

Premessa

Si suole pensare alla storia del pensiero giuridico occidentale come al teatro di un contrasto millenario tra due “dottrine” (“teorie”, “movimenti”): “il” giusnaturalismo e “il” positivismo giuridico¹.

Tra le dottrine giusnaturalistiche elaborate dall’antichità ai giorni nostri si registrano differenze anche notevoli di metodo, contenuto e orientamento etico-normativo. L’identità del giusnaturalismo appare nondimeno pacifica, essendo assicurata dalla tesi dell’esistenza di un diritto reperibile nella natura del cosmo e/o nella natura umana (*ius naturale, lex naturalis*), e vincolante per tutti gli uomini in quanto tali.

L’identità del positivismo giuridico invece è apparsa, e appare tuttora, problematica². Positivista convinto, Uberto Scarpelli non esita a confessare i propri dubbi: «[Q]uesto positivismo giuridico, io mi chiedo, cos’è? [S]appiamo intorno a che combattiamo, che vogliamo conservare o che perderemo se lo rifiuteremo?»³. Con il consueto spirito demistificatorio, Giovanni Tarello manifesta delusione nei confronti della «interpretazione unitaria» del positivismo giuridico proposta da Scarpelli:

«“Positivismo giuridico”, ci si sarebbe aspettati di sentir dire, è locuzione così logorata dall’uso da non servire più né in sede di teoria, né come canone di interpretazione storica, né come appellazione polemica; perciò non occorrono più definizioni esplicative [...], non bastano più definizioni convenzionali, ed è necessario procedere alla espunzione»⁴.

La riflessione contemporanea sul positivismo giuridico oscilla tra due poli. Da un lato, vi sono le *ricostruzioni unitarie*: proposte ad esempio, nei termini che vedremo, da Bobbio e dal già citato Scarpelli⁵. Dall’altro, vi sono le *disarticolazioni* o *decostruzioni*: proposte ad esempio da Hart, Bulygin, Raz e, in forma radicale, dal già citato Tarello⁶. Le prime adottano una configurazione unitaria del fenomeno (“il positivismo”) nonostante le differenze, di cui mostrano consapevolezza, tra i “suoi” svariati aspetti e/o indirizzi. Le seconde lo dissolvono in una pluralità di tesi, dottrine, teorie ciascuna delle quali, contraddistinta da una sua denominazione specifica (“imperativismo”, “formalismo interpretativo”, “concezione meccanicistica della giurisdizione”, “formalismo scientifico”, “legalismo etico”, “fallacia naturalistica”, “dottrina della separazione tra diritto e morale”, ecc.), viene indicata come meritevole di considerazione a sé (ad esempio, in quanto tesi di teoria delle norme, di

teoria dell'interpretazione, di teoria della scienza giuridica, ecc.), senza stare a preoccuparsi troppo della sua divisa "positivistica".

Se si vuole dare conto in modo spassionato e utile di un fenomeno culturale complesso come "il positivismo giuridico", occorre anzitutto prestare attenzione alla terminologia. Il primo passo della mia indagine verterà pertanto sulla locuzione "positivismo giuridico". La ricognizione dei suoi diversi significati suggerisce, quantomeno in sede di storiografia gius-filosofica, che un accostamento decostruttivo sia da preferirsi a un accostamento ricostruttivo (§ 1). A riprova di ciò metterò in luce i limiti di quella che rimane tuttora una delle principali proposte di ricostruzione unitaria "del" positivismo giuridico, sulla quale si sono formate generazioni di studiosi: la proposta articolata da Bobbio in alcuni scritti degli anni Sessanta⁷ (§ 2). Richiamerò poi per sommi capi le vicende del "positivismo analitico" nel secondo dopoguerra (§ 3), soffermandomi sulla cultura anglo-americana. In essa il positivismo analitico, nella versione originaria di Hart, ha formato l'oggetto sia di una critica radicale, a opera di Dworkin (§ 4), sia di una complessiva rivisitazione all'insegna della distinzione tra "positivismo inclusivo" e "positivismo esclusivo (§ 5).