

CIVILE - Positivism giuridico di Mario A. Cattaneo

(Anno di pubblicazione: 1996)

Bibliografia: J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, nuova ed., Library of Ideas, London, 1954; K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885; K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892; G. Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena, 1911; M. Waline, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933; Id., *Défense du positivisme juridique* {Archives de philosophie du droit, 1939}; A. E. Cammarata, *Giusnaturalismo e «critica delle leggi» in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità*, in *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma*, 1941; W. Buckland, *Some Reflections on Jurisprudence*, Cambridge, 1945; F. Gonzales Vicen, *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporanea*, Madrid, 1950; F. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, RTDP, 1951, 281-300; E. Schmidt, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952; G. Bettioli, *Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*, J, 1954; A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1954; R. Wollheim, *The Nature of Law*, in *Political Studies*, 1954, 128-141; G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in *Rechtsphilosophie*5, Stuttgart, 1956, 335-337; Id., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *ibid.*, 347-357; A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957; H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, 1958, 593-629; Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to professor Hart*, *ibid.*, 630-672; W. R. Morison, *Some Myth about Positivism*, *Yale Law Journal*, 1958, 211-233; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958; A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, 1959; C. Eisenmann, *Le juriste et le droit naturel*, in AA.VV., *Le droit naturel*, Paris, 1959, 205-229; H. Batiffol, *La philosophie du droit*, Presses Univ. de France, Paris 1960; M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1960, 701-742; M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, 1960; L. Bagolini, *Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico*, RIF, 1961, 3-43; Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961; Fassò, *Che cosa intendiamo con «diritto naturale»?*, RTPC, 1961, 168-190; Gavazzi, *Le buone ragioni del positivismo giuridico*, FI, 1961, 305-312; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961 (trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1965); A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1961; R. Treves, *La rinascita del diritto naturale e l'insegnamento di Alessandro Levi*, in *Rivista di Filosofia*, 1961, 97-108; M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962; W. Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, 1962; A. Passerin d'Entrèves, *Due domande intorno al diritto*, in *Rivista di Filosofia*, 1962, 12-26; Lumia, *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, 1963; Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, RTPC, 1963, 985-1100; S. Shuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, 1963; H. U. Evers, *Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Juristenzeitung*,

Legislazione: si fa rinvio al testo.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il positivismo giuridico in Francia. - 3. Il positivismo giuridico in Inghilterra. - 4. Il positivismo giuridico in Germania. - 5. Le correnti positivistiche di tipo sociologico. - 6. Il positivismo giuridico penalistico in Italia. - 7. La teoria pura del diritto. - Le discussioni odierne sul positivismo giuridico. - 9. Conclusione.

1. Premessa.

Una definizione ampia e generale del concetto di positivismo giuridico è stata data dal Bobbio, il quale l'ha definito come la dottrina che «non ammette la distinzione tra diritto naturale e positivo e afferma che non esiste altro diritto che il diritto positivo» ⁽¹⁾. Si tratta di una definizione essenzialmente negativa, in quanto qualifica il positivismo giuridico semplicemente come la dottrina opposta al giusnaturalismo. Per tale motivo essa ha un carattere generalissimo e non appare di per sé sufficiente a delineare il significato di una dottrina giuridica; infatti, a seconda del modo in cui si concepisce il «diritto positivo» si possono elaborare concezioni giuridiche assai diverse e talora anche reciprocamente contrastanti; si è perciò in presenza di molti e diversi «positivismi giuridici». È necessario procedere preliminarmente a un breve esame storico delle dottrine alle quali è stata attribuita la qualifica di «positivismo giuridico» e che hanno avuto diverse vicende storiche e differenti caratteristiche in diverse regioni culturali e geografiche europee.

2. Il positivismo giuridico in Francia.

Il positivismo giuridico francese deriva storicamente in modo diretto dal giusnaturalismo illuministico; quest'ultimo infatti sostiene da un lato una concezione razionalistica della giustizia, fonda il diritto naturale sulla ragione umana, e sostiene dall'altro una concezione volontaristica del diritto positivo, considera questo come l'emanazione della volontà del legislatore. Queste due concezioni sono strettamente legate fra loro, in quanto l'attribuzione al legislatore, alla legge, del carattere di unica fonte del diritto positivo, permette di concretizzare, «positivizzare», i principi razionali di giustizia.

La dottrina giuridica dell'illuminismo ⁽²⁾ è caratterizzata quindi dalla preminenza accordata al potere legislativo nei confronti del potere giudiziario: il giudice non deve creare diritto e nemmeno interpretare la legge ⁽³⁾, ma deve applicare rigidamente quest'ultima. Tale dottrina tende soprattutto ad attuare la certezza del diritto, reagendo alla confusione e all'arbitrio derivanti dalla prevalenza delle fonti giudiziarie, consuetudinarie e dottrinali, nell'epoca del diritto comune: il suo punto d'arrivo è la codificazione. La legge

è concepita, secondo la definizione di Rousseau (4), come espressione della volontà generale, ed è dotata dei caratteri della generalità e dell'astrattezza.

La Rivoluzione francese ha fatto propria e ha sviluppato la dottrina dell'illuminismo giuridico, attribuendo un vero e proprio culto alla legge (5). Nel 1791 l'Assemblea costituente emanò un nuovo Codice penale ispirato ai principi illuministici di umanità e di certezza (sostituito poi nel 1810 dal Codice napoleonico, più duro e severo). Nel 1793-94 furono presentati alla Convenzione, ad opera di Cambacérès, diversi progetti di Codice civile; il nuovo Codice civile fu emanato, com'è noto, a Rivoluzione finita, nel 1804, ad opera di Napoleone. Il Codice Napoleone fu la causa del sorgere in Francia di una scuola di giuristi, la corrente dei commentatori del codice stesso, detta *Scuola dell'esegesi* (6); è con questa che nasce più propriamente il positivismo giuridico francese. I giuristi di tale scuola - fra i quali sono da ricordare l'Aubry, il Rau, il Bugnet, il Merlin, il Duranton, il Demolombe, il Troplong - intendevano la propria opera esclusivamente come un commento al Codice Napoleone. Con un atteggiamento che era un misto di ingenuità e di abilità politica, questi giuristi presentavano il Codice Napoleone (frutto in realtà di un compromesso fra i principi giuridici illuministici e la tradizione giuridica romanistica) come l'incorporazione dei contenuti del diritto naturale nel diritto privato positivo. In tal modo la Scuola dell'esegesi compie un riconoscimento esteriore dell'esistenza del diritto naturale, ma ne svaluta l'importanza per l'opera del giurista; il diritto si identifica ormai con la legge scritta, con il diritto positivo. Il positivismo giuridico della Scuola dell'esegesi può quindi definirsi un «illuminismo giuridico decapitato», in quanto, pur derivando in definitiva da essa, accetta e fa propria soltanto una parte di tale dottrina, trascurandone la radice giusnaturalistica.

3. Il positivismo giuridico in Inghilterra.

Le radici del positivismo giuridico inglese (7) si trovano nella filosofia di Hobbes. Come la sua concezione politica è rivolta all'unificazione del potere statale, così la sua concezione giuridica è rivolta all'unificazione delle fonti del diritto nella legislazione; Hobbes contrappone - in polemica con il sistema inglese di common law difeso dal giurista Coke - la legge, il diritto scritto formalmente emanato, al diritto di formazione consuetudinaria, giudiziaria, dottrinale. La legge è definita da Hobbes come un comando del sovrano: egli si preoccupa di garantire la certezza del diritto, specialmente nel diritto penale, stabilendo il principio *nullum crimen sine lege*. Nello stesso tempo Hobbes è giusnaturalista; egli parla di un diritto naturale dell'uomo all'autoconservazione e all'autodifesa, ed elenca diciannove leggi di natura, rivolte alla ricerca della pace. Hobbes è quindi insieme un giusnaturalista e un precursore del positivismo giuridico.

Il pensiero di Hobbes ha avuto una scarsa influenza in Inghilterra, dove la «rivoluzione pacifica» del 1688 segna il trionfo del giusnaturalismo di Locke; nel periodo seguente, nel Settecento, questo giusnaturalismo, rivoluzionario e liberale in Locke, assume un atteggiamento decisamente conservatore, che si manifesta nella teoria giuridica di Blackstone e nella teoria politica di Burke. Per queste ragioni il positivismo giuridico inglese assume una posizione polemica anti-giusnaturalistica e ha un carattere riformatore; il suo effettivo fondatore è Bentham, il quale

ha criticato aspramente il giusnaturalismo conservatore di Blackstone, per il fatto di identificare sostanzialmente il diritto naturale con il diritto inglese esistente. Bentham però non accetta nemmeno il giusnaturalismo rivoluzionario continentale e, nell'opera *Anarchical Fallacies* (8), polemizza con le Dichiarazioni francesi dei diritti dell'uomo. Nello stesso tempo, l'utilitarismo di Bentham è vicino all'illuminismo continentale sul piano giuridico: Bentham infatti combatté una grande battaglia in favore della certezza del diritto (9) contro l'attività di creazione, necessariamente retroattiva, di diritto da parte dei giudici inglesi, fu il principale sostenitore inglese del movimento per la codificazione, ed ebbe a redigere anche progetti di codici per diversi paesi. L'autore però che ha dato il maggiore sviluppo al positivismo giuridico inglese è Austin (10); la sua dottrina e la scuola di pensiero giuridico che ne è derivata (fra gli appartenenti alla quale sono da ricordare l'Amos, il Markby, lo Holland) ha ricevuto il nome di «giurisprudenza analitica». Gli elementi comuni al pensiero di Bentham e di Austin sono molti: la definizione della legge come comando, la tendenza verso la codificazione, lo studio analitico dei concetti giuridici, e soprattutto la distinzione fra il diritto *co-m'è* e il diritto come deve essere, fra lo studio analitico-descrittivo del diritto esistente e la critica di esso. Austin si differenzia da Bentham soprattutto per il fatto di ammettere anche una certa attività discrezionale e integrativa della legge da parte dei giudici, e di avere un atteggiamento politicamente più conservatore.

4. Il positivismo giuridico in Germania.

In Germania il positivismo giuridico ha un'origine del tutto diversa. Il più tipico rappresentante tedesco della dottrina giuridica dell'illuminismo è il grande penalista P. J. A. Feuerbach, il quale ha elaborato una concezione del diritto penale basata sull'idea dello Stato di diritto e sul liberalismo, e caratterizzata dal primato della legge e dalla certezza del diritto; egli è anzi l'autore della formula latina *nulla poena sine lege* (11). Tuttavia, le correnti di pensiero giuridico tedesche che si fanno rientrare usualmente nel positivismo giuridico hanno un carattere diverso; esse sono volte ad attribuire una posizione primaria alla scienza giuridica rispetto alla legislazione, e nascono da una consapevole reazione anti-illuministica e anti-giusnaturalistica. È vero che anche Feuerbach, nella sua prolusione di Landshut del 1804, ha concepito la scienza giuridica come scienza del diritto *positivo*, e ha cercato di limitare le pretese della filosofia nei suoi confronti (12); tuttavia egli è rimasto sempre sostanzialmente fedele alla matrice giusnaturalistica del suo pensiero.

Viceversa, alle origini di quello che si può considerare il positivismo giuridico storicamente più rilevante in Germania vi è la Scuola storica del diritto, detta anche «Scuola romantica», la quale ha operato una decisa e consapevole reazione nei confronti del giusnaturalismo illuministico. Il precursore di tale scuola è Gustav Hugo, il quale ha affermato la presenza di elementi *irrazionali* nel diritto; Hugo è stato un severo critico e avversario di Feuerbach, e ha interpretato, erroneamente, Kant in senso anti-giusnaturalistico (13). Il principale rappresentante della Scuola storica è però Carl Friedrich von Savigny, per il quale il diritto nasce, alla pari di altri fenomeni sociali, come la lingua, i costumi, l'arte, dallo spirito del

popolo (*Volksgeist*) e si sviluppa per lenta evoluzione nella società. Successivamente questo diritto viene elaborato dai giuristi ed assume perciò veste scientifica; nella vita del diritto si distinguono perciò due momenti o elementi essenziali, l'elemento *politico*, che rappresenta il diritto nella sua fase di dipendenza dalla vita sociale del popolo, e l'elemento *tecnico*, che esprime la fase della sua elaborazione scientifica da parte dei giuristi. Savigny è un deciso avversario del giusnaturalismo illuministico, e ha assunto una posizione negativa nei confronti della codificazione, problema che veniva agitato in Germania nel periodo della Restaurazione. La codificazione civile per tutta la Germania - che era stata sostenuta da Anton Fr. J. Thibaut per esigenze di unità nazionale - rimase rinviata alla fine dell'Ottocento; nel corso del secolo XIX il positivismo giuridico si è sviluppato in Germania in forza dell'esigenza *scientifica* fatta valere da Savigny, e ha avuto la sua più tipica espressione nella giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*). Mentre il positivismo giuridico francese aveva sostenuto il culto del testo della legge, il positivismo giuridico tedesco sostiene il culto dei concetti formali e astratti sviluppati dalla scienza giuridica. La *Begriffsjurisprudenz* è caratterizzata dall'idea che nelle leggi sia insita un'intima razionalità, che la scienza giuridica ha il compito di scoprire e di elaborare: la legge è meno «voluntas» che «ratio scripta» (14). I suoi principali rappresentanti sono il Windscheid, sul piano del diritto privato e della scienza romanistica, il Laband e lo Jellinek, sul piano del diritto pubblico, il Merkel, il Bierling e il Bergbohm, sul piano della teoria generale e della filosofia del diritto, il Binding sul piano del diritto penale. Il libro di Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* del 1892, è un continuo tentativo di eliminare i residui giusnaturalistici presenti, a detta dell'autore, nelle dottrine di molti giuristi; per il Bergbohm il diritto naturale è qualsiasi rappresentazione di un diritto indipendente da determinazioni umane; viceversa il vero diritto è positivo, e soltanto il diritto positivo è realmente diritto (lo stesso aggettivo «positivo» è per lui un pleonasma) (15). Karl Binding, nel suo *Handbuch des Strafrechts* del 1885, afferma che non esiste un diritto eterno e immutabile, non esiste una filosofia del diritto che possa offrire qualcosa di diverso dai principi fondamentali del diritto vigente, una filosofia che sia qualcosa di diverso da una giurisprudenza e scienza del diritto positivo (16). Il Binding, inoltre, è un severo critico del principio «nulum crimen» e «nulla poena sine lege», e considera in particolare il corollario di questo, il divieto dell'analogia, come una limitazione e «degradazione» della scienza giuridica (17). La posizione del Binding è quindi in netto contrasto con l'illuminismo giuridico e con la dottrina di Feuerbach; si può dire che il positivismo giuridico prevalente in Germania alla fine del XIX e agli inizi del XX secolo ha rifiutato le principali conquiste del giusnaturalismo e dell'illuminismo, fra le quali fondamentale è la certezza del diritto.

5. Le correnti positivistiche di tipo sociologico.

Assai diverse da quelle finora considerate sono alcune correnti che pure vengono annoverate nell'ambito del positivismo giuridico, inteso in un'ampia accezione: si tratta delle concezioni, di tipo essenzialmente sociologico, che si richiamano al «positivismo» in senso filosofico, in quanto tendono a fondare il loro studio sull'osservazione diretta dei fatti, eliminando ogni concetto a priori, ogni elemento metafisico (18). Esse si pongono in atteggiamento polemico, sia, com'è naturale, verso il giusnaturalismo, sia anche verso il positivismo giuridico «statalistico» e «legalistico», al quale rimproverano di isolare arbitrariamente una delle varie possibili fonti del diritto (la legge); il positivismo giuridico sociologico del diritto, ma anche il suo contenuto, esaminando i rapporti fra esso e gli altri fenomeni sociali. Il maggiore filosofo positivista, Auguste Comte, ha negato la possibilità e la rilevanza di uno studio autonomo del diritto, e ha addirittura assorbito la sociologia del diritto nella sociologia generale; egli ha anche aspramente criticato il concetto di diritto soggettivo, da lui definito «anarchico e immorale», e il «feticismo della legge» tipico del positivismo giuridico francese di derivazione illuministica (19). Sulla base delle premesse poste dalla filosofia di Comte, ma senza giungere alle esagerazioni di questa, il Duguit e il Durkheim hanno sviluppato delle concezioni giuridiche sociologiche, identificando sostanzialmente la scienza del diritto con la sociologia giuridica.

Il maggiore sviluppo dell'accostamento di tipo sociologico al problema del diritto si è avuto però in America, ad opera soprattutto di Roscoe Pound (20). Nell'ambito della filosofia giuridica nordamericana, i caratteri «antimetafisici» e «realistici» propri delle concezioni giuridiche positivistiche del tipo ora considerato hanno trovato la loro massima espressione nella dottrina di Oliver W. Holmes (21), e nella concezione, in parte da questa derivata, detta «realismo giuridico» (22). Questa dottrina pone al centro della vita giuridica l'attività del giudice e svaluta la funzione della norma generale e astratta, ponendosi così all'opposto del positivismo giuridico di derivazione illuministica; il realismo giuridico americano elimina il significato prescrittivo del diritto, attribuisce alle norme giuridiche una funzione meramente indicativa per l'enunciazione di proposizioni descrittive (predizioni delle decisioni dei tribunali), portando così all'estremo (e all'assurdo) le pretese di scientificità e di antimetafisica del positivismo giuridico. Tesi in una certa misura analoghe sono state sostenute da una corrente di pensiero giuridico sviluppatasi nei paesi scandinavi (23).

6. Il positivismo giuridico penalistico in Italia.

In Italia il positivismo giuridico ha avuto un'autonomia ideale e concettuale soltanto in rapporto al diritto penale: a tale proposito si può parlare di due correnti «positivistiche» penali, corrispondenti alle due linee di positivismo, sociologico e antiformalistico da un lato, legalistico e formalistico dall'altro, che si sono finora individuate. Nel primo tipo rientra la cosiddetta «Scuola positiva» di diritto penale, che per molto tempo è stata considerata uno dei più originali contributi italiani ai problemi giuridico-penali. Essa è «positiva» essenzialmente in senso filosofico, ovvero è tale perché intende basarsi sui «fatti», naturali e sociali; il principale compito che tale Scuola si prefigge è l'esame dei fattori che hanno causato il delitto. Tali fattori possono essere primariamente fisici [secondo l'impostazione di Cesare Lombroso, che ha preteso di scoprire i caratteri antropologici del delinquente nella sua struttura anatomica (24)], psicologici [secondo la concezione di Raffaele Garofalo, volta a mettere in rilievo l'«anomalia psichica» del delinquente (25)], o anche sociali [in base alla dottrina di Enrico Ferri, tendente a elaborare una

compiuta «sociologia criminale» (26)]. Ferri è il rappresentante più tipico della Scuola positiva, colui che le ha dato la «sistemazione più completa e più coerente» (27); egli ha contrapposto all'idea del delitto come «ente giuridico», propria di Francesco Carrara (28), la concezione del delitto come un fatto sociale: «prima di studiare il delitto come "ente giuridico" ed infrazione della legge penale, bisognava studiarlo e conoscerlo come azione e cioè fenomeno naturale e sociale, per rilevarne le cause altrettanto naturali e sociali e per valutarlo come espressione anti-sociale di una data personalità delinquente» (29). La seconda corrente italiana di positivismo giuridico penale è la Scuola tecnico-giuridica, o dogmatica, facente capo ad Arturo Rocco e a Vincenzo Manzini, la quale rimprovera alla Scuola classica il suo giusnaturalismo e alla Scuola positiva il suo sociologismo. Lo scritto iniziatore di tale corrente è la prolusione sassarese del 1910 di Arturo Rocco, *Il problema e il metodo del diritto penale*; qui egli scrive che «L'unica scienza classica del diritto penale ... aveva preteso di studiare un diritto penale all'infuori del diritto positivo ... un diritto penale di carattere assoluto, immutabile, universale ... L'indirizzo positivo moderno ... giustamente combattè questo errore; ma cadde, a sua volta, in un errore altrettanto manifesto affermando ... la scienza del diritto penale altro non essere se non un capitolo e un'appendice della sociologia»; il rimedio a questa situazione consiste nel «tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto. Non dico già di un ipotetico diritto *naturale* o *razionale* o ideale che dovrebbe essere assoluto e quindi unico, perché desunto dalle leggi invariabili della natura, del pensiero o dell'idea, ma che, invece, nei sistemi per mezzo di cui viene esposto, presenta diversità anche maggiori di quelle che corrono fra i diritti positivi dei vari Stati ... Parlo invece, e soltanto, del diritto positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare l'oggetto di una scienza *giuridica*, quale la scienza del diritto penale è ... E questo l'indirizzo così detto *tecnico-giuridico*, il solo indirizzo possibile in una scienza appunto *giuridica*, e per giunta di carattere *speciale*, quale è quella che porta il nome di scienza del diritto penale ...» (30). Si può concludere osservando che il Codice penale italiano del 1930, ancora vigente, deve buona parte del proprio carattere autoritario, oltre al fatto di essere stato emanato dal regime fascista, anche al fatto di essere espressione di questo tipo di positivismo giuridico dogmatico; tale codice infatti, oltre a compiere alcune concessioni alla Scuola positiva attraverso il sistema del «doppio binario» penemisure di sicurezza, rappresenta, come ha notato Ugo Spirito, una «filiazione diretta dell'indirizzo tecnico-dogmatico» (31).

7. La teoria pura del diritto.

La «caccia al giusnaturalista», che aveva contraddistinto l'opera del Bergbohm (v. *supra*, par. 4), ritorna nel pensiero di Hans Kelsen, ovvero nella «dottrina pura del diritto» da questi elaborata, che costituisce la manifestazione più tipica e coerente di positivismo giuridico nel secolo xx. Kelsen, partito da posizioni neokantiane (e da tale punto di vista la sua posizione risente dei travisamenti del pensiero giuridico di Kant compiuti dalla Scuola di Marburg) (32), ha inteso separare rigidamente lo studio scientifico del diritto da ogni considerazione di carattere etico e politico: in questo consiste essenzialmente la «purezza» della sua dottrina. Kelsen afferma infatti

che la sua dottrina vuole studiare il diritto positivo esistente, indipendentemente dal suo contenuto politico, e senza riferimenti a un diritto naturale o ideale (33). Alla base di questo suo atteggiamento sta una posizione filosofica relativistica: Kelsen vuole separare nettamente il diritto dalla giustizia, il diritto positivo dal diritto naturale, perché ritiene che soltanto il diritto positivo può essere oggetto di conoscenza scientifica e razionale, mentre i valori etici, i principi di giustizia, non sono conoscibili, non sono dimostrabili, sono il risultato di aspirazioni emotive e irrazionali. Due ulteriori motivi per cui Kelsen si mostra contrario al diritto naturale sono i seguenti: il suo peculiare concetto di *validità* delle norme, implicante *l'esclusività*, per il quale cioè due diversi sistemi normativi (il diritto positivo e il diritto naturale, il diritto e la morale), non possono essere contemporaneamente validi nello stesso ambito (34); e la sua idea - basata in verità su un'arbitraria interpretazione storica - che le dottrine giusnaturalistiche hanno avuto nella maggior parte un significato conservatore, hanno avuto lo scopo di offrire una giustificazione ideologica all'obbedienza al diritto positivo (35); il positivismo giuridico avrebbe invece lo scopo di *studiare* il diritto positivo, non di *giustificarlo* (36). Secondo la recente, interessante interpretazione del Carrino, la posizione di Kelsen si identificerebbe però in sostanza con un «giusnaturalismo logico-formale», fondato sull'«ordine e la pace come valori» (37).

Le discussioni odierne sul positivismo giuridico.

La più recente discussione sul positivismo giuridico - e sul suo rapporto con il giusnaturalismo - ha avuto inizio nel secondo dopoguerra europeo, con un diretto riferimento alle tragiche esperienze della guerra e del totalitarismo, specialmente nazionalsocialista. In questo periodo si è avuta una certa rinascita del giusnaturalismo, su una base meno filosofica che politica; si è infatti attribuita al positivismo giuridico una responsabilità nell'avvento del nazionalsocialismo in Germania, per avere predicato la sottomissione alle leggi, al diritto esistente. Questa rinascita neogiusnaturalistica, che ha significato - a detta del Baratta, il quale si è occupato in modo approfondito del fenomeno - «il primo, sincero tentativo della coscienza giuridica tedesca di liberarsi dalle conseguenze dell'esperienza autoritaria» (38), ha portato delle conseguenze sul piano giudiziario; in questa sede si è sostenuta la tesi che attribuisce al giudice la facoltà di negare validità e natura giuridica a norme (come molte di quelle dell'ordinamento nazionalsocialista) chiaramente ingiuste e in contrasto con il diritto naturale. L'interprete più tipico e di maggior rilievo a livello filosofico di questa rinascita giusnaturalistica e della conseguente critica al positivismo giuridico, è stato Gustav Radbruch; questi, in alcuni scritti del dopoguerra, è passato dall'originario «relativismo», ispirato alla «filosofia dei valori» della Scuola neokantiana sudoccidentale, a un accostamento all'idea del diritto naturale; e in particolare, ha affermato che il positivismo giuridico, basandosi sul principio «la legge è legge» (*Gesetz ist Gesetz*), ha reso i giuristi tedeschi indifesi di fronte alle leggi di contenuto arbitrario e criminale (39). Simili accuse al positivismo giuridico, le difese che ne sono state compiute, il dibattito che ne è seguito, hanno preso in considerazione tale concezione in quanto volta a sostenere il

dovere assoluto di obbedienza alla legge in quanto tale, lo «sconsolato ossequio alle leggi, solo perché sono tali» di cui parlava Calamandrei ⁽⁴⁰⁾; da tale discussione ha invece esulato ogni considerazione del positivismo giuridico sul piano descrittivo della teoria generale del diritto, nella prospettiva propria della linea inglese di tale concezione (v. *supra*, par. 3). Ma soprattutto, queste discussioni sembravano presupporre per scontato un certo significato del termine «positivismo giuridico», senza compiere ulteriori analisi e procedere alle necessarie distinzioni.

Tuttavia, negli ultimi anni alcuni studiosi hanno cercato di mettere ordine in queste discussioni, distinguendo i diversi significati del termine «positivismo giuridico», in relazione sia alle sue vicende storiche sia alla sua odierna rilevanza teorica ⁽⁴¹⁾. La prima classificazione è stata compiuta da Herbert L. A. Hart, professore di *Jurisprudence* a Oxford, in un saggio volto a difendere la separazione benthamiana e austiniiana fra diritto com'è e diritto come deve essere. Egli ha distinto cinque significati: 1) la teoria della norma come comando; 2) la tesi secondo cui non vi è nessuna connessione necessaria fra diritto com'è e diritto come deve essere; 3) l'idea che l'analisi dei concetti giuridici è meritevole di essere perseguita e deve essere distinta dagli studi storici, sociologici e dalle valutazioni morali del diritto; 4) la tesi per cui l'ordinamento giuridico è un «sistema logicamente chiuso» nel quale le corrette decisioni giudiziali devono essere dedotte logicamente da norme giuridiche predeterminate, senza riferimento a scopi morali, sociali ecc; 5) la tesi per cui i giudizi morali non possono venire dimostrati mediante prove o ragionamenti, come i giudizi di fatto. Tra queste cinque dottrine non vi è connessione necessaria; non è cioè necessario, per qualificare un giurista come «positivista», che questi le accetti tutte cinque ⁽⁴²⁾. Il Bobbio ha svolto una tripartizione, distinguendo: 1) il positivismo come *metodo*, come modo di accostarsi al diritto, che consiste nello studiare il diritto oggettivamente, come fatto, senza formulare giudizi di valore; 2) il positivismo giuridico come *teoria* del diritto: si tratta della concezione statalistica e legalistica della giustizia; 3) il positivismo giuridico come *ideologia* della giustizia, che stabilisce il dovere dell'assoluta obbedienza alla legge perché tale. È soltanto quest'ultima dottrina che può essere ritenuta responsabile delle colpe attribuite genericamente al «positivismo giuridico», in relazione al sorgere del totalitarismo ⁽⁴³⁾.

Una terza classificazione è più circoscritta nel suo ambito, in quanto è volta alla determinazione dei vari significati di «positivismo giuridico» in rapporto al solo problema della separazione fra diritto e morale. Essa distingue tre livelli o momenti: 1) in rapporto al momento della definizione del concetto di diritto, della descrizione dell'ordinamento giuridico esistente (ovvero al punto di vista del teorico del diritto), positivismo giuridico significa accostamento neutrale al diritto, per cui nello studiare il diritto non si deve fare riferimento a principi o giudizi morali; 2) in rapporto al momento dell'applicazione pratica del diritto (ovvero al punto di vista del giudice e del cittadino), positivismo giuridico significa affermazione del dovere di assoluta obbedienza al diritto positivo, indipendentemente dal, o anche a scapito del, dovere di obbedienza alle norme morali; 3) in rapporto al terzo momento, quello della formazione del diritto positivo, il positivismo giuridico è la dottrina che nega che sia possibile conoscere in modo oggettivo il modello a cui tale diritto deve ispirarsi: qui il positivismo giuridico coincide con il relativismo etico ⁽⁴⁴⁾. Queste analisi e distinzioni sono state rifiutate da autori che hanno teso a dare una definizione unitaria del concetto di positivismo giuridico. Per il Shuman esso è una teoria *sul* diritto, caratterizzata dalla 1) tesi della separazione fra diritto e morale, e 2) da una concezione «non cognitivista» (ovvero relativistica) della morale (il che lo conduce a considerare positivista Kelsen, ma non Austin) ⁽⁴⁵⁾. Lo Scarpelli ha inteso dare una interpretazione politica e non scientifica del positivismo giuridico, dandone una definizione «esplicativa» (ma in realtà «stipulativa»), che lo porta a identificarlo sostanzialmente con la concezione statalistica e legalistica del diritto; la scelta «etico-politica» del positivismo giuridico porterebbe secondo lo Scarpelli a difendere la libertà politica, e tuttavia questa idea è in contraddizione con l'esigenza da lui sostenuta che seguendo tale impostazione il giurista deve applicare il diritto positivo «senza sovrapporvi i suoi valori morali e politici» ⁽⁴⁶⁾. Infine, un allievo dello Scarpelli, Mario Jori, ha compiuto un riesame e un bilancio delle discussioni italiane sul positivismo giuridico, interpretando questa concezione in stretto collegamento con la teoria analitica del linguaggio e in una prospettiva di crisi ⁽⁴⁷⁾. È questo un segno che ormai il dibattito sul positivismo giuridico è del tutto finito.

9. Conclusione.

Al termine di questo esame è possibile svolgere alcune brevi considerazioni conclusive. In primo luogo, la considerazione della dottrina statalistica e legalistica del diritto, unita alla difesa della certezza del diritto, come il contenuto tipico del positivismo giuridico, appare piuttosto fuorviante. La prospettiva positivista, in contrapposizione al giusnaturalismo, porta a ritenere che il diritto positivo può avere qualsiasi contenuto; viceversa, la certezza del diritto è legata, nella dottrina illuministica, alla garanzia dei diritti dell'uomo, alla tutela dell'arbitrio: essa presuppone il dovere per il legislatore di formulare in modo chiaro e preciso le leggi, soprattutto le leggi penali ⁽⁴⁸⁾ (mentre nella prospettiva positivista non ha senso parlare di «doveri» del legislatore). La certezza è essa stessa parte della giustizia ⁽⁴⁹⁾, è in definitiva una esigenza giusnaturalistica; tanto è vero che il penalista positivista Binding è consapevolmente favorevole all'analogia in diritto penale, e quindi contrario alla certezza del diritto (v. *supra*, par. 4). In secondo luogo, si può osservare che dalle discussioni e dalle classificazioni più recenti su questo tema, al di là delle ulteriori e più complesse suddivisioni, emergono essenzialmente due significati, fra loro contrapposti, del concetto di positivismo giuridico. In un significato, quello storicamente più rilevante, positivismo giuridico è una concezione essenzialmente politica, prescrittiva, fondata sull'idea del dovere di obbedienza alla legge positiva, indipendentemente dal suo contenuto; nel secondo significato, messo in rilievo soprattutto dalle analisi più recenti, è invece una concezione scientifica, descrittiva, che si limita a definire e considerare come giuridica la sola legge positiva, indipendentemente dal suo contenuto e dal suo fondamento etico-politico. Elemento comune ai due punti di vista è il dato «diritto positivo», caratterizzato dal fatto di poter essere riempito da qualsiasi contenuto, il quale dipende, in ultima analisi,

dalla volontà del gruppo politico che detiene il potere. Ma la differenza sostanziale riguarda il diverso atteggiamento (valutativo in un caso, neutrale nell'altro) nei confronti del diritto positivo stesso; risulta chiaro che la sola posizione accettabile è quella che coincide con il secondo significato; si tratta infatti di una posizione «innocua», in quanto meramente logica e definitoria: nei suoi confronti non può valere nessuna accusa implicante responsabilità politiche, in quanto, essendo soltanto descrittiva, non compie nessuna apologia del fatto o della forza.

Viceversa, la posizione corrispondente al primo significato è moralmente pericolosa; essa infatti, predicando il dovere di obbedienza alle leggi semplicemente perché tali, compie una effettiva apologia del mero fatto empirico e storico; nei suoi confronti sono perciò legittime le accuse emerse nel dibattito del secondo dopoguerra. Un simile positivismo giuridico esprime in modo tipico quella dottrina meramente empirica del diritto della quale Kant diceva che, come la maschera tragica della favola di Fedro, «cerebrum non habet»⁽⁵⁰⁾; è la dottrina di cui Francesco Carrara diceva: «Codesta scuola non riconosce diritto assoluto: per lei ogni umano diritto emana dal dettato del legislatore terreno: ... Con tale sofisma ... si volle costruire una dottrina che aveva per suo precedente la negazione di ogni legge naturale e di ogni principio morale assoluto, e per conseguente lo arbitrio il più effrenato nella potestà degli uomini legislatori ...»⁽⁵¹⁾.

Infine, si deve osservare che l'analisi storica precedentemente compiuta mostra che spesso, sotto l'unica etichetta di «positivismo giuridico», sono state ricondotte dottrine assai diverse, e talora contrapposte, fra loro. Sorge perciò il dubbio se sia davvero utile l'uso di un simile concetto, che appare l'espressione di una categoria troppo ampia e generica; anche se si deve notare che, negli attuali dibattiti filo-sofico-giuridici, esso ha una minore rilevanza di alcuni anni fa. In ogni modo, appare del tutto sconsigliabile - ai fini di una elementare esigenza di chiarezza e di comprensione - un uso promiscuo del termine «positivismo giuridico», senza l'applicazione della massima cautela e del massimo rigore nelle distinzioni dei possibili significati.

(1) Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 127.

(2) V. in proposito M. A. Cattaneo, *Illuminismo e Legislazione*, Milano, 1966.

(3) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*⁴; Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, pubblicato ne «*Il Caffè*» (1766), ora in *Scritti vari*, a cura di Valeri, Firenze, 1947, I, 209.

(4) J. J. Rousseau, *Contrat Social*, II, 6.

(5) V. in proposito M. Leroy, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, 1908; J. Ray, *La Révolution française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi*, in *Revue Philosophique*, 1939, 364-393.

(6) Su tale scuola v. soprattutto J. Bonnet, *L'École de l'exégèse en droit civil*², Paris, 1924.

(7) V. in proposito M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese, Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962.

(8) J. Bentham, *Works*, II, Edinburgh, 1843.

(9) Su Bentham come sostenitore della certezza del diritto v. spec. G. Radbruch, *Der Geist des Englischen Rechts*, Göttingen, 1956, 45-46 (trad. it., Milano, 1962, 45-46).

(10) Su Austin v. spec. A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, 1959.

(11) Su Feuerbach v. spec. M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

(12) P. J. A. Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Landshut, 1804, ristampa a cura di W. Naucke, Darmstadt, 1969, spec. 9-10.

(13) G. Hugo, *Beiträge zur civilistischen Bücherkenntnis*, I, Berlin, 1828, 535; Pütter's *Verdienste um die Philosophie des positiven Rechts*, in *Civilistisches Magazin*, 1798, 96.

(14) K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, BerlinGöttingen-Heidelberg, 1960, 30-31.

(15) K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, 13-15, 50-52.

(16) K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, 9.

(17) K. Binding, *ibid.*, 16.

(18) In questo senso T. Viehweg, *Que veut-on dire par positivisme juridique?*, in *Archives de Philosophie de Droit*, 1965, 182-183.

(19) A. Comte, *Système de politique positive*³, Paris, 1890, 361-362.

- (20) Di Pound ricordiamo *The Spirit of Common Law*, Boston, 1921; *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1922.
- (21) Di Holmes ricordiamo soprattutto, a questo riguardo, *The Common Law*, Boston, 1881; *Collected Legal Papers*, New York, 1921.
- (22) Tra i realisti americani ricordiamo K. N. Llewellyn, J. Frank, H. Oliphant, M. Radin, F. S. Cohen. Sul realismo americano v. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.
- (23) Tra i realisti scandinavi si possono menzionare A. Hägerstrom, K. Olivecrona, V. Lundstedt, A. Ross. V. in proposito Pattaro, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*, RIFD, 1971, 61-126; Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974.
- (24) Lombroso, *L'uomo delinquente*, Milano, 1876.
- (25) R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione* 2, Torino, 1885, 1891.
- (26) E. Ferri, *Sociologia criminale* 3, Torino, 1892 (inizialmente pubblicata con il titolo *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884).
- (27) Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni* 3, Firenze, 1974, 155.
- (28) Carrara, *Programma del Corso di Diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, § 32, p. 44, § 33, p. 45, §§ 34-36, pp. 45-46.
- (29) E. Ferri, *Principi di Diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*, Torino, 1928, 42.
- (30) A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, III, «Scritti vari», Roma, 1933, 274275. V. inoltre Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* 2, Torino, 1920, 1, 5-7.
- (31) Spirito, *op. cit.*, 207.
- (32) Per una critica dell'impostazione neokantiana del problema giuridico v. Cattaneo, *Metafisica del diritto e ragione pura. Studio sul «platonismo giuridico» di Kant*, Milano, 1984, 134149.
- (33) H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad., di Treves, Torino, 1952, 25 ss., 33 ss., 36-37; Id., *La dottrina pura del diritto*, trad. M. G. Losano, Torino, 1966, 9, 83-84.
- (34) H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. G. Treves e S. Cotta, Milano, 1954, 379-381; questa tesi è stata giustamente criticata da H. L. A. Hart, *Kelsen visited*, in *Law Review*, 1963, 722-728.
- (35) H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in appendice a *Teoria generale*, cit., 424-425.
- (36) Kelsen, tuttavia, non è sempre rimasto fedele a questa impostazione e a questa separazione di compiti; nella *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, 335-336, egli dice che la situazione giuridica propria del despotismo «hat ... auch seine guten Seiten». V. la giusta critica di L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, trad., it., Venezia, 1957, 20 n.
- (37) A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica (1910-1935)*, Napoli, 1987, 111.
- (38) Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 24.
- (39) G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in *Rechtsphilosophie* 5, Stuttgart, 1956, 335; Id., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *ibid.*, 347, 352 ss.
- (40) Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, originariamente in *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1942, ora in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, nuova ed. a cura di Astuti, Milano, 1968, 177.
- (41) A tale tema è stato dedicato, nei giorni 4/17-9-1960, presso la Villa Serbelloni di Bellagio, e sotto l'egida della Rockefeller Foundation, un convegno, diretto dai professori Bobbio e Passerin d'Entrèves, al quale hanno partecipato numerosi studiosi, italiani e stranieri.

(42) H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, 601-602 n.

Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, 160-308; Id., *Sul positivismo giuridico*, in *Rivista di Filosofia*, 1961, 15-22; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 129-146.

(44) Cattaneo, *Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1960, 705-732; Id., *Il positivismo giuridico inglese*, cit., 6-38.

(45) S. I. Shuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, 1963, spec. 9 e 12-13.

(46) Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, spec. 14, 127-128, 133-134.

(47) Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987.

(48) W. Naucke, *Strafrecht. Eine Einführung* ⁵, Frankfurt am Main, 1987, 77.

(49) G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht*, cit., 357.

(50) Kant, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797)*, herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg, 1966 (ristampa dell'ed. 1922), 34.

(51) Carrara, *Necessità di profondi studi giuridici (1867)*, in *Opuscoli di Diritto criminale*, Lucca, 1870, I, 94-95: