

## Introduzione

In questo libro si raccolgono scritti che derivano dalle relazioni tenute al congresso “La dimensione ideale del diritto”, organizzato nell’Università “Magna Græcia” di Catanzaro nel dicembre del 2015. Non si tratta però di una raccolta di atti congressuali, ma di una raccolta di saggi nei quali gli autori hanno rielaborato il testo delle loro relazioni in vista della pubblicazione di questo volume, con l’eccezione del saggio di Robert Alexy che è la traduzione – con poche varianti – di un articolo pubblicato nel 2013 su “The American Journal of Jurisprudence”. Le tesi di questo saggio rappresentano il fulcro della discussione che si sviluppa in queste pagine, e che potrebbe essere classificata come una riflessione interna al positivismo critico, se non addirittura come una discussione sulla cosiddetta “crisi” del positivismo.

Il pensiero di Alexy, uno dei più importanti ed influenti filosofi del diritto viventi, vien spesso richiamato nei saggi qui contenuti, la cui varietà testimonia l’ampiezza e la profondità delle questioni sollevate da Alexy nel corso della sua pluridecennale produzione scientifica, inaugurata da un celebrato volume sulla teoria dell’argomentazione pubblicato per la prima volta nel 1978 (*Theorie der juristischen Argumentation*) – tradotto in varie lingue, più volte ristampato e tuttora oggetto di studio – che consiste nella rielaborazione della sua tesi di dottorato (Alexy, 1998b). Il congresso che ha dato l’occasione per questa raccolta di saggi, infatti, è stato organizzato per discutere alcune delle idee di Alexy che rientrano nel concetto, centrale nella sua filosofia, di “duplice natura del diritto” e di “dimensione ideale” dello stesso.

Nello stesso anno in cui Alexy pubblicava il suo primo libro, Ronald Dworkin raccoglieva i saggi nei quali si lanciava la sua sfida al positivismo. Tale sfida passava per la tesi della impossibilità

per un ordinamento giuridico di potersi fondare esclusivamente sul diritto positivo, così come viene inteso tradizionalmente, ed in particolare dal normativismo kelseniano e in generale dal giuspositivismo esclusivo, includendo anche la versione hartiana del positivismo giuridico tra le teorie fallaci. Invero è Hart e il suo concetto di diritto l'oggetto principale della critica di Dworkin.

La tesi di Dworkin è nota e, con qualche approssimazione, può essere riassunta così. Il diritto valido non coincide con il diritto positivo della teoria normativista, sostanzialmente accettata anche dai positivisti che non rientrano nel normativismo fino in fondo; ciò in quanto una componente essenziale del diritto valido è data dai "principi", che Dworkin intende come un criterio normativo forte che realizza «un'esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale» (Dworkin, 2010a:90). Certo, i principi possono essere positivizzati, cioè possono essere tradotti in norme positive, ma ciò non è necessario perché essi siano parte dell'ordinamento. I principi, infatti, secondo Dworkin sono per definizione parte dell'ordinamento, in quanto le norme positive che lo costituiscono per essere interpretate devono ricorrere a tali principi forti. Dworkin afferma poi la cosiddetta "tesi dei diritti", la "Rights Thesis", che ci ricorda come nella controversia giuridica si dia una pretesa di aver ragione, di correttezza, che si interpreta immediatamente anche come pretesa di essere nel proprio buon diritto, e dunque come tale si rivela pretesa di carattere morale.

Dworkin in seguito, a sostegno della sua critica antipositivista, presenta la figura del "giudice Hercules", il giudice più bravo di tutti gli altri perché conosce l'ordinamento giuridico fino alle sue norme più capillari. Si tratta di un giudice ideale, che è alle prese con un "caso difficile". La figura del giudice Hercules è ovviamente immaginaria, ed è proposta da Dworkin per evitare che si possa sostenere che l'impossibilità di decidere secondo le norme positive esistenti dipenda non da una carenza dell'ordinamento, ma da ignoranza del giudice; nessun giudice reale, infatti, può conoscere tutte le norme positive che ci sono, e quindi quello che è un "caso difficile" per un giudice potrebbe essere un "caso semplice" per un altro giudice. Il positivismo giuridico, ammette

Dworkin, possiede una teoria dei casi difficili, ma – secondo Dworkin – questa si può riassumere, come dice esplicitamente Herbert Hart, nella tesi per cui allorché un caso non può essere risolto ricorrendo a una o più norme giuridiche la sua soluzione si farà dipendere dalla discrezionalità del giudice (stante l'impossibilità che la risposta possa essere un *non liquet*).

Dworkin sostiene che affermare che in casi del genere il giudice decida secondo discrezionalità, dopo aver constatato che l'ordinamento giuridico non fornisce una risposta, equivale a sostenere che il giudice abbia il potere di assegnare nuovi diritti ai soggetti, e per di più che questa assegnazione abbia effetti retroattivi. «Resta un dovere del giudice» – scrive Dworkin – «anche nei casi più difficili, scoprire quali siano i diritti delle parti senza inventarsi nuovi diritti da applicare retroattivamente» (Dworkin, 2010a:129), dove l'uso del termine “scoprire” (“discover”) ribadisce che quella del giudice è, appunto, una ricognizione tra diritti già esistenti e non un'attività creativa. Qui Dworkin ribadisce il principio della certezza giuridica, che invece Hart con la sua tesi dell'inevitabile e residua discrezionalità del giudice finisce per mettere a repentaglio. In questo senso potrebbe plausibilmente sostenersi che Dworkin è più positivista del giuspositivista, perché in nessun momento del ragionamento giudiziale rinuncia all'esigenza della certezza; che il giudice decida su diritti preesistenti, cosa del resto che è presupposta dalla sua “tesi dei diritti”, la “Rights Thesis” (come la chiama lui stesso), e dalla fenomenologia della controversia giudiziale in cui ciascuna parte aziona un diritto che ritiene di avere già. Le parti non chiedono al giudice niente che non ritengano di avere già in loro possesso o nella loro titolarità.

Si potrebbe sostenere nondimeno che quella presentata da Dworkin non sia altro che la riproposizione dell'argomento di base del giusnaturalismo: i diritti esistono indipendentemente dal fatto che i legislatori storici li attribuiscono, e il lavoro del giurista consiste nello scoprire quali siano questi diritti, allo stesso modo in cui lo scienziato che studia la natura porta alla luce ciò che c'è senza inventare nulla né aggiungere alcunché all'esistente. Con le parole di Norberto Bobbio, per il giusnaturalismo il giurista «non è un interprete, ma uno scopritore» (Bobbio, 1980:503). Tuttavia,

le cose sono molto diverse, perché è lo stesso Dworkin a chiarire subito che questa sua tesi «presume che i giuristi e i giudici ragionevoli siano spesso in disaccordo sui diritti giuridici, proprio come i cittadini e gli uomini di Stato sono in disaccordo sui diritti politici» (Dworkin, 2010a:129), e che questo disaccordo sia una cosa tanto normale quanto inevitabile. Niente del genere, come è ovvio, è sostenibile da una prospettiva giusnaturalistica; per il giusnaturalista la natura (anche) del diritto è un dato oggettivo e non modificabile che può essere descritto in modo corretto o in modo sbagliato: se esiste disaccordo tra gli interpreti questo è definibile come un fatto normale soltanto perché è, appunto, una cosa normale che almeno alcuni interpreti non abbiano colto nel segno e abbiano proposto una lettura sbagliata. L'osservazione che nel corso dei secoli i giusnaturalisti non abbiano trovato un accordo sul contenuto dell'oggetto del loro studio, il diritto naturale, è stata presa come una riprova del fatto che il giusnaturalismo è né più né meno che una dottrina sbagliata.

Come scrive il danese Alf Ross, uno dei critici più feroci del giusnaturalismo, «non esiste ideologia che non si possa difendere con un appello alla legge naturale. E a bene vedere come potrebbe essere altrimenti, dal momento che il fondamento ultimo di ogni diritto naturale risiede in una immediata percezione privata [...], in una intuizione? Non può la mia intuizione essere buona quanto la vostra?» (Ross, 2001:246). Dal punto di vista di una metaetica noncognitivistica, una teoria del genere risulta infondata. Si afferma che sia pericolosa anche dal punto di vista politico, giacché la pretesa di verità innalza e nobilita le intuizioni soggettive, «sottraendole alla forza del controllo intersoggettivo, aprendo completamente la porta alla libera fantasia e al dogmatismo» (Ross, 2001:246), fornendo una giustificazione che si pretende oggettiva e indiscutibile a qualunque ideologia, a qualunque istituzione e a qualunque azione politica. Ma a Ross si potrebbe subito obiettare che la pretesa di verità o di correttezza è parte della performatività del discorso, e di quello normativo soprattutto.

La replica di John Finnis alle critiche del noncognitivistica e del positivista radicale (che questo è infine ogni realista giuridico) è che esse non siano rivolte verso un'autentica teoria del diritto na-

turale ma verso specifici tentativi falliti di costruirne una. Nella versione di Finnis, il più influente giusnaturalista contemporaneo, «una valida teoria della legge naturale è quella che esplicitamente, con piena consapevolezza della situazione [...], intraprende una critica dei punti di vista pratici al fine di distinguere il praticamente irragionevole dal praticamente ragionevole» (Finnis, 1996: 19): si tratta, quindi, di una teoria del pensiero pratico che costruisce la ragionevolezza necessaria per «pensare a che cosa (si deve) fare» (Finnis, 1996:13). Ciò comporta, ovviamente, che se la teoria è ben compresa non si potrà che giungere alla costruzione di una specifica ragionevolezza pratica che stabilisce degli standard di correttezza interpretativa: gli standard corretti. Il che non esclude che vi possa essere disaccordo, ma nello stesso tempo significa che l'eventuale disaccordo dipende dal fatto che qualcuno degli interpreti ha adottato regole di ragionevolezza pratica sbagliate che lo hanno fatto pervenire a soluzioni non corrette.

Come si vede, quella giusnaturalistica (soprattutto nella sua versione contemporanea più raffinata sostenuta da Finnis) è una visione che non ha molto a che vedere con la formulazione originaria dell'argomento dei principi sostenuto da Dworkin. La somiglianza tra le due posizioni teoriche è di facciata, ed è data dal fatto che entrambe ritengono che lo stretto positivismo giuridico che definisce il diritto, alla maniera dei normativisti, come il sistema delle norme giuridiche positive (e in niente altro) sia una teoria inadeguata a descrivere correttamente il *diritto-come-è*. Ma la differenza, molto più importante della somiglianza, è nel fatto che la teoria di Dworkin ammette che la corretta ragionevolezza pratica possa contenere una pluralità di posizioni in disaccordo, e soprattutto che la razionalità pratica possa (anzi, debba) indicare soluzioni diverse secondo il mutare delle concezioni della moralità, mentre la teoria giusnaturalistica lo esclude radicalmente, anche nella concezione di Finnis. Secondo Dworkin, i principi non sono elementi normativi di un sistema immutabile, esterno all'ordinamento giuridico e al quale l'ordinamento stesso deve conformarsi per essere giusto (o, per le concezioni più radicali del giusnaturalismo, per essere valido, per essere "diritto"). Essi, sono sì «realtà eterogenee rispetto alle norme, ma sono complemen-

tari ad esse nell'ordinamento giuridico: le norme sono valide in quanto poste e possono essere mutate solo in forza di una deliberazione, mentre i principi sono validi in quanto corrispondono a esigenze morali sentite in un particolare periodo e il loro peso relativo può mutare nel corso del tempo. A questi [...] i tribunali devono far ricorso per risolvere i casi difficili (*hard cases*), ai quali non sarebbe possibile applicare una norma senza fare un'ingiustizia» (Fassò, 2001:358).

La separazione tra diritto e morale è caratteristica del positivismo giuridico sia nella sua versione esclusiva che in quella inclusiva, vale a dire sia nella versione che la esclude sempre – quella “esclusiva” –, sia in quella che la ammette se la positività del diritto incorpora criteri morali, sebbene in quest'ultima la separazione non sembrerebbe essere più concettualmente necessaria, bensì pragmaticamente contingente. Orbene, tale separazione viene negata da Dworkin, il quale in buona sostanza sostiene che il diritto possiede un'intrinseca moralità espressa nei principi, che esprimerebbero ciò che gli operatori del diritto e coloro che lo “usano” (che si muovono in un ambito più ampio di coloro che lo “applicano”), *storicamente*, si aspettano dal diritto medesimo. Non una posizione giusnaturalistica, dunque, ma neppure l'idea – sostenuta, per esempio, da Patrick Devlin (Devlin, 1965) – che il diritto abbia la funzione di proteggere la morale (che si risolve per forza di cose nell'idea che il diritto debba proteggere una specifica morale normativa). Anche quest'ultima posizione, infatti, per certi versi concepisce la moralità come qualcosa di esterno al diritto, e comunque pensa alla morale come “morale positiva”, non come “morale critica”, fatticità insomma, più che normatività. Mentre l'idea di Dworkin è che la morale sia normatività forte e che si sostanzia nei principi, e che i principi siano parte del diritto assieme alle norme positive, le “regole”, soprattutto per l'esigenza ermeneutica di specificare il contenuto delle norme positive e di costruire tale contenuto in un quadro di ragionevole coerenza (“integrity”). La sua tesi, infatti, è che dovremmo «trattare i principi giuridici nello stesso modo in cui trattiamo le regole giuridiche, sostenendo che alcuni principi sono vincolanti come diritto e devono essere presi in considerazione dai giudici e dai giuristi che

decidono sugli obblighi giuridici» (Dworkin, 2010a:57), e imboccare questa strada significa concludere che «il diritto include sia principi sia regole» (Dworkin, 2010a:57). La tesi della “integrità”, successiva (proposta fondamentalmente nel libro *Law’s Empire* che è del 1986), viene a irrobustire la “tesi dei principi” e la “Rights Thesis”, la “tesi dei diritti”, che l’accompagna.

Il principio di legalità, per esempio, non è positivizzato ma sarebbe difficile negare che appartenga a ogni ordinamento giuridico. Preso a sé, si tratta di un ideale politico, di un *principio* politico-morale, eppure ogni interpretazione del diritto non può evitare di richiamarlo. La tesi si fa poi normativa, indebolendo un’altra distinzione – stavolta metodologica – caratteristica del positivismo, quella risalente alla distinzione benthamiana tra la giurisprudenza *espositiva* (che studia il diritto-come-è) e la giurisprudenza *ensoria* (che studia il diritto-come-dovrebbe-essere), e rifiutando la cesura kelseniana tra la scienza giuridica (la giurisprudenza espositiva) e la politica del diritto (la giurisprudenza censoria). Il diritto possiede una struttura ontologica che non può essere descritta in modo corretto – questa è la tesi – se non si considera che oltre al dato normativo esplicito, quello espresso attraverso le regole (*rules*), esso è costituito anche dalla sua “natura”, cioè da ciò che ci aspettiamo dal diritto, il che è né più né meno dire dalla ragione per la quale il diritto esiste. Questa “natura” del diritto è in parte imprescindibile e necessaria (non esiste il diritto se non esiste l’idea che esso sia strutturato sul principio di legalità), in parte contingente e storicamente determinata: altri principi, come il principio di uguaglianza o come il principio di libertà non sono necessariamente presenti in tutti gli ordinamenti giuridici (e, infatti, fanno la loro comparsa soltanto di recente, con l’Illuminismo). Tuttavia, una volta che sono stati recepiti da un particolare ordinamento giuridico storico, questi principi entrano a far parte dell’ordinamento anche se non vengono positivizzati o se vengono positivizzati con proposizioni molto generiche, e forniscono una guida per la corretta interpretazione del diritto. Con il ricorso ai principi, dunque, il giudice non crea diritto, ma applica il diritto che già esiste anche se con la sua decisione crea una nuova norma, perché concretizza i principi giuridici, che sono

parte del diritto tanto quanto lo sono le regole.

Le categorie di “diritto” e di “politica” non vengono più viste come impermeabili, ma piuttosto come parti fluide di un *continuum*, al cui centro si può collocare l’ideale morale e normativo che il diritto abbia una determinata natura e determinati scopi (politici e giuridici insieme), espressi attraverso un insieme di princìpi (moralì e giuridici insieme) che, se in astratto possono sempre essere confliggenti, la pratica giuridica e l’interpretazione devono cercare di rendere compatibili l’uno con l’altro e di realizzarli tutti nel massimo grado possibile. È anche questo un principio, quello della “coerenza” (*coherence*), tradotto nei termini politici in quello della “integrità” (*integrity*), che Dworkin definisce come il «principio che uno Stato dovrebbe tentare quanto più è possibile di governare attraverso un insieme coerente di princìpi politici, i cui benefici estenda a tutti i cittadini» (Dworkin, 2010b:16).

Questa dottrina, fortemente critica verso il giuspositivismo (almeno, verso il giuspositivismo inteso in senso tradizionale), si sviluppa in una direzione che viene definita “neocostituzionalismo” e che annovera tra i suoi esponenti più importanti tanto Ronald Dworkin, appunto, quanto Robert Alexy. A dire il vero, il termine «viene utilizzato prevalentemente in Italia, Spagna e nei paesi del Sud America, mentre è praticamente sconosciuto in Germania e ha un uso in parte diverso nei paesi anglosassoni (dove indica il processo di diffusione di sistemi giuridici costituzionali): ciò può generare un effetto di straniamento in quanto due dei principali autori assegnati a questa corrente (Robert Alexy e Ronald Dworkin) provengono da queste aree geografiche» (Bongiovanni, 2013:84).

In linea generale, la corrente neocostituzionalistica si può descrivere come caratterizzata da alcune idee fondamentali: (a) una caratteristica centrale del diritto è la “correttezza morale”, e questa caratteristica non è riducibile al concetto di diritto valido in termini esclusivamente formali, come fanno i positivisti; (b) il fatto che nel diritto esistano sia regole che princìpi (moralì) comporta che la separazione tra diritto e morale non esiste. Per di più, dato che i princìpi hanno un peso (un “valore”) diverso, la deci-

sione giudiziale – e, in generale, l’interpretazione – deve ricorrere a uno strumento nuovo, in grado di assegnare a ogni principio il giusto peso, specialmente nei casi in cui diversi principi entrino in conflitto: il cosiddetto “bilanciamento”; (c) l’uso di questo nuovo strumento mostra che l’applicazione del diritto riveste un ruolo della massima importanza e centralità nella determinazione del diritto esistente, specialmente nei sistemi costituzionali; (d) lo stesso legislatore è vincolato non solo dalla costituzione, ma anche dai principi non positivizzati esplicitamente; (e) i giudici, e non soltanto i legislatori, svolgono un ruolo legittimo e importante nell’attuazione dei principi, che talvolta può avvenire anche *contra legem* (v. Fassò, 2001:365).

Come avviene per ogni corrente scientifica di una certa importanza e diffusione, del neocostituzionalismo esistono molte varianti (per esempio, il neocostituzionalismo di Alexy è diverso da quello di Dworkin). In linea generale, però, si può affermare che i punti appena citati sono condivisi più o meno da tutte le scuole neocostituzionaliste, così come si può affermare che in generale «il neocostituzionalismo ha quale punto di partenza un’interpretazione giuridico-politica dei sistemi costituzionali e della loro dinamica evolutiva. Nella prospettiva neocostituzionalista, la *struttura* degli Stati costituzionali [...] e l’*evoluzione* di tali sistemi [...] possono essere interpretati in una direzione unitaria» (Bongiovanni, 2013:87).

Si potrebbe dire, con una certa approssimazione, che i sistemi costituzionali vengono osservati tenendo conto sia della forma che assumono che della direzione che imboccano, e che questa direzione – il loro scopo – è determinata dalla loro struttura, dalla loro forma. Tuttavia, sarebbe sbagliato accostare la teoria neocostituzionalista alla teoria dei sistemi, soprattutto nella sua versione luhmanniana. Quest’ultima ha in mente strutture (i sistemi) separati dall’ambiente, con il quale comunicano soltanto attraverso modalità strette e fissate normativamente (“l’apertura cognitiva”), con un’organizzazione interna rigida e, soprattutto, non suscettibile di essere modificata dagli stimoli che provengono dall’esterno (“chiusura normativa”). La teoria neocostituzionalistica, al contrario, intende i sistemi costituzionali – anche quelli delle costitu-

zioni “rigide” – come delle strutture in evoluzione guidate da principi che sono espressione di ideali morali sviluppatasi storicamente nelle società di riferimento. Anche quando questi principi vengono positivizzati, il loro significato (e il loro peso) dipende ancora dalle evoluzioni delle idee, anche morali, che si sviluppano nella società o, perlomeno, nella società degli interpreti e degli operatori del diritto, prima tra tutte in quella dei giudici. In questa prospettiva, la costituzione viene interpretata [...] non più come “cornice” generale e fondamento procedurale per la creazione del diritto, ma quale testo che contiene un preciso rinvio ai valori [...]. Principi e diritti contenuti nelle costituzioni esprimono dei valori morali che diventano una parte rilevante dell’esperienza giuridica» (Bongiovanni, 2013:87-8) e, ciò che più conta, determinano con il loro sviluppo la direzione che l’esperienza giuridico-politica dovrà assumere.

È esemplare di questa prospettiva teorica una definizione che Alexy formula dei “principi”, che emerge dal confronto compiuto con le “regole”. Da quanto sopra, emerge infatti con chiarezza che per il neocostituzionalismo (e per Alexy, quindi), regole e principi siano due categorie distinte entro la categoria più ampia e comprensiva delle “norme”. Per chi sostiene questa distinzione, la differenza tra le due categorie è da individuarsi o nel differente grado di astrattezza (i principi sarebbero “più astratti” delle regole), o nella diversa “ampiezza della fattispecie” (i principi sarebbero norme a fattispecie “più aperta” delle regole), o nel fatto che i principi sono “defettibili” mentre le norme no (Guastini, 2011: 178), o nel fatto che i principi sarebbero norme collocate in una posizione gerarchicamente superiore rispetto a quella delle regole, o nel fatto che i principi sarebbero norme “fondamentali” mentre le regole deriverebbero il loro fondamento dai principi, e così via. La tesi di Alexy si discosta da queste, ma come si vede in qualche modo le ricomprende:

il punto decisivo per la distinzione tra regole e principi è che *i principi (Prinzipien)* sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione, *pre-*

*cetti di ottimizzazione (Optimierungsgebote)*, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche. L'ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti. Al contrario, le regole (*Regeln*) sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate (Alexy, 2012:106-7).

Questa definizione e l'argomentazione attraverso la quale i principi vengono distinti dalle regole rispecchiano grosso modo le tesi centrali del neocostituzionalismo. Che il diritto abbia una funzione politica è pacifico, e altrettanto è pacifico che il diritto sia il prodotto di una decisione politica (di molte decisioni politiche, in realtà). Il diritto, però, possiede anche un'intima natura politica, che si esprime soprattutto nei principi, i quali indicano una direzione che deve essere intrapresa e obiettivi che devono essere raggiunti. Certo, anche le regole lo fanno: per esempio, "vietato parcheggiare sul lato destro della strada" esprime l'obiettivo di lasciare libero il lato destro della strada. Ma la regola, appunto, può essere realizzata (obbedita, adempiuta) o non realizzata (disobbedita, violata), cioè può solo raggiungere o non raggiungere immediatamente il proprio obiettivo e, in caso che non lo raggiunga, innesca la "risposta controfattuale" (così nel lessico di Niklas Luhmann) della sanzione.

Il principio, invece, indica sì una direzione che deve essere imboccata e un obiettivo che deve essere realizzato, però ammette che questa direzione possa non essere lineare come nel caso delle regole, che possa essere più tortuosa, e che gli obiettivi possano essere realizzati parzialmente, stanti le condizioni fattuali e giuridiche. Un esempio di questa differenza tra le prime e i secondi può essere trovato nell'art. 3 della nostra Costituzione, il cui primo comma indica un obiettivo che deve essere realizzato *tout court* – l'uguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge – e il cui secondo comma indica un processo per la realizzazione di un altro obiettivo – l'uguaglianza sostanziale – precisando che lo Stato ("la Repubblica") ha il compito di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la piena uguaglianza tra i cittadini. Il primo comma esprime una regola (i cittadini hanno pari diritti e pari doveri) e il secondo

comma esprime un precetto di ottimizzazione: realizzare nel massimo grado possibile l'uguaglianza sostanziale, rimuovendo gli ostacoli di fatto ("gli ostacoli di ordine economico e sociale" che limitano di fatto "la libertà e l'uguaglianza dei cittadini"). Storicamente, questo obiettivo viene perseguito mediante le cosiddette "azioni positive", che prendono la forma tipica di provvedimenti che agevolano determinate categorie di cittadini considerate penalizzate da circostanze di fatto in determinate situazioni o in determinate attività. Per esempio, vengono emanati provvedimenti che incentivano l'imprenditoria femminile con sgravi fiscali o con contributi agevolati o a fondo perduto, oppure provvedimenti che tutelano particolari minoranze linguistiche o etniche, o che conferiscono contributi a scuole speciali per i non vedenti, e così via.

Come scrive Alexy, «chi vuole produrre l'uguaglianza fattuale deve accettare la disuguaglianza giuridica» (Alexy, 2012:446), e non potrebbe che essere così: tutte le "azioni positive" volte alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, infatti, si traducono in altrettanti trattamenti disuguali dei cittadini, perché conferiscono a gruppi di essi diritti che gli altri non hanno (il diritto a ricevere un contributo, per esempio). Per di più, non è detto che si intervenga nello stesso momento in favore di tutti i gruppi svantaggiati; anzi, la normalità è che si intervenga ora a favore di un gruppo e ora a favore di un altro, a seconda della situazione di fatto: la gravità della disuguaglianza sostanziale, certo, ma anche la disponibilità di risorse.

In tutti i casi in cui si produce una norma che ha lo scopo di ridurre uno specifico ostacolo per la libertà e l'uguaglianza dei cittadini si sta agendo nella direzione indicata dal principio, anche se l'ostacolo non è rimosso ma soltanto indebolito e anche se altri ostacoli non vengono aggrediti. La norma che impone di realizzare l'uguaglianza formale è una regola, e prescrive che l'uguaglianza formale debba essere realizzata subito e mantenuta ferma; la norma che impone di realizzare l'uguaglianza sostanziale, fattuale, è un principio, "un precetto di ottimizzazione" che indica uno scopo e che ammette che esso possa essere raggiunto per gradi, secondo un andamento progressivo che dipende dalle circostanze di fatto.

L'idea di Alexy (e del neocostituzionalismo) è che i principi siano norme caratterizzate da un'intrinseca natura morale, e che la loro presenza all'interno degli ordinamenti giuridici – per di più svolgendovi la funzione di orientare l'interpretazione, l'applicazione e la produzione normativa – dimostri che una corretta analisi del diritto non possa esaurirsi nella descrizione e nello studio delle sole strutture formali degli elementi dell'ordinamento (le norme) e dei rapporti – ancora formali – tra di essi. Questa lettura, caratteristica del positivismo, non coglierebbe che una parte della struttura ontologica dei principi, e neppure la parte più importante. Si pensi a quanto scrive Hans Kelsen delle norme costituzionali: con l'eccezione delle disposizioni che impongono al legislatore obblighi negativi (Kelsen, 1994:127; Ferrajoli, 2007:917), le norme costituzionali sono per lo più prive di una reale natura giuridica, perché non impongono davvero nessun obbligo al legislatore. A dire il vero, la locuzione appena usata (disposizioni costituzionali che impongono al legislatore un obbligo negativo) è una crasi un po' imprecisa, perché la costituzione non può imporre nessun obbligo al legislatore, né negativo né positivo.

Quando si dice che una certa disposizione costituzionale impone un obbligo negativo al legislatore non si intende davvero che il legislatore sia obbligato, ma che le leggi con determinati contenuti che verranno eventualmente promulgate saranno dichiarate nulle da un apposito organo. Dato che non esiste nessuna procedura per reagire di fronte all'inerzia del legislatore nell'adempiere a un "obbligo positivo" stabilito dalla costituzione, le disposizioni costituzionali di questa seconda natura ("lo stato si impegna a garantire i diritti dell'infanzia", per fare un esempio di fantasia, o "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana", per tornare a citare il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana) non stabiliscono un obbligo neppure in senso metaforico, non prevedono una reazione per la loro violazione e, di conseguenza, non sono norme ma dichiarazioni programmatiche, manifesti politici, *dichiarazioni di principi o di valori*, magari cariche di un profondo significato

simbolico, ma di nessuna rilevanza giuridica. Come scrive Kelsen, nel caso di queste norme costituzionali «esiste solo una promessa solenne di emanare certe leggi, dato che per ragioni tecnico-giuridiche non si può agevolmente collegare una sanzione al fatto che non si siano emanate delle leggi di un contenuto prescritto» (Kelsen, 1967:105).

Ciò che invece fa il neocostituzionalismo è individuare nelle norme che esprimono principi un fondamentale valore giuridico, *proprio perché* esprimono valori morali. O meglio, perché *indicano* determinati valori morali, perché sono connessi a determinati valori morali, e prescrivono di realizzarli con tutti i mezzi consentiti dalle circostanze e considerando di volta in volta una scala di importanza di questi valori, che è anch'essa in gran parte dettata dalla contingenza (le situazioni giuridiche, le situazioni fattuali). I valori, come i principi, data la loro pluralità hanno un peso relativo l'uno rispetto all'altro. Tuttavia, questo peso non è dato una volta per tutte, ma viene assegnato in seguito a una ponderazione compiuta con l'impiego della ragionevolezza pratica. Per esempio, il principio di agire giustamente realizza il valore della giustizia, che è di certo un valore molto importante, forse il più importante di tutti in un sistema giuridico-politico. Tuttavia, sarebbe vano cercare in questa impostazione un imperativo del tenore del kantiano “fiat iustitia, pereat mundus”, perché il principio non è un imperativo ma un precetto di ottimizzazione che impone di realizzare un certo valore impiegando la ragionevolezza pratica, cioè tenendo conto delle circostanze di fatto. Data la loro pluralità, sia i principi che i valori possono confliggere nella prassi, e normalmente lo fanno; così, di volta in volta la ragionevolezza pratica imporrà di compiere un bilanciamento tra i principi e i valori in conflitto, che condurrà alla soluzione migliore, che realizza nel modo migliore l'obiettivo indicato dai principi “tutto considerato”. Come scrive Alexy, «che principi e valori siano strettamente connessi è evidente per due ragioni: da un lato, si può parlare di collisione e di bilanciamento tra valori così come si può parlare di collisione e di bilanciamento tra principi; dall'altro, alla realizzazione graduale dei principi corrisponde la realizzazione graduale dei valori» (Alexy, 2012:162).

Tuttavia, sebbene i valori e i principi siano mutevoli nel corso del tempo – e soprattutto è mutevole il peso che viene attribuito a questo o quel valore o a quel principio – nel diritto esiste un nucleo di principi-valori necessario che appartiene alla natura stessa del diritto. In primo luogo, il diritto deve essere *giusto*; in secondo luogo, il diritto deve essere *certo*. Messa così, questa affermazione (soprattutto la sua prima parte, ovviamente) potrebbe far concludere che la teoria non sia altro che una riproposizione del giusnaturalismo, ma le cose non sono così nette. Certo, è vero che Alexy con la sua rivalutazione analitica della formula di Radbruch ammette che il diritto “intollerabilmente ingiusto” non è diritto (v. il saggio di Alexy in questo volume) e con questo apre più di uno spiraglio ad argomentazioni giusnaturalistiche di natura sostanziale, ma la questione che qui ci interessa è prima di tutto di natura formale e ontologica assieme. Dire che viene considerato giusto un ordinamento giuridico che afferma determinati valori significa, dalla prospettiva del partecipante, affermare che esiste una pretesa che il diritto affermi determinati valori e che questa pretesa è soddisfatta, almeno in un certo grado. Ora, nota Alexy, ci sono delle pretese che esistono sempre, indipendentemente da quali altri pretese vi siano; il che, in altre parole, è come dire che quali che siano i valori o i principi considerati politicamente giusti vi è sempre un valore che rimane lo stesso, cioè che viene considerato da tutti come qualcosa che il diritto deve affermare e deve perseguire, perché partecipa della stessa essenza del diritto, della sua “natura”, e che si colloca al centro di ogni struttura che può essere definita “diritto”.

Il punto archimedeo di tale struttura è l’argomento della correttezza. Tutti gli altri argomenti ruotano intorno a questo centro.

L’argomento della correttezza afferma che le norme giuridiche individuali e le decisioni giuridiche individuali, oltre ai sistemi giuridici nel loro complesso, necessariamente dispiegano la pretesa di correttezza. Ronald Dworkin ha mosso un’obiezione: se gli operatori del diritto sollevano delle pretese, ciò però è una questione di fatto e non una questione di necessità (Dworkin, 2010b:134). Questa obiezione però potrebbe essere rigettata qualora fosse possibile dimo-

strare che la pretesa di correttezza è necessariamente implicita nel diritto, a prescindere pure dalle intenzioni dei suoi operatori. Qui, si tratta di mostrare come l'esplicita negazione della pretesa di correttezza comporti una contraddizione (Alexy, 2002:35-9). Un esempio è un immaginario primo articolo di una costituzione che reciti: X è una repubblica sovrana, federale e *ingiusta* [v. ancora il saggio di Alexy in questo volume]. Ora, la giustizia conta come un caso speciale di correttezza, poiché la giustizia non è nient'altro che corretta distribuzione e compensazione. Quindi, la contraddizione nel nostro esempio non è soltanto una contraddizione rispetto alla dicotomia di giusto ed ingiusto ma anche una contraddizione rispetto alla dicotomia di corretto ed incorretto.

Inoltre, nel suddetto esempio [...], la contraddizione tra ciò che è implicito e ciò che è esplicito è necessaria. Essa potrebbe essere evitata solo se fosse abbandonata la pretesa implicita. Ma fare questo rappresenterebbe una transizione da un sistema giuridico a relazioni di nudo potere (Alexy, 1998a:213-14). Così, il nostro esempio dimostra che il diritto e la pretesa di correttezza non sono solo connesse da ragioni contingenti e prudenziali, ma anche – e questo va un bel po' più oltre –, da ragioni di natura necessaria (Alexy, 2015:10-11).

L'idea che per avere qualcosa che si possa chiamare “diritto” non sia sufficiente un insieme di disposizioni normative positivizzate sembra talvolta essere accettata anche dai positivisti (sul versante giusnaturalista, è ovvio). Lo stesso Kelsen afferma che le norme giuridiche sono elementi di un “sistema” che le collega le une con le altre, e H.L.A. Hart sostiene che ogni sistema che possa essere definito diritto debba possedere un “contenuto minimo di diritto naturale”, cioè deve possedere caratteristiche che tengano conto di alcune “ovvie verità” «per cui, ammessa la sopravvivenza come fine, il diritto e la morale devono avere un contenuto specifico» (Hart, 1965:225)<sup>1</sup>. Nel primo caso, è necessaria una struttura formale di un tipo ben preciso – un sistema – perché si

---

<sup>1</sup> Le “cinque ovvie verità” sono la vulnerabilità umana, l'uguaglianza approssimativa degli uomini, l'altruismo limitato, le risorse limitate, la comprensione e la forza di volontà limitate (Hart, 1965:226-32).

possa avere un ordinamento giuridico e quindi il diritto (per Kelsen, come è noto, diritto e ordinamento giuridico coincidono); nel secondo caso, un sistema che possa dirsi giuridico, che possa essere classificato come “diritto” deve possedere anche alcune caratteristiche di contenuto, visto che ciò che ci si aspetta dal diritto è che sia un’istituzione sociale finalizzata alla continuazione dell’esistenza, non che sia il regolamento di un club di suicidi (Hart, 1965:224).

Invero tanto la tesi del “sistema” come quella del “contenuto minimo del diritto naturale” non infrangono la tesi dell’esclusiva positività del diritto, in quanto possono leggersi come riformulazioni tautologiche di questa, là dove se ne accentua un carattere che in quel carattere comunque è necessariamente insito. Infatti il carattere di “sistema” che Kelsen dà al diritto è tutto dentro il punto di vista giuridico, a partire dall’affermazione che la “norma fondamentale” è non “posta”, bensì “presupposta”. Il giurista per operare giuridicamente non potrebbe dunque che essere sempre sistematico. E il “contenuto minimo di diritto naturale” anch’esso c’è sempre e dipende dal carattere di ordine di norme del diritto medesimo, così come esso è inteso dal giudice o da colui che maneggia le norme di giudizio, quelle di secondo grado che rendono operative le prescrizioni di condotta di primo grado. Così che Hart non esclude che un ordine giuridico possa anche assumere le caratteristiche di una società in cui i sudditi siano come poveri animali mandati al macello.

La tesi di Alexy va ben oltre le tautologie di Kelsen e Hart. Giacché sostiene che il contenuto necessario del diritto positivo – l’oggetto della pretesa di correttezza – indichi che tra diritto e morale esiste un’intima connessione (v. anche Alexy, 1997b). E la ragione sta proprio nel fatto che quando i positivisti, nel costruire la tesi della separazione, hanno espulso dall’ambito del diritto (che per i positivisti equivale a “diritto positivo”) concetti come quello di “giustizia” hanno visto bene. Come abbiamo visto, indipendentemente da qualsiasi altra pretesa si avanzi verso il diritto, non è possibile che non sia avanzata la pretesa di correttezza. Ma

le questioni di corretta distribuzione e di corretta compensazione

sono questioni di giustizia. Le questioni di giustizia, tuttavia, sono questioni morali [...]. Questo implica che la pretesa di correttezza necessariamente sollevata nel diritto comporti una necessaria inclusione della morale nel diritto (Alexy, 2015:12-3).

Il positivismo ha ragione nel definire la giustizia una questione non giuridica, ma morale. Tuttavia, ha torto nel ritenere che il diritto possa essere conosciuto e descritto senza includere le questioni morali, almeno quelle questioni morali che definiscono il diritto così come è, cioè come un sistema dal quale sempre ci aspettiamo alcune risposte, quali che siano le altre risposte che ci aspettiamo da esso. Secondo l'argomento dei principi, la tesi di fondo elaborata dalla versione di Alexy del neocostituzionalismo, ovviamente è diritto il diritto positivo (con il solo limite dato dal non superamento della soglia dell'intollerabile ingiustizia, e su questo punto si rimanda ancora al saggio che apre questo volume), ma altrettanto «è diritto anche la totalità dei criteri di cui si deve tener conto per assolvere alla pretesa di correttezza necessariamente connessa al diritto stesso» (Alexy, 1997a:105. Traduzione modificata). Il richiamo della “pretesa di correttezza” è un'apertura molto ampia, ma non estensibile a piacimento, perché

rinvia a criteri morali senza tuttavia esplicitarli e senza fornire un solo criterio che permetta di identificarli in modo univoco. Tale apertura è inevitabile. E questa può essere accettata solo perché vi sono regole del metodo giuridico che impediscono che l'apertura conduca all'arbitrio. In particolare, tali regole impediscono che le norme statuite ed efficaci possano essere arbitrariamente rimosse facendo appello alla pretesa di correttezza. Questo è il loro compito proprio perché la certezza del diritto è un elemento essenziale della correttezza giuridica (Alexy, 1997a:107. Traduzione modificata).

Queste argomentazioni conducono a un'altra tesi forte della versione di Alexy del neocostituzionalismo, e precisamente alla tesi che il diritto possieda una duplice natura, una ideale e una fattuale; queste due dimensioni sono sempre compresenti, concorrenti e complementari l'una rispetto all'altra, e così il diritto

può essere compreso e descritto in modo soddisfacente solo se vengono osservate congiuntamente. Ancora con le parole di Alexy, in apertura di un suo celebre saggio che ha per titolo proprio *The Dual Nature of Law*,

la tesi della duplice natura sostiene che il diritto comprende necessariamente sia una dimensione reale o fattuale che una dimensione ideale o critica. Nella definizione del diritto, la dimensione fattuale è rappresentata dagli elementi della dichiarazione autoritativa e dell'efficacia sociale, mentre la dimensione ideale trova la sua espressione nell'elemento della correttezza morale (Alexy, 2010:167).

La duplice natura si rivela, in primo luogo, nel fatto che necessariamente il diritto includa due principi che hanno due nature diverse: il diritto non è concepibile se non pretende di essere *giusto* (si pensi alla norma costituzionale assurda citata in precedenza, dove l'assurdità di una norma che si dichiara "ingiusta" è evidente, perché non è questo ciò che ci aspettiamo dal diritto) e di essere *certo*. Ebbene,

il principio della certezza giuridica è un principio formale. Esso richiede conformità a ciò che è stato emanato dall'autorità ed è socialmente efficace [richiede che la decisione sia formalmente corretta: N.d.A.]. Il principio di giustizia [...] richiede che la decisione sia moralmente corretta. Questi due principi, come generalmente avviene con i principi, possono collidere, e ciò accade sovente. Né un principio può sempre subentrare completamente all'altro. Al contrario, la doppia natura del diritto esige che essi siano considerati secondo una reciproca corretta proporzione. Ciò, a sua volta, può solo essere ottenuto tramite il bilanciamento. L'idea di una soglia estrema del diritto è il risultato di un tale bilanciamento, cioè del bilanciamento tra i principi della certezza giuridica e della giustizia (Alexy, 2015:15-6).

La soglia estrema del diritto, quella che la formula di Radbruch traccia nel confine dell'intollerabile ingiustizia, viene collocata da Alexy sul limite della possibilità di questo bilanciamento. Il che produce l'importante risultato di limitare l'ampiezza dell'apertura verso la dimensione morale, che diviene un'apertura

elastica (inevitabilmente) ma anche amministrata, non estensibile a piacimento o per assecondare le regole di una qualsiasi ideologia morale normativa ritenuta per definizione “vera” dall’interprete. In questo evitando le trappole del neogiusnaturalismo più astuto e raffinato, che possiamo esemplificare nella teoria di John Finnis e dei suoi vari discepoli.

Rimane però aperta la questione del bilanciamento, o meglio di chi debba operarlo e di come questo si dia. Un bilanciamento precedente alla stessa definizione normativa dei principi – come sembra fenomenologicamente presupporre la prassi della ponderazione (che deve così operare una fuga in avanti rispetto al contenuto del principio medesimo) – sembra in qualche modo sfuggire all’esigenza di oggettività normativa che è alla radice della tesi della connessione necessaria di diritto e morale. E d’altra parte una ponderazione diretta dall’ottimalità paretiana, come quella che ci raccomanda Alexy, una volta che i principi siano definiti come “precetti di ottimizzazione”, rispinge la dimensione ideale del diritto verso quella tutta reale dell’efficienza economica.

M.L.T. & P.T.

### *Riferimenti bibliografici*

- Alexy, Robert, 1997a. *Concetto e validità del diritto* [1992], trad. di Fabio Fiore, Torino, Einaudi.
- Alexy, Robert, 1997b. *Giustizia come correttezza*, in *Ragion Pratica*, 9, 103-113.
- Alexy, Robert, 1998a. *Law and Correctness*, in *Current Legal Problems*, 51, 1, 205-221.
- Alexy, Robert, 1998b. *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* [1978], trad. di Massimo La Torre, Milano, Giuffrè.
- Alexy, Robert, 2002. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.

- Alexy, Robert, 2010. *The Dual Nature of Law*, in *Ratio Juris*, 23, 2, 167-182.
- Alexy, Robert, 2012. *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], trad. di Leonardo Di Carlo, Bologna, Il Mulino.
- Alexy, Robert, 2015. *Non-positivismo giuridico*, in *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, Esi.
- Bobbio, Norberto, 1980. *Il giusnaturalismo*, in Luigi Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, vol. IV, 1, Torino, Utet.
- Bongiovanni, Giorgio, 2013. *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in Giorgio Pino, Aldo Schiavello e Vittorio Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli.
- Devlin, Patrick, 1965. *The Enforcement of Morals*, London-Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald, 2010a. *I diritti presi sul serio* [1977], trad. di Nicola Muffato, Bologna, Il Mulino.
- Dworkin, Ronald, 2010b. *La giustizia in toga* [2006], trad. di S.F. Magni, Roma-Bari, Laterza.
- Fassò, Guido, 2001. *Storia della filosofia del diritto*, a cura di Carla Farralli, vol. III, *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrajoli, Luigi, 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Finnis, John, 1996. *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di Francesco Viola, trad. di F. Di Blasi, Torino, Giappichelli.
- Guastini, Riccardo, 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Hart, H.L.A., 1965. *Il concetto di diritto* [1961], trad. di Mario A. Cataneo, Torino, Einaudi.
- Kelsen, Hans, 1967. *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], trad. di Renato Treves, Torino, Einaudi.
- Kelsen, Hans, 1994. *Teoria generale del diritto e dello Stato* [1945], trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Etas.
- Ross, Alf, 2001. *Diritto e giustizia* [1952; 1958], trad. di G. Gavazzi, Torino, Einaudi.