo giuridico presuppone la possibilità di distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere, tra diritto ideale e diritto reale, e, sulla base di tale distinzione, individua l'oggetto della scienza giuridica nel diritto positivo.

Come teoria del diritto, il positivismo giuridico si identifica con la concezione statualistica del diritto, le cui caratteristiche sono compendiate da Bobbio in cinque punti: I) il diritto è un sistema di norme fatte valere con la forza o il cui contenuto è la regolamentazione dell'uso della forza; II) le norme giuridiche sono comandi; III) la legge è la fonte suprema di produzione del diritto; IV) l'ordinamento giuridico è completo (o completabile) e coerente; V) l'interpretazione del diritto è un'attività di tipo essenzialmente logico.

Come ideologia, il positivismo giuridico si risolve nell'attribuzione di un valore positivo al diritto esistente, a prescindere dalla corrispondenza di quest'ultimo con un diritto ideale. Sotto questo aspetto, il positivismo giuridico è un'etica normativa la cui caratteristica principale è individuabile nella coincidenza tra i criteri per giudicare della giustizia o ingiustizia del diritto ed i criteri per giudicare della sua validità o invalidità. Bobbio, in effetti, distingue due versioni del positivismo giuridico come ideologia. La prima versione, più estrema, afferma che il diritto positivo è giusto per il solo fatto di essere stato emanato da un'autorità dominante. La seconda versione, più moderata, sostiene che il diritto positivo in quanto tale, indipendentemente dal valore morale delle sue regole, consente di raggiungere alcuni fini desiderabili, quali l'ordine e la pace.

Secondo Bobbio, questi tre aspetti del positivismo giuridico sono logicamente indipendenti l'uno dall'altro. In particolare: è possibile accogliere la tesi che il compito della scienza giuridica sia quello di descrivere il diritto positivo, e rifiutare la concezione statualistica del diritto, storicamente associata al positivismo giuridico, ove la si ritenga una teoria errata, cioè incapace di individuare correttamente il diritto esistente.

Evidentemente, l'*approach* positivisticò al diritto non può fare a meno di criteri che consentano di individuare correttamente il diritto effettivamente

¹⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (ed. or. 1961), Giappichelli, Torino, 1996, p. 129 e ss.; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, in particolare pp. 101-126.

esistente e di distinguere in qualche modo tra il diritto reale ed il diritto ideale; da ciò non segue, tuttavia, che tali criteri siano necessariamente quelli stabiliti dal giuspositivismo teorico.

Infine, l'ideologia giuspositivista, che assume l'esistenza di un obbligo morale di ubbidire al diritto positivo, non è implicata dal giuspositivismo teorico né, tantomeno, dal giuspositivismo metodologico. Peraltro, come sottolinea tra gli altri Carlos Nino, è molto difficile indicare qualche esponente importante del giuspositivismo che abbia accolto senza riserve il giuspositivismo ideologico.

Ai nostri fini, quel che rileva, in particolare, è che Bobbio, aderisce pienamente al giuspositivismo come *approach* allo studio del diritto.

Riassumendo, gli assunti meta-teorici condivisi da tutti gli autori passati in rassegna sono essenzialmente due.

In primo luogo, essi ritengono che sia possibile, ed opportuno, distinguere *recisamente* tra il diritto quale di fatto è ed il diritto quale dovrebbe essere.

In secondo luogo, e a partire da questa distinzione, essi circoscrivono l'oggetto della scienza giuridica (positivista) al diritto quale di fatto è.

Seguendo Klaus Füber, si può dunque individuare nella *separability thesis* (assenza di una connessione necessaria tra diritto e morale) il nucleo concettuale del positivismo giuridico. Tale tesi ammette due diverse interpretazioni. La prima versione (la versione "ontologica"), che Füber chiama *Fallibility Thesis*, sostiene che non è una verità necessaria che il diritto riproduca determinate convinzioni morali. La seconda versione (la versione "metodologica", che è quella maggiormente rilevante per noi), che Füber chiama *Neutrality Thesis*, sostiene che non è necessario (e, soprattutto, non è opportuno) fare riferimento alla giustizia o ad altri valori morali per definire o individuare il diritto: "la definizione di diritto deve essere valutativa"¹⁸.

3.2. L'eterodossia di Uberto Scarpelli

A conclusione di questa breve panoramica sulla prospettiva teorico-filosofica del positivismo giuridico degli inizi della seconda metà del secolo scorso è

¹⁸ K. Füber, *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling*, in R. P. GEORGE (ed. by), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 119-162.

opportuno accennare alla concezione del giuspositivismo, per molti versi originale ed eterodossa, elaborata da Uberto Scarpelli¹⁹.

In *Cos'è il positivismo giuridico* ed in articoli successivi²⁰, Scarpelli, in netto anticipo sui tempi, sottolinea, in opposizione all'interpretazione scienziata del positivismo giuridico proposta tra gli altri da Bobbio, come il positivismo giuridico sia, innanzitutto e necessariamente, una ideologia. Non a caso, egli recepisce e fa propria l'affermazione di Lon L. Fuller secondo cui il giuspositivista è *an apostle of made law*.

Evidentemente, il giuspositivismo che Bobbio chiama metodologico, secondo il quale l'oggetto della scienza giuridico è il diritto positivo, presuppone (quantomeno) la tesi, caratterizzata ideologicamente, del diritto come "creazione intenzionale dell'uomo". Secondo Scarpelli, quindi, lo studioso del diritto giuspositivista si accosta al diritto da "un punto di vista interno", in quanto, per rispondere alla domanda "qual è il diritto?", è chiamato a compiere una scelta – deve stabilire quale sia la "norma fondamentale" – che può essere giustificata soltanto sul piano ideologico e politico. Inoltre, anche l'indiscutibile centralità dell'interpretazione nella prassi giuridica contribuisce ad avvalorare l'idea scarpelliana del positivismo giuridico come ideologia.

È evidente la distanza che separa Scarpelli da Bobbio (ma anche da Kelsen e da Ross e, come vedremo, in parte anche da Hart e dai suoi seguaci). Abbiamo visto, ad esempio, che, per Bobbio, il positivismo giuridico come teoria deve essere accettato o rifiutato a seconda che descriva (rispecchi) correttamente o meno il diritto reale. Per Scarpelli, invece, il diritto non è un "blocco di marmo", ma una pratica sociale, che non può essere descritta "così com'è", ma solo ricostruita offrendone una chiave di lettura. In questo senso, non è corretto ritenere che la prospettiva del teorico sia esterna: il teorico del diritto collabora, in una certa misura, al farsi della pratica e, dunque, è, a suo modo, un partecipante.

¹⁹ Per una analisi più approfondita del positivismo giuridico di Scarpelli mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *La lungimirante "eterodossia" del positivismo giuridico di Scarpelli*, "Politeia", XX, n. 73, 2004, pp. 77-89.

²⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, ripubblicato nel 1997 per i tipi della ESI, Napoli, con introduzione e cura di A. Catania e M. Jori; U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), ora in ID., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 179-203; U. SCARPELLI, *Punto di vista interno e punto di vista esterno alle norme*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 343-347; U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., pp. 96-103; U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989), ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., pp. 104-113.

4. La "svolta" hartiana: l'aspetto interno delle norme

Il pensiero di Scarpelli non rientra certo nell'ortodossia giuspositivista e, come riconoscono anche i suoi allievi più autorevoli, il dibattito interno al giuspositivismo contemporaneo ha seguito strade diverse rispetto a quelle indicate da Scarpelli. Senza dubbio, la strada maestra è stata quella indicata da Hart nel // *concetto di diritto*.

Il progetto di Hart – nonostante l'ortodossia delle sue premesse meta-teoriche e metodologiche – era un progetto ambizioso per molte ragioni.

È ambizioso, ad esempio, lo sforzo che Hart fa di conciliare due intuizioni sul diritto apparentemente inconciliabili: da un lato, il rapporto molto stretto tra diritto e coercizione (ogni sistema giuridico prevede sanzioni di vario genere nel caso di violazione del comportamento di volta in volta prescritto dal diritto) suggerirebbe una assimilazione del diritto alla coercizione. Dall'altro, la palese connessione tra diritto e morale (il diritto pretende di fare giustizia) sembrerebbe legittimare l'appiattimento del diritto sulla morale²¹. L'analisi hartiana delle regole sociali e, soprattutto, il modo in cui Hart caratterizza l'"aspetto interno" delle norme, individuano un percorso che consente (almeno secondo Hart) di evitare entrambi questi opposti riduzionismi, ritagliando all'obbligo giuridico uno spazio di autonomia ed indipendenza rispetto alla coercizione da un lato ed all'obbligo morale dall'altro.

Inoltre, è ambizioso anche il tentativo di fare quadrare il cerchio, per dir così, a livello metodologico. Da un lato, infatti, Hart riconosce che una ricostruzione teorica del diritto deve prendere in considerazione l'atteggiamento di coloro che partecipano alla pratica giuridica in questione ma, dall'altro, afferma, come abbiamo visto (cfr. par. 3.1.), che ciò non implica che lo studio dei fenomeni sociali, e del diritto in particolare, debba essere inteso in modo radicalmente diverso rispetto a come era inteso in passato. Per Hart, il compito dello studioso del diritto rimane sempre quello di descrivere, in modo neutrale ed avalutativo, una realtà che è già compiutamente data *prima* di qualsiasi attività interpretativo-ricostruttiva e,

²¹ Un chiaro esempio di subordinazione del diritto alla morale può essere individuato nella "pretesa di correttezza" (*Anspruch auf Richtigkeit*) avanzato da Robert Alexy. Cfr. R. ALEXY, *On Necessary Relations between Law and Morality*, "Ratio Juris", Vol. 2, no. 2, 1989, pp. 167-183; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. di F. Fiore, introduzione di G. Zagrebelsky, Einaudi, Torino, 1997.

così, egli mostra inequivocabilmente di non essersi liberato da quell'“assillo semantico” a cui Dworkin fa riferimento²².

La questione che merita di essere approfondita è se, in effetti, è possibile rendere conto dell'aspetto interno del diritto dall'esterno, mantenendo così ferma la tesi della neutralità.

4.1. Accettazione del diritto in senso debole e forte

La “svolta” di Hart rispetto al pensiero giuspositivista precedente è consistita nell'aver sottolineato l'importanza di distinguere la figura del partecipante, che è colui che considera le norme come un modello di condotta, da quella di chi conforma il proprio comportamento a quanto prescritto dal diritto per paura della sanzione.

Questa svolta hartiana, tuttavia, è stata caratterizzata, almeno sino alla pubblicazione del *Postscript* nel 1994, da una eccessiva prudenza e, direi, anche da un'intollerabile vaghezza, nella caratterizzazione del punto di vista interno.

In breve, Hart ha ricondotto alla prospettiva del partecipante situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato invece opportuno distinguere ed ordinare in modo seriale. Per fare soltanto un esempio di questo limite dell'analisi hartiana del punto di vista interno, si può rilevare come la prospettiva del “conformista”, di

²² Sull'interessante dibattito tra Dworkin ed il giuspositivismo (post-hartiano) sul *semantic sting*, cfr. J. LENOBLE, *The Requirements of the Pragmatist turn and the Redefinition of the Concept of Law*, pp. 6-17. Pur non potendo approfondire questo punto in questa sede, ritengo che Lenoble sopravvaluti la portata della replica di Coleman a Dworkin. In breve, in *The Practice of Principle* Coleman – modificando parzialmente alcune tesi sostenute in precedenza – sostiene che il diritto sarebbe una pratica convenzionale non perché i giudici, e più in generale i funzionari, accettano una regola di riconoscimento, ma perché essi accettano di essere impegnati in un'attività eminentemente cooperativa. A questo proposito, Coleman riprende espressamente la nozione, elaborata da Michael Bratman, di “attività cooperativa condivisa” (*shared cooperative activity*). Un'attività di questo tipo è caratterizzata i) dalla “sensibilità reciproca (*mutual responsiveness*)” (ogni agente è pronto ad andare incontro alle intenzioni ed alle azioni degli altri, sapendo che questi faranno altrettanto); ii) dall'“impegno nella attività comune (*commitment to the joint activity*)” (tutti i partecipanti sono impegnati, sia pure per ragioni diverse, a raggiungere un obiettivo condiviso); iii) dall'“impegno a sostenersi reciprocamente (*commitment to mutual support*)” (ogni partecipante è disposto a sostenere gli altri qualora sia necessario). In estrema sintesi, due sono le obiezioni che possono essere sollevate contro questo argomento di Coleman. In primo luogo, un'attività cooperativa condivisa – i cui casi paradigmatici evidenziati da Bratman sono cantare in coppia, dipingere insieme una casa e così via – non è necessariamente fondata su una convenzione. Come rileva Dworkin, è sufficiente che i partecipanti «comunicino costantemente tra loro e modifichino costantemente il proprio comportamento tenendo conto di quello che fanno gli altri». In secondo luogo, non è chiaro in che senso il diritto possa essere considerato un'attività cooperativa condivisa. Il fatto banale che i giudici ed i funzionari debbano in qualche misura coordinarsi – come nel caso di tutte le attività sociali – non implica affatto che le tre condizioni appena esplicitate siano soddisfatte. Cfr. R. DWORKIN, *Thirty Years On (The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory, by J. Coleman, reviewed by R. Dworkin)*, “Harvard Law Review”, 115, 2002, pp. 1655-1687, la citazione precedente è a p. 1663.

colui cioè che adegua il proprio comportamento a quanto richiesto dal diritto perché lo fanno gli altri, pur essendo, in base a quel che Hart dice ne *Il concetto di diritto*, perfettamente riconducibile alla prospettiva del partecipante, presenta, in effetti, molte analogie con la prospettiva del *bad man*. L'unica differenza, non so sino a che punto rilevante, tra queste due situazioni è che il *bad man* "riga dritto", quando "riga dritto", per paura della sanzione, mentre il conformista per paura della riprovazione sociale. La riprovazione sociale, tuttavia, non è altro che una sanzione non istituzionalizzata.

In estrema sintesi, i limiti della concezione hartiana del punto di vista interno dipendono dal modo eccessivamente (e volutamente) vago in cui Hart caratterizza l'accettazione del diritto ed il punto di vista interno a fare problema.

Seguendo Hart, il punto di vista interno individua la prospettiva di coloro che accettano le regole giuridiche. Accettano il diritto coloro che ritengono che le regole giuridiche rappresentino una guida per la condotta. Per Hart, le ragioni che giustificano l'adozione di una norma come guida per la condotta non sono necessariamente ragioni morali. In altri termini, Hart caratterizza l'accettazione del diritto in senso debole.

La prudenza e la reticenza mostrate da Hart nella sua analisi del punto di vista interno sono comprensibili. Accentuare l'aspetto normativo del punto di vista interno, infatti, potrebbe produrre delle conseguenze indesiderate per il positivismo giuridico, se non anche condurre – come paventa con eccessiva enfasi Jeffrey Goldsworthy – alla auto-distruzione del positivismo giuridico²³.

Di contro, la caratterizzazione in senso debole dell'accettazione del diritto assottiglia le differenze tra la teoria di Hart, da un lato, e le teorie di Austin, Kelsen e Ross, dall'altro. Non è chiaro infatti, perché se si caratterizza in senso debole l'accettazione del diritto, la prospettiva del *bad man* dovrebbe essere esterna: anche per lui il diritto produce ragioni per agire²⁴.

L'unico modo per distinguere il positivismo giuridico di Hart dalle teorie giuspositivistiche precedenti è quindi quello di caratterizzare l'accettazione del diritto in senso forte. Incidentalmente, va rilevato che questo limite della concezione hartiana del punto di vista interno è stato riconosciuto anche da alcuni

²³ Cfr. G. D. GOLDSWORTHY, *The Self-Destruction of Legal Positivism*, "Oxford Journal of Legal Studies", vol. 10, n. 4, 1990, pp. 449-486.

²⁴ Come sostiene ad esempio S. R. PERRY, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, in A. MARMOR (edited by), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 97-135.

discepoli di Hart, e da Hart stesso nel *Postscript*. MacCormick, in particolare, ha messo in luce con estrema chiarezza come il punto nevralgico dell'analisi hartiana delle regole sociali dovesse essere individuato proprio nella caratterizzazione troppo debole dell'accettazione del diritto. L'esistenza di alcune norme giuridiche anziché di altre dipende dal fatto che almeno alcuni tra i membri della comunità preferiscono lo schema di comportamento individuato da tali norme rispetto a schemi alternativi di comportamento.

Sostenere che l'esistenza di una regola sociale implichi che vi sia qualcuno che ritenga il comportamento prescritto da una regola preferibile rispetto ai comportamenti alternativi, non significa, evidentemente, che si neghi la possibilità che taluni seguano tale regola per pigrizia o ipocrisia, ovvero che altri si ribellino ad essa. Queste ultime situazioni, tuttavia, possono essere comprese solamente presupponendo l'esistenza di un gruppo rilevante che accetta le norme da un punto di vista morale. Tutti gli atteggiamenti che si possono immaginare in relazione alle norme sono dunque "parassitari" rispetto a quello di coloro i quali ritengono le norme opportune da un punto di vista morale. In altri termini, mentre è possibile ipotizzare il caso in cui una determinata regola sociale sia accettata in senso forte da tutti, non è pensabile invece che il comportamento prescritto da una regola non sia effettivamente approvato da alcuno²⁵.

4.2. Punto di vista interno e scienza giuridica

Come anticipato, il positivismo giuridico non sembra disposto a spingersi oltre. Più precisamente, non sembra essere disposto ad ammettere che caratterizzare l'accettazione del diritto in senso forte possa fare problema per la tesi della neutralità: 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 dipende esclusivamente da fatti sociali (*social thesis*).

Quest'ultimo punto è ad esempio opportunamente sviluppato da Ricardo Caracciolo²⁶. L'esistenza di "credenti", di persone cioè che considerano giusto il loro sistema giuridico, non rileva per la tesi secondo cui l'esistenza del diritto è una

²⁵ Cfr. 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. 307-324.

²⁶ R. CARACCILO, *L'argomento della credenza morale*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 97-110.

questione di fatto. Le affermazioni del “credente” e dello studioso del diritto positivista sono infatti tra loro compatibili. Il primo sostiene che il sistema giuridico è conforme ad uno o più principi morali. L’adozione di questa credenza non implica, evidentemente, che il partecipante neghi l’esistenza di criteri non morali per l’individuazione del diritto e la determinazione del suo contenuto. Di più: la possibilità di individuare il diritto attraverso criteri non morali è una condizione necessaria perché si dia la possibilità di una controversia genuina – relativa alla effettiva conformità di un sistema giuridico alla morale – tra un “partecipante convinto” ed un osservatore che non condivide le credenze morali del partecipante. In altri termini, una controversia genuina sulla conformità di un sistema giuridico S ad un principio morale PM presuppone che i “contendenti” «siano d’accordo su qualche criterio non morale per determinare il contenuto di S».

Secondo Caracciolo, in breve, il fatto che (alcuni tra) i partecipanti siano convinti che il proprio sistema giuridico sia fondato su principi morali validi e appropriati, non costituisce un argomento adeguato per difendere la tesi della connessione concettuale tra diritto e morale. Tale argomento, infatti, dimostra semplicemente che coloro i quali sono giuridicamente obbligati a porre in essere un determinato comportamento credono di essere obbligati anche moralmente. Esso, tuttavia, non impedisce di predicare, nel medesimo tempo, l’esistenza di un sistema giuridico e la sua immoralità, a meno di non accogliere una prospettiva meta-etica di tipo universalistico.

Il fatto che tra i compiti del teorico del diritto vi sia quello di riconoscere il “punto di vista morale” del partecipante e di renderne conto, non comporta per il teorico del diritto l’abbandono di una prospettiva “distaccata” e, in definitiva, non compromette l’immagine del «lavoro teorico come una impresa *value-free*»²⁷. Insomma, per dirla con un felice *slogan* coniato da Hart: “una descrizione è pur sempre una descrizione, anche quando ciò che è descritto è una valutazione”.

Le conclusioni rassicuranti cui perviene il positivismo giuridico in relazione alla questione della credenza morale possono essere ritenute soddisfacenti solo a condizione di ignorare il problema collegato all’impossibilità di determinare compiutamente il diritto a partire dai comportamenti e dagli atteggiamenti

²⁷ P. COMANDUCCI, *Diritto, morale e politica*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, cit., p. 11. Così ad esempio anche N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pp. 323-324; R. GUASTINI, *Conoscenza senza accettazione*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., in particolare pp. 432-433.

convergenti dei partecipanti. Questo problema implica che per rispondere alla domanda “qual è il diritto?” – sia in relazione ad una determinata esperienza giuridica sia in generale – non è sufficiente (anche se è necessario) guardare al comportamento ed agli atteggiamenti convergenti dei partecipanti, ma bisogna altresì fornire una chiave di lettura del “materiale giuridico grezzo” o, per dirla con Dworkin, delle basi (*grounds*) del diritto. Ciò significa, in altri termini, che l’impresa teorica ha, almeno in ambito giuridico, natura interpretativa. La prospettiva del teorico è dunque necessariamente *engagé* e parassitaria rispetto a quella del partecipante; più precisamente, se è vero, come ho cercato di mostrare e come peraltro ritiene unanimamente il positivismo giuridico post-hartiano, che il punto di vista interno debba essere caratterizzato in modo più forte rispetto al modo in cui lo ha originariamente caratterizzato Hart, allora la prospettiva del teorico del diritto è (parassitaria a) quella di chi accetta il diritto da un punto di vista morale.

Queste considerazioni impongono evidentemente di riconsiderare l’argomento della credenza morale. Da un lato, è vero che il teorico non deve necessariamente condividere in prima persona i valori soggiacenti alla prassi giuridica oggetto della sua analisi. Dall’altro, tuttavia, la “svolta interpretativa” implica che egli possa render conto in modo compiuto del diritto soltanto indossando i panni del partecipante e, quindi, impegnandosi a ricostruire il diritto alla luce di una interpretazione dei valori incorporati nel diritto. L’impresa teorica si configura come un’impresa interpretativa principalmente perché l’intrinseca indeterminatezza dei principi del diritto impedisce, a differenza di quel che ritiene Hart, di trattare i valori come se fossero fatti. In altri termini, al teorico del diritto è richiesto di porsi di fronte al materiale giuridico grezzo con un “atteggiamento protestante” e di presentare – alla stregua dei partecipanti – la migliore interpretazione (cioè l’interpretazione più convincente, più congruente...) di tale materiale. Gianluigi Palombella definisce felicemente il giurista un “partecipante virtuale”: «Egli fa (nei limiti del giudizio di validità e di obbligatorietà) quel che farebbe un giudice senza esserlo, quel che potrebbe fare un cittadino ideologicamente convinto senza (ancora) esserlo. Prende sul serio dunque le pretese normative date, assumendole magari anche come *possibili* candidati nel proprio universo di azione: mira alla conoscenza-comprensione di esse, ne cerca il fondamento, le ragioni, ma non è, solo per questo, un giudice reale, né un cittadino convinto». Palombella inoltre aggiunge che: «questa conoscenza – come tale

interna – delle intenzioni, dei sentimenti, delle “ragioni”, delle norme, delle convinzioni presupposte alla comprensione e all’uso delle norme (o ad asserti basati su di esse), non è una conoscenza possibile senza valutazioni. Ciò che *vale* all’interno di una determinata rete culturale non può essere colto senza *valutazioni* dell’interprete»²⁸.

4.3. *Giuspositivismo v. giusnaturalismo: una contrapposizione superata?*

L’ultima questione che rimane da affrontare è la seguente: se davvero, come si è cercato di mostrare, la tesi metodologica della neutralità è incompatibile con il riconoscimento dell’importanza dell’aspetto interno del diritto, ciò significa che il positivismo giuridico è una concezione incoerente e che va abbandonata?

Questa, per certi versi, è una domanda poco interessante, la cui risposta potrebbe essere: “dipende”. Dipende, cioè, da come si definisce il positivismo giuridico.

Ritengo tuttavia importante quantomeno segnalare che l’operazione riduzionista (di Kelsen, Ross e Bobbio e, come abbiamo visto, Hart) di fare coincidere il positivismo giuridico con la tesi metodologica della neutralità è viziata sin dalla nascita da una certa ingenuità filosofica.

Per concludere, mi limito ad osservare che il dogma della avalutatività dell’impresa teorica, non coincide necessariamente con la tesi centrale del giuspositivismo metodologico secondo cui è possibile, almeno in una certa misura, distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere.

In altri termini, per il giuspositivismo metodologico «“render conto” del diritto positivo è [...] attività completamente diversa, e da tenere nettamente separata, rispetto a quella che si concreta in una presa di posizione (positiva o negativa, di accettazione o di rifiuto, eccetera) nei confronti del diritto positivo stesso»²⁹. Questa tesi non impone agli studiosi del diritto di assumere, nell’ambito delle loro attività “descrittive”, un atteggiamento avalutativo, ma soltanto di

²⁸ G. PALOMBELLA, *Conoscere senza accettare*, “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXVIII, 2, 1998, pp. 507-530, le citazioni sono rispettivamente a p. 525 e a p. 528, corsivi dell’autore.

²⁹ V. VILLA, “*Inclusive legal positivism*” e *neo-giusnaturalismo: lineamenti di un’analisi comparativa*, “Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos”, 43, 2000, pp. 33-97, la citazione è a p. 44.

“ricostruire” il diritto a partire dalla moralità positiva espressa dai sistemi giuridici oggetto di studio, e non a partire dalla propria moralità critica.

Al contrario, per il giusnaturalismo la descrizione del diritto positivo è un’attività che non può essere nettamente distinta da una “presa di posizione” nei confronti del diritto positivo stesso, che tenga conto di valori etici fondamentali.

La contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo (o anti-giuspositivismo), a livello metodologico, non riguarda dunque il carattere valutativo o meno delle descrizioni giuridiche, ma il “tipo” di valutazioni che possono accompagnare una descrizione del diritto. Il giuspositivismo metodologico richiede che sia possibile distinguere tra giudizi di valore in funzione “conoscitiva” e giudizi di valore in funzione “giustificativa”, ed ammette soltanto i primi nell’ambito dell’attività conoscitiva; il giusnaturalismo invece rifiuta, sulla scorta di una meta-etica oggettivista tale distinzione.

La presa di coscienza – auspicata da Lenoble sulla scorta di Putnam – di un legame inscindibile tra fatto e valore, non necessariamente produce un abbattimento delle categorie e delle distinzioni tradizionali, ma richiede certamente che i vari modelli di conoscenza giuridica si confrontino sul piano meta-etico.