

L'ISOLA CHE NON C'È. IL POSITIVISMO GIURIDICO SECONDO GUASTINI

Giorgio Pino*

*A noi due***

In che senso Riccardo Guastini è un giuspositivista?

Questa domanda non intende mettere in questione l'adesione di Guastini al positivismo giuridico: se la domanda fosse questa, la risposta sarebbe abbastanza scontata. E questo nonostante Guastini sia estremamente parco nel professare in maniera esplicita, diretta, le proprie preferenze al riguardo¹. Piuttosto, intendo ricostruire il concetto di positivismo giuridico

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Roma Tre, Via Ostiense 163, 00154, Roma, giorgio.pino@uniroma3.it

Ringrazio Mauro Barberis, Bruno Celano, Enrico Diciotti, Luigi Ferrajoli, Giulio Itzcovich, Anna Pintore e Vittorio Villa per aver letto e commentato una versione precedente di questo saggio.

** In onore di un Maestro della teoria dell'interpretazione, nonché instancabile assertore dello scetticismo interpretativo, pongo in esergo queste tre paroline interpretabili come affettuosa dedica da parte di un allievo riconoscente, oppure come temerario guanto di sfida lanciato da un giovane collega accecato dalla *hybris*, oppure –chissà– come entrambe le cose insieme.

¹ Nella gran parte dei casi in cui si occupa del positivismo giuridico, Guastini lo fa “in terza persona”: molto spesso sembra limitarsi a ricostruire una corrente di pensiero, senza pren-

come difeso da Guastini –cioè: che cosa è il positivismo giuridico secondo Guastini, e in che modo egli appartenga a questa corrente di pensiero. A questo proposito proverò ad instillare il dubbio che alcuni dei compiti, e all'apparenza tra i più caratterizzanti, che Guastini affida al positivismo giuridico sono o irrealizzabili o abbastanza irrilevanti; e dunque che se si prova a sviluppare coerentemente e premesse, o promesse, del programma giuspositivista sostenuto da Guastini, il positivismo giuridico rischia di risultare un'impresa in gran parte insensata.

Allo stesso tempo, evidenzierò che altri aspetti del positivismo giuridico meritano maggiore attenzione e considerazione. E si tratta di aspetti talvolta trascurati tra i positivisti e quasi sempre del tutto fraintesi dagli antipositivisti, ma ben presenti nel pensiero di Guastini. Su un piano più generale, dunque, la ricostruzione che farò qui del pensiero di Guastini sul positivismo giuridico potrà anche essere un'occasione per capire più esattamente, se lo si vuole, cosa ci sia, o ci possa essere, di sensato, di interessante e di vitale dietro l'etichetta "positivismo giuridico", spesso usata in maniera alquanto sbrigativa e approssimativa tanto dai suoi sostenitori quanto (e ancor di più) dai suoi detrattori.

Procederò nel modo seguente: nei §§ 1-1.3 ricostruirò il modo in cui Guastini definisce il positivismo giuridico; nei §§ 2-2.3 cercherò di sollevare alcune obiezioni o perplessità su queste tesi, o almeno su alcune di esse; nel § 3 proverò a individuare la morale della storia, ossia ciò che resta del positivismo giuridico se queste obiezioni e perplessità sono fondate.

1. GUASTINI SUL POSITIVISMO GIURIDICO

Come ho già accennato, il modo in cui Guastini definisce il positivismo giuridico non è sempre univoco. Qua e là segnalerò alcune interessanti oscillazioni lessicali e/o concettuali presenti negli scritti di Guastini a que-

dere posizione in merito ad essa. Alcune tra le rare, e talvolta piuttosto oblique, professioni di fede giuspositivista da parte di Guastini si possono trovare in Guastini 1994:221, 239, Guastini 2007b:1376, Guastini 2011a: § 1.

Una questione distinta, e che non approfondirò, è invece se l'adesione di Guastini al realismo giuridico sia incompatibile con il positivismo giuridico. Esiste infatti nella letteratura giusfilosofica la tesi che giuspositivismo e realismo giuridico siano approcci (non solo distinti ma) contrapposti (cfr. ad es. Pattaro 1971; Dworkin 1986:36; Jori 1987:3, 7, 51; Jori 1998:516-517; Jori e Pintore 2014: cap. IV). Guastini respinge, a mio modo di vedere del tutto condivisibilmente, la contrapposizione tra realismo giuridico e giuspositivismo, Guastini 2007a: XLII-XLIII, Guastini 2017a; v. in tal senso anche Leiter 2007); e anzi arriva in talune occasioni a definirli in maniera sostanzialmente identica: v., rispettivamente Guastini 1994:221-222 (per la definizione di realismo giuridico) e Guastini 1994:239-240 (per la definizione di positivismo giuridico); ma v. *infra*, n. 33.

sto riguardo, tuttavia conviene provare innanzitutto ad isolare un nucleo duro di tesi che Guastini associa indefettibilmente al positivismo giuridico.

Ebbene, secondo Guastini a caratterizzare il positivismo giuridico è innanzitutto il suo porsi in contrapposizione al giusnaturalismo: se il giusnaturalismo, nelle sue svariate incarnazioni, ritiene che il diritto (o per meglio dire una parte del diritto: il diritto naturale) non sia posto dagli esseri umani ma da questi trovato, riconosciuto, il giuspositivismo al contrario afferma che il diritto –tutto il diritto– sia il prodotto di atti di decisione umana, sia cioè diritto positivo².

Da notare che Guastini include spesso due importanti restrizioni sul concetto di diritto positivo che sarebbe alla base del positivismo giuridico, e cioè: 1) che il diritto positivo è frutto di atti *consapevoli* di produzione, di decisioni deliberate finalizzate per l'appunto a produrre diritto (caso paradigmatico: l'approvazione e promulgazione di una legge); e 2) che gli atti di produzione giuridica sono in ultima analisi atti di linguaggio³. Questa duplice restrizione può creare qualche perplessità: per un verso perché l'attenzione alla dimensione linguistica del diritto caratterizza in realtà solo *una parte* della storia del positivismo giuridico, in particolare dalla fusione di quest'ultimo con la filosofia analitica in poi: ad esempio, l'attenzione alla dimensione linguistica del diritto è pressoché assente in Kelsen⁴. E per altro verso perché queste restrizioni rendono alquanto complicato, a dir poco, includere all'interno del concetto di diritto positivo la consuetudine, e forse anche il diritto giurisprudenziale (quantomeno relativamente alla restrizione *sub* 1); con il risultato che queste fonti del diritto non potrebbero essere ricomprese in un concetto positivistico di diritto positivo. Probabilmente Guastini è consapevole di queste possibili difficoltà, e per questa ragione insiste sul fatto che la definizione giuspositivistica di diritto (come da lui ricostruita) è in fin dei conti una *stipulazione*, cioè il prodotto di una

² Cfr. Guastini 1989:425-427; Guastini 1993:81; Guastini 1994:239; Guastini 1996b:47-48; Guastini 1996a:514; Guastini 2004:108; Guastini 2007b:1374; Guastini 2014a:515; Guastini 2017a:184.

³ In almeno un'occasione, peraltro (Guastini 1996a:517-518), Guastini aggiunge anche un'ulteriore restrizione sul concetto di diritto che sarebbe proprio del positivismo giuridico, e cioè che le norme così prodotte siano *precise*. Questa qualificazione, cui lo stesso Guastini non sembra dare troppo seguito in altri suoi lavori, finisce paradossalmente con l'accostare Guastini a Dworkin, che nella sua polemica antipositivistica identifica il positivismo giuridico con il "modello delle regole".

⁴ Cfr. Scarpelli 1981. Per Guastini esiste «un legame inscindibile» tra filosofia analitica e positivismo giuridico: Guastini 1994:239; v. anche Guastini 2012b:52; ma è probabile che in questi luoghi egli abbia in mente un legame solo unidirezionale, per così dire: l'adozione di un approccio analitico porta necessariamente al positivismo giuridico, ma non viceversa.

selezione tra i possibili usi o possibili significati della parola “diritto”⁵. Tornerò su questo punto.

Ad ogni modo, sul tronco dell’anti-giusnaturalismo e dell’integrale identificazione tra diritto e diritto positivo, intesi come elementi comuni ad ogni forma di giuspositivismo, Guastini fa ramificare almeno tre tesi significative, distinte ma collegate: una tesi epistemologica, una tesi ontologica, e una tesi metaetica.

1.1. L’epistemologia giuspositivista

La tesi epistemologica del positivismo giuridico sostiene, al nocciolo, che è possibile l’identificazione fattuale del diritto; di più, è possibile una conoscenza scientifica del diritto. E ovviamente l’identificazione e la conoscenza scientifica del diritto sono cose distinte rispetto alla valutazione morale del diritto stesso.

Per Guastini, questa tesi epistemologica rappresenta oggi il senso principale, e forse l’unico, di positivismo giuridico: è «il positivismo giuridico per antonomasia»⁶. Conseguentemente, Guastini spesso definisce *l’intero giuspositivismo* proprio come «una teoria epistemologica –una filosofia della scienza, in senso lato», «una teoria della scienza giuridica»⁷; il positivismo giuridico è «un programma di descrizione scientifica del diritto»⁸, di modo che potrebbe anche essere rinominato «positivismo scientifico»⁹. Ciò può spiegare il fatto che Guastini colloca qui, all’interno della dimensione epistemologica e della teoria della scienza giuridica, quella che è forse la tesi più caratterizzante e in assoluto più controversa del positivismo giuridico: e cioè la tesi della separazione tra diritto e morale¹⁰; per Guastini, infatti, questa tesi significa essenzialmente (anche se non senza qualche oscillazione, come tra poco vedremo) che la descrizione (scientifica) del diritto è cosa distinta dalla sua valutazione morale¹¹, o comunque che il

⁵ Guastini 1989:426; Guastini 1993:81.

⁶ Guastini 2007b:1382; Guastini 2014a:515-516.

⁷ Guastini 1989:427-428. Un’affermazione leggermente più sfumata in Guastini 2004:106 («costituisc[e] parte essenziale del positivismo giuridico, pur nelle sue diverse varianti, una qualche filosofia della scienza giuridica»).

⁸ Guastini 2012a:195.

⁹ Guastini 1989:427-428; Guastini 1993:81. Uberto Scarpelli parlava in proposito, riferendosi principalmente a Bobbio, di «interpretazione scientifica», o «interpretazione scientificistica», del positivismo giuridico (v. rispettivamente Scarpelli 1965: cap. V, e Scarpelli 1989:469).

¹⁰ In proposito v. Pino 2014a.

¹¹ Cfr. Guastini 2007a: XLV: la tesi della separazione tra diritto e morale non è «una tesi intorno al diritto, ma [...] una tesi relativa alla scienza giuridica»; Guastini 2013a:64: «la tesi positivista della separazione concettuale tra diritto e morale non ha altro scopo –non ha altro

diritto può essere identificato come tale «del tutto indipendentemente da ogni giudizio di valore morale»¹².

Ora, la tesi secondo cui il positivismo giuridico consiste in una filosofia della scienza giuridica (o richiede/produce una conoscenza puramente scientifica del diritto) lascia ancora aperte varie possibilità. Infatti, che cosa sia una descrizione scientifica del diritto dipende anche da cosa si intende per diritto (cioè dal concetto di diritto sottostante). Così, e per restare all'interno di un orizzonte giuspositivistico, una cosa sarà la descrizione scientifica del diritto per un normativista, altra cosa per un imperativista, altra cosa ancora per un realista americano, ecc.¹³. Come vedremo nel prossimo paragrafo, la posizione di Guastini a questo riguardo è sensatamente ecumenica, perché include e sintetizza elementi provenienti da diverse tradizioni giuspositivistiche.

Guastini indica dunque una serie di operazioni che potrebbero e dovrebbero essere svolte dai giuristi al fine di produrre una genuina conoscenza del diritto, ossia al fine di realizzare «l'ideale [positivistico] di una scienza giuridica né valutativa né nomopoietica»¹⁴. Si tratta delle operazioni seguenti¹⁵: l'*interpretazione cognitiva*, che consiste nel censire tutte le possibili interpretazioni di un testo normativo, ricavabili mettendo in opera i canoni interpretativi disponibili, senza presceglierne una in particolare; la *metagiurisprudenza descrittiva*, che consiste nella descrizione o ricostruzione di orientamenti interpretativi e costruttivi presenti nella dottrina e nella giurisprudenza; la *rilevazione del diritto vigente*, che consiste nell'individuazione delle norme effettivamente applicate da parte di orientamenti giurisprudenziali o dottrinali consolidati o maggioritari, e nella formulazione di previsioni sulle applicazioni future da parte degli organi giudiziari. Sembra di capire che per Guastini quest'ultimo sia il compito più rilevante per la conoscenza del diritto; talvolta, Guastini afferma che questo è

senso— se non quello di distinguere tra il diritto “com'è” e il diritto “come dovrebbe essere”, tra la descrizione del diritto e la sua valutazione morale: per dirla con Jeremy Bentham, tra “expository jurisprudence” e “censorial jurisprudence”. Si tratta dunque non di una tesi intorno al contenuto del diritto, ma di una *tesi relativa alla scienza giuridica*» (tutti i corsivi aggiunti); Guastini 2017b:311. Di contro, in altra occasione Guastini considera questa *solo una* delle molte implicazioni della tesi della separazione tra diritto e morale: Guastini 1996a:517, n. 20.

¹² Guastini 2004:108; v. anche Guastini 2011c:23-24.

¹³ Sulla contrapposizione tra normativismo e realismo come versioni del positivismo scientifico, v. Guastini 1989:427-428; Guastini 1993:82.

¹⁴ Guastini 2014a:516; v. anche Guastini 1993:82.

¹⁵ Ricostruisco questo elenco di operazioni principalmente da: Guastini 1996a:517; Guastini 2011b:215-220; Guastini 2013d:177-179; Guastini 2014a:519. Non sempre però Guastini include tutte queste operazioni contemporaneamente nel suo concetto di conoscenza scientifica del diritto.

il compito di una scienza giuridica empirica¹⁶. Di contro, Guastini stesso ammette il ruolo del tutto modesto svolto dall'interpretazione cognitiva¹⁷.

Effettuando questi tre tipi di operazioni, a quanto pare, la scienza giuridica formula proposizioni (conoscitive, descrittive) o più in generale discorsi suscettibili di essere valutati in termini di verità e falsità: nel caso dell'interpretazione cognitiva, il discorso della scienza giuridica è vero se censisce tutte le interpretazioni possibili; nel caso della metagiurisprudenza descrittiva, il discorso della scienza giuridica è vero se individua interpretazioni effettivamente esistenti (cioè effettivamente formulate da qualcuno in giurisprudenza o in dottrina); nel caso della rilevazione del diritto vigente, infine, il discorso della scienza giuridica è vero se è prevedibile che la norma individuata come diritto vigente sarà in futuro applicata¹⁸.

Di contro, quando un giurista effettua una “ordinaria” attività interpretativa, indicando/prescrivendo/raccomandando uno tra i possibili significati di un testo normativo (interpretazione decisoria), oppure un significato del tutto nuovo o non direttamente ancorabile ad alcun testo normativo (interpretazione creativa), non sta svolgendo una attività conoscitiva e tantomeno scientifica. Questo perché, a causa dell'indeterminatezza del diritto, la scelta di un significato tra i vari possibili richiede necessariamente una scelta, guidata da valutazioni sostanziali anche di carattere etico-politico. La normale attività interpretativa, dunque, e a maggior ragione la creazione di norme implicite, non è un'attività conoscitiva ma piuttosto un'attività che concorre a produrre diritto: in questi casi, secondo Guastini, l'interpretazione diventa indistinguibile dall'oggetto interpretato, diventa parte del diritto¹⁹.

1.2. L'ontologia giuspositivista

La tesi ontologica del positivismo giuridico sostiene, come abbiamo già visto, che il diritto è solo diritto positivo, e che il diritto positivo è un “fatto”. Ovviamente, esistono vari modi di declinare questa tesi, tanti quante sono le varianti di positivismo giuridico in circolazione. Ebbene, secondo Guastini, i fatti che vanno a comporre il diritto positivo possono essere individuati su più livelli²⁰.

Ad un livello superficiale, troviamo i testi normativi prodotti da organi competenti (caso paradigmatico: i testi prodotti tramite attività legislativa).

¹⁶ Guastini 2014a:516.

¹⁷ Guastini 2013d:177.

¹⁸ Guastini 2011b:217-219; Guastini 2014a:519.

¹⁹ Guastini 1987a:192; Guastini 2012a:196.

²⁰ V. in particolare Guastini 2013d:169-174; e anche Guastini 2011b:335-336.

Sarebbe un errore però, attribuibile ad un «positivismo giuridico ingenuo», da imperativismo ottocentesco²¹, identificare il diritto solo con gli atti normativi prodotti dal legislatore (in senso ampio), cioè con le fonti ufficiali del diritto. Infatti, oltre ai testi normativi, occorre considerare anche le loro interpretazioni –occorre spostarsi dalle fonti alle norme, e più in generale spostarsi dal piano del discorso del legislatore al piano del discorso degli interpreti.

Così, ad un livello meno superficiale, il diritto è l'insieme delle norme derivabili per via di interpretazione dalle fonti del diritto, oppure ricavate per via di integrazione e manipolazione (costruzione dogmatica, creazione di norme inespresse...). E infine, ad un livello profondo di analisi, il diritto è l'insieme delle norme *vigenti*, cioè l'insieme delle norme fatte proprie da un orientamento giurisprudenziale o dottrinale maggioritario e (pertanto) prevedibilmente destinate ad essere applicate in futuri giudizi. Quest'ultimo livello, peraltro, può anche mancare: questo accade ogniqualvolta su una certa questione di diritto non si sia formato un orientamento interpretativo consolidato.

Ne risulta in definitiva una ontologia giuridica complessa, stratificata, in base alla quale il diritto è il prodotto della combinazione di legislazione e di interpretazione (giurisprudenziale e dottrinale)²².

1.3. La metaetica giuspositivista

Guastini afferma che il positivismo giuridico si può considerare una variante della metaetica non-cognitivistica²³; questo perché per il positivismo giuridico le norme sono fatti, e –in virtù della Legge di Hume– i fatti da sé soli non fondano norme, doveri, o valori: ai fatti non si deve obbedienza; l'obbedienza può solo essere fondata su una scelta di valore, su un giudizio morale.

Come è evidente, la metaetica giuspositivista così intesa non deve essere confusa con un'etica legalista, o con il positivismo ideologico: cioè con l'idea che il diritto, in quanto tale, è giusto e merita obbedienza²⁴. Al

²¹ Guastini 1987b: c. 378; Guastini 2011b:335; Guastini 2012a:193; Guastini 2013d:172.

²² Guastini 2011b:336; Guastini 2013d:172.

²³ V. ad es. Guastini 1994:239.

²⁴ Sul positivismo ideologico v. Bobbio 1996: VII; Bobbio 2011. Sfortunatamente, a questo proposito Guastini usa una terminologia alquanto oscillante. In alcune occasioni, infatti, parla di “giuspositivismo metaetico” o di “metaetica del giuspositivismo” proprio per riferirsi al positivismo ideologico, o legalismo, cioè alla tesi che vi sia un obbligo di obbedire comunque al diritto (Guastini 1993:82; Guastini 1999:270-271); e talvolta definisce “metaetica giusnaturalista” la tesi che si debba obbedire al diritto solo se giusto (Guastini 1999:270), cioè esattamente

contrario, la metaetica giuspositivista è l'esatta negazione del positivismo ideologico: in base alla metaetica giuspositivista non c'è alcun obbligo "automatico" di obbedire al diritto: il diritto merita obbedienza, o comunque rispetto morale, solo se è moralmente giusto. Pertanto, «uno dei tratti costitutivi del positivismo giuridico è la tesi della separazione tra diritto e morale»²⁵, questa volta intesa nel senso che le norme giuridiche non sono, per il solo fatto di essere giuridiche, necessariamente giuste e non meritano automaticamente adesione morale. In realtà, secondo Guastini questo vale per il cittadino, o per lo scienziato del diritto, o per il giurista in generale; ma probabilmente non vale per il giudice (e, si può presumere, per il funzionario dell'applicazione in generale): per gli organi dell'applicazione sembra valere invece la metaetica opposta, legalista, e cioè che vi sia un obbligo incondizionato di obbedire al diritto²⁶.

Visto da questo punto di vista, il positivismo giuridico si presenta dunque come la filosofia del diritto maggiormente ispirata a, e rispettosa di, tutti quei valori morali che Guastini associa al non-cognitivismo etico: l'autonomia morale degli individui, il liberalismo politico, la tolleranza²⁷. Il positivismo giuridico, quantomeno nelle sue versioni contemporanee, si associa strettamente ad un'etica liberale, che «propugna la difesa delle libertà individuali contro il potere politico»²⁸. E la distinzione tra obbligo morale e obbligo giuridico (tra ciò che è moralmente giusto e ciò che è giuridicamente obbligatorio) è un'acquisizione definitiva del positivismo giuridico inteso come espressione di una «cultura giuridica laica»²⁹.

2. DISSENTENDO

Fin qui la ricostruzione, spero abbastanza fedele, delle tesi di Guastini sul positivismo giuridico. Al fondo, e su questo sono del tutto d'accor-

la tesi sulla (non) obligatorietà del diritto che, seguendo Guastini, fin qui abbiamo attribuito al positivismo giuridico.

²⁵ Guastini 1996a:514; v. anche Guastini 1996b:47.

²⁶ «Nella cultura giuridica moderna [...] è del tutto scontato che il giudice non possa avere altra metaetica (prescrittiva) che quella giuspositivistica o (meglio) legalistica. [...] Il giudice, insomma, deve obbedienza incondizionata al diritto»: Guastini 1999:271. Come si sarà notato, anche in questo caso (v. *supra*, n. 1) c'è una leggera ambiguità nella posizione di Guastini: non è del tutto chiaro, infatti, se egli condivide in prima persona questa tesi che considera come scontata nella cultura giuridica moderna. La mia impressione, che traggio sia dal tono del brano sia da altre prese di posizione di Guastini, è che egli in effetti condivide questa tesi; ma resta il fatto che la formulazione testuale lascia aperta la possibilità che si tratti di un discorso puramente descrittivo, in terza persona.

²⁷ Guastini 2013a:60.

²⁸ Guastini 1994:240.

²⁹ Guastini 1996c:97.

do, emerge l'idea che secondo Guastini il positivismo non sia "una teoria del tutto". Piuttosto, è solo una tesi sull'identificazione del diritto³⁰. Ad esempio, il positivismo giuridico non è, né include, una (specifica) teoria dell'interpretazione, né tantomeno una dottrina dell'interpretazione³¹; e pertanto Guastini ha perfettamente ragione a contrastare l'accostamento, o addirittura l'identificazione, tra positivismo giuridico e formalismo interpretativo, errore in cui tuttora incorrono anche giuristi culturalmente piuttosto avvertiti. Inoltre, il positivismo giuridico è compatibile con varie teorie del diritto (normativismo, realismo, istituzionalismo), anzi: necessita di essere sviluppato, articolato in una più precisa teoria del diritto, lasciando aperte varie possibilità al riguardo. E inoltre il positivismo giuridico è anche compatibile con varie dottrine dell'obbligo politico. Da questo punto di vista coglie nel segno Leslie Green, quando nota che nessun filosofo del diritto, e aggiungerei anche nessun giurista, può essere *solo* giuspositivista³²: il positivismo giuridico da solo non può qualificare tutte le operazioni che un giurista normalmente svolge, né tantomeno guidarlo nello svolgimento di quelle operazioni.

Ciò detto, nel resto di questo saggio proverò a sollevare dubbi su alcuni aspetti, che a prima vista sembrano del tutto qualificanti, del positivismo giuridico di Guastini.

Prima di discutere in dettaglio le tre tesi che secondo Guastini caratterizzano il positivismo giuridico, diamo uno sguardo veloce al quadro di insieme. A questo proposito, un punto a me non chiarissimo è quale sia il rapporto che secondo Guastini intercorre tra le tesi epistemologica, ontologica e metaetica viste nei paragrafi precedenti: se esse siano concettualmente indipendenti (come ad esempio Bobbio sosteneva dei tre aspetti del positivismo giuridico che egli aveva individuato³³), o se qualcuna di esse sia concettualmente o pragmaticamente prioritaria rispetto alle altre due, oppure infine se esse stiano e cadano insieme³⁴.

³⁰ Guastini 2004:108; Guastini 2007a: XLVI. Cfr. anche Pino 2014a:267.

³¹ Guastini 2012a.

³² Green 2003: § 4.3: «No legal philosopher can be *only* a legal positivist». In proposito si vedano anche Hartney 1994:48 («Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else: Only rules with social sources count as legal rules. [...] Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism»); e Bix 1996:31 («Legal positivism is a theory about the nature of law, by its self-characterization a descriptive or conceptual theory. By its terms, legal positivism does not have consequences for how particular disputes are decided, how texts are interpreted or how institutions are organized»).

³³ Bobbio 2011.

³⁴ Guastini parla genericamente di una connessione concettuale tra la tesi ontologica e quella epistemologica del positivismo giuridico in Guastini 2014a:516. Di contro, a proposito

A volte, infatti, sembra che la tesi ontologica sia prioritaria, e determini le altre due³⁵: il diritto positivo è un fatto –semplicemente, è così che stanno le cose, è questa la natura del diritto (tesi ontologica); da ciò deriva che, al pari di altri fatti, il diritto è conoscibile scientificamente (tesi epistemologica); e deriva inoltre, in base alla legge di Hume, che un fatto non richiede né può fondare –da sé solo– obbedienza o adesione morale (tesi metaetica).

Altre volte, invece, sembra che ad essere prioritaria e condizionante sia la tesi epistemologica, e che da essa discendano le altre due: poiché il positivismo è «una teoria della scienza giuridica», esso prenderà in considerazione il diritto solo nella misura in cui questo sia conoscibile scientificamente e cioè, in una prospettiva latamente empirista, solo nella misura in cui il diritto abbia una esistenza fattuale³⁶. E così, partendo dalla tesi epistemologica si arriva alla tesi ontologica: il diritto è solo diritto positivo, perché solo quest'ultimo è un possibile oggetto di conoscenza scientifica. Inoltre, la conoscenza scientifica del diritto, come di qualunque altro oggetto, lascia del tutto impregiudicata la questione della presa di posizione verso di esso, sulla base di considerazioni morali: e così dalla tesi epistemologica si arriva anche alla tesi metaetica³⁷.

Altre volte ancora, infine, sembra che a fondare tutto il resto sia la tesi metaetica. E cioè che in definitiva siano tanto l'ontologia quanto l'epistemologia giuspositivista a discendere dalla metaetica giuspositivista (intesa come assenza di un obbligo di obbedire al diritto, adesione ai valori liberali, ecc.), verso cui Guastini è dichiaratamente simpatetico. Sembra che siano i valori dell'autonomia personale e (forse) della democrazia a dirigere il filosofo del diritto verso una definizione giuspositivistica di diritto come diritto solo positivo, prodotto intenzionale di atti umani, in senso ampio legislativi, di per sé né giusti né ingiusti; e analogamente questi medesimi valori etico-politici di fondo richiedono di distinguere attentamente le attività genuinamente conoscitive da quelle produttive e manipolative di diritto svolte da soggetti non dotati di legittimazione democratica, e fomentatrici di incertezza del diritto. Se questo è vero, allora è una scelta etico-politica di fondo a condizionare la definizione giuspositivistica del concetto di diritto e dei compiti della scienza giuridica.

del realismo giuridico, che Guastini suddivide in una tesi ontologica, una tesi metodologica (una teoria dell'interpretazione) e una tesi epistemologica, Guastini afferma che la tesi metodologica condiziona tutte le rimanenti: Guastini 2013d:166.

³⁵ Guastini 1993:81; Guastini 1996b:48; Guastini 2012b:52; Guastini 2017a:184.

³⁶ Guastini 2014a:516: «oggetto di scienza, propriamente intesa, può solo essere il diritto positivo»; «solo i fatti sono oggetti appropriati di conoscenza» (Guastini 2014a:518); v. anche Guastini 1989:427. Del resto, come aveva già notato Scarpelli 1965:40, nel positivismo giuridico «scientifico», «la positività è in funzione della scientificità»; considerazioni analoghe in Chiassoni 2013:48.

³⁷ Guastini 2017a:185.

Un indizio in quest'ultima direzione proviene dall'insistenza di Guastini sul fatto che la sua definizione di diritto è una stipulazione³⁸. E, ovviamente, una stipulazione la si fa in vista di certi fini. Certo, generalmente parlando i fini di una stipulazione possono essere puramente epistemologici, e quindi la stipulazione di "diritto" fatta da Guastini potrebbe essere semplicemente al servizio del programma *scientifico* del positivismo giuridico. Ma è lecito sospettare che qui ci sia in ballo qualcosa di più. Infatti, discutendo un saggio di Franco Viola, una ventina d'anni fa, Guastini osservava che un concetto di diritto (come quello adottato da Viola in quella occasione) che tende a valorizzare il ruolo della consuetudine non è «politicamente innocente»³⁹; nello stesso saggio, Guastini nota che l'adozione del concetto di diritto utilizzato da Viola ("il diritto come pratica sociale") avrebbe l'effetto di rendere il diritto «cosa estremamente fluida, incerta, la cui identificazione è affidata [...] ai giuristi», e di «spostare rilevanti poteri di produzione normativa (*idest* poteri politici) dagli organi rappresentativi al ceto dei giuristi»⁴⁰. D'accordo. Ma perché a non essere "politicamente innocente" dovrebbe essere solo la scelta concettuale di Viola, e non anche quella di Guastini? A meno di pensare, cosa che mi rifiuto di fare, che Guastini intenda dividere i filosofi del diritto in due categorie: da una parte quelli che conoscono il vero concetto di diritto, e dall'altra quelli che utilizzano concetti di diritto politicamente compromessi.

Forse sto fraintendendo. Però qui affiora un sospetto interessante, su cui intendo tornare: e cioè che nonostante l'insistenza di Guastini sull'aspetto scientifico del positivismo giuridico, esiste quantomeno la possibilità che la sua scelta a favore del positivismo giuridico sia dettata in ultima analisi da ragioni etico-politiche, e non epistemologiche o ontologiche. Insomma, che dietro il positivismo giuridico di Guastini ci sia più Scarpelli che Bobbio.

Vedremo in conclusione dove questo sospetto possa portarci.

2.1. Sulla tesi epistemologica (ovvero: e se smettessimo di parlare di scienza giuridica?)⁴¹

Abbiamo visto che Guastini riduce spesso l'intero positivismo giuridico ad una teoria della scienza giuridica, e sostiene che questo sia oggi il positivismo giuridico per antonomasia.

³⁸ Cfr. *supra*, § 1, n. 5 e testo corrispondente.

³⁹ Guastini 1994:224.

⁴⁰ Guastini 1994:230 (corsivi nell'originale).

⁴¹ Riprendo qui il titolo di un saggio, di cui condivido quasi ogni parola, di Paolo Comanducci (Comanducci: 2014).

Ora, in punto di fatto questa tesi è falsa. È vero che c'è stato un periodo, direi tra gli anni '50 e i '70 del secolo scorso, in cui la preoccupazione maggiore dei giuspositivisti (tra cui ovviamente Kelsen, Ross, Bobbio), sembrava essere proprio questa⁴². Ma se guardiamo al dibattito internazionale (e non solo angloamericano, sia chiaro) degli ultimi trent'anni, diventa evidente che l'attenzione per lo statuto e i compiti della scienza giuridica occupa ormai un posto affatto marginale, a malapena visibile, nelle riflessioni dei giuspositivisti. (Ovviamente, l'identificazione proposta da Guastini tra positivismo giuridico e positivismo "scientifico" potrebbe anche essere, nuovamente, una stipulazione; tuttavia, oltre al fatto che Guastini non la presenta così, in tal caso ci si dovrebbe interrogare sui fini e sull'utilità di siffatta stipulazione. Cosa che faremo tra poco: v. § 2.3.) Lungi dall'occuparsi di scienza giuridica, il giuspositivismo più recente si occupa in maniera quasi ossessiva dei rapporti tra diritto e morale, di volta in volta in relazione alla definizione del concetto diritto, o al possibile contenuto della norma di riconoscimento e (dunque) al problema dell'identificazione del diritto valido⁴³. Questo mi porta ad una seconda opinione dissenziente.

Guastini definisce, infatti, il positivismo come una teoria della scienza giuridica. Ma a volte, come abbiamo visto, considera il positivismo giuridico come una tesi sull'*identificazione fattuale* del diritto⁴⁴. Ebbene, l'identificazione fattuale e la conoscenza scientifica di un oggetto *non sono la stessa cosa*. Posso identificare fattualmente un albero, o un piatto di pasta, senza avere alcuna preparazione in botanica o in scienze nutrizioniste. Allo stesso modo, posso identificare una fonte del diritto (posso sapere che questa cosa qui è il codice civile) anche senza aver preso un dottorato in giurisprudenza. In generale, l'identificazione (fattuale o meno) del diritto riguarda chiunque abbia a che fare, a qualunque titolo, con il diritto: il cittadino, l'organo dell'applicazione, l'avvocato, l'osservatore sociologico, lo storico, perfino gli organi della produzione giuridica (in quanto le loro attività produttive sono a loro volta regolate dal diritto), e ovviamente anche lo studioso del diritto. Di contro, il problema della conoscenza scientifica del diritto riguarda *solo* lo studioso del diritto, e peraltro solo in alcune delle sue attività, visto che la dottrina, come Guastini ci ha insegnato meglio di chiunque altro, fa svariate cose oltre all'identificazione scientifica del diritto –se mai la fa davvero, peraltro. Dunque, il positivismo giuridico come tesi sull'identificazione fattuale del diritto e come teoria della scienza giuridica non coincidono necessariamente. Se questo è vero, e non vedo come non lo possa essere, allora viene spontaneo chiedersi

⁴² Questo clima è assai efficacemente ricostruito, e testimoniato, da Villa 1984.

⁴³ V. in proposito Barberis 2010:207-209; Pino 2014a; Chiassoni 2013:62-78.

⁴⁴ *Supra*, n. 30 e testo corrispondente.

perché insistere pressoché esclusivamente sul positivismo giuridico come *teoria della scienza giuridica*, perché concentrare gli sforzi intellettuali del positivismo giuridico solo sulla conoscenza scientifica del diritto, e non invece su quella “laica”, per così dire. Da un punto di vista etico-politico –ma forse anche di buon senso– non si vede perché mai dovrebbe essere più importante per un giuspositivista assicurare le condizioni di scientificità del lavoro dei giuristi anziché, ad esempio, riflettere sulla conoscibilità e identificabilità del diritto in generale⁴⁵.

Ma guardiamo un po' più da vicino il progetto di scienza giuridica positivista propugnato da Guastini. Occorre tenere a mente che, per Guastini, alla scienza giuridica propriamente detta è preclusa l'interpretazione, a meno che non si tratti di interpretazione “cognitiva”, cioè la adiafora rilevazione dei possibili significati di un testo normativo. Se si prende sul serio questo presupposto metodologico, per la scienza giuridica positivista derivano alcune preclusioni ulteriori, che finiscono per restituire un'immagine alquanto singolare della scienza giuridica.

Innanzitutto, non potrebbe essere compito della scienza giuridica retamente intesa identificare *le norme valide* di un ordinamento. Questo perché la validità (intesa come validità materiale, o sostanziale) richiede un giudizio di compatibilità tra una norma inferiore N1 e una norma superiore N2 (la norma-parametro); dunque, un giudizio di validità in primo luogo presuppone che sia stata esperita un'interpretazione, al fine di individuare le norme N1 e N2; e in secondo luogo richiede una valutazione sulla loro compatibilità –valutazione che nella maggior parte dei casi richiede apprezzamenti di carattere sostanziale⁴⁶. Dunque, i giudizi di validità non sarebbero di competenza della scienza giuridica positivista, ma solo della dottrina; e se si definisce la validità come “appartenenza” di una norma ad un ordinamento, si deve concludere che non è possibile una conoscenza scientifica di quali norme appartengano ad un ordinamento –semmai, si potrebbe solo fare una rilevazione scientifica (in sede di metagiurisprudenza descrittiva) di quali norme *sono considerate* valide dai giuristi.

Inoltre, stranamente Guastini non include tra i compiti della scienza giuridica positivista l'identificazione delle *fonti del diritto*, ed eventualmente l'accertamento della loro validità (formale, questa volta), indipen-

⁴⁵ Cosa che peraltro Guastini ha fatto, e in maniera come al solito estremamente acuta: si vedano ad es. Guastini 1987b; 2013b. Ma, stranamente, Guastini non si occupa di cose di questo tipo quando espone le sue tesi programmatiche sui compiti di una scienza giuridica positivista, o del positivismo in generale.

⁴⁶ Sulla componente interpretativa dei giudizi di validità materiale, v. Pino 2016:106-107. Che l'apprezzamento della conformità tra norma inferiore e norma superiore richieda «di solito un giudizio di valore» è affermato anche da Ferrajoli 1989:917.

dentemente dall'individuazione del loro contenuto di significato. Questo è strano perché, oltre a sembrare un compito affatto naturale della dottrina, l'identificazione degli atti (umani, sociali) produttivi di diritto dovrebbe essere un compito assolutamente centrale per un'impresa conoscitiva *positivistica*, che identifica il diritto con il diritto posto. Tuttavia, per strana che sia questa omissione, si dà il caso che a ben vedere nemmeno l'attività di identificazione delle fonti potrebbe riuscire a superare le restrizioni imposte da Guastini su cosa sia una genuina conoscenza scientifica del diritto: infatti, è vero che gli atti umani come quelli che integrano l'attività legislativa (e il suo prodotto) sono identificabili fattualmente; ma tali "fatti" contano come produttivi di diritto solo se autorizzati da altre norme; e dunque la stessa identificazione fattuale delle fonti presuppone una attività interpretativa, che a volte può essere solo tacita o quasi "automatica", e altre volte invece può richiedere il ricorso a scelte e valutazioni etico-politiche⁴⁷. E dunque, per ragioni simili a quelle viste a proposito della identificazione delle norme valide, neanche l'identificazione delle fonti, e l'accertamento della loro validità, potrebbe rientrare tra i compiti di una genuina scienza giuridica positivista, così come proposta da Guastini.

Ne viene fuori un'immagine seriamente depauperata di scienza giuridica, privata di alcuni compiti fondamentali. Ma dopo aver visto cosa *non c'è* tra i compiti che Guastini affida alla scienza giuridica (rettamente intesa), poniamo un momento attenzione su *ciò che c'è*. Come abbiamo visto a suo luogo (*supra*, § 1.1), i compiti fondamentali della scienza giuridica secondo Guastini sono l'interpretazione cognitiva, la metagiurisprudenza descrittiva, e la rilevazione del diritto vigente.

Ora, per quanto riguarda l'interpretazione cognitiva, ho già avuto occasione in passato di mostrare, credo con buoni argomenti, che si tratta in realtà di un'interpretazione decisoria sotto mentite spoglie⁴⁸. Anche l'interpretazione cognitiva richiede scelte e valutazioni, pena la sua totale impossibilità; la vera differenza rispetto all'interpretazione decisoria è che quest'ultima mette capo ad un solo risultato interpretativo, mentre l'interpretazione cognitiva indica più soluzioni interpretative (che però non saranno mai *tutte* quelle possibili, e qui sta l'aspetto decisorio, e non meramente descrittivo, dell'interpretazione cognitiva).

⁴⁷ Per una più ampia esposizione di questa tesi rinvio a Pino 2014. Ma vedi anche Jori 1993:82-86; Bayón 1996:58 («se non è possibile l'identificazione oggettiva del diritto come insieme di *norme*, nemmeno è possibile, in senso stretto, l'identificazione oggettiva del diritto come insieme di *formulazioni normative*», corsivi nell'originale). Guastini sembra riconoscere esattamente questo punto in Guastini 1994:226-227. Ma è una concessione isolata che non mi pare abbia avuto alcun seguito nell'*opus* di Guastini.

⁴⁸ Pino 2013.

Per quanto riguarda la metagiurisprudenza descrittiva e la rilevazione del diritto vigente, il discorso è solo parzialmente diverso⁴⁹. Sappiamo che per Guastini l'interpretazione non è attività propriamente conoscitiva ma decisoria, perché i testi normativi sono formulati in linguaggio naturale, e pertanto ne ereditano l'ambiguità, la vaghezza, oltre ai fattori specificamente giuridici di indeterminatezza. Bene. Inoltre, per Guastini le norme sono *enunciati*: quando un giurista o un giudice interpreta le disposizioni contenute in un testo normativo, la sua interpretazione –la norma– si riversa in un altro testo, in altri enunciati (un saggio dottrinale, la motivazione in diritto di una sentenza). Bene⁵⁰. A questo punto, secondo Guastini, lo scienziato del diritto positivista può entrare in azione *descrivendo* le interpretazioni altrui: si tratterà di attività scientifica proprio perché il giurista non sta interpretando in prima persona, per così dire, ma sta ricostruendo e riferendo interpretazioni altrui, in sede di metagiurisprudenza descrittiva o di rilevazione del diritto vigente. Molto bene. O forse no. Già, perché non si capisce perché mai quando il giurista G1 interpreta il testo della legge L, non possa fare a meno di mettere in campo tutte quelle scelte e giudizi di valore che contraddistinguono l'interpretazione decisoria, che dunque risulta priva di “scientificità”; mentre quando il giurista G2 interpreta il testo (un saggio o una sentenza) in cui il giurista G1 ha riversato la sua interpretazione di L, la necessità di ricorrere a scelte e giudizi di valore –in altre parole la necessità di *interpretare*– magicamente scompaia. In fondo, il linguaggio con cui si esprimono i giuristi non è poi così diverso dal linguaggio del legislatore; ed è lo stesso Guastini a ricordarci che il linguaggio della dogmatica, o più in generale degli interpreti, si fonde e confonde inestricabilmente con quello delle fonti⁵¹. E si pensi, paradigmaticamente, ai problemi interpretativi che può suscitare la lettura di un “principio di diritto” enunciato dalla Cassazione, o di una sentenza “interpretativa” della

⁴⁹ Come si ricorderà (*supra*, § 1.1), la differenza tra la metagiurisprudenza descrittiva e la rilevazione del diritto vigente è essenzialmente che per “diritto vigente” Guastini intende, in ultima analisi, le interpretazioni consolidate o maggioritarie, mentre la metagiurisprudenza descrittiva prende in considerazione una qualunque interpretazione o orientamento interpretativo. Si noti che per l'individuazione del diritto vigente vi è una complicazione aggiuntiva rispetto a quanto sto per esporre nel testo, e cioè che non esiste una formula matematica per determinare quando un orientamento interpretativo possa considerarsi maggioritario o consolidato; questo rende ancora più dubbio il fatto che la rilevazione del diritto vigente sia una questione di mera “descrizione”.

⁵⁰ In realtà, a mio parere una norma non è un enunciato, ma un significato, cioè un'entità mentale. Ma è vero che nella maggior parte dei casi, e cioè quando questo significato è destinato alla comunicazione intersoggettiva, tale significato sarà effettivamente riversato in un (altro) testo; in proposito, Pino 2016:36-38.

⁵¹ Guastini 1987a:192; Guastini 2013b:53; Guastini 2012b:58. In proposito v. *infra*, § 2.2.

Corte costituzionale⁵². Dunque non si capisce che differenza qualitativa ci dovrebbe essere, *da questo punto di vista*, tra interpretare un enunciato formulato dal legislatore e interpretare un enunciato formulato da un giurista: non devono forse *entrambi* tali tipi di enunciati essere interpretati, scegliendo un significato all'interno di una pluralità (una "cornice", direbbe Guastini) di significati possibili?

Guastini potrebbe forse replicare che i testi normativi nascono sì indeterminati, ma poi vengono resi determinati dall'interpretazione decisoria; dunque, il testo sapienziale o giurisprudenziale che formula l'interpretazione decisoria non è indeterminato, o almeno può non esserlo: e così quest'ultimo si presta ad una interpretazione univoca e dunque anche ad una descrizione scientifica. A mio modo di vedere, però, questo argomento avrebbe serie, e a Guastini non gradite, implicazioni sulla teoria scettica dell'interpretazione. Infatti, questo argomento porta ad ammettere che l'indeterminatezza è una caratteristica solo contingente dei linguaggi naturali, in quanto secondo questa replica i giuristi riescono ad esprimersi in un linguaggio univoco, o almeno sono in grado di farlo, sciogliendo le indeterminanze del linguaggio legislativo. Ma se l'indeterminatezza è un dato solo contingente e non strutturale dei linguaggi naturali, allora, potenzialmente, anche il linguaggio dei testi normativi *potrebbe* essere univoco: se i giuristi sono in grado di esprimersi in un linguaggio naturale non indeterminato, perché non dovrebbe riuscirci anche il legislatore? In breve, l'argomento che sia possibile meramente descrivere enunciati interpretativi altrui (in sede di metagiurisprudenza descrittiva, o di individuazione del diritto vigente) finirebbe con il dimostrare che lo scetticismo interpretativo è falso, perché costringe ad ammettere che ci potrebbero essere casi in cui non è necessario interpretare un testo normativo, ma semplicemente prendere atto del suo significato univoco. Dunque, delle due l'una: o il linguaggio (*del diritto e sul diritto*) è sempre indeterminato, e allora l'interpretazione decisoria non manca mai, neanche nella metagiurisprudenza descrittiva; o il linguaggio può occasionalmente essere determinato, e allora lo scetticismo interpretativo è falso. *Pick your poison*.

⁵² «La caratteristica più importante delle massime è che si tratta di enunciazioni, concentrate in una o in poche frasi, che hanno ad oggetto regole giuridiche. Queste regole hanno solitamente un contenuto più specifico rispetto al dettato testuale della norma di cui costituiscono una interpretazione, ma sono pur sempre formulate come regole, ossia come enunciazioni generali di contenuto precettivo. Non a caso le raccolte di giurisprudenza assomigliano a codificazioni più dettagliate di quelle che rappresentano i codici veri e propri, ma pur sempre a "raccolte di norme"»: così Taruffo 2007: § 2. E si ricordi quanto dice Kelsen sul fatto che perfino le norme individuali (come quelle formulate nel dispositivo della sentenza) hanno margini di indeterminatezza: Kelsen 1990:382.

In maniera analoga, forse Guastini vorrebbe sostenere che lo scienziato del diritto, in sede di metagiurisprudenza descrittiva o di rilevazione del diritto vigente correttamente intese, si limiti a reiterare, a “descrivere”, l’interpretazione decisoria formulata da un altro giurista: a prenderne conoscenza⁵³. Ma se questa è pura conoscenza e non interpretazione, allora non si capisce perché un’interpretazione strettamente letterale, testuale⁵⁴, di un testo legislativo debba invece essere considerata “interpretazione decisoria” anziché (in analogia con la metagiurisprudenza descrittiva) una *adiafora* “rilevazione o descrizione di un significato” –cosa che Guastini ovviamente respingerebbe, e con ottime ragioni.

Se quanto detto fin qui è vero, allora l’ideale positivistico di scienza giuridica, che può essere genuinamente conoscitiva solo nella misura in cui non effettua attività interpretative (decisorie), diventa in effetti irrealizzabile. L’interpretazione non manca mai, neanche quando si rilevano o addirittura si reiterano interpretazioni altrui (a meno di sconfessare lo scetticismo interpretativo, per quanto moderato). Il lavoro dei giuristi è sempre in parte conoscitivo e in parte “creativo”, manipolativo, e queste due componenti sono inestricabili non solo psicologicamente ma logicamente o concettualmente; è impossibile isolare la sola componente conoscitiva allo stato puro.

Ammettiamo comunque che le mie obiezioni alla praticabilità dell’ideale di scienza giuridica positivistica come proposto da Guastini siano errate, o quantomeno esagerate. Ammettiamo pure, per amore di argomento, che una scienza giuridica di questo tipo sia praticabile, e che magari sia talvolta effettivamente praticata: che sia possibile una dottrina che svolga compiti puramente conoscitivi. Resta ancora la domanda: perché mai occuparsi proprio di questo? In fin dei conti, ciò che di interessante e di socialmente rilevante fa la dottrina non è la sua attività conoscitiva, ma quella, in senso ampio nomopoietica, di sistemazione e interpretazione del materiale normativo⁵⁵. Non sarebbe più interessante se il positivismo giuridico, anziché essere ridotto ad una teoria della scienza giuridica, fosse ad esempio una teoria delle fonti del diritto (in senso ampio)?

⁵³ Esempio: il giurista G1, in sede di interpretazione decisoria, afferma: «il danno biologico deve essere risarcito». Il giurista G2, scienziato del diritto, afferma «Il giurista G1 sostiene che il danno biologico deve essere risarcito».

⁵⁴ Esempio: il testo di legge TL afferma: «il danno biologico deve essere risarcito». Il giurista G1 ne trae la seguente interpretazione: «in base a TL, il danno biologico deve essere risarcito». Mi riferisco qui a quelle che sono state chiamate “norme letterali” o “isomorfe”, che consistono in una mera reiterazione della formulazione del testo normativo: Chiassoni 2007:124; Chiassoni 2008:483; Pino 2016:32.

⁵⁵ In proposito cfr. anche Comanducci 2008, spec. Comanducci 2008:427; Comanducci 2014:290.

In conclusione, dunque, la tesi epistemologica del positivismo giuridico, ovvero la riduzione del positivismo giuridico a teoria della scienza giuridica, rende la scienza giuridica un'impresa che nella migliore delle ipotesi è alquanto limitata (probabilmente assai più limitata di quanto Guastini stesso sospetti), e irrilevante; e nella peggiore delle ipotesi è impossibile, a causa dell'inevitabilità dell'interpretazione. E non si vede come il positivismo giuridico stesso, *se inteso solo o soprattutto in questo modo*, possa essere un'impresa intellettuale che meriti di essere perseguita.

2.2. Sulla tesi ontologica (ovvero: la dottrina è parte del diritto?)

Come abbiamo visto (*supra*, § 1.2), l'analisi di Guastini sul concetto giuspositivistico di diritto positivo è molto sofisticata, e stratificata. In ultima analisi, essa si basa sull'interazione tra legislatore e interprete nella produzione del diritto positivo. Poiché in linea generale condivido questa tesi, mi limiterò a poche glosse su alcuni specifici aspetti che trovo meno convincenti.

In particolare, una riserva che intendo avanzare riguarda il ruolo degli interpreti, e segnatamente della dottrina, all'interno del concetto di diritto positivo. A questo proposito, Guastini sostiene che la dottrina è parte del diritto, nel senso che «i giuristi (sia pure informalmente) partecipano in vario modo alla creazione del diritto», la dottrina è «parte integrante del diritto stesso»⁵⁶; l'insieme delle attività che Guastini raggruppa sotto il nome di “costruzione giuridica” (più o meno tutte le forme di ragionamento interpretativo distinte dall'interpretazione in senso stretto, testuale) costituiscono una «attività genuinamente nomopoietica di giuristi e giudici: legislazione “interstiziale”»⁵⁷; e dunque le interpretazioni e costruzioni dottrinali devono essere incluse all'interno di una veridica, scientifica descrizione del diritto positivo⁵⁸.

Guastini arriva a questa idea in ragione della natura linguistica del fenomeno giuridico, che a sua volta, come abbiamo visto, egli considera un tratto caratterizzante del positivismo giuridico. Poiché sia il diritto sia la sua rielaborazione in sede dottrinale hanno carattere linguistico, è inevitabile che questi due linguaggi si sovrappongano e si confondano tra

⁵⁶ V. rispettivamente Guastini 2011b:214 (e anche Guastini 2011b:225), e Guastini 2013d:176.

⁵⁷ Guastini 2014b:243.

⁵⁸ Guastini 2012a:196; Guastini 2013d:173; secondo Guastini, il riconoscimento del ruolo della dottrina è ciò che distingue la sua posizione giusfilosofica dal realismo giuridico “ingenuo”, che invece si concentra solo sul ruolo della giurisprudenza.

loro⁵⁹. Così, tra il linguaggio del diritto (cioè delle fonti, del legislatore) e il linguaggio della dogmatica «non esiste una distinzione netta»⁶⁰; tra i due vi è un continuo processo osmotico che li rende, in ultima analisi indistinguibili. Si tratta, evidentemente, di un processo osmotico che va in una direzione sola, perché è il linguaggio dei giuristi a sovrapporsi a quello del legislatore, modellandolo e arricchendolo continuamente⁶¹; i giuristi interpolano i testi normativi, li manipolano sia operando scelte interpretative, sia sovrapponendo ad essi le loro costruzioni dogmatiche, sia infine arricchendoli di norme implicite.

Ora, per un verso questa tesi è un'ovvia implicazione della distinzione tra disposizione e norma, e in quanto tale è ineccepibile. Ed è anche vero, ovviamente, che il diritto che viene comunicato nelle aule universitarie o nelle riviste giuridiche è di solito e in gran parte un diritto già interpretato, i cui fruitori non vengono direttamente ed esclusivamente a contatto con il linguaggio del legislatore, ma con il linguaggio del legislatore come interpretato dai giuristi (in senso ampio)⁶².

Per altro verso, però, questa tesi della tendenziale fusione tra linguaggio del legislatore e linguaggio dei giuristi, tra linguaggio oggetto e meta-linguaggio, suscita alcune perplessità. Infatti, nel diritto moderno esistono fonti ufficiali del diritto e testi normativi formali; e questi, pur dovendo sempre essere interpretati, hanno una loro fissità, e per la loro modifica sono richieste delle procedure formali. Allora la perplessità di cui dicevo è chiara: nei contesti in cui la dottrina non è fonte formale del diritto, le manipolazioni interpretative della dottrina non hanno alcun effetto immediato nel sistema giuridico; per usare un esempio caro a Guastini⁶³, un violinista potrà pure interpolare lo spartito che sta suonando, ma c'è un senso importante in cui lo spartito originale resta del tutto indifferente a questa interpolazione: il caso limite, ma che forse rende più chiaro l'argomento, è quello di una interpolazione della quale nessuno venga a conoscenza, e alla quale nessuno dia alcun seguito.

⁵⁹ Infatti, «i due linguaggi si confondono l'uno con l'altro» (1987a: 192); v. anche Guastini 2014b:243.

⁶⁰ Guastini 2011b:215, n. 8; v. Guastini 2011b:221, 225; e v. anche i luoghi già citati *supra*, n. 49.

⁶¹ Guastini 2006:93; Guastini 2011b:225; Guastini 2013d:176; Guastini 2014b:243.

⁶² Inoltre, un altro senso in cui l'idea della tendenziale confusione tra i due linguaggi è esatta è che i giuristi spesso rappresentano le proprie interpretazioni e finanche costruzioni dogmatiche come veridiche, oggettive rappresentazioni del discorso del legislatore, anziché come interpretazioni più o meno plausibili in competizione con altre (ma qui Guastini non sembra avere in mente questa specifica declinazione della sua tesi).

⁶³ Guastini 2013d:176; Guastini 2014b:243.

Dunque, è vero che il diritto è composto da vari strati linguistici: quello del legislatore, quello degli interpreti; e che dunque il diritto è composto, in qualche senso, non solo dai testi autoritativi in senso formale, ma anche dalle interpretazioni di questi testi (quantomeno le interpretazioni effettuate alla luce dei criteri interpretativi più accreditati in un certo contesto culturale). Ma l'idea che il linguaggio della dottrina si fonde con quello del legislatore finisce per rivelarsi un po' troppo suggestiva: non solo perché questi livelli linguistici restano pur sempre distinti su un piano concettuale e su un piano giuridico-formale; ma anche perché oscura il fatto che molte, forse la maggior parte, delle presunte interpolazioni dottrinali non producono alcun effetto sociale: restano allo stato di interpolazioni tentate, in attesa che qualcuno un giorno le prenda sul serio, cosa che potrebbe anche non accadere mai.

Guastini, certamente, è consapevole di questa difficoltà; e infatti talvolta, ma solo talvolta, integra incidentalmente questo discorso con una qualificazione importante, e cioè che la dottrina in effetti è parte del diritto solo se le sue proposte interpretative sono poi recepite dagli organi dell'applicazione nelle loro decisioni⁶⁴. Ebbene, questa precisazione, a mio parere corretta, finisce per svuotare la tesi che la dottrina è parte integrante del diritto. Infatti essa mostra in primo luogo che la possibile confusione tra linguaggio delle fonti e linguaggio della dottrina deriva non dalla natura linguistica che accomuna i due fenomeni, come sostiene Guastini, ma dal dato affatto contingente del prestigio sociale di cui può godere la dottrina, o alcuni suoi esponenti, in un certo contesto culturale: è solo nella misura in cui le interpretazioni (manipolazioni, interpolazioni, costruzioni...) dottrinali, o alcune di esse, vengano prese sul serio dagli altri attori della cultura giuridica, soprattutto gli attori istituzionali, che esse possono realmente "confondersi" con il linguaggio delle fonti⁶⁵. E inoltre, secondo quanto ci dice lo stesso Guastini, ad essere parte del diritto (vigente) a ben vedere non è il discorso della dottrina, ma quello degli organi dell'applicazione: infatti, solo se questi ultimi recepiscono una interpretazione o costruzione dottrinale questa diventa parte del diritto vigente (esattamente come avviene, *mutatis mutandis*, quando il legislatore recepisce delle direttive dottrinali *de lege ferenda*).

⁶⁴ Guastini 2011b:221, n. 31, e 225, n. 41; Guastini 2013d:176, n. 37; Guastini 2014b:243, n. 24.

⁶⁵ Peraltro, come nota Aurelio Gentili, mentre accade sempre più raramente che il legislatore o la giurisprudenza recepiscono specifiche *soluzioni* dottrinali, più di frequente invece la dottrina riesce a mettere in circolazione *metodi* interpretativi (Gentili 2015:181; in proposito v. anche Pino 2003:130-134). E questo rende ancora più indiretto il rapporto osmotico tra dottrina e diritto positivo.

In definitiva, dunque, una volta precisata nel senso proposto dallo stesso Guastini, della tesi secondo cui la dottrina è parte del diritto rimane ben poco.

2.3. Sulla tesi metaetica (ovvero: il dito e la luna)

Anche sulla metaetica giuspositivista –la tesi che il diritto, di per sé, non meriti obbedienza o adesione morale– non ho molto da obiettare a Guastini, visto che è tesi che condivido. Nuovamente, dunque, mi limiterò a poche glosse su alcuni aspetti marginali di questa tesi, che non intendono scalfirne il nucleo, e ad esplicitare ulteriormente alcune implicazioni del discorso di Guastini che sembrano restare un po' in ombra.

In questo spirito, la prima cosa da notare è che Guastini sembra dare per scontata una tesi che è in realtà controversa o quantomeno aperta ad interpretazioni differenti anche all'interno del dibattito giuspositivista, e cioè il presunto legame tra il positivismo giuridico e il non-cognitivismo etico⁶⁶. È vero che molti giuspositivisti contemporanei sono anche non-cognitivist in etica, ma allo stesso tempo è anche vero che tanti altri giuspositivisti contemporanei difendono qualche forma di realismo morale (come Joseph Raz o José Juan Moreso; e si pensi all'oggettivismo etico di John Austin, uno dei padri fondatori del positivismo giuridico); e infine altri ancora –e se dovessi scegliere mi metterei tra questi ultimi– ritengono che il positivismo giuridico sia indifferente alla scelta tra cognitivismo e non-cognitivismo etico⁶⁷.

Un secondo dubbio riguarda la differenza che Guastini suggerisce, quanto all'obbligo di obbedire al diritto, tra cittadini e organi dell'applicazione: in base alla metaetica giuspositivista come formulata da Guastini, come abbiamo visto, i primi non avrebbero alcun obbligo di obbedire al diritto, obbligo che può solo discendere da una valutazione morale, rimessa all'autonomia di ciascun cittadino, sul diritto stesso; i secondi, invece, avrebbero un obbligo incondizionato di obbedire al diritto. In realtà questa affermazione si spiega perfettamente all'interno della posizione *normativa* di Guastini (su cui tornerò tra un istante), ma *a*) non è affatto richiesta dal positivismo giuridico, e *b*) fa a pugni con la posizione *teorica* di Guastini. Infatti, quanto ad *a*), nulla nella definizione giuspositivistica di diritto positivo implica che il giudice abbia un obbligo incondizionato di applicare il diritto, e anzi secondo alcuni il positivismo giuridico svolge la sua fun-

⁶⁶ Posizioni affini a quella di Guastini si possono trovare in Schiavello 2010; Ferrajoli 2013:96-102.

⁶⁷ Per questa tesi v. ad es. Scarpelli 1989:472; Waldron 1999:166-167.

zione “pedagogica”, di incentivare un atteggiamento critico e disincantato verso il diritto positivo, tanto verso il cittadino quanto verso il giudice⁶⁸. E quanto a *b*), considerata l’indeterminatezza del diritto e la molteplicità delle tecniche interpretative astrattamente disponibili al giudice (cose che Guastini ha infaticabilmente messo in evidenza), dire che il giudice deve obbedienza incondizionata al diritto positivo finisce per essere una formula vuota, quantomeno fino a che non la si integri con una dottrina normativa dell’interpretazione.

Come che sia, un punto più interessante a proposito della metaetica giuspositivista è a mio parere il seguente. Come abbiamo visto, Guastini dice che il diritto di per sé non merita una intrinseca adesione morale; e dice inoltre che il positivismo giuridico è l’approccio al diritto che è maggiormente compatibile con la protezione di alcuni valori morali, a loro volta associati al non-cognitivismo etico (autonomia morale degli individui, tolleranza...). Dalla congiunzione di queste premesse, mi sembra si possa arrivare alla conclusione che per Guastini il diritto che meriti adesione morale è il diritto che prende sul serio l’autonomia morale degli individui, sia nei suoi specifici contenuti contingenti (il contenuto di singole leggi o orientamenti interpretativi, o anche di singole decisioni applicative), sia nella sua architettura, per così dire. La prima è una questione di critica del diritto in senso stretto, mentre la seconda può ancora essere considerata una questione filosofico-giuridica. Ebbene, vorrei dire qualcosa su quest’ultima questione.

In questa prospettiva, l’idea di Guastini sembra essere che un diritto rispettoso dell’autonomia morale degli individui e del liberalismo politico deve essere per certi versi un diritto formato, quantomeno nelle sue zone nevralgiche, tramite procedure democratiche, che possono essere limitate (sempre a livello di architettura di sistema, beninteso) solo nella misura in cui ciò sia strettamente necessario per evitare che la democrazia sconfini in tirannia della maggioranza⁶⁹. E per altri versi deve essere un diritto certo⁷⁰: nel senso che deve essere un diritto facilmente (e dunque fattual-

⁶⁸ Cfr. Raz 2009: n. 28: «Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws»; Leiter 2006:677: «Positivists have always been clear that a judge’s legal duty to apply valid law can be overridden by moral or equitable considerations in any particular case»; Leiter 2013:8 e in n.: «no serious positivist theory holds that settled law imposes non-defeasible obligations on officials or citizens. [...] One might even say that it is essential to the positivist view to defeat the assumption that legal validity entails moral obligation, by citizen or judge».

⁶⁹ Guastini 2013e:247, dove si argomenta in tal modo l’ammissibilità del solo ruolo di “legislatore negativo” da parte della Corte costituzionale.

⁷⁰ In Guastini 1994:230, Guastini trova riprovevole utilizzare un concetto di diritto che renda il diritto una «cosa estremamente fluida, incerta», e che trasferisca ai giuristi consistenti

mente) identificabile sia a livello degli atti normativi sia a livello delle norme, e reso certo anche dalla stabilità e uniformità degli orientamenti interpretativi⁷¹; si spiega in questa chiave, peraltro, anche l'idea vista poco sopra, e in realtà alquanto incompleta, che il giudice avrebbe un obbligo incondizionato di applicare il diritto positivo (tesi che a dire il vero, come abbiamo appena visto, qui si presenta anche come un obbligo per il giudice di seguire la giurisprudenza dominante).

Nel merito, queste tesi normative possono essere condivisibili o meno. Tuttavia, ciò che emerge chiaramente da queste considerazioni è che Guastini coltiva il positivismo giuridico non solo nella forma del positivismo scientifico, ma anche in quella del “normative positivism”, cioè l'idea che è bene che il diritto sia identificabile fattualmente, e che le decisioni giuridiche siano prese senza fare ricorso a controverse valutazioni morali, o comunque a discrezionalità interpretativa⁷². Le due imprese, si noti, non hanno lo stesso oggetto: il positivismo scientifico ha ad oggetto la scienza giuridica, il positivismo normativo ha ad oggetto il diritto e la sua interpretazione; e non puntano esattamente nella stessa direzione: il primo prescrive alla dottrina di descrivere il diritto, il secondo prescrive di legiferare e di interpretare in certi modi.

Non sono imprese incompatibili tra loro (ammesso che il positivismo scientifico sia realmente praticabile: v. *supra*, § 2.1). Ma nuovamente non capisco perché Guastini pensi che sia più importante, o più interessante, dedicare un'attenzione pressoché esclusiva al positivismo come teoria della scienza giuridica, fino a considerarlo il positivismo giuridico per antonomasia, anziché occuparsi dei risvolti in senso lato politici –sia a livello di obbligo politico, sia a livello di politiche interpretative e metodologiche– del positivismo giuridico. Personalmente, non avrei dubbi su quale delle due imprese meriti di essere perseguita con maggiore perseveranza.

quote di potere di produzione normativa. E si ricordi l'osservazione, in realtà isolata, di Guastini secondo cui il positivismo giuridico richiederebbe che le norme siano *precise* (*supra*, n. 3).

⁷¹ Guastini 1996a:524-525, dove si fa riferimento al «valore liberale della stabilità dell'interpretazione e della uniformità della giurisprudenza» e al «valore liberale della certezza e prevedibilità delle decisioni [giudiziarie, *ndr*]».

⁷² «*Normative positivism* [...] is the thesis that the law *ought* to be such that legal decisions can be made without the exercise of moral judgement» (Waldron 1999:167, corsivi nell'originale). Il tipo di *normative positivism* discusso nel testo è stato anche definito “epistemic normative positivism”: cfr. Celano 2013:177: «Epistemic NLP concerns the desirability of non-moral, so far as possible trivially factual, non-controversial and readily applicable, criteria –or tests– of legal validity (i.e., of membership in a legal system). Laws, epistemic NLP claims, should be recognizable and identifiable as such, and their content capable of being determined, on the basis of (so far as possible easily accessible, readily identifiable, non-controversial) social facts, or sources, independently of moral or other evaluative considerations».

3. COSA RESTA DEL POSITIVISMO GIURIDICO

Concludo brevemente. È sempre più difficile capire che cos'è il positivismo giuridico, individuare una tesi condivisa da tutti i giuspositivisti (l'idea della positività del diritto? La tesi della separazione tra diritto e morale?) e che non sia tanto rarefatta da poter essere condivisa da tutti in assoluto, positivisti o no. Forse è vero che tra i giuspositivisti oggi non ci sia molto più che un'aria di famiglia, anziché la condivisione forte di specifiche tesi concettuali⁷³.

Personalmente, se dovessi cercare di descrivere questa aria di famiglia, punterei sulla difesa di una sorta di atteggiamento laico, disincantato nei confronti del diritto, come diretta derivazione della tesi della separazione tra diritto e morale. Si tratta dell'idea seguente: il diritto, in quanto diritto positivo, non ha niente di misterioso, né di sacrale: è un prodotto umano, una "specifica tecnica sociale" (Kelsen), uno strumento di organizzazione sociale prodotto da chi ha il potere di imporlo all'interno della società. Di conseguenza, il diritto non solo è qualcosa di moralmente fallibile, come tutto ciò che gli esseri umani fanno, ma è anche qualcosa su cui dobbiamo sempre tenere aperto il nostro scrutinio morale: e per questo, il punto di vista giuridico non deve mai confondersi con il punto di vista morale.

In poche parole, il meglio della tradizione giuspositivista è accomunato dall'anti-legalismo etico, a cui è del tutto estraneo un atteggiamento di acritica deferenza verso il diritto positivo, così come l'idea che il diritto positivo abbia un intrinseco valore morale. Il positivismo giuridico così inteso deve essere considerato, al fondo, come un progetto "pedagogico", o in senso ampio politico, che intende immunizzare i cittadini contro l'idea che il diritto sia dotato di una propria intrinseca autorità morale, e in tal modo prepara il terreno alla critica morale del diritto e alla resistenza contro il diritto ingiusto⁷⁴.

Non ho alcun dubbio che un'impresa simile meriti ancora di essere perseguita, e che anche Guastini la condivida completamente.

⁷³ In tal senso, Raz parla del positivismo giuridico come poco più che una "tradizione teorica", al cui interno non c'è un'unica tesi condivisa: «theories belong to a tradition by their frame of reference, sense of what is problematic and what is not, and by similar historical features which do not presuppose that they all share a central credo» (Raz 2009:319).

⁷⁴ V. Hart 1958:53-54; Hart 1994:296; MacCormick 1981:142; Schauer 1996, spec. Schauer 1996:37; Schauer 2011. Secondo Tamanaha 2007:12, questo obiettivo pragmatico «has been a primary motivation for the [positivist] tradition throughout its existence».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Barberis, M. (2010). *Una disputa quasi oxoniense. Raz vs. Alexy sul positivismo giuridico*, «Ragion pratica», 34, 203-220.
- Bayón, J.C. (1996). *Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto*, in Comanducci, P. Guastini, R. (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 47-63.
- Bix, B. (1996). *Legal Positivism*, in Golding, M., Edmundson, W. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 29-49.
- Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- (2011). *Aspetti del positivismo giuridico*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 84-106.
- Celano, B. (2013). *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in Ferrer Beltrán, J., Moreso, J.J., Papayannis, D. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 175-202.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- (2008). *La defettibilità nel diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, 471-506.
- (2013). *Positivismo giuridico*, in Pino, G., Schiavello, A., Villa, V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, Torino, 32-83.
- Comanducci, P. (2008). *Conoscere il diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2008, 419-428.
- (2014). *E se smettessimo di parlare di "scienza giuridica"?*, «Analisi e diritto», 2014, 87-291.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- (2013). *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza.
- Gentili A. (2015). *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in Navarretta, E. (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, Giappichelli, 173-189.
- Green, L. (2003). *Legal Positivism*, in Zalta, E. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition).
- Guastini, R. (1987a). *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 64, 1987, pp. 179-195.
- (1987b). *In tema di «conoscenza del diritto»*, «Il Foro italiano», 1987, 376-386.
- (1989). *Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 66, 424-436.
- (1993). *Diritto, filosofia e teoria generale del*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. III, 77-89.
- (1994). *Tre domande a Francesco Viola*, in Jori, M. (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 219-240.
- (1996a). *Diritto mite, diritto incerto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1996, 513-525.

- (1996b). *Bobbio, o della distinzione* (1996), in Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 41-57.
- (1996c). *Obbligo*, in Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 87-99.
- (1999). *L'etica del giudice nel diritto costituzionale vigente* (1999), in Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 269-279.
- (2004). *Il positivismo giuridico come filosofia dei "giuristi positivi"?*, «Politeia», XX, 73, 104-110.
- (2006). *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica* (2004), in Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 83-93.
- (2007a). *Le avventure del positivismo giuridico*, in Ratti, G.B., Guastini, R., Chiassoni, P., *Presentazione a E. Bulygin, Il positivismo giuridico* (2006), Milano, Giuffrè, XXXVII- XLVIII.
- (2007b). *Sostiene Baldassarre*, «Giurisprudenza costituzionale», 2, 2007, 1373-1383.
- (2011a). *Interpretazione e dintorni. Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto*, in *Studi in onore di Franco Modugno* (vol. II), Napoli, ESI, 1797-1807.
- (2013). *A proposito di neo-costituzionalismo* (2011), in Id., *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 55-68.
- (2011b). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- (2011c). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- (2012a). *Positivismo giuridico e interpretazione*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace* (vol. I), Napoli, Editoriale Scientifica, 189-196.
- (2012b). *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, 51-65.
- (2013a). *Juristenrecht* (2012), in Id., *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 39-53.
- (2013b). *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, «Diritto & Questioni pubbliche», 13, 512-536.
- (2013c). *Il realismo giuridico ridefinito* (2013), in Id., *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 165-179.
- (2013d). *Giustizia costituzionale v. democrazia*, in Id., *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons.
- (2014a). *In margine ad un libro di Aurelio Gentili*, «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2014, 513-520.
- (2014b). *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, «Lavoro e diritto», 2-3, 2014, 233-246.
- (2017a). *Esercizi di realismo giuridico*, in Id., *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons, 183-191.
- (2017b). *"Principialismo" e antipositivismo in Zagrebelsky*, in Id., *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons, 307-316.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 49-87.
- (1994). *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon.

- Hartney, M. (1994). *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, «Ratio Juris», 7, 1994, 44-55.
- Jori, M. (1987). *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè.
- (1993). *La cicala e la formica*, in Gianformaggio, L. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 66-119.
- (1998). *Legal Positivism*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (vol. 5), 514-521.
- Jori, M. & Pintore, A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Kelsen, H. (1990). *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi.
- Leiter B. (2007). *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered* (2001), in Id., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 59-80.
- (2006). *Book Review*, «Journal of Legal Education», 56, 675-681 (pubblicato anche su SSRN con il titolo *A Theory of Esoteric Law*).
- (2013). *Why Legal Positivism (Again)?*, «U of Chicago, Public Law Working Paper No. 442». Disponibile in: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2323013> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2323013>
- MacCormick, N. (1981). *Law, Morality and Positivism*, «Legal Studies», 1, 1981, 131-145.
- Pattaro, E. (1971). *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1971, 1, 61-126.
- Pino, G. (2003). *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino.
- (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di Filosofia del diritto», 2013, 1, 77-102.
- (2014a). *Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*, «Ratio Juris», 27, 2, 190-217.
- (2014b). *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi.
- (2016). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS.
- Raz, J. (2009). *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism* (2007), in Id., *The Authority of Law* (1979), Oxford, Oxford University Press, 313-335.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- (1981). *La critica analitica a Kelsen*, «Rivista di filosofia», 1981, 481-490.
- (1989). *Il positivismo giuridico rivisitato*, «Rivista di filosofia», 3, 1989, 461-475.
- Schauer F. (1996). *Positivism as Pariah*, in George, R.P. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon, 31-55.
- (2011). *Positivism Before Hart*, «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 24, 2011, 455-471.
- Schiavello, A. (2010). *Due argomenti a favore dell'incompatibilità tra positivismo giuridico e realismo morale*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2010, 227-254.
- Tamanaha, B. (2007). *The Contemporary Relevance of Legal Positivism*, «Australian Journal of Legal Philosophy», 32, 2007, 1-38.

- Taruffo, M. (2007). *Precedente e giurisprudenza*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 3, 709-ss.
- Villa, V. (1984). *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, Giuffrè, 1984.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.