

FRANCESCO VIOLA

LA TEORIA DELLA SEPARAZIONE
TRA DIRITTO E MORALE

1. I TERMINI DEL PROBLEMA

Questo scritto non si propone di offrire una rassegna completa dei molteplici modi d'intendere la separazione tra diritto e morale, ma più modestamente intende mostrare che sotto la stessa etichetta si nascondono cose ben diverse e che, quindi, la tesi della separazione è equivoca. Di conseguenza non può essere usata per caratterizzare univocamente una linea di pensiero giuridico, ma essa stessa riceve il suo particolare significato dalla teoria del diritto e/o della morale a cui fa riferimento.

Dobbiamo innanzitutto precisare che qui ci occuperemo soltanto della separazione come *teoria* e non già come *ideologia* o esigenza etico-politica. Segnali provenienti da diverse parti inducono a ritenere che oggi alla teoria della separazione si dia sempre meno credito. Dobbiamo, pertanto, osservare se quest'eclissi della teoria non sia ben giustificata da vizi all'origine.

È opinione diffusa che, nonostante la varietà delle concezioni giuspositiviste, esista (o sia esistito) un minimo comune denominatore tra esse, che risiede nella necessità di separare il problema della validità o dell'esistenza del diritto da quello della sua giustizia o della valutazione della sua bontà. Tutti gli studiosi, che si sono cimentati nell'arduo compito di fissare i caratteri del giuspositivismo, hanno inserito tra questi la separazione del diritto dalla morale. Ma ciò non può bastare per qualificare come giuspositivista una teoria del diritto specie se si considera che vi sono modi molto diversi d'in-

tendere la separazione (1). In ogni modo non è la questione della definizione del giuspositivismo che vorrei qui discutere (2). Non sono interessato alle etichette, ma ai contenuti di pensiero.

Uno sguardo più attento scorderà accanto alla tesi della separazione una precomprensione del diritto (e/o della morale) o un assunto teorico (o meta-teorico), che influiscono sul modo d'intendere la separazione stessa e, d'altra parte, sono da essa influenzati. Il ruolo della tesi della separazione è nel migliore dei casi quello di comprimario, mai quello di primo attore. Per questo nell'esplorare la varietà delle concezioni separatiste dobbiamo tener conto dell'ambiente teorico in cui si muovono e dei "valori" che attraverso esse s'intendono difendere.

È ovvio che tra diritto e morale si possono ipotizzare tre tipi di relazione: la connessione, la distinzione e la separazione (3).

La *connessione* è rilevante quando è necessaria, in quanto tutti concordano che i contatti tra diritto e morale di fatto non mancano. Una connessione è necessaria quando nella definizione del diritto entrano a far parte elementi della morale (o viceversa), sicché sia impossibile definire l'una senza far ricorso all'altra.

La *distinzione* implica che il diritto e la morale possano ricondursi ad un genere comune, di cui sono parti (ad esempio, l'orizzonte comune della ragion pratica). Tuttavia, all'interno di quest'ambito comune, hanno un'autonomia concettuale relativa, sicché l'uno possa definirsi senza far ricorso direttamente all'altra, pur dovendo entrambi riferirsi allo sfondo comune. Se, ad esempio, si ritiene con Scarpelli che l'etica si articoli nelle tre parti della mo-

(1) Al contrario Hart ritiene che il positivismo giuridico significhi "la semplice tesi secondo cui non è in nessun caso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfino certe esigenze della morale, anche se nella realtà esse hanno spesso fatto questo". H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1965, p. 217.

(2) Cfr. per questo, tra gli altri, E. OPOCHER, *Diritto e morale nella scienza giuridica contemporanea*, in *Atti dell'VIII Congresso nazionale di Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano 1971, pp. 11-22.

(3) Per una rassegna (anche se incompleta) dei vari tipi di relazione tra diritto e morale cfr. W. T. BLACKSTONE, *Law and Morality: the Hart-Dworkin Debate and an Alternative*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1979 (65), pp. 77-95.

rale, della politica e del diritto, il problema cruciale è quello della loro distinzione.

La *separazione* è significativa solo quando è totale, cioè quando diritto e morale sono concepiti come entità assolutamente eterogenee. Per esprimerci rozzamente, sono entità assolutamente separate l'albero e la pietra, ma non già l'ontano e la betulla. La separazione dovrebbe implicare l'appartenenza a piani ontici diversi o a statuti epistemologici differenti. Infatti la separazione tra diritto e morale ha tradizionalmente alle sue spalle l'abissale divisione humanea tra essere e dover essere.

Naturalmente ognuna di queste tre possibilità è suscettibile di gradazioni diverse. Diritto e morale possono essere più o meno connessi, più o meno distinti, più o meno separati. Ma allora sarà sempre più difficile classificare esattamente quelle teorie che non realizzano il modello allo stato puro e che sono solitamente le più numerose. Vi saranno teorie di confine sospese tra l'una e l'altra soluzione. Fino a che punto una separazione debole non diventa una distinzione? fino a che punto una distinzione debole non diventa una connessione? fino a che punto una connessione debole non diventa una distinzione o, addirittura, una separazione? fino a che punto una distinzione forte non diventa una separazione? A queste domande non sempre è possibile dare una risposta precisa. Ma questo non fa venir meno il modello o l'archetipo ideale. Esso è rafforzato dalla convinzione che esistono concezioni che lo realizzano in grado elevato o soddisfacente. Ma quando si può affermare che una teoria dei rapporti tra diritto e morale sia una "soddisfacente" tesi separatista?

Tale questione conduce ad esaminare alcune rilevanti teorie della separazione per vedere se esse sono "soddisfacenti", cioè se giustificano la convinzione di una vera e propria separazione tra diritto e morale.

La prima e più evidente difficoltà riguarda il modo di concepire il diritto e la morale. Sotto questi termini si nascondono cose molto diverse tra loro. A quale di esse ci si riferisce quando si parla di 'diritto' e di 'morale'? 'Diritto' sono le norme o, più in generale, i materiali giuridici, ma 'diritto' è anche un'attività, quella

ad esempio, del porre norme giuridiche, di applicarle, di osservarle o di violarle. Quest'ultimo aspetto non è trascurabile per il nostro problema, poiché uno degli obiettivi della teoria della separazione è proprio quello di neutralizzare il più possibile l'arbitrio dei giudici e l'influenza che la loro morale personale può avere sulla decisione giudiziale.

C'è ancora da notare che, se per 'diritto' s'intende un sistema normativo nazionale, è possibile che le sue parti (diritto civile, costituzionale, penale...) si rapportino alla morale in modo diverso. La separazione potrebbe valere per il diritto civile, ma non — mettiamo il caso — per quello penale. Bisognerebbe allora distinguere una separazione settoriale da una separazione totale, che è in realtà solo quella qui rilevante.

Credo, inoltre, che sia necessario non confondere tra loro le teorie che intendono separare il diritto dalla morale da quelle che sono in primo luogo interessate a separare la scienza del diritto dalla scienza della morale. Bisogna osservare se la tesi della separazione si annidi nella teoria del diritto o nella teoria della scienza giuridica. Questa è una prima fonte di ambiguità nei discorsi sulla separazione, poiché non di rado si passa inavvertitamente dal discorso teorico a quello meta-teorico (e viceversa) senza rendersi conto che in tal modo la tesi della separazione cambia di significato. Non voglio con ciò negare che non vi siano rapporti tra diritto e scienza del diritto, anzi lo slittamento continuo dall'una all'altra è una prova della loro stretta connessione. Tuttavia è senza dubbio possibile distinguere tesi della separazione che si collocano direttamente sul piano della teoria e tesi della separazione prevalentemente meta-teoriche. Può anzi sorgere il problema se una posizione implichi necessariamente l'altra, se un sostenitore della separazione debba esserlo necessariamente sia sul piano della teoria del diritto che in quello della teoria della scienza giuridica.

A livello della meta-teoria un'ulteriore complicazione viene dal fatto che bisogna osservare fino a che punto i rapporti necessari tra teoria della scienza giuridica e teoria della scienza in generale condizionino la tesi separatista. La teoria della separazione, che ha le sue radici nella metagiurisprudenza, può essere ricondotta ancor

più a monte, cioè alla filosofia della scienza, ovvero dipende esclusivamente dalla specificità della giurisprudenza?

Infine, un altro aspetto a cui prestare attenzione riguarda il modo di concepire la morale, l'etica e la meta-etica. Troppe confusioni sono state causate da un'inadeguata ed imprecisa caratterizzazione dell'ambito della problematica morale a cui si fa riferimento.

Qui, seguendo Kelsen, preferisco usare 'morale' per indicare l'oggetto e 'etica' per indicare la scienza che lo studia. Come non bisogna confondere il diritto con la scienza del diritto, così non bisogna confondere la morale con l'etica. La separazione dividerà non solo il diritto dalla morale, ma anche la scienza giuridica dall'etica.

Com'è noto, per 'morale' può intendersi la morale positiva, ma anche la morale ideale (e quella critica); ci si può riferire alla morale sociale, ma anche a quella personale; si può aver riguardo alla morale del dovere, ma anche a quella della felicità (4). Da quale morale si deve considerare separato il diritto?

Una vera e propria teoria della separazione dovrebbe essere in grado di mantenersi tale nei confronti di qualsiasi dimensione della moralità. Di fatto, però, le teorie della separazione come assumono una definizione di 'diritto', così implicano una particolare concezione di 'morale'. Ciò significa che la tesi della separazione di per sé considerata non è una teoria, ma solo un orientamento, cioè la tendenza a difendere l'autonomia del mondo giuridico nei confronti di quello morale. Ma, quando si vuole trasformare l'orientamento in una teoria della separazione, allora si presenta la difficoltà di abbracciare in un'unica concezione e in modo esaustivo tutta la varietà dell'esperienza morale, che è molto più ricca e variegata di quella giuridica.

Sul piano della meta-etica non c'è dubbio che il dibattito tra cognitivismo e non-cognitivismo non può restare senza effetto sulla

(4) Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, a cura di L. Gianfrancesco e E. Lecaldano, Laterza, Bari 1986, p. 224 ss.

tesi della separazione. È ovvio che esso agisce direttamente nei confronti della versione epistemologica della separazione, quella che si concentra più sulla scienza del diritto che sul diritto, più sull'etica che sulla morale. A prima vista potrebbe sembrare che la filosofia della morale non possa avere un influsso rilevante a questo proposito. Se è vero che la formulazione più radicale della tesi della separazione comporta una considerazione del diritto e della morale come ambiti assolutamente eterogenei, allora, anche se si potesse ammettere l'esistenza di una morale oggettiva e assoluta, si dovrebbe continuare a considerare il diritto come separato da essa. La tesi della separazione dovrebbe essere indipendente dall'assolutismo o dal relativismo morale ⁽⁵⁾. Il separatista più conseguente è colui che potrebbe anche sostenere il cognitivismo etico senza dover rinunciare alla separazione. Ma, se adottassimo un criterio così rigoroso, forse solo Bentham supererebbe la prova e anche questo non è neppure così sicuro. Di fatto il non-cognitivismo etico ha esercitato ed esercita un rilevante influsso sulla teoria della separazione. Bisogna riconoscere che una delle ragioni principali della fortuna della separazione risiede nell'esigenza di liberare il diritto dalle oscillazioni e dalle incertezze della morale. Come la morale razionale del giusnaturalismo moderno aveva avuto la funzione di assicurare un terreno comune dopo il crollo dell'universalismo religioso e di quello politico, così la separazione risponde alla stessa esigenza in seguito al crollo dell'universalismo morale.

Queste sono le coordinate principali entro cui inquadrare il tema della separazione tra diritto e morale. Si può notare che tutte sono governate dalle due direttrici fondamentali del diritto e della morale, da una parte, e della scienza del diritto e della scienza della morale dall'altra. D'altronde la teoria della separazione porta in sé due istanze prevalenti: quella della certezza del diritto, che è un valore etico-politico, e quella della possibilità della scienza giuridica, che è un valore epistemologico. Per questo distingueremo in questi due settori la nostra trattazione.

(5) Bobbio infatti nota, contro Cattaneo, che il giuspositivismo non è legato essenzialmente ad una filosofia della morale. Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1977³, pp. 150-151.

2. LA SEPARAZIONE TRA DIRITTO E MORALE SECONDO BENTHAM

Considereremo il pensiero di Jeremy Bentham come rappresentativo della separazione riguardante l'oggetto-diritto. D'altronde egli viene universalmente ritenuto il capostipite della lunga serie dei sostenitori della tesi della separazione per avere per primo (6) tracciato una ben precisa linea divisoria tra il diritto *com'è* e il diritto *come deve essere* (7).

Il passo più famoso, a cui si fa spesso riferimento, è il seguente :

"To the province of Expositor it belongs to explain us what as he supposes, the Law is : to that of the Censor, to observe to us what he thinks it ought to be. The former, therefore, is principally occupied in stating, or in inquiring after facts: the latter, in discussing reason... To the Expositor it belongs to shew what the Legislator and his underworkman the Judge have done already: to the Censor it belongs to suggest what the Legislator ought to do in future" (8).

Qui è chiaro che la distinzione tra le due forme della giurisprudenza, quella espositiva e quella censoria, è governata dalla separazione dei loro oggetti, il diritto *com'è* e quello *come deve essere*. L'obiettivo dichiarato di Bentham è quello di separare nettamente la questione della giustizia della legge da quella della sua esistenza o validità, questioni che sono confuse sia dalle dottrine giusnaturalistiche che dal *Common Law*. Pertanto, la separazione

(6) La pretesa di Fichte di avere elaborato per primo la separazione tra diritto e morale ha valore solo nei confronti del concetto idealistico di moralità. Cfr. C. CESA, *Il cammino dell'eticità. Dall'età dei Lumi a Hegel*, in « *Fondamenti* », 9, 1987, p. 22. Trascurerò anche del tutto il pensiero di Kant, poiché senza dubbio la sua è una teoria della distinzione tra diritto e morale.

O (7) Cfr. per tutti H. L. A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in H. L. A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Giuffrè, Milano 1964, pp. 107-166.

(8) J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, in *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, eds. J. H. Burns and H. L. A. Hart, The Athlone Press, London 1977, Preface, p. 397.

del diritto come fatto dal diritto come valore implica soltanto una distinzione tra le scienze relative, che appartengono entrambe all'ambito della *jurisprudence*. L'indubbia attenzione di Bentham per l'epistemologia giuridica non conduce ad una separazione meta-teorica tra scienza del diritto e scienza della morale, ma si risolve in un'opera di pulizia linguistica e concettuale interna allo studio del diritto. Bentham nella sostanza afferma che non bisogna confondere questioni diverse, che esigono una biforcazione della *jurisprudence* in due rami distinti. In più, egli non estende indiscriminatamente questa distinzione epistemologica, ma tende anzi a restringerla nei confronti della *universal jurisprudence*. Egli insiste sulla distinzione tra giurisprudenza espositiva e censoria a livello dei sistemi giuridici particolari, ma molto meno agli altri livelli, specialmente quando si tratta di una riflessione generale sulla natura e sulla forma propria del diritto (9).

Per tutte queste ragioni si deve ritenere che Bentham abbia di mira direttamente la separazione tra diritto e morale e non già quella tra scienza del diritto e scienza della morale. Mi limiterò qui ad elencare alcune ragioni che rendono la teoria benthamiana della separazione molto meno radicale di quanto comunemente si creda e che nel migliore dei casi ne indeboliscono notevolmente la portata.

2.1. *Il diritto come fatto sociale.*

Lyons ha sostenuto che la *separation thesis* ha origini morali, non già logiche o concettuali, e che proprio la teoria benthamiana è una prova evidente di quest'affermazione (10). La tesi della separazione è, infatti, per Bentham un modo di combattere non solo le dottrine del diritto naturale, ma anche un sistema giuridico basato sul *Common Law*, che confonde il diritto esistente con il diritto giusto, paralizzando ogni possibilità di critica e di mutamento. L'obiettivo di Bentham sembra essere quello di rivendicare contro

(9) Cfr. G. J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford 1986, p. 308.

(10) Cfr. D. LYONS, *Founders and Foundations of Legal Positivism*, in « *Michigan Law Review* », 1984 (82), pp. 730-732.

Blackstone uno spazio proprio per la giurisprudenza censoria e non già primariamente quello di garantire l'autosufficienza della giurisprudenza espositiva, che invece sarà il motivo della fortuna successiva della *separation thesis* (11). Ciò d'altronde è in piena sintonia con l'atteggiamento riformista o etico-politico che tanto sta a cuore a Bentham. Bisogna sostenere la separazione tra diritto e morale per ragioni morali.

Si può obiettare che ciò non significa che la separazione stessa sia contraddittoria. Bisogna infatti ben distinguere tra sostenere una teoria del diritto che non faccia ricorso ad argomenti morali o valutativi e sostenere che la difesa di questa teoria non debba far ricorso ad argomenti morali o valutativi (12). La metagiurisprudenza benthamiana è senza dubbio prescrittiva (13). Ma — come abbiamo già notato — la sua tesi della separazione si colloca sul piano della giurisprudenza e non già in quello della metagiurisprudenza e, quindi, da questo punto di vista non può ritenersi contraddittoria. Per saggiarne la coerenza bisogna porsi all'interno dello stesso livello di discorso in cui si muove la tesi benthamiana. Su questo piano si pongono le seguenti questioni cruciali: 1) la teoria benthamiana del diritto evita effettivamente il ricorso ad argomenti morali o valutativi?; 2) ammesso che ci riesca, si può considerare una descrizione adeguata del diritto com'è?

La risposta alla prima domanda non può essere affermativa e, in ogni caso, si deve ammettere che il modo benthamiano d'intendere la giurisprudenza espositiva è quanto meno sorprendente. La descrizione del diritto com'è dovrebbe prendere atto dell'esistenza del *Common Law* e della pratica diffusa di questo in un contesto nazionale, sviluppando una sorta di giurisprudenza sociologica. In

(11) Hart sostiene infatti che la separazione permette di elaborare una scienza del diritto dotata di una sua autonomia e per questo ritiene che è l'aspetto della teoria giuridica benthamiana più capace di resistere alle critiche. Cfr. H.L.A. HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1982, p. 243 ss.

(12) J. RAZ, *The Problem about the Nature of Law*, in «University of Western Ontario Law Review», 1983 (21), pp. 217-218.

(13) Per la differenza tra metagiurisprudenza descrittiva e prescrittiva v. più sotto il par. 3.2.

effetti Bentham ammette che il *Common Law*, che critica per la sua arbitrarietà e inefficienza, sia un fenomeno sociale e appartenga al mondo dei fatti sociali, cioè al mondo dell'essere, ma nega che possa mai costituire un vero e proprio diritto (14).

La critica di Bentham è rivolta in prima istanza nei confronti di certi fatti sociali, che, essendo indistinguibili da valori o ideologie, gettano il diritto nell'arbitrio e nell'incertezza. Bisogna allora costruire altri fatti sociali, cioè una *forma* di legge per cui sia possibile chiaramente distinguere le condizioni fattuali della validità dalla valutazione morale del contenuto della legge stessa. Bisogna " fare " della legge un vero e proprio " fatto ", cioè non controvertibile, chiaro e pubblico. La nozione di comando serve ottimamente a questo scopo. La descrizione del diritto com'è si rivela così una costruzione della mente che stabilisce le condizioni a cui deve rispondere un fatto per poter essere considerato come diritto.

"Having fixed the idea of a law... I perceived what anybody may perceive, that, in the case where the law is of the permanent kind, it was applicable only a statute law: and that as to a customary law there was no such thing existing" (15).

Qui non si vuole per nulla riprendere la facile obiezione che sottolinea la portata prescrittiva (e ben poco descrittiva) di una costruzione di fatti. Quest'obiezione non tocca infatti la sostanza del problema. Bentham non abbandona mai il piglio del riformista. Si può ammettere che, quando una costruzione di fatti è riuscita ed è efficace, allora il conclamato descrittivismo cessa di essere contraddittorio. In un regime di diritto codificato la descrizione benthamiana potrebbe forse sfuggire a quest'attacco. E sarà questa infatti la ragione della sua grande fortuna. In realtà il punto importante

(14) Il *Common Law* è definito come "*a fictitious composition which has no known person for its author*". J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, eds. J. H. Burns and H. L. A. Hart, The Athlone Press, London 1970, p. 8.

(15) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart, The Athlone Press, London 1970, p. 185.

non è questo, ma piuttosto il rifiuto di Bentham di una concezione indifferenziata del fatto sociale (16). Se il diritto è fatto, non lo è come gli altri fatti, altrimenti mancherebbe la possibilità di definirlo. Il regime di *Common Law* rende impossibile il conseguimento delle finalità del diritto e, al contempo, impedisce la possibilità di una definizione del diritto. Ma proprio a questo punto si presentano le prime vere e reali difficoltà.

Appare evidente che la costruzione del diritto come fatto è guidata da considerazioni morali e valutative. Ci sono ragioni (*reasons*) che guidano lo scrutinio di quei fatti che si candidano a sede del diritto.

Soprattutto c'è la precomprensione della finalità generale del diritto, che è quella di contribuire all'edificazione della grande fabbrica della felicità umana (*the fabric of felicity*) (17). Il diritto serve per uno scopo morale e ciò influisce senza dubbio sulla sua definizione. Si potrebbe già notare che, se vogliamo conoscere un oggetto artificiale fabbricato per un certo uso, quest'uso dovrebbe rientrare nella definizione dell'oggetto stesso (18). Se lo scopo morale rientra nella definizione del diritto, non si può sostenere la separazione tra diritto e morale almeno sul piano del diritto nel suo complesso. Ed in effetti la tendenza di Bentham è quella di evitare queste generalizzazioni. La sua attenzione va non già al diritto, espressione troppo generica e indeterminata, ma alla *legge*; la sua analisi va alla legge come fatto singolo (19).

(16) La vera e propria "separazione" che Bentham introduce è una separazione tra fatti e non già tra fatti e valori. Quest'articolazione del concetto di 'fatto sociale' presente in Bentham non è tenuta nel debito conto da D. LYONS, *Ethics and The Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1984, p. 37 ss.. Sulla differenza fra fatti empirici e fatti sociali v. R. BRANDOM, *Freedom and Constraint by Norms*, in « American Philosophical Quarterly », 1979 (16), pp. 187-196.

(17) BENTHAM, *Introduction*, cit., p. 11.

(18) Cfr. PH. SOPER, *A Theory of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1984, p. 103.

(19) " ... it will necessary to ascertain what a law is; meaning one entire but single law: and what are the parts into which a law, as such, is capable of being distinguished: or, in other words, to ascertain what the properties are that are to be found in every object which can with property receive the appellation of a law". BENTHAM, *Introduction*, cit., pp. 299-300.

2.2. *La riduzione del diritto a legge.*

Si sarebbe quasi tentati di affermare che Bentham non è il teorico della separazione tra diritto e morale, ma della separazione tra legge e morale. Ma la legge, la singola legge, non è altro che una parte della macchina del diritto, che a sua volta non è nulla di diverso della mera somma delle sue parti (20). V'è quindi la riduzione del diritto ad un corpo di leggi e una successiva riduzione di questo alle sue singole parti. Di conseguenza tutti i problemi cruciali della giurisprudenza espositiva sono concentrati nell'analisi della legge come fatto singolo, per quanto complesso.

Anche qui è chiara la presupposizione che sta alla base della "descrizione" della legge. Ancora una volta il grande regista è la morale utilitaristica. Non si può certo dire che al diritto sia estranea la fraseologia della morale (*pleasure, pain, motive, disposition...*). La legge deve avere una certa forma, perché questa favorisce il calcolo o la valutazione in termini utilitaristici (21). I comandi del sovrano posseggono una forza vincolante in quanto il sovrano crea i motivi per l'obbedienza, collegando ai suoi comandi piaceri per l'osservanza e sofferenze nel caso di disobbedienza.

La separazione, infatti, è diretta a liberare la giurisprudenza censoria, che potrà svilupparsi adeguatamente solo nei confronti di norme giuridiche dotate di certezza, chiarezza e pubblicità. Le esigenze della valutazione etica premono verso la preferenza per una determinata forma di legge. Questa forma favorisce più di tutte le altre la connessione con la morale e la valutazione morale. Allora è evidente che i "fatti" sono costruiti da una teoria che porta in sé anche aspetti morali e valutativi.

(20) "A body of laws is a vast and complicated piece of mechanism, of which no part can be fully explained without the rest. To understand the functions of the balance-wheel you must take to pieces the whole watch: to understand the nature of a law you must take to pieces the whole code". *Ibidem*, p. 299. Questa è la più efficace e realistica formulazione di una concezione tecnologica del diritto che io conosca. Cfr. anche K. OLIVECRONA, *The Will of the Sovereign: some Reflections on Bentham's Concept of "A Law"*, in «The American Journal of Jurisprudence», 1975 (20), p. 98.

(21) 'Value' è sempre per Bentham sinonimo di 'calcolo' e 'misurazione'.

Bentham non rifiuta il *Common Law*, perché in esso è presente una valutazione morale, ma perché questa è arbitraria, incerta e non fondata su basi utilitaristiche. Bentham rifiuta la morale sottostante il *Common Law* e, conseguentemente, la struttura giuridica che la favorisce.

Si può forse considerare la forma benthamiana di legge come dotata di una moralità interna in quanto già per la sua stessa struttura, indipendentemente dal contenuto, fornisce ragioni per un'obbedienza razionale. Queste ragioni possono essere superate da una considerazione più adeguata dell'utilità generale, ma in se stesse costituiscono una sorta di "minimo etico" utilitaristico presente nella legge come fatto sociale (22). D'altronde è noto che la concezione benthamiana del comando non è affatto uguale a quella hobbesiana. Il comando non si fonda sull'autorità di chi comanda, non blocca i processi del normale ragionamento deliberativo, ma fornisce ragioni per un'obbedienza razionale. L'ideale di Bentham è quello di guidare i comportamenti con la ragione non con la volontà, fosse solo la ragione di evitare la sofferenza conseguente alla pena (23). E questo è lo stesso ideale del giusnaturalismo.

Per tutte queste ragioni Bentham non può essere ritenuto un teorico della separazione tra morale e diritto (24) e si comprende bene come possa essere accusato di avere infuso il suo ideale di moralità nel diritto, dotando il giuspositivismo di un peccato d'origine (25). Altri ritengono che l'uso della '*separation thesis*' come chiave di volta dell'interpretazione del pensiero di Bentham sia illegittimo e

(22) Solo in base a questo presupposto può acquistare senso il motto benthamiano "*To obey punctually; to censure freely*". L'obbedienza deve avere le sue ragioni.

(23) Austin, non già Bentham, ha introdotto l'autoritarismo hobbesiano nel giuspositivismo, poiché ha riservato ad un'élite intellettuale l'uso legittimo del principio di utilità. Cfr. POSTEMA, *op. cit.*, pp. 326-327.

(24) Ci allontaniamo, pertanto, dall'interpretazione di Cattaneo, che, però, giustamente nota che non bisogna confondere la morale con la legislazione. Tuttavia, poiché quest'ultima ha la stessa origine e la stessa natura della morale, ai fini del nostro discorso questa distinzione non mi sembra rilevante. Cfr. M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese*, Giuffrè, Milano 1962, pp. 160-162.

(25) J. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, in «*Journal of Legal Studies*», 1982 (11), p. 147.

lo conduca inevitabilmente nella stretta della contraddizione (26). In ogni caso Bentham consegna alla storia del pensiero giuridico la tesi della separazione al modo di un'esigenza e di un orientamento, ma non di una convincente teoria (27).

In un senso più ristretto e circoscritto si può trovare nel pensiero di Bentham una vera e propria separazione, ma a patto d'intendere per 'morale' unicamente quella positiva. In effetti 'moral' ha per Bentham questo preciso significato (28). La morale positiva è il regno dell'incertezza per quanto riguarda l'origine e dell'indeterminazione per quanto riguarda il contenuto. Le sue regole non si sa da dove provengano e quali esattamente siano. Ma la morale positiva appartiene al mondo dell'essere e non già a quello del dover essere e si separa dal diritto nel senso in cui un fatto è separato da un altro.

2.3. *Validità e obbligo.*

Dobbiamo ora aggiungere alcune osservazioni riguardanti l'adeguatezza della teoria benthamiana del diritto e, segnatamente, la sua descrizione del concetto di obbligo. Non intendo ovviamente riprendere le critiche alla teoria del diritto come comando che Hart ha così efficacemente sviluppato. Mi preme soltanto evidenziare alcuni nodi problematici della "descrizione" benthamiana del diritto particolarmente interessanti per il nostro tema.

Giustamente è stato notato che Bentham distingue nettamente 'validità' da 'obbligatorietà'. Il dovere di obbedienza alle leggi non viene derivato dalla loro esistenza, ma dalla loro utilità (29). Su que-

(26) In questa direzione si muovono le tesi interpretative di Postema. Questi si sforza di liberare il pensiero di Bentham dall'ipoteca della filosofia analitica nella misura in cui essa ritiene che l'analisi concettuale debba essere separata dal contesto in cui opera. "*Conceptual analysis is not sharply distinct from the enterprise of gaining an understanding of the practises and forms of life in which the concepts have their life*". POSTEMA, *op. cit.*, p. 333.

(27) Solo in questo senso può essere accolta l'esigenza di Hart di salvare la tesi della separazione, nonostante il rigetto della teoria della legge come comando.

(28) Egli, ad esempio, parla di "*moral or popular sanction*", quando non v'è una regola ben precisa a cui fare riferimento. BENTHAM, *Introduction*, cit., p. 35.

(29) CATTANEO, *op. cit.*, p. 167.

sto piano la separazione si attua solo a patto che dalla 'validità' sia eliminato ogni significato di 'obbligatorietà' (30). Ma, pur ammettendo la possibile riuscita di quest'impresa, sorgerebbe il dubbio dell'adeguatezza di una descrizione del diritto da cui fosse estraneo ogni senso di obbligo.

In effetti la validità benthamiana non significa che le leggi non siano in qualche senso già di per sé obbligatorie, ma che bisogna distinguere l'obbligo giuridico da quello politico. Il primo non è affidato come il secondo al giudizio individuale della coscienza, ma dipende dall'esistenza di segni *comuni* e *pubblici*, tra cui v'è soprattutto la disposizione generale all'obbedienza, che è il fondamento del diritto di sovranità (31). Bentham è ben consapevole che il principio di utilità, al pari del diritto naturale, non può fornire di per sé alcun criterio pubblico ben preciso e inequivocabile.

Se seguiamo l'interpretazione di Hart, tra obbligo giuridico e obbligo morale (o politico) non v'è differenza per quanto riguarda il concetto generale di 'obbligo', ma solo per quanto riguarda i criteri per stabilire quali atti siano obbligatori. Bentham può essere annoverato tra i pensatori che sostengono l'esistenza di un concetto unitario di obbligo, cioè di un elemento comune che determina il significato di obbligo sia nel contesto morale sia in quello giuridico (32). Quest'elemento comune è — com'è noto — secondo Hart la *teoria predittiva* dell'obbligo (33).

(30) È ciò che tenta Ross, distinguendo tre sensi di 'validità', di cui solo il terzo è quello morale. Cfr. A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna 1982, p. 152-153.

(31) Qui senza dubbio la legge è vista come una *pratica sociale* costituita da fatti complessi riguardanti gli atteggiamenti e il comportamento collettivo e interdipendente. Non siamo molto lontani dal "punto di vista interno" di Hart. Cfr. POSTEMA, *op. cit.*, pp. 246-249 e 335.

(32) H. L. A. HART, *Il concetto di obbligo*, in « Rivista di Filosofia », 1966 (57), p. 126 e cfr. anche dello stesso, *Obbligazione morale e obbligazione giuridica*, in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 167-199. Già l'affermazione dell'esistenza di un concetto unitario di obbligo fa scivolare la tesi della separazione in quella della distinzione.

(33) "Elemento centrale è un'idea affatto semplice: la probabilità di soffrire nel caso che si faccia o si ometta di fare un'azione. Ciò che differenzia l'obbligo giuridico dalle altre forme, è che la sofferenza rilevante proviene

Non staremo qui a ripetere le ben fondate osservazioni critiche di Hart riguardanti l'insufficienza di una teoria del diritto che trascuri la connessione normativa a vantaggio di quella predittiva. In questo luogo è ben più importante notare che una teoria predittiva come quella di Bentham reinterpreta il dover essere in modo da non renderlo più qualitativamente diverso dall'essere.

Se riconsideriamo la citazione benthamiana con cui abbiamo aperto questo paragrafo (34), possiamo notare che la differenza tra essere e dover essere è nella sostanza quella tra presente e futuro, che sono ovviamente due stati dell'essere. Non si tratta affatto della differenza tra fatto e valore, ma tra fatti che già esistono e fatti che ancora non sono, come ad esempio gli atti di disobbedienza alle leggi da parte dei cittadini, di mutamento di queste da parte dei legislatori o di applicazione delle leggi da parte dei giudici. Se i criteri per individuare i primi differiscono da quelli per individuare i secondi, ciò dipende unicamente dalla constatazione che i secondi ancora non esistono e devono trovare le loro ragioni (*reasons*) vincenti per essere posti in essere. Abbiamo già notato che al posto della separazione tra fatti e valori dobbiamo porre la distinzione tra fatti e ragioni.

Questa distinzione ha ben altra natura e significato, perché i fatti sono essi stessi ragioni per l'azione (35). Per esempio, le sanzioni giuridiche sono ragioni che conducono all'obbedienza alle leggi, così come il principio di utilità potrebbe essere una ragione per disobbedire ad esse. I fatti, in cui consiste la legge, sono ragioni certe e pubbliche, ma non esclusive ed uniche. Di conseguenza si può affermare che dal punto di vista della pratica del diritto, cioè dell'obbedienza o dell'osservanza delle leggi, non è possibile separare il diritto dalla morale. Si possono solo distinguere le ragioni presenti nel *continuum* del processo deliberativo, le ragioni appoggiate sul certo da quelle affidate al calcolo utilitaristico della coscienza indivi-

da funzionari scelti per infliggerla secondo il diritto". HART, *Il concetto di obbligo*, cit., p. 133.

(34) Cfr. sopra alla n. 8.

(35) Ciò è messo ben in luce, anche se non in diretto riferimento a Bentham, da J. RAZ, *Practical Reasons and Norms*, Hutchinson, London 1975.

duale. Ciò dimostra che la problematica dell'obbligo conduce a considerare il diritto come pratica sociale piuttosto che come "oggetto" di osservazione.

Appare così evidente che dal punto di vista operativo dell'obbligo Bentham ha presente un universo di discorso unitario, piuttosto che pluralistico, e che a queste condizioni ci si allontana — come ben ha notato Tarello (36) — dalla teoria della separazione.

Inoltre, anche questa teoria della morale è fattuale e antinormativa. Le stesse osservazioni critiche rivolte da Hart alla teoria predittiva dell'obbligo giuridico potrebbero a maggior ragione essere rivolte alla teoria predittiva dell'obbligo morale, sia se si considera la natura del dovere morale sia se ci si limita ad analizzarne l'uso. Diritto e morale appartengono allo stesso universo di discorso, che si muove verso la meta ideale di una coincidenza tra i criteri pubblici del diritto e le ragioni etiche dell'azione.

Ancora una volta si può ribadire che l'insufficienza di una teoria del diritto non normativa dipende strettamente dalla teoria della morale ad essa collegata.

3. LA SEPARAZIONE TRA DIRITTO E MORALE DAL PUNTO DI VISTA DELLA SCIENZA

Esamineremo ora alcune teorie significative che intendono la separazione in senso epistemologico. Per questo motivo non ci soffermeremo sulla dottrina di Austin, che appare molto vicina a quella di Bentham, anche se per certi versi apre la strada al versante epistemologico della separazione. Austin è più interessato al problema dell'*essere* che a quello del *dover essere* (37). La stessa concezione della legge perde il suo connotato politico e mantiene essenzialmente il suo carattere definitorio e descrittivo al fine d'individuare l'esistenza del diritto in qualsiasi società. Ma nella sostanza la posizione di Austin è identica a quella di Bentham tanto che si è

(36) Cfr. G. TARELLO, "Obbligo" e "Conflitto di obblighi", in «Rivista di Filosofia», 1966 (57), pp. 231-234.

(37) Cfr. CATTANEO, *op. cit.*, pp. 50-51 ed anche W. L. MORISON, *John Austin*, E. Arnold, London 1982, pp. 171-172.

potuto parlare di una *dottrina benthamiano-austiniana della separazione* (38).

Le teorie che sostengono la separazione dal punto di vista della scienza possono a loro volta distinguersi a seconda se la separazione è concepita come un ideale della scienza giuridica o della scienza *tout court*. È questa in realtà una distinzione molto debole, perché dietro la scienza giuridica si agita pur sempre un ideale generale di scientificità. Tuttavia — come vedremo — ha la sua importanza, perché mostra il progressivo slittamento della tesi della separazione verso i presupposti più generali del pensiero giuridico.

3.1. *Dal punto di vista della scienza giuridica (Kelsen).*

La questione dei rapporti tra diritto e morale si presenta nel pensiero kelseniano come molto complessa in quanto è collegata a temi intricati quali, tra gli altri, quello della logica delle norme e quello della sanzione. Ci limiteremo, pertanto, ad alcuni rilievi strettamente essenziali senza impegnarci in sottili analisi di ermeneutica kelseniana.

Uno dei compiti originari della dottrina pura del diritto è quello di evitare ogni confusione tra il concetto di norma giuridica e quello di norma morale e in tal modo assicurare l'autonomia del diritto dalla morale (39). Questa confusione è causata dall'intendere la norma giuridica come un imperativo al pari di una norma morale (40).

(38) Ad Austin si deve la nota affermazione: "*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another*". Ma neppure Austin è riuscito a tener fede alla tesi della separazione, eliminando dalla descrizione del diritto l'esame dei suoi fini e obiettivi. Cfr. S. E. STUMPF, *Austin's Theory of the Separation of Law and Morals*, in «Vanderbilt Law Review», 1960 (14), pp. 117 ss. L'*universal jurisprudence* di Austin consiste nella descrizione di quelle somiglianze tra sistemi giuridici differenti che sono radicate nella comune natura umana (*bottomed in the common nature of man*). Da parte sua Hart — come ha notato Sartorius — offre soltanto una versione più sofisticata della tesi austiniana della separazione.

(39) H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. di R. Treves, Einaudi, Torino 1952⁴, p. 56 e 63 (d'ora in poi citato come *DPD*).

(40) Qui bisogna notare che la posizione di Bentham è esattamente opposta. Egli intende non già la legge morale, ma quella giuridica come un imperativo.

La preoccupazione dominante è quella di evitare il danno che la mancata separazione (*sharp distinction*) arreca alla purezza della scienza giuridica e alla sua separazione dell'etica (41). Il pericolo temuto è quello della penetrazione di giudizi di valore nell'ambito della giurisprudenza. Per procedere all'eliminazione totale dei giudizi di valore dall'ambito della giurisprudenza bisogna intendere il dover essere giuridico come una particolare connessione tra fatti empirici, come un giudizio ipotetico appartenente ad una scienza che è empirica, anche se non fattuale. Qui è chiaro che l'ottica privilegiata è quella della scienza giuridica. 'Autonomia' del diritto significa autonomia della giurisprudenza.

Kelsen mette in guardia più volte dalla confusione tra scienza del diritto e diritto, tra etica e morale. Ne segue che non bisogna confondere il problema del rapporto tra giurisprudenza ed etica con quello del rapporto tra diritto e morale (42). Tuttavia proprio le premesse filosofiche del pensiero kelseniano rendono molto labile questa distinzione. Se si parte dalla "dottrina empirica per cui la realtà esiste solo all'interno della conoscenza umana" (43), allora è prevedibile che il diritto potrà essere significativamente separato dalla morale solo dal punto di vista della scienza.

Il percorso che seguiremo sarà, dunque, il seguente: prima mostreremo che la separazione tra scienza giuridica ed etica si va progressivamente affievolendo sin quasi a scomparire; poi ci soffermeremo sulla separazione tra diritto e morale per rilevare che essa è tutt'al più una *distinzione*, non sempre significativa e conclusiva.

3.1.1. *I giudizi di valore e la scienza giuridica.* — In un primo tempo Kelsen considera la morale come il luogo in cui si esercitano giudizi di valore assoluto (44). Affermare che qualcosa è

(41) H. KELSEN, *Law and Morality*, in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. by O. Weinberger, Reidel, Dordrecht 1973, p. 83.

(42) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1966, p. 74 (d'ora in poi citato come *DPD*2).

(43) H. KELSEN, *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, in H. KELSEN, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna 1981⁴, p. 442.

(44) Nel realismo giuridico non troviamo la teoria della separazione proprio

giusto significa ritenere che si tratti di un fine ultimo che non è di per sé mezzo rispetto ad un fine ulteriore. "Un simile giudizio è sempre determinato da fattori emotivi" (45). Bisogna liberare la scienza giuridica da questi giudizi morali non per il fatto stesso che sono 'moralì', ma soprattutto perché non sono 'scientifici'. Kelsen pensa la morale come il luogo di aspirazioni ideali, che, per quanto insopprimibili, sono irrimediabilmente soggettive. La morale sembra pensata come per definizione assoluta e i giudizi di valore morale come necessariamente soggettivi (46).

In un secondo tempo Kelsen prende in considerazione la distinzione tra morale ideale e morale positiva, che in fondo è l'unica suscettibile di conoscenza scientifica. Ed allora, accanto al rapporto tra scienza giuridica e dottrina del diritto naturale, che è rappresentativa della morale ideale, si pone il rapporto tra scienza giuridica ed etica, che è scienza descrittiva della morale positiva (47). Anche questo secondo rapporto viene pensato nell'ottica della separazione, ma non già perché nell'etica siano presenti giudizi di valore assoluti. Al contrario — come vedremo — c'è piena analogia tra i giudizi di valore presenti nella giurisprudenza e nell'etica. Ora la separazione significa soltanto che "la validità di un ordinamento giuridico positivo è svincolata dall'essere o non essere conforme a qualsiasi sistema morale" (48). È questa l'ottica sistemica che è fatta valere anche nei confronti della norma assoluta di giustizia e della dottrina che la sostiene. Tuttavia due punti deboli contribuiscono a far venir meno questo secondo modo d'intendere la separazione,

per la considerazione della morale come fatto sociale. Cfr. Ross, *art. cit.*, pp. 140-141.

(45) H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Ed. di Comunità, Milano 1963, p. 7 (d'ora in poi citato come TGDS).

(46) L'affermazione scientifica che un dato ordinamento sociale ha il carattere di diritto non implica un giudizio morale che quell'ordinamento sia buono o giusto. "Una teoria pura del diritto — una scienza — non può rispondere a questa domanda, perché ad essa non si può in alcun modo rispondere scientificamente". TGDS, pp. 5-6.

(47) Sia *DPD2* che *Law and Morality* hanno presente soprattutto la morale positiva e l'etica.

(48) *DPD2*, p. 83.

trasformandola tutt'al più in una semplice distinzione: la teoria dei giudizi di valore e la validità sistemica.

Innanzitutto bisogna notare che sia nella giurisprudenza che nell'etica sono presenti giudizi di valore relativi. Questi giudizi qualificano come lecito o illecito un comportamento in riferimento a norme valide. In questo senso si può considerare tale comportamento legale come "buono" o "giusto", poiché "la bontà è conformità a norma" (49). Bisogna, pertanto, distinguere i valori di diritto o legali, che sono relativi, dai valori di giustizia, che sono assoluti (50).

Nell'ottica dei giudizi di valore relativi (*juristic value judgments*) ogni sistema giuridico è morale, perché, "se si definisce il diritto come norma, questo vuol dire che è bene quello che è conforme al diritto" (51). Non si tratta ovviamente di affermare che l'ordinamento giuridico sia per ciò stesso conforme ad una data morale relativa, ma che esso stesso è una morale relativa. Ma al contempo è avvenuta una giuridicizzazione dell'etica corrispondente al positivismo morale (52). Scienza giuridica ed etica da questo punto di vista sono fratelli gemelli. Dal punto di vista dei giudizi di valore il sistema giuridico è un sistema morale tra gli altri sistemi di morale positiva (53). La sua indipendenza dai sistemi morali è esclusivamente "sistemica" e non già contenutistica.

I giudizi di valore che la scienza ammette sono solo quelli intrasistemici. Essi non riguardano le norme, che sono il fondamento di valori, ma la conformità dei comportamenti alle norme. Solo un comportamento, cioè la realtà, può *avere* valore, mentre la norma è valore (54). Tuttavia una norma consente giudizi di valore oggettivi solo a patto che la sua validità sia condizionata da fatti.

(49) Kelsen, *Law and Morality*, cit., p. 90.

(50) Cfr. J. BJARUP, *Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice*, in *Essays on Kelsen*, ed. by R. Tur-W. Twining, Clarendon Press, Oxford 1986, p. 285 ss.

(51) *DPD2*, p. 82.

(52) L. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano 1987, p. 20.

(53) La progressiva "unificazione" tra giurisprudenza ed etica è palese nella *Teoria generale delle norme*, che studia il loro oggetto comune.

(54) "Come si potrebbe valutare anche la norma che costituisce il fondamento di un valore (ogni norma valida costituisce il fondamento di un valore)?"

I fatti che condizionano la validità della norma giuridica sono l'efficacia dell'intero ordinamento giuridico totale a cui la norma appartiene, la presenza di un fatto che crei la norma e l'assenza di qualsiasi fatto che invece l'annulli (55). Questi fatti rendono verificabile oggettivamente, anche se indirettamente, il valore di diritto e forniscono una garanzia di scientificità ai giudizi di valore relativi. Lo stesso avviene nei sistemi della moralità positiva, anche se Kelsen non precisa su quali fatti essi poggino. Si deve presumere che la differenza tra l'uno e gli altri non sia da questo punto di vista significativa.

Il valore assoluto di giustizia non può invece invocare a suo sostegno alcun "fatto" ed è per questo che il giudizio corrispondente non può essere oggettivo o scientifico. Ciò non deve intendersi nel senso che non possano in generale esistere fatti come condizioni di valori, ma nel senso che non possano esistere fatti come condizioni di valori assoluti (56). Una credenza generalizzata e uniforme può forse essere invocata come verifica di un valore relativo, ma non già come verifica dell'ideale di giustizia come valore assoluto (57).

È qui evidente che l'assoluta separazione tra il diritto e la morale ideale è possibile in quanto questa non è oggettiva, cioè conoscibile scientificamente. Se lo fosse, la scienza giuridica sarebbe necessariamente connessa alla "scienza" della giustizia. Il riferimento ai "fatti" garantisce la scientificità e l'oggettività della conoscenza e costituisce lo spartiacque fondamentale tra diritto e morale ideale, tra valori relativi e assoluti, valori legali e valori di giustizia. La

Come si potrebbe valutare un valore, cioè come potrebbe un valore contenere un valore o addirittura avere un valore negativo? Un valore dotato di valore è un pleonasma, un valore in contrasto col valore è una contraddizione *in adiecto*. H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1975, pp. 6-7.

(55) *TGDS*, p. 48.

(56) Una giustizia assoluta può derivare soltanto da un'autorità trascendente, che non è un "fatto". Cfr. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 66.

(57) Kelsen esige che le questioni di giustizia possano essere risolte come i problemi della tecnica, della scienza naturale o della medicina e deluso conclude che non possono essere oggettivamente risolte. Cfr. *TGDS*, p. 13.

stessa separazione sussiste tra morale positiva e assoluta, tra etica e dottrina del diritto naturale.

È anche da notare che la dicotomia kelseniana non è tra giudizi di fatto e giudizi di valore, ma più esattamente tra proposizioni descrittive e prescrittive. Non essendo possibile descrivere la morale ideale o la morale critica, queste non possono essere oggetto di conoscenza scientifica. A loro riguardo si può solo descrivere gli atteggiamenti di credenza in valori assoluti.

3.1.2. *La validità sistemica.* — Il pensiero kelseniano non può, pertanto, fare appello ad uno dei più forti argomenti a sostegno della separazione, cioè che essa rende possibile la critica morale del diritto. Se il valore legale è il solo passibile di conoscenza oggettiva, una critica razionale di esso è irrimediabilmente preclusa.

Hart, infatti, attribuisce a Kelsen la tesi che è logicamente impossibile considerare una norma giuridica come valida e nello stesso tempo accettare come moralmente vincolante una norma che contraddice la prima (58). Il carattere sistemico della validità giuridica ha l'effetto di rendere le norme giuridiche come conclusive. Falsamente, pertanto, s'è ritenuto che il vuoto morale della norma fondamentale sia un'estrema forma della tesi della separazione. In realtà Kelsen ha eliminato la separazione, perché ha sostenuto che in base al principio dell'unità sistemica si deve negare ogni possibilità di conflitto tra le norme valide di due o più ordinamenti normativi (59). A sostegno di questa tesi c'è anche una concezione monolitica del dovere. Il dovere o è dovere o non lo è, non ci sono doveri più forti e doveri più deboli (o *prima facie*), non esiste una graduazione di obblighi. Se si è giuridicamente obbligati, non si può essere al contempo moralmente obbligati al comportamento opposto.

La ben nota svolta kelseniana a proposito della logica delle norme modifica, anche se non totalmente, questa posizione teorica.

(58) HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 246 e J. RAZ, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979, p. 134. Cfr. anche *TGDS*, pp. 378-381, 414-418.

(59) Cfr. M. J. DETMOLD, *The Unity of Law and Morality. A Refutation of Legal Positivism*, Routledge & Kegan Paul, London 1984, p. 32.

Ora Kelsen ammette che diritto e morale possano riferirsi al medesimo comportamento e, quindi, entrare in conflitto, anche se questo conflitto resta razionalmente irrisolvibile perché opera nel terreno della scelta pratica.

"Anche se tra un ordinamento morale in vigore e un ordinamento giuridico non esiste conflitto, non si può presupporre dal punto di vista della conoscenza rivolta al diritto l'invalidità dell'ordinamento morale e dal punto di vista della conoscenza rivolta alla morale l'invalidità dell'ordinamento giuridico. Per il medesimo ambito di validità non deve essere considerato valido solo un ordinamento normativo" (60).

Di fronte a questa separazione imperfetta tra ordinamento giuridico e ordinamento morale si ripropone il problema dei loro rapporti. Non bisogna, però, dimenticare che l'esclusione dell'applicazione della contraddizione logica non riguarda le proposizioni della scienza, ma il loro oggetto (61). Pertanto, si può presumere che l'unica separazione piena possibile sia quella tra scienza giuridica e etica. Ma — come abbiamo visto — la scienza giuridica ha una valenza etica. Dobbiamo ora esaminare se, ciononostante, tra giurisprudenza e etica possa individuarsi una differenza strutturale.

È ben nota la distinzione kelseniana tra ordinamenti normativi statici e dinamici. Quest'individuazione del carattere strutturale di un ordinamento di norme è stata usata (in verità più dalla letteratura kelseniana che da Kelsen stesso) per separare la morale dal diritto. I sistemi morali sono considerati come essenzialmente statici e quelli giuridici come essenzialmente dinamici. È importante stabilire se questa distinzione sia operata a livello della scienza o del suo oggetto.

Si è, infatti, sostenuto che le tesi sulla logica delle norme conducono alla totale dissoluzione della distinzione tra ordinamenti

(60) H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1985, p. 376 (d'ora in poi citato come *TGN*).

(61) *Ibidem*, p. 238.

statici e dinamici, presumendo con ciò che tale distinzione appartenga al piano delle norme (62). Tuttavia mi sembra più corretto ritenere che qui siamo non già sul piano del diritto ma della scienza giuridica, non già sul piano della morale ma dell'etica.

Se si pon mente alla differenza tra il problema della derivazione logica delle norme e quello del loro fondamento di validità, non si può non riconoscere che il carattere statico o dinamico di un ordinamento riguarda solo il secondo, poiché è collegato alla norma fondamentale, che è tema tipico della scienza giuridica (63). Se è così, allora quella distinzione non è intaccata dalle tesi sulla logica delle norme. Tuttavia resta il fatto che nella *Teoria generale delle norme* essa non ha più alcun ruolo significativo.

La ragione dell'abbandono della distinzione tra ordinamenti statici e dinamici non si può, dunque, imputare alla nuova posizione nei confronti della logica delle norme, ma al fatto che nell'ottica di una teoria generale delle norme non è più possibile sostenere alcuna differenza strutturale decisiva tra giurisprudenza e etica. Dal punto di vista della scienza la tesi della separazione fallisce. Non resta che riconsiderare l'oggetto della scienza, cioè il rapporto tra diritto e morale.

3.1.3. *La distinzione tra diritto e morale.* — Bisogna subito notare che non ci sarebbe bisogno di una teoria "pura" se nella fase della produzione e in quella dell'applicazione delle norme il diritto non fosse mescolato alle altre dimensioni della pratica sociale.

Secondo Kelsen non si possono significativamente distinguere diritto e morale in base ai comportamenti, né alla scissione kantiana tra esterno ed interno, né in base alla produzione e applicazione delle norme (64). "Una differenza fra diritto e morale si può dunque vedere non in *ciò* che viene prescritto o vietato dai due ordinamenti, bensì nel *modo* in cui essi prescrivono o vietano un certo comportamento umano" (65). È questa la ben nota tesi che vede nel

(62) Cfr. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, p. 15 e 19.

(63) Cfr. *DPD2*, p. 219 ss. e *TGN*, p. 430 ss.

(64) *DPD2*, p. 77.

(65) *Ibidem*, p. 78.

diritto un ordinamento coercitivo, che si serve della motivazione indiretta di tipo repressivo, mentre la morale si serve della motivazione diretta e, quando fa ricorso a quella indiretta, si rivolge sia a sanzioni negative sia a sanzioni positive. In più, negli ordinamenti giuridici più maturi, le situazioni sono istituzionalizzate e la loro applicazione è socialmente organizzata, mentre in un ordinamento morale positivo ogni membro della comunità può eseguire le sanzioni prescritte (66).

Non tutte queste distinzioni sono significative e conclusive. Non è significativa la distinzione tra sanzioni positive e negative, perché di fatto vi sono ordinamenti giuridici che si servono di entrambe e, se si sostiene che le sanzioni positive non sono "giuridiche", non si guarda al diritto *com'è*, ma a come *deve essere* (67).

Lo stesso argomento può essere usato a proposito della distinzione tra motivazione diretta e indiretta. Se guardiamo *com'è* la morale positiva, potremmo constatare che essa si serve della motivazione indiretta quanto il diritto. Soltanto nella prospettiva del *come deve essere* la morale, si può affermare che "mentire non è vietato a *causa* del fatto che esso deve essere disapprovato dai consociati" (68).

Resta, pertanto, come ben saldo soltanto il criterio dell'organizzazione sociale della sanzione giuridica, ma esso proprio per il suo carattere "puramente tecnico" non consente certamente di parlare di una vera e propria separazione tra diritto e morale, perché essi hanno in comune la forma, cioè il carattere normativo (69).

Dall'analisi compiuta possiamo trarre la convinzione che la teoria kelseniana della separazione fallisce se applicata ai rapporti tra giurisprudenza e etica e si trasforma nella tesi della distinzione se applicata ai rapporti tra diritto e morale. Ross ha perfettamente ragione quando considera Kelsen un *quasi-positivista*, poiché non ha mai abbandonato la convinzione che il sistema giuridico posseda in quanto tale una validità intesa nel senso di forza morale vinco-

(66) Cfr. *TGDS*, pp. 15-20 e *TGN*, pp. 208-209.

(67) Per tale questione è d'obbligo rinviare a N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, Milano 1977.

(68) *TGN*, p. 158.

(69) Cfr. KELSEN, *Law and Morality*, cit., p. 89.

lante. L'idea di una norma vera e di un dovere oggettivo è esattamente l'idea con cui opera la filosofia giusnaturalistica (70)

Kelsen è ben consapevole che, se ci poniamo dal punto di vista della *giustificazione*, non possiamo più separare in modo chiaro diritto e morale. È per questo che insiste fin dalle sue prime opere sull'eliminazione del problema della giustificazione dagli orizzonti della scienza giuridica (71). Infatti le teorie post-kelseniane del diritto, rinunciando all'ottica della fondazione per quella della giustificazione (72), hanno abbandonato conseguentemente anche la tesi della separazione. Il giustificarsi è un'esigenza in senso lato morale e conduce ad un discorso di natura argomentativa atto a far risultare mediante ragioni che qualcosa è giusto (73).

Kelsen sa anche che non si possono propriamente giustificare norme, ma solo azioni. Quando crediamo di giustificare una norma, in realtà giustificiamo il fatto di seguirla o di accettarla. La dottrina pura, infatti, elimina dal proprio orizzonte le azioni e la considerazione delle norme come guida di azioni o ragioni per azioni.

Questa gigantesca impresa di pulizia concettuale non riesce e il problema della giustificazione e quello dell'azione, cacciati dalla porta, rientrano dalla finestra.

In conclusione, si può affermare che per Kelsen la teoria della separazione ha senso solo a condizione che si abbia presente una morale assoluta e, al contempo, si neghi la sua esistenza (74). Per mantenere la separazione è, infine, necessario affermare l'assoluta eterogeneità tra dovere giuridico e dovere morale. Non possono entrambi rientrare nella medesima categoria del dover essere, perché

(70) Ross, *art. cit.*, p. 153.

(71) Cfr. *DPD*, p. 148.

(72) Cfr. F. VIOLA, *La struttura del diritto tra scienza e filosofia*, in *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, a cura di F. D'Agostino, Giuffrè, Milano 1988, p. 147 ss. e L. GIANFORMAGGIO, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, in *Etica e diritto*, cit., pp. 151-172.

(73) Cfr. U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Etica e diritto*, cit., pp. 10-12 e anche S. COTTA, *Giustificazione e obligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981.

(74) *DPD2*, p. 82.

altrimenti bisognerebbe ammettere soltanto una differenza di grado tra l'uno e l'altro e, conseguentemente, la prevalenza dell'uno sull'altro. Ma questa è l'ottica del ragionamento pratico e della giustificazione, che Kelsen vorrebbe tener fuori dalla teoria pura del diritto.

3.2. *Dal punto di vista della teoria della scienza giuridica (Bobbio).*

Dopo avere osservato le sorti della teoria della separazione nell'ambito di una concezione che si fa attenta ai rapporti tra giurisprudenza ed etica, dobbiamo salire un gradino ancora più in alto. Ora non si tratta più di aver direttamente a che fare con la definizione del diritto nei confronti della morale, né con la purezza o meno della scienza giuridica, ma più in generale con l'applicazione della conoscenza scientifica al diritto. Per questo prenderemo come campione la concezione di Bobbio, i cui prevalenti interessi epistemologici sono fuori discussione. La tematizzazione della scientificità della scienza del diritto mi appare come l'obiettivo centrale di tutto il pensiero giuridico di Bobbio. Entriamo così nell'ambito dei difficili rapporti tra positivismo filosofico e positivismo giuridico, tra le istanze dell'uno e le esigenze dell'altro, non sempre compatibili (75). Cosa ne è della teoria della separazione in questa atmosfera carica d'istanze epistemologiche? In che misura il positivismo filosofico contribuisce a rafforzare l'istanza della separazione già presente nel positivismo giuridico?

Innanzitutto bisogna notare che, quanto più ci allontaniamo dall'oggetto a vantaggio del metodo, tanto più si perdono i suoi contorni specifici. Infatti non riusciamo a trovare negli scritti di Bobbio tentativi ben precisi di problematizzazione della definizione

(75) Prendo qui le mosse dalle acute osservazioni di Pattaro che in buona parte condivido e che do per conosciute dal lettore. Cfr. E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, ora in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Ed. di Comunità, Milano 1976, pp. 451-487. Molto perplesso resto, però, di fronte agli sviluppi ulteriori di queste idee. Cfr. E. PATTARO, *Per una mappa del sapere giuridico*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. Scarpelli, Ed. di Comunità, Milano 1983, pp. 249-279.

di 'morale' (76). Non si tratta, pertanto, di stabilire i rapporti tra diritto e morale, ma più generalmente tra diritto e mondo dei valori, di cui la morale fa parte. La separazione non riguarda lo specifico della morale, ma la categoria generale del valore, che abbraccia anche la politica, le ideologie collettive, le istanze soggettive, gli interessi individuali, le emozioni e così via. Si tratta di un mondo che per la filosofia neoempirista è l'hobbesiano regno delle tenebre in quanto non rischiarato né rischiarabile dalla conoscenza scientifica. È il mondo del non scientificamente conoscibile, anche se non necessariamente irrazionale.

Allora il problema della separazione non si pone più tra diritto e morale, né direttamente tra diritto e mondo dei valori, ma più precisamente tra mondo della scienza e mondo dei giudizi di valore. Si tratterà di osservare a quali condizioni lo studio del diritto possa appartenere al primo e sfuggire al secondo. È l'appartenenza o meno della scienza giuridica al mondo della scienza che decide di una separazione così intesa.

Per questo bisognerà soffermarsi sulla teoria bobbiana della scienza giuridica. In questa rivisitazione mi limiterò soltanto a ciò che è strettamente richiesto dal nostro tema.

Com'è noto, Bobbio ha individuato due modelli di teoria della scienza giuridica (o metagiurisprudenza), uno prescrittivo e l'altro descrittivo. Poiché il rapporto tra giudizi di fatto e giudizi di valore si pone in modo diverso nell'uno e nell'altro modello, sarà necessario esaminarli distintamente.

3.2.1. *La metagiurisprudenza prescrittiva.* — Secondo Bobbio il giuspositivismo tra le altre cose è anche una teoria della scienza giuridica, in quanto prescrive un "modo di accostarsi allo studio del

(76) Ma l'immensa mole delle pubblicazioni di Bobbio non permette affermazioni così perentorie e induce alla prudenza. In ogni caso Bobbio mostra di tener sempre presente questa definizione di morale: "Intendo per «morale» un insieme di prescrizioni della condotta umana in generale, ordinate sistematicamente e gerarchicamente intorno ad alcune massime fondamentali, ispirate di solito all'accettazione di un valore considerato come preminente". N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 181. Come si può notare, siamo qui di fronte ad una morale ideale piuttosto che ad una morale positiva.

diritto" (77). In quest'orientamento impresso alla ricerca è contenuto non solo un metodo, che è ovviamente quello "positivo", ma anche una predefinizione dell'oggetto, che è il diritto come fatto, il diritto reale, il diritto qual è (78), e un certo atteggiamento nei confronti della *funzione* stessa della scienza, che è quella descrittiva e avalutativa. Si può, pertanto, affermare che questo modo d'intendere il giuspositivismo è assolutamente condizionato da una filosofia della scienza (79).

Questa filosofia introduce una separazione netta e precisa tra giudizi di fatto e giudizi di valore. La prescrizione che viene rivolta alla scienza giuridica è, dunque, quella di astenersi da giudizi di valore. L'atteggiamento positivista o "scientifico" induce ad assumere a "criterio per distinguere una regola giuridica da una non giuridica la derivazione da fatti accertabili, come l'essere stata emanata da certi organi con certe procedure, o l'essere stata effettivamente seguita per un certo periodo di tempo da un certo gruppo di persone, e non la corrispondenza o meno con un certo sistema di valori" (80).

Debbo qui notare la profonda differenza tra questa concezione e quella di Kelsen, che pure propone una metagiurisprudenza prescrittiva. Abbiamo visto che Kelsen vede nella scienza giuridica una conoscenza oggettiva di valori relativi (81). La dicotomia tra giudizi di fatto e giudizi di valore non è certamente adatta ad illustrare le

(77) Cfr. *Ibidem*, pp. 105-107.

(78) Anche questa discutibile equiparazione tra fatto, realtà ed essere appartiene alla filosofia empiristica.

(79) Pattaro ha notato che la indebita separazione tra i tre diversi sensi di 'giuspositivismo' (come approccio scientifico, come teoria e come ideologia) consente di purificarlo sul piano epistemologico e di identificarlo, almeno sotto un aspetto, con la filosofia neoempirista. La dichiarata adesione di Bobbio soltanto al giuspositivismo come *approach* è nella sostanza un atto di adesione alla filosofia positivista. Cfr. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano*, cit., p. 479.

(80) BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 106.

(81) Sulla distinzione tra assolutezza e oggettività dei valori in Kelsen cfr. O. BONDY, *Relativistic Approach to Ethics*, in S. Engel (ed.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville 1964, pp. 52-57 e, più in generale, v. T. NAGEL, *Uno sguardo da nessun luogo*, ed. it. a cura di S. Veca Il Saggiatore, Milano 1988, p. 182.

basi del pensiero kelseniano, che pure si vuole muovere all'interno di una scienza empirica del diritto, poiché Kelsen è interessato alle proposizioni descrittive di valori oggettivi e alle qualificazioni normative di comportamenti umani.

Bisogna riconoscere che la posizione kelseniana è più conforme al compito fondamentale che la giurisprudenza ha sempre avuto e deve avere, cioè quello di qualificare i comportamenti umani in base al criterio di ciò che è lecito o illecito (82). Ma ciò significa anche che i giudizi di valore non possono essere del tutto eliminati dalla scienza del diritto neppure nell'ottica di una metagiurisprudenza prescrittiva, che deve tener conto non solo della funzione della scienza in generale, ma anche di quella specifica della scienza del diritto. Qui non si tratta ancora di constatare che *di fatto* si trovano nella scienza giuridica giudizi di valore, ma di affermare che *di diritto* devono esservi o che non possono non esservi. Se si è seguaci di una filosofia che elimina i giudizi di valore dall'universo della scienza, ci si trova nella necessità di ridefinire la ragion d'essere della giurisprudenza. Si dovrà escludere che spetti alla scienza del diritto qualificare normativamente comportamenti e sostenere che il suo specifico compito sia quello di conoscere fatti o, almeno, quello di sottomettere i giudizi formulati alla verifica empirica.

Bobbio è pienamente consapevole che almeno nelle scienze sociali il fatto non è certamente quello bruto.

"La tesi che il diritto è ciò che è di fatto non porta ad escludere che tra questi fatti vi siano anche le valutazioni personali del legislatore e del giurista e del giudice: significa semplicemente che queste valutazioni diventano diritto in quanto vengono accolte, attraverso procedure stabilite e oggettivamente accertabili, nel sistema delle fonti e non per la loro maggiore o minore conformità a certi ideali di giustizia piuttosto che a certi altri" (83).

(82) Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in dello stesso, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970, pp. 157-158.

(83) BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 124.

Quindi i veri e propri "fatti", che rendono scientificamente conoscibile il diritto, sono queste procedure oggettivamente verificabili, luogo sia della certezza epistemologica sia di quella etico-politica. Con ciò la filosofia neoempirista e il giuspositivismo sembrano convergere e pienamente accordarsi. Tuttavia anche questa base fattuale non può essere sottratta nell'ambito della scienza giuridica ad una valutazione.

Criticando il giusnaturalismo, Bobbio ha giustamente affermato che, « quando due persone sono d'accordo su un fatto, non è detto che siano d'accordo sul valore da attribuire a quel fatto » (84). Non vedo alcuna differenza tra i pretesi "fatti" della natura umana, su cui il giusnaturalismo moderno poggia le sue argomentazioni morali, e i "fatti" delle procedure, a cui il giuspositivismo attribuisce un valore giuridico esclusivo. In entrambi i casi non si tratta di puri fatti, ma di una vera e propria attribuzione di valore. In entrambi i casi l'accordo significativo dal punto di vista della scienza giuridica non riguarda il fatto, ma il valore da attribuire ad esso.

Proprio per queste considerazioni si è sviluppata nell'ambito del giuspositivismo la problematica del "punto di vista interno" e dell'accettazione normativa, per cui la scelta di valore diventa prioritaria rispetto all'approccio "scientifico" (85).

Questa critica mossa contro l'approccio scientifico prescritto dalla metagiurisprudenza di Bobbio non è fondata su ragioni storiche o contingenti, quali la crisi attuale del positivismo giuridico, ma sull'inapplicabilità di principio alla scienza giuridica della rigida dicotomia tra giudizi di fatto e giudizi di valore.

3.2.2. *La metagiurisprudenza descrittiva.* — Com'è noto, nel 1967 Bobbio, facendosi attento ai condizionamenti storici della metagiurisprudenza e allo stato attuale di crisi del giuspositivismo, formula un altro modello, che è decisamente vicino al realismo giuridico (86). Ora cambia la funzione della metagiurisprudenza, che

(84) *Ibidem*, p. 174.

(85) Rinvio qui ovviamente a U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1965.

(86) Cfr. R. GUASTINI, *Norberto Bobbio teorico del diritto. III (1966-1980)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1980 (10), pp. 483-508.

da prescrittiva si fa descrittiva, cioè descrive ciò che effettivamente fanno i giuristi. Conseguentemente cambia anche l'ottica in cui si osserva la funzione della giurisprudenza. Non le si assegna più il compito "scientifico", ma ora si osserva la funzione sociale che essa storicamente di volta in volta svolge e che può essere sia descrittiva sia prescrittiva. Alla prospettiva strutturale o semantica si sostituisce quella funzionale, che ha bisogno di chiamare in causa gli effetti, i destinatari e la loro contingente percezione del ruolo della giurisprudenza (87).

In considerazione del contesto storico la metagiurisprudenza descrittiva può arrivare alla conclusione che di fatto la scienza giuridica ha una funzione prescrittiva, formula giudizi di valore e si pone come fonte di diritto. In questa luce non è più utilizzabile il criterio della distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, poiché questi ultimi sono presenti in tutte le fasi della ricerca del giurista, e non solo in quella rivolta alle regole *de iure condendo*. La stessa avalutatività come ideale etico della scienza viene considerata una ideologia a tutti gli effetti, che maschera, soprattutto, nelle scienze sociali le prese di posizione del ricercatore (88). Ce n'è abbastanza per affermare che non è più possibile nell'*approach* scientifico fare un taglio netto tra diritto qual è e diritto quale deve essere.

Possiamo, pertanto, ritenere che nell'ambito della metagiurisprudenza descrittiva non si possa in linea di principio sostenere più la tesi della separazione, ma è ancor più istruttivo osservare le modalità e le conseguenze di questa nuova ottica.

Non è esatto affermare che in tal modo si accede direttamente ad una "teoria del diritto come fatto" (89), poiché la considerazione fattuale si rivolge in prima istanza alla stessa scienza giuridica piuttosto che al diritto (90). La giurisprudenza stessa si presenta come una prassi sociale, in cui il linguaggio si definisce per l'uso in un dato contesto storico, per le intenzioni dei giuristi e per la rece-

(87) Cfr. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, cit., p. 168 ss.

(88) *Ibidem*, p. 150 e ss.

(89) è ciò che pensa Pattaro, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 467.

(90) In questo la metagiurisprudenza descrittiva di Bobbio mi sembra significativamente differire dalla concezione di Ross.

zione dei destinatari. Si dovrebbe, perciò, più esattamente parlare di una "teoria della scienza giuridica come fatto". La identificazione tra la prassi conoscitiva e applicativa con il diritto stesso è un passo ulteriore e, comunque, non spetta alla metagiurisprudenza ⁽⁹¹⁾. Ma non deve sfuggire la differenza tra la configurazione di questo "fatto", in cui consiste la scienza giuridica, e quella attraverso cui venivano pensate le procedure oggettivamente verificabili del diritto.

La giurisprudenza come *pratica sociale* è un tessuto unitario, in cui s'intrecciano in modo indistinguibile operazioni culturali che prima si era tentato di separare nelle categorie dei giudizi di fatto e dei giudizi di valore. Non solo questo "fatto" è intriso di valori, ma soprattutto è una *pratica*, non già una *procedura*. Ciò significa che non può essere esattamente isolata e circoscritta secondo le modalità di una definizione concettuale, perché essa stessa a sua volta è interna ad una pratica sociale più vasta che possiamo genericamente designare come 'esperienza giuridica'. Ci si chiederà, pertanto, se e come sia possibile identificare all'interno di un mondo vitale così complesso quel momento conoscitivo che usiamo indicare come 'scienza giuridica'. Ma non è questo il luogo per affrontare una tale questione. Solo un aspetto di essa interessa direttamente il nostro tema.

La metagiurisprudenza descrittiva di Bobbio conduce inevitabilmente ad abbandonare la separazione dei livelli di realtà e di conoscenza, che pure era richiesta dalla filosofia neoempiristica. Non è più possibile distinguere chiaramente il diritto dallo studio del diritto, la giurisprudenza dalla metagiurisprudenza. Infatti il prevalere della dimensione pragmatica e dell'uso sulla dimensione semantica e del significato non consente più di considerare il diritto come "oggetto" *su cui* riflette la scienza. Una pratica sociale non ha un oggetto al di fuori di sé, è oggetto a se stessa e per conoscerla non resta che interpretarla, ma per interpretarla bisogna in certo qual modo praticarla ⁽⁹²⁾.

(91) Bobbio non dice che il diritto è ciò che fanno i giuristi o i giudici, poiché nei contesti storici, in cui non si può affermare che i giuristi o i giudici producono diritto, quest'affermazione sarebbe errata.

(92) Cfr. R. RORTY, *Rappresentazione, pratica sociale e verità*, in *Filosofia*

Queste implicazioni non sono previste, né tanto meno volute da Bobbio e dalla sua scuola, perché non possono essere accolte dalla filosofia neoempirista e dall'epistemologia che la sostiene⁽⁹³⁾. Lo sforzo ben visibile è quello di mantenere in certo qual modo la separazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, magari capovolgendo le priorità e ritagliando spazi ridotti per la scienza all'interno delle scelte di valore. Affermare che i giudizi di valore non possono essere eliminati dal diritto e dalla scienza del diritto non significa ancora rinunciare del tutto alla separazione tra diritto e morale, ma certamente questa come teoria non può più essere sostenuta, anche se i suoi effetti si fanno ancora sentire nei tentativi ripetuti di snidare le ideologie che pervadono il diritto. Si cominciano a vedere giudizi di valore dappertutto e si intraprende una battuta di caccia senza fine nei confronti delle ideologie. Della filosofia neoempirista resta la vocazione analitica e il noncognitivismo etico, ma vola via l'empirismo.

3.2.3. *La distinzione tra diritto e morale.* — Infine dobbiamo accennare ad un modo specifico di distinguere il diritto dalla morale in base al contenuto delle regole. Bobbio — com'è noto — riprende da Kelsen la tesi per cui le regole giuridiche hanno per oggetto la regolamentazione della forza e la utilizza per distinguere le regole giuridiche da quelle morali. "Come la grammatica è la re-

⁹⁸, a cura di G. Vattimo, Laterza, Bari 1989, pp. 209-225. È questo il senso della distinzione di Dworkin tra *Semantic Theories of Law* e *Interpretive Theories of Law*. Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London 1986, p. 32 ss. e il mio, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1989 (66), pp. 336-356.

⁽⁹³⁾ Solo Giovanni Tarello, poco incline a sacrificare la realtà agli altari della "teoria", ha sottolineato la necessità di ricondurre totalmente il discorso dei giuristi alla prospettiva della pratica sociale e della cultura giuridica, intesa come l'insieme degli atteggiamenti e dei modi di argomentare degli operatori giuridici. Cfr., da ultimo, G. TARELLO, *Sulla teoria (generale) del diritto*, in dello stesso, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 391-399.

⁽⁹⁴⁾ Anche il tentativo di considerare la teoria del diritto come strumentale all'etica e alla politica è palesemente ancora ispirato dall'esigenza di salvare l'ispirazione filosofica neoempirista. Cfr. PATTARO, *Per una mappa del sapere giuridico*, cit., p. 277.

gola del linguaggio e la moda del vestire, così il diritto è la regola della forza" (95).

La forza non deve intendersi come uno strumento per sostenere le norme giuridiche, ma come l'oggetto stesso a cui queste sono dirette. Il diritto non è un complesso di regole sanzionate, ma un complesso di regole sull'uso della forza. Il suo fine è la regolamentazione del potere per sottrarlo nei limiti del possibile all'arbitrio e all'imprevedibilità.

Ovviamente questa tesi è collegata strettamente a quella che considera gli organi pubblici come destinatari diretti delle norme. L'oggetto delle norme sono i comportamenti coattivi, cioè quelli diretti ad ottenere mediante la forza certi risultati. Si tratta, pertanto, di distinguere tra le regole di condotta e quelle di organizzazione. Il diritto si occupa delle seconde, mentre la morale delle prime. Così, la regolamentazione dell'uso della forza è il *contenuto specifico* del diritto.

Avendo individuato il diritto in base alle sue regole tipiche e ai suoi specifici destinatari, Bobbio può concludere trionfalmente: "la teoria che di solito viene considerata come una delle punte estreme del formalismo giuridico è in realtà l'unica che dà una definizione del diritto, inteso come ordinamento giuridico nel suo complesso, partendo esclusivamente dal contenuto delle regole" (96).

Questa tesi è stata criticata sotto diversi aspetti (97), ma in ogni caso è chiaro che siamo sempre nell'ottica della distinzione e non in quella della separazione. Si tratta, infatti, di distinguere all'in-

(95) Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 126. Per la questione della paternità di questa tesi cfr. K. OLIVECRONA, *On the Problem of Law and Force in Recent Literature*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1976 (53), pp. 548-552 e N. BOBBIO, *Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1977, (54), pp. 414-416.

(96) BOBBIO, *Diritto e forza*, cit., p. 138.

(97) Cotta, ad esempio, ha sottolineato tra l'altro l'impossibilità di distinguere in tal modo le regole giuridiche da quelle di un'associazione a delinquere. Cfr. S. COTTA, *Giusticazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 95 e anche dello stesso, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Japadre, L'Aquila 1978, pp. 89-98.

terno delle regole del comportamento umano quelle di organizzazione. La differenza tra regola di condotta e regole di organizzazione non deve far dimenticare che anche queste ultime regolano il comportamento umano. Tale distinzione assumerebbe forse un particolare significato solo qualora si potesse mostrare — come tenta di fare Hayek (98) — che le regole di organizzazione hanno un loro statuto del tutto specifico.

D'altronde non si può escludere che anche la morale sociale si occupi delle regole di organizzazione. Ciò può darsi in un duplice senso.

Anche le norme di struttura sono sottoposte al vaglio della ragionevolezza, dell'adeguatezza o, comunque, al vaglio di criteri che non sono esclusivamente giuspositivi. S'è a ragione parlato di un "diritto naturale di struttura" (Lombardi Vallauri) e di un "diritto naturale procedurale" (Fuller). Non si tratta certo della morale in senso tradizionale, ma sicuramente di una "moralità interna" alla pratica del diritto, che basta per mettere in forse la distinzione di Bobbio.

Inoltre, la morale s'interessa delle regole di organizzazione quando si tratta di porsi il problema del loro uso. Ed allora l'attenzione si sposta dall'oggetto ai soggetti, che in questo caso sono i destinatari di tali regole, cioè gli organi pubblici. C'è una deontologia degli utenti delle regole di organizzazione. C'è una moralità propria del ruolo di giudice che non deve confondersi con i suoi valori personali, ma con l'adesione ai valori propri della società in cui opera e con l'uso conforme delle sue regole di organizzazione (Dworkin). Si può anche parlare del "buon legislatore" per indicare che ogni sistema giuridico porta in se stesso un modello morale dei propri funzionari (99).

Infine, si può notare che questa distinzione tra regole giuridiche e regole morali avvicina la morale al diritto molto più di quanto l'allontani. Il tipo di obbligatorietà che le regole di organizzazione

(98) Su cui v. le osservazioni critiche nel mio, *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino 1987², pp. 144-160.

(99) N. BOBBIO, *Le bon législateur*, ora in «Logique et Analyse», 1971 (14), pp. 243-249.

esercitano sugli organi pubblici implica l'adesione interiore, il consenso, la fedeltà alla legge, altrimenti "chi custodirà il custode?". In quali termini spiegare il dovere dei giudici di applicare le norme se non in termini "moralì"?

4. CONCLUSIONE

Abbiamo esaminato la teoria della separazione tra diritto e morale nei tre livelli di discorso in cui essa ha trovato posto: il piano dell'oggetto (fatti-valori), quello della scienza giuridica (proposizioni descrittive-proposizioni prescrittive) e quello della meta-scienza (giudizi di fatto-giudizi di valore). In tutti i casi, almeno in riferimento agli autori esaminati, ne abbiamo constatato l'insufficienza. Non intendo spingermi fino al punto da dichiarare che la teoria della separazione è insostenibile, ma soltanto che ancora non conosco una sua soddisfacente difesa. È ovvio che ciò vale solo per un modo rigoroso d'intendere la separazione, cioè quello per cui tra diritto e morale c'è radicale eterogeneità. Non vale, invece se la separazione s'intende in modo molto debole, cioè in realtà come 'distinzione'.

Il fallimento della teoria della separazione non pregiudica l'esigenza etico-politica che le sta dietro, esigenza che si fa particolarmente sentire in un regime di pluralismo morale qual è il nostro. Che il diritto debba rendere possibile la coesistenza di morali diverse non significa, però, che sia per definizione separato dalla morale. Uno degli argomenti a favore della separazione, quello del liberalismo politico, è paradossalmente morale. La neutralizzazione morale del diritto e della politica è giustificata con l'argomento morale della priorità del principio di libertà⁽¹⁰⁰⁾.

Nonostante le pecche della teoria della separazione, dal suo esame critico sono emerse alcune acquisizioni da non sottovalutare.

Bisogna ammettere che il diritto non ha alcuna connessione necessaria con una particolare morale.

⁽¹⁰⁰⁾ O. HÖFFE, « *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello stato* ». *Contributo per la fondazione di un'etica del diritto e dello stato*, in « *Fondamenti* », 1987, n. 9, p. 98.

Bisogna anche ammettere che la separazione ha il suo pieno significato solo nei confronti di una morale assoluta qual è quella professata dal giusnaturalismo moderno, ma perde di mordente nei confronti di altre concezioni della morale. Giusnaturalismo moderno e giuspositivismo stanno e cadono insieme.

Non si può non riconoscere che ogni cultura giuridica ha connessioni necessarie con la morale positiva, che il diritto positivo stesso come sistema di valori politico-sociali è una morale positiva e che in ogni sistema giuridico sono presenti *elementi strutturali di moralità*.

Infine, è ormai evidente che la teoria della separazione richiede l'identificazione del diritto come un'entità ben precisa: ad esempio, il diritto come norma o come ordinamento normativo o come rapporto intersoggettivo e, persino, il diritto come linguaggio (se questo è inteso come "oggetto"), mentre una diversa ottica, che mira a cogliere all'interno di una pratica sociale complessa e del ragionamento pratico i percorsi giuridici, deve tener conto delle frequenti interrelazioni e delle continue interdipendenze tra il diritto e la morale.

Le tradizionali categorie della connessione, della distinzione e della separazione vanno, pertanto, perdendo progressivamente la loro capacità ermeneutica nei confronti di una situazione complessa, che vede, da una parte, con la crisi della morale del dovere a vantaggio di quelle della felicità ⁽¹⁰¹⁾ una più profonda divaricazione dal diritto, ma, dall'altra, con il prevalere degli orizzonti della giustificazione su quelli della fondazione un recupero della radicale coappartenenza dell'esperienza giuridica all'ambito della ragion pratica ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. E. TUGENDHAT, *Problemi di etica*, ed. it. a cura di A. M. Marietti, Einaudi, Torino 1987, pp. 30-31.

⁽¹⁰²⁾ La giustificazione, al contrario della fondazione, è una pratica sociale. Cfr. GIANFORMAGGIO, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, cit., p. 169.